

Vervroegd pensioen zonder dat de arbeidsovereenkomst eindigt?

70 Hoe en wanneer eindigt de arbeidsovereenkomst indien partijen geen pensioenleeftijd zijn overeengekomen? Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer eenzijdig beëindigd mag worden.¹ De vraag werpt zich op of mogen ook moeten betekent: is eenzijdige beëindiging vereist of eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege? In deze bijdrage wil de auteur aantonen dat de Hoge Raad deze laatste mogelijkheid niet uitsluit.

Het bereiken van een door partijen overeengekomen pensioenleeftijd is te kwalificeren als een einde van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Leeftijdsdiscriminatie kan het overeengekomen einde echter in de weg staan. Aan de hand van jurisprudentie en het Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie op grond van leeftijd bij de arbeid² (verder: Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie) gaat de auteur in op de gevolgen daarvan.

1 Inleiding

Bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar bestaat er voor ingezetenen een recht op wettelijk pensioen (AOW). Naast dit algemene pensioen kunnen werknemers(-) en werkgevers(organisaties) op basis van een arbeidsverhouding een aanvullend pensioen overeenkomen.³ Dit aanvullend pensioen kan ingaan op de AOW-leeftijd, maar het staat partijen vrij een lagere pensioenleeftijd overeen te komen.⁴ Het overeenkomen van een (lagere) pensioenleeftijd brengt mee, dat het bereiken van de pensioenleeftijd het einde van de arbeidsovereenkomst inhoudt: dit is de pensioenregel.⁵ In het eerste gedeelte van deze bijdrage ga ik na in welke gevallen de pensioenregel geldt en wat de juridische gronden voor de pensioenregel zijn. Tevens beschrijf ik hoe het einde van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioenleeftijd werkt voor de twee grootste groepen werknemers: 'civielrechtelijke' werknemers (par. 2) en ambtenaren (par. 3). Het komt vaak voor dat werknemers(-) en werkgevers(organisaties) een pensioenregeling overeenkomen, waarin een pensioenleeftijd staat. Bij een pensioenleeftijd lager dan de AOW-leeftijd eindigt de arbeidsovereenkomst eerder en kunnen werknemers vervroegd met pensioen. Partijen moeten wel een objectieve rechtvaardiging hebben om een lagere pensioenleeftijd overeen te komen, anders is sprake van leeftijdsdiscriminatie. In het tweede gedeelte van dit artikel (par. 4) ga ik in op de gevolgen van het Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie.⁶ Het wetsvoorstel trekt pensioenleeftijd en einde arbeidsovereenkomst uit elkaar.⁷ Dit betekent dat de pensioenregel kan conflicteren met het wetsvoorstel. Ik sluit af met een samenvatting (par. 5).

2 Civielrechtelijke werknemers

2.1 Inleiding

Het grootste deel van de beroepsbevolking betreft werknemers met civielrechtelijke arbeidsovereenkomsten. Deze arbeidsovereenkomsten eindigen van rechtswege, wanneer de tijd is verstreken die bij overeenkomst, bij de wet of door het gebruik is aangegeven (art. 7:667 lid 1 BW). De beëindigingsleeftijd kan zijn vastgesteld in hetzij de individuele, hetzij de collectieve arbeidsovereenkomst.⁸ Een beëindigingsleeftijd bij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan aansluiten bij de pensioenleeftijd van het pensioenreglement.⁹ De arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd en de werknemer krijgt een pensioenuitkering. De beëindigingsleeftijd kan ook op een eerder moment liggen, zonder een koppeling aan een pensioenleeftijd, maar dit maakt de arbeidsovereenkomst voor een werknemer minder aantrekkelijk.¹⁰ Werknemers en werkgevers voelen een gemeenschappelijk belang om de arbeidsovereenkomst op of vóór het vijftenzestigste jaar te beëindigen: de werkgever vanwege de (vermeende) teruglopende productiviteit en flexibiliteit van de werknemer, de werknemer vanwege de hoge arbeidsbelasting en de beschikbaarheid van aantrekkelijke uittrederoutes (VUT, WAO, WW met aanvulling).¹¹ Er is ook een kleine groep werknemers die wil doorwerken na het bereiken van de pensioenleeftijd, bijvoorbeeld omdat dat voor hen financieel aantrekkelijk is.¹²

2.2 De pensioenregel

De pensioenregel houdt in dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd.¹³ Het overeenkomen van de pensioenleeftijd kan op verschillende wijzen. Hieronder ga ik in op de juridische grondslag van de pensioenregel in verschillende situaties.

2.2.1 Pensioenleeftijd bij overeenkomst

In veel arbeidsovereenkomsten en CAO's vormt de pensi-

* MR. DR. M. HEEMSKERK IS WERKZAAM ALS AIO SOCIAAL RECHT BIJ DE VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM EN BEREIDT EEN PROEFSCHRIFT VOOR OVER DE ARBEIDSDEELNAME VAN OUDEREN.

oentoezegging één van de arbeidsvoorwaarden. Sociale partners zijn verantwoordelijk voor de invulling van de arbeidsvoorwaarden en hebben de bevoegdheid (of contractsvrijheid) het einde van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioenleeftijd af te spreken. Dit volgt uit art. 7:667 lid 1 BW, dat onder meer bepaalt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de tijd is verstreken die bij overeenkomst is aangegeven. Partijen maken gebruik van hun contractsvrijheid door in de (collectieve) arbeidsovereenkomst een pensioenleeftijd overeen te komen of te verwijzen naar een pensioenleeftijd in het pensioenreglement. Aangenomen kan worden dat zij daarmee tevens overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioenleeftijd eindigt.¹⁴ De arbeidsovereenkomst zal dan bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd van rechtswege eindigen op grond van art. 7:667 lid 1 BW, omdat de werknemer – op het moment dat hij onder de pensioenregeling valt – met zijn werkgever overeenkomt dat de arbeidsovereenkomst zal eindigen op het tijdstip van pensioengerechtigdheid.¹⁵ Met andere woorden, partijen sluiten al bij aanvang van de arbeidsovereenkomst, met wederzijds goedvinden, een beëindigingsovereenkomst. Als gevolg van deze beëindigingsovereenkomst eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd.¹⁶

Individuele arbeidsovereenkomst

De pensioenregel is mijns inziens een uitwerking van de vertrouwensregel. Indien er een pensioenreglement is overeengekomen, mogen partijen erop vertrouwen (vergelijk art. 3:35 BW) dat zij zijn overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst eindigt als de pensioenleeftijd in het pensioenreglement bereikt is.¹⁷ Beantwoording van de vraag of een pensioenregeling is overeengekomen bij de arbeidsovereenkomst en zo ja, met welke inhoud, hangt af van de verklaringen en gedragingen van partijen over en weer en het daarop gerechtvaardigde vertrouwen (vergelijk het *Haviltex*-criterium).¹⁸ Zoals ik hierboven heb gesteld, meen ik dat partijen als het ware van tevoren overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst, bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd, zal eindigen. Ik neem aan dat het zowel de bedoeling van de werkgever als van de werknemer is dat de arbeidsovereenkomst op dat moment van rechtswege afloopt.

