

Leeftijdsclausules in de dienstensector: analyse vanuit discriminatierecht
en vrijheid van vereniging

Peer-reviewed author version

DE MEYST, Dominique & AERTS, Lien (2022) Leeftijdsclausules in de
dienstensector: analyse vanuit discriminatierecht en vrijheid van vereniging. In:
Accountancy & Fiscaliteit, 31 , p. 1 -4.

Handle: <http://hdl.handle.net/1942/39925>

Accountancy & fiscaliteit

Nieuwsbrief over fiscaliteit, accountancy en vennootschapsrecht

LEEFTIJDSCLAUSULES

Verplicht vertrek bij 65? Leeftijdsclausules in de dienstensector: analyse vanuit discriminatierecht en vrijheid van vereniging

Dominique De Meyst, Doctoraatsbursaal sociaal recht, UHasselt/KULeuven

Lien Aerts, Doctoraatsassistent sociaal recht, UHasselt

Een arrest van het hof van beroep Antwerpen van 17 februari 2020 bevestigt het vonnis in eerste aanleg van de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Hasselt, over het gedwongen ontslag van de zaakvoerder van een vennootschap bij het bereiken van de leeftijd van 65. Het ontslag was volgens het hof van beroep in overeenstemming met de antidiscriminatielwet.

Leeftijdsclausules in vennootschapsstatuten, reglementen of arbeidsovereenkomsten, zoals deze in de besproken uitspraken, zijn schering en inslag. Zij komen voor in associaties van advocaten, consultants en andere (intellectuele) dienstverstrekkers. De auteurs wijden deze bijdrage aan hun onderzoek van de toelaatbaarheid van dergelijke clausules. Verder stellen zij zich kort de vraag of vennoten in een associatie rekening moeten houden met de antidiscriminatielwet bij het uitoefenen van hun vrijheid van vereniging.

1. Feiten

Vijf vennootschappen starten een associatie op, die fungeert als verzekeringsagentschap van een grootbank. De heer G is zaakvoerder van één van deze vennootschappen. De statuten van de associatie stellen dat iedere vennoot of zaakvoerder bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar verplicht is om terug te treden. Ook in de samenwerkingsovereenkomst tussen associatie en grootbank is opgenomen dat de samenwerking met een verzekeringsagent automatisch en van rechtswege afloopt wanneer zij de leeftijd van 65 jaar bereiken. Wanneer de heer G 65 wordt en hij geacht wordt terug te treden uit de associatie en als verzekeringsmakelaar, weigert hij. Zijn BV dagvaardt uiteindelijk de associatie, de overige vennoten van de associatie en de grootbank wegens strijdigheid van de leeftijdsbeperkingen met het verbod op leeftijdsdiscriminatie in de antidiscriminatielwet van 10 mei 2007.¹

2. Leeftijdsclausules in samenwerkingsverbanden

De rechtspraak van het Hof van Justitie biedt nuttige inzichten over de toelaatbaarheid van leeftijdsclausules in samenwerkingsverbanden. Het Hof interpreteert dergelijke leeftijdsclausules in het licht van de Europese richtlijn 2000/78/EC.² De Belgische wetgever heeft die richtlijn omgezet met de antidiscriminatielwet van 10 mei 2007.³ De tekst van de richtlijn en de rechtspraak van het Hof spelen dan ook een grote rol voor de interpretatie van de Belgische antidiscriminatielwet. Dat is zeker zo waar het gaat om discriminatiegronden die zijn opgenomen in de Europese kaderrichtlijn, waarvan leeftijd er één is.⁴ De beoordeling van leeftijdsclausules verloopt in meerdere stappen: zij zijn discriminatoir indien twee (categorieën van) personen verschillend behandeld worden, zonder dat een rechtvaardiging voorhanden is.

2.1 Vergelijkbaarheid en ongunstige behandeling

Het geschil dat ten grondslag lag aan het hier besproken arrest van het hof van beroep, valt binnen het toepassingsgebied van de antidiscriminatiewet. Dit is het geval wanneer een bedrijf (i.c. binnen de dienstensector) in de statuten, arbeidsovereenkomst of reglement een leeftijdsgrens opneemt. Er is namelijk sprake van een onderscheid in behandeling op basis van leeftijd en het betreft een situatie binnen het kader van arbeidsbetrekkingen.

