

## De pensioenleeftijd: einde van de arbeidsovereenkomst of niet?

In rechtspraak en literatuur staat de pensioenleeftijd als einddatum van de arbeidsovereenkomst sinds kort weer ter discussie. Door sommige auteurs wordt het standpunt ingenomen dat de 'gedwongen' pensionering vóór de 65-jarige leeftijd, of zelfs op deze leeftijd zelf, niet meer mogelijk is.

Recente rechtspraak is niet eenduidig. Ook het kabinet doet een duit in het zakje met nieuwe wetsvoorstellen omtrent leeftijddiscriminatie bij het einde van de arbeidsovereenkomst.

In het navolgende zal een beschouwing worden gegeven van de recent gewezen jurisprudentie met betrekking tot de rechtmatigheid van leeftijdscriteria als grond voor het einde van de arbeidsovereenkomst. Welke invloed heeft de werkgever straks nog op de pensioenleeftijd?

### **Onlosmakelijk verbonden: pensioen en arbeidsovereenkomst**

Dat de pensioentoezegging en de arbeidsovereenkomst onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, staat buiten kijf. In artikel 1 van het Besluit pensioentoezegging is onder meer bepaald:

'Er is een toezegging omtrent pensioen indien een arbeidsverhouding bestaat of heeft bestaan tussen een werkgever en een aan zijn onderneming verbonden persoon en voorzover in deze arbeidsverhouding wordt voorzien in pensioen over de periode waarin de arbeidsverhouding bestaat of over perioden na het einde van de arbeidsverhouding.'

De aanvang en het einde van de arbeidsovereenkomst respectievelijk de pensioenovereenkomst zijn dus nauw met elkaar verweven.

De aanvang van de arbeidsovereenkomst vormt in de regel het aanvangstijdstip voor de pensioentoezegging. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidt er ook toe dat de verdere opbouw van pensioen binnen het kader van dat dienstverband eindigt.

Maar eindigt de arbeidsovereenkomst als de in de pensioenregeling opgenomen pensioenleeftijd wordt bereikt?

In de huidige praktijk is het einde van de meeste arbeidsovereenkomsten veelal gekoppeld aan een pensioenleeftijd. Werkgever en werknemer komen over-

een – ieder voor zich om verschillende redenen – of in collectieve arbeidsovereenkomsten is vastgelegd, dat de arbeidsovereenkomst automatisch eindigt, dat wil zeggen dat niet hoeft te worden opgezegd bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd.

Is de arbeidsovereenkomst daarmee verworpen tot een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of kan er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarbij partijen zijn overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst ophoudt op een door hen overeengekomen 'einddatum'? Daarbij speelt in het bijzonder dat de pensioenleeftijd een decennium geleden veelal nog gelijk was aan die van de AOW (65 jaar), maar deze in de afgelopen jaren door diverse omstandigheden op jongere leeftijden is vastgesteld.

In oude rechtspraak van onder meer Hoge Raad en Centrale Raad van Beroep werd geoordeeld dat een arbeidsovereenkomst inderdaad eindigt op de overeengekomen pensioendatum.

In literatuur wordt door sommige auteurs verdedigd dat een pensioenleeftijd eerder dan 65 jaar, of zelfs die van 65 jaar, in het licht van enige recente uitspraken, thans niet meer houdbaar zal zijn, mede in het licht van de veranderende maatschappelijke opvattingen.

Is de pensioenleeftijd daarmee als ijkmoment voor het einde van de arbeidsovereenkomst niet meer toegestaan?

### **Pensioenleeftijd ≠ einde arbeidsovereenkomst?**

De hiervoor aangehaalde auteurs die de pensioenleeftijd van 65 jaar ter discussie stellen, wijzen in het bijzonder op de uitspraak van de president van de Rechtbank Haarlem in de procedure van enkele piloten van Martinair waarin zij de pensioenleeftijd van 56 jaar ter discussie stellen en het – ook door deze president aangehaalde – arrest van het Hof Amsterdam van 13 januari 2000 inzake de gedwongen beëindiging van de werkzaamheden voor scheidsrechters bij de leeftijd van 47 of 49 jaar.

In het arrest van het Hof Amsterdam stond de vraag centraal of een leeftijdsgrens van 47 jaar voor voetbalscheidsrechters een objectieve rechtvaardigingsgrond vormde. Volgens de KNVB zou deze rechtvaardigingsgrond zijn gelegen in de vereiste fitheid van het scheidsrechterscorps, alsmede met het oog op de doorstroming van de door de KNVB opgeleide scheidsrechters naar een hogere categorie. Volgens het hof kon het fitheidsargument in het licht van het voor de KNVB beschikbare instrumentarium om de geschiktheid te toetsen,

evenwel niet als objectieve rechtvaardigingsgrond worden aangemerkt en werd het hanteren van de bedoelde leeftijdsgrenzen als disproportioneel gekwalificeerd.

