


UHASSELT**KU LEUVEN****Maastricht University****KNOWLEDGE IN ACTION**

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Leeftijdscriminatie

Lien Aerts

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Johan PEETERS

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.

**UHASSELT****KNOWLEDGE IN ACTION**

www.uhasselt.be
Universiteit Hasselt
Campus Hasselt:
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt
Campus Diepenbeek:
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

2020

2021



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

KU LEUVEN



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Leeftijdscriminatie

Lien Aerts

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Johan PEETERS

Samenvatting

In deze masterscriptie wordt een onderzoek gevoerd naar de leeftijdsdiscriminatie in arbeidsrelaties. Het doel van deze thesis bestaat erin om inzicht te verwerven in welke specifieke situaties leeftijdsdiscriminatie zich voordoet en in hoeverre de werknemers en werkgevers kunnen genieten van rechtszekerheid bij de bescherming tegen leeftijdsdiscriminatie in de arbeidsrelaties. Omdat deze thematiek enorm breed is, wordt het onderzoek beperkt tot twee leerstukken die tegen het licht van het Antidiscriminatierecht worden gehouden.

Als eerste wordt er ingegaan op het feit dat het discriminatieverbod voortkomt uit het recht op gelijke behandeling en op wat de oorsprong vormt van de huidige Antidiscriminatiewetgeving. Vervolgens wordt het algemeen wettelijk kader van het Belgische Antidiscriminatierecht uiteengezet met verwijzingen naar het Europese recht. Deze uiteenzetting is vereist om het verdere onderzoek naar de twee leerstukken in deze masterscriptie mogelijk te maken.

Het eerste onderzoek betreft het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving, wat kan leiden tot een discriminatie van oudere werknemers. Het gebruik maken van een leeftijdsgrens in de aanwervingsprocedure brengt een direct onderscheid teweeg op basis van leeftijd dat echter gerechtvaardigd kan worden op basis van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste en de specifieke rechtvaardigingsgrond op basis van leeftijd. Indien deze rechtvaardigingstest faalt dan is er sprake van een directe leeftijdsdiscriminatie van oudere werknemers. Bij dit onderzoek worden de arresten Wolf, Vital Pérez en Salaberria Sorondo van het Hof van Justitie besproken en het vonnis in verband met luchtverkeersleiders Skeyes van de arbeidsrechtbank te Brussel. Na een uitvoerige bestudering van deze rechtspraak zal blijken dat zowel het Hof van Justitie als de arbeidsrechtbank te snel tot de conclusie komt dat het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten of situationeel overzicht een leeftijdsgebonden kenmerk vormt. Verder wordt er ook gebruik gemaakt van arbitraire elementen zoals het takenpakket, het bewijs van de gehanteerde leeftijdsgrens en de leeftijdsstructuur. Hierdoor is er sprake van een groot gebrek aan rechtszekerheid in de rechtspraak omtrent het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving.

Het tweede leerstuk dat wordt uitgediept in deze masterthesis is het hanteren van loonbarema's. Aanvankelijk wordt er in België gebruik gemaakt van loonbarema's op basis van leeftijd, maar na rechtspraak van het Hof van Justitie is dit niet langer houdbaar aangezien de barema's een directe discriminatie op basis van leeftijd vormen. De sociale partners gaan vervolgens op zoek naar een alternatief waardoor er uiteindelijk loonbarema's op basis van ervaring worden opgesteld. Het onderzoek gaat vervolgens in op de vaststelling dat er bij ervaringsbarema's een indirect onderscheid op basis van de discriminatiegrond leeftijd voorligt. Dit onderscheid kan echter gerechtvaardigd worden door gebruik te maken van de algemene proportionaliteitstoets. Daarbij oordeelt het Hof van Justitie in het arrest Stollwitzer dat het belonen van de ervaring die op het betrokken gebied was verworven en die de werknemer in staat stelde zijn werkzaamheden beter te verrichten, een legitiem doel van loonbeleid was. Verschillende paritaire comités waaronder PC nr. 307 en 341 vullen dit begrip beroepservaring echter zo ruim in dat het niet langer om relevante beroepservaring gaat en

ze zo voorbijgaan aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zo valt ook de legitieme doelstelling weg en faalt de algemene proportionaliteitstoets waardoor er een indirecte leeftijdsdiscriminatie voorligt van jongere werknemers. Bij het hanteren van de loonbarema's ligt er opnieuw een gebrek aan rechtszekerheid voor dat ditmaal veroorzaakt wordt door de sociale partners die gebruik maken van discriminerende bepalingen in de collectieve arbeidsovereenkomsten.

Dankwoord

Graag maak ik van deze gelegenheid gebruik om een aantal mensen te bedanken. Deze thesis kon slechts tot stand komen dankzij de hulp en steun die ik kreeg van vele mensen. Een dergelijk project is immers nooit het werk van één persoon. In de eerste plaats zou ik graag mijn promotor, professor doctor Johan Peeters willen bedanken voor het aanreiken van het onderwerp omtrent de leeftijdsdiscriminatie in arbeidsrelaties, het verstrekken van onontbeerlijke informatie en het kritisch evalueren van de tekst. Verder ben ik hem ook enorm dankbaar voor de persoonlijke begeleiding die hij mij geboden heeft. Door zijn bemoedigende woorden en talrijke levenswijsheden ben ik er steeds in geslaagd om het beste in mezelf naar boven te halen en mezelf meermaals te overstijgen. Naast het feit dat hij beschikt over een indrukwekkende kennis van het arbeidsrecht is hij bovenal een bijzonder aangenaam persoon met een goed gevoel voor humor waardoor ik mij geen betere promotor had kunnen wensen.

Verder zou ik deze thesis graag willen opdragen aan mijn overleden vader, Jan Aerts. Hoewel ik momenteel al langer zonder hem leef dan met hem heeft hij mij toch enorm veel dingen bijgebracht. Dat je niks kan bereiken zonder er hard voor te werken, bijvoorbeeld. Maar ook dat hard werken je enorm veel voldoening, vreugde en plezier in het leven schenkt als het tegelijk je passie is. Ik heb ook steeds van mijn passie mijn werk willen maken zoals dat bij hem het geval was. Ik ben dan ook enorm dankbaar dat ik deze passie gevonden heb in het discriminatierecht dankzij het verrichte onderzoek in mijn thesis. Verder heb ik ook mijn doorzettings- en relativiseringsvermogen aan hem te danken. Twee eigenschappen die heel goed van pas zijn gekomen tijdens het schrijven van mijn thesis.

Ook wil ik graag mijn grote steun en toeverlaat en tevens ook mijn moeder, Kristin Dalle bedanken. Niet alleen is zij de afgelopen jaren zowel mijn mama als mijn papa geweest, ze heeft mij ook voortdurend enorm hard bijgestaan doorheen heel mijn rechtenstudies. Ook voor deze thesis heeft zij mij steeds steun geboden en ving ze mijn mindere momenten op met motiverende woorden, maar vooral met heel veel lekker eten. Zonder haar zou ik nooit in staat geweest zijn om deze thesis, maar ook mijn opleiding in het algemeen succesvol af te ronden. Ik wil haar dan ook enorm hard bedanken om steeds weer mijn slaapttekort, mijn humeurige buien en mijn paniekaanvallen te trotseren en te blijven lachen in alle omstandigheden, ook al is het niet altijd even simpel geweest voor ons. Ze is de sterkste vrouw die ik ken en ik mag mij gelukkig prijzen met zo een goede mama langs mijn zijde.

Als laatste ben ik ook mijn vriend, Theo Pagartanidis enorm erkentelijk. Hij leerde er de afgelopen jaren niet enkel mee leven dat hij op de tweede plaats komt na mijn schoolwerk en ambities, hij moedigde me net aan om mijn studies en thesis steeds als mijn prioriteit te zien en al mijn dromen na te jagen. Ik wil hem graag bedanken omdat ik steeds bij hem terecht kan met mijn bezorgdheden die ik over deze thesis heb gehad en hij mij steeds met enorm veel liefde opvangt en geruststelt. Onvermoeibaar heeft hij mij door dik en dun gesteund, woorden schieten daarbij tekort om te

beschrijven hoe belangrijk zijn steun en liefde voor mij geweest zijn de afgelopen jaren. Ik heb hem dan ook nog steeds meer lief dan mijn thesis en studies, ook al heb ik dat tot mijn grote spijt niet altijd aan hem laten blijken.

Lien Aerts

Hasselt, 12 mei 2021

Inhoudsopgave

1. Algemeen wettelijk kader	1
1.1 Het recht op gelijke behandeling als grondrecht	1
1.1.1 Internationale en Europese wetgeving	1
1.1.2 Nationale wetgeving	4
1.2 Oorsprong Antidiscriminatiewetgeving	5
1.3 De bespreking van de Belgische Antidiscriminatiewet met inbegrip van verwijzingen naar het EU-recht	9
1.3.1 Het toepassingsgebied	9
1.3.1.2 Arbeidsbetrekkingen	10
1.3.2 Het begrip discriminatie	12
1.3.2.1 Het verbod van discriminatie als ongerechtvaardigd onderscheid	12
1.3.2.2 Direct onderscheid	12
1.3.2.2.1 Ongunstigere behandeling	14
1.3.2.2.2 Vergelijkbaarheid	14
1.3.2.2.3 Causaal verband met discriminatiegrond	15
1.3.2.3 Indirect onderscheid	16
1.3.2.3.1 Ogenshijnlijke neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze	17
1.3.2.3.2 Bijzondere benadeling	18
2. Het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving: een discriminatie van oudere werknemers?	19
2.1 (On)gelijke behandeling bij aanwerving	19
2.2 De geldigheid van het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving in het licht van de Antidiscriminatiewet en de Kaderrichtlijn	21
2.2.1 Rechtvaardiging	21
2.2.1.1 Een open versus een gesloten systeem van rechtvaardiging	22
2.2.2 Soort discriminatie	23
2.2.3 De mogelijke rechtvaardiging voor het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving	25
2.2.3.1 Wezenlijke en bepalende beroepsvereiste	25
2.2.3.1.1 Algemene theorie	25
2.2.3.1.1 Wezenlijke en bepalende beroepsvereiste in het kader van het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving	27
2.2.3.2 Legitieme doelstelling	34
2.2.3.3 Evenredigheid ten aanzien van de legitieme doelstelling	39
3. Loonbarema's: een discriminatie van jonge werknemers?	51
3.1 Barema's op basis van leeftijd veranderen naar barema's op basis van ervaring.	51
3.2 Het gebruik van het begrip ervaring in Europa	53
3.3 Het gebruik van het begrip ervaring in België	59
3.4 Geldigheid van loonbarema's op basis van ervaring in het licht van de Antidiscriminatiewet en de Kaderrichtlijn	63

3.4.1 Soort discriminatie.....	63
3.4.2 De mogelijke rechtvaardiging van ervaringsbarema's.....	65
3.4.2.1 De algemene proportionaliteitstoets	65
3.4.2.2 Legitiem doel.....	67
3.4.2.2.1 Relevante beroepservaring	67
3.4.2.2.2 De visie van het Arbeidshof te Antwerpen van 18 februari 2020	71
3.4.2.2.3 Eventuele andere toepasselijke legitieme doelen	76
3.4.2.3 Passend	77
3.4.2.4 Noodzakelijk.....	78
3.4.2.5 Evenredig	80
3.5 De gevolgen van het vonnis arbeidsrechtbank Leuven van 11 april 2019.....	83

Lijst van afkortingen

CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
EG	Europese Gemeenschap
EU	Europese Unie
G.W.	Grondwet
GwH	Grondwettelijk Hof
HGUE	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
KB	Koninklijk Besluit
PC	Paritair comité

1. Algemeen wettelijk kader

1.1 Het recht op gelijke behandeling als grondrecht

1.1.1 Internationale en Europese wetgeving

1. Alvorens deze thesis specifiek ingaat op het onderwerp van leeftijdsdiscriminatie, is het van belang om het algemeen kader kort uiteen te zetten. Leeftijdsdiscriminatie vormt immers een specifieke vorm van discriminatie. Het feit dat discriminatie verboden is, komt dan weer voort uit een meer fundamenteel grondrecht, namelijk het recht op gelijke behandeling. Dit recht op gelijke behandeling als grondrecht is neergelegd in een groot aantal internationale en Europese normen.¹ Voor de relevantie van deze thesis is het interessant om het recht op gelijke behandeling in arbeidsverhoudingen nader te onderzoeken.

2. Zo kan er in de eerste plaats gewezen worden op de verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (hierna: IAO). Het recht op gelijke behandeling wordt neergelegd in onder andere het IAO-verdrag nr.100 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid en gelijke waarde.² Dit is echter verder niet relevant voor het onderwerp van deze thesis aangezien dit verdrag geslachtsdiscriminatie behandelt. Ook kan er gewezen worden op IAO-verdrag nr.111 betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening.³ Het recht op gelijke behandeling is neergelegd in artikel 2 van dit verdrag dat stelt : *Ieder Lid, voor hetwelk dit Verdrag van kracht is, verbindt zich een nationale politiek vast te leggen en na te streven, welke beoogt door bij de nationale omstandigheden en gebruiken passende methoden gelijkheid van kansen en van behandeling in beroep en beroepsuitoefening te bevorderen, teneinde elke discriminatie in dat opzicht uit te schakelen.*⁴ De conventies van de IAO zijn bindend voor de verdragsluitende staten.⁵ België heeft Verdrag nr. 111 van de IAO geratificeerd op 22 maart 1977.⁶ Als gevolg is België partij bij dit verdrag en moet het de bepaling ervan naleven. Hierdoor heeft België onder andere haar

¹ F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 161.

² IAO- verdrag nr. 100, 29 juni 1951 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde, BS 23 oktober 1952.

³ IAO- verdrag nr. 111, 25 juni 1958 betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening, BS 23 september 1977.

⁴ Artikel 2 IAO- verdrag nr. 111, 25 juni 1958 betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening, BS 23 september 1977.

⁵ K. REYNIERS, "Bronnen van het arbeidsrecht", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2020, 65.

C. BAYART en C. DEITEREN, "Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras-en Kaderrichtlijn", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, (37) 41. (tot 37-76)

⁶ Lijst van landen die verdrag nr. 111 geratificeerd hebben, geraadpleegd op de website van de IAO: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312256

nationale wetgeving in overeenstemming moeten brengen met de conventie en moet zo het recht op gelijke behandeling respecteren.⁷

3. Verder kan ook nog het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van 19 december 1966 aangehaald worden (hierna: IVBPR).⁸ Het gelijkheidsbeginsel kan teruggevonden worden in artikel 26 IVBPR: *Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.* België heeft het IVBPR geratificeerd op 21 april 1983 en moet als gevolg daarvan het grondrecht op gelijke behandeling dat hierin is neergelegd naleven.

4. Op het niveau van de Raad van Europa houdt artikel 14 EVRM het gelijkheidsbeginsel in dat het volgende stelt: *het genot van de rechten en vrijheden, die in het Verdrag zijn vermeld, is verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.*⁹ België heeft het EVRM geratificeerd op 14 juni 1955 en is daarom verplicht om ook deze bepaling na te leven.

5. Het toepassingsgebied van het recht op gelijke behandeling wordt uitgebreid door Protocol 12 bij het EVRM. Dit protocol waarborgt immers gelijke behandeling voor elk recht, inclusief rechten op grond van nationale wetgeving.¹⁰ Dit protocol is door België echter (nog) niet geratificeerd, hoewel een resolutie is goedgekeurd door de Kamer op 20 juli 2011.¹¹

6. Daarnaast kan het grondrecht op gelijke behandeling ook teruggevonden worden in regelgeving van de Europese Unie, meer bepaald in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest of HGUE). Titel III van het Handvest behandelt de thematiek omtrent gelijkheid, waarin er geen expliciet recht op gelijke behandeling kan teruggevonden worden. Wel is er een verbod van discriminatie in opgenomen, zo stelt het HGUE: *Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden.*¹² Het Handvest werd door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 juridisch

⁷ C. Deneve, 'De impact van de internationale Arbeidsorganisatie op het Belgische arbeidsrecht', in M. Stroobant en O. Vanachter (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, (235)236.(tot 235-258)

⁸ Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van 19 december 1966, BS 6 juli 1983.

⁹ Artikel 14 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, BS 19 augustus 1955.

¹⁰ Protocol nr. 12 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 2000.

¹¹ *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 53 0026/005.

¹² Artikel 21.1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 7 december 2000, *OJ.C.* 26 oktober 2012, afl. 326, 391-407.

bindend. Sindsdien heeft het HGUE dezelfde kracht als de verdragen en is het als gevolg daarvan deel van het primair Unierecht.¹³ Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie of Hof) bleek dat er aan artikel 21.1 Handvest rechtstreekse werking toekomt en dit zelfs in horizontale geschillen.¹⁴ Hierdoor kunnen EU-burgers zich rechtstreeks op dit artikel beroepen voor de nationale rechtbanken van hun lidstaat. Eerder verwees het Hof van Justitie al uitdrukkelijk naar het Handvest in zijn rechtspraak en dit zelfs voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.¹⁵ Het logische gevolg hiervan is dat België gebonden is door het HGUE en zo Titel III omtrent gelijkheid moet naleven.

7. Bovendien oordeelde het Hof van Justitie in verschillende zaken dat het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep moet beschouwd worden als een algemeen rechtsbeginsel van Gemeenschapsrecht en later het Unierecht, ook al is dat beginsel niet verankerd in de Europese Discriminatie richtlijnen.¹⁶ Het is daarbij interessant om even stil te staan bij het arrest Mangold. Deze zaak behandelde een situatie waar een discriminatie op basis van leeftijd zich voordeed. Een bepaling naar Duits recht maakte het immers mogelijk om met oudere werknemers vanaf 52 jaar vrijelijk arbeidsovereenkomsten van bepaalde tijd af te sluiten, terwijl dat voor jongere werknemers enkel onder strenge voorwaarden toegestaan werd.¹⁷ Niet deze feiten, maar wel de beslissing van het Hof van Justitie maakte Mangold zo speciaal. In deze zaak erkende het Hof van Justitie immers voor het eerst de autonome werking van het leeftijdsdiscriminatieverbod. Verder kwam het Hof tot het besluit dat dit leeftijdsdiscriminatieverbod vervat zit of een uitvloeisel vormt van het algemene gelijkheidsbeginsel waarvan ook verwacht kan worden dat het autonome werking heeft.¹⁸

¹³ J. MEEUSEN en G. DE BAERE, *Grondbeginselen van het recht van de Europese Unie*, Mortsel, Intersentia, 2020, 23-24.

¹⁴ HvJ 17 april 2018, nr. C-414/16, *Egenberger*, punten 75-82.

¹⁵ HvJ 18 december 2007, nr. C-341/05, *Laval*, punt 90-91; HvJ 29 januari 2008, nr. C-275/06, *Promusicae*, punt 61-65.

¹⁶ Zie onder andere HvJ 19 januari 2010, nr. C-555/07, *Kücükdeveci*, punt 20; HvJ 10 mei 2011, nr. C-147/08, *Römer*, punt 59; HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, *Mangold*, punt 74 e.v.; HvJ 22 mei 2014, nr. C-356/12, *Glatzel*, punt 43 en HvJ 21 december 2016, nr. C-539/15, *Bowman*, punt 19.

¹⁷ C. BAYART en C. DEITEREN, "Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras-en Kaderrichtlijn", in in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, (37) 41; HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, *Mangold*, punt 75.

¹⁸ C. BAYART en C. DEITEREN, "Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras-en Kaderrichtlijn", in in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, (37) 42.

1.1.2 Nationale wetgeving

8. Behalve in internationale en Europese instrumenten kan het recht op gelijke behandeling als grondrecht ook nog teruggevonden worden in de nationale wetgeving, meer bepaald in de Grondwet. Op nationaal niveau is het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel neergelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (hierna: G.W.). Zo stelt artikel 10 het algemeen beginsel van gelijkheid voorop.¹⁹ Dit brengt met zich mee dat de 'wet' iedereen gelijk moet behandelen hoewel de wetgever niet verplicht is om feitelijke ongelijkheden weg te werken. De overheid is niet verplicht om bepaalde wetgeving aan te nemen op basis van artikel 10 G.W. Wel moet die wetgeving, als ze wordt aangenomen, door de wetgever, ten aanzien van iedereen op een gelijke manier gelden.²⁰ Bovendien met de notie 'wet' in dit artikel in de materiële betekenis worden begrepen, wat betekent dat alle juridische normen onder het toepassingsgebied ervan vallen. Als er gesproken wordt over de gelijkheid voor en in de 'wet' dan wordt er dus de gelijkheid bedoeld voor en in de wet, het decreet, het KB, de provinciale verordening,...²¹ Dit wil echter niet zeggen dat het Grondwettelijk Hof ook alle normen kan toetsen aan artikel 10 G.W. Deze toetsing is immers beperkt tot wetten, decreten en ordonnanties.²² Verder kan ook de feitenrechter onwettige bestuurshandelingen aan de wetten en zo ook het gelijkheidsbeginsel toetsen op basis van artikel 159 G.W.²³ Dit artikel stelt immers dat de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen.²⁴

9. Daarnaast bevat artikel 11 G.W. het non-discriminatiebeginsel, dat in wezen hetzelfde inhoudt als het gelijkheidsbeginsel en zo inhoudelijk weinig toevoegt aan artikel 10 G.W.²⁵ Het gelijkheidsbeginsel houdt noodzakelijkerwijze het discriminatieverbod in volgens MAST en DUJARDIN. De eerste zin van artikel 11 G.W. is met andere woorden zonder meer de herhaling, in de gebiedende vorm, van de rechtsregel vervat in de eerste zin van het tweede lid van artikel 10 G.W.²⁶ Wel is het zo dat de tweede zin van artikel 11 G.W. een specifieke dimensie benadrukt van het gelijkheidsbeginsel, namelijk de non-discriminatie van groepen. Dit geeft zo uitdrukking aan het streven naar pluralisme.²⁷

¹⁹ G. GOEDERTIER en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2013, 332.

²⁰ *Ibid*, 331.

²¹ *Ibid*, 332.

²² L. VAN WELDE, "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26 §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falconis* 2012-13, (509) 512.

²³ J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, doctoraatsthesis UHasselt, <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>, 1.

²⁴ Artikel 159 Grondwet.

²⁵ G. GOEDERTIER en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2013, 332.

²⁶ A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 523-524.

²⁷ L.P. SUETENS, "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, (92)101.

1.2 Oorsprong Antidiscriminatiewetgeving

10. Het Belgische antidiscriminatierecht is vastgelegd in verschillende wetgevende instrumenten gaande van wetten tot collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: CAO's), maar zoals bij vele rechtstakken wordt het Belgische antidiscriminatierecht sterk beïnvloed door het recht van de Europese Unie.²⁸ Aangezien zowel het Belgische als het Europese antidiscriminatierecht verder besproken worden in deze thesis, behandelt deze paragraaf hun onderlinge verhouding en bij gevolg ook de oorsprong van de Belgische antidiscriminatiewetgeving. Bovendien wordt er bij deze bespreking bijzondere aandacht besteed aan de discriminatiegrond leeftijd aangezien die de focus zal vormen van deze thesis.

11. Op het niveau van de Europese Unie (hierna: EU) kwam de discriminatiegrond leeftijd voor het eerst ter sprake in 1997 door het opstellen van het Verdrag van Amsterdam.²⁹ Dit verdrag was de aanleiding voor essentiële vorderingen³⁰ op het gebied van non-discriminatie aangezien het verdrag zorgde voor een sterke uitbreiding van de bevoegdheid inzake gelijke behandeling van de Europese Gemeenschap (hierna: EG).³¹ De staatshoofden en regeringsleiders voegden immers een nieuw artikel 13 aan het EG-verdrag toe op de Intergouvernementele Conferentie te Amsterdam.³² Op basis van dat artikel verkreeg de EG de bevoegdheid om maatregelen te nemen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. De Commissie maakte gebruik van deze nieuwe bevoegdheden en stelde vervolgens twee richtlijnen voor op 25 november 1999.³³ Daarnaast werd er door de Commissie ook nog een actieprogramma voorbereid dat de voorstellen van wetgeving moest aanvullen door onder andere de inspanningen van de Lidstaten ter bestrijding van discriminatie te vervolledigen en te steunen.³⁴ Vandaag de dag regelt artikel 18 VWEU de bevoegdheid inzake leeftijdsdiscriminatie en staat het de EU toe om gepaste maatregelen te nemen om discriminatie op basis van leeftijd te bestrijden.³⁵

12. Enerzijds werd er zo de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep gecreëerd, die

²⁸ F. HENDRICKX, "Discriminatie", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2020, (469) 471.

²⁹ R. BLANPAIN, "Discrimination on the basis of age", in R. BLANPAIN en F. HENDRICKX (eds.), in *Labour law between Change and Tradition Liber Amicorum Antoine Jacobs*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, (1) 2.

³⁰ E. BRIBOSIA, "La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (31) 43.

³¹ P. Dollat, "Vers la reconnaissance du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne", J.T. dr.eur. 2002, (57) 58-60.

³² J. Hofkens en S. Demeestere, *Discriminatie recht in de arbeidsverhoudingen: impact van de nieuwe discriminatiewet op de arbeidsrelaties*, Brussel, ced.samson, 2003, 86.

³³ *Ibid.*

³⁴ H. Clauwaert 'Discriminatie op de arbeidsplaats', Or.2001, (199) 200.

³⁵ R. BLANPAIN, "Discrimination on the basis of age", in R. BLANPAIN en F. HENDRICKX (eds.), in *Labour law between Change and Tradition Liber Amicorum Antoine Jacobs*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, (1) 2.

kortweg de Kaderrichtlijn werd genoemd.³⁶ De tweede richtlijn die gecreëerd werd, was de Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, kortweg de Rasdiscriminatie-richtlijn.³⁷ Deze laatste zorgde ervoor dat het beginsel van gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming in brede lagen van het maatschappelijk leven werd geïntroduceerd, waaronder ook arbeid en beroepsopleiding.³⁸ Aangezien deze Richtlijn handelt over rassendiscriminatie wordt ze verder buiten beschouwing gelaten in deze thesis.

13. Deze twee Europese richtlijnen moesten vervolgens worden omgezet in het Belgische recht. Aanvankelijk gebeurde dit door de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003.³⁹ Deze wet kende echter geen lang bestaan aangezien het Arbitragehof op 6 oktober 2004⁴⁰ al moest oordelen over twee annulatieberoepen die tegen de Antidiscriminatiewet gericht waren.⁴¹ Het Arbitragehof vernietigde deze wet uiteindelijk gedeeltelijk omwille van het feit dat de wet door haar selectie van discriminatiegronden zelf het discriminatieverbod overtrad aangezien de slachtoffers van discriminatie op grond van hun taal of hun politieke overtuiging niet konden genieten van de burgerrechtelijke bescherming van de wet.⁴² Daarenboven bestond er ook geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor dit onderscheid.⁴³ Als gevolg van deze bevindingen schrapte het Arbitragehof vervolgens de lijst discriminatiegronden die in de wet stonden zodat er een algemeen discriminatieverbod overbleef.⁴⁴ De lijst van discriminatiegronden werd vernietigd omdat hij in strijd was met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel bepaald in de artikelen 10 en 11 G.W.⁴⁵ Ook betreft het Grondwettelijk Hof (hierna: GwH) artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR in haar beoordeling aangezien dezen ook het gelijkheidsbeginsel bevatten.⁴⁶ Zo werd de gesloten lijst van discriminatiegronden uiteindelijk vervangen door een volstrekt open lijst, namelijk een lijst 'waarin in het geheel geen gronden worden genoemd'.⁴⁷ Hierdoor werden alle niet-gerechtvaardigde onderscheiden verboden vormen van discriminaties en dit ongeacht de grond waarop ze gebaseerd waren.⁴⁸

³⁶ Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.L.* 2 december 2000, afl. 303, 16.

³⁷ Richtlijn Raad EG. nr. 2000/43, 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *Pb.L.* 19 juli 2000, afl. 180, 22.

³⁸ F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 161.

³⁹ Wet 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *BS* 17 maart 2003.

⁴⁰ GwH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004.

⁴¹ J. Velaers, 'Het arbitraghof en de antidiscriminatiewet', *TBP 2004*, (601) 601.

⁴² F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 161.

⁴³ J. DE WIT, "De anti-discriminatiewet discrimineert", *DJK* 2004, nr. 96, (5) 5.

⁴⁴ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Mortsels, Intersentia, 2020, 8.

⁴⁵ Het Arbitragehof werd opgericht in 1980 en kreeg deze benaming van de grondwetgever omwille van zijn oorspronkelijke opdracht om op te treden als scheidsrechter tussen de diverse wetgevers van de gemeenschappen, de gewesten en de federale staat. Sinds mei 2007 wordt echter de benaming Grondwettelijk Hof gebruikt omdat deze beter overeenstemt met de werkelijke bevoegdheden van dit rechtscollege, die uitgebreid werden. Het Grondwettelijk Hof kon op dat moment immers wetten, decreten en ordonnances toetsen aan Titel II van de Grondwet en ook aan de artikelen 170, 172 en 191 G.W.

⁴⁶ GwH nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.15.

⁴⁷ J.H. GERARDS, "Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (129) 131.

⁴⁸ GwH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.15.

14. Al snel resulteerde dit in een nogal diffuse situatie waarop veel commentaar geuit werd. Zo gaf de Antidiscriminatiewet van 2003 onder andere aanleiding tot een gebrekkige rechtszekerheid en ontbeerde zij de nodige efficiëntie.⁴⁹ Deze commentaar kwam vanuit zeer diverse hoek zoals bijvoorbeeld de rechtsleer, de Belgische politiek, maar ook vanuit de Europese instellingen.⁵⁰ De Belgische overheid kwam vervolgens onder druk te staan vanwege de Europese Unie aangezien die van oordeel was dat België niet conform de Europese wetgeving handelde.⁵¹ De Europese Commissie stelde België daarvoor in gebreke. Op het eerste gezicht leek deze kritiek vreemd aangezien iedere gediscrimineerde immers voortaan genoot van de bijzondere bescherming van de Discriminatiewet, ongeacht het kenmerk op grond waarvan hij ongunstig werd behandeld. Toch stelden er zich problemen vanuit Europeesrechtelijk perspectief aangezien de zes beschermde kenmerken uit Europese discriminatierichtlijnen niet letterlijk in de Belgische Antidiscriminatiewet voorkwamen.⁵² Als gevolg hiervan werd er niet voldaan aan een inherente eis van de richtlijnen, namelijk de eis van transparantie en rechtszekerheid in de omzetting.⁵³ In de wet van 25 februari 2003 vervaagde bovendien het verschil tussen indirecte en directe discriminatie en was er ook geen sprake van beperktere rechtvaardigingsmogelijkheden voor rechtstreeks onderscheid, wat dan weer leidde tot een strengere handhaving. Het voorzien van beperktere rechtvaardigingsmogelijkheden in de wetgeving was nochtans ook een dwingend voorschrift van de Europese Antidiscriminatie-richtlijnen. Al deze problemen opsommend, werd er geconcludeerd dat de Europese discriminatiegronden sinds oktober 2004 onvoldoende verreichend en specifiek beschermd werden in de Belgische rechtsorde.⁵⁴

15. Om deze situatie te verhelpen volgden er al snel nieuwe wetgevende initiatieven, waarbij er niet één nieuwe wet kwam, maar drie afzonderlijke instrumenten. Zo ontstond de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, ook wel de 'algemene' Antidiscriminatiewet genoemd.⁵⁵ Deze wet zal in het verdere verloop van de thesis nog besproken worden. Daarnaast werd nog de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen⁵⁶ aangenomen, kortweg de Genderwet, alsook de wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden⁵⁷. De laatste twee worden verder niet meer besproken. Zo vormt het Belgische discriminatierecht een drieluik van de wetten van 10 mei 2007.⁵⁸

⁴⁹ D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, (1) 12-13.

⁵⁰ *Ibid.*, 11.

⁵¹ F. HENDRICKX, "Discriminatie", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2020, (469) 471.

⁵² D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, (1) 11.

⁵³ *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2722/1, 7.

⁵⁴ D. DE PRINS, "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, (1) 11; *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2722/1, 15.

⁵⁵ Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007.

⁵⁶ Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *BS* 30 mei 2007.

⁵⁷ Wet 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 30 mei 2007.

⁵⁸ F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 161.

1.3 De bespreking van de Belgische Antidiscriminatiewet met inbegrip van verwijzingen naar het EU-recht.

16. Aangezien deze thesis zich focust op de leeftijdsdiscriminatie in arbeidsrelaties en werknemers zich bij mogelijke discriminatie in die situatie voornamelijk op de 'algemene' Antidiscriminatiewet beroepen, zal deze dan ook verder besproken worden in de volgende titel. Het Belgische antidiscriminatierecht wordt echter sterk beïnvloed door Europese wetgeving zoals de Kaderrichtlijn (zie supra). Hierdoor is het ook van belang om kort stil te staan bij de inhoud van deze Europese richtlijn. Om herhaling te vermijden, wordt er enkel ingegaan op de kleine verschillen tussen de Kaderrichtlijn en de wet van 10 mei 2007. Verder zal deze bespreking specifiek de leeftijdsdiscriminatie behandelen. Een te algemeen overzicht zou immers te ver leiden van de kern van deze scriptie. Het onderzoek dat later gevoerd wordt omtrent de maximumleeftijd vereist immers dat er eerst een uiteenzetting wordt gegeven van wat leeftijdsdiscriminatie nu precies inhoudt en hoe een direct of een indirect onderscheid kan gerechtvaardigd worden.

1.3.1 Het toepassingsgebied

1.3.1.1 Materieel toepassingsgebied

17. Bij het bespreken van de Belgische en Europese discriminatiewetgeving dient eerst het toepassingsgebied van elk van beiden behandeld te worden. Het toepassingsgebied van de Europese Richtlijn van 27 november 2000 kunnen we terugvinden in artikel 3 van deze richtlijn. Voor het toepassingsgebied van de wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie wordt er gekeken naar artikel 5 van deze wet.

18. Bij het bestuderen van het toepassingsgebied van de Antidiscriminatiewet kan in de eerste plaats worden opgemerkt dat het materiële toepassingsgebied en de omschrijving hiervan volledig in lijn zijn met de omschrijving voorzien in de verschillende Europese richtlijnen. Dit is het logische gevolg van het feit dat de Belgische Antidiscriminatiewetten de implementatie van die Europese Richtlijnen dienen te verzekeren.⁵⁹ Deze Europese Richtlijn heeft immers verticale werking en is dus gericht tot de Belgische overheid, die ze dan vervolgens moet implementeren. Wel wordt het principe van non-discriminatie op basis van leeftijd gezien als een algemeen beginsel van EU-recht waaraan uitdrukking wordt gegeven in de Kaderrichtlijn. Aan dit algemeen beginsel moeten nationale rechtscolleges dan ook rechtstreeks werking geven. Als gevolg hiervan hebben de bepalingen van deze Kaderrichtlijn, die algemene principes van het recht van de Europese Unie uitdrukken,

⁵⁹ C. BAYART en I. BOSMANS, "De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector: algemeen overzicht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (537) 552.

rechtstreekse werking en dit bovendien ook in horizontale situaties.⁶⁰ Ook de Belgische Antidiscriminatie wetten kunnen ingeroepen worden in horizontale situaties tussen bijvoorbeeld werknemer en werkgever.

19. Het toepassingsgebied van de Belgische Antidiscriminatie wet is als zodanig heel breed.⁶¹ Wat immers in de wet wordt gepreciseerd is dat ze van toepassing is in zowel de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen.⁶² Ook de Kaderrichtlijn heeft dit toepassingsgebied in exact dezelfde bewoording. Het enige wat extra wordt toegevoegd in artikel 3.1 van de Kaderrichtlijn is dat we deze Richtlijn wel enkel kunnen toepassen binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden.⁶³

20. Bij de vergelijking van het toepassingsgebied van de Belgische antidiscriminatie wet en dat van de Europese Richtlijn van 27 november 2000, valt meteen op dat de Kaderrichtlijn zich enkel beperkt tot de context van arbeid⁶⁴, terwijl de Belgische wet zich uitstrekt tot onder andere 'de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn'⁶⁵. Hieruit blijkt dat de Belgische antidiscriminatie wet een ruimer toepassingsgebied heeft dan de Europese Richtlijn van 27 november 2000.⁶⁶ Voor het verdere verloop van deze thesis zal dit verschil echter niet van belang zijn aangezien deze thesis zich specifiek toespitst op leeftijdsdiscriminatie in arbeidsrelaties en zich sowieso afspeelt in de context van arbeid.

1.3.1.2 Arbeidsbetrekkingen

21. Wat verder echter wel relevant zal zijn voor deze thesis is het begrip arbeidsbetrekkingen. Dit valt uitdrukkelijk onder het toepassingsgebied van de Antidiscriminatie wet.⁶⁷ Dit begrip is echter niet heel concreet en heeft daarom enige verduidelijking nodig. In elk van de drie Antidiscriminatie wetten wordt dit begrip op een uniforme wijze gedefinieerd.⁶⁸ De focus wordt echter gelegd op de definitie die terug te vinden is in artikel 4, 1° van de Antidiscriminatie wet, waarbij de definitie als volgt luidt: de betrekkingen die onder meer omvatten de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagregeling.⁶⁹ Hierbij wordt

⁶⁰ R. BLANPAIN, "Discrimination on the basis of age", in R. BLANPAIN en F. HENDRICKX (eds.), in *Labour law between Change and Tradition Liber Amicorum Antoine Jacobs*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, (1) 5.

⁶¹ *Ibid*, 3.

⁶² Artikel 5 §1 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie..

⁶³ Artikel 3.1 Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

⁶⁴ Artikel 3 Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

⁶⁵ Artikel 5§1, 1° Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

⁶⁶ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, "Discriminatie wetgeving revisited : recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2010-2017)", in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2017-18, (117) 131.

⁶⁷ Artikel 5§1, 5° Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

⁶⁸ C. BAYART en I. BOSMANS, "De federale antidiscriminatie wetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector: algemeen overzicht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (537) 553.