De vraag is vervolgens of het ontslag op een welbepaalde leeftijd van een vennoot een ongeoorloofd onderscheid op basis van leeftijd vormt. Om die vraag te kunnen beantwoorden, moeten we eerst nagaan of er sprake is van vergelijkbare (categorieën van) personen, waarbij de ene (categorie) persoon wél en de andere niet het slachtoffer wordt van een ongunstige behandeling.⁵

De te vergelijken categorieën personen zijn hier enerzijds verzekeringsmakelaars die ouder zijn dan de gehanteerde leeftijdsgrens en anderzijds personen die hetzelfde beroep uitoefenen, maar jonger zijn dan die bepaalde leeftijd. Enkel en alleen op basis van hun leeftijd worden deze vergelijkbare categorieën verschillend behandeld. Het Hof van Justitie erkent (al dan niet impliciet) voor verschillende beroepen gesitueerd in de dienstensector dat er een dergelijke vergelijkbaarheid bestaat wanneer een leeftijdsgrens wordt gehanteerd.⁶

Vervolgens moet ook een ongunstigere behandeling voorhanden zijn van de ene categorie ten opzichte van de andere. Het Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat een wet of een nationale regeling die een leeftijdsclausule hanteert, tot gevolg heeft dat de personen die ontslagen worden op basis van die vereiste minder gunstig worden behandeld dan andere personen die hetzelfde beroep uitoefenen louter door hun leeftijd.⁷ Het verplichte ontslag uit een functie in de dienstensector bij het bereiken van een bepaalde leeftijd maakt dan ook een ongunstige behandeling uit voor de personen die de onderneming moeten verlaten.

Ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen de ongunstige behandeling en het beschermd persoonskenmerk.⁸ In de praktijk ervaren enkel personen boven de gehanteerde leeftijdsgrens de gevolgen van de regeling. De regeling staat bovendien op papier en kan dus eenvoudig bewezen worden. Er is dan ook een causaal verband tussen ongunstige behandeling en discriminatiegrond voorhanden.

Met deze drie aspecten staat het directe onderscheid gebaseerd op het criterium leeftijd vast.⁹ Een direct onderscheid vormt een directe discriminatie indien de discriminerende partij(en) geen rechtvaardiging kunnen voorleggen.¹⁰

2.2 Rechtvaardiging: geen wezenlijk en bepalende beroepsvereiste

Onder invloed van de Europese kaderrichtlijn, is leeftijd een streng beschermd persoonskenmerk. Aangezien dit

criterium is opgenomen in de Kaderrichtlijn zijn de rechtvaardigingsgronden beperkter dan voor de kenmerken die uitsluitend via de Belgische antidiscriminatiewet worden beschermd. De eerste mogelijkheid tot rechtvaardiging van een direct leeftijds onderscheid bestaat uit een zgn. wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.¹¹

De vereiste moet bovendien berusten op een legitieme doelstelling en de ongunstige maatregel moet evenredig zijn ten aanzien van die doelstelling.¹² Het Hof erkende als wezenlijke en bepalende beroepsvereisten o.a. het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten of mentale capaciteiten.¹³ Daarbij vereist het Hof steevast (wetenschappelijk) bewijs voor het feit dat personen ouder dan een gehanteerde leeftijdsgrens, niet meer in staat zouden zijn om hun functie uit te oefenen omwille van het verlies van deze vereiste fysieke of mentale aspecten.¹⁴

Behalve voor het beroep van brandweerman, politieagent en piloot¹⁵ heeft het Hof in zijn rechtspraak over de hantering van leeftijdsgrenzen nooit geoordeeld dat er een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste voorhanden was. Het lijkt ons dan ook geen evidentie om dergelijke beroepsvereiste als rechtvaardiging aan te voeren voor functies in de (intellectuele) dienstensector.