Collectieve arbeidsovereenkomst

Ingeval de pensioenleeftijd in de CAO is opgenomen of de CAO verwijst naar het pensioenreglement, zijn de werkgever(s)organisatie) en de georganiseerde betrokken werknemer daaraan gebonden op grond van art. 9 Wet CAO. Laatstgenoemde is gebonden doordat hij zijn individuele contractsvrijheid heeft overgedragen aan de vakbond. Daarmee heeft hij de vakbond impliciet toestemming gegeven om namens hem te onderhandelen, ook betreffende de arbeidsvoorwaarde pensioen en de daaraan gekoppelde pensioenleeftijd. De geldigheid van de pensioenregel bij CAO-bepalingen (of een verwijzing in de CAO-bepalingen naar een pensioenreglement) berust op gerechtvaardigd vertrouwen van partijen dat zij met wederzijds goedvinden overeen zijn gekomen dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de in het pensioenreglement (of CAO) opgenomen pensioenleeftijd.

Bij het opnemen van een verwijzing naar het pensioenreglement in de CAO is het mijns inziens niet onaannemelijk dat het naar objectieve maatstaven de partijbedoeling is, dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de in het pensioenreglement opgenomen pensioenleeftijd en dat het pensioenreglement kenbaar is voor werkgevers en werknemers die niet bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest.¹⁹ Door het intreden van de pensioengerechtigde leeftijd eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege aangezien de tijd, bij overeenkomst bepaald, is verstreken (vergelijk art. 7:667 lid 1 BW).

2.2.2 Wettelijke pensioenleeftijd als gebruik?

Eerder stelde ik de vraag aan de orde of en hoe de arbeidsovereenkomst eindigt indien partijen geen pensioenleeftijd zijn overeengekomen. Ik denk dat weinigen zullen betwisten dat partijen ervan uitgaan dat de arbeidsovereenkomst eindig is. Ook indien partijen geen pensioenleeftijd zijn overeengekomen heeft de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een maximumduur, omdat beiden erop (mogen) vertrouwen dat er een pensioengerechtigde leeftijd is waarop de arbeidsovereenkomst eindigt.²⁰ De cruciale vraag is of de arbeidsovereenkomst in dat geval van rechtswege eindigt of dat een eenzijdige beëindigingshandeling vereist is.²¹

De Hoge Raad heeft zich tweemaal uitgesproken over de situatie waarin partijen géén pensioenleeftijd waren overeengekomen en de arbeidsovereenkomst eenzijdig werd beëindigd wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar.²² De Hoge Raad oordeelt in beide gevallen dat eenzijdige beëindiging is toegestaan. Maar de arresten van de Hoge Raad lijken ook een einde van rechtswege bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet uit te sluiten. In een obiter dictum stelt de Hoge Raad in 1995: 'Voorts dient te worden vooropgesteld dat niet gezegd kan worden dat de *regel* dat een dienstbetrekking *van rechtswege* (cursiveringen van mij, MH) eindigt wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet langer in overeenstemming is met de rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking, ook al gezien de betekenis van de 65-jarige leeftijd in de pensioen-, de arbeids- en de sociale verzekeringswetgeving.'²³ Als ik het goed zie opent de Hoge Raad hier de deur voor toepassing van de pensioenregel: indien partijen geen andere pensioengerechtigde leeftijd zijn overeengekomen, geldt de regel dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 'gebruikelijke' wettelijke pensioengerechtigde leeftijd (65 jaar) van de werknemer. Toepassing van de pensioenregel sluit aan bij gebruik in de zin van art. 7:667 lid 1 BW: de arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege wanneer de tijd die door het gebruik is aangegeven (de 'gebruikelijke' pensioenleeftijd van 65 jaar) is verstreken.²⁴ Daarbij speelt naar mijn mening de vertrouwensregel een rol. Als partijen zelf geen pensioenleeftijd overeenkomen, vertrouwen zij erop dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de gebruikelijke (wettelijke) pensioenleeftijd van 65 jaar.²⁵ Door niet voor een andere pensioenleeftijd te kiezen, kiezen zij voor de 'gebruikelijke' pensioenleeftijd van 65 jaar. Deze vormt dan een impliciete aanvulling van de arbeidsovereenkomst (door gewoonte; vergelijk art. 6:248 lid 1 BW).²⁶

De (leeftijd) die door het gebruik is aangegeven wordt bepaald door een leeftijdsgrens, namelijk de 'gebruikelijke' pensioenleeftijd. De Hoge Raad stelt in 1995 dat de vraag of het hanteren van leeftijdsgrenzen in arbeidsverhoudingen

in beginsel geoorloofd is, onderwerp vormt van parlementaire gedachtewisseling en dat een en ander tot terughoudendheid noopt.²⁷ De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 2002 dat er geen aanleiding is tot een minder terughoudende beoordeling dan is aanvaard in het arrest van de Hoge Raad van 13 januari 1995. Met andere woorden, de leeftijdsgrens van 65 jaar staat ter discussie, maar tot op heden geldt de leeftijd van 65 jaar in de rechtspraak nog altijd als 'gebruikelijke' pensioenleeftijd, indien partijen niet anders zijn overeengekomen. Het is aan de wetgever om, wanneer hij dat wenst, deze leeftijdsgrens te wijzigen.

Bij vergelijking van de twee uitspraken stel ik vast dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat één der partijen de arbeidsovereenkomst eenzijdig mag beëindigen, wanneer de werknemer 65 jaar wordt. Ik leid uit deze uitspraken tevens af dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt (de beëindiging met wederzijds goedvinden). Strikt genomen zou dit betekenen dat de werkgever de werknemer niet aan hoeft te kondigen dat de arbeidsovereenkomst eindigt na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Nog los van morele vraagstukken (is dit standpunt van de Hoge Raad juist en wenselijk?) roept dit ook een aantal juridisch interessante vragen op, zoals de vraag hoe de arbeidsovereenkomst gekwalificeerd moet worden indien partijen doorwerken, bijvoorbeeld omdat zij zich niet bewust zijn dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege geëindigd is. Het gaat buiten het bestek van deze bijdrage om hier nader op in te gaan. Hieronder besteed ik aandacht aan de vraag of ontslag wegens het bereiken van de pensioenleeftijd (als leeftijdsgrens) leeftijdsdiscriminatie vormt.

