

Pensioenontslagbeding na verhoging AOW-leeftijd: oppassen en aanpassen

Prof. mr. drs. M. Heemskerk, datum 24-12-2012

Datum	24-12-2012
Auteur	Prof. mr. drs. M. Heemskerk ^[2]
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht Arbeidsrecht (V) Arbeidsrecht / Algemeen

In deze bijdrage analyseert de auteur de ontwikkelingen in de rechtspraak over pensioenontslag, waarbij eveneens kort wordt stilgestaan bij de aangekondigde wettelijke basis voor pensioenontslag. Vanaf 1 januari 2013 kan door de verhoging van de AOW-leeftijd^[1] de contractuele pensioenontslagdatum afwijken van de AOW-leeftijd. Dat kan leiden tot een tijdelijk AOW-gat, Anw-gat en leeftijdsdiscriminatie. Dat is reden om het pensioenontslagbeding tegen het licht te houden en zo nodig aan te passen.

De rechtsgeldigheid van het pensioenontslag

Vrijwel iedere werknemer heeft in zijn arbeidsovereenkomst staan dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Is dat pensioenontslag rechtsgeldig? Arbeidsrechtelijk blijft het een vreemde eend in de bijt. Het ontslagrecht voorziet (nog steeds) niet in een wettelijke regeling voor het van rechtswege eindigen van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd bij het bereiken van de pensioenleeftijd. Die lacune heeft geleid tot rechtsonzekerheid over de rechtsgeldigheid van pensioenontslag. Dat is ongewenst aangezien het pensioenontslagbeding blijkens onderzoek van SZW uit 2010 een standaardbepaling is in de (collectieve) arbeidsovereenkomst.^[3] Als voorbeeld citeer ik art. 5 lid 8 van de algemeen verbindend verklaarde cao voor de bouwrijverheid:

“Een voor onbepaalde tijd aangegane dienstbetrekking eindigt in elk geval met het einde van de betalingsperiode waarin de werknemer 65 jaar wordt, tenzij anders wordt overeengekomen.”^[4]

In de literatuur is de rechtsgeldigheid van pensioenontslag bestreden op grond van de zogenaamde tweesmakenleer: een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt door opzegging (7:667 lid 6 BW) en een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt van rechtswege.^[5] De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan daarom niet van rechtswege eindigen. Er is bij mijn weten één kantonrechter die de tweesmakenleer volgt en pensioenontslag als onmogelijk bestempelt.^[6] Mijns inziens is pensioenontslag wel mogelijk omdat het mixen van arbeidsrechtelijke smaken is toegestaan. Zoals een bepaalde tijdcontract kan eindigen door tussentijdse opzegging (art. 7:667 lid 3 BW) kunnen arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd niet alleen eindigen door opzegging

(art. 7:667 lid 6 BW lijkt dat te suggereren) maar ook anderszins, bijvoorbeeld door de dood (art. 7:674 BW), wederzijds goedvinden of door ontbinding (art. 7:685 BW). De juridische grondslag voor dat van rechtswege eindigen bij het bereiken van de pensioenleeftijd kan – zo schreef ik al eerder^[7] – worden gevonden in gebruik of overeenkomst zoals bedoeld in art. 7:667 lid 1 BW.^[8]

De volgende passage van het *KLM*-arrest van juli 2012 maakt duidelijk dat ook de Hoge Raad de rechtsfiguur pensioenontslag heeft geaccepteerd en dat de wettelijke grondslag daarvoor gevonden kan worden in art. 7:667 lid 1 BW:

“Het eerste lid van art. 7:667 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]

Drie soorten pensioenontslag

De erkenning dat pensioenontslag rechtsgeldig is, betekent niet dat iedere vorm van pensioenontslag rechtsgeldig is. Ten eerste kan pensioenontslag nietig zijn omdat het in strijd is met het verbod van leeftijdsdiscriminatie.^[10] Zonder op deze plaats uitvoerig op het risico van leeftijdsdiscriminatie in te gaan,^[11] is de vuistregel dat pensioenontslag onder de AOW-leeftijd (nu nog 65 jaar) discriminatoir is en pensioenontslag op de AOW-gerechtigde leeftijd niet.^[12] Bij pensioenontslag onder 65 jaar kunnen werknemers komen met een loonvordering, wedertewerkstelling en voortzetting van pensioenopbouw vorderen.

