

Mr.dr.s. M. Heemskerk

Pensioenontslag: tot 2006 geen leeftijdsdiscriminatie?

Uitspraak Gerechtshof Amsterdam 4 december 2003, nr. 663/02 KG

BIJ HET BEREIKEN VAN DE OVEREENGEKOMEN PENSIOENLEEFTIJD EINDIGT DE ARBEIDSOVEREENKOMST VAN RECHTSWEGE (ART. 7:667 LID 1 BW). EEN DOOR PARTIJEN OVEREENGEKOMEN EINDE VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST WEGENS HET BEREIKEN VAN DE PENSIOENLEEFTIJD KAN VERBODEN LEEFTIJDSONDERSCHIED OPLEVEREN. MET ANDERE WOORDEN: LEEFTIJDSDISCRIMINATIE KAN HET OVEREENGEKOMEN EINDE DOORKRUISEN. IN ZIJN UITSpraak VAN 4 DECEMBER 2003 GAAT HET HOF AMSTERDAM IN OP DE VRAAG OF EEN LEEFTIJDSONTSLAG BIJ 62 JAAR VAN EEN WERKNEEMSTER BIJ ING LEEFTIJDSDISCRIMINATIE OPLEVERT.

Mr. drs. M. Heemskerk is werkzaam als promovendus bij de sectie Sociaal Recht van de Vrije Universiteit te Amsterdam en is tevens juridisch medewerker bij HouthoffBuruma te Amsterdam.

Hieronder geef ik een samenvatting van de uitspraak met commentaar. In dit commentaar zal ik onder meer ingaan op de gevolgen van de wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid voor de praktijk.¹

Casus

Verkaik heeft vanaf oktober 1989 tot november 1995 arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gehad bij ING. Vanaf 1996 had zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In de bijbehorende aanstellingsbrief was onder meer bepaald dat de CAO voor het bankbedrijf van toepassing is en dat het dienstverband in ieder geval zal eindigen op de reglementaire pensioendatum. Op het moment dat partijen de arbeidsovereenkomst sloten (mei 1996) was de CAO voor het bankbedrijf algemeen verbindend verklaard. De pensioenleeftijd bedroeg 65 jaar en de CAO kende een vrijwillige VUT-regeling vanaf 60 jaar. De ondernemings-CAO van ING, die gold van juni 2000 tot april 2002, kende een bepaling die inhield dat de arbeidsovereenkomst eindigde in de maand dat de werknemer 62 jaar werd, tenzij werd overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst werd voortgezet. De arbeidsovereenkomst eindigde in ieder geval op 65-jarige leeftijd. Verkaik is in februari 2002 62 jaar geworden en verzocht ING haar arbeidsovereenkomst voort te zetten tot haar 65°. ING heeft dit verzoek afgewezen en Verkaik niet meer tot het werk toegelaten. In kort geding heeft Verkaik tewerkstelling en loonbetaling gevorderd.

Oordeel kantonrechter

De kantonrechter heeft de vorderingen van Verkaik toegewezen op de grond dat het ontslag verboden leeftijds onderscheid oplevert (Kantonrechter Amsterdam 19 april 2002, PJ 2002, 113; JAR 2002, 173). De kantonrechter over-

woog dat ter beantwoording van de vraag of het in de CAO gemaakte leeftijds onderscheid op grond van art. 1 Gw en art. 26 IVBPR verboden is moet worden nagegaan of met dit onderscheid een objectief gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd, of het onderscheid kan worden aangemerkt als een geschikt en noodzakelijk middel om dat doel te bereiken en of dat doel niet op andere wijze kan worden bereikt. 'Als uitkomst van een langdurige maatschappelijke ontwikkeling wordt thans in zeer veel arbeidssectoren de 65-jarige leeftijd als moment van verplichte pensionering wegens veronderstelde afname van de spankracht gehanteerd', aldus de kantonrechter. De kantonrechter nam aan dat ontslag op die leeftijd vooralsnog gerechtvaardigd was. Dit gold niet voor het hanteren van andere leeftijdsgrenzen. Hiervoor was een bijzondere rechtvaardiging nodig. ING voerde als objectieve rechtvaardigingsgrond aan 'dat het nu eenmaal een gegeven feit is dat, naarmate de leeftijd toeneemt, de mogelijkheden van medewerkers om met volle kracht in het arbeidsproces werkzaam te zijn, afnemen.' De kantonrechter zag daar geen objectieve rechtvaardigingsgrond in. Het uitsluiten van werknemers op 62-jarige leeftijd omdat hun spankracht in het algemeen afneemt, zonder dat een inhoudelijke toetsing van de concrete invulling van de taak heeft plaatsgevonden, leverde onvoldoende rechtvaardiging op voor het onderscheid naar leeftijd. De vorderingen van de werknemster werden daarom toegewezen. ING is vervolgens in hoger beroep gegaan.