2.3 Rechtvaardiging: geen legitiem doel van arbeidsmarktbeleid

De kaderrichtlijn voorziet nog een andere mogelijke rechtvaardigingsgrond voor een direct leeftijds onderscheid in artikel 6: "Lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn."¹⁶ Het Hof van Justitie interpreteert de term 'nationale wetgeving' niet als louter formele wetsbepalingen, maar als wetgeving in de materiele zin: overwegingen die kunnen leiden tot de rechtvaardiging onder de richtlijn, moeten ten minste overwegingen uitgaande van overheden zijn.¹⁷

Wanneer bedrijven in de dienstensector leeftijdsgrenzen opnemen in hun statuten, arbeidsovereenkomsten of reglementen, vallen deze niet onder de hierboven aangehaalde rechtvaardigingsgrond van het arbeidsmarktbeleid opgenomen in de Belgische antidiscriminatiewet in artikel 12. Dit artikel is er namelijk niet op van toepassing, waardoor het gehanteerde onderscheid op basis van leeftijd niet gerechtvaardigd kan worden aan de hand van een HR-gerelateerde beleidsdoelstelling op bedrijfsniveau. Er ligt m.a.w. een directe leeftijdsdiscriminatie voor.

In de praktijk hangen leeftijdsclausules in samenwerkingsverbanden vaak samen met het bieden van kansen aan jongere werknemers (de zgn. intergenerationele rechtvaardigheid), maar ook met financiële belangen

van jongere en oudere vennoten wat betreft de verhouding tussen bijdragen aan tegenover deelname in de winst. Financiële doelen maken hoe dan ook nooit een legitiem doel uit in het kader van antidiscriminatiewetgeving.¹⁸ De intergenerationale rechtvaardigheid aanvaardt het Hof van Justitie dan weer wel als legitiem.¹⁹ Het doel van de intergenerationale gerechtigheid moet bereikt worden met een maatregel die zo min mogelijk ingrijpt in de rechten van de betrokkenen (hier dus het recht om niet op leeftijd gediscrimineerd te worden). Een leeftijdsonderscheid zal waarschijnlijk te verregaand zijn en doet de vraag naar alternatieven rijzen.

2.4 Prestaties in plaats van leeftijd

Voor een bedrijf dat een regeling wenst uit te werken met het oog op intergenerationale gerechtigheid, stellen wij een alternatief voor op basis van prestaties of verdienvermogen.

Een samenwerkingsverband zou ervoor kunnen opteren om een leeftijdslimiet in te stellen om discussie over bijvoorbeeld de bijdrage en deelname in de winst te vermijden. Wij zijn echter van mening dat een regeling op basis van het verdienvermogen of de prestaties (in aantal uur) van elk lid binnen de samenwerking, een objectievere grondslag vormt om te beslissen over de beëindiging van een positie. Hierdoor kan een flexibel regime ontstaan, waarbij men aan boord kan blijven ongeacht de leeftijd, met eventueel zelfs de mogelijkheid om minder uren te werken, zolang bijvoorbeeld een bepaalde ondergrens aan prestaties behouden blijft en desgevallend met een verrekening voor wat betreft winstdeelname. Het zijn de partijen die moeten onderhandelen over de te behalen prestaties of de grootte van de bijdrage aan de gezamenlijke omzet of winst. Op die manier wordt de band tussen leeftijd en een (verondersteld) lager werk- en verdienvermogen alvast doorgeknipt. De te behalen prestaties zijn dan immers voor iedereen, ongeacht leeftijd, op voorhand vastgesteld. De moeilijkheden die zo'n onderhandeling met zich mee kan brengen, wegen niet op tegen de mogelijke schending van de antidiscriminatiewet in de vorm van een leeftijdslimiet.

In deze context rijst tot slot de vraag of vennoten wel op zoek moeten naar een alternatief voor een leeftijdslimiet. Stellen zij binnen de vrijheid van vereniging immers niet vrij de regels en voorwaarden vast die gelden binnen hun associatie?

3. Vrijheid van vereniging als vrijgeleide?

Overeenkomstig artikel 27 van de Grondwet hebben de Belgen de vrijheid van vereniging. De tekst van de Europese antidiscriminatie richtlijnen voorziet dat zij geen afbreuk doen aan de vrijheid van vereniging.²⁰ Het is namelijk zo dat, waar grondrechten traditioneel een verticale werking hebben, de antidiscriminatie richtlijnen een aanzet zijn naar een meer horizontale uitwerking van het grondrecht van gelijke behandeling, verder

uitgewerkt door nationale wetten. De vraag is dan in hoeverre een horizontaal werkende antidiscriminatie wet een inperking kan vormen op een verticaal werkend grondrecht. Uit de verwijzing naar grondrechten in de antidiscriminatie richtlijnen kunnen we afleiden dat elke inperking moet gebeuren onder de voorwaarden die de grondrechten daartoe bepalen.²¹