Los van discriminatoire aspecten is de tendens in de rechtspraak dat de rechtsgeldigheid van pensioenontslag afhangt van de contractuele afspraak. Daarbij onderscheid ik drie vormen:

1. pensioenontslagbeding;
2. pensioenregel;
3. AOW-ontslag.

Pensioenontslagbeding

Als gezegd is het pensioenontslagbeding een standaardbepaling in de (collectieve) arbeidsovereenkomst. Daarbij wordt expliciet bepaald dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Het overgrote deel van de werknemers zal in de arbeidsovereenkomst, in het personeelshandboek of in de cao worden gebonden aan een pensioenontslagbeding. De rechtsgeldigheid daarvan lijkt mij na het *KLM*-arrest kristalhelder. In 2010 oordeelde overigens ook A-G Wissink in zijn conclusie bij de Arubaanse pensioenontslagzaak al dat pensioenontslag naar Nederlands recht in beginsel werd aanvaard.^[13]

Pensioenregel

Minder helder is de rechtsgeldigheid van de zogenaamde pensioenregel.^[14] De essentie van de pensioenregel is dat de overeengekomen vaste pensioenleeftijd meebrengt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Anders dan bij het pensioenontslagbeding is het

automatisch eindigen van de arbeidsovereenkomst bij de pensioenleeftijd niet expliciet maar impliciet overeengekomen. De gedachte is dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt aangezien impliciet is overeengekomen dan wel het gebruik is (in de zin van art. 7:667 lid 1 BW) dat bij het bereiken van de pensioenleeftijd de arbeidsovereenkomst eindigt. Lange tijd was deze pensioenregel in de rechtspraak aanvaard.^[15] De tendens in de rechtspraak is dat veel rechters deze pensioenregel niet meer aanvaarden en de arbeidsovereenkomst van werknemers zonder pensioenontslagbeding die willen doorwerken in stand laten. Veelal gaat het om bedrijven of werknemers die niet onder een cao vallen. Werkgevers zijn het pensioenontslagbeding 'vergeten' en proberen dan aan te sluiten bij het gebruik 'pensioenleeftijd is einde arbeidsovereenkomst'. Steeds vaker trekt de werknemer die wil doorwerken aan het langste eind. In 2005 oordeelde de Kantonrechter Utrecht dat het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet automatisch leidt tot het einde van de arbeidsovereenkomst.^[16] In 2009 oordeelde de Kantonrechter Delft dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt bij 65 jaar omdat dit niet (expliciet) was overeengekomen.^[17] De Voorzieningenrechter Utrecht oordeelde in oktober 2011 dat voorshands niet kon worden aangenomen dat er een gebruik is in de zin van art. 7:667 lid 1 BW dat arbeidsovereenkomsten bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van rechtswege eindigen, ook indien dit niet is overeengekomen. De arbeidsovereenkomst was blijven voortbestaan.^[18] Dit jaar oordeelde ook de Kantonrechter Haarlem dat zonder pensioenontslagbeding de arbeidsovereenkomst niet automatisch bij 65 jaar eindigt.^[19] Het gebruik of de gewoonte dat de AOW-leeftijd of de pensioenleeftijd uit het pensioenreglement betekent dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, is dus aan erosie onderhevig. Een uitzondering vormt de uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht uit 2011. Hij oordeelde dat de arbeidsovereenkomst ook zonder pensioenontslagbeding bij 65 jaar eindigt gezien het maatschappelijk gebruik in de metaalsector (bedrijfstakgebruik).^[20] Een verklaring voor dat verschil kan zijn dat de werknemer in kwestie in de holding zat die niet was gebonden aan de algemeen verbindend verklaarde cao (pensioenontslagbeding) in plaats van in de werkmaatschappij waar het beding bedrijfstakbreed gold. Deze uitspraken moeten worden afgezet tegen het *Codfried*-arrest van de Hoge Raad uit 1995.^[21] Die zaak betrof het proeftijdontslag van een 65-jarige werknemster. De Hoge Raad overwoog toen dat:

“(…) niet kan worden gezegd dat de regel dat een dienstbetrekking in het algemeen van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd, niet langer in overeenstemming is met de rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking.”

