

Centrale Raad van Beroep

Pensioenontslag ambtenaar leeftijdsdiscriminatie, maar geen bijl aan wortel van de leeftijdsgrens van 65 jaar

Noot: mr. dr. M. Heemskerck

Uitspraak

08/2917 AW

Centrale Raad van Beroep

Meervoudige kamer

UITSpraak

op het hoger beroep van:

[Appellant], wonende te [woonplaats], (hierna: appellant),

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 14 april 2008, 07/3930 (hierna: aangevallen uitspraak),

in het geding tussen:

appellant

en

de Minister van Verkeer en Waterstaat (hierna: minister)

Datum uitspraak: 26 april 2010

I. Procesverloop

Appellant heeft hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 27 augustus 2009. Appellant is verschenen, bijgestaan door mr. R.F. van der Ham, pensioenjurist bij Bergamin & Gielink pensioenrechtadvies B.V. De minister heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. B.R. Kuijman, werkzaam bij het Expertisecentrum arbeidsjuridisch.

II. Overwegingen

1. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting gaat de Raad uit van

de volgende hier van belang zijnde feiten en omstandigheden.

1.1. De minister heeft appellant, destijds als rijksambtenaar werkzaam bij het ministerie van Verkeer en Waterstaat, met ingang van (uiteindelijk) 1 januari 2007 eervol ontslag verleend wegens het bereiken (op 15 december 2006) van de 65-jarige leeftijd. Het door appellant tegen dit ongevraagd leeftijdsontslag gemaakte bezwaar is bij besluit van 26 april 2007 (hierna: bestreden besluit) ongegrond verklaard.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak (TAR 2008, 108) het beroep van appellant tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard. Zij heeft geoordeeld dat de minister op grond van de Nederlandse wet- en regelgeving bevoegd was om aan appellant per 1 januari 2007 ongevraagd ontslag te verlenen en dat die wet- en regelgeving niet onverenigbaar is met Europese regelgeving.

3. Naar aanleiding van de standpunten van partijen overweegt de Raad als volgt.

3.1. Op grond van artikel 98, eerste lid, aanhef en onder h (hierna: 98/1/h), van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) kan een ambtenaar worden ontslagen op grond van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Op 29 november 2002 is de Arbeidsvoorwaardenovereenkomst Sector Rijk 2002-2003 (hierna: CAO Rijk) gesloten, waarin de afspraak is neergelegd dat artikel 98/1/h van het ARAR zal worden geschrapt. De Raad van State heeft in zijn advies van 28 juli 2003 over een ontwerpbesluit, dat onder meer voorzag in het vervallen van artikel 98/1/h van het ARAR, de strekking van dat ontwerpbesluit onderschreven, maar gewezen op het Besluit vaststelling leeftijdsgrens openbare functies van 13 september 1945, Stb. F 173 (hierna: besluit leeftijdsgrens). Artikel 1, eerste lid, van het besluit leeftijdsgrens schrijft voor dat, behoudens in zeer bijzondere gevallen, aan personen die op basis van een aanstelling of een arbeidsovereenkomst in openbare dienst in Nederland werkzaam zijn, bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar ontslag wordt verleend met ingang van de eerstvolgende maand. Ingevolge het staatsnoodrecht heeft het besluit leeftijdsgrens kracht van formele wet en in verband hiermee is het vervallen van de ontslaggrond van artikel 98/1/h van het ARAR pas mogelijk geacht na intrekking of wijziging van het besluit leeftijdsgrens, en dat kan, naar nationaal recht, alleen bij wet in formele zin. Door inwerkingtreding van de wet van 19 april 2007 (Stb. 2007, 168; hierna: intrekkingwet) is het besluit leeftijdsgrens met ingang van 11 mei 2007 ingetrok-

ken. De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft bij circulaire van 14 februari 2008 (Stcrt. 2008, 38; hierna: circulaire) de tijdelijke gedragslijn bekend gemaakt dat verzoeken van ambtenaren binnen de sector Rijk om na hun 65ste te mogen doorwerken, in beginsel worden gehonoreerd. De tijdelijke gedragslijn is op 23 februari 2008 in werking getreden en heeft terugwerkende kracht voor ambtenaren binnen de sector Rijk die op of na 11 mei 2007, maar voor 23 februari 2008 65 jaar zijn geworden en die voor laatstgenoemde datum het verzoek kenbaar hebben gemaakt te kunnen doorwerken.