In het vonnis van de president van de Rechtbank Haarlem werd door een van de piloten van Martinair gesteld dat de bepaling in de CAO van Martinair op basis waarvan de arbeidsovereenkomst een einde neemt op de eerste van de maand samenvallend met dan wel eerstvolgend op de 56e verjaardag van de (gewezen) deelnemer, nietig is omdat voor het daarin voor vliegers van Martinair gehanteerde leeftijdonderscheid geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.

De door Martinair gegeven reden voor hantering van deze leeftijdsgrens, doorstroming van vliegers binnen haar organisatie, kon naar het oordeel van deze piloot niet als een dergelijke rechtvaardiging worden aangemerkt. Daarmee is deze leeftijdsgrens een vorm van ongeoorloofde discriminatie in de zin van artikel 1 Grondwet en artikel 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).

Martinair verweerde zich door te stellen dat de bevordering van de instroom van nieuwe vliegers en het voorkomen van promotievertraging voor alle vliegers die nog niet de positie van captain/commander hebben bereikt, wel degelijk een objectieve rechtvaardigingsgrond vormde. Voorts wees Martinair erop dat het systeem van arbeidsvoorwaarden zoals salarisontwikkeling en pensioenopbouw als uitgangspunt heeft dat een vlieger met 56 jaar uit dienst treedt.

Opmerkelijk was dat het standpunt van Martinair werd ondersteund door de Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers – de vakbond van piloten – die bevestigde dat de leeftijdsgrens deel uitmaakt van de overeengekomen CAO en deze leeftijdsgrens bijdraagt aan een door beide CAO-partijen gewenste evenwichtige personeelsopbouw binnen Martinair.

Onder verwijzing naar het afwijzen van het ‘doorstromingsargument’ door het Hof Amsterdam in de zaak Uilenberg/KNVB stelt de president dat niet verwacht moet worden dat dit argument in de (reeds aanhangige) bodemprocedure zal leiden tot het oordeel dat dit een objectieve rechtvaardigingsgrond oplevert. Mitsdien verwacht de president dat sprake zal zijn van leeftijdsdiscriminatie en dat een dergelijk CAO-beding partijen dus niet kan binden.

Moeten deze twee uitspraken nu worden beschouwd als eendagsvliegen of vormen zij zwaluwen in het juri-

disch landschap die een voorbode zijn van een veranderend jaargetijde? Want tot op heden waaide de wind uit een andere hoek.

#### **... of toch oude wijn in nieuwe zakken**

In tegenstelling tot de president van de Rechtbank Haarlem oordeelden het Kantongerecht Haarlem op 25 april 2001, alsook het Kantongerecht Amsterdam op 5 juli 2001 dat de in de CAO van Martinair respectievelijk KLM opgenomen pensioenleeftijd van 56 jaar voor piloten objectieve rechtvaardigingsgronden kent.

De kantonrechter te Haarlem stelt in de eerste plaats vast dat het feit dat de verplichte pensionering op de leeftijd van 56 jaar voor alle vliegers geldt, niet betekent dat er geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. De objectieve rechtvaardiging daarvan moet worden getoetst aan drie criteria: legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit.

De legitimiteit volgt wat de kantonrechter Haarlem betreft uit de omstandigheid dat de verplichte pensionering niet van bovenaf door Martinair is opgelegd, maar via CAO-onderhandelingen tot stand is gekomen. Bovendien wordt de regeling breed gedragen door de groep voor wie hij is bestemd. De kantonrechter kent daarmee – in tegenstelling tot de president – mede en belangrijke betekenis toe aan het feit dat de leeftijd in een CAO is vastgelegd en derhalve door de betrokken sociale partners – en hun achterban – wordt gedragen.

De regeling is ook doelmatig, nu met de verplichte pensionering het doel van doorstroming zoals dat door Martinair en de VNV wordt beoogd, kan worden bereikt.

Ook wordt voldaan aan het proportionaliteitscriterium, nu voor de voorgestane doorstroming geen andere, minder ingrijpende regelingen voorhanden zijn.

Een parallel met de zaak Uilenberg/KNVB wijst de Kantonrechter Haarlem af, nu in deze laatste kwestie wel degelijk andere middelen voorhanden waren om de doelstellingen – een fit scheidsrechtscorps – te bereiken. Daarmee werd derhalve niet voldaan aan het proportionaliteitsprincipe.

De Kantonrechter Amsterdam oordeelt in grote lijnen met nagenoeg dezelfde argumentatie als zijn ambtgenoot in Haarlem. De kantonrechter motiveert het voldaan zijn aan het proportionaliteitscriterium ook nog door erop te wijzen dat de werknemer ‘een niet onaanzienlijk pensioen ontvangt, waarvoor eiser geen arbeidsprestatie hoeft te leveren’. Ook vindt de kantonrechter rechtvaardiging in het argument dat de pen-

sioenopbouw van jongere vliegers benadeeld wordt bij stagnatie van de doorstroming.

Wel stelt de Kantonrechter Amsterdam dat, gelet op de voortschrijdende maatschappelijke discussie over beroepsactiviteit en inactiviteit en gelet op het spanningsveld waarin de overheid zich richt op verhoging van de (pre)pensioenleeftijd en waarin andere marktpartijen zich richten op een lagere uittredingsleeftijd, terughoudendheid van de rechter past.