De overweging van de Hoge Raad is duidelijk: de regel is dat de arbeidsovereenkomst in het algemeen van rechtswege eindigt bij 65 jaar. Dat arrest biedt aanknopingspunten om vast te houden aan de pensioenregel totdat de Hoge Raad omgaat. Tegelijkertijd is anno 2012 duidelijk dat veel kantonrechters daar anders over denken en inschatten dat de Hoge Raad a. dat niet heeft bedoeld voor pensioenontslag zonder beding; of b. nu niet tot hetzelfde oordeel zou komen. Een toelichting van de Hoge Raad of het pensioenontslagbeding, de pensioenregel of allebei werd bedoeld, ontbreekt natuurlijk. Die discussie speelde ook niet in die zaak.

Hoe dan ook, werkgevers zonder pensioenontslagbeding doen er verstandig aan om tijdig een ontslagvergunning aan te vragen bij het UWV WERKbedrijf.

AOW-ontslag

Een kleine groep werknemers heeft geen pensioenontslagbeding en geen aanvullend pensioen. Voor deze zogenaamde witte vlekken is er geen schriftelijke afspraak dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij

de AOW-gerechtigde leeftijd. De pensioenregel is niet van toepassing: er is geen vaste pensioenleeftijd opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Door de AOW-leeftijd in te lezen als gebruik of gewoonte waarop de arbeidsverhouding eindigt kunnen werkgevers zich beroepen op het automatisch eindigen bij 65 jaar beroepen, onder verwijzing naar het *Codfried*-arrest. Als gezegd zijn er dezer dagen weinig kantonrechters te vinden die dat betoog zullen volgen.

Pensioenontslag krijgt wettelijke basis

In antwoord op Kamervragen in 2010 gaf toenmalig minister Donner aan te overwegen om in de wet te verduidelijken dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd automatisch kan eindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.^[22] Voorwaarde is dan 1. een schriftelijk pensioenontslagbeding in de (collectieve) arbeidsovereenkomst; en 2. dat het pensioenontslagbeding niet in strijd is met de WGBL. De antwoorden van de minister impliceren dat na verduidelijking van de wetgeving (verduidelijking betekent mijns inziens dat pensioenontslag al was aanvaard) er zonder schriftelijk pensioenontslagbeding geen rechtsgeldig pensioenontslag kan zijn. De pensioenregel en AOW-ontslag gaan dan tot het verleden behoren.^[23] Uit de wetsgeschiedenis van de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd blijkt dat wetgeving voor het pensioenontslag inmiddels in de maak is:

“De regering is voornemens om wettelijk vast te leggen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, tenzij partijen schriftelijk andere afspraken hebben gemaakt. Dit voorstel is opgenomen in het voorstel van wet ‘Werken na de AOW-gerechtigde leeftijd’, dat onlangs voor advies aan de Raad van State is aangeboden.”^[24]

Drie pensioenleeftijden

De Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd zorgt voor (minimaal) drie verschillende pensioenleeftijden:

1. de AOW-leeftijd;
2. de pensioenleeftijd in het pensioenreglement;
3. de pensioenontslagleeftijd;

De vraag ‘Wat is uw pensioenleeftijd?’ zal niet meer eenduidig te beantwoorden zijn. Het wordt ingewikkelder dan het was.

De verhoogde AOW-leeftijd

Na een heel lang voortraject en gesteggel over de verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd is in een verbazingwekkend korte termijn van zo’n drie maanden de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd door het parlement geloodst en in het *Staatsblad* verschenen. De AOW-leeftijd gaat in de loop van de jaren telkens op 1 januari omhoog, met steeds grotere stappen. Vanaf 1 januari 2013 is de AOW-leeftijd 65 jaar en 1 maand. In 2019 is de AOW-gerechtigde leeftijd 66 jaar en in 2023 67 jaar. Vervolgens wordt de AOW-leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting. Onderstaande tabel geeft het effect van de verhoging op de AOW-leeftijd tot 2019 aan:

2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
65 + 1 mnd	65 + 2 mnd	65 + 3 mnd	65 + 5 mnd	65 + 7 mnd	65 + 9 mnd	66 jaar

De inkt in het *Staatsblad* is nauwelijks droog of er worden alweer nieuwe plannen voor de AOW-leeftijd aangekondigd. In het regeerakkoord *Bruggen Slaan* van VVD en PvdA van 29 oktober 2012 wordt de AOW-leeftijd vanaf 2015 versneld verhoogd zodat deze in 2018 66 jaar is en in 2021 67 jaar. In deze bijdrage ga ik uit van de wettekst uit het *Staatsblad*.