⁶⁹ Artikel 4, 1° Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

verder nog verduidelijkt dat het zowel gaat om de arbeidsbetrekkingen in de openbare als in de private sector. Het betreft zowel arbeid in loondienst als onbetaalde arbeid, arbeid verricht in het kader van stageovereenkomsten, leerovereenkomsten, beroepsinlevingsovereenkomsten en startbaanovereenkomsten of arbeid als zelfstandige. Verder komen ook alle niveaus van de beroepshiërarchie en alle activiteitstakken in aanmerking. Ook is het niet van belang of een persoon arbeid verricht in het kader van een statutaire dan wel een contractuele regeling.⁷⁰ Hoewel dit een duidelijk definitie vormt van het begrip, heeft de wetgever toch geoordeeld dat het nuttig was om een opsomming te geven van de thema's inzake arbeidsbetrekkingen waarop zij van toepassing zijn.⁷¹ Als gevolg hiervan is er een exemplatieve lijst opgenomen van wat er onder arbeidsbetrekkingen begrepen dient te worden in artikel 5 §2 van de Antidiscriminatiewet.⁷²

1.3.1.3 Personeel toepassingsgebied

22. In de Belgische Discriminatiewetten wordt het personeel toepassingsgebied niet nader omschreven.⁷³ Het personeel toepassingsgebied van de Antidiscriminatiewet wordt bepaald vanuit het materieel toepassingsgebied. Hieruit kan vervolgens worden afgeleid dat deze wet alle personen kan treffen die handelingen verrichten die onder het materieel toepassingsgebied van de wet vallen. Het gevolg hiervan voor de arbeidsbetrekkingen is dat niet enkel de werkgever, maar ook andere personen de wet moeten respecteren. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan de verzekeraars, de pensioenfondsen of de sociale partners.⁷⁴

23. Het personeel toepassingsgebied wordt echter beperkt aangezien het discriminatieverbod slechts geldt voor een limitatief aantal discriminatiegronden.⁷⁵ Er is een duidelijk verschil te bemerken tussen de lijst van discriminatiegronden die is opgesomd in de Europese Richtlijnen en in de Belgische wetgeving. Zo bestaan de Europese discriminatiegronden uit: geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. De Belgische wetten voorzien naast deze Europese gronden die zij ook bevatten, nog extra gronden. Deze bestaan uit: nationaliteit, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, politieke of syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een fysieke of genetische eigenschap en sociale afkomst. Ook worden de gronden ras en etnische afstamming nog verder gepreciseerd in de Belgische wetgeving: namelijk als zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische

⁷⁰ C. BAYART en I.BOSMANS, "De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector: algemeen overzicht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (537) 553.

⁷¹ F. HENDRICKX, "Discriminatie", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2020, (469) 478.

⁷² C. BAYART en I.BOSMANS, "De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector: algemeen overzicht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (537) 554.

⁷³ J. Hofkens en S. Demeestere, *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen: impact van de nieuwe discriminatiewet op de arbeidsrelaties*, Brussel, ced.samson, 2003, 89.

⁷⁴ C. BAYART en I.BOSMANS, "De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector: algemeen overzicht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (537) 558.

⁷⁵ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, "Discriminatiewetgeving revisited : recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2010-2017)", in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2017-18, (117) 124.

afstamming. De Belgische wetgever maakt gebruik van een meer uitgebreide lijst van discriminatiegronden.⁷⁶ Voor deze thesis zal enkel de discriminatiegrond leeftijd van belang zijn. Deze grond is dus zowel in de Europese Kaderrichtlijn als in de Belgische Antidiscriminatiewet terug te vinden.

1.3.2 Het begrip discriminatie

24. Om onderzoek te kunnen verrichten naar leeftijdsdiscriminatie moet het begrip discriminatie eerst gedefinieerd worden. In dit hoofdstuk wordt dan ook ingegaan op dit begrip. Discriminatie is verboden, waardoor er eerst zal worden gesproken over het verbod van discriminatie als ongerechtvaardigd onderscheid. Dit onderscheid dat op een ongerechtvaardigde manier gemaakt wordt, kan dan twee vormen aannemen: direct en indirect onderscheid. Beide vormen houden bepaalde elementen in, die ook verder besproken zullen worden. Een handeling of gedraging vormt echter geen discriminatie als het onderscheid gerechtvaardigd kan worden, wat aanleiding geeft om de rechtvaardigingsgronden te bespreken. Deze bespreking behandelt het begrip discriminatie in het algemeen, maar er wordt zoveel mogelijk gefocust op de specifieke leeftijdsdiscriminatie.

1.3.2.1 Het verbod van discriminatie als ongerechtvaardigd onderscheid

25. Het discriminatieverbod in de Antidiscriminatiewet houdt in dat elke vorm van discriminatie verboden is.⁷⁷ Verder verduidelijkt dit artikel wat er onder discriminatie verstaan wordt. De ADW maakt hierbij een onderscheid tussen vijf verschillende vormen van discriminatie, namelijk directe discriminatie, indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren, intimidatie en een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.⁷⁸ Opdracht tot discrimineren en intimidatie zijn vormen van oneigenlijke discriminatie, waarop er in deze thesis niet verder wordt ingegaan. Verder kan er nog gesteld worden dat het treffen van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap enkel een bijzondere verschijningsvorm is van het algemene begrip discriminatie. Daarom wordt hierna enkel gefocust op de overige twee vormen, namelijk indirecte en directe discriminatie. Zij worden beschouwd als de kern van het Europese en Belgische antidiscriminatierecht.

1.3.2.2 Direct onderscheid

26. De Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 definieert het begrip directe discriminatie als een direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van Titel II.⁷⁹ Om het begrip discriminatie te omschrijven, maakt de wet

⁷⁶ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, "Discriminatiewetgeving revisited : recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2010-2017)", in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2017-18, (117) 124.

⁷⁷ Artikel 14 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Artikel 4, 7^o Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

gebruik van een ander concept, namelijk onderscheid. In deze titel zal er verder worden ingegaan op de bespreking van dit direct onderscheid en de eventuele directe discriminatie die daaruit volgt. Onderscheid vormt immers een neutraal begrip.⁸⁰ Dit volgt uit de wettelijke definitie van directe discriminatie die hierboven is uiteengezet: een direct onderscheid wordt enkel als directe discriminatie gekwalificeerd indien dit niet gerechtvaardigd kan worden volgens de wettelijke criteria en dus ongeoorloofd is. Dit begrip heeft duidelijk een invloed op de mogelijkheid tot rechtvaardiging van het gebruik van de door de wet beschermde criteria.⁸¹ Met andere woorden als een direct onderscheid niet gerechtvaardigd kan worden op basis van de Antidiscriminatiewet dan zal dit als een directe discriminatie worden bestempeld.⁸² Daarbij duidt het begrip directe discriminatie dan op laakbaar of verboden gedrag.⁸³ In die logica van deze wet vormt een direct onderscheid in behandeling niet noodzakelijk een directe discriminatie.⁸⁴ Het is perfect mogelijk om een onderscheid te maken zonder daarbij te discrimineren en zonder daarbij verboden gedrag te vertonen. Dit impliceert ook dat in een aantal gevallen het gebruik van de 'beschermde criteria' verantwoord kan zijn. Dit namelijk wanneer er een rechtvaardiging bestaat.⁸⁵

27. Nu het verschil tussen onderscheid en discriminatie duidelijk is gemaakt, gaan we verder in op wat direct onderscheid nu precies is.

28. De definitie van direct onderscheid kan ook teruggevonden worden in de Antidiscriminatiewet: het betreft de *situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger is of wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, of zou worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria*.⁸⁶ Het concept bevat zo drie essentiële bestanddelen, meer bepaald (1) een ongunstigere behandeling; (2) de vergelijkbaarheid van de personen wiens behandeling vergeleken wordt en (3) een causaal verband tussen de ongunstigere behandeling en een beschermde criterium.⁸⁷

29. Een zeer gelijkaardige definitie wordt ook gehanteerd in de Kaderrichtlijn: directe discriminatie is de situatie *wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden*.⁸⁸ In deze definitie wordt er echter meteen gesproken van directe discriminatie en niet van

⁸⁰ C. BAYART en C.DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (171) 179.

⁸¹ F. HENDRICKX, "Discriminatie", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht, II*, Brugge, Die Keure, 2020, (469) 481.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ C. BAYART en C.DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (171) 179.

⁸⁵ F. HENDRICKX, "Discriminatie", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht, II*, Brugge, Die Keure, 2020, (469) 481.

⁸⁶ Artikel 4, 6° Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

⁸⁷ C. BAYART en C.DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (171) 178.

⁸⁸ Artikel 2.2.a Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

direct onderscheid. Dit komt omdat de Kaderrichtlijn deze conceptuele opsplitsing tussen discriminatie en onderscheid niet kent. Dit verschil leidt echter niet tot problemen. In de Belgische wetgeving vormt een bepaalde situatie ofwel een verboden discriminatie, ofwel een toegestaan onderscheid.⁸⁹ Terwijl er op basis van de Kaderrichtlijn ofwel een verboden discriminatie voorligt, ofwel een toegestaan verschil in behandeling dat geen specifieke benaming krijgt toegekend.⁹⁰ Onder het Europese recht vormt een bepaalde situatie dus gewoon een discriminatie of geen discriminatie terwijl dit onder het Belgische recht een discriminatie of een onderscheid zal zijn. Het verschil zit dus enkel in de benaming van de toegestane situatie en is vandaar louter conceptueel. De definitie van directe discriminatie in de Kaderrichtlijn bevat ook dezelfde drie essentiële bestanddelen als die van direct onderscheid in de Discriminatiewet, die verder worden besproken.⁹¹

1.3.2.2.1 Ongunstigere behandeling

30. Een van de essentiële elementen van een direct onderscheid is de ongunstigere behandeling. Om een dergelijke direct onderscheid vast te stellen met niet alleen een ongelijke behandeling, maar ook een die ongunstiger is voor de personen die drager zijn van het onderscheidingscriterium, voorliggen.⁹² Zo moeten bijvoorbeeld oudere of jongere werknemers niet alleen ongelijk behandeld worden, maar dus ook ongunstiger. Als een ongelijke behandeling voor de onderscheiden categorieën een even gunstig resultaat oplevert dan kan deze situatie niet als een discriminatie beschouwd worden. A fortiori zal een verschillende behandeling die gunstiger uitvalt voor het 'slachtoffer' ook niet beschouwd worden als discriminatie.⁹³

1.3.2.2.2 Vergelijkbaarheid

31. Wat betreft de vergelijkbaarheidstoets kunnen er ook twee dingen opgemerkt worden die van belang zijn voor leeftijdsdiscriminatie. In de eerste plaats besliste het Hof van Justitie dat het geen vereiste is dat situaties identiek hetzelfde zijn. De situatie moeten enkel vergelijkbaar zijn.⁹⁴ Verder werd er ook bepaald in de rechtspraak van het Hof dat de vergelijkbaarheid ook *niet algemeen en abstract maar specifiek en concreet onderzocht moet worden*.⁹⁵

32. Deze twee beoordelingen van het Hof van Justitie met betrekking tot het essentiële bestanddeel vergelijkbaarheid werden toegepast in verschillende zaken, waaronder ook één die betrekking had op leeftijdsdiscriminatie in de arbeidsrelaties. In het arrest SARL beweerde een student immers dat hij het slachtoffer was geworden van leeftijdsdiscriminatie omdat de persoon in kwestie geen recht had op een transitievergoeding. In deze zaak werd er vervolgens geoordeeld over

⁸⁹ Artikel 4, 6°-9° en artikel 14 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

⁹⁰ Artikel 2.2.a en b Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

⁹¹ C. BAYART en C. DEITEREN, "Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras-en Kaderrichtlijn", in in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, (37) 54.

⁹² D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 89.

⁹³ Ibid pagina 90.

⁹⁴ HvJ 1 april 2008, nr. C-267/06, Maruko, punt 69.

⁹⁵ HvJ 12 december 2013, nr. C-267/12, Hay, punt 33.

de vergelijkbaarheid van de situatie van een student die een vakantiejob uitvoert enerzijds en de situatie van een werknemer die in aanmerking komt voor een transitievergoeding anderzijds. Deze situaties bleken echter niet vergelijkbaar te zijn. Dit komt omdat werknemers een transitievergoeding krijgen om de transitie of overgang tussen twee loopbanen gemakkelijker te maken. Wat betreft dit doel zijn de studenten-werknemers niet te vergelijken met de andere werknemers omdat zij het studeren hervatten na het uitoefenen van de vakantiejob en zij zich dus niet in een onzekere situatie bevinden.⁹⁶

1.3.2.2.3 Causaal verband met discriminatiegrond

33. Er is pas sprake van een directe discriminatie of onderscheid wanneer er tussen de ongunstigere behandeling en het beschermde criterium een oorzakelijk verband bestaat.⁹⁷ De vraag die zich vervolgens stelt is dan of de ongunstigere behandeling rechtstreeks op het beschermde criterium gebaseerd moet zijn om zo directe discriminatie te kunnen vaststellen. Indien dit het geval zou zijn dan zouden er minder situaties onder het begrip directe discriminatie vallen aangezien de situaties waarin iemand ongunstiger wordt behandeld op grond van een met het beschermd criterium onlosmakelijk verbonden kenmerk of op grond van verandering in de discriminatiegrond dan niet meer als directe discriminatie beschouwd kunnen worden. Als er minder situaties onder het begrip directe discriminatie zouden vallen heeft dit meteen ook als gevolg dat er meer gevallen indirecte discriminatie gaan vormen.⁹⁸ Het Hof van Justitie van de Europese Unie besliste in het arrest Maruko dat er geen dergelijk rechtstreeks oorzakelijk verband nodig is om te kunnen besluiten tot een rechtstreekse discriminatie. Zo volstaat een onrechtstreeks oorzakelijk verband.⁹⁹

34. Een voorbeeld waar een dergelijk onlosmakelijk verband met betrekking tot leeftijdsdiscriminatie in arbeidsrelaties werd vastgesteld is het arrest Ingeniørforeningen i Danmark. In deze zaak ging het over regelingen die te maken hadden met het recht op ontvangst van een ouderdomspensioen. Tussen deze regelingen en het beschermde criterium leeftijd bestond een dergelijk onlosmakelijk verband omdat de gevolgen hiervan enkel ervaren kunnen worden door personen die een bepaalde leeftijd bereikt hebben.¹⁰⁰

35. In het arrest Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft kan er dan weer een voorbeeld gevonden worden waar een onlosmakelijk verband niet aanvaard werd. Een dergelijk verband bestaat niet tussen de discriminatiegrond leeftijd en de vereiste om een bepaalde ervaring te hebben in een specifieke bedrijf. De ervaring die een persoon kan opdoen is immers niet direct gebaseerd

⁹⁶ HvJ 1 oktober 2015, nr. C-432/14, SARL, punt 33-39.

⁹⁷ C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (171) 195.

⁹⁸ C. BAYART en C. DEITEREN, "Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras-en Kaderrichtlijn", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, (37) 55.

⁹⁹ HvJ 1 april 2008, nr. C-267/06, Maruko, punt 72.

¹⁰⁰ HvJ 12 oktober 2010, nr. C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, punt 23 en 24; Concl. Adv. Gen. KOKOTT 12 maart 2015, nr. C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, punt 83.

op zijn leeftijd.¹⁰¹ Deze redenering kan ook doorgetrokken worden naar een werknemer die in dienst genomen wordt. De studievakken die hij op dat moment volbracht heeft zijn ook niet direct gebaseerd op leeftijd van de werknemer waardoor er ook geen onlosmakelijk verband kan vastgesteld worden.¹⁰²

1.3.2.3 Indirect onderscheid

36. De Belgische Antidiscriminatiewet kent ook nog een andere vorm van onderscheid, namelijk het indirect onderscheid. Een indirect onderscheid doet zich voor wanneer "een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze bepaalde personen, die gekenmerkt worden door een beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen".¹⁰³ Uit deze definitie vallen wederom twee essentiële bestanddelen af te leiden, die getoetst moeten worden door de rechter alvorens die tot indirect onderscheid kan besluiten: (1) het bestaan van een ogenschijnlijke neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze en (2) het bijzondere benadelend effect daarvan voor een beschermde groep.¹⁰⁴ Op deze bestanddelen wordt verder ingegaan.

37. Ook hier weer wordt deze definitie gehanteerd door de Kaderrichtlijn met als enige verschil dat er hier niet van direct onderscheid, maar onmiddellijk van directe discriminatie gesproken wordt. Er wordt zo geen gebruik gemaakt van het begrip (direct) onderscheid in de Kaderrichtlijn.¹⁰⁵

38. Naar analogie met het directe onderscheid dat kan leiden tot een directe discriminatie, kan een indirect onderscheid in bepaalde gevallen ook leiden tot indirecte discriminatie. Dit is namelijk de situatie wanneer een indirect onderscheid op grond van een beschermd criterium niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II.¹⁰⁶

39. De vraag is dan vervolgens wat indirecte discriminatie nu precies inhoudt. Volgens rechtspraak van het Hof van Justitie "kan indirecte discriminatie, anders dan directe discriminatie, voortvloeien uit een maatregel die weliswaar op neutrale wijze is geformuleerd, dat wil zeggen onder verwijzing naar andere criteria die geen verband houden met het beschermde kenmerk, maar niettemin ertoe leidt dat personen met dat kenmerk bijzonder benadeeld worden".¹⁰⁷ Met andere woorden is het duidelijk dat indirecte discriminatie gaat om de impact, de effecten van regels en praktijken en dit terwijl de intentie of bedoeling niet relevant is.¹⁰⁸ Deze wijze van formuleren maakt duidelijk dat de groepsdimensie van indirecte discriminatie essentieel is. Bij deze vorm van

¹⁰¹ HvJ 7 juni 2012, nr. C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft*, punt 29.

¹⁰² HvJ 21 december 2016, nr. C-539/15, *Bowman*, punt 28.

¹⁰³ Artikel 4, 8^o Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹⁰⁴ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 94.

¹⁰⁵ Artikel 2.2.b Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

¹⁰⁶ Artikel 4, 9^o Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹⁰⁷ HvJ 16 juli 2015, nr. C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, punt 94.

¹⁰⁸ K. HENRAD, "De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (257) 268.

discriminatie gaat het immers om effecten op bepaalde groepen, waarbij die groepen gevormd worden op grond van bepaalde persoonlijkheidskenmerken zoals geslacht, religie en natuurlijk ook leeftijd.¹⁰⁹ Indirecte discriminatie kan zo plaatsvinden ten aanzien van een groep, maar niet ten aanzien van een individu.¹¹⁰ Wat betreft leeftijdsdiscriminatie zal de indirecte discriminatie dan plaatsvinden ten aanzien van een specifieke leeftijdsgroep. Dit kan het geval zijn wanneer iemand voor een job solliciteert en er van de sollicitant een bepaalde eigenschap wordt verwacht, zoals bijvoorbeeld ICT-vaardigheden. Deze vaardigheid kan dan een bepaalde leeftijdsgroep benadelen omdat bijvoorbeeld 'oudere' werknemers vaak minder vlot kunnen werken met een computer.¹¹¹ Als gevolg hiervan is er geen directe discriminatie op basis van leeftijd. Het is niet zo dat sollicitanten vanaf een bepaalde leeftijd niet meer welkom zijn, maar door het vereisen van goede ICT-vaardigheden gaan oudere mensen wel indirect minder snel aangenomen worden. Vandaar dat we hier spreken van indirecte discriminatie.

40. Verder is het verbod van indirecte discriminatie een belangrijk middel in de strijd tegen meer verborgen vormen van discriminatie. Het verbod wil reële, inhoudelijke of substantiële gelijkheid bereiken. Dit door het op het eerste gezicht neutrale karakter van een regel te doorprikken omdat deze regel uiteindelijk disproportioneel nadelige effecten teweeg brengt voor een groep personen met een bijzonder persoonskenmerk.¹¹²

1.3.2.3.1 Ogenschijnlijke neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze

41. Noch in de parlementaire voorbereidingen, noch uit Europese hoek werd er verduidelijkt wat er precies onder een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze moet worden verstaan.¹¹³ De Europese rechtspraak verduidelijkt daarentegen wel dat een precieze aanduiding van een bepaling, maatstaf of handelwijze van een ondergeschikt belang is om het vermoeden van indirecte discriminatie te wekken.¹¹⁴ Met andere woorden wordt er vooral belang gehecht aan de benadeling die een bepaalde handeling ten aanzien van een bevolkingsgroep met zich mee gaat brengen. Hieruit volgt dan dat een neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze liefst zo ruim mogelijk moet worden uitgelegd.¹¹⁵ Ook kunnen er uit de Europese rechtspraak inzake geslachtsdiscriminatie voorbeelden worden aangehaald van wat nu precies een bepaling, maatstaf of handelwijze vormt: het criterium arbeidsduur dat bijvoorbeeld wordt gebruikt om het uurloon te bepalen, criteria zoals

¹⁰⁹ K. HENRAD, "De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (257) 268.

¹¹⁰ M.SARGEANT, *Age Discrimination: Ageism in Employment and Service Provision*, Gower, 2011, Surrey, 131.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² K. HENRAD, "De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (257) 268.

¹¹³ C. BAYART en C.DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (171) 206.

¹¹⁴ C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie: Arbeidsverhoudingen na de Discriminatie wet Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Larcier, Gent, 2004, 127; Hvj 31 maart 1981, nr. 96/80, *Jenkins*; Hvj 13 mei 1986, nr. 170/84, *Bilka*.

¹¹⁵ C. BAYART en C.DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (171) 206-207.

lichamelijke inspanning of belasting en zwaarte van de arbeid die gebruikt worden voor de indeling in verschillende loongroepen en criteria zoals flexibiliteit, beroepsopleiding en anciënniteit die worden gebruikt om de loontoeslag toe te kennen.¹¹⁶ Verder moet een 'ogenschijnlijke' neutrale handelswijze begrepen worden als een handelswijze die 'op het eerste gezicht' neutraal is. Dit volgt ook uit rechtspraak met betrekking tot geslachtsdiscriminatie, namelijk uit het arrest CHEZ Razpredelenie Bulgaria.¹¹⁷

1.3.2.3.2 Bijzondere benadeling

42. Uit de definitie van indirect onderscheid blijkt dat er ook een vergelijking vereist is. Toch gaat het Hof van Justitie slechts in enkele arresten de vergelijkbaarheidstoets toepassen.¹¹⁸ Deze toepassing van de vergelijkbaarheidstoets vormt de grote uitzondering op de regel. In de regel gaat het Hof in zijn rechtspraak geen vergelijkbaarheidstoets uitvoeren, maar louter onderzoeken of er sprake is van een benadeling van de beschermde groep. In het kader van het onderzoek naar indirecte discriminatie is de vergelijkbaarheidstoets vervangen door een benadelingstoets.¹¹⁹ Dit werd thans zo in de rechtsleer beweerd door onder andere J.H Gerards.¹²⁰ Met de beschermde groep wordt er de groep bedoeld waarvan de leden allemaal een beschermd kenmerk als eigenschap hebben. Voorbeelden van dergelijke groepen zijn de groep holebi's of vrouwen, maar ook 'oudere werknemers' of 'jongere werknemers'. Het verbod van indirecte discriminatie heeft als doel om structurele vormen van achterstelling van deze beschermde groepen tegen te gaan.¹²¹ Toch worden ondanks deze doelstelling ook groepen beschermd door het antidiscriminatierecht die niet structureel achtergesteld zijn zoals bijvoorbeeld de groep hetero's of mannen of werknemers in andere leeftijdscategorieën dan 'oud' of 'jong'.

43. Er is echter nog meer nodig om vast te stellen dat die beschermde groep in een bepaalde situatie bijzonder wordt benadeeld. Als extra element moet de maatregel ook nog een disproportionele impact hebben of kunnen hebben op de beschermde groep. De bijzonder benadeling kan hierbij louter potentieel zijn. Dit houdt in dat er sprake kan zijn van indirect onderscheid zelfs als de ogenschijnlijke neutrale maatregel nog niet uitgevoerd werd. Bij een bijzondere benadeling is er ook geen bijzondere graad van ernst vereist wat betreft de benadeling zelf volgens het Hof van Justitie. Het is niet zo dat er enkel sprake is van een bijzondere benadeling wanneer er zich 'een ernstig, kennelijk en bijzonder zwaarwegend geval van ongelijkheid voordoet'

¹¹⁶ C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie: Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Larcier, Gent, 2004, 128.

¹¹⁷ HvJ 16 juli 2015, nr. C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, punt 93.

¹¹⁸ C. BAYART en C.DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (171) 207; HvJ 14 september 1999, nr. C-167/97, *Gruber*; HvJ 21 oktober 1999, nr. C-333/97, *Lewen*; HvJ 8 juni 2004, nr. C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

¹¹⁹ *Ibid* 209.

¹²⁰ J.H. GERARDS, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel – een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag, Sdu, 2002, 246 en volgenden.

¹²¹ C. BAYART en C.DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (171) 207.

2. Het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving: een discriminatie van oudere werknemers?

44. Aangezien er in deze thesis een onderzoek wordt gevoerd naar discriminatie in arbeidsrelaties bij het hanteren van een maximumleeftijd, kon een hoofdstuk omtrent de maximumleeftijd bij aanwerving niet ontbreken. Het doel van deze titel is na te gaan wanneer werkgevers een maximumleeftijd mogen hanteren bij de aanwerving van hun werknemers en dit op die manier een gerechtvaardigd onderscheid vormt. Anderzijds wordt er ook onderzocht wanneer het gebruik van deze maximumleeftijd in het aanwervingsproces niet gerechtvaardigd kan worden waardoor er sprake is van een leeftijdsdiscriminatie. Er wordt ingegaan op de vraag of een werkgever iemand kan aanwerven en daarbij een leeftijdsgrens hanteert. Een voorbeeld hiervan is een vacature die wordt uitgeschreven door een werkgever waarvoor enkel werknemers jonger dan 30 kunnen solliciteren.

2.1 (On)gelijke behandeling bij aanwerving

45. De eerste vraag die aan bod komt bij een onderzoek naar discriminerende handelingen gesteld door een werkgever, is of die handeling of gedraging in kwestie onder het toepassingsgebied van de Antidiscriminatiewetgeving kan vallen. De Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 heeft een heel ruim materieel toepassingsgebied. Deze wet is immers onder andere van toepassing op de arbeidsbetrekkingen en meer bepaald op de voorwaarden voor de toegang tot arbeid.¹²² Hieronder wordt onder meer de bepaling en de toepassing van de selectiecriteria en de selectiekanalen die worden gehanteerd in het wervingsproces begrepen¹²³, maar bijvoorbeeld ook de bepaling en de toepassing van de aanstellingscriteria die worden gehanteerd bij de aanwerving en de benoeming.¹²⁴ Wanneer een werkgever bij de aanwerving van een werknemer dus gebruikt maakt van het selectie criterium of aanstellingscriterium leeftijd, valt deze handeling onder het toepassingsgebied van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007. Verder valt deze materie ook onder de Europese Kaderrichtlijn aangezien die richtlijn van toepassing is op alle personen in de overheidssector en de particuliere sector met betrekking tot de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of tot een beroep, met inbegrip van de aanstellings- en selectiecriteria.¹²⁵

¹²² Artikel 5 §2, 1^o Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹²³ Artikel 5 §2, 1^o, tweede streepje Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹²⁴ Artikel 5 §2, 1^o, derde streepje Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹²⁵ Artikel 3.1.a Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

2.2 De geldigheid van het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving in het licht van de Antidiscriminatiewet en de Kaderrichtlijn

2.2.1 Rechtvaardiging

46. De geldigheid van het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving wordt onderzocht in dit hoofdstuk van de thesis. Deze geldigheid hangt samen met de rechtvaardiging van een gehanteerd onderscheid. Zoals reeds eerder aangehaald in deze thesis zal niet elke ongelijke behandeling van gelijke gevallen of gelijke behandeling van ongelijke gevallen beschouwd worden als discriminatie. Er zal slechts sprake zijn van discriminatie wanneer een onderscheid niet kan worden gerechtvaardigd.¹²⁶ Het is dan ook van belang om bij deze rechtvaardiging stil te staan aangezien dit het verschil gaat maken tussen een toegestaan onderscheid en een verboden discriminatie. Vanuit rechtstechnisch oogpunt is de rechtvaardiging weliswaar een van de moeilijkste vraagstukken van het discriminatierecht.¹²⁷

47. De auteurs BAYART en BOSMANS hebben een zeer gestructureerd stappenplan uitgewerkt zodat werkgevers die zich moeten verdedigen tegen een discriminatieclaim of werknemers die een discriminatieclaim willen instellen zich gemakkelijk een weg kunnen banen door het kluwen van de verschillende rechtvaardigingsgronden.

48. Volgens hen bestaat de eerste stap erin om uit te maken of er sprake is van een direct of indirect onderscheid.¹²⁸ Als er een direct onderscheid wordt vastgesteld, moet er vervolgens worden bepaald of er een open of gesloten rechtvaardigingssysteem van toepassing is.¹²⁹ De derde stap bestaat dan uit de toetsing of er een beroepsvereiste of een algemene rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Deze laatste categorie bestaat uit onder andere de rechtvaardigingsgrond voor maatregelen van positieve actie en de vrijwaringsclausule voor onderscheid door of krachtens een wet.¹³⁰ Buiten de beroepsvereisten, is dit niet relevant voor het verdere onderzoek in deze thesis en wordt dit niet verder besproken. Als laatste stap wordt er dan nog nagekeken of er een specifieke

¹²⁶ S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 229.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ C. BAYART en I. BOSMANS, "De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector: algemeen overzicht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (537) 563.

¹²⁹ *Ibid.*, 564.

¹³⁰ *Ibid.*, 566.

rechtvaardigingsgrond is. Hieronder wordt onder andere de rechtvaardigingsgrond voor leeftijdsdiscriminatie verstaan.¹³¹

2.2.1.1 Een open versus een gesloten systeem van rechtvaardiging

49. In het Belgische antidiscriminatierecht bestaat er in beginsel een onderscheid tussen een gesloten en een open systeem van rechtvaardiging. De regering was zich hiervan bewust wanneer het wetsontwerp in de Kamer werd ingediend. Volgens de visie die in de Kamer gehanteerd werd, moest het wetsvoorstel dan ook uitgaan van dit onderscheid.¹³² *In een stelsel van het gesloten type is het in principe niet mogelijk een onderscheid in behandeling dat rechtstreeks gebaseerd is op een bepaalde grond, te rechtvaardigen, onder voorbehoud van beperkte, specifieke en vooraf bepaalde uitzonderingen.*¹³³ In een gesloten systeem wordt er door de normsteller aangegeven welke onderscheiden al dan niet toelaatbaar zijn. In de meeste gevallen heeft dit als gevolg dat direct onderscheid op basis van een beschermde discriminatiegrond verboden is, behalve enkele limitatief bepaalde uitzonderingen.¹³⁴ *In een open systeem daarentegen, kan een onderscheid in behandeling op grond van een bepaald criterium steeds a priori het voorwerp uitmaken van een objectieve en redelijke rechtvaardiging, die niet verder wordt verduidelijkt en die wordt overgelaten aan het uiteindelijke oordeel van de rechter.*¹³⁵ In een open stelsel, daarentegen gaat de normsteller niet voorafgaandelijk bepalen welke ongelijkheden een discriminatie vormen. Deze beslissing wordt overgelaten aan het oordeel van de rechter.¹³⁶

50. In het wetsvoorstel duidt men bovendien aan dat de Europese richtlijnen beschouwd worden als een gesloten systeem dat enkel beperkte, specifieke rechtvaardigingsmogelijkheden hanteert. Toch wordt dit systeem aangevuld met andere discriminatiegronden waarvoor ruimere rechtvaardigingsmogelijkheden bestaan. Deze zienswijze heeft geleid tot de volgende benadering in ons Belgisch recht:¹³⁷

51. Als er eerst gekeken wordt naar de situatie waarin een direct onderscheid gemaakt wordt op basis van de beschermde criteria, dan kan er vastgesteld worden dat de wet in beginsel een open systeem van rechtvaardiging hanteert. Dit open rechtvaardigingssysteem is terug te vinden in artikel

¹³¹ C. BAYART en I. BOSMANS, "De federale antidiscriminatie wetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector: algemeen overzicht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (537) 563.

¹³² F. HENDRICKX, "Discriminatie", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht, II*, Brugge, Die Keure, 2020, (469) 483.

¹³³ Parl.St. Kamer 2006-2007, nr.51k2722/001, 22.

¹³⁴ S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatie wetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 230-231.

¹³⁵ Parl.St. Kamer 2006-07, nr.51k2722/001, 22.

¹³⁶ S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatie wetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 230.

¹³⁷ F. HENDRICKX, "Discriminatie", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht, II*, Brugge, Die Keure, 2020, (469) 483.

7 van de Antidiscriminatiewet. Het is steeds van toepassing behalve voor de situaties die behandeld worden in artikel 8 §1 van deze wet. In deze situaties geldt er een meer gesloten systeem van rechtvaardiging, waarbij er als gevolg hiervan voldaan moet worden aan een strengere test.¹³⁸ Voor deze thesis is het van belang dat ook het begrip arbeidsbetrekkingen onder dit meer gesloten systeem valt. Een direct onderscheid op grond van leeftijd met betrekking tot deze arbeidsbetrekkingen kan uitsluitend gerechtvaardigd worden op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.¹³⁹

52. Daarnaast kan er ook nog een indirect onderscheid gemaakt worden. Ook hier wordt er in beginsel een open systeem gehanteerd behalve wanneer het gaat om het beschermde criterium handicap. In dat geval geldt er een strikter rechtvaardigingssysteem, met name een meer gesloten.¹⁴⁰

2.2.2 Soort discriminatie

53. De eerste toets in het stappenplan van BAYART en BOSMANS betreft het bepalen welk soort onderscheid en als gevolg daarvan eventuele discriminatie er voorligt. Bij de aanwerving van een werknemer is het mogelijk dat de werkgever een maximumleeftijd hanteert. Een voorbeeld hiervan is dat er geen werknemers worden aangeworven voor de functie van politiemans die ouder zijn dan dertig jaar.¹⁴¹ Er wordt met andere woorden een leeftijd gehanteerd om een onderscheid te maken tussen werknemers die jonger zijn dan dertig jaar en als gevolg daarvan in aanmerking komen voor de functie en anderzijds tussen werknemers ouder dan dertig jaar die niet aangeworven kunnen worden voor de functie. Er doet zich een situatie voor waarin iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander hoewel beiden in een vergelijkbare situatie verkeren. Bovendien is dat verschil in behandeling gebaseerd op één van de beschermde criteria, namelijk leeftijd.¹⁴² Er is dus sprake van een direct onderscheid op basis van leeftijd. Wanneer dit direct onderscheid op grond van een beschermd criterium niet gerechtvaardigd kan worden, is er sprake van een directe discriminatie.¹⁴³

54. Verder is het ook relevant om aan te halen wanneer er precies sprake zal zijn van een discriminatie op basis van leeftijd bij aanwerving. De vraag stelt zich of een specifiek persoon gediscrimineerd moet worden in een aanwervingsprocedure of dat een algemene verklaring al volstaat om van leeftijdsdiscriminatie te spreken. Deze vraag is behandeld door het Hof van Justitie in de zaak Feryn. De eigenaar van een kantelpoortenbedrijf geeft in dit arrest aan dat hij geen Marokkaanse werknemers wil aanwerven. Zijn klanten zouden dit immers niet willen omdat ze zich

¹³⁸ F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 168-169.

¹³⁹ *Ibid*, 169.

¹⁴⁰ Artikel 9 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie; F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 169.

¹⁴¹ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*.

¹⁴² Artikel 4, 6° Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹⁴³ Artikel 4, 7° Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

dan minder veilig voelen.¹⁴⁴ Hoewel deze zaak ging over een discriminatie op basis van etnische afstamming tijdens een aanwervingsprocedure, werd er toch tot een belangrijke conclusie getrokken uit dit arrest. Deze conclusie kan ook getransponeerd worden naar situaties van leeftijdsdiscriminatie in een aanwervingsprocedure. De vereiste van een ongunstigere behandeling die aanwezig moet zijn om van een discriminatie te kunnen spreken, volstaat op zich om samen met de andere essentiële bestanddelen tot het bestaan van directe discriminatie te kunnen besluiten. Hierdoor zijn er geen bijkomende bestanddelen vereist zoals bijvoorbeeld een identificeerbare klager.¹⁴⁵ Een louter publieke verklaring is al voldoende om aan de voorwaarde van de ongunstigste behandeling te kunnen voldoen. Deze verklaring moet dan wel geuit zijn door de aanwervende partij tijdens een lopende aanwervingsprocedure.¹⁴⁶ In het arrest *Feryn* werd dus bepaald dat een algemene verklaring voldoende is, maar dat ze wel in de specifieke context van een aanwervingsprocedure geuit moet worden. Deze voorwaarde werd echter herzien in andere rechtspraak van het Hof van Justitie. Het arrest *NH t. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rele Lenford* behandelt een situatie waarin een Italiaanse advocaat op de radio verklaart dat hij nooit homoseksuelen als medewerker zou aanwerven.¹⁴⁷

55. In eerste instantie is deze situatie gelijkaardig aan de situatie van het arrest *Feryn*. Toch is er een zeer belangrijk verschil tussen beide aan te merken. Meneer *Feryn* doet zijn uitspraak immers gedurende een lopende aanwervingsprocedure, waarbij er een Marokkaanse werknemer solliciteert voor de vacature. De Italiaanse advocaat echter doet zulke uitspraken buiten een aanwervingsprocedure om. De vraag voor het Hof van Justitie is dan vervolgens of die laatste situatie ook een discriminatie kan vormen.¹⁴⁸ Het Hof komt tot de conclusie dat het feit of er een aanwervingsprocedure gepland is of loopt, niet beslissend is voor de vraag of er een discriminatie kan voorliggen. Als de uitspraak doet uitschijnen dat er gebruik wordt gemaakt van discriminerende voorwaarden om toegang te verkrijgen tot een job en vervolgens blijkt dat het verband tussen die uitspraken en de voorwaarden voor toegang tot arbeid bij de werkgever geen louter hypothetisch verband is dan kan er geconcludeerd worden dat de uitspraken van de werkgever een discriminatie vormen.¹⁴⁹ Bij elke aanwerving vindt immers de grootste selectie plaats tussen personen die solliciteren en diegene die dat niet doen. Wanneer een werkgever of een andere persoon die een beslissende invloed kan uitoefenen op het aanwervingsbeleid van een onderneming discriminerende meningen uit of verspreidt op het gebied van arbeid en beroep dan kan de geviseerde persoon ervan weerhouden worden om te gaan solliciteren.¹⁵⁰

56. Het arrest *Associazione Avvocatura - Rele Lenford* kan vervolgens ook getransponeerd worden naar de situatie van een discriminatie op basis van het onderscheidingscriterium leeftijd.