2.3 Leeftijdsdiscriminatie

Indien werknemers ontslagen worden op de enkele grond dat zij 65 jaar zijn geworden, is de vraag aan de orde of dit leeftijdsdiscriminatie is. Het beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioenleeftijd betekent dat leeftijdsdiscriminatie wordt gemaakt. De vraag of leeftijdsontslag wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar leeftijdsdiscriminatie in de zin van art. 26 IVBPR inhoudt, beantwoordt de Hoge Raad ontkennend. De Hoge Raad acht leeftijdsdiscriminatie toegestaan indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Leeftijdsontslag bij 65 jaar is volgens de Hoge Raad objectief gerechtvaardigd op grond van de volgende argumenten:

1. het zonder aanzien des persoons hanteren van een objectief criterium (leeftijd van 65 jaar) is te verkiezen boven een stelsel waarin van geval tot geval beoordeeld moet worden of de werknemer zijn taak nog kan vervullen ('objectief criterium'-argument);
2. het vrijkomen van arbeidsplaatsen voor jongere werknemers (doorstromingsargument);
3. aan het nadeel van onvrijwillig ontslag wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar wordt tegemoetgekomen doordat werknemers vanaf dan aanspraak kunnen maken op inkomen waarvoor geen arbeidsprestatie hoeft te worden geleverd.²⁸

De Hoge Raad noemt het nergens met zoveel woorden, maar mijns inziens beantwoordt hij de vraag of sprake is van een objectieve rechtvaardiging bij 65 jaar aan de hand van argumenten die aangeven dat het gebruik/gewoonte is dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij 65 jaar.²⁹

De vraag of ontslag bij een pensioenleeftijd lager dan 65 jaar leeftijdsdiscriminatie vormt is in het licht van de argumenten van de Hoge Raad interessant. Bij een pensioenleeftijd lager dan 65 jaar is er geen aansluiting meer bij de door de Hoge Raad genoemde argumenten (1) een objectief criterium (de leeftijd van 65 jaar) en (3) de leeftijd in arbeids- en socialezekerheidswetgeving. Dit laatste kan ondervangen worden door (maatregelen te nemen die voorzien in) inkomensvervanging op de lagere pensioenleeftijd.³⁰ Het doorstromingsargument blijft van toepassing.

De vraag of een lagere pensioenleeftijd dan 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is, is in de lagere rechtspraak verschillende malen aan de orde geweest. De lagere rechtspraak oordeelt – evenals de Hoge Raad – dat leeftijdsdiscriminatie niet is toegestaan, tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging. De lagere rechters beantwoorden de vraag of sprake is van een objectieve rechtvaardiging bij een pensioenleeftijd lager dan 65 jaar aan de hand van de criteria van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG).³¹ Een objectieve rechtvaardiging wordt aangenomen ingeval het leeftijdsdiscriminatie (1) een legitiem doel heeft (het legitimiteitsvereiste); (2) een passend middel is (het doelmatigheidsvereiste); (3) een noodzakelijk middel is (het proportionaliteitsvereiste). Opvallend is dat de Hoge Raad wel drie argumenten aanvoert die tot de conclusie leiden dat gedwongen pensionering wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd objectief gerechtvaardigd is, maar geen expliciete toetsingscriteria. Dat sluit niet uit dat de Hoge Raad impliciet toetst aan dezelfde criteria. Zo vallen het doorstromingsargument, het zonder aanzien des persoons hanteren van een objectief criterium en het voorzien in een inkomen na het arbeidzame leven te kwalificeren als legitieme doelstellingen, die passend en noodzakelijk kunnen zijn. De lagere rechtspraak gaat ervan uit dat reeds wanneer één argument voldoet aan de criteria van het HvJEG, dat een objectieve rechtvaardiging vormt voor een leeftijdsontslag wegens een leeftijd lager dan 65 jaar.

Uit de jurisprudentie vallen geen algemene regels af te leiden die een duidelijke grens aangeven tussen gevallen waarbij sprake is van leeftijdsdiscriminatie en gevallen die objectief gerechtvaardigd zijn. Of een ontslag wegens een leeftijd lager dan 65 jaar objectief gerechtvaardigd is hangt af van de kracht van de aangevoerde argumenten en de omstandigheden van het geval.³² In de (civielrechtelijke) jurisprudentie is tot nu toe – met wisselend succes – een aantal gronden aangevoerd. Zo oordeelde het Hof Amsterdam de gehanteerde leeftijdsgrens van 47 jaar voor scheidsrechters in het betaald voetbal op grond van het doorstromingsargument niet objectief gerechtvaardigd, aangezien er behalve het hanteren van een leeftijdsgrens ook andere middelen bestonden, die passender werden geacht (zoals medische keuringen of conditietests).³³ De door Martinair en KLM gehanteerde pensioenleeftijd van 56 jaar voor verkeersvliegers werd objectief gerechtvaardigd geacht, waarbij het doorstromingsargument een belangrijke rol speelde.³⁴ Daarnaast kende de rechter nog betekenis toe aan het feit dat de pensioenleeftijd in de CAO stond en niet door Martinair was opgelegd. Saillant detail is dat de president van de rechtbank in kort geding geen objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig achtte.³⁵ Hoewel het Hof Amsterdam de noodzaak van de verplichte pensionering van een floormanagement van 62 jaar bij Holland Casino op grond van het doorstromingsargument en de CAO be-

twijfelde, wilde het hof het oordeel in de bodemprocedure afwachten en nam het geen leeftijdsdiscriminatie aan.³⁶ In de bodemprocedure oordeelde de kantonrechter dat het leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd was.³⁷ Het doorstromingsargument leidt in het ene geval (*de KLM/Martinairpiloten* en *Holland Casino*) wel tot een objectieve rechtvaardiging en in het andere geval (*KNVB-scheidsrechters*) niet. Gedwongen ontslag van garderobedames in de schouwburg wegens het bereiken van de leeftijd van 42 jaar met als argument dat de motivatie met de jaren afneemt achtte de rechtbank niet overtuigend en leverde geen objectieve rechtvaardiging op.³⁸ Het door ING aangevoerde argument dat de productiviteit van oudere werknemers daalt leverde evenmin een objectieve rechtvaardiging op.³⁹ Maar ik sluit niet uit dat ING met het doorstromingsargument en de stelling dat de in de CAO opgenomen pensioenleeftijd in onderling overleg tot stand is gekomen, meer kans op succes zou hebben.