Oordeel Hof

GELDENDE PENSIOENLEEFTIJD

De eerste vraag die het Hof moest beantwoorden, was de vraag naar de geldende pensioenleeftijd. Verkaik stelde dat dit de pensioenleeftijd was die in de algemeen verbindend verklaarde CAO voor het Bankbedrijf was opgenomen die in 1996 van toepassing was, te weten 65 jaar. Verkaik stelde dat zij niet gebonden was aan de ING-CAO

¹ Wet van 17 december 2002, Stb. 2004, 30. De wet zal op 1 mei 2004 in werking treden, zie Kamerstukken II 2003-2004, 28 170, nr. 27.

nu zij geen lid was van een vakbond en de ING-CAO niet algemeen verbindend was verklaard. Verkaik stelde voorts dat, aangezien zij niet akkoord was gegaan met een wijziging van de pensioenleeftijd, de pensioenleeftijd gold die zij was overeengekomen (65 jaar) en niet de pensioenleeftijd van 62 jaar die in de ING-CAO stond.

Het Hof heeft dit standpunt verworpen en oordeelde dat het de bedoeling van partijen was dat ook opvolgende CAO's van toepassing zouden zijn op de arbeidsverhouding. Het Hof zag voorshands ook voldoende aanwijzingen dat Verkaik de toepasselijkheid van de nieuwe CAO's had aanvaard. Daarbij verwees het Hof naar correspondentie en de ingenomen houding in eerste aanleg. Derhalve gold voor Verkaik in beginsel de pensioenleeftijd van de ING-CAO, 62 jaar.

Volgens de ING-CAO regeling eindigde het dienstverband op 62-jarige leeftijd, tenzij werd overeengekomen dat het dienstverband voort zou duren. Verkaik verzocht het dienstverband voort te zetten, hetgeen ING heeft afgewezen. Na een verzoek om motivering heeft ING laten weten dat zij zich niet gehouden achtte een motivering te verstrekken, maar zij wilde onverplicht toelichten dat ING gelet op de functie van Verkaik (callcenter-agent) verwachtte dat Verkaik op termijn niet meer aan de functie-eisen kon voldoen. Verkaik stelde dat het dienstverband eindigde bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Het dienstverband kon volgens Verkaik zonder haar instemming niet eindigen bij het bereiken van de leeftijd van 62 jaar. Het Hof oordeelde dat niet over de beëindiging overeenstemming vereist was maar over de voortzetting.

LEEFTIJDSDISCRIMINATIE

De tweede vraag aan het Hof betrof de geldigheid van het pensioenontslag op 62-jarige leeftijd. Het Hof overwoog als volgt: 'Verkaik beroept zich erop dat pensionering op 62-jarige leeftijd discriminatie oplevert, hetgeen in strijd is met art. 1 Gw en art. 26 IVBPR. Van genoemde artikelen kan slechts worden afgeweken indien hiervoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat, waarna Verkaik de punten bespreekt waaraan volgens haar door de politiek en in de jurisprudentie wordt getoetst om na te gaan of sprake is van objectieve rechtvaardiging. Deze punten zijn:

1. een groot maatschappelijk draagvlak;
2. aansluiting bij de sociale zekerheidswetgeving;
3. goede arbeidsparticipatie;
4. compensatie voor verlies aan inkomen.'

Ondanks de ingrijpende consequenties van de verlaagde pensioenleeftijd voor Verkaik is er naar het voorlopig oordeel van het Hof geen aanleiding om de gevorderde voorziening toe te wijzen, om de volgende redenen.

Ad 1

Nu een pensioenleeftijd van 62 jaar de uitkomst is van onderhandelingen met de bonden en die uitkomst in de gehele sector financiële dienstverlening dezelfde is, moet voorshands worden geoordeeld dat sprake is van een groot maatschappelijk draagvlak.

Ad 2

Als gevolg van een gunstige prepensioenregeling zal Ver-

kaik vanaf haar 62^e tot haar 65^e aanzienlijk meer ontvangen dan het pensioen dat zij na afloop daarvan zal krijgen en dit pensioen zal bovendien op een hoogte zijn alsof Verkaik tot haar 65^e had doorgewerkt.

Ad 3

ING heeft uiteengezet dat het invoeren van een pensioenleeftijd van 62 jaar het gevolg is geweest van de overgang van de bestaande VUT-regeling naar een nieuwe pensioenregeling. De VUT-regeling was ingevoerd om de doorstroming en de werkgelegenheid te bevorderen. De – door Verkaik niet betwiste – uiteenzetting van ING dat vervroegde pensionering een goed instrument is ter bevordering van de arbeidsparticipatie en doorstroming binnen ING achtte het Hof steekhoudend.