¹⁴⁴ HvJ 10 juli 2008, nr. C-54/07, *Feryn*.

¹⁴⁵ C. BAYART en C. DEITEREN, "Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras-en Kaderrichtlijn", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, (37) 54.

¹⁴⁶ HvJ 10 juli 2008, nr. C-54/07, *Feryn*, punt 25.

¹⁴⁷ HvJ 23 april 2020, nr. C-507/18, *NH t. Associa - zone Avvocatura per I diritti LGBTI - Rele Lenford*.

¹⁴⁸ E. MAES en J. VRIELINK, "Advocaat die zegt geen homo's te willen aanwerven, maakt zich schuldig aan discriminatie", *Juristenkrant* 2020, nr. 409, 1.

¹⁴⁹ HvJ 23 april 2020, nr. C-507/18, *NH t. Associa - zone Avvocatura per I diritti LGBTI - Rele Lenford*, punt 43.

¹⁵⁰ *Ibid*, punt 55.

Wanneer een werkgever verklaart dat hij geen werknemers ouder dan 30 jaar wil aannemen dan kan dit ook een directe leeftijdsdiscriminatie vormen. En dit ongeacht het feit dat hij geen geïndividualiseerde werknemer discrimineert en ongeacht het feit dat er op het moment van de uitspraak geen aanwervingsprocedure lopende is bij de werkgever. De context waarin deze verklaring plaatsvindt zoals onder andere in een interview voor radio, televisie of een magazine, in mailverkeer of in een publieke uitspraak, is bovendien ook irrelevant. Werkgevers zullen hiervoor op hun hoede moeten zijn.

2.2.3 De mogelijke rechtvaardiging voor het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving

57. Bij het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving, vindt er een direct onderscheid plaats dat eventueel kan leiden tot een directe discriminatie. Wat betreft de rechtvaardiging van het direct onderscheid kan er in de eerste plaats teruggevallen worden op artikel 7 van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 die de algemene proportionaliteitstoets bevat. Maar aangezien er een direct onderscheid voorligt op basis van de discriminatiegrond leeftijd, ressorteert deze situatie onder de afwijking van artikel 8 van de Antidiscriminatiewet. Als gevolg hiervan kan het directe onderscheid gerechtvaardigd worden op basis van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.¹⁵¹ Een andere mogelijkheid voor de rechtvaardiging van een direct onderscheid op basis van leeftijd is de specifieke rechtvaardigingsgrond ten aanzien van leeftijd.¹⁵² Deze rechtvaardigingsgrond op basis van artikel 12 Antidiscriminatiewet zal echter weinig toevoegen aan de conclusies die door het Hof van Justitie of door de Belgische rechtscollèges getrokken worden op basis van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. Wegens de beperkte relevantie van deze rechtvaardigingsgrond voor het verdere onderzoek wordt deze dan ook buiten beschouwing gelaten. Het verdere onderzoek naar de mogelijke rechtvaardiging voor het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving zal zich vooral focussen op de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.

2.2.3.1 Wezenlijke en bepalende beroepsvereiste

2.2.3.1.1 Algemene theorie

58. Bij de rechtvaardiging van het direct onderscheid kan er vaak het open systeem gehanteerd worden door gebruik te maken van de algemene rechtvaardigingsgrond. Daarnaast bestaan er voor het direct onderscheid ook een aantal situaties, waarin er een meer gesloten systeem van rechtvaardiging van toepassing is. Dit brengt met zich mee dat er dan ook een strengere test toegepast wordt. Het gaat over de situaties of materies die zijn opgesomd in artikel 8§1 ADW.¹⁵³ Het

¹⁵¹ Artikel 8 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹⁵² Artikel 12 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹⁵³ F. HENDRICKX, "Discriminatie", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2020, (469) 484.

gaat volgens dit artikel onder andere om de in artikel 5§1,4°,5° en 7° bedoelde aangelegenheden.¹⁵⁴ Voor het verdere verloop van deze thesis zullen vooral de aangelegenheden bedoeld in artikel 5 §1, 5° ADW van belang zijn, wat neerkomt op de arbeidsbetrekkingen. In een dergelijk geval kan een direct onderscheid op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap uitsluiten gerechtvaardigd worden op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.¹⁵⁵

59. De volgende vraag die dan gesteld kan worden is wat een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste nu precies inhoudt. Dit wordt verduidelijkt door artikel 8§2 van de ADW. *“Er kan slechts sprake zijn van een dergelijke vereiste wanneer:*

- *een bepaalde kenmerk, dat verband houdt met leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze worden uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is, en;*
- *het vereiste berust op een legitieme doelstelling en evenredig is ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.”*¹⁵⁶

60. Bovendien onderzoekt de rechter in elk concreet geval of een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt.¹⁵⁷ De vraag waar het onderscheid ligt tussen de verschillende systemen van rechtvaardiging voor het direct onderscheid zal dan ook in de eerste plaats blijken uit de toepassingen in de rechtspraak.¹⁵⁸ Zo wordt gesteld dat het ene systeem voor rechtvaardiging bestaat uit de gesloten variant en het andere uit de open variant.¹⁵⁹

61. Verder is de toelichting die in de parlementaire voorbereidingen wordt gegeven omtrent dit artikel van belang. “De regel van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste dient als uitzonderingsregel zorgvuldig te worden gehanteerd en mag alleen gebruikt worden voor die beroepsvereisten die strikt noodzakelijk zijn om de activiteiten in kwestie uit te oefenen. Het voorontwerp vereist – in lijn met de Europese richtlijnen- dat het moet gaan om specifieke beroepsactiviteiten. Dit betekent dat de noodzaak tot het stellen van het vereiste steeds afhankelijk dient te zijn van de concrete activiteiten die door een (aan te werven) werknemer zullen worden verricht. Als het gevraagde criterium voor een bepaalde categorie van werknemers in sommige gevallen noodzakelijk is en in sommige gevallen niet, kan het criterium niet per definitie opgelegd worden aan de volledige categorie van werknemers.”¹⁶⁰

62. De beroepsvereiste moet dan ook nog berusten op een legitieme doelstelling.¹⁶¹ “De legitieme doelstelling kan uiteraard geen verband houden met discriminatoire motieven.”¹⁶²

¹⁵⁴ Artikel 8 §1 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Artikel 8 §2 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹⁵⁷ Artikel 8 §3 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹⁵⁸ F. HENDRICKX, “Discriminatie”, in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2020, (469) 484.

¹⁵⁹ F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 170.

¹⁶⁰ *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51K2722/001, 48-49.

¹⁶¹ Artikel 8 §2, tweede streepje Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

¹⁶² *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51K2722/001, 49.

Legitieme doelstellingen kunnen daarentegen wel gevonden worden "in de bescherming van grondrechten, in de culturele sfeer (bijvoorbeeld het vrijwaren van de artistieke vrijheid of vrijwaren van authenticiteit) of in de commerciële sfeer (bijvoorbeeld het vrijwaren van reclame gericht op bepaalde doelgroepen) en in de veiligheid (veiligheid in de onderneming; veiligheid van derden; de openbare veiligheid).¹⁶³

63. Daarnaast bevatten de voorbereidende werken ook nog enkele voorbeelden van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. "Dezen stellen immers dat het in sommige gevallen maatschappelijk wenselijk is dat in de arbeidsverhoudingen, zoals onder meer in het aanwervingsproces, toch onderscheid kan gemaakt worden aan de hand van de beschermde criteria of kenmerken die daarmee verband houden. Zo kan er in het bijzonder gedacht worden aan de culturele sector, de amusementsindustrie, de reclamewereld waar in het kader van bepaalde producties of programma's, personen met bepaalde eigenschappen, zoals onder andere een bepaalde leeftijd, worden gezocht."¹⁶⁴

64. Aangezien de Belgische antidiscriminatiewetgeving gebaseerd is op de Europese wetgeving inzake discriminatie kan de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste ook teruggevonden worden in de Kaderrichtlijn. Deze richtlijn bepaalt dat: "*De lidstaten kunnen bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.*"¹⁶⁵

2.2.3.1.1 Wezenlijke en bepalende beroepsvereiste in het kader van het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving

65. Vooraleer de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste besproken kan worden in het kader van het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving is het van belang om een aantal opmerkelijke bevindingen te bespreken. Aanvankelijk heerste bij het Hof van Justitie de opvatting dat een discriminatiegrond zelf, zoals bijvoorbeeld geslacht of fysieke eigenschap, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kon uitmaken. Zo werd er voor vertolking van de rol van president Obama een zwarte acteur gekozen of voor het presenteren van vrouwenkleding werd er een vrouwelijke model uitgekozen. Dit zijn twee voorbeelden van situaties waarbij een beschermde discriminatiegrond een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan zijn. De huidskleur van Obama

¹⁶³ C. BAYART en I. BOSMANS, "De federale antidiscriminatie wetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector: algemeen overzicht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (537) 575; *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51K2722/001, 49.

¹⁶⁴ *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51K2722/001, 48; F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 171.

¹⁶⁵ Artikel 4, lid 1 Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

die ondergebracht kan worden onder de discriminatiegrond fysieke eigenschap en het geslacht van het model, wat een onderscheidingscriterium op zich vormt, zijn hier cruciaal voor de authenticiteit van de rol van acteur of model.¹⁶⁶ Deze zienswijze werd door het Hof aangehangen in oudere arresten omtrent geslachtsdiscriminatie.¹⁶⁷

66. Toch is deze zienswijze waarbij de discriminatiegrond als substituut voor andere vereisten wordt gebruikt niet volledig zonder gevaren. Er kunnen immers vragen gesteld worden omtrent het feit dat leeftijd een voldoende precies criterium is om als alternatief voor andere persoonlijke eigenschappen te fungeren. Verder rijst ook de vraag of dit niet leidt tot het in stand houden van bepaalde stereotypes die op automatische wijze een verband leggen tussen enerzijds bepaalde eigenschappen die voor een job gunstig of ongunstig zijn en anderzijds leeftijd.¹⁶⁸ Het Hof van Justitie beperkt bovendien zijn redenering niet tot de discriminatiegrond leeftijd. Dit doet vervolgens de vraag rijzen in hoeverre een werkgever de grond geslacht kan gebruiken als substituut voor andere eigenschappen zoals bijvoorbeeld fysieke kracht. Als gevolg hiervan bestaat er het risico van een hellend vlak.¹⁶⁹ In recentere rechtspraak omtrent leeftijdsdiscriminatie die verder in dit hoofdstuk besproken zal worden, hanteert het Hof van Justitie echter een andere zienswijze. In *Vital Pérez en Salaberria Sorondo* wijst het Hof het uitdrukkelijk het idee van de hand dat de discriminatiegrond zelf een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan vormen.¹⁷⁰

67. Als de discriminatiegrond zelf geen wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan vormen, is de volgende logische vraag welke criteria kunnen dan wel gebruikt worden als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste bij het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving. Hierbij is het interessant om terug te grijpen naar rechtspraak van zowel het Hof van Justitie als van de nationale, Belgische rechtscolleges.

68. Het eerste relevante arrest van het Hof van Justitie dat besproken wordt met betrekking tot het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving is het arrest *Wolf*.¹⁷¹ In deze zaak solliciteert de heer Wolf bij de brandweerdienst van de Stadt Frankfurt am Main om bij het middenkader van de brandweertechische dienst te worden aangesteld.¹⁷² De Stadt Frankfurt am Main deelt meneer Wolf echter mee dat zijn sollicitatie niet in aanmerking kon worden genomen aangezien hij de leeftijdsgrens van 30 jaar heeft overschreden op het ogenblik dat de selectieprocedure plaatsvindt.¹⁷³ De regeling van het Land van Hessen bepaalt immers dat alleen personen die ten hoogste 30 jaar

¹⁶⁶ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, "Discriminatiewetgeving revisited : recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2010-2017)", in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2017-18, (117) 162.

¹⁶⁷ Zie onder andere HvJ 11 januari 2000, nr. C-285/98, *Kreil*; HvJ 26 oktober 1999, nr. C-273/97, *Sirdar* en HvJ 15 mei 1986, nr. C-222/84, *Johnston*.

¹⁶⁸ B. MESTRE, "The rulings Collin Wolf and Domnica Petersen – Reflections on the Justifications of Age Discrimination", *European Law Reporter* 2010, (88) 88-93.

¹⁶⁹ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, "Discriminatiewetgeving revisited : recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2010-2017)", in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2017-18, (117) 162.

¹⁷⁰ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 36; HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 33.

¹⁷¹ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*.

¹⁷² *Ibid*, punt 17.

¹⁷³ *Ibid*, punt 19.

oud zijn aangesteld kunnen worden bij het middenkader en als gevolg daarvan brandweerman kunnen worden.¹⁷⁴ Het Hof bekijkt eerst of de omstandigheid om fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau te hebben kan worden beschouwd als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. Uit de toelichting van de Duitse regering blijkt dat de leden van het middenkader van de brandweertechische dienst taken vervullen die aan beroepsbrandweerlieden op de plaats van het onheil opgedragen worden. De werkzaamheden van het middenkader van de brandweertechische dienst zijn overwegend van een fysieke aard in tegenstelling tot de directie- en staffuncties van de brandweertechische dienst. De leden van het middenkader nemen deel aan onder andere noodhulpverlening aan personen, brandbestrijding, hulpverlening aan dieren en bescherming tegen gevaarlijke dieren, opdrachten in verband met milieubescherming, alsook ondersteuningstaken zoals het onderhoud van en het toezicht op de beschermingsuitrusting en de brandweerauto's. Vandaar oordeelt het Hof dat het bezitten van fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste gezien kan worden.¹⁷⁵

69. Vervolgens gaat het Hof in op de vraag of de vereiste dat de betrokkenen fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau moeten hebben leeftijdsgebonden is. De Duitse regering neemt hier de stelling in dat bepaalde taken die aan de leden van het middenkader van de brandweertechische dienst worden toevertrouwd zoals bijvoorbeeld brandbestrijding of hulpverlening aan personen fysieke capaciteiten vergen die van een bijzonder hoog niveau zijn. Daarom kunnen ze slechts uitgevoerd worden door jonge ambtenaren. Om hun standpunt te steunen kan de Duitse regering wetenschappelijke gegevens voorleggen van arbeids- en sportgeneeskundige onderzoeken die aantonen dat de spieren, de longcapaciteit en de weerstand van het menselijke lichaam afnemen naarmate een persoon ouder wordt. Slechts zeer weinig ambtenaren hebben vanaf de leeftijd van 45 jaar of ouder nog voldoende fysieke capaciteiten om deel te kunnen nemen aan brandbestrijding. Wanneer het gaat over noodhulpverlening aan personen beschikken diezelfde ambtenaren van 50 jaar of ouder niet meer over de nodige fysieke capaciteiten. Ambtenaren die voorafgaande leeftijdsgrenzen hebben overschreden, worden vervolgens belast met andere taken. Als gevolg hiervan is de noodzaak om al zijn fysieke capaciteiten te hebben om het beroep van brandweerman bij het middenkader van de brandweertechische dienst uit te oefenen verbonden met de leeftijd van de leden van deze dienst.¹⁷⁶ Het criterium van het hebben van fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau is met andere woorden een leeftijdsgebonden criterium en een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.

70. Vervolgens kan er verwezen worden naar het arrest *Vital Pérez* van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Deze zaak heeft betrekking op de aanwervingsvoorwaarden die worden gehanteerd met het oog op de bezetting van vijftien posten bij de lokale politie van Oviedo, te Asturië Spanje.¹⁷⁷ Er wordt immers een leeftijdsgrens gehanteerd van dertig jaar om te mogen deelnemen aan de toegangsprouven tot die functie. Volgens de verzoeker in het hoofdgeding doet

¹⁷⁴ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*.

¹⁷⁵ *Ibid*, punt 40.

¹⁷⁶ *Ibid*, punt 41.

¹⁷⁷ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 15.

die vereiste afbreuk aan het grondrecht om onder gelijke voorwaarden toegang te krijgen tot overheidsfuncties dat verankerd is in de Spaanse grondwet en in de Kaderrichtlijn.¹⁷⁸ In *Vital Pérez* wordt er regelmatig ook verwezen naar het eerder gevelde arrest *Wolf*. Toch kan dit arrest niet naar analogie worden toegepast op de situatie van de lokale politieagenten in *Vital Pérez* aangezien de fysieke conditie waarover zij dienen te beschikken niet vergeleken kan worden met diegene die verlangd wordt van brandweerlieden. Deze laatsten dienen immers te beschikken over fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau, maar bezitten een volledig ander takenpakket.¹⁷⁹ Het hanteren van de maximumleeftijd houdt duidelijk een direct onderscheid op basis van leeftijd in volgens het Hof. Ze zorgt er namelijk voor dat bepaalde personen in een vergelijkbare situatie ongunstiger behandeld worden dan andere personen en dit enkel omdat die bepaalde personen ouder zijn dan 30 jaar.¹⁸⁰ Deze zaak betreft dus een situatie van directe leeftijdsdiscriminatie waarin een maximumleeftijd wordt gehanteerd bij aanwerving.

71. Het volgende aspect dat bekeken kan worden is de vraag wat hier de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt. Het Hof stelt dat het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten een kenmerk kan vormen dat leeftijdsgebonden is.¹⁸¹ De taken van de lokale politie van Oviedo bestaat uit onder andere bijstandsverlening aan burgers, regeling van het verkeer, preventieve patrouilles, bescherming van personen, en zaken en de arrestatie en bewaking van daders van strafbare feiten.¹⁸² Voor sommige van deze taken moeten er geen bijzondere fysieke eisen worden gesteld zoals bijvoorbeeld voor bijstandsverlening aan burgers of de regeling van het verkeer. Toch neemt dit niet weg dat bij andere taken wel sprake kan zijn van het gebruik van fysiek geweld. Dit is het geval bij het beschermen van personen en zaken, preventieve patrouilles en de arrestatie en bewaking van daders van strafbare feiten.¹⁸³ Deze taken vergen een uitstekende fysieke geschiktheid aangezien bepaalde fysieke tekortkomingen tijdens de uitoefening van laats genoemde taken belangrijke gevolgen kunnen hebben. Bovendien zijn er niet enkel verregaande gevolgen voor de politieagenten zelf en voor derden, maar verder ook voor de handhaving van de openbare orde.¹⁸⁴ Het Hof komt zo tot de conclusie dat het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten voor het beroep van lokaal politieagent kan worden aangemerkt als een wezenlijk en bepalende beroepsvereiste.¹⁸⁵ Dit arrest is relevant omdat het Hof van Justitie bevestigt dat er een maximumleeftijd bij aanwerving gebruikt mag worden als die gerechtvaardigd wordt door de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste van bijzondere fysieke capaciteiten.

72. Een gelijkaardige situatie kan teruggevonden worden in de zaak *Gorka Salaberria Sorondo v. Academia Vasca de Policia y Emergencias*.¹⁸⁶ Ook dit arrest heeft betrekking op de selectieprocedure voor de aanwerving van politieagenten van de autonome regio Baskenland.¹⁸⁷

¹⁷⁸ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 16.

¹⁷⁹ *Ibid*, punt 21.

¹⁸⁰ *Ibid*, punt 28-33.

¹⁸¹ *Ibid*, punt 37.

¹⁸² *Ibid*, punt 38.

¹⁸³ *Ibid*, punt 39.

¹⁸⁴ *Ibid*, punt 40.

¹⁸⁵ *Ibid*, punt 41.

¹⁸⁶ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*.

¹⁸⁷ *Ibid*, punt 16.

Salaberria Sorondo betwist de rechtmatigheid van de selectieprocedure aangezien hierin bepaald is dat kandidaten die willen deelnemen aan de selectieprocedure de leeftijd van 35 jaar nog niet bereikt mogen hebben.¹⁸⁸ Op basis hiervan geldt dat bepaalde personen ongunstiger worden behandeld dan andere personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, uitsluitend omdat zij de leeftijd van 35 jaar nog niet bereikt hebben. Deze regeling leidt dus tot een direct verschil in behandeling op grond van leeftijd.¹⁸⁹ Het Hof oordeelt ook hier verwijzend naar zijn eerdere rechtspraak dat het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten een leeftijdsgebonden kenmerk is. Bij verschillende taken van de politie kan er sprake zijn van het gebruik van fysiek geweld, namelijk bij de taken met betrekking tot bescherming van personen en zaken, preventieve patrouilles, en arrestatie en bewaking van daders van strafbare feiten.¹⁹⁰ Verwijzend naar Vital Pérez wordt ook hier geoordeeld dat deze taken een uitstekende fysieke geschiktheid vergen aangezien fysieke tekortkomingen tijdens de uitoefening van die taken belangrijke gevolgen teweeg kunnen brengen. Deze gevolgen zijn er bovendien niet enkel voor de politieagenten zelf of voor derden, maar ook voor de handhaving van de openbare orde.¹⁹¹ Er zijn bijzondere fysieke capaciteiten vereist voor het verrichten van de drie hoofdtaken van de politie van de autonome regio Baskenland, namelijk het toezicht houden op de veiligheid van de burgers, het waarborgen van de vrije uitoefening van ieders rechten en vrijheden en het beschermen van personen en zaken. Voor deze drie hoofdtaken vormen die bijzondere fysieke capaciteiten dan ook een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.¹⁹²

73. De gebruikte bewoordingen in Salaberria Sorondo zijn zo goed als identiek aan diegene die in Vital Pérez worden gebruikt. Toch zullen er bij de volgende stappen van de rechtvaardigingstoets wezenlijke verschillen opduiken tussen beide arresten waardoor ze aparte behandeling behoeven.

74. Uit de belangrijkste arresten van het Hof van Justitie in verband met het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving, kan duidelijk afgeleid worden dat er zich met betrekking tot de vaststelling van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste zich geen enkel probleem stelt. Het bezitten van bijzondere fysieke capaciteiten of fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau, werd telkens gemakkelijk aangenomen als wezenlijke en bepalende beroepsvereiste door het Hof van Justitie van zodra bepaalde beroepswerkzaamheden van politieman of brandweerman deze bijzondere fysieke capaciteiten vereisten. Het was volgens het Hof dus zeker niet nodig dat alle taken deze fysieke capaciteiten vereisten. Dit blijkt uit de gedeeltelijke opsommingen van taken in zowel Vital Pérez als in Salaberria Sorondo. Van zodra er enkele taken dit vereisten, volstaat het om te spreken van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste voor die functie in zijn geheel. Als een regering of een private werkgever kan aantonen dat bepaalde taken uit het takenpakket van een job bijzondere fysieke capaciteiten vereisen dan zal dit steeds een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormen. Tot zover kan er voor een werkgever niet veel verwarring ontstaan wanneer hij zich precies schuldig maakt aan discriminatie of een gerechtvaardigd onderscheid hanteert. De

¹⁸⁸ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 17.

¹⁸⁹ *Ibid*, punt 29-30.

¹⁹⁰ *Ibid*, punt 34

¹⁹¹ *Ibid*, punt 35.

¹⁹² *Ibid*, punt 36.

eerste voorwaarde van het toetsingsschema van artikel 8 Antidiscriminatiewet lijkt zo op het eerst gezicht gemakkelijk te vervullen.

75. Hoewel de rechtspraak van het Hof van Justitie op het eerste gezicht dus consistent lijkt te zijn, rijzen er toch reeds enkele vragen met betrekking tot de conclusies die het Hof trekt. Zo wordt er bewezen door wetenschappelijke testen in het arrest *Wolf* dat slechts zeer weinig ambtenaren vanaf de leeftijd van 45 jaar of ouder nog voldoende fysieke capaciteiten hebben om deel te kunnen nemen aan brandbestrijding. Voor noodhulpverlening wordt die grens op 50 jaar gesteld. Het Hof ziet dit als bewijs dat de noodzaak om al zijn fysieke capaciteiten te hebben verbonden is met de leeftijd van de brandweermannen.¹⁹³ Deze redenering wordt ook gehanteerd in de arresten *Vital Pérez* en *Salaberria Sorrondo* waar het Hof van Justitie overall tot de conclusie komt dat fysieke capaciteiten steevast een leeftijdsgebonden kenmerk zijn.¹⁹⁴ Naar mijn mening nemen de fysieke capaciteiten in de meerderheid van de gevallen wel degelijk af met de leeftijd en als gevolg daarvan kan dit een criterium zijn dat leeftijdsgebonden is. Dit betekent echter niet dat dit steeds het geval is aangezien er op dit uitgangspunt ook uitzonderingen bestaan. Zo zullen bepaalde kandidaten voor de functie op hun 30^{ste} levensjaar al niet meer over de vereiste fysieke capaciteiten beschikken, maar anderzijds is het ook perfect mogelijk dat een 50-jarige marathonloper wel nog over deze fysieke capaciteiten beschikt. Deze uitzonderingen tonen aan dat fysieke capaciteiten dus niet steeds leeftijdsgebonden zijn en niet automatisch afnemen met de leeftijd. Een in concreto beoordeling lijkt zich dus op te dringen in plaats van het hanteren van een in abstracto leeftijdsgrens, wat bekomen kan worden door gebruik te maken van individuele fysieke testen. Ik ben dus van mening dat het Hof te gemakkelijk aanneemt dat het hebben van fysieke capaciteiten een leeftijdsgebonden criterium is.

76. Naast de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is het ook uitermate relevant om de rechtspraak te bekijken van de nationale, Belgische rechtscollèges. Ook hieruit kunnen bepaalde principes worden afgeleid omtrent de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste bij het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving.

77. Het eerste relevante vonnis in de nationale rechtspraak is dat van de Arbeidsrechtbank van Brussel omtrent het autonoom overheidsbedrijf *Skeyes*, het vroegere *Belgocontrol*. Dit autonoom overheidsbedrijf verleent luchtverkeersdiensten binnen het Belgische luchtruim. Voor het uitvoeren van deze diensten werft *Skeyes* luchtverkeersleiders aan op basis van vergelijkende wervingsexamens.¹⁹⁵ Die examens lokken telkens maar liefst 4000 kandidaten waarbij enkel de twaalf tot vijftien besten in de rangschikking toegelaten worden tot de opleiding van aspirant-luchtverkeersleider die twee jaar duurt. In augustus 2016 wordt er weer een dergelijke vacature gepubliceerd op de website van *Skeyes*. In de omschrijving van de vacature werd opgenomen dat kandidaten niet ouder mochten zijn dan 25 jaar op het moment dat de inschrijving afgesloten werd.

¹⁹³ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 41.

¹⁹⁴ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 37; HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 34.

¹⁹⁵ I. VAN HIEL, "Luchtverkeersdienst *Skeyes* moet leeftijdsdiscriminatie staken", *Juristenkrant* 2019, nr. 400, (2) 2.

Deze leeftijdsgrens werd ook gehanteerd in het verdere selectieproces voor de vacature van luchtverkeersleider.¹⁹⁶

78. Tijdens het verloop van de selectieprocedure werden er verschillende klachten ingediend bij Unia over de leeftijdsgrens die gehanteerd werd. Aanvankelijk werden er onderhandelingen opgestart tussen Skeyes en Unia maar deze leidden tot niets waardoor Unia besliste om een vordering tot staking aanhangig te maken bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank van Brussel.¹⁹⁷ Naast Unia als verzoekende partij hebben ook een aantal sollicitanten die zijn afgewezen zich bij de vordering gevoegd als tussenkomende partijen. Deze sollicitanten kunnen grofweg in twee groepen worden onderverdeeld. Een deel van hen solliciteerde voor de vacature, maar voldeed volgens Skeyes niet aan de deelnemingsvoorwaarden zodat zij niet toegelaten werden tot de selectie. Anderen hadden in 2015 succesvol deelgenomen aan het vergelijkend wervingsexamen voor luchtverkeersleider, maar werden in april 2016 niet toegelaten om de opleiding aan te vatten. Skeyes informeerde hen dat de oorzaak gelegen was in de nieuwe toelatingsvoorwaarden voor het beroep van luchtverkeersleider.¹⁹⁸ Unia en de tussenkomende partijen verwezen naar het criterium van leeftijd dat een voorwaarde vormt om deel te kunnen nemen aan de selectieprocedure die toegang geeft tot het beroep van luchtverkeersleider. Hierdoor worden bepaalde kandidaten, meer bepaald diegenen die ouder dan 25 jaar zijn, ongunstiger behandeld dan de jongere kandidaten louter op basis van hun leeftijd omdat zij niet kunnen deelnemen aan de wervingsexamens.¹⁹⁹

79. Het hanteren van die leeftijdsgrens van 25 jaar vormt een direct onderscheid op grond van leeftijd, wat door Skeyes ook niet wordt betwist. Dit is bovendien voldoende pertinent om een vermoeden van discriminatie op grond van leeftijd te doen ontstaan.²⁰⁰ Dit vormt dan ook de vraag die de arbeidsrechtbank te Brussel moet behandelen, namelijk of er een directe leeftijdsdiscriminatie voorligt doordat er een leeftijdsgrens van 25 jaar wordt gehanteerd bij de aanwerving van de luchtverkeersleiders. Vervolgens argumenteert Skeyes dat het onderscheid op grond van leeftijd gerechtvaardigd kan worden op verschillende gronden, waarvan de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste er één is. De wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is volgens Skeyes gesteund op het kenmerk van het beschikken over voldoende situationeel overzicht, ook wel situational awareness genaamd.²⁰¹ De voorzitter van de arbeidsrechtbank oordeelt hieromtrent dat er geen betwisting bestaat over het feit dat het situationeel overzicht een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is voor de uitoefening van het beroep van luchtverkeersleider.²⁰²

80. Ook in dit vonnis wordt de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste gemakkelijk aangenomen door de voorzitter van de arbeidsrechtbank aangezien hierover volgens hem geen

¹⁹⁶ Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019.

¹⁹⁷ I. VAN HIEL, "Luchtverkeersdienst Skeyes moet leeftijdsdiscriminatie staken", *Juristenkrant* 2019, nr. 400, (2) 2.

¹⁹⁸ Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² I. VAN HIEL, "Luchtverkeersdienst Skeyes moet leeftijdsdiscriminatie staken", *Juristenkrant* 2019, nr. 400, (2) 2.; Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019.

discussie bestaat. In de Belgische rechtspraak kan er dus een gelijkaardige toepassing gevonden worden van het principe van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. In tegenstelling tot de voorgaande arresten gaat het bij het vonnis over Skeyes echter niet om fysieke capaciteiten, maar over het bezitten van situationeel overzicht. Dit kan beschouwd worden als een 'mentale capaciteit of eigenschap' waarover de kandidaten dienen te beschikken om toegelaten te worden tot het beroep van luchtverkeersleider. Hoewel de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste in concreto anders wordt ingevuld, blijft het grote concept in abstracto wel gelijk. Er wordt een maximumleeftijd gehanteerd bij aanwerving voor bepaalde beroepen die fysiek of in het geval van Skeyes mentaal zwaar zijn. Vervolgens worden bepaalde personen geweigerd boven deze leeftijdsgrens omdat zij de fysieke of mentale capaciteiten niet bezitten om deze veeleisende functies te kunnen vervullen. Dit kan onder andere het geval zijn voor strijdkrachten, de politie, het gevangeniswezen of de noodhulpdiensten.²⁰³ Deze fysieke of mentale capaciteiten vormen immers een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, waardoor de werkgevers deze personen ook effectief mogen afwijzen.

81. Er moet vervolgens wel nog worden nagegaan of er een legitieme doelstelling aanwezig is en of er evenredigheid is ten aanzien van die legitieme doelstelling.²⁰⁴ Die voorwaarden worden behandeld in de volgende titels van deze thesis. Wat echter tot nu toe geconcludeerd kan worden, is dat het voor een werkgever niet moeilijk schijnt te zijn om bij vacatures die fysiek of mentaal zwaar zijn de eerste voorwaarde van het toetsingsschema van artikel 8 Antidiscriminatiewet, het bestaan van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, in te roepen. De conclusie die eerder getrokken werd op basis van de Europese rechtspraak kan ook doorgetrokken worden naar de Belgische rechtspraak: tot zover kan er voor een werkgever niet veel verwarring ontstaan wanneer hij zich precies schuldig maakt aan discriminatie of een gerechtvaardigd onderscheid hanteert. Ook hier dient echter de bemerking gemaakt te worden of de arbeidsrechtbank niet te snel aanneemt dat het beschikken over situationeel overzicht een leeftijdsgebonden criterium is. In het algemeen kan het aannemelijk gemaakt worden dat situationeel overzicht afneemt met de jaren, maar hier kunnen weer uitzonderingen op bestaan waarbij een 40-jarige persoon die zijn situationeel overzicht traint door de uitoefening van een functie over een veel beter situationeel overzicht beschikt dan een 24-jarige kandidaat luchtverkeersleider. Er dient een in concreto beoordeling gehanteerd te worden in plaats van een arbitraire leeftijdsgrens waarbij het lijkt alsof een 26-jarige persoon opeens niet meer over voldoende situationeel overzicht zou beschikken.

2.2.3.2 Legitieme doelstelling

82. Naast de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, vereist de rechtvaardigingstoets van artikel 8 Antidiscriminatiewet ook nog een legitieme doelstelling.²⁰⁵ In deze titel wordt er op dezelfde manier te werk gegaan als bij het onderzoek naar de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. Aan de hand van de arresten Wolf, Vital Pérez en Salaberria Sorondo van het Hof van Justitie van de

²⁰³ J. CHRISTIAENS, "Leeftijdscriminatie tijdens de selectieprocedure", *Soc.Kron* 2018, (182) 185.

²⁰⁴ Artikel 8 §2 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

²⁰⁵ Artikel 8 §2, tweede streepje Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

Europese Unie en Skeyes van de arbeidsrechtbank te Brussel, wordt er onderzocht hoe deze legitieme doelstelling wordt ingevuld door de Europese en nationale rechtspraak.

83. Ook hier wordt als eerste het arrest Wolf van het Hof van Justitie van de Europese Unie behandeld. Het Hof onderzoekt wat in casu de legitieme doelstelling is die gehanteerd wordt. Uit zowel de antwoorden van de Duitse regering op de vragen die door het Hof van Justitie zijn gesteld als uit haar opmerkingen ter terechtzitting komt dezelfde legitieme doelstelling naar voren. Door het hanteren van een leeftijdsgrens van 30 jaar voor de aanwerving van brandweerlieden bij het middenkader van de brandweertechische dienst in het land Hessen probeert de Duitse regering de volledige operationaliteit en de goede werking van het korps beroepsbrandweerlieden te verzekeren.²⁰⁶ De wens om de operationaliteit en de goede werking van de betrokken dienst te verzekeren, is volgens de Duitse regering dus de legitieme doelstelling.²⁰⁷ Het Hof wijst erop dat het korps beroepsbrandweerlieden deel uitmaakt van de noodhulpdiensten. De Kaderrichtlijn heeft echter niet tot gevolg dat die diensten ertoe kunnen gedwongen worden om personen in dienst te nemen die niet de vereiste capaciteiten bezitten. Indien deze capaciteiten immers afwezig zijn dan kunnen zij niet alle taken verrichten die zij wellicht zullen moet vervullen gezien de legitieme doelstelling van handhaving van de operationaliteit van deze diensten.²⁰⁸ Het Hof komt tot de conclusie dat de wens van de Duitse regering om de operationaliteit en de goede werking van de beroepsbrandweer te verzekeren een legitieme doelstelling is.²⁰⁹

84. Verder kan de gehanteerde legitieme doelstelling in het arrest Vital Pérez verder onderzocht worden. De Spaanse regering haalt zelf aan welke legitieme doelstelling er volgens haar voorhanden is voor de regeling die in het hoofdgeding aan de orde is. De regeling hanteert immers een leeftijdsgrens van 30 jaar voor de aanwerving bij de lokale politie. De Spaanse regering beoogt hiermee de effectiviteit en het goed functioneren van de politie te verzekeren door ervoor te zorgen dat de nieuw aangeworven politiemannen in staat zijn om de fysiek veeleisende taken gedurende een relatief lange periode van hun loopbaan uit te oefenen.²¹⁰ In haar beoordeling merkt het Hof van Justitie van de Europese Unie op dat Richtlijn 2000/78 niet tot gevolg heeft dat de politiediensten gedwongen kunnen worden om personen in dienst te nemen of te houden die niet de vereiste capaciteiten bezitten. Zonder deze capaciteiten zullen de personen immers niet in staat zijn om alle taken te kunnen verrichten die zij waarschijnlijk zullen moeten vervullen. Dit met het oog op de legitieme doelstelling van handhaving van het operationele kader van deze diensten.²¹¹ Het Hof komt tot de conclusie dat de wens van de Spaanse regering om de effectiviteit en het goed functioneren van de politiediensten te verzekeren een legitieme doelstelling is.²¹² Daarbij verwijst het Hof bovendien uitdrukkelijk naar de eerder besproken rechtspraak van het arrest Wolf.²¹³ De redenering

²⁰⁶ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 33.

²⁰⁷ *Ibid*, punt 37.

²⁰⁸ *Ibid*, punt 38.

²⁰⁹ *Ibid*, punt 39.

²¹⁰ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 42.

²¹¹ *Ibid*, punt 43.

²¹² *Ibid*, punt 44.

²¹³ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 39; HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 44.

van het Hof is inderdaad in grote mate gelijklopend en zelfs bijna identiek, hoewel de inhoud van beide arresten uiteraard verschilt.

