

Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is

MR. DR. M. HEEMSKERK

In TAP 2009/2 betwijfelt Peter Vas Nunes of pensioenontslag bij 65 jaar (althans de AOW-gerechtigde leeftijd) in lijn is met de Kaderrichtlijn¹ die onder meer leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid verbiedt. Ik meen dat de kans dat het HvJ EG het Nederlandse pensioenontslag bij 65 jaar in strijd met die richtlijn acht, klein is. Hieronder zet ik uiteen waarom.

Pensioenontslag

Vas Nunes merkt terecht op dat het belang van de vraag of pensioenontslag bij 65 jaar rechtsgeldig is, groot is. Het automatisch eindigen van de arbeidsovereenkomst bij de pensioengerechtigde leeftijd van vaak 65 jaar is een standaardbeding in de arbeidsovereenkomst en rechtspositieregelingen voor ambtenaren. Ter illustratie: in 2008 gold voor 97% van de werknemers die onder een cao vallen óf een pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar óf een pensioenontslagbeding – met expliciete koppeling van einde arbeidsovereenkomst aan de pensioenleeftijd – van 65 jaar. Dat blijkt uit onderzoek van SZW.²

Zou pensioenontslag bij 65 jaar niet rechtsgeldig zijn, dan kunnen massa's werknemers vanaf 65 jaar hun arbeid blijven aanbieden en loondoorbetaling vorderen. In essentie zijn er twee redenen waarom zo'n pensioenontslagbeding niet rechtsgeldig zou zijn. Ten eerste doet het vreemd aan dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt. Volgens Vas Nunes kan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet van rechtswege eindigen (zie zijn bijdragen in *Arbeid Integraal* en *NJB*³). Ik ben dat niet met hem eens (uitgebreid, zie M. Heemskerk, 'De arbeidsdeelname van oudere werknemers', diss. VU, Den Haag BJU 2009) maar laat dat op deze plaats verder voor wat het is.

Ten tweede moet de werkgever uitleggen waarom het beëindigen van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van een bepaalde leeftijd niet in strijd is met het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid (de WGBL). Op die vraag ga ik hieronder nader in.

Leeftijdsdiscriminatie?

Vas Nunes ziet het verbod van leeftijdsdiscriminatie als bedreiging voor pensioenontslag bij 65 jaar. Ik zie in de jurisprudentie van het HvJ EG – zowel het Palacios-arrest van oktober 2007 als het in maart 2009 gewezen Age Concern-arrest – vooral mogelijkheden om dat pensioenontslag overeind te houden. In het Palacios-arrest oordeelde het HvJ EG dat de regeling waarin de Spaanse wetgever de geldigheid erkende van in cao's voorkomende pensioenontslagbedingen op de socialezekerheidspensioenleeftijd objectief gerechtvaardigd was.⁴ De door het HvJ EG geaccepteerde reden voor het leeftijdsontslag was voornamelijk gegrondvest op het Spaanse werkgelegenheidsbeleid (doorstroming) en de inkomenszekerheid voor de werknemers in de vorm van een inkomensvervangend ouderdomspensioen van een redelijke hoogte. In Age Concern stond de Engelse wetgever in het beklaagdenbankje voor een soortgelijke wettelijke bepaling die erop neerkwam dat werkgevers werknemers wegens pensionering bij 65 jaar mochten ontslaan.⁵ Age Concern voerde aan dat de Engelse wetgever geen duidelijke doelstelling (rechtvaardiging) had aangevoerd. Het HvJ EG oordeelde dat de lidstaat niet verplicht is een nauwkeurige opsomming te geven voor de volgens de wetgever legitieme doelstelling. Het hof overwoog verder dat lidstaten een grote beleidsvrijheid hebben en liet de beoordeling verder over aan de nationale rechter.

Pensioenontslag in Nederland toelaatbaar?

Als gezegd twijfelt Vas Nunes of de Nederlandse wetgeving voldoet aan richtlijn 2000/78. Pensioenontslag bij 65 jaar is volgens de WGBL toegestaan. De wetgever heeft in art. 7 lid 1 sub b WGBL forfaitair bepaald dat pensioenontslag bij de AOW-leeftijd objectief gerechtvaardigd is.

