

Maakt het ESH een wijziging van het systeem van het pensioenontslag noodzakelijk?

TRA 2023/39

Het Europees Comité voor Sociale Rechten heeft in zijn Conclusies 2020 wederom geoordeeld dat opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer in strijd is met art. 24 ESH. Dit vormt aanleiding voor een discussie over de handhaving van deze wettelijke opzegmogelijkheid. In deze bijdrage wordt ingegaan op het huidige systeem van pensioenontslag en op de vraag in welk opzicht dit onverenigbaar is met het ESH. Daarna wordt besproken in hoeverre het stelsel van pensioenontslag aanpassing behoeft.

1. Inleiding

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd is een onderwerp dat veel aandacht heeft gekregen in de rechtspraak en de literatuur.² De problematiek betrof de vraag in hoeverre deze beëindiging een gerechtvaardigd onderscheid is wat betreft leeftijd. Inmiddels is in de Europese en Nederlandse rechtspraak uitgekristalliseerd dat het ontslag wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een gerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd kan zijn.

In de literatuur is er geen aandacht besteed aan de vraag of het ontslag wegens de pensioengerechtigde leeftijd verenigbaar is met de categorieën van redelijke ontslaggronden die vermeld staan in art. 24 Europees Sociaal Handvest (ESH). Het Europees Comité voor Sociale Rechten (verder: het Comité) heeft hierover wel geoordeeld. Het Comité is het toezichthoudend orgaan van het ESH. Het heeft een belangrijke rol in de juridische interpretatie van de bepalingen ten behoeve van de toepassing van verdragsverplichtingen van het ESH. Het Comité beoordeelt aan de hand van de door de regeringen van de verdragspartijen verplicht verstrekte rapportages over de rechtspraktijk in hun landen, in hoeverre de verdragsbepalingen in de praktijk geïmplementeerd zijn en of de praktijk van de verdragspartij in overeenstemming is met de verdragsbepalingen van het ESH. Het Comité geeft de bevindingen weer in de conclusies. Het Comité oordeelde

in Conclusies 2012 en wederom in Conclusies 2020 over de situatie in Nederland dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer in strijd is met de typen van redelijke ontslaggronden van art. 24 ESH.³ De conclusies van het Comité zijn echter niet bindend.⁴

De vraag doet zich voor wat hiervan de consequenties zouden moeten zijn voor het systeem van pensioenontslag in Nederland. Dient de wettelijke regeling van het pensioenontslag aangepast te worden? In deze bijdrage zullen wij op deze vraag nader ingaan. Eerst komt het Nederlandse systeem van pensioenontslag aan de orde (par. 2), waarna ingegaan wordt op de vraag waarom en in welk opzicht dit systeem strijdig is met art. 24 ESH (par. 3). Vervolgens bespreken wij welke consequenties dit zou moeten hebben voor het huidige systeem van pensioenontslag (par. 4). Wij eindigen met enkele aanbevelingen tot aanpassing van de wetgeving (par. 5).

2. Ontslag bij pensioen: het initiatief van de werkgever of met instemming van de werknemer

Nederland heeft een gesloten ontslagsysteem, hetgeen betekent dat de arbeidsovereenkomst enkel kan worden beëindigd binnen de mogelijkheden die de wet daartoe geeft. Binnen dat systeem bestaan meerdere mogelijkheden om de arbeidsovereenkomst van een werknemer te laten eindigen wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

De eerste mogelijkheid is opzegging van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 4 BW. Dit artikel geeft de werkgever de mogelijkheid om, tenzij schriftelijk (individueel of collectief) anders is overeengekomen, de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens het bereiken van een overeengekomen leeftijd of, als dat niet is overeengekomen, van de pensioengerechtigde leeftijd ex art. 7a AOW. Partijen kunnen dus zelf een pensioenleeftijd overeenkomen. Er bestaan namelijk veel verschillende momenten waarop een werknemer met pensioen kan gaan. Zo kan het moment worden bepaald door de AOW, de pensioenleeftijd in het pensioenreglement, de fiscale

¹ Ivo van der Helm is universitair docent Arbeidsrecht en Sociaal Beleid aan de Universiteit Utrecht. Jorik van Zanden is promovendus Pensioenrecht aan de Universiteit Utrecht.