3.2. De minister is van opvatting dat hij op grond van het besluit leeftijdsgrens verplicht was appelland te ontslaan vanwege het bereiken van de leeftijd van 65 jaar en dat er, wat door appelland niet is betwist, geen sprake was van een zeer bijzonder geval als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van het besluit leeftijdsgrens. De argumenten die appelland heeft aangevoerd om aan te geven dat het gehandhaafde ontslag naar nationaal recht niet houdbaar is, treffen geen van alle doel.

3.3. Appelland acht het standpunt van de rechtbank en van de minister onjuist dat toepassing gegeven mocht worden aan artikel 1, eerste lid, van het wetsbesluit en artikel 98/1/h van het ARAR omdat deze beide bepalingen niet onverenigbaar zouden zijn met (in het bijzonder) Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: richtlijn 2000/78). Appelland acht die regelingen in strijd met die richtlijn.

3.4. Voor zover hier van belang geeft de Raad de inhoud van richtlijn 2000/78 hieronder weer.

Artikel 1 luidt:

Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.

Artikel 2 luidt:

1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.
2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

- a) "directe discriminatie", wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;
- b) "indirecte discriminatie", wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde ... leeftijd, in vergelijking met andere personen benadeelt,
- i) tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Artikel 6, eerste lid, luidt:

Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten 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.

3.5. In dit geding is aan de orde het ontslag vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd van een ambtenaar binnen de sector Rijk. Onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ; in het bijzonder het arrest van 16 oktober 2007 in de zaak C-411/05 - Palacios (NJ 2008, 38) - en het arrest van 5 maart 2009 in de zaak C-388/07 - Age Concern (NJ 2009, 299)) moeten de regelingen op grond waarvan een dergelijk ontslag wordt mogelijk gemaakt, worden aangemerkt als regelingen betreffende werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning in de zin van artikel 3, eerste lid, onder c, van richtlijn 2000/78. Deze regelingen behandelen ambtenaren binnen de sector Rijk die de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt ongunstiger dan ambtenaren binnen de sector Rijk die de leeftijd van 65 jaar nog niet hebben bereikt. Daarmee scheppen die regelingen een direct op leeftijd gegrond verschil in behandeling, zoals bedoeld in artikel 2, eerste lid en tweede lid, onder a, van richtlijn 2000/78.

3.6. Op grond van artikel 6, eerste lid, eerste alinea, van richtlijn 2000/78 is een verschil in behandeling op grond van leeftijd geen verboden discriminatie in de zin van artikel 2 van richtlijn 2000/78, indien dat verschil 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 de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Het HvJ heeft, onder meer, in het arrest Palacios tevens uitgemaakt dat indien de regeling zelf niet naar een bepaalde doelstelling verwijst, het onderliggende doel van de desbetreffende regeling kan worden bepaald aan de hand van andere elementen, ontleend aan de algemene context van de betrokken regeling. De Raad merkt hierbij nog op dat het HvJ in zijn arrest van 22 november 2005 in de zaak C-144/04 - Mangold (NJ 2006, 227) - (en bevestigd in zijn arrest van 19 januari 2010 in de zaak C-555/07 - Küçükdeveci (AB 2010,89)) het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd beschouwt als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht en dat richtlijn 2000/78 dit beginsel concretiseert. Het HvJ heeft er tevens op gewezen dat artikel 6, eerste lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie bepaalt dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft en dat artikel 21, eerste lid, van dat Handvest bepaalt dat elke discriminatie, met name op grond van leeftijd, verboden is.