De verhoging van de AOW-leeftijd betekent voor werknemers dat zij vanaf 2013 later een AOW-uitkering krijgen. Bovendien gaat de AOW sinds 1 april 2012 niet meer in op de eerste dag van de maand waarop werknemers 65 worden maar op de verjaardag (Wet AOW op verjaardag).^[25] Voor iemand geboren op de 30^e of 31^e van de maand betekende dat al een maand later AOW (AOW-gaatje). Blijft de pensioenleeftijd uit het pensioenreglement – vaak 65 jaar – ongewijzigd dan dreigt een inkomensterugval voor werknemers met een einddatum van 65 jaar of vroeggepensioneerden die uitgaven van een AOW-leeftijd van 65 jaar. De AOW gaat later in dan het aanvullend pensioen.

De fiscale pensioenrichtleeftijd

Per 1 januari 2014 wordt de fiscale pensioenrichtleeftijd in de Wet op de loonbelasting 1964, het uitgangspunt voor de maximering van fiscale pensioenopbouw, verhoogd naar 67 jaar en daarna gekoppeld aan de levensverwachting. De pensioenrichtleeftijd gaat dus verschillen van de AOW-leeftijd. In 2014 is de AOW-leeftijd 65 jaar en 2 maanden en de fiscale pensioenrichtleeftijd 67 jaar. Werknemers hebben jaarlagen met opgebouwde pensioenaanspraken op basis van pensioenleeftijd 65 jaar (tot 2014) en bouwen vanaf 2014 pensioenaanspraken op die zijn gebaseerd op een pensioenleeftijd van 67 jaar. Tegelijkertijd worden de opbouwpercentages (de fiscale ruimte voor pensioenopbouw) drastisch verlaagd. Voor eindloonregelingen wordt het fiscaal toegestane maximumopbouwpercentage vanaf 1 januari 2013 verlaagd van 2% naar 1,9%, voor middelloonregelingen van 2,25% naar 2,15%. Het regeerakkoord verlaagt die fiscale ruimte nog eens extra met maar liefst 0,4%. Dat is een majeure versobering. Voor premieovereenkomsten wordt de staffel aangepast. Bottom line: men moet veel langer werken voor hetzelfde pensioen. De fiscale pensioenrichtleeftijd is vaak leidend voor de pensioenleeftijd in het pensioenreglement. Mijn verwachting is dat (veel) pensioenuitvoerders ervoor zullen kiezen om de fiscale pensioenrichtleeftijd op te nemen als pensioenleeftijd in het pensioenreglement. Datzelfde is eerder gebeurd bij de Wet VUT, prepensioen en levensloopregeling waar de spilleeftijd of normale pensioenleeftijd werd verhoogd naar 65 jaar. Nu zullen pensioenuitvoerders overwegen om de pensioenleeftijd te verhogen naar 67 jaar. Er ontstaan dan verschillende pensioenleeftijden. De pensioenleeftijd uit het pensioenreglement wordt dan anders dan de AOW-leeftijd. Aansluiten bij de AOW-leeftijd in het pensioenreglement is geen logische keuze. De AOW-leeftijd verschilt namelijk per leeftijdscohort en dat is uitvoeringstechnisch zeer onaantrekkelijk.

De betekenis voor het pensioenontslagbeding

Volgens onderzoek van SZW uit 2010 wordt in de meerderheid van de cao's (63%) aangesloten bij de AOW-gerechtigde leeftijd. Het pensioenontslagbeding is dan dynamisch: de pensioenontslagdatum beweegt mee met de gewijzigde AOW-leeftijd. In 37% van de gevallen wordt de statische leeftijd (65 jaar) als pensioenontslagdatum genoemd.^[26] In die gevallen eindigt de arbeidsovereenkomst contractueel nog steeds op 65 jaar. Het loon stopt bij 65 jaar, veelal gaat het aanvullend pensioen dan

in. De AOW echter nog niet. De werknemer heeft tijdelijk een AOW-gat. Dat gat vormt een financiële prikkel om door te werken tot zijn AOW-uitkering ingaat. Positief geformuleerd stimuleert dat de arbeidsdeelname van oudere werknemers. Zij kunnen op grond van de WGBL claimen dat ontslag onder de voor hen geldende AOW-gerechtigde leeftijd discriminatoir is en zo bij hun werkgever proberen af te dwingen dat zij doorwerken tot de AOW-leeftijd. De wetgever was daar helder over:

“Cao-bepalingen die een ontslagbepaling kennen die eerder ingaat dan de AOW-gerechtigde leeftijd, kunnen strijdig zijn met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Ontslag uitsluitend gebaseerd op het bereiken van een bepaalde leeftijd mag niet, tenzij die leeftijd de AOW-gerechtigde leeftijd is; en bij een lagere leeftijd, daar waar een objectieve rechtvaardiging voor is. Die objectieve rechtvaardiging zal er niet zijn als een werknemer wordt ontslagen omdat in de cao of individuele arbeidsovereenkomst nog steeds sprake is van ontslag bij 65 uitsluitend omdat men de betreffende overeenkomst niet heeft aangepast aan de stijging van de AOW-leeftijd. Als een werknemer desondanks bij 65 wordt ontslagen is dat ontslag vernietigbaar.”^[27]

De regering merkt elders op dat sociale partners verantwoordelijk zijn en dat de termijn tot 1 januari ruim genoeg was om individuele arbeidsovereenkomsten en cao's aan te passen. Die aanpassing van (c)ao's kan betrekkelijk snel volgens de regering.^[28] Werknemers kunnen het AOW-gat repareren door tot hun hogere AOW-leeftijd door te werken. Is het pensioenontslagbeding nog niet aangepast dan kan wellicht nog worden betoogd aan de hand van de Haviltex-uitlegnorm dat 65 jaar gelezen moet worden als de AOW-gerechtigde leeftijd. Bij een succesvol beroep op de nietigheid van het pensioenontslagbeding ex art. 13 WGBL kan de werkgever wellicht betogen dat sprake is van partiële nietigheid waarbij 65 jaar moet worden geconverteerd (art. 3:42 BW) in de AOW-leeftijd van betrokkene. Slaagt die conversie niet dan heeft de werknemer pas echt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Vermeldenswaardig is nog de aangenomen Motie Noten waarin de regering is verzocht te bevorderen dat het pensioenontslag gekoppeld wordt aan de fiscale pensioenrichtleeftijd (67 jaar per 1 januari 2014).^[29] Invoering zou meebrengen dat de pensioenontslagleeftijd vanaf 2014 niet lager dan 67 jaar kan zijn.

Reparatie en dichten van het AOW-gat

Als gezegd kunnen werknemers het AOW-gat dichten door langer door te werken. Het AOW-gat is niet te repareren voor ex-werknemers van wie het prepensioen of de VUT al is ingegaan. Een beroep op de WGBL om langer door te werken baat hen niet omdat zij al uit dienst zijn. De uitkeringen stoppen op 65 jaar zonder dat de AOW ingaat, tenzij andere afspraken worden gemaakt. Aan het oog onttrokken is het Anw-gat. Daarmee doel ik niet op de in het regeerakkoord aangekondigde beperking van de maximumduur van de nabestaandenuitkering tot één jaar voor nieuwe gevallen. Het door mij bedoelde Anw-gat ontstaat doordat de nabestaandenpensioenuitkering (en financiering) loopt tot 65 jaar, ervan uitgaand dat dan de AOW en het aanvullend pensioen dan ingaan. Wij weten nu al dat voor jongere partners (potentiële nabestaanden) een Anw-gat van meer dan twee jaar (65-67+) kan ontstaan. Vanuit goed werkgeverschap is het raadzaam om beleid te formuleren hoe met AOW-gat en Anw-gat moet worden omgegaan.

Onderdeel van de wet is een AOW-voorschotregeling. Die regeling biedt betrokkenen de mogelijkheid de AOW in 2013 een maand eerder op te nemen (AOW vanaf 65 jaar) als renteloze lening. Dat voorschot wordt later verrekend. Die sigaar uit eigen doos – sparen mag ook – kan nuttig zijn om de maand inkomensterugval te overbruggen via spreiding. De voorschotregeling wordt in het

regeerakkoord vervangen door een overbruggingsregeling. Die regeling geldt alleen voor deelnemers met een inkomen tot 150% van het wettelijk minimumloon en kent een partner- en vermogenstoets (exclusief eigen woning en pensioenvermogen). Het amendement Neppéus-Groot^[30] (VVD/PvdA) beoogt om pensioenuitvoerders in staat te stellen om ter overbrugging het levenslange ouderdomspensioen naar voren te halen en zo het AOW-gat te dichten. Het actuariële resultaat is wel dat het levenslange ouderdomspensioen iets lager zal zijn.