Ad 4

Ten aanzien van de compensatie voor inkomensverlies stelde Verkaik dat haar inkomen er als gevolg van vervroegde pensionering zo'n € 15.000,- op achteruit zou gaan. Het Hof oordeelde dat zij niet heeft verdisconteerd dat zij gelegenheid heeft kosten te besparen en dat zij bovendien met behoud van prepensioenen elders kan werken.

Volgens het voorlopig oordeel van het Hof voldeed de door ING getroffen regeling c.q. de CAO aan de door Verkaik genoemde punten.

WETSVOORSTEL GELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN LEEFTIJD BIJ DE ARBEID

Beide partijen hebben in de procedure verwezen naar, onderscheidenlijk zich beroepen op Richtlijn 2000/78/EG en het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid² (inmiddels wet, deze zal per 1 mei 2004 in werking treden). Het Hof gaat in op art. 7 van het (toenmalige) wetsvoorstel, dat bepaalt dat het verbod van onderscheid niet geldt indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Daarnaast noemt het Hof dat CAO-partijen ingevolge de Memorie van Toelichting een termijn hebben om CAO's aan te passen aan het verbod op onderscheid naar leeftijd. Voorts merkt het Hof op: '(...) in aanmerking genomen de achtergrond van het invoeren van de ING-CAO en het doel dat ING met de invoering ervan beoogde te bereiken, kan naar het voorlopig oordeel van het Hof niet worden gezegd dat het door ING gemaakte leeftijds onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is. Er is sprake van een legitiem doel, het vervangen van de te dure en in de uitwerking onrechtvaardige (...) VUT-regeling, terwijl de gehanteerde middelen voor het bereiken van dat doel voorshands als passend en noodzakelijk kunnen worden aangemerkt.' Het Hof verwierp het beroep van Verkaik op verboden leeftijds onderscheid.

Commentaar

De kwestie van het gedwongen einde van de arbeidsovereenkomst wegens pensionering is een regelmatig terug-

² Kamerstukken 2001-2002, 28 170.

kerend thema in arbeids- en pensioenjurisprudentie.³ Het betrof ook in deze zaak de vraag wanneer een einde van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioenleeftijd (pensioenontslag) verboden leeftijdsonderscheid oplevert. De kantonrechter oordeelde in eerste aanleg dat sprake was van leeftijdsdiscriminatie.⁴ De door ING aangevoerde objectieve rechtvaardigingsgrond voor het leeftijdsonderscheid, inhoudende dat – kort gezegd – ouderen nu eenmaal minder ‘spankracht’ hebben, werd door de kantonrechter verworpen. Het Hof Amsterdam oordeelt in hoger beroep dat pensioenontslag op 62-jarige leeftijd in dit geval geen leeftijdsdiscriminatie meebrengt.

Een analyse

TOETSINGSKADER

Verkaik stelde dat de CAO-bepaling, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd van 62 jaar, in strijd is met het discriminatieverbod van art. 1 Gw en art. 26 IVBPR. Hoewel leeftijdsonderscheid niet expliciet noemen, valt leeftijdsonderscheid – door de ‘open’ formulering in genoemde bepalingen – onder de discriminatieverboden. Leeftijdsonderscheid is slechts toegestaan wanneer het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van een pensioenleeftijd – zoals hier het geval is – vereist een objectieve rechtvaardiging. In lagere rechtspraak is de vraag of sprake is van een objectieve rechtvaardiging bij een pensioenontslagleeftijd beantwoord aan de hand van de criteria van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG). Deze criteria zijn ontwikkeld in de rechtspraak van het HvJ EG inzake objectieve rechtvaardiging naar geslacht.⁵ Of sprake is van een objectieve rechtvaardiging wordt beoordeeld aan de hand van de criteria legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. Uit EG-jurisprudentie inzake de objectieve rechtvaardiging kan worden afgeleid dat een aan te voeren rechtvaardiging steeds goed onderbouwd moet zijn. Te algemene, generaliserende argumenten zullen onvoldoende rechtvaardiging opleveren.⁶ In dit licht bezien is het niet verwonderlijk dat de kantonrechter gehakt maakte van het in eerste aanleg door ING aangevoerde argument dat – kort gezegd – oudere werknemers nu eenmaal minder productief zijn.