85. Ook Salaberria Sorondo wordt onderworpen aan een onderzoek naar de legitieme doelstelling in dit arrest. Zowel de politieacademie als de Spaanse regering hanteren dezelfde doelstelling voor besluit 315/1994. Hierin wordt immers een maximale leeftijdsgrens gehanteerd voor toetreding tot het politiekorps van de autonome regio Baskenland. Deze eis dat de leeftijd van 35 jaar nog niet bereikt is, beoogt de inzetbaarheid en de goede werking van dat politiekorps te garanderen. Aangezien er zo verzekerd wordt dat de nieuw aangeworven ambtenaren gedurende een relatief lange periode van hun loopbaan in staat zijn de taken te verrichten die fysiek het meest veeleisend zijn.²¹⁴ Onder verwijzing naar het eerder besproken arrest *Vital Pérez*²¹⁵ oordeelt het Hof van Justitie dat volgens overweging 18 van de Richtlijn 200/78, die Kaderrichtlijn er niet toe gaat leiden dat de politiediensten gedwongen worden om personen in dienst te nemen of te houden die niet de vereiste capaciteiten bezitten om alle taken te kunnen verrichten die zij wellicht zullen moeten vervullen. Dit bovendien met het oog op de legitieme doelstelling van handhaving van het operationele karakter van deze diensten. Het Hof kwam zo tot de conclusie dat de wens om de inzetbaarheid en de goede werking van de politiediensten te verzekeren een legitieme doelstelling is in de zin van artikel 4, lid 1 van de Kaderrichtlijn.²¹⁶

86. In de zaak Salaberria Sorondo gebruikt het Hof exact dezelfde bewoordingen als in het arrest *Vital Pérez* en verwijst het zelfs letterlijk naar dit arrest. Op het gebied van de legitieme doelstelling sluiten beide zaken bij elkaar aan aangezien ze een bijna identieke legitieme doelstelling hanteren. De bewoordingen zijn niet volledig identiek aangezien er in *Vital Pérez* ingegaan wordt op de doelstelling om 'de effectiviteit en het goed functioneren' van de politie te verzekeren.²¹⁷ Terwijl er in Salaberria Sorondo sprake is van 'de inzetbaarheid en de goede werking' van dat politiekorps te garanderen.²¹⁸ Ondanks dit woordelijk verschil is het echter wel duidelijk dat de uiteindelijke doelstelling en de intenties daarachter identiek zijn. Verder worden beide doelstelling door het Hof van Justitie beoordeeld als legitieme doelstellingen.

87. Als laatste rest er nog de Belgische rechtspraak omtrent *Skeyes*, waar de voorzitter van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel een oordeel vormde over de vereiste van de legitieme doelstelling. Het oordeel van de voorzitter van de arbeidsrechtbank begint met een verwijzing naar de Antidiscriminatiewet. Zo zou artikel 8, 5 2 van de Antidiscriminatiewet stellen dat er slechts sprake kan zijn van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste wanneer deze vereiste berust op een legitieme doelstelling.²¹⁹ Er sloop hier naar mijn mening echter een fout in het vonnis aangezien de vereiste van de legitieme doelstelling vermeld is in artikel 8 §2, tweede streepje Antidiscriminatiewet.

²¹⁴ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 37.

²¹⁵ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*.

²¹⁶ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 38.

²¹⁷ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 42.

²¹⁸ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 37.

²¹⁹ Vz. Arbrb. Brussel (Nl.) 26 november 2019.

Dit vormt echter geen fundamenteel probleem voor de rest van het oordeel aangezien het hier waarschijnlijk om een loutere 'typo' gaat.

88. De voorzitter van de arbeidsrechtbank vervolgt dat Skeyes zelf een legitieme doelstelling aangeeft ter verantwoording van de door hen gehanteerde leeftijdsgrens. De primaire doelstelling is namelijk de veiligheid van het luchtverkeer te waarborgen.²²⁰ Die hoofddoelstelling kan vervolgens verder opgedeeld worden in drie subdoelstellingen, bestaande uit:

- (i) *het maximaliseren van de slaagkansen van de aspirant-luchtverkeersleiders in opleiding zodat de continuïteit in het aantal luchtverkeersleiders gegarandeerd is;*
- (ii) *het verzekeren dat iedere luchtverkeersleider voldoende ervaring opdoet om tijdens de latere loopbaan in staat te blijven op een veilige wijze zijn functie uit te oefenen;*
- (iii) *het verzekeren van de personeelsbehoefte middels de doorstroming van ervaren luchtverkeersleiders naar meer complexe functies.*²²¹

89. De voorzitter van de arbeidsrechtbank oordeelt vervolgens dat de hoofddoelstelling betreffende de veiligheid van het luchtverkeer te waarborgen een legitieme doelstelling is. Dit wordt niet verder geëxpliciteerd in het vonnis zelf, maar er is wel een verwijzing aanwezig naar het arrest Prigge van het Hof van Justitie.²²²

90. In Prigge sprak het Hof zich uit over een Duitse CAO-verplichting om op de leeftijd van 60 jaar de arbeidsovereenkomst van piloten te beëindigen. De sociale partners hebben in deze zaak bepaald dat de arbeidsovereenkomsten van piloten automatisch worden beëindigd wanneer zij de leeftijd van 60 jaar bereiken met als reden de veiligheid van het luchtverkeer te verzekeren. De Duitse regering is vervolgens van mening dat de leeftijdsgrens die door de sociale partners is vastgesteld noodzakelijk is voor de bescherming van de volksgezondheid. Wanneer piloten die de leeftijd van 60 jaar bereiken niet langer mogen deelnemen aan het luchtverkeer wordt het risico op ongevallen vermeden en de gezondheid van de piloten, de passagiers en de personen die in het overvlogen gebied wonen, beschermd.²²³ Vervolgens dient er te worden onderzocht of de veiligheid van het luchtverkeer al dan niet een legitieme doelstelling vormt.²²⁴ De bepalingen van de collectieve overeenkomst proberen luchtvaartongevallen te vermijden door het controleren van de fysieke geschiktheid en capaciteiten van piloten. Hierdoor kunnen die ongevallen niet door menselijke tekortkomingen worden veroorzaakt. De bepalingen van de collectieve overeenkomst zijn dan ook maatregelen ter waarborging van de openbare veiligheid.²²⁵

91. Als gevolg van dit oordeel in het arrest Prigge beschouwt de voorzitter van de arbeidsrechtbank het waarborgen van de veiligheid van het luchtverkeer dan ook als een legitieme

²²⁰ Vz. Arbrb. Brussel (NL.) 26 november 2019.

²²¹ *Ibid.*

²²² HvJ 13 september 2011, nr. C-447/09, *Prigge*.

²²³ *Ibid.*, punt 51.

²²⁴ *Ibid.*, punt 57.

²²⁵ *Ibid.*, punt 58.

doelstelling. Dit wordt overigens door geen van de partijen betwist.²²⁶ Verder kan het evenmin worden betwist dat de drie eerder vernoemde subdoelstellingen noodzakelijk zijn voor de hoofddoelstelling:

- *de veiligheid van het luchtverkeer kan maar gewaarborgd worden als de continuïteit in het aantal luchtverkeersleiders gegarandeerd is, wat veronderstelt dat er voldoende mensen de opleiding succesvol doorlopen;*
- *de veiligheid van het luchtverkeer kan maar gewaarborgd worden als de continuïteit in het aantal luchtverkeersleiders gegarandeerd is, doordat elke verkeersleider zijn loopbaan voldoende lang kan uitoefenen, wat maar kan indien de afname van cognitieve vermogens gecompenseerd wordt door ervaring;*
- *de veiligheid van het luchtverkeer kan maar gewaarborgd worden als alle functies ook de complexere functies kunnen worden ingevuld en dit door een doorstroming van ervaren luchtverkeersleiders.*²²⁷

92. De vraag die dan volgt is welke conclusies er getrokken kunnen worden uit deze Europese en Belgische rechtspraak omtrent de legitieme doelstelling wat betreft het hanteren van een leeftijdsgrens bij aanwerving. Over het algemeen lijkt het zowel in het Europees recht als in het Belgisch recht niet bijzonder moeilijk om een legitieme doelstelling aanneembaar te maken. Het Hof van Justitie beoordeelt telkens het legitiem doel zoals dat door de nationale regering wordt gehanteerd wat betreft de wetgeving, besluiten, CAO's,... die voorliggen. Daarbij wordt steeds gekeken of het gebruikte middel dat doel wil nastreven, waarbij er ook vaak onderliggende redenen worden aangehaald. Er wordt bijvoorbeeld nagegaan door het Hof of een leeftijdsgrens voor bijvoorbeeld piloten als gebruikt middel kan bijdragen aan de doelstelling om de veiligheid van het luchtverkeer te waarborgen. Dit kan het geval zijn aangezien een leeftijdsgrens dan weer kan bijdragen aan het vermijden van ongevallen en zo de gezondheid van de piloten, de passagiers en de personen die in het overvlogen gebied wonen, beschermt.²²⁸ Deze onderliggende reden maakt dan dat het middel inderdaad de gehanteerde doelstelling kan nastreven en dit zo dus een legitieme doelstelling vormt.

93. Een ander voorbeeld hiervan is te vinden in de rechtspraak omtrent de hulpdiensten zoals bijvoorbeeld de brandweerkorpsen en de politiekorpsen. Hier wordt er zowel in Wolf, als in Vital Pérez en Salaberria Sorondo een bepaalde leeftijdsgrens als middel gehanteerd om het goed functioneren van deze diensten te waarborgen. Dit laatste vormt volgens de verschillende nationale regering dan ook het legitiem doel. Ook in deze arresten wordt er gekeken naar het feit of dit middel het legitieme doel kan nastreven. Hierbij wordt er steeds dezelfde redenering en dus steeds dezelfde onderliggende reden aangehaald door het Hof van Justitie. De Kaderrichtlijn heeft immers niet tot gevolg dat die diensten ertoe kunnen gedwongen worden om personen in dienst te nemen die niet de vereiste capaciteiten bezitten. Indien deze capaciteiten immers afwezig zijn dan kunnen zij niet alle taken verrichten die zij wellicht zullen moet vervullen gezien de legitieme doelstelling van handhaving van

²²⁶ Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ HvJ 13 september 2011, nr. C-447/09, *Prigge*, punt 51.

de operationaliteit van deze diensten.²²⁹ Met andere woorden kan het middel ook in dit geval weer het legitieme doel nastreven op basis van deze onderliggende redenering of reden van het Hof van Justitie.

94. Verder valt het ook op dat de legitieme doelstelling in zowel de Europese als in de Belgische rechtspraak (die op haar beurt weer verwijst naar Europese rechtspraak) bijna identiek zijn op de formulering na. Hierboven werden de legitieme doelstellingen van *Vital Pérez*²³⁰ en *Salaberria Sorrondo*²³¹ al tegenover elkaar gezet, maar ook de legitieme doelstelling in *Wolf* sluit hierbij aan. Daar wordt de volgende legitieme doelstelling gehanteerd: het verzekeren van de volledige operationaliteit en de goede werking van het korps beroepsbrandweerlieden.²³² Of er nu enerzijds gebruik wordt gemaakt van 'operationaliteit', 'effectiviteit' of 'inzetbaarheid' en anderzijds van 'goede werking' of 'goed functioneren' de uiteindelijke bedoeling van de legitieme doelstelling is identiek. Enkel het vonnis in *Skeyes* dat verwijst naar de zaak *Prigge* van het Hof van Justitie hanteert een andere legitieme doelstelling, namelijk de veiligheid van het luchtverkeer waarborgen.²³³ Uiteraard zijn er naast de legitieme doelstellingen van de besproken arresten ook nog andere doelstellingen denkbaar. Deze besproken arresten worden immers aangehaald als voorbeeld voor dit onderzoek omdat ze als de meest toonaangevende worden gezien. De opsomming van deze arresten vormt uiteraard geen exhaustieve lijst van mogelijke legitieme doelstellingen.

95. Zo lijkt de voorwaarde van de legitieme doelstelling geen al te groot struikelblok te vormen in zowel de Belgische als de Europese rechtspraak. Enkel wanneer een bepaald middel het legitiem doel duidelijk niet wil nastreven dan wordt het legitiem doel niet aanvaard door het Hof van Justitie van de Europese Unie en de Belgische rechtscollèges. In dat geval zal de tweede voorwaarde in het toetsingsschema van de rechtvaardiging door een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste niet vervuld zijn en zal er dus wel degelijk sprake zijn van een directe discriminatie op basis van leeftijd. De door een werkgever gehanteerde leeftijdsgrens bij aanwerving vormt dan een directe discriminatie en zal niet langer gehanteerd mogen worden.

2.2.3.3 Evenredigheid ten aanzien van de legitieme doelstelling

96. Als laatste onderdeel van het onderzoek naar het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving wordt de voorwaarde van de evenredigheid ten aanzien van de legitieme doelstelling onder de loep genomen. Dit is immers de laatste stap in het toetsingsschema van artikel 8 Antidiscriminatiewet of het vereiste evenredig is ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.²³⁴ Deze voorwaarde wordt opnieuw besproken aan de hand van de zaken van het Hof van Justitie van de Europese Unie waarnaar eerder reeds gerefereerd is, meer bepaald de arresten *Wolf*, *Vital Pérez*

²²⁹ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 38; HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 38; HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 43.

²³⁰ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 42.

²³¹ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 37.

²³² HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 33.

²³³ Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019.

²³⁴ Artikel 8 §2, tweede streepje Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

en Salaberria Sorondo. Op het vlak van de nationale rechtscolleges wordt Skeyes opnieuw besproken. Zo wordt er getracht om te onderzoeken hoe deze voorwaarde van evenredigheid wordt ingevuld door de Europese en nationale rechtspraak.

97. Wat betreft het arrest Wolf van het Hof van Justitie werd er reeds eerder aangehaald dat de wens om de operationaliteit en de goede werking van de beroepsbrandweer te verzekeren een legitieme doelstelling blijkt te zijn.²³⁵ Om deze legitieme doelstelling te bereiken hanteerde de Duitse overheid een leeftijdsgrens van 30 jaar voor de aanwerving van de ambtenaren.²³⁶ De volgende stap die het Hof van Justitie logischerwijze dient te onderzoeken is de vraag naar evenredigheid van een nationale regeling zoals diegene in het hoofdgeding. In deze Duitse regeling wordt immers een leeftijdsgrens van 30 jaar vastgesteld voor de aanwerving van ambtenaren die fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau moeten hebben voor de uitoefening van het beroep van brandweerman bij het middenkader van de brandweertechische dienst.²³⁷ Het hebben van deze fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau vormde op zijn beurt dan weer de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.²³⁸ Het moet nu vervolgens onderzocht worden of deze leeftijdsgrens al dan niet geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en vervolgens niet verder gaat dan nodig om dit doel te bereiken.²³⁹

98. Bepaalde taken van brandbestrijding en noodhulpverlening aan personen die behoren tot het takenpakket van het middenkader van de brandweertechische dienst kunnen enkel door de jongste ambtenaren vervuld worden.²⁴⁰ Bepaalde interventies die uitgevoerd worden door dit middenkader vergen namelijk fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau die alleen de jongste ambtenaren kunnen hebben. Het medisch bewezen verouderingsproces toont aan dat ambtenaren die ouder zijn dan 45 tot 50 jaar niet meer over deze fysieke capaciteiten van bijzonder hoog niveau beschikken. Als gevolg hiervan moeten deze interventies door de jongste ambtenaren uitgevoerd worden.²⁴¹ De ambtenaren van meer dan 45 of 50 jaar vervullen andere taken. Om de goede werking van het middenkader van de brandweertechische dienst te garanderen, kan het nodig zijn dat de meerderheid van de ambtenaren van deze dienst in staat moet zijn om die fysiek veeleisende taken te vervullen. Zo moeten deze ambtenaren dus jonger zijn dan 45 of 50 jaar. De ambtenaren die echter ouder zijn dan deze leeftijd worden ingezet voor taken die fysiek minder veeleisend zijn. Daardoor is het noodzakelijk dat de 45- of 50-plussers worden vervangen door jonge ambtenaren. De leeftijd waarop de ambtenaar aangeworven wordt, is echter bepalend voor het feit hoe lang hij in staat zal zijn om de fysiek veeleisende taken uit te voeren. Zo kan het voorbeeld gegeven worden van de ambtenaar die wordt aangeworven voor hij 30 jaar wordt en die vervolgens een opleiding van twee jaar zal moeten volgen. Deze persoon zal dan gedurende minimaal 15 tot 20 jaar voor dergelijke taken ingezet kunnen worden. Als deze ambtenaar echter wordt aangenomen

²³⁵ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 39

²³⁶ *Ibid*, punt 33.

²³⁷ *Ibid*, punt 42.

²³⁸ *Ibid*, punt 40.

²³⁹ *Ibid*, punt 42.

²⁴⁰ *Ibid*, punt 43.

²⁴¹ *Ibid*, punt 34.

indien hij de leeftijd van 40 jaar reeds bereikt heeft, dan zal dit slechts maximaal 5 tot 10 jaar kunnen zijn. Indien er aangeworven wordt op latere leeftijd dan zouden te veel ambtenaren niet voor de fysiek zwaarste taken ingezet kunnen worden. Verder zouden de zo aangeworven ambtenaren evenmin lang genoeg voor die taken kunnen worden ingezet. Het Hof haalt vervolgens nog aan dat de Duitse regering terecht aangeeft dat een degelijke organisatie van het middenkader van de brandweertechische dienst een correlatie vereist. Er moet immers een correlatie bestaan tussen enerzijds de fysiek veeleisende posten, waarvoor de oudere ambtenaren niet geschikt zullen zijn en anderzijds de fysiek minder veeleisende posten, waarvoor die ambtenaren wel geschikt zijn.²⁴² Als gevolg hiervan is de nationale regeling van de Duitse regering waarbij voor de aanwerving voor een aanstelling bij het middenkader van de brandweertechische dienst een leeftijdsgrens van 30 jaar wordt vastgesteld, wel degelijk geschikt voor de verwezenlijking van het beoogde doel: de waarborging van de operationaliteit en de goede werking van de dienst van de beroepsbrandweer. Bovendien gaat ze ook niet verder dan nodig is om deze doelstelling te verwezenlijken.²⁴³ Er is in het geval van het arrest Wolf volgens het Hof van Justitie dus geen sprake van een discriminatie aangezien alle stappen van de rechtvaardigingstoets succesvol doorlopen zijn.²⁴⁴ De regelgeving die een maximum leeftijd van 30 jaar hanteert bij de aanwerving van brandweermannen, maakt dus gebruik van een gerechtvaardigd onderscheid.

99. Ook in het arrest Vital Pérez wordt de wens om de effectiviteit en het goed functioneren van (in dit geval) de politie te verzekeren als een legitieme doelstelling gezien.²⁴⁵ Deze doelstelling probeert de Spaanse regering te bereiken door een leeftijdsgrens van 30 jaar te hanteren voor de aanwerving bij de lokale politie in Oviedo.²⁴⁶ Vervolgens stelt het Hof van Justitie dat er nagegaan moet worden of de vereiste bijzondere fysieke capaciteiten voor de functie van lokaal politieagent onlosmakelijk verbonden zijn met een bepaalde leeftijdsgroep en als gevolg hiervan niet kunnen worden aangetroffen bij personen die een bepaalde leeftijdsgrens hebben overschreden.²⁴⁷ Bij dit onderzoek houdt het Hof van Justitie rekening met verschillende aspecten. Zo blijkt uit de verwijzingsbeslissing van de Spaanse rechter dat de lokale politiewetten van de autonome regio's verschillende regelingen hanteren wat betreft de vaststelling van een leeftijdsgrens voor aanwerving bij de lokale politie. Sommige wetten hanteren immers een maximumleeftijd van 30 jaar of zelfs ouder. Zo zijn er ook regelingen terug te vinden in bepaalde regio's waar leeftijdsgrenzen van 35 jaar, 36 jaar of 40 jaar gehanteerd worden. Terwijl andere autonome regio's ervoor gekozen hebben om helemaal geen leeftijdsgrens meer in te stellen.²⁴⁸ Verder heeft de Spaanse regering ook bevestigd dat voor de aanwerving bij de nationale politie de eis omtrent de maximumleeftijd van 30 jaar niet meer wordt gesteld. Terwijl de taken van de nationale politie vergelijkbaar zijn met die van de lokale politie.²⁴⁹ Ten derde verwijst het Hof voor zijn beoordeling naar het arrest Wolf en herhaalt het letterlijk de beoordeling die hiervoor reeds besproken is geweest. Het Hof benadrukt hierbij dat

²⁴² HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 43.

²⁴³ *Ibid*, punt 44.

²⁴⁴ *Ibid*, punt 46.

²⁴⁵ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 44.

²⁴⁶ *Ibid*, punt 42.

²⁴⁷ *Ibid*, punt 48.

²⁴⁸ *Ibid*, punt 50.

²⁴⁹ *Ibid*, punt 51.

er in het arrest Wolf wetenschappelijke gegevens zijn overgelegd die aantonen dat slechts zeer weinig ambtenaren ouder dan 45 jaar voldoende fysieke capaciteiten hebben om fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau uit te oefenen.²⁵⁰ Dergelijke wetenschappelijk gegevens ontbreken echter in het arrest Vital Pérez. Er kan nergens uit de aan het Hof overgelegde stukken of bij het Hof ingediende schriftelijke opmerking afgeleid worden dat het voor de effectiviteit en het goed functioneren van de lokale politie vereist is dat er een leeftijdsgrens wordt gehanteerd. Bovendien is het ook onduidelijk waarom er uitsluitend ambtenaren die jonger dan 30 jaar zijn, worden aangeworven. Er wordt evenmin aangetoond dat er voor het doel een bepaalde leeftijdsstructuur binnen het korps vereist is.²⁵¹ Volgens de vaststelling gedaan door de verwijzende rechter, moeten de lokale politieagenten niet beschikken over fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau voor het uitvoeren van al hun taken. Zij hebben immers een minder intensief takenpakket dan de brandweerlieden in het arrest Wolf waardoor er van de lokale politieagenten niet steeds fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau verlangd worden, terwijl dit wel het geval is voor de brandweerlieden wanneer zij bijvoorbeeld aan brandbestrijding doen.²⁵² Evenwel merkt het Hof op dat de vereiste bijzondere fysieke conditie voor de uitoefening van het beroep van lokale politieagent ook aangetoond kan worden door het uitvoeren van veeleisende fysieke eliminatietests. Hierdoor kan op een minder beperkende wijze het doel worden bereikt dan door de vaststelling van een maximumleeftijd.²⁵³ De gehanteerde leeftijdsgrens vormt dus een onevenredige eis en zo ook een directe discriminatie op basis van leeftijd.²⁵⁴

100. Hoewel de zaak Salaberria Sorondo tot nu toe grote gelijkenissen vertoonde met Vital Pérez is er toch een opmerkelijk verschil tussen beiden wat betreft de evenredigheid ten aanzien van de legitieme doelstelling. Ook in de zaak Salaberria Sorondo beoogt de Spaanse regering de inzetbaarheid en de goede werking van het politiekorps van de regio Baskenland te verzekeren en vormt dit volgens het Hof een legitieme doelstelling.²⁵⁵ Om dit te bewerkstelligen wordt er een leeftijdsgrens van 35 jaar gehanteerd bij de aanwerving.²⁵⁶ Vervolgens dient er door het Hof nagegaan te worden of het hanteren van de maximumleeftijd van 35 jaar bij de aanwerving voor politiemannen in de regio Baskenland evenredig is aan de legitieme doelstelling en niet verder gaat dan noodzakelijk. Het Hof begint zijn onderzoek door te verwijzen naar Vital Pérez waar de nationale regeling die een maximumleeftijd van 30 jaar instelt voor de aanwerving van agenten van de plaatselijke politie Oviedo, een onevenredige maatregel inhield.²⁵⁷ Toch is de situatie in Salaberria Sorondo niet identiek aan die van Vital Pérez. De taken van de lokale politie in Oviedo verschillen immers van de taken die door de politiekorpsen van het Baskenland verricht worden. De agenten van de plaatselijke politie zijn onder andere belast met de bescherming van de plaatselijke autoriteiten en het toezicht op hun gebouwen, het verzorgen van de bewegwijzering, het verrichten van politiekele administratieve activiteiten en het regelen van het verkeer binnen de bebouwde kom. Terwijl de

²⁵⁰ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 52 en 53.

²⁵¹ *Ibid*, punt 56.

²⁵² *Ibid*, punt 54.

²⁵³ *Ibid*, punt 55.

²⁵⁴ *Ibid*, punt 57 en 74.

²⁵⁵ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 37 en 38.

²⁵⁶ *Ibid*, punt 35.

²⁵⁷ *Ibid*, punt 39.

politie van de autonome regio Baskenland als wezenlijke taak personen en zaken beschermt, de vrije uitoefening van hun rechten en vrijheden waarborgt en toezicht houdt op de veiligheid van de burgers op het gehele grondgebied van de autonome regio.²⁵⁸ Het takenpakket van de politiediensten in het Baskenland bestaat dus voornamelijk uit fysiek veeleisende taken waarbij er sprake kan zijn van het gebruik van fysiek geweld en het verrichten van politieoptreden in moeilijke en zelfs extreme omstandigheden. Deze politiedienst voert dus geen administratieve taken uit.²⁵⁹ De politieacademie is bovendien in staat om rapporten voor te leggen waaruit blijkt dat de agenten van de politie van de autonome regio Baskenland vanaf de leeftijd van 40 jaar achteruitgaan in hun functioneren. Dit komt onder andere tot uiting in een verminderd recuperatievermogen na een zware fysieke inspanning. Diezelfde rapporten tonen ook aan dat een agent die de leeftijd van 55 jaar heeft bereikt niet meer in het volle bezit is van de capaciteiten die vereist zijn voor de adequate uitoefening van het beroep. Dit zonder daarbij een risico te vormen voor hemzelf en derden.²⁶⁰ Verder kan de politieacademie ook cijfergegevens voorleggen waaruit blijkt dat tegen 2025 meer dan de helft van de agenten in het politiekorps tussen 55 en 65 jaar oud zullen zijn. Wat dus wijst op een massale vergrijzing van het personeel in dit korps.²⁶¹ Er is dus de noodzaak om de oudste agenten in het korps geleidelijk te gaan vervangen door jonger personeel dat in staat is om fysiek veeleisende taken op zich te nemen. Hier is er in tegenstelling tot het arrest Vital Pérez dus wel degelijk nood aan een bepaalde leeftijdsstructuur om de inzetbaarheid en de goede werking van het politiekorps te verzekeren.²⁶²

101. Vervolgens wordt er verwezen naar het arrest Wolf door het Hof van Justitie. De politieacademie betoogt hier immers ook dat de leeftijd waarop een agent van de politie van de autonome regio Baskenland wordt aangeworven, gaat bepalen hoelang hij in staat zal zijn om zijn taken uit te voeren. Een agent die aangeworven wordt wanneer hij 34 jaar oud is, zal na een opleiding van 2 jaar die hij dient te volgen, nog maximaal 19 jaar voor die taken kunnen worden ingezet omdat hij na die periode da leeftijd van 55 jaar zal bereiken. Wanneer er dus aangeworven wordt op een hogere leeftijd dan 35 jaar dan zou dit een negatief effect hebben op de mogelijkheid om voldoende agenten te kunnen inzetten voor de taken die fysiek het meest veeleisend zijn. Verder zouden de aangeworven agenten ook niet lang genoeg voor die taken kunnen worden ingezet wanneer er wordt aangeworven op een hogere leeftijd. Als laatste wordt ook, net zoals in het arrest Wolf, het argument aangehaald dat een degelijke organisatie van het politiekorps vereist dat er een evenwicht is tussen het aantal fysiek veeleisende posten, waarvoor de oudere agenten niet geschikt zijn enerzijds en anderzijds het aantal minder veeleisende posten. Deze kunnen wel ingevuld worden door de oudste agenten.²⁶³ Het hof haalt verder nog aan dat het organiseren van fysiek veeleisende testen op basis van rechtstreekse eliminatie voor het politiekorps van de autonome regio Baskenland geen alternatieve minder verregaande maatregel zou kunnen vormen. Dit wordt veroorzaakt door de te vreezen tekortkomingen in het functioneren van de politiediensten, maar ook door het feit dat het

²⁵⁸ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 40.

²⁵⁹ *Ibid*, punt 41.

²⁶⁰ *Ibid*, punt 42.

²⁶¹ *Ibid*, punt 44.

²⁶² *Ibid*, punt 45.

²⁶³ *Ibid*, punt 46.

beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten niet statisch wordt gezien, maar dynamisch. Er wordt dus niet enkel over de fysieke capaciteiten geoordeeld op het moment van de examens voor de selectieprocedure, maar net door de dienstjaren in aanmerking te nemen die de agent zal doorlopen na zijn aanwerving.²⁶⁴ De regeling die een leeftijdsgrens van 35 jaar hanteert voor de kandidaat-agenten van de autonome regio Baskenland, vormt een regeling die geschikt is om het legitieme doel te bereiken en die ook niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.²⁶⁵ Zo komt het Hof dus tot een tegengestelde conclusie in vergelijking met het arrest *Vital Pérez*, hoewel beiden zaken toch grote gelijkenissen vertonen.

102. Als laatste rest er nog het vonnis van *Skeyes* dat geveld is door de voorzitter van de Nederlandstalige afdeling van de arbeidsrechtbank te Brussel. Ook in dit vonnis moet er nagegaan worden of de beroepsvereiste van de maximale leeftijd van 25 jaar evenredig is ten aanzien van de nagestreefde hoofddoelstelling en de drie subdoelstellingen (zie *supra*). Deze evenredigheidstoets vormt een controle op het noodzakelijk en passend karakter van de beroepsvereiste en dit ten aanzien van de nagestreefde doelstelling. Dit wil dus zeggen dat de gehanteerde leeftijdsgrens van 25 jaar zowel geschikt moet zijn om het doel te bereiken als niet verder mag gaan dan nodig om dit doel te bereiken.²⁶⁶ De arbeidsrechtbank komt tot deze vaststelling onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest *Vital Pérez*.²⁶⁷ In zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie wel enige marge gelaten in geval van wetenschappelijke onzekerheid waarbij er een hoog veiligheidsniveau moet gegarandeerd worden. Zo besliste het Hof van Justitie althans in het arrest *Fries*.²⁶⁸ Dit neemt echter niet weg dat er minstens onzekerheid moet bestaan over de toegepaste leeftijdsgrens. Indien er dus uit de meest voorzichtige studies zou blijken dat de leeftijdsgrens eigenlijk hoger ligt dan kan dit geen verantwoording vormen voor de toepassing van een lagere leeftijdsgrens aangezien er dan een gebrek is aan objectieve elementen.²⁶⁹

103. Wat betreft de eerste subdoelstelling die het maximaliseren van de slaagkansen voor de opleiding behandelt, gebruikt *Skeyes* het argument dat de leeftijdsgrens noodzakelijk is omdat de capaciteit om de noodzakelijke vaardigheden aan te leren al op jonge leeftijd afneemt. Hierdoor maximaliseert het slaagpercentage wanneer men enkel jonge aspiranten gaat toelaten. Toch stelt de rechtbank vast dat het verband tussen de slaagkans en de leeftijd niet eenduidig blijkt te zijn. *Skeyes* weet wel studies voor te leggen waaruit een hogere slaagkans blijkt voor jongere kandidaten, maar die worden in de praktijk tegengesproken door de eerdere selecties bij *Skeyes* zelf. In deze selecties slaagden kandidaten voor het geheel die nochtans een leeftijd hadden ouder dan 25 jaar voor het geheel. Bovendien haalt de arbeidsrechtbank ook nog aan dat het slaagpercentage niet enkel afhangt van het element leeftijd, maar ook van andere relevant factoren zoals bijvoorbeeld motivatie, voorgeschiedenis en dergelijke. Hierover is echter niets geweten bij de geslaagde aspiranten, wat kan leiden tot een vertekende beeldvorming. Verder kan er ook nog de vraag gesteld worden of men

²⁶⁴ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo* punt 47.

²⁶⁵ *Ibid*, punt 48.

²⁶⁶ Vz. Arbrb. Brussel (NL.) 26 november 2019.

²⁶⁷ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*.

²⁶⁸ HvJ 5 juli 2017, nr. C-190/16, *Fries*.

²⁶⁹ Vz. Arbrb. Brussel (NL.) 26 november 2019.

niet dezelfde resultaten zou bekomen wanneer men de leeftijdsgrens op bijvoorbeeld 30 jaar zou plaatsen. Met de beperkte resultaten die Skeyes hier aanreikt, is het dus allerminst bewezen waarom de absolute leeftijdsgrens op 25 jaar geplaatst zou moeten worden.²⁷⁰ Skeyes toont zelfs niet voldoende aan om te kunnen besluiten tot de drempel van de wetenschappelijke onzekerheid die in het arrest Fries gehanteerd wordt.²⁷¹ Verder pretendeert Skeyes ook nog dat er behalve leeftijd geen andere factoren bestaan die het succesvol afronden van de opleiding kunnen voorspellen. Dit blijkt niet te stroken met de studies die zij zelf voorleggen. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de studie van CONZELMAN dat de factor van het educatief niveau ook in verband staat met de slaagkansen voor de opleiding. Zo kan Skeyes voor de optimalisatie van de slaagkansen een bijkomende toelatingsvoorwaarde invoeren in verband met het reeds behaalde educatief niveau. Ook wordt er door de hen volgehouden dat het beperkt aantal opleidingsplaatsen ervoor zorgt dat er moet worden overgegaan tot de optimalisatie van de slaagkansen, wat volgens hen enkel kan door het instellen van een leeftijdsgrens. Ook dit argument kan de arbeidsrechtbank niet overtuigen aangezien een dergelijke absolute leeftijdsgrens geen rekening houdt met de variatie van ieder individu dat ook nog door andere factoren kan beïnvloed worden. Skeyes kan bijvoorbeeld ook opteren voor een maximumleeftijd met een aantal uitzonderingen voor de kandidaten die al eerdere ervaring hebben in de luchtverkeerssector.²⁷²

104. Vervolgens is er ook nog de tweede subdoelstelling, namelijk dat iedere luchtverkeersleider voldoende ervaring moet opdoen ter compensatie van de afname van de cognitieve vaardigheden om zo tijdens de latere loopbaan in staat te blijven op een veilige wijze zijn functie uit te oefenen.²⁷³ Ook hieromtrent heeft de arbeidsrechtbank van Brussel enkele bemerkingen. De ingeroepen argumentatie van Skeyes kan slechts gevolgd worden indien er zou blijken dat enkel voor de groep die jonger is dan 25 jaar voldoende ervaring kan opgebouwd worden. Hierbij is het van belang om te weten wanneer exact de cognitieve vaardigheden verminderen en het aantal jaren ervaring te kennen dat nodig is om dit verlies te kunnen compenseren. De arbeidsrechtbank haalt verder nog aan dat er geen rekening moet gehouden worden met elke vermindering van vaardigheden, maar enkel met de merkbare vermindering. In het memorandum van Skeyes wordt beweerd dat luchtverkeersleiders na gemiddeld 10 jaar voldoende ervaring opgedaan hebben om de afname van de cognitieve vaardigheden te compenseren. Uit het samenlezen van dit minimum van 10 jaar ervaring en de opgelegde leeftijdsgrens van 25 jaar volgt het feit dat Skeyes pretendeert dat luchtverkeersleiders vanaf 35-jarige leeftijd geconfronteerd worden met een merkbare afname van de ruimtelijke cognitieve vaardigheden. Uit geen enkele studie blijkt echter dat er een dergelijke significante afname bestaat op de leeftijd van 35 jaar. De studie die het meest voorzichtig is van alle onderzochte studies, plaatst deze leeftijd op 40 jaar terwijl deze leeftijd in andere studies nog hoger wordt geplaatst. Indien Skeyes dus wil beweren dat een persoon die ouder is dan 25 jaar niet afdoende ervaring kan opbouwen om het verlies aan cognitieve vermogens te compenseren, dan moet zij dit vervolgens ook bewijzen. Het volstaat dus absoluut niet om te verwijzen naar

²⁷⁰ Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019.

²⁷¹ HvJ 5 juli 2017, nr. C-190/16, *Fries*.

²⁷² Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019.

²⁷³ *Ibid.*

algemeenheden uit wetenschappelijke studies waaruit er slechts een maximumleeftijd van 30 tot 40 jaar kan worden afgeleid. De arbeidsrechtbank concludeert dus dat de premisse van Skeyes niet op objectieve gegevens gebaseerd is. Ook hier kan er trouwens weer opgemerkt worden dat een absolute leeftijdsgrens geen rekening houdt met het feit dat er reeds andere relevante ervaring kan verworven zijn uit een vorige tewerkstelling. Ook deze ervaring kan immers bijdragen tot een compensatie voor het verlies aan cognitieve vaardigheden. Het hanteren van een absolute leeftijdsgrens die is vastgesteld op 25 jaar is dus problematisch.²⁷⁴

105. Ten slotte behandelt de arbeidsrechtbank ook nog de derde doelstelling omtrent het verzekeren van de personeelsbehoefte middels de doorstroming van ervaren luchtverkeersleiders naar de meer complexe functies. Hierover beweert Skeyes dat de leeftijdsgrens van 25 jaar noodzakelijk is omwille van het feit dat de lichterkeersleiders na een tweejarige opleiding vervolgens over een ervaring van minstens 5 jaar moeten beschikken om de opleiding van één jaar aan te vatten voor de complexere functies. Dit impliceert dus dat een kandidaat ten vroegste kan doorstromen na 8 jaar. Indien men echter opnieuw uitgaat van de meest voorzichtige studie die de significante vermindering van de vaardigheden plaatst op de leeftijd van 40 jaar, dan blijft het vervolgens onduidelijk waarom Skeyes de leeftijdsgrens op 25 jaar plaatst en niet op 30 jaar bijvoorbeeld. Ook in dit laatste geval is het immers mogelijk om toch voldoende ervaring op te kunnen bouwen voordat er een significante vermindering van de vaardigheden intreedt.