² Zie o.a.: A.G. Veldman, 'Zijn pensioenontslag en leeftijdsgebonden bedrijfsregelingen Europe-proof?', *TRA* 2009/86; Hoge Raad 13 juli 2012, m.nt. E.L.J. Bruyninckx, *TRA* 2012/78; HvJ EU 5 juli 2012, m.nt. H.H. Voogsgaard, *TRA* 2012/92.

³ Conclusions 2012 (Netherlands), Article 24; Conclusions 2020 (Netherlands), Article 24. De conclusies van het Comité zijn te raadplegen via de Hudoc website betreffende het ESH: www.hudoc.esc.coe.int.

⁴ Zie voor literatuur over het Comité: A.M. Swiatkowski, 'Council of Europe Labour Human Rights and Social Policy Standards', in: R. Blanpain (ed.), *International Encyclopedia of Laws: Labour Law and Industrial Relations*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021, p. 337-343.

pensioenleeftijd uit de Wet LB, de overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd of de flexibele pensioeningangsdatum naar keuze van de werknemer.⁵ De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen op of na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Van deze opzegmogelijkheid kan slechts eenmaal gebruikgemaakt worden en enkel in de situatie dat de werknemer vóór het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd bij de werkgever in dienst is. Is de werknemer in dienst gekomen na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd dan gelden de gebruikelijke regels voor opzegging of ontbinding.⁶

Als de werkgever gebruikmaakt van de opzegging van de arbeidsovereenkomst ex. art. 7:669 lid 4 BW is daarvoor geen schriftelijke instemming van de werknemer nodig (art. 7:671 lid 1 onder g BW), noch is een transitievergoeding verschuldigd (art. 7:673 lid 7 sub b BW).⁷ Ook gelden de 'tijdens' opzegverboden niet (art. 7:670a lid 2 sub e BW) en geldt een korte opzegtermijn van één maand (art. 7:672 lid 3 BW).

Naast de mogelijkheid van opzegging kan ook een pensioenbeding in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst opgenomen zijn. Een dergelijk beding bepaalt dat de overeenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van een bepaalde leeftijd. Het eindigen van de arbeidsovereenkomst op grond van een pensioenbeding heeft geen specifieke wettelijke grondslag, maar volgt uit de systematiek van art. 7:667 BW dat bepaalt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst aangegaan. Het pensioenbeding is door de Hoge Raad als geldig beding geaccepteerd.⁸ De Hoge Raad overwoog: "(...) Het eerste lid van art. 7:667 BW is niet beperkt tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het voorschrift van het zesde lid ziet op de wijze waarop een partij een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst kan beëindigen. Het verzet zich niet tegen een overeenkomst (of tegen een op een overeenkomst toepasselijke clausule) als bedoeld in het eerste lid, die meebrengt dat een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt."⁹

Het verschil tussen deze twee genoemde beëindigingsmogelijkheden bij pensioen is dat opzegging van de arbeidsovereenkomst een actie van de werkgever vereist en dus ook op diens initiatief tot stand komt, terwijl bij het pensioenbeding de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd. Dit onderscheid is van belang voor de toepasselijkheid van art. 24 ESH dat een bescherming biedt tegen ontslag. Hierop zal in de volgende paragraaf worden ingegaan.

3. Pensioenontslag en het ESH

Art. 24 ESH biedt een waarborg voor het recht van werknemers op bescherming in geval van beëindiging van de dienstbetrekking door de werkgever. Krachtens onderdeel a van deze bepaling verbinden de verdragspartijen zich tot erkenning van het recht van alle werknemers om hun dienstbetrekking niet beëindigd te zien worden zonder geldige redenen. Art. 24 laat twee soorten geldige redenen toe. De eerste bestaat uit de redenen die gelegen zijn in de bekwaamheid of het gedrag van de werknemer. Onder deze categorie vallen de persoonsgebonden gronden van art. 7:669 lid 3 sub c tot en met i BW. De tweede soort geldige reden is een reden die gelegen is in de operationele behoeften van de onderneming. Hieronder valt de grond van het noodzakelijk vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van wegens bedrijfseconomische omstandigheden te nemen maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering (art. 7:669 lid 3 sub a BW). De grond van langdurig ziekteverzuim (art. 7:669 lid 3 sub b BW) zou ook onder de redenen gelegen in de operationele behoeften van de onderneming geschaard kunnen worden. Langdurige afwezigheid wegens ziekte kan een geldige reden zijn voor ontslag als door de afwezigheid de bedrijfsvoering van de onderneming ernstig wordt belemmerd en een vervanging van de medewerker noodzakelijk is.¹⁰