De vrijheid van vereniging is niet absoluut. Het grondrecht kan namelijk aan repressieve beperkingen worden onderworpen. Artikel 11, lid 2 van het EVRM en artikel 22, lid 2 BULO-verdrag voorzien in de randvoorwaarden daarvoor: een beperking dient (1) bij wet voorzien te zijn en (2) nodig te zijn in een democratische samenleving (3) in het belang van een legitiem doel, waaronder de bescherming van de openbare orde en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen.²²

De antidiscriminatie wet vervult de eerste voorwaarde. Ook dat die wet een legitiem doel nastreeft (derde voorwaarde) is niet voor redelijke betwisting vatbaar. Hij is immers van openbare orde en is de horizontale uitwerking van het grondrecht op gelijke behandeling. Het is de (tweede) voorwaarde van de 'noodzaak in een democratische samenleving' waarover doorgaans discussie zal bestaan. De belangenafweging tussen grondrecht en inperking zal de rechter moeten maken, in het licht van pluralisme en ruimdenkendheid en verdraagzaamheid.²³ Deze voorwaarde polst naar de proportionaliteit van de inperking van, in dit geval, de vrijheid van vereniging door de antidiscriminatie wet. Recent oordeelde het Hof van Justitie nog, in een zaak over een leeftijdslimiet voor het uitoefenen van het voorzitterschap van een vakbondsvereeniging, dat de uit richtlijn 2000/78 voortvloeiende beperkingen op de uitoefening van de vrijheid van vereniging noodzakelijk zijn om de rechten inzake arbeid en beroep te waarborgen.²⁴ Dat de antidiscriminatie wet (althans in theorie) relatief weinig ruimte laat voor een klassieke rechtvaardiging van directe arbeidsdiscriminatie, leidt er ons nog meer toe te stellen dat de kans dat het tot een inperking van de vrijheid van vereniging komt, allesbehalve illusoir is.

4. Conclusie

Deze bijdrage gaat dieper in op het frequent voorkomende fenomeen van leeftijdsclausules in samenwerkingen tussen en associaties van dienstverstrekkers zoals advocaten, consultants of verzekeringsagenten. Dergelijke clausules zullen vaak een inbreuk op de Europese en Belgische antidiscriminatie wetgeving vormen omdat zij personen van een bepaalde leeftijd ongunstig behandelen ten opzichte van personen die die leeftijd nog niet hebben bereikt. Tenzij er sprake is van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste enerzijds, of een legitiem doel van arbeidsmarktbeleid aanwezig is voor het bereiken waarvan het leeftijdsonderscheid een proportionele maatregel is, anderzijds. Hoe dan ook worden doelstellingen op bedrijfsniveau (i.t.t. op nationaal niveau) en louter financiële doelstellingen niet aanvaard als legitiem. De intergenerationale rechtvaardigheid als doelstelling kan dan weer wel.

Wat dat doel betreft lijkt een oplossing gestoeld op prestaties en verdienvermogen ons aangewezen.

De vrijheid van vereniging biedt vennoten geen soelaas om aan de toepassing van de antidiscriminatiewet te ontsnappen. Die vrijheid is immers niet absoluut en de doelstellingen die de antidiscriminatie regels nastreven, rechtvaardigen een inperking ervan.

Deze bijdrage is gebaseerd op: D. DE MEYST en L. AERTS, "Verplicht vertrek bij 65. Leeftijdsclausules in de dienstensector: analyse vanuit discriminatierecht en vrijheid van vereniging", *Limb. Rechtsl.* 2022, 90-107.

¹ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007, 29016, hierna: de antidiscriminatiewet.

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

³ Art. 2 van de antidiscriminatiewet; L. Vermeulen, Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0: gelijke monniken, gelijke kappen, Brussel, Intersentia, 2020, 183.

⁴ C. Bayart, Discriminatie tegenover differentiatie – Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn, Brussel, Larcier, 2004, 15-16.

⁵ Art. 4, 6° antidiscriminatiewet; C. Bayart en C. Deiteren, "Direct en indirect onderscheid", in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten / Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, die Keure, 2008, (171) 178.