106. Skeyes geeft bovendien geen duidelijkheid over het aantal van die complexere functies dat moet ingevuld worden. Zo is het voor de arbeidsrechtbank niet duidelijk hoeveel procent van de luchtverkeersleiders moet doorstromen naar die complexere functies. Er is dan ook geen toetsing mogelijk in welke mate de absolute leeftijdsgrens van 25 jaar vereist is voor de opvulling van de hogere functies. Skeyes wijst wat betreft het doorstromen op het feit dat oudere luchtverkeersleiders meer moeite hebben met het leren van nieuwe vaardigheden en dat ook 'de ervaring' leert dat oudere werknemers veel meer moeite hebben met het slagen voor dergelijke opleidingen van de complexe functies. Hoewel Skeyes dus verwijst naar 'de ervaring' leggen zijn hiervan echter geen enkel stuk voor wie in het verleden al dan niet geslaagd is voor deze complexere functies.²⁷⁵ De absolute leeftijdsgrens van 25 jaar is als gevolg hiervan niet evenredig met de doelstelling.²⁷⁶ De leeftijdsgrens die gehanteerd wordt bij de aanwerving van de luchtverkeersleiders vormt dus geen gerechtvaardigd onderscheid, maar een directe discriminatie op basis van leeftijd.

107. Uit de voorafgaande arresten en vonnissen blijkt duidelijk dat de voorwaarde van de evenredigheid aan de legitieme doelstelling het grootste struikelblok vormt. In tegenstelling tot de vorige voorwaarden waar heel gemakkelijk wordt aangenomen dat iets een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt die een bepaalde legitieme doelstelling nastreeft, wordt de evenredigheid aan die legitieme doelstelling veel minder snel aanvaard. Toch worden in de voorgaande arresten steeds dezelfde maatstaven gehanteerd in de beoordeling van het Hof van Justitie en in de Belgische

²⁷⁴ Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ *Ibid.*

rechtspraak waardoor er aanvankelijk sprake lijkt te zijn van een consistente rechtspraak. Zo blijkt steeds het takenpakket doorslaggevend te zijn. Dit is zeer duidelijk aan te tonen door de arresten Vital Pérez en Salaberria Sorondo met elkaar te vergelijken. Hoewel de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste en de legitieme doelstelling bijna identiek zijn, is het takenpakket van het plaatselijke politiekorps in Oviedo en het Baskenland heel verschillend aangezien het takenpakket bij dit laatste korps fysiek veeleisend is.²⁷⁷ De vereiste van het takenpakket komt ook heel duidelijk naar boven in het arrest Wolf waar ook het takenpakket van de brandweer fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau vereist.²⁷⁸ In Skeyes vereist het takenpakket van een luchtverkeersleider dan weer bijzondere cognitieve vaardigheden.²⁷⁹ Hoewel dit element dus in meerdere arresten terugkeert, kan de vraag gesteld worden hoe relevant het is om met het takenpakket rekening te houden. Het takenpakket kan immers veranderen gedurende de uitoefening van de functie en ook dit vormt mijns inziens dan weer een arbitrair criterium. Het beoordeelde takenpakket door het Hof wordt op dat moment immers vastgesteld, maar kan zelfs gedurende de procedure voor het Hof van Justitie al veranderd zijn waardoor dit ook kan leiden tot een arbitraire beoordeling.

108. Naast het takenpakket vormt ook het bewijs van het feit waarom net die specifieke of bepaalde leeftijd gehanteerd wordt als leeftijdsgrens bij de aanwerving een belangrijke voorwaarde voor het Hof van Justitie. Skeyes faalt duidelijk in het bewijs daarvan aangezien de arbeidsrechtbank van Brussel meerdere keren herhaalt dat er geen concrete gegevens om de gepretendeerde stellingen te bewijzen, kunnen voorgelegd worden.²⁸⁰ Ook in Vital Pérez faalt de Spaanse regering in het aantonen waarom die leeftijdsgrens nu precies op 30 jaar moet liggen²⁸¹, terwijl er in Salaberria Sorondo rapporten zijn die de stelling van de Spaanse regering ondersteunen.²⁸² Dit is ook het geval voor het arrest Wolf waar er wetenschappelijke gegevens zijn om de zienswijze van de Duitse regering te bevestigen.²⁸³ Ook hier zijn er naar mijn mening enkele bedenkingen te maken die ook al eerder werden aangehaald (supra nr. 75). Hoewel in de arresten Salaberria Sorondo en Vital Pérez wetenschappelijk bewijs voorligt dat de fysieke capaciteiten van de werknemers afnemen op een bepaalde leeftijd, blijft dit een arbitrair oordeel. Dit geldt dus niet enkel voor de beoordeling of fysieke capaciteiten een leeftijdsgebonden kenmerk is, maar ook met betrekking tot de beoordeling of het middel evenredig is. Ondanks dat deze rapporten zonder twijfel correct zijn, laten zij enkel een in abstracto beoordeling toe hoewel er sprake zou moeten zijn van een in concreto oordeel. Er kan immers niet algemeen gesteld worden dat alle personen boven een gehanteerde maximumleeftijd niet meer in staat zouden zijn om over de vereiste bijzondere fysieke capaciteiten te beschikken. Hier kan ook weer gedacht worden aan een jonge persoon die in een slechte fysieke gezondheid verkeert of een oudere persoon die net heel getraind en fit is. Het hanteren van een maximumleeftijd moet mijns inziens zoveel als mogelijk vermeden worden omwille van deze uitzonderingsgevallen. Het lijkt mij immers verkeerd om alle 30-, 35- of 45-plussers over eenzelfde kam te scheren.

²⁷⁷ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 41.

²⁷⁸ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 40.

²⁷⁹ Vz. Arbrb. Brussel (Nl.) 26 november 2019.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 56.

²⁸² HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 42.

²⁸³ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 34; HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 52 en 53.

109. Wat veel geschikter zou zijn, betreft een oplossing die het Hof ook zelf aanhaalt in de zaak *Vital Pérez*. De vereiste bijzondere fysieke conditie voor de uitoefening van het beroep van lokale politieagent zou ook aangetoond kunnen worden door het uitvoeren van veeleisende fysieke eliminatietests. Hierdoor kan op een minder beperkende wijze het doel worden bereikt dan door de vaststelling van een maximumleeftijd.²⁸⁴ Deze fysieke eliminatietests laten inderdaad een in concreto beoordeling toe over de fysieke capaciteiten van een persoon zonder dat het daarbij noodzakelijk is om een maximumleeftijd te hanteren. Hoewel deze mogelijkheid op een minder beperkende wijze het doel kan bereiken, wordt de fysieke eliminatietest zelfs nergens in het arrest *Wolf* aangehaald. Na bovenstaande grondige analyse van beiden arresten lijkt dit toch eerder te wijzen op een zekere willekeur van het Hof van Justitie dan dat dit verklaren zou zijn vanuit een onderliggende reden. Zelfs als er al een onderliggende reden zou zijn, dan zou het Hof van Justitie op zijn minst de moeite kunnen nemen om deze uiteen te zetten in haar arrest, wat niet het geval is in de zaak *Wolf*. Het valt dan ook moeilijk te verklaren waarom er voor de aanwerving bij het middenkader van de brandweertechische dienst geen fysieke eliminatietest georganiseerd kunnen worden. De vraag stelt zich dan ook of hier toch sprake zou kunnen zijn van een leeftijdsdiscriminatie als het doel door deze minder verregaande maatregel ook bereikt kan worden.

110. In *Salaberria Sorondo* wordt de optie van de fysiek veeleisende testen op basis van rechtstreekse eliminatie echter wel aangehaald. Toch kunnen zij geen minder vergaande maatregel vormen volgens het Hof aangezien het doel om de politiedienst van de autonome regio Baskenland goed te laten functioneren vereist dat het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten niet statisch, maar net dynamisch dient gezien te worden. Het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten moet dus niet statisch aanwezig zijn bij het plaatsvinden van de examens van de selectieprocedure, maar dit moet net dynamisch beoordeeld worden door de dienstjaren in aanmerking te nemen die de agent na zijn aanwerving zal volmaken.²⁸⁵ Deze redenering doet echter de wenkbrauwen fronsen aangezien volgens het Hof het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten leeftijdsgebonden is en dus een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan vormen om een leeftijdsverschil te rechtvaardigen. Het Hof stelt dus dat enkel in de specifieke situatie van *Salaberria Sorondo* fysieke capaciteiten dynamisch bekeken moeten worden. Leeftijd is echter nooit een permanent criterium, maar net één dat transformeert doorheen de tijd aangezien het een dynamisch criterium is.²⁸⁶ Rechten die niet genoten kunnen worden op een bepaald moment in de tijd kunnen wel uitgeoefend worden in een latere fase van het leven en dus op een andere leeftijd. Omgekeerd gaat die redenering ook op, want rechten waarvan je moet afzien als je ouder bent, zijn immers wel ooit genoten toen de betrokkene jonger was.²⁸⁷ Als het Hof er dus van overtuigd is dat fysieke capaciteiten leeftijdsgebonden zijn en leeftijd een dynamisch criterium is, dan zouden fysieke capaciteiten dus steeds dynamisch bekeken moeten worden en niet enkel in de situatie die voorligt in *Salaberria Sorondo*. Bovendien kan dit statisch karakter van de fysieke proef weggenomen worden

²⁸⁴ HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 55.

²⁸⁵ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 47.

²⁸⁶ M.H.S. GIJZEN, *Selected issues in Equal Treatment Law: A multi-layered comparison of European English and Dutch law*, Antwerp, Intersentia, 2006, 435.

²⁸⁷ *Ibid*, 436.

door deze te blijven hanteren doorheen de tijd waardoor er perfect afgetoetst kan worden welke werknemer wanneer niet meer over de vereiste fysieke capaciteiten beschikt in plaats van ook hier weer gebruik te maken van een abstracte leeftijdsgrens.

111. Als laatste hecht het Hof ook veel belang aan het feit of er een bepaalde leeftijdsstructuur vereist is. Wederom falen Skeyes en Vital Pérez in deze test.²⁸⁸ In het arrest Wolf daarentegen wordt dit heel goed aangetoond door het feit dat er een correlatie moet bestaan tussen enerzijds de fysiek veeleisende posten die ingevuld moeten worden door jongere ambtenaren en de fysiek minder veeleisende posten waarvoor de oudere ambtenaren geschikt zijn.²⁸⁹ Ditzelfde fenomeen duikt op in Salaberria Sorondo.²⁹⁰ Bovendien was er hier ook nog eens een vergrijzing van het politiekorps waardoor er wel degelijk een dergelijke leeftijdsstructuur gehanteerd moest worden.²⁹¹ De vraag blijft ook hier in hoeverre de fysiek veeleisende taken niet door de fitste ambtenaren zouden moeten uitgeoefend worden in plaats van de jongste waardoor ook deze derde en laatste vereiste arbitrair aanvoelt.

112. Het is dus duidelijk dat deze drie elementen in elk van de besproken arresten en het vonnis terugkomen. Deze elementen kunnen misschien zelfs beschouwd worden als de fundamentele elementen van de evenredigheidstoets bij de beoordeling van het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving. Als deze elementen immers allen vervuld zijn zoals het geval was in Wolf en Salaberria Sorondo, dan is er wel degelijk een evenredigheid ten aanzien van de legitieme doelstelling en is ook de laatste en meest moeilijke voorwaarde in het toetsingsschema vervuld. In die gevallen ligt er dan ook geen discriminatie voor en mag er wel degelijk een maximumleeftijd gehanteerd worden bij de aanwervingsprocedure volgens het Hof, mits in acht name dat de voorwaarde van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste en de legitieme doelstelling vrij gemakkelijk te vervullen zijn en dus al eerder voldaan zijn. Zijn deze drie fundamentele elementen echter niet aangetoond of bewezen, dan is de evenredigheidsvoorwaarde niet vervuld en zal het hanteren van die maximumleeftijd wel degelijk een directe discriminatie op basis van leeftijd uitmaken.

113. Hoewel het zowel Hof van Justitie zeer consistent dezelfde drie elementen toetst, mist ze in de beoordeling van deze zaken toch de essentie. Het takenpakket, het bewijs van de leeftijdsgrens en de leeftijdsstructuur zijn naar mijn mening arbitraire elementen en vandaar ook niet geschikt om op basis daarvan een oordeel te kunnen vormen of er al dan niet een leeftijdsdiscriminatie voorligt. De op het eerste gezicht consistente rechtspraak van het Hof van Justitie, blijkt toch eerder ingegeven te zijn door willekeur. Zeker de beoordeling of het gebrek daaraan omtrent de fysieke eliminatietests, is naar mijn mening een uiting van willekeur waardoor de rechtszekerheid geen eer wordt aangedaan. Nochtans kan dit in vele gevallen een minder verregaande maatregel vormen om de legitieme doelstelling te bereiken, maar vooral een maatregel die een in concreto beoordeling toelaat omtrent wie er al dan niet geschikt is om de fysiek veeleisende taken uit te voeren. Zo kan

²⁸⁸ Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019; HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*, punt 56.

²⁸⁹ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*, punt 43.

²⁹⁰ HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, punt 46.

²⁹¹ *Ibid*, punt 44 en 45.

het hanteren van een abstracte leeftijdsgrens achterwege gelaten worden, wat steeds ten goede komt van de gelijkheid naar leeftijd tussen kandidaten die concurreren voor een bepaalde functie. Dit zou ook kunnen bijdragen aan een meer genuanceerde rechtspraak van het Hof. Door het gebruik van deze arbitraire elementen lijkt de rechtspraak van het Hof van Justitie immers eerder nattevingerwerk te worden dan dat het een coherent geheel vormt van arresten omtrent de leeftijdsdiscriminatie. Consistente rechtspraak is nochtans enorm belangrijk om het geheel van abstracte discriminatieregels concrete invulling te kunnen geven en deze regelgeving te kunnen vertalen naar praktische situaties. Vooraleer deze consistentie bereikt wordt op het gebied van het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving, zal er echter nog een lange weg afgelegd moeten worden door het Hof van Justitie.

3. Loonbarema's: een discriminatie van jonge werknemers?

3.1 Barema's op basis van leeftijd veranderen naar barema's op basis van ervaring.

114. In België werden van oudsher in een 26-tal paritaire comités (hierna: PC's) gebruik gemaakt van verschillende CAO's die de loonschalen gingen koppelen aan de leeftijd van een werknemer. Dit bracht met zich mee dat het loon van een werknemer werd bepaald door zijn leeftijd, ongeacht de ervaring die hij had.²⁹² DE VOS merkt hierover op dat het gebruik van het criterium leeftijd in dit land als evident werd ervaren. Zo werd dit criterium onder andere gehanteerd in de wetten, besluiten en CAO's.²⁹³ Het Hof van Justitie maakte echter een einde aan dit tijdperk van evidentie met haar oordeel in het arrest Mangold.²⁹⁴ Zoals reeds eerder aangehaald erkende het Hof in dit arrest voor het eerst dat leeftijdsdiscriminatie verboden was. Bovendien moest het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd beschouwd worden als een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht.²⁹⁵ Door de komst van dit verbod op leeftijdsdiscriminatie waren loonschalen gebaseerd op leeftijd opeens niet meer zo vanzelfsprekend en kwamen deze CAO's dan ook op de helling te staan.²⁹⁶

115. Niet enkel het arrest Mangold bracht dit teweeg, maar ook de invoering van de Richtlijn 2000/78. Zo noemen verscheidene auteurs zoals COX en VERMEULEN dit als uitdrukkelijke reden dat de loonschalen op basis van leeftijd in het gedrang kwamen.²⁹⁷ Het staat in ieder geval vast dat de invoering van het verbod van discriminatie, op welke basis dan ook zowaar een revolutie teweegbracht in de sectorale regelingen van de minimumlonen in de privésector.²⁹⁸ COX stelt immers dat: "van alle bedienden tewerkgesteld in een PC van de 200-reeks was er toen (in 2006) meer dan 80% tewerkgesteld in ondernemingen die vielen onder een PC dat een loonschaal hanteerde die onder meer op leeftijd gebaseerd was. Meteen was duidelijk dat indien het verder gebruik van het leeftijds criterium door toepassing van de richtlijn 2000/78 voortaan op de helling zou komen te staan, voor bijna de helft van de privéwerknemers essentiële parameters uit het systeem van collectieve loonvorming zouden moeten verlaten worden. Dit is verre van evident. Reeds

²⁹² L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 224.

²⁹³ M. DE VOS, "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak", *R.W.* 2006-07, (323) 332.

²⁹⁴ HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, *Mangold*.

²⁹⁵ *Ibid*, punt 75.

²⁹⁶ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 224.

²⁹⁷ G.COX, "Het onverteerbare verbod op leeftijdsbarema's", in F. HENDRICKX e.a. (eds.), *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum prof. Dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (511) 514.; L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 224.

²⁹⁸ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 224.

decennialang wordt in België bij de individuele loonvorming, maar meer nog bij de collectieve loonvorming het leeftijds- en/of anciënniteitscriterium gebruikt naast andere criteria.²⁹⁹ Bovendien was er volgens COX ook nog een tweede reden waarom dat Europees voorschrift problematisch was: "nauwelijks iemand kon begrijpen waarom het gebruik van het leeftijds criterium in de loonvorming discriminerend was. Men mag zonder overdrijving stellen dat het overgrote deel van de betrokkenen en van de observatoren zowel van werkgevers- als van werknemerszijde het bestaande systeem met leeftijd of anciënniteit transparant, voorspelbaar, objectief en niet discriminerend vond: iedereen die vandaag als 30-jarige werkt in een onderneming, werkt binnen enige tijd als 35-jarige, enz. De aanvaarding van de Europese norm was wat dit aspect betreft quasi onbestaand."³⁰⁰ Er heerste dus veel onbegrip. Zo bestond er zelfs het vermoeden "dat een puur individualistisch Angelsaksische beschermingstechniek onze West-Europese collectieve en solidaristische beschermingscultuur kwam besmetten."³⁰¹

116. Deze zienswijze van COX wordt wel enigszins bekritiseerd door VERMEULEN. Het feit dat iemand die vandaag als 30-jarige werkt in een onderneming daar later ook zal werken als 35-jarige, gaat immers uit van bepaalde veronderstellingen die daarom niet altijd het geval zijn. Een van die veronderstellingen is dan dat die werknemer nog steeds beroepsactief moet zijn en hij ook in dezelfde onderneming werkt of ten minste in dezelfde sector.³⁰² Verder ziet COX volgens hem ook nog over het hoofd dat elke discriminatie op basis van leeftijd wat betreft de aanwerving, reeds verboden was. De Nationale Arbeidsraad had dit al eerder voorzien in CAO 38 ter van 17 juli 1998.³⁰³

117. Om tegemoet te komen aan het feit dat loonbarema's op basis van leeftijd op losse schroeven kwamen te staan, werd er door de sociale partners gezocht naar oplossingen. Op advies van de minister van Werk werden alle loonschalen die gebaseerd waren op de leeftijd van de werknemer vervangen door loonschalen gebaseerd op ervaring.³⁰⁴ Dit gold bovendien voor alle sectoren. De minister van Werk nam waarschijnlijk deze beslissing gebaseerd op enkele arresten van het Hof van Justitie.³⁰⁵ Zo voelde de minister zich onder andere gesterkt door de arresten Danfoss³⁰⁶ en Cadman.³⁰⁷ Deze arresten gingen over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, maar meer bepaald over hun gelijke verloning.³⁰⁸ Hoewel deze arresten niet onmiddellijk handelden over leeftijdsdiscriminatie, werd het begrip ervaring hierin gehanteerd. Het gebruik van dit begrip dat hand in hand gaat met het criterium anciënniteit, werd in deze arresten verder ontwikkeld. Vandaar wordt er dieper ingegaan op deze arresten in het volgende hoofdstuk (zie infra).

²⁹⁹ G.COX, "Het onverteerbare verbod op leeftijdsbarema's", in F. HENDRICKX e.a. (eds.), *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum prof. Dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (511) 514.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 224.

³⁰³ *Ibid.*, 224-225.

³⁰⁴ Zie artikel 2 CAO 5 mei 2008 van het paritair comité nr. 306 voor het verzekeringswezen, KB 15 juni 2009, BS 2 juli 2009.

³⁰⁵ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 226.

³⁰⁶ HvJ 17 oktober 1989, nr.C-109/88, *Danfoss*.

³⁰⁷ HvJ 3 oktober 2006, nr. C-17/05, *Cadman*.

³⁰⁸ HvJ 17 oktober 1989, nr.C-109/88, *Danfoss*; HvJ 3 oktober 2006, nr. C-17/05, *Cadman*.

3.2 Het gebruik van het begrip ervaring in Europa

118. Zoals in het vorige hoofdstuk duidelijk uiteen is gezet, wordt er op dit moment gebruik gemaakt van barema's op basis van ervaring of anciënniteit. Het gebruik van dit begrip ervaring is minder duidelijk dan het eerder gehanteerde criterium leeftijd en heeft daarom ook nood aan enige verduidelijking. Deze is er gekomen in de talrijke rechtspraak van het Hof van Justitie. Hier worden achtereenvolgens de arresten Danfoss³⁰⁹, Cadman³¹⁰, Hütter³¹¹, Hennings en Mai³¹² en Stollwitzer³¹³ chronologisch besproken, waarin het Hof in elk arrest een bepaald element of zienswijze toevoegde aan het hanteren van het criterium beroepservaring van werknemers.

119. Het eerste belangrijke arrest waar het Hof zich uitspreekt over deze kwestie betrof de zaak Danfoss. Volgens de verzoekers in deze zaak wordt het beginsel van gelijke beloning tussen mannen en vrouwen geschonden door Danfoss. Dit geldt zo voor twee werknemers, waarvan de ene werkzaamheden verrichtte in het laboratorium en de andere zich bezighield met magazijnwerkzaamheden. Volgens de verzoeker was binnen deze twee betrokken loongroepen het gemiddelde loon voor mannen immers hoger dan dat voor vrouwen.³¹⁴ Het Hof kwam in dit arrest tot een belangrijk oordeel met betrekking tot het begrip beroepservaring: "Aangezien anciënniteit en beroepservaring evenwel hand in hand gaan en een werknemer met meer beroepservaring in de regel beter is toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden, mag de werkgever anciënniteit belonen zonder dat hij hoeft aan te tonen, wat het belang ervan is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden."³¹⁵

120. Deze regel wordt verder verfijnd in het arrest Cadman. Dit arrest behandelde de situatie van mevrouw Cadman, die tewerkgesteld was bij HSE. Zij werkte daar reeds 5 jaar als een inspecteur in een hoge rangorde toen ze een aanklacht indiende op basis van het Equal Pay Act. Zij beweerde namelijk dat haar mannelijke collega's in dezelfde rang meer verdienen dan zijzelf. Om haar punt te bewijzen maakte zij gebruik van vier mannelijke collega's als referentiepersoon.³¹⁶ Hoewel deze exact dezelfde rang bekleedden als Cadman, ontvingen zij een aanzienlijk hogere beloning.³¹⁷ De regeling bij HSE die de beloning bepaalde, hield onder andere rekening met anciënniteit, maar omdat vrouwen die werkten bij HSE gemiddeld een lagere anciënniteit hadden dan mannen, is de omstandigheid dat het criterium anciënniteit bepalend is voor de vaststelling van de beloningen nadelig voor vrouwen.³¹⁸ In zijn oordeel begint het Hof vervolgens met de rechtspraak van Danfoss te bevestigen. Het stelt immers dat het een legitiem doel van loonbeleid is om factoren als

³⁰⁹ HvJ 17 oktober 1989, nr.C-109/88, *Danfoss*.

³¹⁰ HvJ 3 oktober 2006, nr. C-17/05, *Cadman*.

³¹¹ HvJ 18 juni 2009, nr. C-88/08, *Hütter*.

³¹² HvJ 8 september 2011, nr. C-297/10 en 298/10, *Hennings en Mai*.

³¹³ HvJ 14 maart 2018, nr. C-482/16, *Stollwitzer*.

³¹⁴ HvJ 17 oktober 1989, nr.C-109/88, *Danfoss*, punt 4.

³¹⁵ *Ibid*, punt 24.

³¹⁶ HvJ 3 oktober 2006, nr. C-17/05, *Cadman*, punt 14.

³¹⁷ *Ibid*, punt 15.

³¹⁸ *Ibid* punt 21.

beroepservaring te belonen aangezien die de werknemer in staat stelt zijn werkzaamheden beter uit te voeren. Bovendien is de toepassing van het criterium anciënniteit in de regel geschikt om dit doel te bereiken.³¹⁹

121. Het Hof van Justitie gaat in het arrest Cadman verder dan louter het arrest Danfoss te bevestigen. Er wordt immers een nuance aangebracht aangezien er aanvankelijk werd gesteld dat het belang van de anciënniteit voor de werkzaamheden niet aangetoond moest worden door de werkgever.³²⁰ Terwijl het Hof in Cadman stelt dat er zich situaties kunnen voordoen waarin de toepassing van het criterium anciënniteit omstandig moet worden gerechtvaardigd door de werkgever.³²¹ Een dergelijke situatie doet zich voor "wanneer de werknemer gegevens verschaft op grond waarvan ernstig kan worden betwijfeld of toepassing van het criterium beroepservaring in het betrokken geval geschikt is om het genoemde doel te bereiken. Het is dan aan de werkgever om aan te tonen dat wat in de regel het geval is, te weten dat anciënniteit hand in hand gaat met ervaring en dat deze de werknemer in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten, ook geldt voor de betrokken functie."³²²

122. Zoals duidelijk is uit de bespreking van deze arresten hadden Danfoss en Cadman betrekking op geslachtsdiscriminatie en niet op leeftijdsdiscriminatie. BLANPAIN was de eerste auteur om deze discussie omtrent anciënniteit en geslachtsdiscriminatie ook open te trekken tot het gebruik van leeftijd en anciënniteit in het arbeidsrecht. Hij stelde dat het oordeel van het Hof van Justitie in het arrest Cadman effect zou kunnen hebben op loonbarema's die opgesteld zijn op basis van anciënniteit.³²³ HUMBLET maakt hierbij de bedenking dat de link die BLANPAIN legt tussen geslachtsdiscriminatie en leeftijdsdiscriminatie echter niet als evident te beschouwen is. Dit aangezien de rechtsgrond verschilt om de discriminatie aan te vechten. Ook is de problematiek die aan de basis ligt van beide discriminaties verschillend en is er een verschil in schadevergoeding. Zo laten al deze argumenten HUMBLET concluderen dat er voorzichtig omgesprongen moet worden met het mutatis mutandis toepassen van rechtspraak over geslachtsdiscriminatie op leeftijdsdiscriminatie.³²⁴

123. Deze bezorgdheden van HUMBLET worden echter voor een gedeelte weggenomen door het Hof van Justitie in het arrest Hütter. Dit is dan ook de eerste zaak waarin het Hof uitdrukkelijk stelt dat het belonen van ervaring ook voor de discriminatiegrond leeftijd een legitiem doel is.³²⁵ Dit arrest ging over David Hütter die werd aangenomen bij de TUG, een universiteit en dus een publieke instelling. Hij werd aangenomen samen met een collega, die 22 maanden ouder was dan hem, waardoor hij werd ingedeeld in een hogere salaristrap. Hierdoor ontstond er een verschil in

³¹⁹ HvJ 3 oktober 2006, nr. C-17/05, *Cadman*, punt 34 en 35.

³²⁰ HvJ 17 oktober 1989, nr. C-109/88, *Danfoss*, punt 24; HvJ 3 oktober 2006, nr. C-17/05, *Cadman*, punt 36.

³²¹ HvJ 3 oktober 2006, nr. C-17/05, *Cadman*, punt 37.

³²² *Ibid*, punt 38.

³²³ R. BLANPAIN, "Hof van Justitie vindt beloning en anciënniteit verantwoord", *Juristenkrant* 2006, nr. 136, (6) 6.

³²⁴ P. HUMBLET, "Het gebruik van het criterium 'anciënniteit' in barema's" (noot onder HvJ nr. C-17/05, 3 oktober 2006, *Cadman*), *RW* 2007-08, (226) 227-228.

³²⁵ HvJ 18 juni 2009, nr. C-88/08, *Hütter*, punt 47.

maandsalaris tussen beiden. Dat verschil hield bovendien verband met het feit dat Hütter gedurende zijn meerderjarigheid een leerperiode had doorlopen van slechts 6,5 maanden terwijl die periode voor zijn collega 28,5 maanden bedroeg.³²⁶ Zo was er sprake van een regeling waar het loon voor het overheidspersoneel werd bepaald aan de hand van hun anciënniteit. Er werd echter geen rekening gehouden met de tijdvakken van arbeid die vervuld waren voor het achttiende levensjaar. Voor de vaststelling van de salaristrap konden enkel tijdvakken van arbeid vervuld na de voltooiing van het achttiende levensjaar in aanmerking worden genomen.³²⁷ De Oostenrijkse wetgever heeft deze regeling aangenomen om te vermijden dat personen die een algemene middelbareschoolopleiding hebben gevolgd worden benadeeld ten opzichte van uit het beroepsonderwijs afkomstige personen.

124. Naast de aansporing tot voortzetting van de middelbareschoolopleiding had de wetgever de wens om het leerlingstelsel niet duurder te maken voor de overheidssector en zo dus ook de integratie in de arbeidsmarkt te bevorderen van jongeren die dit type opleiding hebben gevolgd.³²⁸ Deze doelstellingen spreken elkaar volgens het Hof tegen en ontbreken interne samenhang, maar worden toch legitiem bevonden.³²⁹ Vervolgens haalt het Hof van Justitie aan dat het belonen van beroepservaring die hand in hand gaat met anciënniteit een legitieme doelstelling is, zoals is bepaald in het arrest Cadman.³³⁰ Het belonen van ervaring wordt zo ook erkend als een legitieme doelstelling in het kader van de leeftijdsdiscriminatie. Verder in het arrest worden de doelstelling niet passend en noodzakelijk bevonden, waardoor de Oostenrijkse regeling de Kaderrichtlijn schendt.³³¹

125. Het volgende arrest dat relevant is voor de ontwikkeling en het gebruik van de begrippen anciënniteit en beroepservaring, zijn de samengevoegde zaken Hennings en Mai. Hierin oordeelde het Hof van Justitie over een loonstructuur die gebaseerd was op de leeftijd van de werknemers. Het betrof een wettelijke salarisregeling, namelijk een CAO die leeftijdstrappen hanteerde om het basissalaris in de afzonderlijke salarisgroepen vast te stellen.³³² De relevantie van dit arrest voor het begrip beroepservaring kan teruggevonden worden in de rechtvaardiging die het Hof hier hanteert. De Duitse regering haalt als argument ter rechtvaardiging van de hogere bezoldiging voor oudere werknemers aan dat deze oudere werknemers een langere beroepservaring hebben en dat de hogere bezoldiging zo een beloning vormt voor hun trouw aan de onderneming. Bovendien vormt de hogere basisbeloning die oudere arbeidscontracten krijgen een compensatie voor hun financiële behoeften, die in de meeste gevallen hoger zijn, gelet op hun sociaal milieu.³³³ Wat betreft dit laatste argument merkt het Hof op dat het niet is bewezen dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de leeftijd van de werknemer en hun financiële behoeften. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een jonge

³²⁶ HvJ 18 juni 2009, nr. C-88/08, *Hütter*, punt 13-14.

³²⁷ *Ibid*, punt 16.

³²⁸ *Ibid*, punt 40.

³²⁹ *Ibid*, punt 46.

³³⁰ *Ibid*, punt 47.

³³¹ *Ibid*, punt 50-51.

³³² HvJ 8 september 2011, nr. C-297/10 en 298/10, *Hennings en Mai*, zie onder andere punt 34 en 44.

³³³ *Ibid* punt 69.

arbeidscontractant de lasten moet dragen van een grote familie, terwijl een oudere werknemer alleenstaand kan zijn, zonder kinderen ten laste. Dit wordt niet gezien als een legitiem doel.³³⁴

126. Het andere argument dat door de Duitse regering werd aangehaald, namelijk de beloning van beroepservaring die een werknemer in staat stelt om zijn werkzaamheden beter te verrichten, werd door het Hof wel erkend als een legitiem doel. Het Hof verwees immers naar haar eigen vroegere rechtspraak in Hütter en erkende dat het belonen van beroepservaring een legitiem doel van loonbeleid is, maar het maakte daarbij wel gebruik van het begrip anciënniteit.³³⁵ Dit maakte echter geen verschil aangezien het Hof daarna stelde dat het criterium anciënniteit in de regel passend is om het doel te bereiken aangezien anciënniteit hand in hand gaat met beroepservaring.³³⁶ Een basissalaris dat op basis van leeftijd wordt vastgesteld gaat volgens het Hof verder dan nodig en passend is om het legitieme doel te bereiken en kan dus niet gehanteerd worden. Een criterium dat eveneens op anciënniteit en beroepservaring berust zonder de leeftijd in aanmerking te nemen, lijkt echter beter geschikt om bovengenoemde legitieme doelstelling te bereiken.³³⁷ Met andere woorden is het hoogstwaarschijnlijk zo goed als onmogelijk geworden om het criterium leeftijd te hanteren bij het opstellen van een beloningsstructuur, terwijl het gebruik van het criterium anciënniteit veel minder een probleem blijkt te vormen volgens het Hof. In de verschillende arresten hierboven werd een onderscheid op grond van anciënniteit immers aanvaard.

127. Ten slotte is het ook nog interessant om het arrest Stollwitzer te bekijken. In dit arrest trad Stollwitzer in dienst bij de ÖBB, ook wel de Oostenrijkse spoorwegen.³³⁸ Aanvankelijk hanteerde de ÖBB een regeling waarbij de werknemers werden onderverdeeld in verschillende salaristrappen. Om te weten in welke salaristrap je terecht kwam, werd er rekening gehouden met de vervulde diensttijd van een werknemer voor de indiensttreding. Hierbij werd echter geen rekening gehouden met de diensttijd die verricht was voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar.³³⁹ Het Hof oordeelde echter eerder in het arrest Starjakob dat deze regeling een discriminatie op grond van leeftijd inhield. Vandaar voerde de Oostenrijkse wetgever een wetswijziging door waardoor het voorheen gehanteerde systeem van meetelling van de vroegere diensttijd door de ÖBB volledig en retroactief te herzien.³⁴⁰ Vervolgens diende er onderzocht te worden of de nieuwe regeling de gecreëerde discriminaties op grond van leeftijd door de vroegere regeling niet in stand hield en ook geen nieuwe discriminatie op grond van leeftijd tussen de werknemers van de ÖBB invoerde.³⁴¹ De nieuwe regeling hield namelijk in dat enkel ervaring die bij ondernemingen in dezelfde economische sector werd verworven, kon worden meegeteld.³⁴² Het Hof verwees ook hier opnieuw naar haar eerdere arresten Cadman en Hütter en stelde dat dit vaste rechtspraak van haar betrof. Deze arresten stelden immers dat het belonen van de ervaring die op het betrokken gebied was verworven en die de

³³⁴ HvJ 8 september 2011, nr. C-297/10 en 298/10, *Hennings en Mai*, punt 70.

³³⁵ *Ibid*, punt 72.

³³⁶ *Ibid*, punt 74.

³³⁷ *Ibid* punt 77.

³³⁸ HvJ 14 maart 2018, nr. C-482/16, *Stollwitzer*, punt 11.

³³⁹ *Ibid*, punt 12.

³⁴⁰ *Ibid*, punt 13.

³⁴¹ *Ibid*, punt 26.

³⁴² *Ibid*, punt 35 en volgenden.

werknemer in staat stelde zijn werkzaamheden beter te verrichten, een legitiem doel van loonbeleid was. Het stond de werkgever in beginsel vrij om bij de verloning enkel rekening te houden met dergelijke eerder vervulde diensttijd.³⁴³

128. Ook in *Stollwitzer* voegde Het Hof iets toe aan de eerdere rechtspraak in *Cadman en Hütter*, namelijk dat het moest gaan om ervaring die op het betrokken gebied werd verworven. Er moest met andere woorden sprake zijn van relevante beroepservaring. Vervolgens ging het Hof verder met de beoordeling van de nieuwe regeling. De Oostenrijkse wetgever was erin geslaagd om in de procedure tot vaststelling van de nieuwe wetgeving een evenwicht te waarborgen tussen enerzijds de afschaffing van de discriminatie op grond van leeftijd en het behoud van de onder het oude systeem verworven rechten anderzijds.³⁴⁴ Er was geen sprake van het in standhouden of creëren van een nieuwe discriminatie en de nieuwe wetgeving was zo in overeenstemming met de Kaderrichtlijn en het VWEU.³⁴⁵

³⁴³ HvJ 14 maart 2018, nr. C-482/16, *Stollwitzer*, punt 39.

³⁴⁴ *Ibid*, punt 45.

³⁴⁵ *Ibid*, punt 47.

3.3 Het gebruik van het begrip ervaring in België

129. Het begrip ervaring zoals dat bestaat vandaag de dag werd op Europees niveau op die manier beïnvloed en gecreëerd door verschillende arresten van het Hof van Justitie. Natuurlijk had dit ook zijn invloed op de Belgische wetgever die voortaan gebruik zou moeten maken van het begrip ervaring in loonbarema's. Bij het opstellen van deze barema's diende er immers ook rekening gehouden te worden met de toen bestaande rechtspraak om de Belgische wetgeving in conformiteit te brengen met de Europese wetgeving. Vandaar wordt er nu verder ingegaan op hoe het begrip ervaring precies gebruikt wordt in onder andere CAO's waarin loonbarema's worden bepaald.