3.7. Bij de beoordeling van de vraag of de minister in strijd heeft gehandeld met het algemeen gemeenschapsrechtelijk beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, zoals geconcretiseerd door richtlijn 2000/78, dient in dit geval te worden gekeken naar het onderliggende doel van artikel 1 van het besluit leeftijdsgrens, van het in de circulaire neergelegde overgangsrecht en van artikel 98/1/h van het ARAR. De minister heeft in dit verband verwezen naar de memorie van toelichting van december 2001 (MvT WGBL) op (artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van) de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Zijns inziens is daarin aangegeven wat de objectieve rechtvaardiging is voor het onderscheid op grond van leeftijd bij ontslag, als het gaat om het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. In de MvT WGBL onderbouwt de regering haar mening dat het onderscheid op grond van leeftijd bij ontslag bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd objectief gerechtvaardigd is, als volgt: "Ontslag bij het bereiken van een vaste leeftijd bewerkstelligt dat zonder aanzien des persoons een objectief criterium kan worden gehanteerd omdat niet behoeft te worden vastgesteld of de betreffende werknemer nog wel voldoet. Dit is te prefereren boven een stelsel waarbij van geval tot geval beoordeeld zou moeten worden of de ouder wordende werknemer nog wel in staat is zijn werk naar behoren te verrichten. Deze doelstelling voldoet aan het legitimiteits-

vereiste." Verder stelt de regering in de MvT WGBL dat voor de grens van 65 jaar een groot maatschappelijk draagvlak bestaat en dat deze grens ook ten grondslag ligt aan het stelsel van sociale zekerheid. Een algemene, hogere ontslagleeftijd dan 65 jaar was volgens de regering ongewenst, omdat die onvoldoende ruimte zou bieden aan de arbeidsparticipatie van werknemers onder de leeftijd van 65 jaar.

3.8. De Raad is van oordeel dat de doelstellingen die aan artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de WGBL ten grondslag liggen, niet zonder meer als doelstelling kunnen worden geschoven onder artikel 1 van het besluit leeftijdsgrens, het in de circulaire neergelegde overgangsrecht en artikel 98/1/h van het ARAR. Het gaat hier namelijk niet om de algemene vraag naar de houdbaarheid van artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b, van de WGBL in het licht van richtlijn 2000/78, of om de vraag of in zijn algemeenheid een ontslag vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd geen strijd oplevert met richtlijn 2000/78, maar om de specifieke vraag naar de toelaatbaarheid van het door de minister in zijn hoedanigheid van werkgever van ambtenaren binnen de sector Rijk gegeven leeftijdsontslag aan appelland.

3.9. Uit de wetsgeschiedenis van het besluit leeftijdsgrens, zoals die blijkt uit de memorie van toelichting bij de intrekkingwet (MvT IntrWet), is af te leiden dat de bestaansredenen voor het besluit leeftijdsgrens voornamelijk was gelegen in het feit dat aan de arbeidsprestaties in de destijds heersende omstandigheden (vlak na de oorlog) zulke hoge eisen moesten worden gesteld, dat voor alle overheidsfunctionarissen ontslag op de normale pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar regel diende te zijn. In de MvT IntrWet heeft de minister opgemerkt dat het ontstaan van een ontslagverplichting bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd om verschillende redenen niet meer wenselijk is. Door de hogere welvaart en de betere gezondheidszorg is de levensverwachting van de Nederlandse bevolking toegenomen. Die hogere levensverwachting en de daarmee samenhangende verlenging van de fase van gezonde, actieve ouderdom leiden naar verwachting tot een groeiende groep van ouderen die bereid en in staat zijn om te blijven werken na hun 65ste levensjaar. Daarnaast kunnen ook financiële redenen een rol spelen om door te willen werken na het bereiken van de 65-jarige leeftijd. De regering is blijkens de MvT IntrWet van mening dat het - gezien de ontgroening en vergrijzing en het als gevolg daarvan afnemende economische draagvlak - wenselijk is om de arbeidsparticipatie te verhogen en eventueel

ele belemmeringen voor het doorwerken na 65 jaar weg te nemen. Naar het oordeel van de Raad kan hieruit worden opgemaakt dat niet alleen de oorspronkelijke aan het besluit leeftijdsgrens ten grondslag gelegde doelstelling geen gelding meer heeft, maar dat in feite met de beslissing om tot intrekking van het besluit leeftijdsgrens over te gaan elke doelstelling aan het besluit leeftijdsgrens is ontvallen.

3.10. Zoals blijkt uit de circulaire is aan de daarin opgenomen tijdelijke gedragslijn een terugwerkende kracht verleend tot het moment waarop het besluit leeftijdsgrens is ingetrokken. Van een andere reden om aan de tijdelijke gedragslijn geen verder terugwerkende kracht te verlenen dan het formeel nog van kracht zijn van het besluit leeftijdsgrens is de Raad niet gebleken.