ARGUMENTEN VOOR EEN OBJECTIEVE

RECHTVAARDIGING

Afwijking van art. 1 Gw en art. 26 IVBPR is –zoals gezegd – slechts mogelijk indien daarvoor een objectieve recht-

vaardiging bestaat. Verkaik noemt de hierboven reeds genoemde vier punten waaraan door de politiek en in de jurisprudentie wordt getoetst om na te gaan of sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Deze punten vallen deels samen met argumenten uit het arrest van HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (Codfried/ISS). De Hoge Raad gaf daar (r.o. 3.6) de volgende argumenten die leiden tot de conclusie dat leeftijdsontslag bij 65 jaar objectief gerechtvaardigd is:

- 1) het zonder aanzien des persoons hanteren van een objectief criterium (leeftijd van 65 jaar);
- 2) het vrijkomen van arbeidsplaatsen voor jongere werknemers (doorstroming);
- 3) compensatie voor inkomensverlies.

De Hoge Raad verwees in zijn arrest niet expliciet naar de HvJ EG toetsingscriteria. Het Gerechtshof loopt de door Verkaik aangedragen punten langs. Hieronder zal ik nader op deze punten ingaan.

• groot maatschappelijk draagvlak

De term groot maatschappelijk draagvlak is – naar ik vermoed – ontleend aan de jurisprudentie inzake de 65-jarige ontslagleeftijd.⁷ Voor leeftijdsontslag bij 65 jaar bestond volgens de Hoge Raad een groot maatschappelijk draagvlak. Aangezien de pensioenleeftijd van 62 jaar de uitkomst is van onderhandelingen met de bonden en die uitkomst in de gehele sector financiële dienstverlening dezelfde is, oordeelde het Hof dat sprake is van een groot maatschappelijk draagvlak.

Hier wil ik de volgende kanttekening bij plaatsen. Werkgevers en werknemers kunnen gebruik maken van hun contractsvrijheid en in de CAO een pensioenontslagleeftijd afspreken. Dat betekent niet dat CAO-afspraken automatisch leeftijdsdiscriminatie ‘proof’ zijn. Uit rechtspraak van het HvJ EG volgt dat een CAO geen rechtvaardiging oplevert voor verboden onderscheid.⁸ Ook een ontslag op grond van een in de CAO opgenomen pensioenleeftijd vereist een objectieve rechtvaardiging. Een in de bedrijfstak- of ondernemings-CAO opgenomen pensioenleeftijd kan mijns inziens een aanwijzing vormen dat er maatschappelijk draagvlak is binnen de bedrijfstak of onderneming; dat brengt niet automatisch mee dat leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is.

• aansluiting bij de sociale zekerheidswetgeving en inkomenscompensatie

Het maatschappelijk draagvlak voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar (zie HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430) bestaat onder meer gezien de aansluiting bij arbeids-, pensioen- en sociale zekerheidswetgeving. Deze aansluiting is er volgens het Hof in dit geval door de gunstige prepensioenregeling, als gevolg waarvan Verkaik van 62 tot 65 jaar meer zal ontvangen dan het pensioen dat zij na afloop daarvan zal ontvangen. Bovendien – zo stelt het Hof – kent het pensioen een hoogte alsof Verkaik tot haar 65^e had doorgewerkt.

De arbeids-, pensioen- en sociale zekerheidswetgeving gaat er van uit dat men tot zijn 65^e aan het arbeidsproces

3 Zie recent nog Rb. Arnhem 16 januari 2003, PJ 2003, 94, Hof Amsterdam 3 april 2003, PJ 2003, 95, Ktr. Haarlem 11 juni 2003, PJ 2003, 96, Ktr. Deventer 28 mei 2003, PJ 2003, 97. Zie ook PJ 2001, 3, PJ 2001, 6 en PJ 2001, 10.

4 Ktr. Amsterdam 19 april 2002, PJ 2002, 113, JAR 2002, 173.

5 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, NJ 1982, 419 (Jenkins/Kinsgate); HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84 (Bilka/Weber), Jur. p. 1607.

6 HvJ EG 13 juli 1989, zaak 171/88, Jur. 1989, p. 2743 (Rinner/Kühn).

7 HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (Codfried/ISS); HR 1 november 2002, PJ 2002, 123; NJ 2002, 622 (Op 't Land).