130. Dit begrip ervaring wordt in vele CAO's die loonschalen gebruiken op basis van beroepservaring gedefinieerd. Afhankelijk van het paritair comité zal deze definitie natuurlijk verschillen. Het is daarom niet gemakkelijk om tot 'de definitie' van beroepservaring te komen, maar er kan wel verwezen worden naar verschillende CAO's. Zo is er bijvoorbeeld het paritair comité nummer 341 voor de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten. In artikel 3.4 van de CAO van 9 juli 2015 van dit paritair comité valt er terug te vinden wat er verstaan wordt onder beroepservaring in deze sector. Zo wordt bijvoorbeeld ervaring in andere ondernemingen, die vallen onder andere paritaire comités, beschouwd als beroepservaring.³⁴⁶ Ook ervaring die werd verworven als zelfstandige of als statutair ambtenaar kan in aanmerking worden genomen,³⁴⁷ evenals elke ervaring aanverwant met de sector in een professioneel milieu zoals een werkstage of vrijwilligerswerk.³⁴⁸ Naast een breed scala aan werkervaring kunnen ook bepaalde perioden van schorsingen van de arbeidsovereenkomst die gepaard gaan met een vervangingsinkomen uitgekeerd door een socialezekerheidsregeling, onder dit begrip vallen. Hieronder worden onder andere periodes van beroepsziekte, arbeidsongeval, thematische verloven en tijdskrediet gerekend.³⁴⁹ Ook periodes van volledige werkloosheid met uitkeringen toegekend door de sociale zekerheidsregeling kunnen extra jaren van beroepservaring opleveren.³⁵⁰ Bij al deze mogelijkheden wordt er bovendien geen onderscheid gemaakt tussen voltijdse of deeltijdse arbeid.³⁵¹

131. Uit deze opsomming van de CAO blijkt dat het begrip beroepservaring enorm breed geïnterpreteerd wordt. Zoals hiervoor beschreven, werd er echter in de Europese rechtspraak, meer bepaald in het arrest Stollwitzer, geoordeeld dat het moet gaan om relevante beroepservaring. Het Hof van Justitie vult het begrip relevante beroepservaring in als ervaring die op het betrokken gebied

³⁴⁶ Artikel 3.4 §2, a CAO 9 juli 2015 van het paritair comité nummer 341 voor de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten, KB 7 maart 2017, *BS* 29 maart 2017.

³⁴⁷ Artikel 3.4 §2, b CAO 9 juli 2015 van het paritair comité nummer 341 voor de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten, KB 7 maart 2017, *BS* 29 maart 2017.

³⁴⁸ Artikel 3.4 §2, c CAO 9 juli 2015 van het paritair comité nummer 341 voor de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten, KB 7 maart 2017, *BS* 29 maart 2017.

³⁴⁹ Artikel 3.4 §3 CAO 9 juli 2015 van het paritair comité nummer 341 voor de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten, KB 7 maart 2017, *BS* 29 maart 2017.

³⁵⁰ Artikel 3.4 §4 CAO 9 juli 2015 van het paritair comité nummer 341 voor de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten, KB 7 maart 2017, *BS* 29 maart 2017.

³⁵¹ Artikel 3.4 §2 CAO 9 juli 2015 van het paritair comité nummer 341 voor de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten, KB 7 maart 2017, *BS* 29 maart 2017.

is verworven en die de werknemer in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten.³⁵² Door ervaringen in andere ondernemingen die vallen onder andere paritair comités of ervaringen als zelfstandige of ambtenaar gelijk te stellen aan beroepservaring, lijkt deze vereiste niet te zijn nageleefd door de sociale partners. Er zijn immers gevallen denkbaar waarbij ervaringen die onder andere paritaire comités vallen of die opgedaan zijn als ambtenaar of zelfstandige, geen ervaring zal zijn die op het betrokken gebied is verworven. Bovendien lijkt het ook zeer onlogisch om geen rekening te houden met het feit of iemand voltijdse of deeltijdse arbeid verricht. Iemand die bijvoorbeeld twee of drie dagen per week werkt heeft automatisch minder ervaring dan iemand die voltijds vijf dagen in de week werkt. Toch wordt er hier door de CAO geen onderscheid gemaakt en als gevolg hiervan kunnen er ernstige vragen bij gesteld worden.

132. Als er gekeken wordt naar andere CAO's kunnen er gelijkaardige definities gevonden worden van beroepservaring. Er zijn zelfs CAO's die nog verder gaan in het definiëren van het begrip. Zo was er de CAO van 24 juni 2008 omtrent de loon- en arbeidsvoorwaarden van paritair comité nummer 307. Dit paritair comité is bevoegd voor de makelarij en verzekeringsagentschappen. In de inleiding en motivering halen de sociale partners aan wat zij verstaan onder het begrip ervaring. Dit omvat algemene levenservaring aangezien een persoon toch bepaalde competenties kan ontwikkelen in een periode dat de werknemer niet is tewerkgesteld in de sector van de verzekeringsmakelarij, of die persoon zelfs helemaal niet actief is op de arbeidsmarkt.³⁵³ Vervolgens wordt er door de sociale partners ook een opsomming gegeven van periodes die als ervaring worden weerhouden: periodes van loopbaanonderbreking, ouderschapsverlof, onbetaald verlof, verdere studies, bekijken van andere culturen, vrijwilligerswerk, legerdienst, burgerdienst, gemeenschapsdienst en periodes al dan niet gedekt door de sociale zekerheid.³⁵⁴

133. Ook deze CAO kan weer getoetst worden aan het criterium van het Hof van Justitie, namelijk dat relevante beroepservaring wordt beschouwd als ervaring die op het betrokken gebied is verworven en die de werknemer in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten.³⁵⁵ Aangezien beroepservaring hier gezien wordt als levenservaring is deze CAO nog verder verwijderd van het feit dat de beroepservaring relevant zou moeten zijn. De CAO van 24 juni 2008 heeft immers een wel heel brede interpretatie van dit begrip aangezien de CAO enorm veel periodes gelijkstelt met beroepservaring onder het mom dat ook in die periodes competenties ontwikkeld kunnen worden. Er kunnen echter wel vragen gesteld worden bij hoe relevant die competenties zullen zijn bij de uitoefening van een beroep in de verzekeringsmakelarij. Het is immers moeilijk te bevatten hoe onder andere het bekijken van andere culturen, een legerdienst of ouderschapsverlof iemand beter in staat kunnen stellen om zijn werk te verrichten. Dit was ook vele bedrijfssectoren niet ontgaan. Zij volgden aandachtig hoe de administratie zou staan tegenover deze genereuze gelijkstelling met ervaring. Men veronderstelde dat de generositeit zo groot was dat deze gelijkstelling zonder twijfel

³⁵² HvJ 14 maart 2018, nr. C-482/16, *Stollwitzer*, punt 39.

³⁵³ CAO 24 juni 2008 van paritair comité nummer 307 voor de makelarij en verzekeringsagentschappen, KB 13 juni 2010, *BS* 17 augustus 2010.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ HvJ 14 maart 2018, nr. C-482/16, *Stollwitzer*, punt 39.

een indirect leeftijdsonderscheid zou vormen. Daarover ontstond een nieuw geschil tussen de betrokken sociale partners en de administratie.³⁵⁶

134. Om ervoor te zorgen dat loonverschillen gebaseerd op anciënniteit of levenservaring geen discriminatie op gebied van leeftijd uitmaken, is er een objectieve rechtvaardiging nodig.³⁵⁷ In de loop van februari 2009 werd uiteindelijk de rechtvaardiging van de sociale partners uit de verzekeringssector aanvaard. Hiervoor waren voorafgaand wel meerdere pogingen nodig. Na die aanvaarding werd de CAO voorgelegd voor algemeenverbindendverklaring. Het gevolg van die aanvaarding en algemeenverbindendverklaring was dat latere sectorale CAO's, waarin men de overstap maakte van leeftijdsbarema's naar ervaringsbarema's, zich rijkelijk hebben geïnspireerd op de rechtvaardiging die door de sector van de verzekeringen werd uitgewerkt.³⁵⁸ Hoewel deze interpretatie van de sociale partners ver ligt van de interpretatie die het Hof van Justitie hanteerde, werd ze toch aanvaard door de minister en werd de CAO daarna algemeen verbindend verklaard. Strikt genomen is enkel de Koning bevoegd om CAO's algemeen verbindend te verklaren, maar in de praktijk blijkt toch dat het eerder de minister van Werk is die de beslissing tot algemeenverbindendverklaring neemt.³⁵⁹ Daarna wordt de CAO algemeen verbindend verklaard op basis van een KB en dus onder de naam van de Koning.

135. Vervolgens rijst de vraag naar de eventuele aansprakelijkheid van de minister van werk voor deze aanvaarding en algemeenverbindendverklaring. Wanneer een CAO onwettige bepalingen bevat, zoals bijvoorbeeld discriminatoire bepalingen, dan moet de Koning of dus in de praktijk de minister van Werk de algemeenverbindendverklaring weigeren.³⁶⁰ De Koning is verantwoordelijk voor de wettigheid van zijn besluiten. Het goedkeuren van een CAO die onwettig is, gaat zijn bevoegdheden te buiten.³⁶¹ Uit de rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Justitie blijkt dat de Belgische staat aansprakelijk kan gesteld worden wanneer er een betwisting bestaat omtrent de wettigheid van een CAO.³⁶² Wanneer de Koning, die dan in de praktijk de minister van Werk blijkt te zijn, beslist CAO's algemeen verbindend te verklaren, kan dit ertoe leiden dat de Belgische staat aansprakelijk gesteld wordt omwille van het aanvaarden van regelgeving die een leeftijdsdiscriminatie 'toestaat'.

136. Deze aanvaarding van de rechtvaardiging door de minister van Werk doet de wenkbrauwen fronsen aangezien er door de rechtvaardiging misschien geen discriminatie voorligt, maar toch de Europese rechtspraak omtrent de inhoud van het begrip ervaring genegeerd wordt. Dit is door de minister duidelijk over het hoofd gezien. Bovendien waren er meerdere 'pogingen tot rechtvaardiging' nodig vooraleer deze rechtvaardiging werd goedgekeurd voor dezelfde gebruikte bewoordingen in de

³⁵⁶ G. COX en K. LEUS, "De rol van de beginselen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeidsverhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeenverbindendverklaring van cao's", in M. RIGAUX en G. COX (eds.), *Omtrent behoorlijk bestuur van collectieve arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (129) 175.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*, 176.

³⁵⁹ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 223 en 240.

³⁶⁰ W. RAUWS, "Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling", in G. VAN LIMBERGEN (ed.), *Sociaal handhavingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2010, (15) 30.

³⁶¹ RvS 14 juni 1995, nr. 53713, Soc.Kron. 1997, 358.

³⁶² HvJ 24 september 1998, nr. C-35/97, *Commissie/Frankrijk*; RvS 14 juni 1995, nr. 53713, Soc.Kron. 1997, 358.

CAO. Dit lijkt ook meer een zaak van goed geluk, namelijk blijven zoeken naar rechtvaardiging tot er een wordt aanvaard in tegenstelling tot het hanteren van werkelijk een grondige rechtvaardiging met de juiste intenties door de sociale partners. Er kunnen ook zeker vraagtekens geplaatst worden bij deze manier van handelen en in hoeverre een rechtvaardiging nog werkelijk iets zegt over de rechtvaardigheid van een onderscheid op basis van leeftijd.

137. Ter volledigheid dient er wel vermeld te worden dat deze CAO ondertussen werd opgeheven en is vervangen door een nieuwe, namelijk de CAO van 20 december 2016.³⁶³ In die meer recente CAO kunnen deze bewoordingen niet meer teruggevonden worden.

³⁶³ CAO 20 december 2016 van paritair comité nummer 307 voor de makelarij en verzekeringsagentschappen, KB 12 november 2017, BS 1 december 2017.

3.4 Geldigheid van loonbarema's op basis van ervaring in het licht van de Antidiscriminatiewet en de Kaderrichtlijn

138. Uit wat voorafgaat in deze thesis blijkt duidelijk dat loonbarema's op basis van leeftijd een directe discriminatie vormen volgens het Hof van Justitie en dus niet toelaatbaar zijn. Wat echter veel minder duidelijk is, is de toelaatbaarheid van loonbarema's op basis van ervaring. Als er onderzoek verricht wordt naar de geldigheid van deze barema's is het natuurlijk van belang om een bepaalde structuur te gaan hanteren en zo de toetsingsstappen chronologisch te doorlopen. In de eerste plaats moet er vastgesteld worden of er sprake is van een mogelijke discriminatie. Als dit het geval is dan moet er vervolgens bepaald worden welke discriminatiegrond in het gedrang komt en om welke soort discriminatie het gaat. Een verboden discriminatie kan onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd worden en vormt dan een legitiem onderscheid. Afhankelijk van het feit of er een directe of indirecte discriminatie voorligt, zal deze rechtvaardiging er anders uitzien en zal het andere voorwaarden kennen. Deze worden in het verdere verloop van de thesis dan ook uitvoerig besproken en er zal stilgestaan worden bij verschillende mogelijke opties die geopperd worden door de Europese en Belgische rechtspraak en rechtsleer. Ten slotte zal ook de invloed van recente nationale rechtspraak op de loonbarema's op basis van ervaring besproken worden aangezien dit een actueel topic is dat het onderwerp van debat blijft vormen. Het doel van dit hoofdstuk is dan ook om duidelijk te maken of en in welke omstandigheden loonbarema's al dan niet een vorm van leeftijdsdiscriminatie zullen opleveren.

3.4.1 Soort discriminatie

139. Aanvankelijk werden er in België door verschillende paritaire comités loonbarema's op basis van leeftijd gehanteerd. Deze werden vervolgens afgeschaft omwille van de reeds besproken rechtspraak van het Hof van Justitie aangezien ze een directe discriminatie op basis van leeftijd vormden. Vandaag de dag wordt er gewerkt met de barema's op basis van ervaring. Een direct onderscheid op basis van leeftijd ligt vandaag niet meer voor. Door het in aanmerking nemen van beroepservaring of anciënniteit is er in principe sprake van een indirect onderscheid.³⁶⁴ Dit is immers "de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handswijze personen die gekenmerkt zijn door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen".³⁶⁵ Dit volgt uit het feit dat een jongere werknemer doorgaans minder beroepservaring heeft dan een oudere werknemer. Als die persoon immers pas op de arbeidsmarkt komt, zal hij sowieso niet dezelfde beroepservaring kunnen voorleggen als een werknemer die 50 of 60 jaar oud is.³⁶⁶ Hoewel er niet rechtstreeks een onderscheid wordt gemaakt

³⁶⁴ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 229.

³⁶⁵ Artikel 4, 8° Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

³⁶⁶ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 229.

op basis van leeftijd, brengt de ogenschijnlijk neutrale bepaling 'ervaring of anciënniteit' toch met zich mee dat jongere werknemers in vergelijking met oudere werknemers bijzonder benadeeld kunnen worden. Dit is één zienswijze in het debat omtrent de ervaringsbarema's, namelijk dat de jongere werknemers benadeeld zijn.

140. Er bestaat verder een discussie over wie precies tot de benadeelde groep behoort. Zo is de auteur JOASSART van mening dat de oudere werknemers de benadeelde groep vormen. Ervaringsbarema's kunnen een indirecte leeftijdsdiscriminatie vormen voor hen omdat zij deze oudere werknemers met meer ervaring gaan beletten om te werken aan hetzelfde loon als jongere werknemers, die minder ervaren zijn.³⁶⁷ Het hangt af vanuit welk standpunt er gekeken wordt naar de discriminatie. Deze mening van JOASSART wordt echter verder buiten beschouwing gelaten. In de eerste plaats omdat dit de minderheidsstrekking vormt in de rechtsleer. Bovendien lijkt het eerder onwaarschijnlijk dat hoewel oudere werknemers recht hebben op een hoger loon ze vrijwillig aan een lager loon zouden willen werken. De enige uitzondering hiervoor zou kunnen zijn dat ze een lager loon accepteren omdat ze anders uit de markt geprijsd worden door de jongere werknemers die goedkoper zijn aan te werven en daardoor hogere kans op de job hebben. Onder andere de auteur VANACHTER gaf dit al aan in het jaar 1999, namelijk dat een CAO die het loon doet toenemen met de leeftijd ervoor zorgt dat oudere werknemers uit de markt geprijsd worden.³⁶⁸ Eén van de doelstellingen van het verbod van discriminatie op basis van leeftijd dat is ingevoerd door de Europese Unie is echter om het voor oudere werknemers mogelijk te maken om te kunnen concurreren met jongere werknemers op het gebied van loon. Loonbarema's op basis van leeftijd, maar ook loonbarema's op basis van ervaring kunnen deze doelstelling niet bereiken.³⁶⁹ Bovendien gaat dit ook nog eens in tegen de aanbeveling van de Europese Commissie in 2004 om het element van meer ervaring in relatie tot het loon in verhouding te brengen met een verhoogde productiviteit.³⁷⁰ Dit aspect van leeftijdsdiscriminatie is echter niet de focus van het onderzoek naar de maximumleeftijd dat hier gevoerd wordt en vandaar wordt het verder buiten beschouwing gelaten.

141. Het indirect onderscheid op grond van leeftijd dat door de ervaringsbarema's gemaakt wordt, zal leiden tot een indirecte discriminatie behalve indien er een rechtvaardiging voor handen is. Namelijk wanneer de ogenschijnlijk neutrale bepaling gesteund op beroepservaring die aan de grondslag ligt van dit indirect onderscheid, objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.³⁷¹ Voor de rechtvaardiging van loonbarema's op basis van ervaring zal er dus gebruikt gemaakt worden van de algemene proportionaliteitstoets.

³⁶⁷ P. JOASSART, "La suppression des barèmes liés à l'âge: passé, présent et avenir", Ors 2011, (20) 24-25.

³⁶⁸ O. VANACHTER, "Gelijke behandeling op grond van leeftijd, ras, etnische oorsprong, nationaliteit" in O. VANACHTER (ed.), *Gelijke behandeling en arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (195) 208.

³⁶⁹ P. JOASSART, "La suppression des barèmes liés à l'âge: passé, présent et avenir", Ors 2011, (20) 25.

³⁷⁰ European Commission, "Communication. Increasing the employment of older workers and delaying the exit from the labour market", COM(2014).

³⁷¹ Artikel 9 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

3.4.2 De mogelijke rechtvaardiging van ervaringsbarema's

142. In dit hoofdstuk wordt er een toetsing toegepast van de ervaringsbarema's getoetst aan de rechtvaardigingsvoorwaarden. In de eerste plaats wordt er nagegaan of er sprake zou kunnen zijn van een legitiem doel en wat dit dan precies inhoudt. Er zal vooral ingegaan worden op de doelstelling van relevante beroepservaring, waarover nogal wat discussie bestaat in de nationale rechtspraak. Ook andere legitieme doelstellingen van sociaal beleid komen aan bod. Na het onderzoek van de mogelijke legitieme doelstellingen, moet er vervolgens worden nagegaan of deze ook passend en noodzakelijk zijn. Er wordt bij deze rechtvaardigingstoets ingegaan op bestaande Europese en nationale rechtspraak en rechtsleer. Aan de hand hiervan wordt er ook een eigen oordeel gevormd.

3.4.2.1 De algemene proportionaliteitstoets

143. Zoals al eerder werd aangehaald, ligt er bij het gebruik van ervaringsbarema's een indirect onderscheid voor. Dan rijst de vraag of dit onderscheid gerechtvaardigd kan worden. Ook de rechtvaardiging voor indirect onderscheid wordt behandeld in de Antidiscriminatiewet. Deze kan teruggevonden worden in artikel 9 ADW. Dit artikel stelt dat "elk indirect onderscheid op grond van een van de beschermde criteria een indirecte discriminatie vormt".³⁷² "Tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze die aan de grondslag ligt van dit indirecte onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dit doel passend en noodzakelijk zijn."³⁷³ Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de wet staat, wordt er vaak toch nog een evenredigheidstoets *sensu stricto* verwerkt door de rechtbanken bij het toetsen van de rechtvaardiging. Dit kan dan ook nog als een vierde voorwaarde gezien worden.³⁷⁴ Op deze vier voorwaarden wordt er vervolgens dieper ingegaan.

144. Uit de formulering van artikel 9 ADW blijkt dat voor alle discriminatiegronden en dus ook specifiek leeftijd, de rechtvaardiging plaatsvindt aan de hand van dezelfde rechtvaardigingstoets voor het direct onderscheid. Deze is immers terug te vinden in artikel 7 Antidiscriminatiewet en hanteert exact dezelfde bewoordingen als artikel 9 ADW met als enige verschil dat het gaat over de rechtvaardiging van direct onderscheid.³⁷⁵ Artikel 7 Antidiscriminatiewet stelt immers dat het direct onderscheid kan gerechtvaardigd worden *door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel moeten passend en noodzakelijk zijn*.

145. Deze toets omschreven in artikel 7 en 9 Antidiscriminatiewet staat bekend als de algemene proportionaliteitstoets of wordt ook wel de Bilka-test genoemd, naar het gelijknamige arrest van het

³⁷² Artikel 9 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 237.

³⁷⁵ *Parl. St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2722/001, 47.

Hof van Justitie van de Europese Unie.³⁷⁶ Deze zaak betrof een situatie waarbij een werkgever zijn deeltijdse werknemers uitsloot van de pensioentoezegging. Het Hof van Justitie moest vervolgens een oordeel vellen omtrent deze praktijk. Om zichzelf te verdedigen gaf de werkgever aan dat hij deze uitsluiting enkel hanteerde om deeltijdarbeid minder aantrekkelijk te maken. In zijn oordeel kwam het Hof tot het besluit dat de nationale rechter moest onderzoeken of de gekozen middelen beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de onderneming, of zij geschikt zijn om het door de maatregel beoogde doel te bereiken en of zij daarvoor ook noodzakelijk zijn.³⁷⁷ Dit model wordt vandaag de dag nog steeds gehanteerd. Het werd bovendien later in exact dezelfde bewoordingen en met dezelfde voorwaarden opgenomen in de Europese wetgeving.³⁷⁸ Zo bevat de Kaderrichtlijn dus ook een algemene proportionaliteitstoets. Deze kan teruggevonden worden in artikel 2.2.b.i van de Kaderrichtlijn voor de rechtvaardiging van het indirect onderscheid en in artikel 6.1 van de Kaderrichtlijn voor de rechtvaardiging van het direct onderscheid.³⁷⁹

146. Verder is het nog belangrijk om te vermelden dat er zowel bij direct³⁸⁰ als bij indirect³⁸¹ onderscheid in principe gewerkt wordt met een open systeem van rechtvaardiging. Als er sprake zou zijn van een indirect onderscheid op basis van leeftijd zal deze toets ook gehanteerd kunnen worden, wat relevant is voor het vervolg van deze thesis.

³⁷⁶ C. BAYART, 'De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen – Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de Belgische wetgever bij de implementatie in de Belgische rechtsorde', *J.T.T.* 2002, (309) 314.

³⁷⁷ HvJ 13 mei 1986, nr.170/84, *Bilka*, punt 36.

³⁷⁸ Artikel 2.2.b.i Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

³⁷⁹ C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie: Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Larcier, Gent, 2004, 207.

³⁸⁰ F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 168.

³⁸¹ L. VERMEULEN, "Discriminatie in arbeidsrelaties", *CABG* 2015, (1) 17.

3.4.2.2 Legitiem doel

147. De geschiktheidstoets en de noodzakelijkheidstoets behandelen de relatie tussen het doel van de bestreden, ongelijke behandeling en het middel dat daarvoor gebruikt wordt. De rechter zal zo als eerste het nagestreefde doel moeten bekijken vooraleer hij de eigenlijke proportionaliteitsanalyse kan toepassen.³⁸² Vandaar vormt dit dan ook de eerste stap in de test. De rechter dient na te gaan of het doel 'rechtmatig', 'geoorloofd', 'wettig' of 'legitiem' is.³⁸³ Het probleem is echter dat er in de Memorie van Toelichting of in de wettekst niet wordt omschreven wat een legitiem doel nu precies inhoudt. Het gevolg daarvan is dat het aan de rechter is om dat begrip in te vullen.³⁸⁴

148. In het algemeen wordt echter aangenomen dat elk doel legitiem is indien het zijn grondslag vindt in het algemeen belang. De beoordeling van het doel van een bepaalde maatregel is in de eerste plaats een opportuniteitskwestie. Vandaar zal de rechter zich in die fase vooral terughoudend opstellen. Als gevolg daarvan zal een doel meestal legitiem worden bevonden en is de vaststelling van een ongeoorloofd doel dan ook zeldzaam.³⁸⁵ Verder is het ook nog van belang dat de rechter de authenticiteit van de ingeroepen doelstelling gaat controleren. Wanneer zich de situatie voordoet van een pluraliteit aan doelstellingen, dan zal de rechter erop moeten toezien dat een bepaalde doelstelling niet gaat ingeroepen worden om een andere doelstelling, die minder legitiem is, te verhullen.³⁸⁶

3.4.2.2.1 Relevante beroepservaring

149. Een eerste mogelijkheid van wat eventueel een legitiem doel zou kunnen vormen, is de relevante beroepservaring. Het Hof van Justitie heeft reeds erkend en aanvaard dat beroepservaring een basis kan vormen voor een verschil in betaling van werknemers. Het teruggrijpen naar het criterium van de duur of lengte van verrichte diensten is acceptabel wanneer het de werknemer in staat stelt om zijn taken of werkzaamheden beter uit te voeren. Dit blijkt uit de arresten die reeds eerder zijn besproken, waaronder het arrest Cadman.³⁸⁷ Wanneer loonbarema's gebaseerd worden op dit principe dan kan er tot de conclusie gekomen worden dat ze gerechtvaardigd zijn, maar enkel in die mate dat er een positieve correlatie is tussen de ervaring en de kwaliteit van het werk geleverd

³⁸² S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 237.

³⁸³ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 8.

³⁸⁴ S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 237.

³⁸⁵ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 8.

³⁸⁶ S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 238.

³⁸⁷ C. ENGELS, "Active Ageing and Labour Law in Belgium", in F. HENDRICKX (ed.), *Active Ageing and Labour Law, Contributions in Honour of Professor Roger Blanpain*, Cambridge, Intersentia, 2012, (157) 179.

door de werknemer.³⁸⁸ Volgens ENGELS kan er wel de vraag gesteld worden of meer ervaring ook steeds gaat leiden tot een voortgezette verbetering van het uitvoeren van werkzaamheden. Wanneer er niet langer een positieve correlatie is tussen extra ervaring en het vermogen om de job beter uit te voeren, ontstaat er een probleem. Een verschil in betaling dat uitsluitend gebaseerd is op meer werkervaring zou in bepaalde omstandigheden dan gezien kunnen worden als een indirecte vorm van discriminatie op basis van leeftijd. Dan moet er een legitiem doel aangetoond worden en het onderscheid moet dan passend en noodzakelijk zijn.³⁸⁹ Als deze positieve correlatie niet langer aanwezig is, dan verdwijnt ook de legitieme doelstelling van relevante beroepservaring aangezien alle ervaring en niet langer de relevante ervaring beloond gaat worden. Dit betekent dan meteen ook dat de positieve correlatie tussen meer ervaring en het vermogen om de job beter uit te voeren essentieel zal zijn voor de rechtvaardiging van loonbarema's op basis van ervaring.

150. Wat betreft de relevante beroepservaring kan er niet enkel verwezen worden naar de rechtspraak van het Hof van Justitie. Ook op nationaal gebied zijn er interessante vonnissen en arresten te vinden met betrekking tot relevante beroepservaring. Zo is er onder andere het arrest van de arbeidsrechtbank te Leuven van 11 april 2019. In dit arrest baat BVBA C een familiebedrijf uit, dat actief is in de sector van interieurbouw op maat van de klant. Het bediendenpersoneel van deze onderneming valt onder het aanvullend paritair comité voor bedienden, ook wel PC 200 genaamd. Op 20 september 2010 wordt er met de heer C.W. een arbeidsovereenkomst gesloten. De werknemer wordt hierbij ingeschakeld in de klasse C 8 jaar Bouw volgens het functieclassificatiesysteem van het voormalige paritair comité 218. Dit laatste PC vormt de voorloper van het huidige PC 200. Op 30 maart 2017 wordt er een functieclassificatieverhoging toegekend door BVBA C aan de heer C.W. Dit naar aanleiding van het feit dat hij een bijkomende opleiding "WOODCADCAM" heeft gevolgd. De werknemer wenst niet langer actief te zijn in de onderneming en verlaat de BVBA. Vervolgens vordert hij dat er een loonregularisatie wordt doorgevoerd. Volgens de heer C.W. was er immers een verkeerde inschaling van zijn functie en werden zijn volledig aantal jaren beroepservaring niet in rekening gebracht volgens de bepalingen van de CAO die gelden in het PC 200.³⁹⁰ Uiteindelijk komt de arbeidsrechtbank tot het besluit dat de aanspraken van de heer C.W. ongegrond zijn, wat verder niet relevant is voor het bestek van deze thesis.³⁹¹

151. Wat echter wel relevant blijkt, is de redenering die tot deze beslissing geleid heeft. Er wordt nagekeken wat er verstaan wordt onder beroepservaring volgens de CAO van het voormalige PC 218 en het huidige PC 200. Volgens de bepalingen van de CAO van PC 218 wordt er onder beroepservaring verstaan 'de periodes van effectieve en gelijkgestelde beroepsprestaties bij de werkgever waar de bediende in dienst is, maar ook diegene die de bediende verworven heeft voor de indienstreding als werknemer, zelfstandige of statutair ambtenaar'.³⁹² Verder worden deeltijdse prestaties ook

³⁸⁸ C. ENGELS, "Active Ageing and Labour Law in Belgium", in F. HENDRICKX (ed.), *Active Ageing and Labour Law, Contributions in Honour of Professor Roger Blanpain*, Cambridge, Intersentia, 2012, (157) 179.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² Artikel 3 §1 CAO 28 september 2019 van aanvullend nationaal paritair comité 218 voor de bedienden, KB 21 februari 2010, BS 12 april 2010.

gelijkgesteld met voltijdsprestaties.³⁹³ Voorts worden ook bepaalde periodes van volledige schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met effectieve beroepsprestaties gelijkgesteld en zelfs periodes buiten schorsing van de arbeidsovereenkomst zoals periodes van werkloosheid.³⁹⁴ De CAO van het PC 200 bevat in dat verband identieke bepalingen.³⁹⁵ Na de bestudering van deze bepaling komt de arbeidsrechtbank dan ook tot de conclusie dat artikel 3 van de CAO van 28 september 2009 zowat alles gelijk gaat stellen met beroepservaring. Namelijk elke tewerkstelling in om het even welk beroep en om van het even welke omvang, ook al ging het om een deeltijdse tewerkstelling van enkele uren per week. Het gaat ook nog veel verder dan dit, aangezien zeer lange periodes van inactiviteit worden gelijkgesteld met beroepservaring. De arbeidsrechtbank stelt dan ook dat het definiëren van beroepservaring als om het even welke tewerkstelling zonder enig verband met de uitgeoefende functie, al voorbijgaat aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. De beroepservaring moet een werknemer immers in staat stellen om zijn werkzaamheden beter te verrichten. De bijkomende zeer verregaande gelijkstellingen in de desbetreffende CAO maken het alleen nog maar duidelijker dat artikel 3 CAO van 28 september 2009 geen enkele redelijke verantwoording geeft voor het indirect onderscheid op grond van leeftijd dat het gevolg is van deze bepaling. Er ligt zo een indirecte discriminatie op grond van leeftijd voor volgens de rechtbank van Leuven.

152. Deze indirecte discriminatie zal leiden tot de nietigheid van de bepalingen van de CAO van 28 september 2009 en de CAO van 9 juni 2016 die het discriminatoir onderscheid tussen jongere en oudere werknemers inhouden. De overige bepalingen van de CAO's blijven echter overeind. Beide CAO's werden echter ook algemeen verbindend verklaard per Koninklijk Besluit (hierna: KB). Artikel 159 Grondwet verplicht de rechter ertoe om enkel KB's toe te passen "in zoverre zij met de wetten overeenstemmen". Als een rechter vaststelt dat een KB een CAO met onwettige bepalingen algemeen verbindend verklaart, zal dat KB buiten toepassing verklaard moeten worden. Vervolgens kan dit KB door de Raad van State vernietigd worden. Die vernietiging zal enkel betrekking hebben op de algemeen verbindendverklaring, maar de CAO zelf blijft bestaan. Die vaststellingen laten de arbeidsrechtbank concluderen dat zij de KB's die de CAO's met discriminatoire bepalingen verbindend verklaren, buiten toepassing moet laten. Als gevolg hiervan worden de KB's van 21 februari 2010 en 27 januari 2017 buiten toepassing verklaard.³⁹⁶

153. Ook uit dit vonnis van de arbeidsrechtbank van Leuven blijkt weer duidelijk dat indien het begrip beroepservaring te ruim wordt omschreven in CAO's, dit in de eerste plaats in strijd is met Europese rechtspraak. Maar verder wordt er nog geoordeeld dat hier een indirecte leeftijdsdiscriminatie voorligt door leeftijdsbarema's die gebaseerd zijn op ervaring. Zo vormt het

³⁹³ Artikel 3 §2 CAO 28 september 2019 van aanvullend nationaal paritair comité 218 voor de bedienden, KB 21 februari 2010, BS 12 april 2010.

³⁹⁴ Artikel 3 §3 CAO 28 september 2019 van aanvullend nationaal paritair comité 218 voor de bedienden, KB 21 februari 2010, BS 12 april 2010.

³⁹⁵ CAO 9 juni 2016 van aanvullend paritair comité 200 voor de bedienden, KB 27 januari 2017, BS 14 februari 2017.

³⁹⁶ Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A.

alternatief voor barema's op basis van leeftijd, die geband werden omwille van het feit dat ze een directe discriminatie vormden, vervolgens ook een discriminatie en lijkt men weer terug bij af te zijn.

154. Verschillende auteurs becommentariëren echter het vonnis van de arbeidsrechtbank van Leuven. Na dit vonnis rijst immers de vraag welke definitie van beroepservaring wel redelijk verantwoord is ten opzichte van het doel. Als deze rechtspraak navolging vindt, zal het volgens VAN HOORDE aan de sociale partners zijn om een algemene definitie te formuleren van het criterium beroepservaring en dit op een wijze die de indirecte leeftijdsdiscriminatie voldoende kan verantwoorden.³⁹⁷ Dit lijkt geen slecht idee te zijn om te kunnen garanderen dat een loonbarema op basis van ervaring geen indirecte discriminatie vormt. In haar besluit haalt ze dan ook aan dat ze zich verwacht aan een eventuele actie van de sociale partners in de sectoren die geïndiceerd worden.³⁹⁸

155. De arbeidsrechtbank van Leuven spreekt zich logischerwijze niet uit over wat als beroepservaring beschouwd kan worden. Zelf is VAN HOORDE ervan overtuigd dat een te strikte visie niet nodig lijkt te zijn in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie en zelfs aanleiding kan geven tot andere vormen van ongelijke behandeling.³⁹⁹ Dit zou tot meer voorspelbaarheid en zo ook rechtszekerheid kunnen leiden. VAN HOORDE vervolgt dat het haar te verregaand lijkt om enkel de ervaring die is opgedaan in dezelfde functie of sector als beroepservaring die een werknemer in staat stelt om zijn werkzaamheden beter te verrichten, in aanmerking te nemen.⁴⁰⁰ Het risico van haar bewering is dat er dan weer verder wordt afgedreven van het criterium van relevante beroepservaring, dat ook de positieve correlatie inhoudt tussen enerzijds het hebben van meer ervaring en anderzijds het beter kunnen verrichten van zijn werk. Ervaring in andere sectoren kan beschouwd worden als relevante ervaring, maar dit zal niet altijd het geval zijn. Bovendien gaat dit ook weer voorbij aan de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest Stollwitzer. Ook het aflijnen van de ervaring die in acht wordt genomen per statuut zoals werknemer, ambtenaar, zelfstandige, is volgens VAN HOORDE niet meer van deze tijd. Ook maakt zij geen punt van het feit dat een deeltijdse en voltijdse job als gelijkwaardig worden beschouwd wat betreft het opdoen van ervaring, behalve wanneer de deeltijdse arbeid zo beperkt zou zijn dat het opdoen van een volwaardige ervaring niet mogelijk lijkt. Naar mijn mening is ook deze mening wat kort door de bocht aangezien een persoon die halftijds werkt in bijna elk geval minder ervaring opdoet dan een persoon die voltijds werkt. Indien een werknemer immers het dubbel aantal uren werkt, kan het dan ook niet anders dat die persoon meer kennis heeft van bepaalde materies of meer ingewerkt is en dus ook meer ervaring heeft. Er kan enkel discussie rijzen volgens VAN HOORDE met betrekking tot de gelijkschakeling van periodes van inactiviteit.⁴⁰¹ Maar ook dit is maar in een bepaalde mate betwistbaar volgens haar, aangezien P. JOASSART dan weer stelt dat het gelijkschakelen van periodes van inactiviteit

³⁹⁷ E. VAN HOORDE, "Leeftijdsdiscriminatie in CAO's zet bindend karakter loonafspraken op de helling"(noot onder Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A), RABG 2019, (1103) 1105.

³⁹⁸ *Ibid*, 1107.

³⁹⁹ *Ibid*.

⁴⁰⁰ *Ibid*, 1105.