3.11. Uit de circulaire blijkt ook dat het kabinet bij nader inzien van mening was dat niet kon worden volstaan met het schrappen van de ontslaggrond “bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd” uit het ARAR, omdat op een aantal punten nog een nadere uitwerking nodig zou zijn. Het kabinet achtte het op korte termijn vaststellen van een uitgewerkt arbeidsrechtelijk regime voor 65-plussers in de sector Rijk niet haalbaar, gezien de juridische implicaties en ook gelet op de relatie met het aangekondigde kabinetsbeleid op dit punt. Om die reden is ervoor gekozen de desbetreffende ontslaggrond in het ARAR te handhaven en tegelijkertijd een tijdelijke gedragslijn af te spreken waarbij het uitgangspunt is dat voor de groep ambtenaren binnen de sector Rijk die wil doorwerken na het bereiken van de 65-jarige leeftijd, geen gebruik wordt gemaakt van het leeftijdsontslag. Hieruit volgt naar het oordeel van de Raad dat de enige doelstelling die aan handhaving van artikel 98/1/h van het ARAR nog ten grondslag zou kunnen liggen, is gelegen in de wens om aan de meergenoemde afspraak in de CAO Rijk nadere in- en aanvulling te geven.

De Raad merkt in dit verband op dat bij circulaire van 16 november 2009 (Strct. 2009, 17140; hierna: circulaire 2009) de tijdelijke gedragslijn is verlengd, in afwachting van het vervallen van artikel 98/1/h van het ARAR. Als toelichting is daarvoor het volgende aangevoerd:
 “Kernpunt is het schrappen van de ontslaggrond “bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd” uit het ARAR, waardoor voor de rijksmedewerker een recht ontstaat om door te werken.
 Dit past in het beleid om langer doorwerken mogelijk te maken.

Minstens zo belangrijk is dat deze afspraak al eerder met de vakbonden was gemaakt in de CAO voor het rijk 2002-2003. Vanwege een toen bestaand juridisch beletsel is die afspraak indertijd niet uitgevoerd.

(...)

Nu is dus met de vakbonden afgesproken om de oude CAO-afpraak te formaliseren en tot formalisatie is gerealiseerd, de tijdelijke regeling in aangepaste vorm voort te zetten zoals in deze circulaire is beschreven.

(...)

Het argument dat ontslag op 65 jaar mogelijk zou moeten blijven omdat sommige oudere medewerkers niet meer naar behoren zouden functioneren is oneigenlijk te noemen. Medewerkers die niet naar behoren functioneren dienen met beoordelingsgesprekken tot ander gedrag te worden gebracht (ongeacht leeftijd) en in het meest extreme geval kan daar ontslag wegens disfunctioneren op volgen.”

3.12. Gelet op voorgaande overwegingen is de Raad van oordeel dat aan het besluit leeftijdsgrens en de beperkte terugwerkende kracht van de circulaire geen doelstellingen ten grondslag liggen in de zin van artikel 6, eerste lid, van richtlijn 2000/78. Het algemeen gemeenschapsrechtelijk beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, zoals geconcretiseerd door richtlijn 2000/78, verzet zich daarom tegen ongevraagd ontslag van ambtenaren binnen de sector Rijk vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Dit geldt in ieder geval ten tijde van belang voor appellant, gelet op de omstandigheden dat in Nederland de termijn van implementatie van richtlijn 2000/78 op 2 december 2003 is afgelopen, dat binnen die termijn de CAO Rijk is afgesloten en het kabinet een voorstel tot intrekking van artikel 98/1/h van het ARAR heeft gedaan.

3.13. De Raad is van oordeel dat de minister in dit geval artikel 1, eerste lid, van het wetsbesluit vanwege strijd met artikel 6, eerste lid, van richtlijn 2000/78 buiten toepassing had moeten laten. Verder is de Raad van oordeel dat aan appellant de beperkte terugwerkende kracht van de circulaire niet mag worden tegengeworpen.

4. De Raad komt op grond van het bovenstaande tot de conclusie dat het bestreden besluit in rechte geen stand kan houden en voor vernietiging in aanmerking komt. Ook de aangevallen uitspraak waarbij dat besluit in stand is gelaten, moet worden vernietigd. De

minister zal een nieuwe beslissing moeten nemen op het bezwaar van appellant met inachtneming van hetgeen de Raad heeft overwogen.

5. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding de minister op grond van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de proceskosten van appellant in eerste aanleg tot een bedrag van € 644,- en in hoger beroep tot een bedrag van € 644,- aan kosten van rechtsbijstand.

III. Beslissing

De Centrale Raad van Beroep;

Recht doende:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;
Verklaart het beroep tegen het bestreden besluit gegrond;
Vernietigt het bestreden besluit;
Draagt de minister op een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen met inachtneming van deze uitspraak van de Raad;
Veroordeelt de minister in de proceskosten van appellant tot een bedrag van in totaal € 1.288,-;
Bepaalt dat de minister aan appellant het door hem in eerste aanleg en in hoger beroep betaalde griffierecht van in totaal € 359,- vergoedt.

Deze uitspraak is gedaan door H.A.A.G. Vermeulen als voorzitter en M.C. Bruning en A.J. Schaap als leden, in tegenwoordigheid van P.W.J. Hospel als griffier. De beslissing is uitgesproken in het openbaar op 26 april 2010.

(get.) H.A.A.G. Vermeulen.

(get.) P.W.J. Hospel.

HD

Q

Noot door mr. dr. M. Heemskerk

1. Een maatschappelijk, politiek en juridisch terugkerende vraag is of werknemers die de pensioenleeftijd van 65 jaar bereiken gedwongen kunnen worden te stoppen met werken. De gedachte is eenvoudig: wie de pensioenleeftijd van 65 jaar bereikt gaat met pensioen en dus eindigt zijn arbeidsovereenkomst. Die leeftijdsgrens van 65 jaar is vastgesloten in ons recht maar staat zowel beleidsmatig als juridisch onder druk. Hervormingen van het pensioenstelsel zijn in aantocht en ook daar gaan vraagstukken van intergenerationale solidariteit en leeftijdsdiscriminatie vermoedelijk een prominente rol spelen.

2. Het juridisch instrumentarium bij die vraagstukken wordt gevormd door het verbod op leeftijdsdiscriminatie zoals vastgelegd in Kaderrichtlijn 2000/78/EG en voor Nederland uitgewerkt in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep of beroepsonderwijs (Wgbl).

In deze annotatie bespreek ik de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van 26 april 2010, *RAR* 2010/103, waarin een ambtenaar die 65 jaar werd met succes een beroep deed op het verbod van leeftijdsdiscriminatie om af te dwingen dat hij langer kon doorwerken. Ik plaats die uitspraak in perspectief door hem af te zetten tegen internationale jurisprudentie over pensioenontslag bij 65 jaar bij werknemers. De (on)houdbaarheid van pensioenontslag onder 65 jaar laat ik buiten beschouwing.

3. De uitspraak van de CRvB dat ambtenaren mogen doorwerken na 65 jaar en dat hen het pensioenontslag bij 65 jaar niet kan worden tegengeworpen oogt verrassend. De lijn in de jurisprudentie over pensioenontslag van werknemers is namelijk – zeer kort door de bocht – dat pensioenontslag bij 65 jaar is toegestaan omdat daar een objectieve rechtvaardiging voor is (zie de arresten van het HvJ EG 16 oktober 2007, *NJ* 2008, 38 (*Palacios*), HvJ EG 5 maart 2009, *RAR* 209, 62 (*Age Concern*), HvJ EG 12 oktober 2010 (*Rosenblatt*) en meest recentelijk HvJ EG 18 november 2010, *JAR* 2011, 25 (*Georgiev*)). Artikel 6 van richtlijn 2000/78 geeft lidstaten de mogelijkheid om leeftijds onderscheid objectief te rechtvaardigen op grond van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleidargumenten. De CRvB oordeelt dat die rechtvaardiging er niet is voor het pensioenontslag van ambtenaren en dat het pensioenontslag daarom in strijd is met het Europees recht dat leeftijdsdiscriminatie verbiedt.

4. Voor een goed begrip van de uitspraak is het instructief om het verschil tussen werknemers en ambtenaren te schetsen. Voor werknemers was en is de ontslagleeftijd vrijwel altijd gebaseerd op een pensioenontslagbeding in de (collectieve) arbeidsovereenkomst. Dit is een standaardbeding met als strekking dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar zonder dat opzegging is vereist. Voor ambtenaren gold tot voor kort een wetsbesluit uit 1945 waarin de wet ontslag bij de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar als uitgangspunt voorschreef.