8 HvJ EG 9 september 1999, zaak 281/97, RN 2000, 1163 (Krüger); HvJ EG 7 februari 1991, zaak 184/89, Jurispr. blz. I-297, punt 11, NJ 1993, 171 (Nimz); HvJ EG 27 juni 1990, zaak 33/89, Jur. 1990, p. I-2591, NJ 1992, 742 (Kowalska).

deelneemt. De wettelijke pensioenleeftijd bedraagt 65 jaar. Het aanvullende (op een arbeidsverhouding gebaseerde) pensioen heeft geen vastgelegde leeftijdsgrens en ligt vaak lager dan 65 jaar. Hoewel een arbeidspensioen vaak eerder ingaat dan de leeftijd van 65 jaar, houdt het wel rekening met de wettelijke pensioenleeftijd. Het verlies aan inkomen wordt ondervangen door de inkomensvoorziening tot 65 jaar te compenseren. Het ontvangen van een vervangend inkomen kan een rol spelen bij de beoordeling van de proportionaliteit.⁹

- *goede arbeidsparticipatie*

Volgens ING is invoering van de pensioenleeftijd van 62 jaar het gevolg geweest van de overgang van de bestaande VUT-regeling naar een nieuwe pensioenregeling. In een tijd van oplopende werkloosheid past een vervroegde pensioendatum, aldus ING. De – door Verkaik niet betwiste – uiteenzetting van ING dat vervroegde pensionering een goed instrument is ter bevordering van de arbeidsparticipatie en doorstroming binnen ING acht het Hof steekhoudend.

Ik vermoed dat onder de noemer goede arbeidsparticipatie ING het argument van de doorstroming binnen de onderneming heeft ingezet. Na de omzetting van de VUT-regeling in de nieuwe pensioenregeling vervult laatstgenoemde regeling de doorstromings- en werkgelegenheidsbevorderingsfunctie. Het doorstromingsargument voor een pensioenontslag bij een leeftijd lager dan 65 jaar is in de jurisprudentie verscheidene malen geaccepteerd als objectieve rechtvaardigingsgrond. De door Martinair en KLM gehanteerde ontslagleeftijd van 56 jaar voor verkeersvliegers was objectief gerechtvaardigd wegens de doorstroming van piloten. Daarnaast woog de rechter mee dat de ontslagleeftijd niet was opgelegd, maar bij CAO was overeengekomen.¹⁰ Ook het beëindigen van een arbeidsovereenkomst met een 62-jarige floor manager bij Holland Casino werd objectief gerechtvaardigd door het doorstromingsargument.¹¹

Dit betekent niet dat de inzet van doorstroming als objectieve rechtvaardigingsgrond, gekoppeld aan een CAO-afpraak, in alle gevallen leidt tot een geoorloofd leeftijds onderscheid. Ook het doorstromingsargument dient te voldoen aan de vereisten van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. In tijden van een krappe arbeidsmarkt zullen pensioenontslagen vóór 65 jaar minder snel noodzakelijk (proportioneel) zijn. Het is niet duidelijk in hoeverre de ruime arbeidsmarkt in het geval van Verkaik bijgedragen heeft aan het oordeel van het Hof. Naast de arbeidsmarkt kunnen zowel de ontslagleeftijd als de functie een rol spelen bij de toetsing. Dat een ontslagleeftijd van 56 jaar voor vliegers objectief gerechtvaardigd kan worden, betekent niet dat elke beroepsgroep een ontslagleeftijd van 56 jaar zal mogen hanteren. Daarnaast is niet ondenkbaar dat voor sommige beroepen geldt dat de doorstroming plaatsvindt door middel van individuele keuringen. Werknemers die hun functie niet meer kunnen vervullen, dienen dan plaats te maken. Een leeftijdsgrens is dan niet noodzakelijk voor de doorstroming (vergelijk Hof Amsterdam 13 januari 2000, KG 2000, 42, Uilenberg; overigens betrof dit geen pensioenontslag).

HET WETSVOORSTEL

Op de gevolgen van de wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid zal ik hieronder ingaan. Op deze plaats bespreek ik de toetsing en motivering van het Hof aan het toenmalige wetsvoorstel. De objectieve rechtvaardigingstoets van de wet gaat uit van de criteria van het HvJ EG en is vastgelegd in art. 7. ING voerde de vervanging van de 'dure en in de uitwerking onrechtvaardige VUT-regeling' aan als objectieve rechtvaardiging voor een ontslagleeftijd van 62 jaar. Het Hof acht het vervangen van de te dure en in de uitwerking onrechtvaardige VUT-regeling een legitiem doel, dat passend en noodzakelijk is. Daarbij is tevens van belang dat de wetgever blijkens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel de rechtspraak gelegenheid geeft om zich op de verandering voor te bereiden en een termijn geeft om lopende CAO's aan te passen.

Ook een beroep op de toetsingscriteria van de wet bood Verkaik geen soelaas. Het oordeel van het Hof dat de vervanging van de VUT-regeling –in samenhang met de hiervoor besproken argumenten – objectief gerechtvaardigd is, vind ik niet verwonderlijk omdat ook hier de objectieve rechtvaardiging getoetst wordt.