⁴⁰¹ E. VAN HOORDE, "Leeftijdsdiscriminatie in CAO's zet bindend karakter loonafspraken op de helling"(noot onder Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A), RABG 2019, (1103) 1105.

discriminaties kunnen tegengaan op basis van andere discriminatiegronden, zoals bijvoorbeeld geslacht of nationaliteit.⁴⁰²

156. Ook door andere auteurs wordt er kritiek geuit op de mening van VAN HOORDE. Zo is VERMEULEN van oordeel dat haar standpunt niet in overeenstemming is met de huidige Europese rechtspraak.⁴⁰³ Deze auteur is zelf ook bezorgd omtrent de gevolgen van de uitspraak van de arbeidsrechtbank te Leuven. Hij merkt op dat een ontwerp van KB tot algemeenverbindendverklaring van een CAO door de Koning ter advies kan voorgelegd worden aan de Raad van State.⁴⁰⁴ De Koning heeft dit advies echter niet gevraagd voor de KB's waarmee de CAO's die gebruik maken van ervaringsbarema's algemeen verbindend werden verklaard. Dit passief blijven was het gevolg van het aandringen van de sociale partners. Volgens VERMEULEN had de Koning dit beter wel gedaan. Een negatief advies van de Raad van State had de Koning er immers van kunnen weerhouden om deze CAO algemeen verbindend te verklaren en als gevolg daarvan de problemen te vermijden die zich stellen nu in het vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven. Ook zou de Koning dan de aansprakelijkheid van de Belgische staat niet in het gedrang hebben gebracht.⁴⁰⁵ Indien dit vonnis in de toekomst navolging zal krijgen, dan zijn de gevolgen niet te overzien.⁴⁰⁶

3.4.2.2 De visie van het Arbeidshof te Antwerpen van 18 februari 2020

157. Niet enkel in de rechtsleer, maar ook in de rechtspraak kunnen er verschillende visies gevonden worden met betrekking tot het vonnis van 11 april 2019 van de arbeidsrechtbank van Leuven. Het arbeidshof te Antwerpen oordeelde immers vanuit een heel ander standpunt over de geldigheid van ervaringsbarema's in haar arrest van 18 februari 2020. Het arrest betrof de situatie van mevrouw V.N. die in dienst trad van de BVBA in oktober 2014 als commercieel-administratief bediende. Aan de arbeidsovereenkomst voor bediende voor onbepaalde duur kwam een einde in oktober 2016 wegens medische overmacht. Vervolgens liet de vakorganisatie van mevrouw V.N weten aan de BVBA dat zij gedurende haar tewerkstelling niet betaald werd conform de door haar uitgeoefende functie. De vakorganisatie stelde de BVBA dan ook in gebreke om het achterstallig loon en vakantiegeld te betalen. De BVBA betwistte deze aanspraken echter.⁴⁰⁷ De werkneemster viel als bediende aanvankelijk onder de CAO's van PC 200 en vervolgens viel ze vanaf 1 januari 2016 onder de CAO's van PC 341. De BVBA beweerde dat deze CAO's van PC 200 en PC 341 een indirecte discriminatie op grond van leeftijd inhielden en zo in strijd waren met de Europese Kaderrichtlijn 2000/78 van 27 november 2000 en de Antidiscriminatiewet. Als gevolg daarvan dienden de CAO's nietig te worden verklaard volgens de werkgever en moesten de algemeen verbindend verklarende KB's door het arbeidshof op basis van artikel 159 van de Grondwet buiten beschouwing worden gelaten aangezien zij onwettige bepalingen algemeen verbindend hadden verklaard. Om haar

⁴⁰² P. JOASSART, "La suppression des barèmes liés à l'âge : passé, présent et avenir", Ors. 2011, (20) 24-25.

⁴⁰³ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 224.

⁴⁰⁴ Artikel 5 wet 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, BS 21 maart 1973.

⁴⁰⁵ HvJ 24 september 1998, nr. C-35/97, *Commissie/Frankrijk*; RvS 14 juni 1995, nr. 53713, Soc.Kron. 1997, 358.

⁴⁰⁶ L. VERMEULEN, "Loonschalen op basis van ervaring op losse schroeven", *Juristenkrant* 2019, nr. 391, (12) 13.

⁴⁰⁷ Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101.

standpunt te ondersteunen, verwijst de BVBA bovendien naar het vonnis van de arbeidsrechtbank van Leuven van 11 april 2019.⁴⁰⁸

158. Het arbeidshof komt echter tot een andere conclusie en kan het voorgaande standpunt evenwel niet bijtreden aangezien het strijdig is met de ratio legis van de eerder vermelde Kaderrichtlijn en de Antidiscriminatiewet. Deze laatste bestaat erin een bescherming in te stellen voor bepaalde categorieën van personen, die het slachtoffer zijn van discriminatie. Het Hof stelt vervolgens dat er enkel een vorderingsrecht wordt toegekend in het geval van discriminatie aan personen die voorbehouden het slachtoffer te zijn van deze discriminatie. Daaruit volgt dat een werkgever de onwettigheid van leeftijdsgebonden barema's niet kan inroepen als verweer tegen de vordering tot betaling van achterstallig loon die is ingesteld door de werknemer. De werkgever kan zich op die wijze niet aan zijn verplichtingen onttrekken.

159. Het Hof gaat vervolgens in op de wettigheidstoets die artikel 159 van de Grondwet aan de rechter oplegt. Deze dient immers uitgeoefend te worden binnen de perken van het geding dat aan de rechtbank wordt voorgelegd en dat bovendien de uitoefening van subjectieve rechten van de partijen tot voorwerp heeft.⁴⁰⁹ Rechters mogen in de zaken die aan hun oordeel zijn onderworpen geen uitspraak doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking.⁴¹⁰ Het is bijgevolg niet aan het arbeidshof om een legaliteitscontrole uit te oefenen, waarbij het hof zich in abstracto gaat uitspreken over de conformiteit met hogere normen van een CAO en vervolgens ook het KB dat haar algemeen verbindend verklaart.⁴¹¹

160. Ook dit arrest is niet onbesproken gebleven in de rechtsleer. Wat betreft de nietigverklaring van de CAO wijst het arbeidshof deze af aangezien het niet toekomt aan de werkgever om de nietigheid te vorderen van bepalingen waarin een discriminatie vervat zit. Hiermee gaat de rechtsleer akkoord aangezien deze zienswijze van het arbeidshof in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak Defrenne.⁴¹² Verder ligt deze ook in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat stelt in zijn arrest van 19 januari 1994 dat "de nietigheid alleen maar een gelijke behandeling kan beogen van de werknemers die door zodanige discriminatie worden benadeeld".⁴¹³ PAREDIS en RENETTE besluiten dan ook dat ze dit standpunt kunnen bijtreden.⁴¹⁴ Ook VERMEULEN stelt dat de werkgever de nietigheid van de CAO inderdaad niet kan opwerpen, omwille van het bijzondere karakter van de nietigheid. Enkel de werknemer die benadeeld wordt, kan zich daarop beroepen.⁴¹⁵

⁴⁰⁸ Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ Artikel 6 Gerechtelijk wetboek.

⁴¹¹ Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101.

⁴¹² HvJ 8 april 1976, nr. 43/75, *Defrenne*, punt 15.

⁴¹³ Cass. 17 januari 1994, Arr.Cass. 1994, Soc.Kron. 1994, 75.

⁴¹⁴ F. PAREDIS en S. RENETTE, "Arbeidsrecht – Arbeidsovereenkomst – Loonbarema – Discriminatie – Ervaringsbarema – Leeftijd – Afstand van recht"(noot onder Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101), *LiRe* 2020, nr. 3, (235) 243.

⁴¹⁵ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 239.

161. De commentaar van verschillende auteurs richt zich op het feit dat het arbeidshof van Antwerpen deze redenering met betrekking tot de nietigverklaring van de CAO's ook doortrekt naar de buitentoepassinglating van de KB's op basis van artikel 159 van de grondwet.⁴¹⁶ Dit artikel verleent aan de rechterlijke macht een controlemechanisme ten aanzien van de uitvoerende macht. Elke rechter wordt door deze bepaling van de grondwet belast met het toezicht op de wettigheid van besluiten en verordeningen die zijn uitgevaardigd door de uitvoerende macht en door de rechter moeten worden toegepast in een bepaald geschil.⁴¹⁷ Het Hof van Cassatie oordeelt over dit wettigheidstoezicht dat het een bijzondere toepassing van het meer algemeen rechtsbeginsel vormt "volgens hetwelk de rechter geen toepassing mag maken van een beslissing, met name een norm, waarbij een hogere bepaling wordt geschonden".⁴¹⁸ De tekst van artikel 159 van de grondwet heeft niet enkel algemene, maar verder ook een imperatieve draagwijdte. Dit impliceert dat de weigering om een onwettige overheidshandeling toe te passen niet bestaat uit een loutere mogelijkheid, maar gezien kan worden als een verplichting.⁴¹⁹ Als gevolg hiervan moet elk met eigenlijke rechtspraak belast orgaan nagaan of de besluiten en verordeningen waarop een exceptie, een vordering of verweer gegrond is, met de wet overeenstemmen.⁴²⁰ Deze redenering wordt gebruikt door het Hof van Cassatie en hieruit kan worden afgeleid dat dit Hof zich de mening toeschrijft dat de exceptie van onwettigheid ambtshalve moet worden toegepast aangezien het de openbare orde raakt.⁴²¹

162. Het gebruik van het legaliteitsbeginsel zou een volledige en coherente rechtsbescherming tot gevolg moeten hebben. De legaliteitscontrole kan zo opgeworpen worden door iedere burger, dit in tegenstelling tot de nietigheid, die enkel kan opgeworpen worden door de benadeelde partij.⁴²² De werkgever had uitdrukkelijk gevraagd om de wettigheid van het KB te onderzoeken. Het Hof past vervolgens gewoon dit KB toe zonder een legaliteitscontrole uit te voeren, wat in weerwil is van artikel 159 van de Grondwet.⁴²³ Hierdoor wordt er een volledige en coherente rechtsbescherming ontnomen aan de werkgever. Dat valt niet te rijmen met de doelstelling van artikel 159 van de Grondwet als hoeksteen van het grondwettelijk stelsel.⁴²⁴ Als gevolg hiervan maakt het Hof ten

⁴¹⁶ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 239.

⁴¹⁷ F. PAREDIS en S. RENETTE, "Arbeidsrecht – Arbeidsovereenkomst – Loonbarema – Discriminatie – Ervaringsbarema – Leeftijd – Afstand van recht"(noot onder Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101), *LiRe* 2020, nr. 3, (235) 241.

⁴¹⁸ Cass. 8 april 2003, AR P.02.1165.N, Arr.Cass. 2003.

⁴¹⁹ J. THEUNIS, "De 'exceptie van onwettigheid' (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?", *RW* 2007-08, (1266) 1274.

⁴²⁰ Zie onder andere Cass. 26 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 775, *Bull.* 1980, 774; Cass. 22 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 316, *Bull.* 1993, 308; Cass. 9 juni 1994, C., *Arr.Cass.* 1994, 593, *Bull.* 1994, 571; Cass.4 november 2011, *Arr.Cass.* 2011, 2253, *Pas.* 2011, 2431.

⁴²¹ J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, doctoraatsthesis UHasselt, <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>, 259.

⁴²² F. PAREDIS en S. RENETTE, "Arbeidsrecht – Arbeidsovereenkomst – Loonbarema – Discriminatie – Ervaringsbarema – Leeftijd – Afstand van recht"(noot onder Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101), *LiRe* 2020, nr. 3, (235) 242.

⁴²³ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 238.)

⁴²⁴ F. PAREDIS en S. RENETTE, "Arbeidsrecht – Arbeidsovereenkomst – Loonbarema – Discriminatie – Ervaringsbarema – Leeftijd – Afstand van recht"(noot onder Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101), *LiRe* 2020, nr. 3, 242; L. VERMEULEN, "Discriminatie in de arbeidsrelaties 2.0", (235) 241.

onrechte geen onderscheid tussen de onwettigheid van het KB en de nietigheid van de CAO.⁴²⁵ Het arbeidshof lijkt immers beide vorderingen omtrent de CAO en het KB over dezelfde kam te scheren aangezien ze beide worden behandeld onder dezelfde hoofding.⁴²⁶ Hoewel er toch een duidelijk verschil is tussen beide aangezien de werkgever inderdaad de nietigheid van de CAO niet kan opwerpen aangezien hij geen door discriminatie getroffen partij vormt, maar de legaliteitscontrole en de eventuele buitentoepassing verklaring van het KB dus wel. Deze kan immers door iedere burger opgeworpen worden.⁴²⁷

163. Bovendien maakt de beoordeling omtrent de wettigheid van het KB zowel volgens VERMEULEN als volgens PAREDIS en RENETTE geen beoordeling in abstracto uit aangezien het al dan niet onwettig zijn van het KB relevant was voor het geschil.⁴²⁸ Wanneer het arbeidshof van Antwerpen na het uitvoeren van de legaliteitscontrole van oordeel zou zijn dat er een indirecte discriminatie voorligt, dan zou het KB buiten toepassing gelaten worden. Dit KB tot algemeen verbindendverklaring buiten toepassing laten, vormt ook geen uitspraak die niet toegelaten is bij wege van algemene en als regel geldende beschikking zoals artikel 6 Gerechtelijk Wetboek stelt. Het niet toepassen zal niet verdergaan dan het geding dat voorligt en de partijen in dat geding.⁴²⁹

164. Zo lijkt het arbeidshof te Antwerpen op verschillende vlakken in de fout te gaan met zijn oordeel van 18 februari 2020. Dit is dan ook het grootste verschil met het vonnis van de arbeidsrechtbank van Leuven van 11 april 2019. De besprekingen in de rechtsleer van dit laatste arrest vormden eerder bezorgdheden over wat de gevolgen van deze rechtspraak zouden zijn,⁴³⁰ terwijl verschillende auteurs zoals VERMEULEN, PAREDIS en RENETTE het eens lijken te zijn bij het arrest van het arbeidshof omtrent het feit dat de beoordeling gewoonweg foutief is.⁴³¹ Hoewel de arresten van de arbeidshoven normaal gezien hoger aanzien hebben dan die van arbeidsrechtbanken, lijkt dat omtrent de materie van ervaringsbarema's toch anders te zijn.

165. De arbeidsrechtbank van Leuven velt naar mijn mening een correct vonnis wat betreft het feit dat relevante beroepservaring inderdaad een legitiem doel kan zijn. Maar wanneer een CAO zowat elke tewerkstelling zonder enig verband met de uitgeoefende functie gelijkstelt met beroepservaring dan lijkt het onmogelijk dat deze ervaring de werknemer in staat stelt om zijn

⁴²⁵ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 239.

⁴²⁶ Zie hoofding "2.2 Nietigheid van de CAO's van 28 september 2009 en 9 juli 2015 en hun algemeen verbindendverklaarde KB's van respectievelijk 21 februari 2010 en 7 maart 2017" Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101.

⁴²⁷ F. PAREDIS en S. RENETTE, "Arbeidsrecht – Arbeidsovereenkomst – Loonbarema – Discriminatie – Ervaringsbarema – Leeftijd – Afstand van recht"(noot onder Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101) , *LiRe* 2020, nr. 3, 242; L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, (235) 243.

⁴²⁸ *Ibid*, 239.

⁴²⁹ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 239.

⁴³⁰ Zie onder andere E. VAN HOORDE, "Leeftijdscriminatie in CAO's zet bindend karakter loonafspraken op de helling"(noot onder Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A), *RABG* 2019, 1103-1107; L. VERMEULEN, "Loonschalen op basis van ervaring op losse schroeven", *Juristenkrant* 2019, nr. 391, 12-13.

⁴³¹ Zie onder andere F. PAREDIS en S. RENETTE, "Arbeidsrecht – Arbeidsovereenkomst – Loonbarema – Discriminatie – Ervaringsbarema – Leeftijd – Afstand van recht"(noot onder Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101) , *LiRe* 2020, nr. 3, 235-243; L. VERMEULEN, "Discriminatie in de arbeidsrelaties 2.0", *CABG* 2015, 1-142.

werkzaamheden beter te verrichten.⁴³² Er is dan niet langer sprake van relevante beroepservaring en het legitiem doel valt dan ook weg. Het arbeidshof van Antwerpen oordeelt in haar arrest dat de werkgever zich niet kan beroepen op de nietigheid van de CAO en de buiten toepassingsverklaring van het KB, waarover dan ook nog eens discussie bestaat met betrekking tot dit laatste.⁴³³ Deze beoordeling van het arbeidshof doet mijns inziens geen afbreuk aan de beoordeling van de arbeidsrechtbank van Leuven die stelt dat er een indirecte discriminatie voorligt met betrekking tot de CAO's. Het probleem voor het arbeidshof zit vervat in het feit dat de indirecte discriminatie door de verkeerde persoon wordt ingeroepen, namelijk de werkgever, niet in het feit dat een indirecte discriminatie in de CAO's niet mogelijk zou kunnen zijn. Het vonnis van 11 april 2019 lijkt dan ook naar recht verantwoord te zijn.

166. Rest er natuurlijk nog de vraag hoe het begrip beroepservaring precies gedefinieerd moet worden om geen indirecte discriminatie te vormen. Daarbij is het uitermate van belang dat er enkel relevante beroepservaring in acht wordt genomen die de persoon in staat stelt om zijn werkzaamheden beter te verrichten. Een gelijkstelling van eender welke ervaring als ambtenaar, zelfstandige of werknemer is dan ook uit den boze. Dit beperken tot ervaring in dezelfde sector of hetzelfde paritaire comité of zelfs enkel in hetzelfde beroep, lijkt meer aan te sluiten bij de rechtspraak van het Hof van Justitie. Ook de gelijkstelling van voltijdse en deeltijdse arbeid lijkt in het licht van die rechtspraak niet mogelijk te zijn.

167. Ook kunnen vraagtekens geplaatst worden bij het gelijkstellen van periodes buiten de schorsing van de overeenkomst zoals bijvoorbeeld periodes van volledige werkloosheid met uitkeringen toegekend door de sociale zekerheidsregeling. Deze zijn moeilijk te verantwoorden aangezien er tijdens deze periodes geen relevante beroepservaringen opgedaan kunnen worden. Natuurlijk zijn er vanuit het sociaal oogpunt, maar ook vanuit het discriminatierecht in het algemeen, wel redenen te vinden waarom deze periodes wel gelijk gesteld zouden moeten worden. Zoals bijvoorbeeld het argument van JOASSART die stelt dat het gelijkschakelen van periodes van inactiviteit discriminaties kunnen tegengaan op basis van andere discriminatiegronden, zoals bijvoorbeeld geslacht of nationaliteit.⁴³⁴ Het probleem voor de arbeidsrechtbank zat vooral vervat in het feit dat deze periodes van werkloosheid onbeperkt gelijkgesteld konden worden.⁴³⁵ Een eventuele gelijkstelling voor een beperkte periode zou daarom mogelijks wel de legaliteitstest kunnen doorstaan en er bovendien voor kunnen zorgen dat er geen discriminaties ontstaan op basis van andere discriminatiegronden. Dit neemt natuurlijk niet weg dat dit nog steeds voorbijgaat aan de rechtspraak van het Hof die stelt dat het enkel om relevante ervaring mag gaan, waardoor er zelfs met een gedeeltelijke gelijkstelling nog steeds een indirecte leeftijdsdiscriminatie voorligt aangezien er geen legitiem doel meer is.⁴³⁶

⁴³² Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A.

⁴³³ Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101.

⁴³⁴ P. JOASSART, "La suppression des barèmes liés à l'âge : passé, présent et avenir", Ors. 2011, (20) 24-25.

⁴³⁵ Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A.

⁴³⁶ HvJ 14 maart 2018, nr. C-482/16, *Stollwitzer*.

168. Daarnaast zijn er ook nog bepaalde perioden van schorsing van de arbeidsovereenkomst die al dan niet gepaard kunnen gaan met een vervangingsinkomen uitgekeerd door een socialezekerheidsregeling. Bepaalde periodes zoals die van beroepsziekte, arbeidsongeval, thematische verloven zoals ouderschapsverlof of tijdskrediet zijn in eerste instantie ook geen periodes waarbij een persoon ervaring opdoet. Voor hen kan met andere woorden dezelfde argumentatie gebruikt worden als voor de periodes van volledige werkloosheid. Ook periodes van legerdienst, burgerdienst, gemeenschapsdienst, onbetaald verlof en het bekijken van andere culturen zullen duidelijk niet gelijkgesteld kunnen worden. Er zijn echter ook enkele voorbeelden van periodes van schorsing van de arbeidsovereenkomst die dan weer wel beschouwd worden als periodes van relevante beroepservaring zoals verdere studies of eventueel vrijwilligerswerk dat binnen dezelfde sector of dezelfde functie valt.

169. Het begrip relevante ervaring zou overeenkomstig Belgische en Europese rechtspraak op deze manier ingevuld kunnen worden. Om er echter zeker van te zijn dat er in CAO's niet langer een indirecte leeftijdsdiscriminatie voorligt, zou het voorstel van VAN HOORDE eventueel toegepast kunnen worden. De sociale partners zijn in de ideale gelegenheid om een algemene definitie te formuleren van het criterium beroepservaring en dit op een wijze die de indirecte leeftijdsdiscriminatie voldoende kan verantwoorden.⁴³⁷ Maar wat in ieder geval blijkt uit dit onderzoek is het feit dat ervaringsbarema's die relevante beroepservaring in acht nemen de voorwaarde van een legitiem doel vervullen waardoor de eerste stap van de legaliteitscontrole succesvol doorlopen kan worden.

3.4.2.2.3 Eventuele andere toepasselijke legitieme doelen

170. Supra is reeds uiteengezet dat relevante beroepservaring een mogelijk legitiem doel vormt en zo de eerste voorwaarde in de algemene proportionaliteitstoets vervult om loonbarema's op basis van ervaring te kunnen rechtvaardigen. De vraag is vervolgens of er ook nog andere legitieme doelen mogelijks deze eerste stap kunnen vervullen naast relevante beroepservaring. Zo kan er bijvoorbeeld gedacht worden aan andere legitieme doelstellingen van sociaal beleid. In de Kaderrichtlijn kan er immers nog een speciale rechtvaardiging teruggevonden worden voor verschillen in behandeling op grond van leeftijd. Lidstaten hebben immers de optie om te bepalen dat verschillen op grond van leeftijd geen discriminatie zullen vormen indien zij in het kader van nationale wetgeving objectief en redelijk gerechtvaardigd kunnen worden door een legitiem doel. Dit begrip legitiem doel is inclusief legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding.⁴³⁸

171. Vervolgens kan er gekeken worden naar de omzetting die de Belgische wetgever heeft gemaakt in de Antidiscriminatiewet. "Op het gebied van de arbeidsbetrekkingen en van de

⁴³⁷ E. VAN HOORDE, "Leeftijdsdiscriminatie in CAO's zet bindend karakter loonafspraken op de helling"(noot onder Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A), RABG 2019, (1103) 1105.

⁴³⁸ Artikel 6.1 Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

aanvullende regelingen voor sociale zekerheid (...) vormt een direct onderscheid op grond van leeftijd geen discriminatie wanneer het objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of elke ander vergelijkbaar legitiem doel.⁴³⁹ Uit dit artikel blijkt duidelijk dat de Belgische wetgever andere legitieme doelstellingen van sociaal beleid enkel gebruikt als rechtvaardiging voor een direct onderscheid op basis van leeftijd. Aangezien er bij ervaringsbarema's enkel een indirect onderscheid op basis van leeftijd voorligt, zal er dus geen gebruik gemaakt kunnen worden van de legitieme doelstellingen van sociaal beleid voor de rechtvaardiging van de loonbarema's op basis van ervaring. Ook in de rechtsleer wordt deze zienswijze ondersteund door onder andere VERMEULEN. Deze auteur stelt immers dat er naast het erkennen en belonen van relevante beroepservaring geen andere legitieme doelstelling voor handen lijkt te zijn.⁴⁴⁰ Deze mening is mijns inziens dan ook logisch en correct aangezien er in de rechtspraak van het Hof van Justitie buiten de relevante beroepservaring ook geen andere rechtvaardigingsgronden worden aangehaald. Vervolgens kan de bijzondere rechtvaardiging voor leeftijd ook niet toegepast worden op ervaringsbarema's door de keuze van de wetgever in de omzetting van de Kaderrichtlijn in het Belgische recht.

3.4.2.3 Passend

172. Wanneer het doel vastgesteld is in de vorige stap, kan er gestart worden met de proportionaliteitstoets in de ruime zin. In de eerste plaats wordt er met de pertinentietoets nagegaan of het middel dat gekozen is, toelaat om het doel ervan te bereiken.⁴⁴¹ Er wordt vervolgens de vraag gesteld of de middelen bijdragen tot de verwezenlijking van het gestelde doel.⁴⁴² Indien het antwoord op deze vraag positief is, dan is er sprake van een effectief of een doeltreffend onderscheid of eventueel zelfs van een gebrek aan onderscheid. Wanneer er echter een ongelijkheid voorligt die niet bijdraagt tot het realiseren van een doel van algemeen belang, dan gaat die enkel leiden tot een belangenaantasting. Bijgevolg is deze ongelijkheid dan ook niet verantwoord.⁴⁴³ Er wordt door bepaalde auteurs waaronder SOTTIAUX beweerd dat deze test niet te veeleisend zou mogen zijn. Bij deze toets zou het volstaan dat er in redelijkheid kan verwacht worden dat het middel bijdraagt tot het doel.⁴⁴⁴

⁴³⁹ Artikel 12 §1 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

⁴⁴⁰ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 249.

⁴⁴¹ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 8.

⁴⁴² S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatie wetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 238.

⁴⁴³ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 8.

⁴⁴⁴ K. HENRAD, "De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (257) 261.

173. De volgende stap in de algemene proportionaliteitstoets is dus nakijken of de maatregelen die genomen zijn of ook wel de middelen passend zijn om het legitieme doel dat wordt vooropgesteld te bereiken.⁴⁴⁵ Met andere woorden vormt een ervaringsbarema een passende maatregel om het legitieme doel van het belonen van relevante beroepservaring te bereiken? In het algemeen beschikken de lidstaten over een ruime beoordelingsvrijheid bij de keuze van de maatregelen die de legitieme doelstellingen realiseren. Dit blijkt ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie onder andere in het arrest Mangold.⁴⁴⁶ Niet enkel de wetgever van de lidstaten beschikt over deze ruime beoordelingsmarge, maar ook de sociale partners op nationaal niveau. Ook dit kan teruggevonden worden in Europese rechtspraak, namelijk in de arresten Hörnfeldt⁴⁴⁷ en Odar.⁴⁴⁸ Op het punt van het passend karakter van de maatregelen vormt de proportionaliteitstest zo geen belangrijke belemmering voor de lidstaten om discriminatie op basis van leeftijd te kunnen verantwoorden. Meer zelfs, dit vormt volgens RODGERS nauwelijks een hinderpaal.⁴⁴⁹

174. Dit zijn echter algemene beweringen terwijl het onderzoek hier wordt toegespitst op ervaringsbarema's. Hier ligt het probleem weer bij de CAO's zoals die van bijvoorbeeld paritair comité 200 of paritair comité 218, die een heel breed scala aan periodes van inactiviteit gelijkstellen met een periode waarin beroepservaring is opgedaan. In deze CAO's die al eerder besproken zijn geweest, wordt de band met relevante beroepservaring losgelaten. Dit vormt echter niet enkel een probleem voor het ontbreken van een legitieme doelstelling, maar ook voor het feit dat dit niet passend, geschikt of pertinent is om het legitiem doel te bereiken.⁴⁵⁰ Ook hier zal een te ruime notie van ervaring ervoor zorgen dat de ervaring niet langer relevant is, waardoor CAO's die hiervan gebruik maken een indirecte discriminatie op basis van leeftijd zullen inhouden aangezien ze ook struikelen bij de geschiktheids- of pertinentietest.⁴⁵¹ De oplossing zal bestaan uit een minder ruim geformuleerd begrip beroepservaring dat gehanteerd wordt door de sociale partners in de CAO.

3.4.2.4 Noodzakelijk

175. De volgende stap bij de toetsing bestaat erin dat er moet worden nagegaan of het middel noodzakelijk is om de vooropgestelde legitieme doelstelling te bereiken.⁴⁵² Tijdens de bespreking van de wetten van 10 mei 2007 gaf de bevoegde minister een omschrijving van de noodzakelijkheidsvoorwaarde: "Een maatregel is noodzakelijk wanneer er geen andere maatregelen zijn die even doeltreffend zijn met betrekking tot het beoogde legitieme doel en minder

⁴⁴⁵ Artikel 9 Wet 10 mei 2007, ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

⁴⁴⁶ HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, *Mangold*.

⁴⁴⁷ HvJ 5 juli 2012, nr. C-141/11, *Hörnfeldt*, punt 32.

⁴⁴⁸ HvJ 6 december 2012, nr. C-152/11, *Odar*, punt 47.

⁴⁴⁹ L. RODGERS, "Labour Law and the 'Public Interest': Discrimination and Beyond", *ELLJ* 2011, (302) 315.

⁴⁵⁰ J. CLESSE, "Les barèmes de rémunération : la périlleuse transition de l'âge à l'expérience pour éliminer la discrimination", *Rev.Dr.ULg* 2017, (31) 36.

⁴⁵¹ L. VERMEULEN, "Lonen volgens ervaring i.p.v. leeftijd en sectorale loonschalen. Opgeruimd staat netjes?", *JTT* 2010, (401) 403- 404.

⁴⁵² S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatie wetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 238.

discriminerende gevolgen hebben voor de personen die worden getroffen door de maatregel.⁴⁵³ Er moet onderzocht worden of er eventueel geen andere manieren zijn om tot het legitieme doel te komen, waarbij deze alternatieve manieren minder beperkend zijn ten aanzien van het fundamentele recht.⁴⁵⁴ De effectiviteit van het middel wordt vergeleken met de effectiviteit van alternatieve middelen en daarnaast worden ook de belastende gevolgen van het middel vergeleken met de belastende gevolgen van het alternatieve middel. De mogelijks minder belastende alternatieven die aangehaald worden, moeten minstens zo doeltreffend zijn als het gewraakte middel. Als er echter niet aan deze laatste eis voldaan kan worden, dan is de noodzakelijkheidsvoorwaarde vervuld.⁴⁵⁵

176. Als volgend onderdeel van de proportionaliteitstest volgt dus de voorwaarde dat de middelen om het legitieme doel te bereiken ook noodzakelijk moeten zijn. Specifiek toegepast op de loonbarema's op basis van ervaring wil dit zeggen dat ze noodzakelijk moeten zijn om het legitieme doel van relevante beroepservaring te bereiken. Ook hier weer hebben de lidstaten een grote beoordelingsmarge. Zolang de regeling die zij aannemen een legitieme doelstelling heeft en passend is om dat doel te bereiken kunnen de lidstaten binnen hun ruime beoordelingsmarge gaan bepalen hoe ver de maatregel zal reiken. Ook hiervoor is het arrest *Odar*⁴⁵⁶ van het Hof van Justitie van belang, maar ook de zaak *Rosenblatt*⁴⁵⁷ bepaalde dit. Hoewel de nationale wetgever zulke zeer ruime beoordelingsmarge heeft op dit gebied, lijkt het Hof van Justitie een nog grotere marge te gaan toekennen aan de sociale partners. De achterliggende reden hiervoor is dat zij hun fundamenteel recht op collectieve onderhandelingen kunnen uitoefenen dat verankerd is in artikel 28 van het Europees Handvest van de Grondrechten. Door deze uitoefening hebben zij ervoor gezorgd dat er een evenwicht bepaald is tussen hun verschillende belangen. Verder biedt een CAO van de sociale partners ook meer flexibiliteit dan de wet van de wetgevers omdat een CAO kan worden opgezegd.⁴⁵⁸ Verder blijkt ook dit weer uit de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaken *Rosenblatt*⁴⁵⁹ en *Odar*⁴⁶⁰.

177. De CAO's van onder andere PC 200 en PC 218 maken gebruik van ervaringsbarema's die zo een breed scala van periodes van om het even welke, al dan niet relevante, beroepservaring en zelfs daarmee gelijkgestelde periodes als middelen aanwenden voor het te bereiken doel. Het middel dat door deze CAO's gebruikt wordt, is niet noodzakelijk volgens VERMEULEN omdat er andere methodes of middelen zijn om het doel te bereiken, die minder ingrijpend zijn. Als de sociale partners in deze CAO's zich beperkt hadden tot het in aanmerking nemen van de beroepservaring in de onderneming of in hetzelfde beroep, zou dit immers minder discriminerende gevolgen hebben gehad voor jongere

⁴⁵³ Parl. St. Kamer 2006-2007, nr. 2710/009, 111.

⁴⁵⁴ K. HENRAD, "De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (257) 261.

⁴⁵⁵ S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatie wetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 239.

⁴⁵⁶ HvJ 6 december 2012, nr. C-152/11, *Odar*, punt 53.

⁴⁵⁷ HvJ 12 oktober 2010, nr. C-45/09, *Rosenblatt*, punt 67.

⁴⁵⁸ P. FOUBERT, E. LANGHENDRIES, N. MAROCCHI en J. PEETERS, "An EU Perspective on Age as a Distinguishing Criterion for Collective Dismissal: The Case of Belgium and the Netherlands", *IJCLIR* 2013, (415) 418.

⁴⁵⁹ HvJ 12 oktober 2010, nr. C-45/09, *Rosenblatt*, punt 67.

⁴⁶⁰ HvJ 6 december 2012, nr. C-152/11, *Odar*, punt 53.

werknemers.⁴⁶¹ Deze CAO's falen ook de noodzakelijkheidstest en kunnen bijgevolg niet gerechtvaardigd worden, waardoor er nog steeds een indirecte discriminatie voorligt.⁴⁶²

3.4.2.5 Evenredig

178. Als laatste stap is er dan nog de proportionaliteitstoets in strikte zin of de evenredigheidstoets. Hier moet de rechter onderzoek verrichten naar het bestaan van een evenwichtige verhouding tussen het aangewende middel, wat de ongelijke behandeling inhoudt en het daarmee beoogde doel.⁴⁶³ Met andere woorden moet de rechter onderzoeken of de middelen opwegen tegen de aantasting van het gelijkheidsbeginsel, dat volgt uit de middelen.⁴⁶⁴ Er wordt door de rechter een afweging gemaakt tussen de persoonlijke belangen aantasting die volgt uit de gelijke behandeling en tussen het privaat of publiek belang van het nagestreefde doel. Deze afweging vindt plaats met een verschillende strengheid naargelang de aard van de aangetaste belangen en de gehanteerde differentiatiecriteria. In de meeste gevallen vindt er echter een marginale toetsing door de rechter plaats. Er wordt dan nagegaan of de verhouding tussen doel en middel niet kennelijk onredelijk is.⁴⁶⁵

179. Deze voorwaarde komt, zoals eerder aangehaald, niet voor in de Belgische antidiscriminatiewetgeving. Dit omdat ze ook niet is neergeschreven in de Europese Richtlijnen die omgezet moesten worden. Verder is deze voorwaarde ook onderontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie, hoewel ze wel wordt toegepast. Het valt volgens SOTTIAUX dan ook te betreuren "dat de wetgever het niet nodig heeft geacht om deze laatste fase van het toetsingsschema ook uitdrukkelijk in de wetten op te nemen, naast het geschiktheids-en noodzakelijkheids criterium. Dit zou een duidelijk signaal geweest zijn voor de rechter, die deze fase niet zelden vermengt met andere stappen van het toetsingsproces of simpelweg negeert."⁴⁶⁶

180. De laatste stap in het proportionaliteitsonderzoek is dus de evenredigheidstoets waarin er wordt gekeken naar het bestaan van evenwichtige verhoudingen door de rechter. Het Hof van Justitie houdt hierbij een belangenafweging om te kijken of een bepaalde maatregel de individuele belangen van een werknemer niet gaat schaden op een excessieve wijze.⁴⁶⁷ Bijna altijd zullen de collectieve belangen daarbij belangrijker worden bevonden dan de individuele belangen van een werknemer. Er moet volgens het Hof van Justitie immers een evenwicht worden gezocht tussen overwegingen van

⁴⁶¹ L. VERMEULEN, "Lonen volgens ervaring i.p.v. leeftijd en sectorale loonschalen. Opgeruimd staat netjes?", *JTT* 2010, (401) 404.

⁴⁶² *Ibid*, 403-404.

⁴⁶³ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 9.

⁴⁶⁴ S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatie wetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 240.

⁴⁶⁵ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatie recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 9.

⁴⁶⁶ S. SOTTIAUX, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatie wetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (227) 240.

⁴⁶⁷ HvJ 12 oktober 2010, nr. C-45/09, *Rosenblatt*, punt 47-48; HvJ 16 oktober 2007, nr. C-411/05, *Palacios de la Villa/ Cortefiel Servicios SA*, punt 73.

sociale, economische, politieke, demografische en/of budgettaire aard.⁴⁶⁸ Deze belangenafweging in het evenredigheidsonderzoek zorgt ervoor dat het Hof vaak kritiek krijgt over het feit dat zijn uitspraken onvoorspelbaar zijn.⁴⁶⁹ Zo leiden deze uitspraken tot rechtsonzekerheid.⁴⁷⁰ Zo hoopt de rechtsleer nog steeds op een meer coherente en transparante benadering van het leeftijdsdiscriminatieverbod door het Hof van Justitie.⁴⁷¹

181. Specifiek met betrekking tot het onderzoek naar de proportionaliteitstoets bij ervaringsbarema's kan er ook wat betreft de evenredigheidsvoorwaarde onderzocht worden of deze geschonden wordt door CAO's die een heel uitgebreide definitie van het begrip beroepservaring hanteren. Ook hier gaat de vaststelling op dat er andere methodes of middelen aangewend konden worden om het doel te bereiken, die minder discriminerende gevolgen hebben voor jongere werknemers.⁴⁷² Bijvoorbeeld het enkel in aanmerking nemen van de beroepservaring in de onderneming of het beroep zelf zou hier ook een optie kunnen zijn. Aangezien dat hier echter niet het geval is, kan er ook gesteld worden dat dit middel niet evenredig is.⁴⁷³ Het is immers niet de levenservaring, noch een periode van werkloosheid of ziekte, noch het bekijken van andere culturen die de werknemer in staat zullen stellen om zijn job beter te kunnen verrichten.⁴⁷⁴ Ook hier kan er gesteld worden dat er een minder brede definitie van het begrip beroepservaring gehanteerd kan worden om het mogelijk te maken dat het ervaringsbarema in de CAO toch gerechtvaardigd kan worden en er zo niet langer een indirecte discriminatie op basis van leeftijd voorligt.

182. De rechtsonzekerheid die hierboven werd aangehaald, kan ook getransponeerd worden naar de situatie van de ervaringsbarema's. De CAO's waarmee deze barema's zijn ingevoerd vertonen immers een aanzienlijke variatie. Als gevolg daarvan kan het niet voorspeld worden hoe het Hof van Justitie zal oordelen ten aanzien van elk van die types van CAO's in zijn rechtspraak. Ook dit zal uiteindelijk leiden tot rechtsonzekerheid.⁴⁷⁵ Ook vanuit dit oogpunt zou het goed zijn om een duidelijke, meer algemene definitie van het begrip beroepservaring te ontwikkelen, al dan niet door de sociale partners.

⁴⁶⁸ HvJ 5 juli 2012, nr. C-141/11, *Hörnfeldt*, punt 28.

⁴⁶⁹ F. HENDRICKX, "Age and European Employment Discrimination Law" in F. HENDRICKX (ed.), *Active Ageing and Labour Law, Contributions in Honour of Professor Roger Blanpain*, Cambridge, Intersentia, 2012, (3) 27.