1 EG-richtlijn van 27 november 2000/78/EG, PbEG, L 303.

2 M. Beekma, J. de la Croix, *Perspectief op langer doorwerken*, Directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving, Den Haag: SZW juni 2008.

3 P.C. Vas Nunes, 'Grijs werkt door', *Arbeid Integraal* 2008-1; P.C. Vas Nunes, 'Ouderen mogen gewoon doorwerken', *NJB* 2008, 19.

4 HvJ EG 16 oktober 2007, *NJ* 2008, 38, *PJ* 2007, 143 (Palacios); Zie daarover ook A.G. Veldman, Automatisch pensioenontslag op 65 jaar vormt geen verboden leeftijdsdiscriminatie, *SR* 2007, 82.

5 HvJ EG 5 maart 2009, C-388-07, «JAR» 2009/93 (Age Concern).

Het verbod van onderscheid geldt niet indien het onderscheid:

‘(...) b. betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd; (...)’

Wetgeving met leeftijdsgrenzen kan in strijd zijn met de Europese Richtlijn 2000/78 die het verbod van (onder meer) leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid voorschrijft. Dat blijkt uit het Mangold-arrest.⁶ Daarin zette het HvJ een streep door een Duitse wet die het voor werkgevers mogelijk maakte om een ongelimiteerd aantal maal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten met iemand van 52 jaar of ouder. Die uitspraak toonde aan dat het gevaar van leeftijdsdiscriminatie in wetgeving reëel was.

Maar het HvJ EG benadrukt in vrijwel alle leeftijdsarresten vooral dat er een grote beleidsvrijheid is voor lidstaten.⁷ Ter illustratie citeer ik de volgende overweging uit het al genoemde Palacios-arrest:

‘Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht beschikken de lidstaten, en in voorkomend geval de sociale partners, op nationaal niveau over een ruime beoordelingsvrijheid, niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt.’⁸

Er is een grote beleidsvrijheid voor Nederland om een goede reden (objectieve rechtvaardiging) op het terrein van sociaal beleid aan te voeren voor het leeftijds onderscheid. Anders gezegd: bij pensioenontslag met een legitiem arbeidsmarkt- of werkgelegenheidsargument toetst het HvJ EG slechts marginaal de passendheid en noodzakelijkheid.⁹ Saillant is dat er in de wetsgeschiedenis van de WGBL niet wordt aangesloten bij het doorstromingsargument. Om dat – voor de Spaanse wetgever succesvolle – werkgelegenheidsargument te hanteren, moet het HvJ EG uit de context kunnen opmaken dat pensioenontslag een arbeidsmarkt- of werkgelegenheidsmaatregel is. In de Nederlandse wetsgeschiedenis is die context nauwelijks te vinden. In zoverre heeft Vas Nunes een punt. Wil de regering zich beroepen op het doorstromingsargument, dan doet zij er verstandig aan om het werkgelegenheidsargument – regulering van de arbeidsmarkt door pensioenontslag mogelijk te maken en zo de werkgelegenheid te bevorderen – duidelijker voor het voetlicht te brengen in beleidsstukken en dergelijke.

Ook zonder het doorstromingsargument verwacht ik echter niet dat het HvJ EG het wettelijk toegestane pensioenontslag bij 65 jaar als leeftijdsdiscriminatie aanmerkt. De

overige wel in de wetsgeschiedenis genoemde argumenten zijn namelijk ook een vorm van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid.