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid zal op 1 mei 2004 in werking treden en verbiedt het maken van leeftijds onderscheid.¹² Een pensioenleeftijd vormt op grond van art. 8 geen verboden onderscheid. Het staat partijen vrij om elke pensioenleeftijd overeen te komen. Een aan de pensioenleeftijd gekoppeld ontslag kan wél verboden onderscheid opleveren. De pensioenleeftijd kan volgens de wet ongelijk zijn aan de beëindigingsleeftijd. Lutjens constateert dat pensioenleeftijd en ontslag in de wet uit elkaar getrokken worden.¹³ Een beëindigingsleeftijd lager dan 65 is volgens de wet niet toegestaan, tenzij deze objectief gerechtvaardigd is. De MvT bij het wetsvoorstel gaat er van uit dat voor de leeftijdsgrens van 65 een groot maatschappelijk draagvlak bestaat. De leeftijdsgrens van 65 jaar bewerkstelt een objectief criterium zonder aanzien des persoons, ligt ten grondslag aan de sociale zekerheidswetgeving en bij 65 jaar krijgt men een inkomensvervanging.¹⁴ De ontslagleeftijd van 65 jaar (of hoger) is daarmee objectief gerechtvaardigd en hoeft niet meer getoetst te worden aan de vereisten van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. De wetgever heeft deze afweging al gemaakt en forfaitair bepaald dat leeftijdsontslag vanaf 65 jaar objectief gerechtvaardigd is. Een ontslagleeftijd lager dan 65 jaar levert in beginsel verboden leeftijds onderscheid op.

⁹ Kamerstukken I 2003-2004, 28 170, C, p. 12-13.

¹⁰ Rb. Haarlem 19 november 2002, JAR 2002, 290; Ktr. Haarlem 25 april 2001, PJ 2001, 46; JAR 2001/104; Ktr. Amsterdam 5 juli 2001, JAR 2001, 144.

¹¹ Gerechtshof 3 april 2003, PJ 2003, 95; Ktr. Haarlem 11 juni 2003, PJ 2003, 96.

¹² Kamerstukken II 2003-2004, 28 170, nr. 27.

¹³ E. Lutjens, 'Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 217-221.

¹⁴ Zie Kamerstukken II 2001-02, 28 170, nr. 5, p. 31. Hier lijkt de MvT aan te sluiten bij de argumenten van de uitspraken van de Hoge Raad van 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (Codfried/ISS).

*OVERGANGSRECHT PENSIOENONTSLAG: UITSTEL
TOT 2006*

De wet zal voor een lagere ontslagleeftijd dan 65 jaar pas ingaan op 3 december 2006. Dit komt door het bepaalde in art. 16, tot stand gekomen na aanneming van het amendement Weekers c.s.¹⁵ Art. 16 geeft sociale partners en individuele werkgevers tot 2 december 2006 de tijd om in (collectieve) arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen opgenomen bepalingen, waarin aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (verplicht) ontslag voor werknemers is gekoppeld, aan te passen aan het wetsvoorstel.

Vanaf 1 mei 2004 tot 3 december 2006 kan een werkgever een werknemer op grond van de wet dwingen met pensioen en deswege uit dienst te gaan indien dit in de CAO is afgesproken, aldus de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer. De Memorie van Antwoord vervolgt: 'Een ontslagleeftijd hoeft in deze periode niet objectief gerechtvaardigd te worden. (...) Na de overgangperiode dient een werkgever de beëindiging van de arbeidsverhouding op een leeftijd lager dan 65 jaar objectief te kunnen rechtvaardigen.'¹⁶ Dit geldt voor leeftijden die voor inwerking-treding van de wet in de (individuele of collectieve) arbeidsovereenkomst of pensioenregeling waren opgenomen.

De wetgever heeft er voor gekozen dat een ontslag wegens het bereiken van de pensioenleeftijd vanaf inwerking-treding van de wet tot 3 december 2006 in alle gevallen geoorloofd is. De wetgever heeft de objectieve rechtvaardigingstoets zelf beoordeeld, rechterlijke toetsing is kennelijk niet meer vereist. Dit betekent dat partijen tot mei 2004 elke beëindigingsleeftijd kunnen vastleggen. In principe zouden werkgever en werknemer tot die tijd een beëindiging wegens het bereiken van een pensioenleeftijd van 55, 50 of waarom niet 45 overeen kunnen komen en daarvoor geen rechtvaardiging hoeven geven. Alhoewel je vraagtekens kunt plaatsen bij een 'ouderdomspensioen' bij 45 of 50 jaar. Gedwongen beëindiging bij 'lage' pensioenleeftijden, het is mogelijk. Natuurlijk is dit een gechargeerd voorbeeld en zal het –alleen al wegens de financiële consequenties¹⁷ – zo'n vaart niet lopen. Eerder stoppen is immers een dure aangelegenheid voor de werkgever; daarnaast is de opbouwtijd voor de pensioen-voorziening erg kort.