5. Zonder achtergrond van de bijzondere regeling voor ambtenaren is de uitspraak moeilijk te begrijpen. Voor ambtenaren gold

als gezegd een aparte regeling die stamde uit 1945. Het Besluit vaststelling leeftijdsgrens openbare functies van 13 september 1945 (*Stb.* F 173) bepaalde dat, behoudens in zeer bijzondere gevallen, aan personen die op basis van een aanstelling of een arbeidsovereenkomst in openbare dienst in Nederland werkzaam zijn, bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar ontslag wordt verleend met ingang van de eerstvolgende maand. Dit wetsbesluit – het besluit had de status van formele wet want was staatsnoodrecht (de uitzonderlijke toestand ten tijde van het einde van WO II, zie ook hieronder in punt 10) – bepaalde dat de ambtenaar bij 65 jaar ontslagen werd, tenzij het een bijzonder geval betrof. Die lijn was uitgewerkt in artikel 98 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) met de bepaling dat de ambtenaar kon worden ontslagen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

6. Toen doorwerken na 65 jaar hoger op de politieke agenda kwam, werd in 2002 in de cao voor de Sector Rijk afgesproken dat die bepaling uit het ARAR zou worden geschrapt om langer doorwerken van ambtenaren te stimuleren. Daarmee had men buiten het wetsbesluit gerekend want bij cao kan niet van de wet worden afgeweken. Pas na intrekking van het wetsbesluit per 11 mei 2007 (*Stb.* 2007, 168) was de weg vrij om het pensioenontslag bij 65 jaar te schrappen.

7. Op 23 februari 2008 trad een circulaire (tijdelijke gedragslijn) in werking voor ambtenaren (*Stcrt.* 2008, 38) die inhield dat verzoeken van ambtenaren binnen de sector Rijk om na hun 65ste te mogen doorwerken, in beginsel worden gehonoreerd. Deze circulaire had terugwerkende kracht voor ambtenaren binnen de sector Rijk die op of na 11 mei 2007, maar voor 23 februari 2008 65 jaar waren geworden. In 2009 is de werking van de circulaire tijdelijk verlengd omdat bleek dat een 65+ regime nog te gecompliceerd was en intrekking van de pensioenontslagbepaling uit het ARAR daarom nog niet wenselijk werd geacht.

8. Terug naar de zaak. De ambtenaar in kwestie was op 1 januari 2007 eervol ontslag verleend wegens het bereiken (op 15 december 2006) van de 65-jarige leeftijd. Zijn bezwaar tegen dat ongevraagde leeftijdsontslag werd op 26 april 2007 ongegrond verklaard. De rechtbank 's-Gravenhage bevestigde op 14 april 2008, *TAR* 2008, 108 dat dit leeftijdsontslag geoorloofd was en dat de wet- en regelgeving niet onverenigbaar was met de Europese regelgeving, waaronder het verbod van leeftijdsdiscriminatie zoals neergelegd in Kaderrichtlijn

2000/78. De CRvB denkt daar anders over en oordeelt het ontslag in strijd met de Richtlijn.

9. Zoals te verwachten viel, voerde de Minister van Verkeer en Waterstaat aan dat pensioenontslag bij 65 jaar op grond van artikel 7 lid 1 onder b Wgbl en de wetsgeschiedenis objectief gerechtvaardigd werd geacht. In die bepaling staat kort gezegd dat beëindiging van de arbeidsverhouding of het dienstverband van de ambtenaar bij de AOW-gerechtigde leeftijd (of een hogere leeftijd) objectief gerechtvaardigd is. De CRvB merkt op dat dit een andere rechtsvraag betreft, namelijk het algemene pensioenontslag van werknemers en de geldigheid van de in artikel 7 Wgbl neergelegde gedachte dat pensioenontslag bij 65 jaar objectief gerechtvaardigd is. In casu betrof het de toetsing van het wetsbesluit en het tijdelijke overgangsrecht voor ambtenaren.