Het objectieve criterium – de leeftijd van 65 jaar – voorkomt een compromitterende beoordeling of de oudere werknemer nog voldoet. Het onderliggende doel is bescherming van oudere werknemers. Die bescherming bestaat uit (1) inkomensbescherming en (2) bescherming tegen een arbeidsongeschiktheidsdiscussie. Die bescherming is te zien als een legitiem doel van arbeidsmarktbeleid. Daaromheen is een heel web van wetgeving gebouwd. Het ontslagrecht, de aansluiting op de sociale zekerheid en het pensioen geven samen invulling aan het arbeidsmarktbeleid voor 65-plussers. In ruil voor het verlies aan ontslagbescherming krijgt de werknemer inkomensbescherming in de vorm van een wettelijk ouderdomspensioen en veelal een aanvullend pensioen. Er staat meer op het spel dan alleen een oordeel over de houdbaarheid van het pensioenontslagbeding. Wie over het één (ontslag) oordeelt, oordeelt automatisch over het ander (sociale zekerheid en pensionering). Deze verwevenheid tussen arbeid en pensioen (arbeidsvrij inkomen) pleit er tegen om het ontslag discriminatoir te achten zonder acht te slaan op de gevolgen voor de AOW. Indirect tast een discriminatieverbod op pensioenontslag de organisatie van de sociale zekerheid (inclusief wettelijk ouderdomspensioen) en de arbeidsmarkt van de lidstaat aan. Het HvJ EG zal dat in zijn oordeel (moeten) betrekken.

Al met al acht ik het aannemelijk dat dit arbeidsmarktbeleid (het geheel aan maatregelen gekoppeld aan het bereiken van de leeftijd van 65 jaar) een rechtvaardiging vormt voor pensioenontslag bij 65 jaar. Dat geldt te meer daar de jurisprudentie van het HVJ EG aantoont dat lidstaten een ruime ‘margin of appreciation’ hebben bij de inrichting van arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid en de passendheid en noodzakelijkheid van die maatregelen.

Conclusie

Gelet op het bovenstaande vind ik het niet vreemd dat pensioenontslag bij 65 jaar geen leeftijdsdiscriminatie oplevert. Naast de door door Vas Nunes aangehaalde uitspraak van de sector bestuursrecht van de Rechtbank Den Haag van april 2009 oordeelde ook de Kantonrechter Lelystad begin 2008 al dat pensioenontslag bij 65 jaar niet in strijd is met het verbod van leeftijdsdiscriminatie.¹⁰ Dat de goede reden – de objectieve rechtvaardiging – voor pensioenontslag bij 65 jaar niet bijster goed gemotiveerd is door de wetgever en (dus ook) in rechterlijke uitspraken ben ik met Vas Nunes eens. Over de dreiging dat het in de WGBL door de wetgever ‘goedgekeurde’ pensioenontslag bij 65 jaar wel eens in strijd zou kunnen zijn met het verbod van leeftijdsdiscriminatie ben ik optimistischer dan Vas Nunes.

6 HvJ 22 november 2005, RAR 2006, 85 (Mangold).

7 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 22 november 2005, «JAR» 2005/289; RAR 2006, 85, r.o. 63 (Mangold); HvJ EG 5 maart 2009, C-388-07, «JAR» 2009/93, r.o. 51 (Age Concern).

8 HvJ EG 16 oktober 2007, «JAR» 2007/288 (Palacios), r.o. 68.

9 Kritisch A.G. Veldman, ‘Gedwongen pensioenontslag geoorloofd nationaal instrument van werkgelegenheidsbeleid?’, *ArA* 2008, 1, p. 92.

10 Ktr. Lelystad 20 februari 2008, «JAR» 2008/120.



Over de auteur

Mr. dr. Mark Heemskerk is verbonden aan het Kenniscentrum Oudere Werknemers van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit. Hij is tevens werkzaam als advocaat bij de sectie Arbeid & Pensioen bij Houthoff Buruma N.V.

Naschrift van P.C. Vas Nunes op de reactie van mr. dr. M. Heemskerk: 'Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is'

Ik verdedig dat pensioenontslag bij 65 jaar in strijd is met Kaderrichtlijn 2000/78 (TAP 2009/2, p. 66). Heemskerk bestrijdt dit (zie deze aflevering).