TOT 2006 GEEN VERBODEN ONDERSCHIED?

De wetgever heeft in art. 16 forfaitair bepaald dat iedere beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens pensioeningang tot 2006 objectief gerechtvaardigd is. De rechter hoeft –door de keuze van de wetgever – geen objectieve rechtvaardigingstoets meer uit te voeren. Het achterwege laten van de objectieve rechtvaardigingstoets door de rechter tot eind 2006 betekent een breuk met het

toetsingskader van de rechter in de jurisprudentie. De rechter dient op grond van art. 26 IVBPR – een ieder verbindende bepaling die rechtstreekse werking heeft¹⁸ –het onderscheid aan de objectieve rechtvaardigingscriteria te toetsen. De vraag rijst wat er gebeurt indien een werknemer vóór 2006 met een voor 1 mei 2004 in de CAO opgenomen pensioenleeftijd van bijvoorbeeld 60 of 55 jaar wil doorwerken en –als vanouds – een beroep doet op art. 26 IVBPR. Dient een rechter de objectieve rechtvaardigingstoets in dat geval achterwege laten? Het lijkt een onmogelijke spagaat. Toetst hij wel, dan passeert hij de keuze van de wetgever; toetst hij niet, houdt hij zich dan nog wel aan art. 26 IVBPR?

Het verschil tussen art. 26 IVBPR en art. 16 Wet Leeftijdsdiscriminatie is alleen van belang voor zover de uitkomst van de toetsing verschillend is. Bij strijdigheid van art. 16 met art. 26 IVBPR dient art. 16 op grond van art. 94 Gw achterwege te blijven. Het is de vraag in hoeverre er verschillen bestaan. Zowel het IVBPR als de Richtlijn 2000/78/EG en de Wet leeftijdsdiscriminatie gaan uit van dezelfde criteria van het HvJ EG (zie bijvoorbeeld art. 7 Wet leeftijdsdiscriminatie).¹⁹ De rechter zal op grond van art. 26 IVBPR tot een toetsing overgaan, maar te verwachten valt dat hij bij de interpretatie daarvan betekenis toekent aan de keuze van de wetgever. Toch acht ik het niet ondenkbaar dat een rechter in sommige gevallen oordeelt dat sprake is van verboden leeftijds onderscheid. Een objectieve rechtvaardiging kan mijns inziens ontbreken bij een beëindiging op grond van een zeer lage pensioenleeftijd (bijvoorbeeld een ongebruikelijk lage pensioenleeftijd voor de branche die niet noodzakelijk is) en te algemene, generaliserende argumenten (zoals de afnemende productiviteit van oudere werknemers). Ik verwacht niet dat dit zich in de praktijk veelvuldig zal voordoen.

Ik vraag mij af waarom uitstel voor sociale partners om de bepalingen inzake pensioenontslag aan te passen aan de wet niet plaats kan vinden met handhaving van de objectieve rechtvaardigingstoets zoals die nu bestaat op grond van art. 26 IVBPR. Daaraan moest immers tot nu toe ook al voldaan zijn. Art. 16 geeft sociale partners niet alleen de ruimte om de CAO's en pensioenregelingen aan te passen, maar creëert mogelijkheden die wellicht niet voldoen aan art. 26 IVBPR.

TOEKOMST

Na 2006 blijft de objectieve rechtvaardigingstoets bestaan. Uiteraard is nog onzeker hoe de interpretatie en invulling door de rechter zich vanaf december 2006 zal ontwikkelen. Naar aanleiding van vragen van de CDA-fractie naar de inhoudelijke meerwaarde van de wet boven de huidige rechtspraktijk – de objectieve rechtvaardigingstoets blijft immers hetzelfde – antwoordde de regering onder meer dat de wet meer duidelijkheid biedt aan de rechtspraktijk. De verduidelijking bestaat volgens de regering uit het zo concreet mogelijk aangeven wanneer sprake is van gerechtvaardigd onderscheid en de opname van de criteria in art. 7. Een andere meerwaarde ziet de regering in de verschuiving van de bewijslast.²⁰ De Wet leeftijdsdiscriminatie en het kabinetsbeleid – dat gericht is op een verhoging van de arbeidsdeelname van ouderen – lijken voorzichtig de kant uit te wijzen van een strengere beoordeling van de objectieve rechtvaardigingstoets. In de Kamerstukken zijn aanwijzingen te vinden voor de stel-

¹⁵ Kamerstukken II, 2003-2004, 28 170, nr. 17.