Waar staan we thans in deze maatschappelijke discussie en wat wil 'deze maatschappij' nu eigenlijk?

#### **De pensioenleeftijd in de maatschappelijke discussie**

De Kantonrechter Amsterdam constateert mijns inziens een terecht spanningsveld tussen wensen van de overheid en de ontwikkelingen voortvloeiend uit het arbeidsvoorwaardenoverleg tussen sociale partners.

Uit het overleg tussen de Tweede Kamer en het kabinet inzake 'de bevordering arbeidsdeelname oudere werknemers' kan worden afgeleid dat in de afgelopen twee decennia in Nederland geleidelijk de situatie is gegroeid dat van de bevolking tussen 55 en 65 jaar nog slechts één op de drie personen werkt. Verhoudingsgewijs is het aantal (mannelijke) inactieven in de leeftijd van 55-59 jaar dat inkomen geniet uit hoofde van VUT of (pre)pensioen nog beperkt (circa 9%). In de leeftijdscategorie 60-64 jaar stijgt dit aantal evenwel aanzienlijk (38%).

Deze vervroegde uittredingen zijn het gevolg van maatregelen uit de jaren tachtig van de vorige eeuw om de jeugdwerkloosheid terug te brengen door ouderen eerder te laten uittreden. Zoals het kabinet constateert, is dit in de beleving van velen uitgegroeid tot een normale situatie.

Het overheidsbeleid is er thans op gericht om de arbeidsparticipatie van 'ouderen' te bevorderen. Samenvattend zijn de redenen dat in de toekomst het hoofd moet kunnen worden geboden aan de krapte op de arbeidsmarkt en de sociale voorzieningen met name de AOW betaalbaar te houden.

Een van de maatregelen die de overheid in dat verband heeft genomen, is de afschaffing van de fiscale facilitering van de VUT-regelingen en de omzettingen in prepensioenregelingen.

Voorzover mijn waarneming strekt, vindt – mede door deze overheidsstimulantia – een grote omzetting plaats van de flexibele VUT-regelingen in veelal vaste prepensioenregelingen.

Mag nu uit deze wens van de overheid worden geconstateerd dat er een maatschappelijk denken bestaat dat zich verzet tegen gedwongen pensioenleeftijden van 65 jaar of jonger en dat deze een leeftijdsdiscriminatie zouden opleveren?

Het enkele feit dat het kabinet uit – mijns inziens gerechtvaardigde – financiële motieven c.q. zorgen een grotere arbeidsparticipatie van ouderen wil, betekent niet dat er geen objectieve rechtvaardigingsgronden meer bestaan voor 'gedwongen pensioneringsleeftijden', laat staan dat dit een vorm van leeftijdsdiscriminatie zou opleveren.

Door omzetting van VUT-regelingen in prepensioenregeling wordt vervroegde pensionering voor 65 jaar juist meer in de hand gewerkt.

De argumentatie van het kabinet spruit dan ook uitsluitend voort uit financiële motieven en niet vanuit het oogmerk van gelijke behandeling van 'ouderen'. Zoals A-G Koopmans in zijn arrest bij Codfried/ISS naar mijn mening terecht opmerkt, is het maar de vraag of bij ontslag wegens pensioen (op 65 jaar) wel kan worden gesproken van een of andere vorm van achterstelling en, zo ja, of er wel een vergelijking mogelijk is met de (reeds) door de wet verboden vorm van achterstelling, zoals die wegens ras of geslacht.

Ook in de op 27 november 2000 vastgestelde EG-richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep is in de overwegingen uitdrukkelijk gesteld dat nationale bepalingen waarin de pensioengerechtigde leeftijd wordt vastgesteld blijven toegestaan. Artikel 6 lid 2 van de richtlijn bepaalt vervolgens uitdrukkelijk dat het vaststellen van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op een pensioenuitkering geen discriminatie is.

Het is naar mijn mening dus maar zeer de vraag of maatschappelijke ontwikkelingen tenderen in de richting van latere pensioenleeftijden. Eerder lijkt van het tegendeel sprake. Dat de overheid de participatie van ouderen wil stimuleren, wordt ingegeven vanuit (op zich gerechtvaardigde) financiële overwegingen. Indien 'de maatschappij' anders wil, zal daar de rekening moeten worden gepresenteerd voor de eigen keuze!

Niettemin heeft staatssecretaris Verstand recentelijk aangekondigd dat zij met een wetsvoorstel zal komen waarin de vaste pensioenleeftijd en gedwongen pensionering zullen worden verboden.

Naar mijn mening strookt dit wetsvoorstel niet met de huidige maatschappelijke opvattingen, alsook lijkt het in strijd met de contractsvrijheid die werkgever en werknemers zouden moeten hebben om de duur van hun arbeidsrelatie te bepalen.

*Mr. P.F. Doornik*  
*Loyens & Loeff*

---