10. De CRvB oordeelt kort en goed dat er geen objectieve rechtvaardiging is voor het leeftijdsontslag in het wetsbesluit. De oorspronkelijke reden voor ontslag bij 65 jaar – hoge eisen aan de arbeidsprestaties vlak na de oorlog waren voor 65-jarigen in die omstandigheden niet reëel – was niet langer geldig en met de intrekking was elke doelstelling aan het besluit ontvallen. Daarmee was de ambtenaar in kwestie nog niet geholpen want zijn ontslag vond plaats vóór de intrekking van het wetsbesluit op 11 mei 2007, namelijk al op 1 januari 2007.

11. Ook die juridische horde werd genomen en wel op grond van de jurisprudentie van het HvJ EG die maakt dat het verbod tot leeftijdsdiscriminatie een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is dat is geconcretiseerd in Richtlijn 2000/78. Aangezien het wetsbesluit in strijd is met het beginsel van leeftijdsdiscriminatie kan het wetsbesluit buiten toepassing worden gelaten. De CRvB zoekt voor die redenering aansluiting bij de arresten Mangold (HvJ 22 november 2005, *NJ* 2006, 227) en meer recentelijk Küçükdeveci (HvJ 19 januari 2010, *AB* 2010, 89, *JAR* 2010, 53).

In die arresten staat onder meer een verwijzing naar artikel 6 van het EU-Verdrag en artikel 21 lid 1 Handvest EU grondrechten. Die rechtspraak creëert juridische ruimte om wettelijke bepalingen die in strijd zijn met EG-recht – meer in het bijzonder het beginsel van non-discriminatie – buiten toepassing te laten. De idee is dat het beginsel van non-discriminatie de status heeft van Verdrag en prevaleert boven richtlijnen. Die lijn is recent doorgetrokken in het arrest Test-Achat van het HvJ EG 1 maart 2011, C-236/09. Aan het beginsel van non-discriminatie kon de CRvB toetsen, nog los van de vraag of het wetsbesluit in de verticale

relatie overheid en ambtenaar buiten toepassing gelaten kon worden wegens strijd met de Richtlijn (zie daarover punt 13).

12. Naar de kern teruggebracht trekt deze ambtenaar aan het langste eind omdat (1) het wetsbesluit in strijd wordt geacht met het beginsel van non-discriminatie bij leeftijd en (2) er geen objectieve rechtvaardiging is voor een tijdelijke gedragslijn die slechts terugwerkt tot de intrekking van dat wetsbesluit. Het wetsbesluit was al vanaf 2 december 2003 (de omzettingsdatum van Richtlijn 2000/78) niet geldig. Simpel gezegd: er was geen geldige reden voor handhaving van het wetsbesluit, dus liet de CRvB het besluit buiten toepassing.

13. Dat de rechter een wet die in strijd is met de Richtlijn buiten toepassing kan laten in geschillen tussen burgers en overheid is eind november 2010 bevestigd in de hiervoor genoemde uitspraak van het HvJ EG inzake het pensioenontslag van een Bulgaarse hoogleraar bij 68 jaar (HvJ EG 18 november 2010, *JAR* 2011, 25). Het hof overwoog dat bij strijdigheid met de Richtlijn de rechter een strijdige wetsbepaling buiten toepassing kan laten. Dat kon omdat er sprake was van zogenaamde verticale werking (overheid-burger): de universaliteit is aan te merken als onderdeel van de overheid en die kan worden aangesproken. Een andere vraag is of particulieren zich ook jegens werkgevers of pensioenuitvoerders (horizontale werking) daarop kunnen beroepen of dat die partijen kunnen stellen dat zij zich aan de nationale wet houden en dat de overheid aansprakelijk is (op grond van de Francovich doctrine (HvJ EG 19 november 1991, C/90) zou dan de overheid moeten worden aangesproken voor schadevergoeding wegens wetgeving die in strijd is met Europees recht). Bij de CRvB deed die laatste vraag zich niet voor omdat de overheid procespartij was (verticale werking). Met enige voorzichtigheid concludeer ik op basis van de Europese jurisprudentie dat het beginsel van non-discriminatie particulieren een instrument geeft om te claimen dat ook in horizontale verhoudingen (werknemer-werkgever) de wet buiten toepassing gelaten kan worden. Dat geeft de gelijke behandeling tanden.