3 Ambtenaren

3.1 Inleiding

De arbeidsvoorwaarde pensioen maakt deel uit van de rechtspositie van ambtenaren, die ingevolge art. 109 Gw een formeelwettelijke basis heeft.⁴⁰ Tot 1 januari 1996 was de Algemene burgerlijke pensioenwet (verder ABP-wet) deze wettelijke basis voor wat betreft pensioen.⁴¹ In 1996 is het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (ABP) zelfstandig en is de formeelwettelijke basis de Wet privatisering ABP (WPA).⁴² De WPA regelt niet de inhoud van de pensioenregeling, maar vormt de basis voor de privaatrechtelijke regeling van de pensioenen voor overheidswerknemers. De materiële uitwerking van de pensioenvoorziening voor overheidspersoneel wordt privaatrechtelijk geregeld door de sociale partners binnen de overheidssector. Deze overeenkomst bevat dan de inhoudelijke regeling. Niet de wetgever, maar de sociale partners zijn verantwoordelijk voor de concrete invulling van de pensioenregeling.⁴³ Art. 2 WPA hanteert het begrip 'overheidspersoneel', waaronder zowel werknemers met een ambtelijke aanstelling als werknemers in dienst genomen op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht vallen.⁴⁴ Aangezien art. 21 WPA bepaalt dat overheidswerknemers verplicht zijn deel te nemen in de Stichting Pensioenfonds ABP geldt dezelfde pensioenregeling voor beide groepen.⁴⁵ Binnen het pensioenreglement kan wel onderscheid gemaakt worden voor groepen werknemers.

3.2 Pensioenleeftijd

Het feit dat de inhoud van de pensioenregeling van ambtenaren niet meer bij wet is geregeld, betekent dat deze – net als bij de civielrechtelijke werknemers – gebaseerd zal (moeten) zijn op de pensioenleeftijdbevestiging in de (collectieve) arbeidsovereenkomst of het pensioenreglement.⁴⁶ De pensioenleeftijden voor ambtenaren zijn neergelegd in de van toepassing zijnde rechtspositieregelingen. De sociale partners kunnen de inhoudelijke pensioenregelingen opstellen, maar voor alle overheidswerknemers geldt een verplichte deelneming aan het pensioenreglement van het ABP.⁴⁷ Art. 6.1 lid 1 van het pensioenreglement bepaalt dat het ouderdompensioen ingaat met ingang van de dag waarop de leeftijd van 65 jaar wordt bereikt, maar niet eerder dan

het tijdstip van ontslag. Het ouderdompensioen gaat dus alleen in indien de werknemer daadwerkelijk uit de dienstbetrekking is ontslagen. Is de werknemer niet ontslagen, dan heeft hij nog geen recht op pensioen. Ontslagverlening wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd is in alle rechtspositieregelingen opgenomen, zodat het bereiken van de pensioenleeftijd voor overheidswerknemers het einde van de arbeidsovereenkomst meebrengt.⁴⁸ De CRvB oordeelde in 1993 in de zaak *Van Maarseveen* dat een leeftijdsontslag wegens het bereiken van de in de rechtspositieregeling opgenomen pensioenleeftijd van 65 jaar op objectieve en redelijke gronden berustte.⁴⁹

3.3 Functioneel leeftijdsontslag (FLO)

Voor een aantal categorieën functionarissen is een speciale ontslagleeftijd vastgesteld beneden de 65 jaar. Dit zogenaamde functioneel leeftijdsontslag is ingevoerd voor functies die boven een bepaalde leeftijdsgrens niet meer naar behoren kunnen worden vervuld.⁵⁰ Deze leeftijdsgrens is meestal ingegeven door gezondheids- en veiligheidsoverwegingen (denk aan fysiek zware functies) of eisen die in verband met een goede vervulling van de arbeid moeten worden gesteld. De veronderstelling is, zo blijkt uit de memorie van toelichting (MvT), dat personen in deze specifieke beroepsgroepen minder goed functioneren indien zij ouder worden.⁵¹ Het komt voor dat voor verschillende functies verschillende pensioenleeftijden zijn opgenomen. Dit brengt mee dat sommige deelnemers eerder pensioengerechtigd zijn dan anderen.⁵² Voor deze werknemers zijn FLO-uitkeringsregelingen vastgesteld en in de verschillende rechtspositieregelingen zijn bepalingen opgenomen die het verlenen van FLO niet alleen mogelijk hebben gemaakt, maar veelal verplicht hebben gesteld. Het tot ontslag bevoegde bestuursorgaan heeft dan niet de vrijheid iemand bij het bereiken van de FLO-leeftijd ontslag te onthouden.⁵³ Ook hier geldt geen opzegtermijn; de aanstelling eindigt op de eerste dag van de maand volgende op die waarin de ambtenaar de gestelde leeftijdsgrens bereikt.⁵⁴ Regelingen inzake functioneel leeftijdsontslag gelden voor bepaalde functies (bijvoorbeeld politieagent of brandweerman) en houden in dat aan personeel bij het bereiken van een bepaalde leeftijd (veelal 55 jaar of ouder) eervol ontslag wordt verleend onder toekenning van een inkomensvervangende uitkering. Aan een medewerker die een functie vervult waarvoor bepaalde leeftijdsgrenzen gelden, wordt eervol ontslag verleend op de eerste dag van de maand na het bereiken van die leeftijd. Hiertoe moet de werkgever een regeling functioneel leeftijdsontslag, een zogenaamde FLO-regeling, hebben opgesteld. Deze regelingen zullen objectief gerechtvaardigd moeten worden.⁵⁵ In een uitspraak van begin dit jaar oordeelde de voorzieningenrechter dat het functioneel leeftijdsontslag (FLO) van een vrijwillige brandweerman bij 55 jaar vooralsnog geen ontoelaatbaar leeftijdsonderscheid oplevert.⁵⁶

4 Het Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie

4.1 Inleiding

Op 2 december 2000 is Richtlijn nr. 2000/78/EG⁵⁷ in werking getreden. Art. 6 lid 1 onderdeel a van de richtlijn maakt het mogelijk om leeftijdsgrenzen te hanteren met betrekking tot