Helaas voor het debat zijn Heemskerk en ik het op veel punten eens. Zo deel ik zijn mening dat de lidstaten een grote mate van beleidsvrijheid hebben, zowel ten aanzien van de vraag welke doelstellingen van sociaal beleid zij nastreven, als ten aanzien van de middelen die zij ter bereiking van die doelstellingen inzetten. Wat ons scheidt is de vraag of de doelstellingen die aan art. 7 lid 1 onder b WGBL ten grondslag liggen kwalificeren als 'doelstellingen van sociaal beleid'. Is het antwoord op deze vraag bevestigend dan heeft Heemskerk gelijk en is de WGBL op dit punt richtlijnconform. Is het antwoord ontkennend dan erkent Heemskerk – als ik hem goed begrijp – dat de WGBL niet richtlijnconform is.

Laat ik ermee beginnen r.o. 46 van het arrest Age Concern te citeren:

'Uit artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78 blijkt dat de doelstellingen die als 'legitiem' in de zin van die bepaling zijn te beschouwen en bijgevolg kunnen rechtvaardigen dat wordt afgeweken van het principiële verbod van discriminatie op grond van leeftijd, doelstellingen zijn van sociaal beleid, zoals die in verband met het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Door hun karakter van algemeen belang onderscheiden die legitieme doelstellingen zich van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van de kosten of de verbetering van het concurrentievermogen, zonder dat echter valt uit te sluiten dat een nationale regel, bij het nastreven van die legitieme doelstellingen, de werkgever een zekere mate van flexibiliteit toekent.'

Welk doel beoogt art. 7 lid 1 onder b WGBL, dat werkgevers toestaat personeel te ontslaan op de enkele grond dat zij 65 worden/zijn geworden? Is dit doel vast te stellen aan de hand van de wetsgeschiedenis? Zo ja, is het een doelstelling van *sociaal beleid, zoals die in verband met het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding?*

Stel, bijvoorbeeld, dat uit de memorie van toelichting bij

het toenmalige wetsvoorstel 28 170 zou blijken dat art. 7 lid 1 onder b WGBL is ingevoerd met het doel om – door ouderen te ontslaan – vacatures voor jongeren te creëren om zo jeugdwerkloosheid te bestrijden (wat Heemskerk noemt 'het doorstromingsargument'). Dan zou duidelijk sprake zijn – zoals in Palacios ook het geval was – van een doelstelling van sociaal beleid en daarmee van een legitiem doel. Heemskerk moet echter erkennen dat deze doelstelling nauwelijks in de wetsgeschiedenis is te vinden. In mijn artikel heb ik de wél in de wetsgeschiedenis genoemde doelstellingen op een rij gezet. De vraag is of deze doelstellingen kwalificeren als *sociaal beleid*. Heemskerk meent van wel: 'De overige wel in de wetsgeschiedenis genoemde argumenten zijn namelijk ook een vorm van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid', schrijft hij. Helaas laat hij na dit concreet te onderbouwen. Zijn redenering berust op de nogal algemene stelling: 'Het onderliggende doel [van art. 7 lid 1 onder b WGBL, PCVN] is bescherming van oudere werknemers.' Deze bescherming zou bestaan uit (1) inkomensbescherming in de vorm van AOW + aanvullend ouderdomspensioen en (2) bescherming tegen een discussie over de vraag of de 65-jarige nog wel voldoende functioneert.

Ad 1: veel werknemers, zeker honderdduizenden maar wellicht zelfs miljoenen, hebben op hun 65^e geen recht op een volledige AOW-uitkering. Slechts weinig werknemers hebben aanspraak op een aanvullend ouderdomspensioen dat zelfs maar in de buurt komt van wat tot nog geen tien jaar geleden gold als het streefpensioen van 70% van de pensioengrondslag (salaris minus AOW-franchise). Een beroep op inkomensbescherming gaat niet op, doet zelfs haast cynisch aan.