14. Hoe dan ook, de impact van deze uitspraak voor andere ambtenaren is beperkt. De meeste ambtenaren zullen hebben berust in het ontslag. Dat zij zich met deze uitspraak in de hand weer melden bij hun (overheids)werkgever omdat zij willen doorwerken is onwaarschijnlijk. Bovendien is er een zeer sterke prikkel voor ambtenaren om te stoppen vlak voor de leeftijd van 65 jaar. Ambtenaren die doorwerken tot 65 jaar (of daarna) verliezen namelijk

hun FPU (het VUT/prepensioenpotje voor ambtenaren). Dat leidt tot een fors pensioenverlies. Wie doorwerkt tot 65 jaar is de spreekwoordelijke dief van de eigen portemonnee of – positief geformuleerd – zeer gemotiveerd om door te werken. Dit fenomeen wordt wel aangeduid als de 64-11 problematiek. Bij 64 jaar en 11 maanden stoppen is lucratiever dan doorwerken en staat diametraal tegenover het overheidsbeleid om langer doorwerken te stimuleren. Rechter en ambtenaren van colleges van staat die zijn benoemd tot 70 jaar worden economisch richting pensioen gedreven en zijn – en dat klinkt vreemd – procedures gestart om dat pensioenverlies te adresseren (zie bijvoorbeeld Rechtbank Haarlem 6 augustus 2009, *PJ* 2009, 162; CRvB 3 december 2009, *PJ* 2010, 57).

15. De impact van de CRvB uitspraak voor werknemers lijkt mij eveneens beperkt. Ten eerste overweegt de CRvB dat deze zaak losstaat van de civielrechtelijke toetsing van pensioenontslag op de voet van artikel 7 lid 1 sub b Wgbl. Het gaat om de specifieke vraag naar de toelaatbaarheid van het door de minister in zijn hoedanigheid van werkgever van ambtenaren binnen de sector Rijk gegeven leeftijdsontslag en niet om het generieke pensioenontslag zoals omschreven in de Wgbl, aldus de CRvB. Ten tweede geeft de aangehaalde jurisprudentie van het HvJ EG (*Mangold, Palacios, Age Concern en Georgiev*) beleidsvrijheid aan lidstaten voor pensioenontslag bij een pensioengerechtigde leeftijd met de waarborg van een ouderdomspensioen. Om die reden is deze uitspraak mijns inziens geen bijl aan de wortel van het pensioenontslag bij werknemers.

16. Dat neemt niet weg dat er allerhande, politieke en maatschappelijke ontwikkelingen zijn die de juridische en feitelijke pensioenleeftijd beïnvloeden. Diverse rapporten geschreven in opdracht van de overheid (Commissie Frijns, Pensioen: onzekere zekerheid, januari 2010; Commissie Goudswaard, Rapport commissie toekomstbestendigheid aanvullende pensioenregelingen, december 2009) dringen aan op hervorming van het pensioenstelsel. Een kleine greep uit de plannen: (1) verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd, zowel van de AOW als in het aanvullend pensioen en (2) herziening van "het pensioencontract" door introductie van voorwaardelijke, zachte rechten. Naast deze economische beschouwingen en juridische grenzen lijkt er minder aandacht te zijn voor de vraag of er medische gronden zijn om mensen langer door te laten werken. Een toenemende levensverwachting is een feit, of daaraan een goede gezondheid kan worden gekoppeld lijkt minder zeker. Amerikaans

.....

onderzoek van de Universiteit van Maryland uit 2009 suggereert dat gedeeltelijk doorwerken na je pensioen goed is voor de gezondheid. Promotie-onderzoek uit 2010 laat zien dat versoering van pensioenrechten leidt tot een slechtere gezondheid (R. Montizaan, Pension rights, human capital development and wellbeing, diss. Universiteit Maastricht 2010).

17. Duidelijk is dat het pensioen geen rustig bezit is. Grote veranderingen in het pensioen-

stelsel zijn aanstaande, die voor alle betrokkenen grote (financiële) gevolgen kunnen hebben. Solidariteit tussen generaties bij betaling en ontvangst van pensioen is als een elastiek: rekbaar maar breekbaar. Overgangsrecht en leeftijdscohorten die beduidend slechter af zijn dan andere leeftijdscohorten kunnen leiden tot een gevecht der generaties. De Wgbl en eigendomsrechten (artikel 1 Eerste Protocol EVRM) zijn instrumenten die de juridische (on)mogelijkheden afbakenen.