ontslag van ouderen. De grond hiervoor is dat er een objectieve rechtvaardiging is voor het onderscheid naar leeftijd. De richtlijn laat de nationale bepalingen waarin de pensioengerechtigde leeftijd wordt vastgesteld onverlet.⁵⁸ Om uitvoering te geven aan de richtlijn heeft de regering het Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie ingediend.⁵⁹ Inmiddels heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel aangenomen.⁶⁰ Art. 7 lid 1 onderdeel b Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie bepaalt dat het beëindigen van een arbeidsverhouding naar burgerlijk recht of het dienstverband van een ambtenaar bij een beëindigingleeftijd van 65 jaar of hoger objectief gerechtvaardigd is. Een beëindigingleeftijd lager dan 65 jaar is in beginsel niet toegestaan, tenzij het objectief gerechtvaardigd is. De MvT gaat ervan uit dat voor de leeftijdsgrens van 65 jaar een groot maatschappelijk draagvlak bestaat. Zij bewerkstelt een objectief criterium zonder aanzien des persoons, ligt ten grondslag aan de sociale zekerheidswetgeving en bij 65 jaar krijgt men een inkomensvervangende.⁶¹ Ook hogere beëindigingleeftijden dan 65 jaar (bijvoorbeeld op grond van wet, CAO of individuele arbeidsovereenkomst) zijn voldoende gelegitimeerd. Ook hogere beëindigingleeftijden dan 65 jaar (bijvoorbeeld op grond van wet, CAO of individuele arbeidsovereenkomst) zijn voldoende gelegitimeerd.⁶² 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. Dit brengt mee dat bij een overeengekomen pensioenleeftijd op 65 jaar of hoger de pensioenregel van toepassing is: bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege. Het door de Tweede Kamer aangenomen amendement Weekers c.s.⁶³ maakt gebruik van de in art. 18 van de kader Richtlijn opgenomen mogelijkheid om – indien nodig – in bijzondere omstandigheden de implementatietermijn te verlengen met drie jaar. Het amendement leidt ertoe dat tot december 2006 de pensioenregel van toepassing blijft op overeengekomen pensioenleeftijden lager dan 65 jaar. De vraag rijst of het amendement tot uitstel op de voet van art. 18 richtlijn kan leiden. De richtlijn geeft niet duidelijk aan wie beoordeelt of (a) uitstel nodig is en (b) of er sprake is van bijzondere omstandigheden. Na lezing van de richtlijn houd ik het erop dat de lidstaat zelf mag beoordelen of uitstel nodig is indien zij aangeeft aan de commissie dat uitstel nodig is en bijzondere omstandigheden kan aanvoeren. Het amendement gaat (mijns inziens ten onrechte) niet of nauwelijks in op de vraag wat deze bijzondere omstandigheden zijn en waarom uitstel nodig is.⁶⁴ De lidstaat dient de Commissie in geval van uitstel daarvan onverwijld in kennis te stellen. De stok die de commissie achter de deur heeft indien zij van oordeel is dat Nederland ten onrechte gebruik maakt van de mogelijkheid tot uitstel, is het zware middel van een verdragschendingsprocedure ex art. 226 EG-Verdrag. Het verdient aanbeveling aan te geven waarom uitstel nodig is en wat de bijzondere omstandigheden zijn. De plaats waar deze discussie het beste gevoerd kan worden is het parlement.

Art. 7 Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie verbiedt in beginsel een beëindiging- of ontslagleeftijd lager dan 65 jaar. Art. 8 Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie laat de bepaling van de pensioenleeftijd vrij, een pensioenleeftijd mag dus op lager

dan 65 jaar worden gesteld. En daarmee gebeurt er iets vreemds: de pensioenleeftijd kan volgens het Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie ongelijk zijn aan de beëindigingleeftijd. Lutjens constateert dat pensioenleeftijd en ontslag in het Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie uit elkaar getrokken worden.⁶⁵ Het loskoppelen van pensioenleeftijd en ontslagleeftijd leidt tot onduidelijkheid en maakt het toch al gecompliceerde ontslagrecht nog onoverzichtelijker. Pensioen is volgens het Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie nog geen beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het uit elkaar trekken van pensioenleeftijd en beëindigingleeftijd betekent dat de pensioenregel niet meer opgaat.⁶⁶ Ontslag wegens het bereiken van de pensioenleeftijd is niet toegestaan indien dit een beëindigingleeftijd lager dan 65 jaar inhoudt (tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging). Het standpunt van Van Gernerden dat, aangezien een pensioenleeftijd lager dan 65 jaar is toegestaan volgens art. 8 lid 2 Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie, toetsing van de ontslagleeftijd niet meer hoeft plaats te vinden, acht ik onjuist.⁶⁷ Het opnemen in een CAO of een pensioenregeling van een pensioenleeftijd lager dan 65 jaar is op zichzelf toegestaan (zie art. 8 lid 2 Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie). De daaraan gekoppelde bepaling dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd vormt echter een verboden onderscheid omdat een ontslagleeftijd lager dan 65 jaar alleen is toegestaan als hij objectief gerechtvaardigd is (zie art. 7 lid 1 onderdeel c, zie ook hierna). Dit betekent dat – anders dan Van Gernerden stelt – een leeftijdsgrens lager dan 65 jaar zonder aanvullende toetsing aan art. 7 lid 1 onderdeel c niet is toegestaan. Een beding dat de arbeidsverhouding eindigt bij het bereiken van een pensioenleeftijd lager dan 65 jaar zonder objectieve rechtvaardiging zal in strijd met de wet zijn. Art. 13 Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie bepaalt dat bedingen in strijd met de wet nietig zijn. Dat betekent dat de pensioenregel in dat geval niet onverkort meer geldt.

Ontslagleeftijden lager dan 65 jaar zijn alleen toegestaan als de lagere leeftijd objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁶⁸ De in de jurisprudentie (zie par. 2.3) ontwikkelde normen voor objectieve rechtvaardiging zijn daarmee wettelijk vastgelegd en sluiten aan bij de formulering in de richtlijn.⁶⁹ Daarmee biedt het wetsvoorstel meer duidelijkheid dan de huidige rechtspraak, aldus de regering.⁷⁰ Waar die grotere duidelijkheid uit bestaat, is mij voorshands niet duidelijk. Mijns inziens worden dezelfde normen gehanteerd, al zijn er aanwijzingen te vinden voor de stelling dat de regering het noodzakelijkheidscriterium 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.⁷¹ De regering verwijst daarbij naar het *scheidsrechter*-arrest van het Hof Amsterdam. Zij komt tijdens de parlementaire behandeling vaker met dit arrest als voorbeeld.⁷² Onduidelijk is of zij dit arrest – waarbij geen objectieve rechtvaardiging werd aangenomen – als uitgangspunt neemt om er de nadruk op te leggen dat de noodzakelijkheid niet snel mag worden aangenomen en zij aanstuurt op een aanscherping van dit criterium of dat het slechts een voorbeeld is. De regering heeft tijdens de par-

mentaire behandeling een aantal (niet-limitatieve) voorbeelden van objectieve rechtvaardigingsgronden genoemd: bescherming gezondheid en veiligheid; functioneel leeftijdsontslag (zie par. 3.2); anciënniteit; zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang (waaronder doorstroming, leeftijdsopbouw) en leeftijdsbepaalde beroepsactiviteiten (zoals mannequin, beroepsvoetballer).⁷³ Ten aanzien van functioneel leeftijdsontslag merkt de regering op dat een leeftijdsgrens niet noodzakelijk is indien door middel van individuele keuringen de geschiktheid voor de functie kan worden beoordeeld.⁷⁴ Hoe dan ook, de concrete invulling van de norm van de objectieve rechtvaardiging zal in de praktijk moeten plaatsvinden; het is uiteindelijk de rechter die bepaalt of het onderscheid al dan niet objectief gerechtvaardigd is.⁷⁵