⁴⁷⁰ M. FALLON en D. MARTIN, "Dessine-moi une discrimination", *JDE* 2010, (165) 172.

⁴⁷¹ R. HORTON, "Justifying Age Discrimination in the EU" in U. BELAVUSAU en K. HENRAD (eds.), *EU Anti-discrimination Law beyond Gender*, Oxford, Hart, 2018, (273) 293.

⁴⁷² L. VERMEULEN, "Lonen volgens ervaring i.p.v. leeftijd en sectorale loonschalen. Opgeruimd staat netjes?", *JTT* 2010, 404.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 249.

3.5 De gevolgen van het vonnis arbeidsrechtbank Leuven van 11 april 2019

183. Naast het feit dat het arrest van 11 april 2019 van de arbeidsrechtbank te Leuven directe gevolgen heeft op het gebied van leeftijdsdiscriminatie wat betreft de loonbarema's, zijn er ook nog andere, meer indirecte gevolgen te onderscheiden voor het antidiscriminatierecht. Er kan immers de vraag gesteld worden welk loon er in de tussentijd aan jonge werknemers betaald moet worden die vallen onder de CAO's met een te ruime omschrijving van het begrip leeftijdsservaring. De arbeidsrechtbank van Leuven heeft immers geoordeeld dat deze een leeftijdsdiscriminatie inhouden.⁴⁷⁶

184. Het loon dat de jonge werknemers zullen ontvangen hangt in de eerste plaats af van het feit of de werkgever al dan niet rechtstreeks gebonden is door de sectorale CAO. Deze gebondenheid wordt bepaald door artikel 19 CAO-wet dat stelt dat sectorale CAO's bindend zijn voor:

- de organisaties die ze hebben aangegaan en de werkgevers die lid van die organisaties zijn of de overeenkomst zijn aangegaan vanaf de datum van inwerkingtreding;
- de organisaties en werkgevers die tot de overeenkomst toetreden en de werkgevers die lid van die organisaties zijn, vanaf de toetreding;
- de werkgevers die lid worden van een gebonden organisatie, vanaf de datum van hun lidmaatschap;
- alle werknemers van een gebonden werkgever⁴⁷⁷

185. Indien deze gevallen zich voordoen, zal de werkgever rechtstreeks gebonden zijn door de sectorale CAO zonder dat er een algemeen verbindendverklaring noodzakelijk is.⁴⁷⁸ De werkgever kan vervolgens niet afwijken van de CAO.⁴⁷⁹ Wanneer de werkgever toch zou beslissen om de CAO niet na te leven, zou hij bovendien gesanctioneerd kunnen worden met een strafsancie op basis van artikel 189 Sociaal Strafwetboek. Als gevolg hiervan heeft hij eigenlijk maar één optie. Binnen eenzelfde functiecategorie zal hij alle werknemers van jong tot oud het hoogste loon van die functiecategorie moeten betalen.⁴⁸⁰ Dit komt overeen met het minimumloon voor de maximale beroepservaring binnen die categorie.⁴⁸¹ Deze oplossing is het gevolg van de toepassing van het zogenaamde levelling up-principe.⁴⁸² Het principe stelt dat zolang de nationale regeling nog niet in overeenstemming is gebracht met het Unierecht, de naleving van het gelijkheidsbeginsel enkel maar

⁴⁷⁶ Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A.

⁴⁷⁷ Artikel 19 wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, BS 15 januari 1968.

⁴⁷⁸ E. VAN HOORDE, "Leeftijdsdiscriminatie in CAO's zet bindend karakter loonafspraken op de helling"(noot onder Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A), RABG 2019, (1103) 1106.

⁴⁷⁹ L. VERMEULEN, "Loonschalen op basis van ervaring op losse schroeven", *Juristenkrant* 2019, nr. 391, (12) 13.

⁴⁸⁰ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 240.

⁴⁸¹ L. VERMEULEN, "Loonschalen op basis van ervaring op losse schroeven", *Juristenkrant* 2019, nr. 391, (12) 13.

⁴⁸² F. PAREDIS en S. RENETTE, "Arbeidsrecht – Arbeidsovereenkomst – Loonbarema – Discriminatie – Ervaringsbarema – Leeftijd – Afstand van recht"(noot onder Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101), *LiRe* 2020, nr. 3, (235) 243.

verzekerd kan worden door de voordelen die de leden van de bevoordeelde groep kennen, ook toe te kennen aan de leden van de benadeelde groep.⁴⁸³ Wat betreft de situatie van de loonbarema's is de jongere werknemer, die minder beroepservaring heeft benadeeld tegenover de oudere werknemer met meer beroepservaring.⁴⁸⁴ Deze zienswijze lijkt zo in overeenstemming te zijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie, maar biedt weinig goede vooruitzichten voor de werkgever aangezien hij aan elke werknemer het hoogste loon binnen dezelfde functiecategorie zal moeten betalen.⁴⁸⁵ Voor de jonge werknemer heeft dit echter een positief effect aangezien die een hoger loon zal kunnen ontvangen. Wanneer de werkgever dit loon niet uitbetaalt, maakt hij zich schuldig aan het misdrijf van het niet betalen van het loon.⁴⁸⁶ De arbeidsrechtbank te Leuven beschouwt deze barema's op basis van ervaring als een indirecte discriminatie en verklaart de bepalingen die het discriminatoir onderscheid tussen jongere en oudere werknemers inhouden nietig.⁴⁸⁷ Gebruik maken van deze nietige barema's om jongeren een hoger loon toe te kennen, is mijns inziens dan ook geen goede oplossing. Uit wat hierna volgt, zal bovendien blijken dat het vonnis van de arbeidsrechtbank jongere werknemers net in een meer nadelige positie plaatst in plaats van hen een hoger loon uit te keren.

186. De situatie is anders voor een werkgever die niet is aangesloten bij een beroepsorganisatie die in het paritair comité zetelt. De KB's die de discriminatoire CAO's algemeen verbindend verklaren, moeten door de rechter immers buiten toepassing gelaten worden omdat ze onwettig zijn.⁴⁸⁸ Als gevolg daarvan hebben de CAO's enkel nog de binding van een niet algemeen verbindend verklaarde CAO.⁴⁸⁹ Hierdoor kan de werkgever wel van de CAO afwijken door met de werknemer een individuele schriftelijke overeenkomst af te sluiten.⁴⁹⁰ Het moet dan wel om een cao-bepaling gaan die individueel normatief is.⁴⁹¹ In deze individuele arbeidsovereenkomst kan op een schriftelijke wijze een met de overeenkomst strijdig beding worden opgenomen.⁴⁹² Artikel 26 van de CAO-wet laat met andere woorden toe dat er van een niet algemeen verbindend verklaarde CAO kan worden afgeweken en dit door middel van een schriftelijke, individuele overeenkomst.⁴⁹³ Zo doorkruist dit artikel de hiërarchie van de bronnen der verbintenissen in de arbeidsbetrekkingen tussen werkgevers en werknemers zoals die is vastgesteld in artikel 51 van de CAO-wet. In die individuele overeenkomst is het bij gevolg mogelijk voor de werkgever en de werknemer om een loon overeen te komen dat beneden het sectorale minimum ligt en dat dus lager is dan het loon waarop de werknemer volgens

⁴⁸³ HvJ 14 maart 2018, C-132/11, *Stollwitzer*, punt 30.

⁴⁸⁴ L. VERMEULEN, "Loonschalen op basis van ervaring op losse schroeven", *Juristenkrant* 2019, nr. 391, (12) 13.

⁴⁸⁵ J. CLESSE, "Les barèmes de rémunération : la périlleuse transition de l'âge à l'expérience pour éliminer la discrimination", *Rev.Dr.ULg* 2017, (31) 32.

⁴⁸⁶ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Brussel, Intersentia, 2020, 240.

⁴⁸⁷ Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A.

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ E. VAN HOORDE, "Leeftijdscriminatie in CAO's zet bindend karakter loonafspraken op de helling"(noot onder Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A), RABG 2019, (1103) 1106.

⁴⁹⁰ L. VERMEULEN, "Loonschalen op basis van ervaring op losse schroeven", *Juristenkrant* 2019, nr. 391, (12) 13.

⁴⁹¹ Artikel 26 wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, BS 15 januari 1968.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ F. PAREDIS en S. RENETTE, "Arbeidsrecht - Arbeidsovereenkomst - Loonbarema - Discriminatie - Ervaringsbarema - Leeftijd - Afstand van recht"(noot onder Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101), *LiRe* 2020, nr. 3, (235) 242.

de discriminatoire barema's recht zou hebben.⁴⁹⁴ Dit overeengekomen loon zal dan tussen de partijen gelden, maar ook hiervoor is er een ondergrens bepaald. Deze ondergrens bestaat uit het gewaarborgd gemiddeld minimummaandinkomen dat wordt opgelegd door CAO nr. 43 van de Nationale Arbeidsraad.⁴⁹⁵

187. Hoewel het vonnis van de arbeidsrechtbank van Leuven mijns inziens naar recht is verantwoord en dus correct is, rijst de vraag of er net niet een nieuwe discriminatie wordt gecreëerd door de juridische gevolgen die het arrest teweeg brengt. De situatie waarin een loon wordt overeengekomen in een individuele overeenkomst zal immers net nadelig blijken te zijn voor jonge werknemers aangezien ze een nog lager loon kunnen ontvangen dan het sectorale minimum uiteengezet in de loonbarema's die een discriminatie vormen. Dit natuurlijk wel op voorwaarde dat er een individuele overeenkomst wordt afgesloten. Als dit niet het geval is dan zal de jonge werknemer nog steeds recht hebben op het hoogste minimumloon in zijn categorie.⁴⁹⁶ De volgende voorwaarde is dat het overeengekomen loon ook lager is dan het sectorale minimum. Indien er echter aan deze twee voorwaarden is voldaan, dan zullen jongere werknemers effectief een nog lager loon ontvangen en dan zou er vervolgens opnieuw een indirecte discriminatie kunnen voorliggen van jongere werknemers waarin ze nog slechter af zijn dan wanneer de loonbarema's niet discriminerend zouden zijn.

188. In de praktijk zal het vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven dus nadelige gevolgen hebben voor jongere werknemers wiens situatie aan beide voorwaarden voldoet. Zoals echter al eerder werd aangehaald in deze thesis, zou dit probleem op zijn beurt weer verholpen kunnen worden door het voorstel van VAN HOORDE.⁴⁹⁷ Indien de sociale partners ertoe in staat zijn om een algemene definitie te formuleren van het criterium beroepservaring op een wijze die de indirecte leeftijdsdiscriminatie voldoende kan verantwoorden, dan zouden de CAO's geen discriminerende bepalingen meer bevatten en kunnen ze opnieuw algemeen verbindend verklaard worden. Het is dus niet het vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven zelf dat het pijnpunt vormt, dit vonnis legt enkel maar het onderliggende probleem bloot: het in gebreke blijven van de sociale partners omtrent het formuleren van het voldoende afgebakend begrip beroepservaring.

189. Verder kan er dan nog de vraag gesteld worden of er geen discriminatie voorligt op basis van een andere discriminatiegrond. Veel hangt immers af van het feit of de werkgever is aangesloten bij een beroepsorganisatie die in het paritair comité zetelt of niet. Hierbij kan eventueel gedacht worden aan het beschermde criterium inzake syndicale overtuiging.

⁴⁹⁴ E. VAN HOORDE, "Leeftijdsdiscriminatie in CAO's zet bindend karakter loonafspraken op de helling"(noot onder Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A), RABG 2019, (1103) 1106.

⁴⁹⁵ CAO nr. 43 van 2 mei 1988 betreffende de waarborg van een gemiddeld minimummaandinkomen.

⁴⁹⁶ L. VERMEULEN, "Loonschalen op basis van ervaring op losse schroeven", *Juristenkrant* 2019, nr. 391, (12) 13.

⁴⁹⁷ E. VAN HOORDE, "Leeftijdsdiscriminatie in CAO's zet bindend karakter loonafspraken op de helling"(noot onder Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A), RABG 2019, (1103) 1105.

Conclusie

190. Deze thesis focust zich op het onderzoek naar leeftijdsdiscriminatie in arbeidsrelaties, maar aangezien deze thematiek enorm breed is, wordt ervoor gekozen om een specifiek onderzoek te voeren naar twee domeinen binnen de leeftijdsdiscriminatie. Na de uiteenzetting van het algemeen kader en de basisbeginselen inzake het discriminatierecht wordt er vervolgens stilgestaan bij het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving en in welke mate dit beschouwd kan worden als een leeftijdsdiscriminatie. Ook wordt er dieper ingegaan op het gebruik van loonbarema's op de arbeidsmarkt en of deze barema's al dan niet een discriminatie vormen van jonge werknemers.

191. Het onderzoek naar het hanteren van de maximumleeftijd bij aanwerving wordt gevoerd aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie. De focus ligt daarbij op de arresten Wolf, Vital Pérez en Salaberria Sorondo. De terugkoppeling naar de Belgische rechtspraak wordt gemaakt door het vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel die de zaak Skeyes behandelt. In deze arresten en het vonnis is er sprake van een mogelijke directe discriminatie op basis van leeftijd, waarbij onderzocht wordt of dit gehanteerd onderscheid kan gerechtvaardigd worden aan de hand van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. De bijzondere rechtvaardigingsgrond ten aanzien van leeftijd wordt daarbij buiten beschouwing gelaten aangezien die in de arresten Wolf en Salaberria Sorondo niet aan bod komt en in Vital Perez en Skeyes leidt tot exact dezelfde conclusie, die genomen wordt op basis van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. Vandaar wordt het onderzoek vooral gevoerd door het bestuderen van de rechtvaardiging door laatstgenoemde. Met betrekking tot deze rechtvaardigingsgrond komt men in zowel de rechtspraak van het Hof van Justitie als in de Belgische rechtspraak tot de conclusie dat het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten of situationeel overzicht leeftijdsgebonden kenmerken zijn. Naar mijn mening is dit niet volledig correct. Fysieke capaciteiten of situationeel overzicht kan afnemen met de leeftijd, wat in de meerderheid van de rechtspraak aangetoond wordt met wetenschappelijk bewijs, maar hierop bestaan steeds uitzonderingen. Die uitzonderingen tonen net aan dat fysieke capaciteiten of situationeel overzicht dus niet steeds leeftijdsgebonden zijn waardoor de rechtscolleges mijns inziens te snel aannemen dat er sprake is van een dergelijk leeftijdsgebonden criterium.

192. Ook met betrekking tot de evenredigheidstoets zijn de uitspraken van de rechtscolleges mijns inziens niet naar recht verantwoord. Bij de beoordeling van de evenredigheid keren steeds dezelfde drie elementen terug in de rechtspraak van het Hof van Justitie, die dan vervolgens ook toegepast worden in het Belgische vonnis. Er kunnen echter serieuze vragen gesteld worden bij de keuze van deze criteria, meer bepaald naar de relevantie ervan. Als eerste wordt het takenpakket betrokken in de beoordeling van de rechtscolleges. Dit takenpakket is echter enorm veranderlijk waardoor dit een arbitrair criterium vormt. Het is dus ook geen relevante vereiste om op basis hiervan te beslissen of er al dan niet een discriminatie voorligt.

193. Naast het takenpakket vormt het bewijs van het feit waarom net die specifieke of bepaalde leeftijd gehanteerd wordt als leeftijdsgrens bij de aanwerving, een belangrijke voorwaarde voor het Hof van Justitie. Het feit dat fysieke capaciteiten van werknemers afnemen op een specifieke leeftijd

blijft een arbitrair oordeel, ook al kan dit ondersteund worden met wetenschappelijk bewijs. Door het hanteren van een leeftijdsgrens is er sprake van een in abstracto beoordeling terwijl er niet algemeen gesteld kan worden dat alle personen boven een bepaalde maximumleeftijd niet meer in staat zouden zijn om over deze bijzondere fysieke capaciteiten te beschikken. Het hanteren van een maximumleeftijd moet naar mijn mening zoveel als mogelijk vermeden worden en een in concreto beoordeling dringt zich op. Een dergelijke in concreto beoordeling kan vorm gegeven worden aan de hand van het uitvoeren van fysieke eliminatietests aangezien zo de fysieke capaciteiten van een persoon kunnen beoordeeld worden zonder dat het daarbij noodzakelijk is om een leeftijdsgrens te hanteren. Deze tests vormen een middel dat het doel op een minder beperkende wijze kan bereiken. Toch wordt deze minder vergaande maatregel nergens in het arrest Wolf vernoemd als mogelijk alternatief en is de redenering van het Hof in Salaberria Sorondo waarom de fysieke tests in die situatie geen optie vormen, op zijn minst bedenkelijk te noemen. Het Hof van Justitie slaat de bal dus volledig mis met het hanteren van dit criterium. Als laatste criterium is er dan nog het feit of een bepaalde leeftijdsstructuur vereist is, maar ook dit element blijkt na het bestuderen van enkele voorbeelden arbitrair aan te voelen.

194. Hoewel het Hof van Justitie deze drie elementen zeer consistent toetst, mist het Hof toch de essentie in haar oordelen omtrent het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving en stevent het daardoor af op willekeur. Dit lijkt ook het geval te zijn voor de arbeidsrechtbank te Brussel in het vonnis met betrekking tot de zaak Skeyes. Naast het feit dat deze drie elementen arbitrair blijken te zijn en dus niet geschikt zijn om op basis hiervan een oordeel te vormen of er al dan niet een leeftijdsdiscriminatie voorligt, zorgt dit ook voor problemen in verband met de rechtszekerheid. De rechtspraak van het Hof lijkt immers door het gebruik van deze arbitraire elementen meer op nattevingerwerk dan een coherent geheel van arresten die een particulier beschermen tegen leeftijdsdiscriminatie. Zoals eerder al wordt opgemerkt in deze thesis is consistente rechtspraak nochtans enorm belangrijk om het geheel van abstracte discriminatieregels concrete invulling te kunnen geven en deze regelgeving te kunnen vertalen naar praktische situaties. Vooraleer deze consistentie bereikt wordt op het gebied van het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving, zal er dus nog een lange weg afgelegd moeten worden door het Hof van Justitie. Tot zolang zullen werkgevers en werknemers de gevolgen van dit gebrek aan rechtszekerheid moeten dragen.

195. Vervolgens wordt er onderzoek verricht naar het hanteren van leeftijdsbarema's en in hoeverre deze een discriminatie vormen van jonge werknemers. Aanvankelijk werden er in België barema's gehanteerd die gebaseerd waren op leeftijd, maar onder invloed van rechtspraak en wetgeving van de Europese Unie was dit niet langer mogelijk. Deze leeftijdsbarema's vormden immers een directe discriminatie op basis van leeftijd. De sociale partners gingen vervolgens op zoek naar alternatieve oplossingen en uiteindelijk werd er overgeschakeld op loonschalen die gebaseerd zijn op ervaring. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie mocht ervaring beloond worden met een hoger loon als het om relevante ervaring ging, namelijk ervaring die op het betrokken gebied was verworven en die de werknemer in staat stelde zijn werkzaamheden beter te verrichten. In dat geval vormen loonbarema's dus geen indirecte discriminatie op basis van leeftijd aangezien het belonen van relevante ervaring volgens diezelfde rechtspraak van het Hof een legitieme doelstelling is.

196. Die rechtspraak van het Hof van Justitie wordt omgezet naar de Belgische context waardoor er loonbarema's op basis van ervaring overeengekomen worden in CAO's die meteen ook het begrip beroepservaring gaan definiëren. Verschillende paritaire comités zoals bijvoorbeeld PC nummer 341 en 307 hanteren echter een enorm brede definitie van dit begrip en hierdoor wordt bijna elke ervaring gelijkgesteld met beroepservaring. Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan ervaring verworven in ondernemingen die vallen onder andere paritaire comités, ervaring als zelfstandige of als ambtenaar, ervaringen met betrekking tot vrijwilligerswerk of stages, periodes van werkloosheid en zelfs algemene levenservaring. Verder wordt er ook geen onderscheid gemaakt tussen voltijdse en deeltijdse arbeid. Het begrip wordt echter zo breed ingevuld dat de sociale partners voorbij gaan aan de voorwaarde van het Hof van Justitie dat het om relevante ervaring moet gaan. Doordat er niet langer rekening wordt gehouden met relevante ervaring, gaat ook onmiddellijk de legitieme doelstelling verloren waardoor het indirecte onderscheid niet meer gerechtvaardigd kan worden en zo dus een indirecte discriminatie vormt.

197. Deze zienswijze wordt bevestigd door het vonnis van 11 april 2019 van de arbeidsrechtbank te Leuven die tot dezelfde conclusie komt met betrekking tot de CAO van PC 210. Naar mijn mening is dit vonnis naar recht verantwoord en is er dus wel degelijk sprake van een discriminatie. Ook met betrekking tot het leerstuk van de loonbarema's worden er fouten gemaakt tegen het discriminatierecht. Deze keer is het echter niet het Hof van Justitie dat zich schuldig maakt aan het hanteren van foute criteria, maar wel de sociale partners die de CAO opstellen en hierbij gebruik maken van discriminerende bepalingen. Toch zijn er niet enkel problemen met de CAO's van de sociale partners, maar ook met het arrest van 18 februari 2020 van het arbeidshof te Antwerpen. Er werden eerder in deze thesis ook al bedenkingen gemaakt bij dit arrest. Het arbeidshof past immers Koninklijke Besluiten toe die de CAO's algemeen verbindend verklaren zonder een legaliteitscontrole uit te voeren op basis van artikel 159 van de Grondwet. Hoewel de fout die hier gemaakt wordt geen betrekking heeft op het discriminatierecht sensu stricto heeft het echter ook gevolgen voor de potentiële leeftijdsdiscriminatie die in de praktijk voorligt.

198. De rode draad die zowel doorheen het hanteren van een maximumleeftijd bij aanwerving als door het gebruik van de loonbarema's loopt, is het ontbreken van de rechtszekerheid bij de bescherming tegen leeftijdsdiscriminatie. In bepaalde gevallen gaat het zelfs zo ver dat niet enkel de rechtszekerheid wordt aangetast, maar ook de bescherming tegen leeftijdsdiscriminatie zelf faalt. In het leerstuk van de maximumleeftijd bij aanwerving is het Hof van Justitie diegene die de rechtszekerheid geen eer aandoet door arresten te vellen die niet naar recht verantwoord zijn. De bedenkelijke redeneringen en ondoordachte, snelle conclusies zijn legio in het de arresten Wolf, Vital Pérez en Salaberria Sorondo. In het leerstuk over de loonbarema's blijkt er niet enkel sprake te zijn van een gebrek aan rechtszekerheid, maar veroorzaken de sociale partners zelf een indirecte leeftijdsdiscriminatie door een te ruime invulling van het begrip relevante beroepservaring. De leeftijdsbarema's die een directe discriminatie vormen en vervolgens worden omgezet naar ervaringsbarema's, maar op hun beurt weer een indirecte leeftijdsdiscriminatie veroorzaken, geven absoluut geen blijk van rechtszekerheid. Het lijkt eerder op een spelletje pingpong tussen de sociale partners en de rechtspraak. Hoewel de arbeidsrechtbank van Leuven hier wel een vonnis velt dat

mijns inziens naar recht verantwoord is, slaat ook hier weer een rechtscollege de bal volledig mis. Het arbeidshof te Antwerpen maakt een fout tegen de legaliteitscontrole wat ook zijn weerslag heeft op de bescherming van leeftijdsdiscriminatie in de praktijk. Beide onderzochte leerstukken vertonen tekortkomingen in de rechtspraak, maar ook in de regelgeving. Dit leidt mij tot de conclusie dat de discriminatiegrond leeftijd momenteel nog niet voldoende coherent beschermd wordt en dat er in deze twee domeinen nog nood is aan een grotere rechtszekerheid. Deze lijkt echter nog verre van bereikt, waardoor er in de toekomst nog vele initiatieven genomen moeten worden door zowel de wetgever en de sociale partners als door de rechtspraak om deze problematiek rond leeftijdsdiscriminatie te verhelpen.

Bibliografie

Wetgeving

1. Internationaal

IAO- verdrag nr. 100, 29 juni 1951 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde, *BS* 23 oktober 1952.

IAO- verdrag nr. 111, 25 juni 1958 betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening, *BS* 23 september 1977.

Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van 19 december 1966, *BS* 6 juli 1983.

2. Europees

Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, *BS* 19 augustus 1955.

Protocol nr. 12 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 2000.

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 7 december 2000, *OJ.C.* 26 oktober 2012, afl. 326, 391-407.

Richtlijn Raad EG. nr. 2000/43, 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *Pb.L.* 19 juli 2000, afl. 180, 22.

Richtlijn Raad EG. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.L.* 2 december 2000, afl. 303, 16.

3. Nationaal

De gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994.

Gerechtigd wetboek van 10 oktober 1967, *BS* 31 oktober 1967.

Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, *BS* 15 januari 1968.

Wet 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, *BS* 21 maart 1973.

Wet 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *BS* 17 maart 2003.

Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007.

Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *BS* 30 mei 2007.

Wet 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 30 mei 2007.

CAO 5 mei 2008 van het paritair comité nr. 306 voor het verzekeringswezen, KB 15 juni 2009, *BS* 2 juli 2009.

CAO 24 juni 2008 van paritair comité nummer 307 voor de makelarij en verzekeringsagentschappen, KB 13 juni 2010, *BS* 17 augustus 2010.

CAO 9 juli 2015 van het paritair comité nummer 341 voor de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten, KB 7 maart 2017, *BS* 29 maart 2017.

CAO 9 juni 2016 van aanvullend paritair comité 200 voor de bedienden, KB 27 januari 2017, *BS* 14 februari 2017.

CAO 20 december 2016 van paritair comité nummer 307 voor de makelarij en verzekeringsagentschappen, KB 12 november 2017, *BS* 1 december 2017.

CAO 28 september 2019 van aanvullend nationaal paritair comité 218 voor de bedienden, KB 21 februari 2010, *BS* 12 april 2010.

Parl.St. Kamer 2006-2007, nr. 51-2722/001.

Parl. St. Kamer 2006-2007, nr. 2710/009, 111.

Parl.St. Kamer 2010-2011, nr. 53-0026/005.

Rechtspraak

1. Europees

HvJ 8 april 1976, nr. 43/75, *Defrenne*.

HvJ 31 maart 1981, nr. 96/80, *Jenkins*.

HvJ 13 mei 1986, nr. 170/84, *Bilka*.

HvJ 15 mei 1986, nr. C-222/84, *Johnston*.

HvJ 17 oktober 1989, nr. C-109/88, *Danfoss*.

HvJ 24 september 1998, nr. C-35/97, *Commissie/Frankrijk*.

HvJ 14 september 1999, nr. C-167/97, *Gruber*.

HvJ 21 oktober 1999, nr. C-333/97, *Lewen*.

HvJ 26 oktober 1999, nr. C-273/97, *Sirdar*.

HvJ 11 januari 2000, nr. C-285/98, *Kreil*.

HvJ 8 juni 2004, nr. C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

HvJ 22 november 2005, nr. C-144/04, *Mangold*.

HvJ 3 oktober 2006, nr. C-17/05, *Cadman*.

HvJ 18 december 2007, nr. C-341/05, *Laval*.

HvJ 16 oktober 2007, nr. C-411/05, *Palacios de la Vila/ Cortefiel Servicios SA*.

HvJ 29 januari 2008, nr. C-275/06, *Promusicae*.

HvJ 1 april 2008, nr. C-267/06, *Maruko*.

HvJ 10 juli 2008, nr. C-54/07, *Feryn*.

HvJ 18 juni 2009, nr. C-88/08, *Hütter*.

HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, *Wolf*.

HvJ 19 januari 2010, nr. C-555/07, *Küçükdeveci*.

HvJ 12 oktober 2010, nr. C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*.

HvJ 12 oktober 2010, nr. C-45/09, *Rosenblatt*.

HvJ 10 mei 2011, nr. C-147/8, *Römer*.

HvJ 8 september 2011, nr. C-297/10 en 298/10, *Hennings en Mai*.

HvJ 13 september 2011, nr. C-447/09, *Prigge*.

HvJ 7 juni 2012, nr. C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft*.

HvJ 5 juli 2012, nr. C-141/11, *Hörnfeldt*.

HvJ 6 december 2012, nr. C-152/11, *Odar*.

HvJ 12 december 2013, nr. C-267/12, *Hay*.

HvJ 22 mei 2014, nr. C-356/12, *Glatzel*.

HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, *Vital Pérez*.

HvJ 16 juli 2015, nr. C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*.

HvJ 1 oktober 2015, nr. C-432/14, *SARL*.

HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, *Salaberria Sorondo*.

HvJ 21 december 2016, nr. C-539/15, *Bowman*.

HvJ 5 juli 2017, nr. C-190/16, *Fries*.

HvJ 14 maart 2018, nr. C-482/16, *Stollwitzer*.

HvJ 17 april 2018, nr. C-414/16, *Egenberger*.

HvJ 23 april 2020, nr. C-507/18, *NH t. Associa – zone Avvocaturu per I diritti LGBTI – Rele Lenford*.

2. Nationaal

GwH, nr. 157/2004, 6 oktober 2004.

Cass. 26 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 775, *Bull.* 1980, 774.

Cass. 22 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 316, *Bull.* 1993, 308.

Cass. 17 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, *Soc.Kron.* 1994, 75.

Cass. 9 juni 1994, C., *Arr.Cass.* 1994, 593, *Bull.* 1994, 571.

Cass. 8 april 2003, AR P.02.1165.N, *Arr.Cass.* 2003.

Cass.4 november 2011, *Arr.Cass.* 2011, 2253, *Pas.* 2011, 2431.

RvS 14 juni 1995, nr. 53713, *Soc.Kron.* 1997, 358.

Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101.

Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A.

Vz. Arbrb. Brussel (NI.) 26 november 2019.

Literatuur

1. Boeken en reeksen

BAYART, C., *Discriminatie tegenover differentiatie: Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Larcier, Gent, 2004, XXIII + 551 p.

DE PRINS, D., SOTTIAUX, S. en VRIELINK, J., *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 593 p.

GERARDS, J.H., *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel – een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag, Sdu, 2002, 803 p.

GIJZEN, M.H.S., *Selected issues in Equal Treatment Law: A multi-layered comparison of European English and Dutch law*, Antwerp, Intersentia, 2006, 551 p.

GOEDERTIER, G. en VANDE LANOTTE, J., *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2013, 1517 p.

HENDRICKX, F., *Inleiding tot het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 304 p.

Hofkens, J. en Demeestere, S. *Discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen: impact van de nieuwe discriminatiewet op de arbeidsrelaties*, Brussel, ced.samson, 2003, 192 p.

MAST, A. en DUJARDIN, J. *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 617 p.

MEEUSEN, J. en DE BAERE, G., *Grondbeginselen van het recht van de Europese Unie*, Mortsel, Intersentia, 2020, 378 p.

SARGEANT, M., *Age Discrimination: Ageism in Employment and Service Provision*, Gower, 2011, Surrey, 250 p.

THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, doctoraatsthesis UHasselt, <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>, 534 p.

VERMEULEN, L., *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen*, Mortsel, Intersentia, 2020, xiv + 314 p.

2. Bijdragen in tijdschriften

BAYART, C., "De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen – Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de Belgische wetgever bij de implementatie in de Belgische rechtsorde", *J.T.T.* 2002, 309-329.

BLANPAIN, R., "Hof van Justitie vindt beloning en anciënniteit verantwoord", *Juristenkrant* 2006, nr. 136, 6.

CLAUWAERT, H., "Discriminatie op de arbeidsplaats", *Or.* 2001, afl. 11, 199-210.

CLESSE, J., "Les barèmes de rémunération : la périlleuse transition de l'âge à l'expérience pour éliminer la discrimination", *Rev.Dr.Ulg* 2017, 31-38.

CHRISTIAENS, J., "Leeftijdscriminatie tijdens de selectieprocedure", *Soc.Kron* 2018, 182-187.

DE VOS, M., "De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak", *R.W.* 2006-07, 323-339.

DE WIT, J., "De anti-discriminatiewet discrimineert", *DJK* 2004, nr. 96, 5.

Dollat, P., "Vers la reconnaissance du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne", *J.T. dr.eur.* 2002, 57-64.

FALLON, M. en MARTIN, D., "Dessine-moi une discrimination", *JDE* 2010, 165-173.

FOUBERT, P., LANGHENDRIES, E., MAROCCHI, N. en PEETERS, J., "An EU Perspective on Age as a Distinguishing Criterion for Collective Dismissal: The Case of Belgium and the Netherlands", *IJCLLIR* 2013, 415-432.

HUMBLET, P., "Het gebruik van het criterium "anciënniteit" in barema's" (noot onder HvJ nr. C-17/05, 3 oktober 2006, *Cadman*), *RW* 2007-08, 226-230.

JOASSART, P., "La suppression des barèmes liés à l'âge: passé, présent et avenir", *Ors* 2011, 20-28.

MAES, E. en VRIELINK, J., "Advocaat die zegt geen homo's te willen aanwerven, maakt zich schuldig aan discriminatie", *Juristenkrant* 2020, nr. 409, 1- 3.

MESTRE, B., "The rulings Collin Wolf and Domnica Petersen – Reflections on the Justifications of Age Discrimination", *European Law Reporter* 2010, 88-93.

PAREDIS, F. en RENETTE, S., "Arbeidsrecht – Arbeidsovereenkomst – Loonbarema – Discriminatie – Ervaringsbarema – Leeftijd – Afstand van recht"(noot onder Arbh. Antwerpen 18 februari 2020, nr. 2019/AH/101) , *LiRe* 2020, nr. 3, 235-243.

RODGERS, L., "Labour Law and the 'Public Interest': Discrimination and Beyond", *ELLJ* 2011, 302-322.

THEUNIS, J., "De 'exceptie van onwettigheid' (artikel 159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?", *RW* 2007-08, 1266-1281.

VAN HIEL, I., "Luchtverkeersdienst Skeyes moet leeftijdsdiscriminatie staken", *Juristenkrant* 2019, nr. 400, 2.

VAN HOORDE, E., "Leeftijdsdiscriminatie in CAO's zet bindend karakter loonafspraken op de helling"(noot onder Arbrb. Leuven 11 april 2019, nr. 18/457/A), *RABG* 2019, 1103-1107.

VAN WELDE, L., "Bescherming van grondrechten in het licht van artikel 26 §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof", *Jura Falconis* 2012-13, 509-542.

Velaers, J., "Het arbitraghof en de antidiscriminatiewet", *TBP* 2004, 601-614.

VERMEULEN, L., "Lonen volgens ervaring i.p.v. leeftijd en sectorale loonschalen. Opgeruimd staat netjes?", *JTT* 2010, 401- 406.

VERMEULEN, L., "Discriminatie in arbeidsrelaties", *CABG* 2015, 1-142.

VERMEULEN, L., "Loonschalen op basis van ervaring op losse schroeven", *Juristenkrant* 2019, nr. 391, 12-13.

3. Bijdragen in boeken en verzamelwerken

BAYART, C. en BOSMANS, I., "De federale antidiscriminatiewetten en arbeidsbetrekkingen in de private sector: algemeen overzicht", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, 537-597.

BAYART, C. en DEITEREN, C., "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, 171-226.

BAYART, C. en DEITEREN, C., "Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras-en Kaderrichtlijn", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, 37-76.

BLANPAIN, R., "Discrimination on the basis of age", in R. BLANPAIN en F. HENDRICKX (eds.), in *Labour law between Change and Tradition Liber Amicorum Antoine Jacobs*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, 1-10.

BRIBOSIA, E., "La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, 31-62.

COX, G., "Het onverteerbare verbod op leeftijdsbarema's", in F. HENDRICKX e.a. (eds.), *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum prof. Dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 511-532.

COX, G. en LEUS, K., "De rol van de beginselen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeidsverhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeenverbindendverklaring van cao's", in M. RIGAUX en G. COX (eds.), *Omtrent behoorlijk bestuur van collectieve arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 129-184.

Deneve, C., 'De impact van de internationale Arbeidsorganisatie op het Belgische arbeidsrecht', in M. Stroobant en O. Vanachter (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 235-258.

DE PRINS, D., "Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht/Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2010, 1-36.

ENGELS, C., "Active Ageing and Labour Law in Belgium", in F. HENDRICKX (ed.), *Active Ageing and Labour Law, Contributions in Honour of Professor Roger Blanpain*, Cambridge, Intersentia, 2012, 157-200.

GERARDS, J.H., "Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, 129-170.

HENDRICKX, F., "Age and European Employment Discrimination Law" in F. HENDRICKX (ed.), *Active Ageing and Labour Law, Contributions in Honour of Professor Roger Blanpain*, Cambridge, Intersentia, 2012, 3-30.

HENDRICKX, F., "Discriminatie", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht, II*, Brugge, Die Keure, 2020, 469-540.

HENRAD, K., "De verhouding tussen de concepten redelijke aanpassing, indirecte discriminatie en proportionaliteit", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, 257-296.

HORTON, R., "Justifying Age Discrimination in the EU" in U. BELAVUSAU en K. HENRAD (eds.), *EU Anti-discrimination Law beyond Gender*, Oxford, Hart, 2018, 273-294.

RAUWS, W., "Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling", in G. VAN LIMBERGEN (ed.), *Sociaal handhavingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2010, 15-86.

REYNIERS, K., "Bronnen van het arbeidsrecht", in F. HENDRICKX en C. ENGELS (eds.), *Arbeidsrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2020, 49-82.

SOTTIAUX, S., "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht in de nieuwe federale antidiscriminatiewetten", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBOECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, 227-256.

SPINOY, M. en SOTTIAUX, S., "Discriminatiewetgeving revisited : recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2010-2017)", in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2017-18, 117-167.

SUETENS, L.P., "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 92-115.

VANACHTER, O., "Gelijke behandeling op grond van leeftijd, ras, etnische oorsprong, nationaliteit" in O. VANACHTER (ed.), *Gelijke behandeling en arbeidsverhouding*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 195-216.

Varia

1. Website

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312256

2. Communicatie van de Europese Commissie

European Commission, "Communication. Increasing the employment of older workers and delaying the exit from the labour market", COM(2014), 146.