⁶ HvJ 16 oktober 2007, nr. C-411/05, Palacios de la Villa, punten 50 en 51; HvJ 12 januari 2010, nr. C-341/08, Petersen, punten 34 en 35; HvJ 18 november 2010, nr. C 250/09 en C 268/09, Georgiev, punten 31 en 32 en HvJ 6 november 2012, nr. C-286/12, Europese Commissie/Hongarije, punt 50.

⁷ HvJ 16 oktober 2007, nr. C-411/05, Palacios de la Villa, punt 51; Hof van Justitie 5 maart 2009, nr. C-388/07, Age Concern, punt 34; HvJ 12 januari 2010, nr. C-341/08, Petersen, punt 35; HvJ 18 november 2010, nr. C 250/09 en C 268/09, Georgiev, punt 32 en HvJ 6 november 2012, nr. C-286/12, Europese Commissie/ Hongarije, punt 51.

⁸ C. Bayart en C. Deiteren, "Direct en indirect onderscheid", in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), op. cit., (171) 195.

⁹ Art. 4, 6° antidiscriminatiewet.

¹⁰ Art. 4, 7° antidiscriminatiewet.

¹¹ Art. 4 kaderrichtlijn, omgezet in art. 8 antidiscriminatiewet.

¹² Art. 8, §2, eerste en tweede streepje antidiscriminatiewet.

¹³ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, Wolf, punt 40; HvJ 13 september 2011, nr. C-447/09, Prigge, punt 67 en 74; HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, Vital Pérez, punt 41 en HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, Salaberria Sorondo, punt 34; HvJ 5 juli 2017, nr. C-190/16, Fries, punt 60-65. In de Belgische zaak over de aanwervingsleeftijd van luchtverkeersleiders betreft het bijvoorbeeld de specifieke capaciteit van voldoende situational awareness, zie Vz. Arbrb. Brussel (NL) 26 november 2019, <http://www.unia.be>.

¹⁴ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, Wolf, punt 41; HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, Vital Pérez, punt 56; HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, Salaberria Sorondo, punt 42 en Vz. Arbrb. Brussel (NL) 26 november 2019, <http://www.unia.be>.

¹⁵ HvJ 12 januari 2010, nr. C-229/08, Wolf, punt 40; HvJ 13 september 2011, nr. C-447/09, Prigge, punt 67; HvJ 13 november 2014, nr. C-416/13, Vital Pérez, punt 41 en HvJ 15 november 2016, nr. C-258/15, Salaberria Sorondo, punt 34.

¹⁶ Art. 6, §1 kaderrichtlijn (eigen onderlijning), omgezet in art. 12, §1 antidiscriminatiewet.

¹⁷ Concl. Adv. Gen. P. Cruz Villalón bij HvJ 13 september 2011, nr. C-447/09, Prigge e.a., punt 51. Zie ook M. Schlachter, "Mandatory Retirement and Age Discrimination under EU Law", *IJCLLIR* 2011, 290.

¹⁸ HvJ 17 juni 1998, nr. C-243/95, Stapleton & Hill, punt 40 en HvJ 21 juli 2011, nr. C-159/10 en C-160/10, Fuchs en Köhler, punt 74.

¹⁹ Zie o.a. HvJ 21 juli 2011, nr. C-159/10 en C-160/10, Fuchs en Köhler, punt 75; HvJ 12 oktober 2010, nr. C-45/09, Rosenblatt, punt 43-45; HvJ 5 juli 2012, nr. C-141/11, Hörnfeldt, punten 26 en 30; HvJ 16 oktober 2007, nr. C-411/05, Palacios de la Villa, punten 53, 65 en 66 en HvJ 12 januari 2010, nr. C-341/08, Petersen, punten 68 en 77.

²⁰ Zie o.m. Kaderrichtlijn, overweging (5), weliswaar met verwijzing naar het recht een vakvereniging op te richten en er zich bij aan te sluiten; 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, Pb.L. 19 juli 2000, afl. 180, 22, overweging (4).

²¹ J. Velaers in Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet (UFSIA), Antwerpen, Maklu, 2003., (327) p. 341, nr. 22 en p. 343, nr. 25.

²² J. Velaers, De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar, Deel I, die Keure, 2019, p. 580, nr. 11.

²³ J. Velaers, *ibid.*, p. 582, nr. 18.

²⁴ HvJ 2 juni 2022, nr. C-587/20, Ligebehandlingsnævnet t. HK/ Danmark en HK/Privat, punt 42-47.