4.2 Gevolgen Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie

Leeftijdsontslag bij de pensioenleeftijd van 65 jaar of hoger is nog steeds toegestaan, hierin verschilt het wetsvoorstel niet van de huidige rechtspraak. Leeftijdsontslag bij een pensioenleeftijd lager dan 65 jaar is verdacht en alleen mogelijk indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. De gevolgen voor de rechtspraak kunnen aanzienlijk zijn. Veel CAO's en pensioenreglementen die nu een beding met een pensioen/beëindigingsleeftijd lager dan 65 jaar kennen, zullen na moeten gaan of dat aangepast moet worden. Het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd lager dan 65 jaar zal op grond van art. 7 van het wetsvoorstel in beginsel géén objectieve rechtvaardiging opleveren. Onverkorte toepassing van de pensioenregel zal leiden tot problemen. In de bestaande situatie is het zo dat de pensioenregel opgaat, tenzij het einde van de arbeidsovereenkomst niet objectief gerechtvaardigd is. Het wetsvoorstel brengt mee dat de pensioenregel niet opgaat, tenzij er een objectieve rechtvaardiging is.⁷⁶ Of dit een (grote) verandering in de rechtspraak zal betekenen, is nog onzeker, maar het wetsvoorstel en het kabinetsbeleid, dat langer doorwerken wil stimuleren, lijken (voorzichtig) die richting op te wijzen. Veel zal afhangen van de interpretatie van het wetsvoorstel en de beoordeling van concrete gevallen door de rechter. In de tussentijd zou de praktijk er, ingeval zij een beëindigingsleeftijd lager dan 65 jaar hanteert, verstandig aan doen na te gaan of daarvoor een objectieve rechtvaardiging is. De pensioenregel kan onderuit gaan en zal in dat geval buiten toepassing gelaten moeten worden. Dat brengt mee dat het pensioen vervroegd ingaat, maar dat de arbeidsovereenkomst niet verplicht mag eindigen.⁷⁷

Dit houdt in dat het inkomen van werknemers die na het bereiken van de pensioenleeftijd willen doorwerken, bestaat uit pensioen én loon. Het samengaan van loon en pensioen kan een financiële prikkel zijn voor oudere werknemers om door te werken. Op zich kan dit een effectief instrument zijn, dat past in het kabinetsbeleid om de arbeidsdeelname van oudere werknemers te vergroten. Er kleven evenwel ook bezwaren aan het samengaan van loon en pensioen. Zo wijst Lütjens erop dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven geoordeeld heeft dat van pensioen sprake is als het dienstverband is geëindigd.⁷⁸ Loon en pensioen kunnen

niet samenvallen, aangezien pensioen betekent dat de arbeidsovereenkomst geëindigd moet zijn. Deze interpretatie betekent een complicatie bij de loskoppeling van pensioen en ontslag. Lütjens ziet hier een oplossing voor door in het pensioenreglement op te nemen dat het pensioen ingaat na beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁷⁹ Dit is dan geen verplicht einde van de arbeidsovereenkomst; het staat de werknemer vrij door te werken. Het ingaan van zijn pensioen vereist dan een einde van de arbeidsovereenkomst. Samenloop van loon en pensioen wordt zo voorkomen.

5 Samenvatting

Het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd betekent dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Deze pensioenregel is gegrondvest op het wederzijds goedvinden van partijen dat met het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd de arbeidsovereenkomst eindigt. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat, indien partijen geen pensioenleeftijd zijn overeengekomen, eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst is toegestaan. Maar het lijkt erop dat de Hoge Raad aanneemt dat in dat geval de pensioenregel van toepassing is en de arbeidsovereenkomst bij 65 jaar van rechtswege eindigt. De juridische grondslag van de pensioenregel is te vinden in art. 7:667 lid 1 BW, dat bepaalt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, wanneer de tijd bij overeenkomst bepaald, is verstreken. Zijn partijen niet expliciet een pensioenleeftijd overeengekomen, dan vult de wettelijke (gebruikelijke) pensioenleeftijd van 65 jaar de arbeidsovereenkomst aan.

Voor overheidswerknemers geldt het pensioenreglement van het ABP. Het bereiken van de in het ABP-reglement opgenomen pensioenleeftijd betekent het einde van de ambtelijke aanstelling/arbeidsovereenkomst, omdat ontslagverlening wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd in alle rechtspositieregelingen is opgenomen. Voor verschillende soorten overheidswerknemers kunnen verschillende pensioenleeftijden gelden (denk aan FLO-leeftijden). Pensioenleeftijden voor zowel overheidswerknemers als 'civiel-rechtelijke' werknemers kunnen lager zijn dan 65 jaar indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging geldt.

Het Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie trekt pensioenleeftijd en ontslagleeftijd uit elkaar. Het staat partijen vrij een pensioenleeftijd overeen te komen, maar het overeenkomen van een beëindigingsleeftijd lager dan 65 jaar is leeftijdsdiscriminatie, tenzij de lagere leeftijd objectief gerechtvaardigd is. Pensioen en einde arbeidsovereenkomst vallen niet noodzakelijkerwijs meer samen. Toepassing van de pensioenregel lijkt uitzondering bij een pensioenleeftijd lager dan 65 jaar, omdat de arbeidsovereenkomst dan – in strijd met art. 7 Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie – eindigt vóór de AOW-leeftijd.⁸⁰ Geen regel zonder uitzondering: bij aanvaarding van het Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie krijgt de pensioenregel haar uitzondering. De arbeidsovereenkomst van de werknemer die krachtens de geldende pensioenregeling met vervroegd pensioen gaat, eindigt niet. Dit leidt tot onduidelikheden over de verhouding tussen het einde van de arbeidsovereenkomst en het ingaan van pensioen.

- HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430; HR 1 november 2002, NJ 2002, 622; JAR 2002/279; PJ 2002, 123.
- Wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, Kamerstukken II 2001/02, 28 170.
- De werkgever is niet verplicht zijn werknemers een pensioenregeling aan te bieden, een pensioenplicht bestaat niet. Het aanvullend pensioen is een door werknemer en werkgever overeengekomen pensioen op grond van hun arbeidsverhouding en betekent voor de werknemer een aanvulling op zijn AOW-uitkering.
- Deze vrijheid is niet onbeperkt, maar wordt begrensd door leeftijdsdiscriminatie, waarover meer in par. 2.3.
- Zie E. Lütjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers, juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 696-697.
- Wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, Kamerstukken II 2001/02, 28 170.
- Zie ook E. Lütjens, 'Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 217-221.
- Te denken valt onder meer aan een einddatum van de arbeidsovereenkomst, zoals bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.
- De begrippen 'pensioenreglement' en 'pensioenregeling' gebruik ik door elkaar.
- Dit is minder aantrekkelijk aangezien de werknemer vóór het bereiken van de pensioenleeftijd geen inkomensvervangende heeft. Om toch eerder te kunnen stoppen met werken zijn sociale partners vaak inkomensvervangende uitredingsregelingen overeengekomen, zoals de VUT-regeling.
- SCP, *Sociaal en cultureel rapport 1998*, Den Haag: SCP 1998, p. 399. Hierdoor kent Nederland een relatief lage arbeidsparticipatie van 55- tot 65-jarigen, zie bijvoorbeeld het onderzoeksrapport van CentER Applied Research, *Beoordeling arbeidsparticipatie ouderen: het effect van wijzigingen in vervroegde uitredingsregelingen op de arbeidsparticipatie van oudere werknemers*, Doetinchem: Elsevier Bedrijfsinformatie BV.
- Zie voor een recent voorbeeld in de lagere jurisprudentie Rb. Zwolle 28 mei 2003, zaaknummer 197562 HA, LJN-nummer AF 9193, www.rechtspraak.nl. De werkgever wilde de arbeidsovereenkomst van de 68-jarige werknemer 'ook ter bescherming van uzelf' (bedoeld zal zijn uzelf, MH) beëindigen en wees daarbij onder meer op de respectabele leeftijd van werknemer en de (veronderstelde) afnemende productiviteit van werknemer.
- E. Lütjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers, juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 696-697.
- E. Lütjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers, juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 696-697.
- Ktg. 's-Gravenhage 6 november 1963, SMA 1965, p. 354. Bevestigd in hoger beroep, Rb. 's-Gravenhage 16 november 1964, NJ 1966, 122. Zie ook HR 21 november 1986, NJ 1987, 351, r.o. 2.4 en E. Lütjens, 'Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 217-221.
- Hieruit volgt mijns inziens dat het begrip beëindigen het einde van rechtswege omvat, waarbij het einde van rechtswege een tweezijdige beëindiging is, want met wederzijds goedvinden. In gelijke zin E. Lütjens, 'Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 217-221, zie ook voetnoot 32. Zie ook L.H. van den Heuvel, 'Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', in: L.H. van den Heuvel & A. Schellart (red.), *Praktijkboek Ontslagrecht*, Deventer: Kluwer, par. B.10 en L.H. van den Heuvel, 'Gewoon, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd?', *Rechtspraak* 2003, 8/9, p. 13-18. Anders Grapperhaus, 'Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd in arbeid en beroep', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 356-363 en 'Naschrift bij E. Lütjens', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 221.
- Zie Ktg. Rotterdam 20 mei 1965, SMA 1965, p. 789. Zie ook Ktg. Apeldoorn 22 augustus 1986, Prg. 1987, 2633, die het treffen en accepteren van een pensioenregeling als een stilstaande overeenkomst tussen werkgever(sorganisaties) en werknemer(sorganisaties) kwalificeert.
- Zie HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635. Kort gezegd gaat het bij de uitleg van een overeenkomst om de partijbedoeling. Zie meer recentelijk HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 93; HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364.
- Voor uitleg van CAO-bepalingen zie HR 31 mei 2002, RvdW 2002, 91 en HR 28 juni 2002, RvdW 2002, 117; JAR 2002/168.
- Zie over maximumduur W.C.M. Carlé, 'Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met maximumduur is nog niet met pensioen', *ArbeidsRecht* 1999, 15, p. 15-17. W.F.C. van Megen, 'Einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met maximumduur?', *ArbeidsRecht* 1998, 63, p. 53-54. Zie ook HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685 dat niet uitsluit dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens de vervulling van een daaraan verbonden ontbindende voorwaarde. Interessant is de vraag of de pensioengerechtigde leeftijd een ontbindende voorwaarde kan zijn.
- Daarbij ga ik ervan uit dat art. 7:667 lid 6 BW, dat bepaalt dat voor de beëindiging van een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereen-

- komst voorafgaande opzegging is vereist, niet uitsluit dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege kan eindigen wegens het bereiken van de pensioenleeftijd. W.C.M. Carlé, 'Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met maximumduur is nog niet met pensioen', *ArbeidsRecht* 1999, 15, p. 15-17. Anders: W.F.C. van Megen, 'Einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met maximumduur?', *ArbeidsRecht* 1998, 63, p. 53, die stelt dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een maximumduur opzegging behoeft.
- HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 en HR 1 november 2002, NJ 2002, 622; JAR 2002/279; RvdW 2002, 176.
- HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, r.o. 3.5.
- Ook Van der Grinten lijkt deze kant op te gaan door te stellen dat het ingaan van ouderdomspensioen een einde van rechtswege kan meebrengen, W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 186.
- De gebruikelijke pensioenleeftijd bedraagt 65 jaar aangezien dit aansluit bij de arbeids-, pensioen- en socialezekerheidswetten. Werknemer en werkgever gaan ervan uit dat de arbeidsovereenkomst na de gebruikelijke pensioenleeftijd van 65 jaar niet doorloopt. Voor de uitleg van de arbeidsovereenkomst is het *Haviltex*-criterium (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635) van belang. Mijns inziens leidt dit ertoe dat partijen hebben bedoeld overeen te komen (al dan niet stilzwijgend) dat beide partijen bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer afscheid van elkaar nemen.
- Lütjens lijkt ook deze kant op te wijzen. E. Lütjens, 'Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 217-221.
- HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, r.o. 3.5. De terughoudendheid van de Hoge Raad heeft volgens mij betrekking op de leeftijdsgrens, niet op de pensioenregel.
- Zie ook toelichtende nota houdende het standpunt van de regering ten aanzien van IAO Aanbeveling 162, betreffende oudere werknemers, Kamerstukken II 1989/90, 21300 XV, nr. 96.
- Zie par. 2.2. De gewoonte dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar van de werknemer beëindigd wordt, vult de arbeidsovereenkomst aan (zie art. 6:248 lid 1 BW) en op grond van gebruik in de zin van art. 7:667 lid 1 BW leidt dat tot de consequentie dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt.
- Te denken valt aan maatregelen als prepensioen, VUT en WW met aanvulling.
- Deze criteria zijn ontwikkeld in de rechtspraak van het HvJ EG inzake objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid naar geslacht; zie bijvoorbeeld HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, NJ 1982, 419 (*Jenkins/Kingsgate*); HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84 (*Bilka/Weber*); HvJ EG 19 november 1992, zaak C-226/91, (*Molenbroek*), Jur. 1992, p. I-5943, r.o. 13, NJ 1993, 775; zie ook art. 6 lid 1 van Richtlijn nr. 2000/78/EG.
- Een aan te voeren rechtvaardiging moet goed onderbouwd zijn; te algemene, generaliserende argumenten zullen in het algemeen onvoldoende rechtvaardiging opleveren, zie HvJ EG 13 juli 1989, 171/88 (*Rimmer-Kühn*), V.D.M. Smeets, 'Wankelt de pensioenregel door het wetsvoorstel verbod leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid', *ArbeidsRecht* 2002, 64, p. 41.
- Hof Amsterdam 13 januari 2000, KG 2000, 42.
- Rb. Haarlem 19 november 2002, JAR 2002/290; Ktg. Haarlem 25 april 2001, JAR 2001/104; PJ 2001, 46. Opvallend vind ik dat het veiligheidsargument niet werd ingezet. Zie ook Ktg. Amsterdam 5 juli 2001, JAR 2001/144.
- Pres. Rb. Haarlem 29 december 2000, PJ 2001, 8.
- Hof Amsterdam 3 april 2003, JAR 2003/126; Ktr. Haarlem 30 oktober 2002, NJ 2003, 91.
- Ktr. Haarlem 11 juni 2003, JAR 2003/187.
- Rb. Zutphen 11 mei 1995, JAR 1995/136.
- Ktr. Amsterdam 19 april 2002, JAR 2002/173 (ING).
- Kamerstukken II 1994/95, 24 205, nr. 3, p. 5.
- Tot 1 januari 1996 was het pensioen voor de burgerambtenaren geregeld in de ABP-wet (zie bijvoorbeeld art. E1 van de ABP-wet). De inhoud van de pensioenvoorziening was ook opgenomen in de ABP-wet. Op grond van bepalingen uit de Wet privatisering ABP (WPA) is de ABP-wet ingetrokken en vervangen door het pensioenreglement pensioenfonds ABP. Vaststelling van het reglement gebeurt door het bestuur van de Stichting Pensioenfonds ABP. Daarbij houdt het bestuur rekening met hetgeen sociale partners overeengekomen zijn (zie art. 12 statuten Stichting Pensioenfonds ABP).
- Wet van 21 december 1995, *Stb.* 1995, 639.
- Kamerstukken II 1994/95, 24 205, nr. 7, p. 10.
- Art. 2 lid 1 sub a WPA, zie ook art. 2.3 sub a Pensioenreglement ABP.
- Art. 21 lid 1 jo. lid 3 WPA. De rechtspositie op andere terreinen kan wel verschillen. Art. 21 lid 2 sluit een aantal groepen uit van het begrip 'overheidswerknemer'.
- Zie hiervoor par. 2.1.
- De Minister van SZW kan deze verplichte deelneming intrekken op verzoek van de sociale partners in een sector, zie art. 23 lid 1 WPA.
- Voor rijksambtenaren geldt de pensioenleeftijd van 65 jaar op grond