Art. 24 ESH is alleen van toepassing bij een beëindiging van de dienstbetrekking op initiatief van de werkgever (Bijlage bij het ESH, Deel II, art. 24 lid 1). Dit betekent dat deze bepaling voor wat betreft de Nederlandse situatie slechts bescherming biedt ingeval de arbeidsovereenkomst door de werkgever opgezegd wordt of op diens verzoek door de rechter ontbonden wordt. Indien de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt door een pensioenbeding, geeft art. 24 ESH daarom geen waarborg voor bescherming tegen ontslag.¹¹ In de Bijlage bij het ESH (Bijlage bij het ESH, Deel II, art. 24 lid 3) worden specifieke redenen genoemd die in ieder geval geen geldige redenen voor beëindiging van dienstbetrekking kunnen vormen: a) lidmaatschap van een vakbond of deelname aan vakbondsactiviteiten buiten werktijd, of, met toestemming van de werkgever, tijdens werktijd; b) solliciteren naar de functie van, optreden als

5 Zie voor een overzicht van verschillende pensioenleeftijden: M. Heemskerk, 'Oud en wijs: waarom met pensioen als je nog kunt doorwerken?', in: H. Ballin et al., 'De toekomst van de sociale zekerheid: de menselijke maat in een solidaire samenleving', Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 155.

6 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 100.

7 Zie over de transitievergoeding: A.G. Veldman, 'Ontzegging van een transitievergoeding aan pensioengerechtigden vormt geen leeftijdsdiscriminatie: een uitgemaakte zaak na de Hoge Raad-beschikking van 20 april 2018?', *TRA 2018/67*; C. Donner-Broersma & I. Vermeeren-Keijzers, 'Ontslag oudere werknemers anno 2017 nader bezien', *TvO 2017*, nr. 3, p. 127-136.

8 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ 2012/547*.

9 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ 2012/547*, r.o. 5.9.

10 Conclusions 2008 (Netherlands), Article 24; Conclusions 2020 (Netherlands), article 24; Conclusions 2020 (Malta), Article 24.

11 Conclusions 2012 (Netherlands), Article 24.

of opgetreden hebbend als werknemersvertegenwoordiger; c) indienen van een klacht of deelneming aan een gerechtelijke procedure tegen een werkgever met betrekking tot een vermeende schending van wet- of regelgeving of het zich wenden tot bevoegde administratieve autoriteiten; d) ras, kleur, geslacht, echtelijke staat, gezinsverantwoordelijkheid, zwangerschap, godsdienst, politieke overtuiging, nationale herkomst of sociale afkomst; e) zwangerschaps- of ouderschapsverlof; f) tijdelijk verzuim vanwege ziekte of letsel. Uit deze lijst van niet toegestane redenen voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst blijkt dat het voornamelijk gaat om redenen die discriminatoir kunnen zijn.

In Conclusies 2012 en 2020 oordeelde het Comité over het pensioenontslag in de Nederlandse praktijk.¹² Volgens het Comité valt alleen de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer (ex art. 7:669 lid 4 BW) onder het bereik van art. 24 ESH.¹³ Het Comité oordeelde dat een opzegging door de werkgever wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer met art. 24 ESH strijdig is, tenzij de beëindiging goed gemotiveerd is met verwijzing naar één van de in art. 24 ESH genoemde geldige redenen.¹⁴ Daarmee maakt het Comité duidelijk dat een beëindiging door de werkgever alleen mag plaatsvinden om redenen gelegen in de houding of gedrag van de werknemer of de operationele behoeften van de onderneming. Hieraan voldoet art. 7:669 lid 4 BW niet. Om deze reden oordeelde het Comité in de Conclusies 2012 en 2020 dat de situatie in Nederland niet in overeenstemming is met art. 24 ESH omdat de wettelijk toegestane beëindiging door de werkgever op de enkele grond dat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, niet gerechtvaardigd is.¹⁵