¹⁶ Kamerstukken I 2003-2004, 28 170, C, p. 2.

¹⁷ Fiscaal lijkt een lage pensioenleeftijd geen probleem op te leveren aangezien de Wet LB lage pensioenleeftijden niet verbiedt. Een ouderdomspensioen bij 45 financierien is zeer kostbaar, gezien de korte opbouwperiode en de lange uitkeringsperiode.

¹⁸ Zie conclusie A-G Wattel, HR 7 maart 2003, NJ 2004, 59. Zie ook HR 2 februari 1982, NJ 1982, 424 en CRvB 7 december 1988, NJCM-bulletin 1989 p. 71.

¹⁹ Kamerstukken II 2003-04, 28 170 nr. 3, p. 25.

²⁰ Kamerstukken II 2001-2002, nr. 5, p. 17. Zie artikel 12 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.

ling dat de regering het proportionaliteitsvereiste (de noodzakelijkheid) wil aanscherpen. 'De vraag die echter altijd moet worden beantwoord, is of het hanteren van vaste leeftijdsgrenzen in alle gevallen noodzakelijk is om dit doel te bereiken of dat in bepaalde sectoren niet van een minder vergaand middel – zoals een individuele beoordeling van de geschiktheid – gebruik kan worden gemaakt.²¹ De regering verwijst daarbij naar het Uilenberg-arrest van het Hof Amsterdam.²² Zij komt tijdens de parlementaire behandeling vaker met dit arrest als voorbeeld.²³ Onduidelijk is of zij dit arrest – waarbij geen objectieve rechtvaardiging werd aangenomen – als uitgangspunt neemt om te benadrukken dat de noodzakelijkheid niet snel mag worden aangenomen en zij aanstuurt op een aanscherping van dit criterium, of dat het slechts een voorbeeld is. Saillant detail is het feit dat het in casu ging om een beëindiging op grond van het bereiken van een leeftijd, maar niet om het bereiken van een pensioenleeftijd. Of de rechter deze objectieve rechtvaardigingsnorm na 2006 strenger toepast, zal de toekomst moeten uitwijzen.

Conclusie

Het oordeel van het Hof is niet verrassend. Na de uitspraak van de kantonrechter heb ik al aangegeven dat ik niet uitsloot dat een beroep van ING op het doorstromingsargument en de stelling dat de pensioenleeftijd in de CAO was opgenomen in hoger beroep kans van slagen zou hebben.²⁴ Een pensioenontslag bij een leeftijd van

62 jaar met als argumenten de doorstroming en een CAO-afspraken is in de rechtspraak meermalen geaccepteerd.²⁵ Deze uitspraak van het Amsterdamse Hof past in het beeld van de rechtspraak tot nu toe. Dat wil niet zeggen dat doorstroming altijd een objectieve rechtvaardiging vormt. Factoren die daarbij een rol kunnen spelen zijn bijvoorbeeld de stand van de arbeidsmarkt, de beroepsgroep en de ontslagleeftijd.

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid treedt op 1 mei 2004 in werking. Art. 16 van deze wet geeft sociale partners tot december 2006 de tijd om hun arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen aan te passen. Een beëindiging van een arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van een pensioenleeftijd vormt volgens de wet geen verboden onderscheid indien de ontslagleeftijd vóór 1 mei 2004 in CAO of pensioenregeling is vastgelegd. Pensioenfondsbestuurders en sociale partners doen er verstandig aan om zich tot 2006 niet blind te staren op art. 16. Zij dienen met een schuin oog te kijken of hun regeling thans voldoet aan art. 26 IVBPR. Of de Wet leeftijdsdiscriminatie na 2006 leidt tot een strengere toetsing door de rechter is onzeker, al zijn er voorzichtige aanwijzingen dat het proportionaliteitscriterium aangescherpt wordt. Sociale partners en pensioenfondsbestuurders zullen zichzelf de vraag moeten stellen of zij de in de CAO of pensioenregeling opgenomen beëindiging van de arbeidsverhouding op een leeftijd lager dan 65 jaar per 3 december 2006 objectief kunnen rechtvaardigen.

²¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 35.

²² Hof Amsterdam 13 januari 2000, KG 2000, 42.

²³ Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 19, 22, 35. Kamerstukken II 2001-2002, 28 170, nr. 3, p. 33.

²⁴ Zie M. Heemskerck, *Vervroegd pensioen zonder dat de arbeidsovereenkomst eindigt?*, SR 2003-10, p. 300.

²⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 19 november 2002, PJ 2003, 15, JAR 2002, 290; Kantonrechter Haarlem 11 juni 2003, PJ 2003, 96 en onderhavige zaak.