- van de CAO Rijk en art. 98 lid 1 sub h ARAR. Voor gemeenteambtenaren is de 65-jaarsgrens vastgelegd in art. 8:2 en 8:2a CAR-UWO.
49. CRvB 4 november 1993, AB 1994, 213; TAR 1994, 6 (*Van Maarseeven*).
 50. A.M. Gerritsen, *Onderscheid naar leeftijd in het arbeidsrecht* (diss.) Deventer: Kluwer 1994, p. 129.
 51. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 33. De MvT gaat niet in op de vraag waar deze veronderstelling op gebaseerd is.
 52. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 38. Verschillende pensioenge-rechtigde leeftijden voor mannen en vrouwen zijn sinds HvJEG 17 mei 1990, NJ 1992, 436 (*D.H. Barber/Royal Guardian Exchange Assurance Group*) niet meer toegestaan.
 53. Voorbeelden: voor de rijks- en gemeentepolitie geldt de Regeling uit-kering wegens functioneel leeftijdsontslag. Provincie- en gemeenteperson-eel valt onder de verschillende provinciale en gemeentelijke FLO-regelingen (zie ook art. 8:3, 8:3:1 en 9:1:2 CAR-UWO); art. 6 lid 4 Bur-gerlijk ambtenarenreglement Defensie art. 2 Inschrijvingsverordening registerloosden (FLO-leeftijd 55 jaar).
 54. M.J.S. Korteweg-Wiers, *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn, 's-Gravenhage: Samsom 1998, p. 181-184.
 55. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 33.
 56. Rb. Arnhem 16 januari 2003, AWB 02/2504, LJN-nummer AF 2992, www.rechtspraak.nl. Een interessante vraag zou zijn of de uitkomst van deze zaak hetzelfde zou zijn als de brandweerman aan zou voe-ren (met een beroep op het *scheidrechter*-arrest) dat een individuele keuring een passender middel is.
 57. Richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot in-stelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16.
 58. Richtlijn nr. 2000/78/EG, overweging 14.
 59. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170.
 60. *Handelingen II 2002/03*, nr. 4, p. 178.
 61. 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 en 1 november 2002, zie par. 2.2.
 62. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 31. Hierbij valt onder meer te denken aan de in art. 46h Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren vastgestelde pensioenleeftijd van 70 jaar.
 63. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 17.
 64. Wel geeft het een reden aan: 'Achtergrond van het amendement is om sociale partners en individuele werkgevers voldoende tijd te gunnen om in (individuele en collectieve) arbeidsovereenkomsten en pensi-oneregelingen opgenomen bepalingen waarin aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (verplicht) ontslag voor werknemers gekoppeld is, aan te passen aan het wetsvoorstel.' *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 17, p. 2.
 65. E. Lutjens, 'Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de ar-beidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 217-221.
 66. Zie ook V.D.M. Smeets, 'Wankelt de pensioenregel door het wetsvoor-stel verbod leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid?', *ArbeidsRecht* 2002, 64, p. 40-44.
 67. Y. van Gemerden, 'Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd', *SR* 2002, 12, p. 351.
 68. Art. 7 lid 1 sub c Wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie.
 69. De regering sluit hiermee aan bij rechtspraak van het HvJEG en de gelijke behandelingswetgeving, zoals art. 6 WGBMV, art. 2 lid 1 AWGB en art. 7:648 lid 1 BW.
 70. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 5, p. 17.
 71. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 5, p. 35.
 72. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 5, p. 19, 22, 35. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 33.
 73. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 3, p. 32-36.
 74. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 7, p. 7. Hier lijkt de regering we-derom te verwijzen naar het *scheidrechters*-arrest van het Hof Amster-dam 13 januari 2000, KG 2000, 42.
 75. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 5, p. 16-17.
 76. A.w. V.D.M. Smeets, 'Wankelt de pensioenregel door het wetsvoorstel verbod leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid', *ArbeidsRecht* 2002, 64, p. 43.
 77. Vrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioenleeftijd blijft mogelijk.
 78. E. Lutjens, 'Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de ar-beidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 221 verwijst naar CBB 13 juli 1999, *Pj* 1999, 70. In casu ging het om een regeling omtrent loondoorbetaling bij ziekte; deze werd niet aangemerkt als pensioen daar de arbeidsovereenkomst niet geëin-digd was.
 79. E. Lutjens, 'Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de ar-beidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?', *Ondernemingsrecht* 2003, met name p. 219 en 221.
 80. Tenzij de lagere pensioenleeftijd dan 65 jaar objectief gerechtvaardigd is.