Het Comité oordeelde in gelijke zin in Conclusies 2016 over de situaties in Armenië en Malta waar de werkgever ook de wettelijke mogelijkheid heeft om eenzijdig de arbeidsovereenkomst te beëindigen op grond van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.¹⁶ In beide landen is naar aanleiding hiervan enige actie ondernomen. In Malta werd in een pensioencommissie met belanghebbende partijen overeenstemming bereikt over de noodzaak het arbeidsrecht aan te passen, maar niet over hoe dat zou moeten gebeuren. Omdat de situatie in Malta nog niet was veranderd, oordeelde het Comité in Conclusies 2020 dat de praktijk nog steeds niet in overeenstemming was met art. 24 ESH.¹⁷ In Armenië is de arbeidswetgeving aangepast door te bepalen dat krachtens een in de ar-

beidsovereenkomst op te nemen clausule de werkgever zelf gerechtigd is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde of bepaalde tijd te ontbinden in het geval de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Dit is niet een wezenlijke verandering van de situatie van voor de wetwijziging. Het Comité vroeg naar aanleiding van de rapportage aan de regering van Armenië om informatie te verstrekken of de werkgever zich bij het gebruikmaken van de ontbindingsmogelijkheid ook moet beroepen op de typen gronden van art. 24 ESH en stelde daarom het oordeel over de conformiteit uit.¹⁸ Hieruit blijkt wederom dat het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd op zichzelf geen geldige reden is voor de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Het kan alleen een geldige reden zijn als de werkgever tevens een andere reden daarbij inroept die verband houdt met de houding of het gedrag van de werknemer of de operationele behoeften van de onderneming.

4. De wijziging van het systeem van het pensioenontslag

Uit de vorige paragraaf blijkt dat art. 7:666 lid 4 BW in strijd is met art. 24 ESH. Daarmee komt Nederland wat betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst vanwege de pensioengerechtigde leeftijd zijn verplichting uit het Handvest niet na. Hoewel de conclusies van het Comité niet bindend zijn, dient naar onze mening hieraan wel gevolg te worden gegeven omdat Nederland het verdrag geratificeerd heeft en de bepalingen van het ESH wel voor Nederland bindend zijn. Het feit dat er geen effectief handhavingsmechanisme in het ESH zit doet daar niet aan af. Verder zou herhaaldelijke niet-naleving van de conclusies kunnen leiden tot gezichtsverlies van Nederland in de internationale gemeenschap, temeer nu twee andere landen naar aanleiding van de conclusies wel tot wijziging van de arbeidswetgeving zijn overgegaan of daarmee bezig zijn. Naast het feit dat Nederland zijn verdragsverplichtingen dient na te komen zijn er ook andere argumenten om art. 7:669 lid 4 BW te schrappen.

Ten eerste vormt de bepaling een vreemde eend in de bijt binnen de gesloten systematiek van de ontslaggronden. Er wordt namelijk slechts voor één enkele categorie werknemers een uitzondering gemaakt op het principe dat een redelijke grond vereist is om een arbeidsovereenkomst op te kunnen zeggen. Die redelijke gronden zijn immers limitatief opgesomd in art. 7:669 lid 3 BW en sluiten bovendien, zoals gezegd, aan bij de twee typen van redelijke ontslaggronden van het ESH. Bij de pensioengerechtigde werknemer kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen louter vanwege het bereiken of bereikt hebben van de pensioenleeftijd. Dat verdraagt zich niet met het gesloten systeem van art. 7:669 lid 3 BW.