Ad 2: inderdaad, het argument dat een vaste ontslagleeftijd op 65 jaar debat voorkomt over functionele geschiktheid is genoemd in de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 28 170. Sterker nog, dit argument kreeg naar mijn indruk de meeste nadruk, waarbij de regering zich beriep op het Codfried-arrest uit 1995, waarin de Hoge Raad als één van die argumenten¹¹ ter rechtvaardiging van pensioenontslag noemde:

'het voordeel van het zonder aanzien des persoons hantieren van een objectief criterium, te weten de leeftijd van de werknemer, boven een stelsel waarin van geval tot geval door de werkgever en de werknemer gedebatteerd zou moeten worden over de vraag of de werknemer bij het klimmen der jaren nog wel in staat is de hem opgedragen taak naar behoren te vervullen.'

Is dit een argument van *algemeen belang*? Of behoort het eerder tot wat het HvJ EG in de hierboven geciteerde r.o. 46 uit Age Concern noemt 'louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever'? Is het in het belang van de Nederlandse gemeenschap als ge-

¹¹ Argument nr. 2 was het doorstromingsargument, dat de regering opvallend genoeg niet heeft aangevoerd. Argument 3 was dat 65-jarigen aanspraak kunnen maken op 'inkomen waarvoor geen arbeidsprestatie behoeft te worden geleverd', waarmee vermoedelijk alleen werd bedoeld op AOW + aanvullend pensioen, niet (tevens) op bijstand ter compensatie van ontbrekend ouderdomspensioen.

heel dat werkgevers niet met hun 65-jarige werknemers in debat hoeven te gaan over hun functioneren? Is het zelfs meer in het belang van de betrokken werknemers? En zal het argument nog houdbaar zijn als over enkele jaren, wanneer de arbeidsmarkt naar verwachting krap wordt, steeds meer werknemers na hun 65^e mogen doorwerken (*'Voor je collega's heb ik een uitzondering gemaakt, jou laat ik niet doorwerken, dat staat nu eenmaal in de cao.'*)? Uit deze *leading questions* zal duidelijk zijn dat ik met Heemskerk van mening verschil, en nu heb ik het nog niet eens over wetsvoorstel 31 774 (flexibilisering AOW-leeftijd) of het regeringsvoornemen de AOW-leeftijd te verhogen. Verder beperk ik me tot de vraag naar de legitimiteit van het doel van art. 7 lid 1 onder b WGBL; of het middel ter bereiking van dat doel – pensioenontslag – passend en noodzakelijk is, is een vervolgvraag waarover ook het nodige te zeggen valt.

Tot slot dit. Heemskerk schrijft: 'Indirect tast een discriminatieverbod op pensioenontslag de organisatie van de sociale zekerheid (inclusief wettelijk ouderdomspension) en de arbeidsmarkt van de lidstaat aan'. Hoezo? Wat voor nadeel lijdt de Nederlandse sociale zekerheid als AOW'ers doorwerken?



Over de auteur

mr. P.C. Vas Nunes is als advocaat en partner verbonden aan BarentsKrans te Den Haag en redactielid van dit tijdschrift.

EELC

European Employment Law Cases

EELC is het nieuwe Engelstalige tijdschrift van Sdu Uitgevers. EELC bevat samenvattingen van belangwekkende jurisprudentie uit landen van de EU die relevant zijn voor zowel de Nederlandse als buitenlandse (EU) arbeidsrechtpraktijk. Daarnaast bevat het tijdschrift korte samenvattingen van uitspraken van het HvJEG. De volledige uitspraken zijn raadpleegbaar via www.eelc-online.com.

Het nulnummer is op 15 mei verschenen. Voor het aanvragen van een exemplaar kunt u mailen naar eelc@sdu.nl.

Het volgende nummer verschijnt in september 2009.

Neem nu alvast een abonnement en ontvang jaarlijks:

- 6 nummers van EELC;
- toegang tot het archief op www.eelc-online.com;
- een e-mailnieuwsbrief met de inhoud van het volgende nummer.

Sdu UITGEVERS



Voor meer informatie of proefnummer aanvragen:
Sdu Uitgevers
T.a.v. EELC / mr. T. Koetsier
Postbus 20025
2500 EA Den Haag
E-mail: eelc@sdu.nl

Kijk ook op de website
www.eelc-online.com