12 Conclusions 2012 (Netherlands), Article 24; Conclusions 2020 (Netherlands), Article 24.

13 Conclusions 2012 (Netherlands), Article 24.

14 Conclusions 2012 (Netherlands), Article 24.

15 Conclusions 2012 (Netherlands), Article 24; Conclusions 2020 (Netherlands), Article 24.

16 Conclusions 2016 (Armenia), Article 24; Conclusions 2016 (Malta), Article 24.

17 Conclusions 2020 (Malta), Article 24.

18 Conclusions 2020 (Armenia), Article 24.

Een tweede reden is dat de mogelijkheid voor de werkgever om werknemers door te laten werken na het bereiken van de pensioenleeftijd en daarna – zonder de noodzaak van een redelijke grond – te kunnen opzeggen, kan leiden tot rechtsonzekerheid voor werknemers. Het doel dat de wetgever met de bepaling voor ogen had, zou naar onze mening ook op andere wijze kunnen worden bereikt, bijvoorbeeld door een pensioenbeding. Het doel van de wetgever was om werkgevers armslag te geven om werknemers na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd door te laten werken in de wetenschap dat hij makkelijk en snel, zonder tussenkomst van UWV of kantonrechter, de arbeidsovereenkomst kan beëindigen.¹⁹ Het versoepelen van het ontslagrecht via de route van art. 7:669 lid 4 BW voor deze specifieke groep is dus een maatregel om de arbeidsparticipatie van ouderen te vergroten.

De rechtszekerheid van de werknemer is erbij gebaat als de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt door middel van een pensioenbeding. Als de werkgever de arbeidsverhouding wil voortzetten, kan hij na einde van het contract voor onbepaalde tijd aan de werknemer een contract voor bepaalde tijd aanbieden. Met een contract voor bepaalde tijd heeft hij flexibiliteit omdat dit contract afloopt na de tijd waarvoor dit contract is aangegaan. Door de uitzondering op de ketenregel kan er bovendien nog tot vier jaar na datum van pensionering worden doorgewerkt op basis van contracten voor bepaalde tijd zonder dat er sprake is van een contract voor onbepaalde tijd (art. 7:668a lid 12 BW). Met een pensioenleeftijd van 67 zou dat betekenen dat er tot het 71^{ste} levensjaar nog doorgewerkt kan worden zonder dat de werkgever meteen vastzit aan de werknemer. Het is overigens maar de vraag in hoeverre werknemers zelf nog na hun 71^{ste} levensjaar willen doorwerken.

Dit brengt ons bij de vraag hoe het systeem aangepast moet worden. Wij zijn van mening dat art. 7:669 lid 4 BW geschrapt moet worden zodat er geen wettelijke regeling meer bestaat om op te zeggen bij of wegens het bereikt hebben van de pensioenleeftijd. De manier om de arbeidsovereenkomst te beëindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd is dan door middel van een pensioenbeding. Een dergelijke aanpassing sluit beter aan bij de systematiek van het ontslagrecht en maakt het systeem van pensioenontslag helder en is bovendien conform art. 24 ESH.

5. Conclusie

In 2020 heeft het Comité wederom geoordeeld dat het Nederlandse pensioenontslag ex art. 7:669 lid 4 ESH in strijd is met art. 24 ESH. In het huidige systeem kan de werkgever, tenzij expliciet schriftelijk uitgesloten, de arbeidsovereenkomst opzeggen op grond van het bereiken van

een pensioenleeftijd. Art. 24 ESH staat echter slechts twee soorten opzeggronden toe: opzegging wegens bekwaamheid of gedrag van de werknemer of vanwege operationele behoeften van de werkgever. Hieronder valt dus niet het enkele bereiken van een zekere leeftijd. Naast het pensioenontslag ex art. 7:669 lid 4 BW kan ook een pensioenbeding worden opgenomen in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst. Deze mogelijkheid valt niet onder het bereik van art. 24 ESH. Het verschil tussen deze twee opties is dat met een pensioenbeding de werknemer en werkgever afspreken dat de arbeidsovereenkomst zal eindigen terwijl het pensioenontslag een eenzijdige beëindiging door de werkgever is. Gezien het feit dat Nederland het ESH geratificeerd heeft, dient art. 24 ESH gerespecteerd te worden en zou de optie van art. 7:669 lid 4 BW geschrapt moeten worden. Dit draagt ook bij aan de rechtszekerheid voor de werknemer. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioenleeftijd zou dan plaatsvinden door middel van een pensioenbeding. En het doel van het vergroten van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers is voldoende bereikt door de verlenging van de termijnen van de ketenregeling. Hierdoor kan de werkgever de pensioengerechtigde werknemer langer laten doorwerken op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

¹⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 47.