Het pensioenontslagbeding 2.0

Een review van het huidige pensioenontslagbeding vóór 1 januari 2013 valt aan te bevelen. Het pensioenontslagbeding van de toekomst (model 2.0) moet a. leeftijdsdiscriminatieproof; en b. uniform zijn. Een persoonlijke pensioenontslagleeftijd in ieder individuele arbeidsovereenkomst is onwenselijk. Een aanzet voor een pensioenontslagbeding 2.0 is de volgende formulering:

Deze arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege, zonder dat opzegging is vereist, met ingang van de dag waarop betrokkene de voor hem geldende, vaste AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.

De bepaling zorgt ervoor dat wordt aangesloten bij de AOW-gerechtigde leeftijd van betrokkene. Door aan te sluiten bij art. 7 WGBL – de wetgever acht pensioenontslag bij de AOW-gerechtigde leeftijd objectief gerechtvaardigd – is het risico van leeftijdsdiscriminatie geminimaliseerd. De koppeling aan de voor betrokkene geldende AOW-gerechtigde leeftijd is een uniforme formulering die de pensioenontslagclausule herleidbaar maakt tot een individuele kalenderdatum. Werknemers die in 2015 de AOW-gerechtigde leeftijd bereiken weten dat hun arbeidsovereenkomst eindigt bij 65 jaar en 3 maanden, dus exact drie maanden na hun 65^e verjaardag. Werknemers die in 2019 de AOW-gerechtigde leeftijd bereiken weten dat hun arbeidsovereenkomst eindigt wanneer zij 66 jaar zijn.

De toevoeging vaste AOW-gerechtigde leeftijd zorgt ervoor dat bij herintroductie van de vooralsnog in de ijskast gezette flexibele AOW duidelijk is dat de vaste (normale) AOW-leeftijd geldt als einddatum. Denkbaar is nog dat werknemers claimen dat een pensioenontslagdatum die gerelateerd is aan het bouwjaar (leeftijdscohort) leeftijdsdiscriminatie oplevert. De werknemer claimt dan bijvoorbeeld dat hij net zolang wil doorwerken als zijn jongere collega met een latere pensioenontslagdatum. Uitgebreide bespreking van die kwestie valt buiten het bestek van deze bijdrage. Ik veroorloof mij de opmerking dat de werkgever mijns inziens geen beroep toekomt op de uitzondering van art. 8 lid 2 WGBL (de 'vrije' pensioenleeftijd). Die uitzondering ziet op verschillende pensioenleeftijden voor verschillende groepen werknemers. Verschillende pensioenleeftijden voor verschillende leeftijdscohorten lijkt mij niet te passen in die uitzondering, gelet op het restrictieve gebruik van uitzonderingen op gelijke behandeling. Vereist is een objectieve rechtvaardiging. Zo'n objectieve rechtvaardiging om voor het pensioenontslagbeding aan te sluiten bij de gedifferentieerde AOW-leeftijd lijkt mij goed verdedigbaar.

Conclusie

De Hoge Raad heeft de grondslag voor het pensioenontslag in het *KLM*-arrest aanvaard en de wetgever heeft aangekondigd om het pensioenontslagbeding een wettelijke basis te geven. Rechtspraak toont aan dat de arbeidsovereenkomst in beginsel niet langer eindigt bij de pensioengerechtigde leeftijd indien een pensioenontslagbeding ontbreekt. Vanaf 1 januari 2013 kan de verhoogde AOW-leeftijd leiden tot een mismatch met de pensioenontslagdatum, een AOW-gat en een Anw-gat. Om discriminatierisico's en

tijdelijke inkomensgaten te voorkomen heb ik een voorzet gegeven voor een nieuw pensioenontslagbeding.

Voetnoten

[1]

Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, *Stb.* 2012, 328; [Kamerstukken II 2011/12, 33 290](#).

[2]

Prof. mr. drs. M. Heemskerk is bijzonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Onno F. Blom Advocaten te Nieuwegein.

[3]

SZW, *Perspectief op langer doorwerken 2010*.

[4]

Stcr. 2010, 21225, p. 5.

[5]

P.C. Vas Nunes, 'Ouderen mogen gewoon doorwerken', *NJB* 2008/915; R.G. Verheij, 'Pensioenbeding heeft geen wettelijke basis', *PM* 2009-12; E.L.J. Bruyninckx, noot bij *JAR* 2011/308.

[6]

Ktr. Amsterdam 8 juli, *JAR* 2008/228 (*Löring*).

[7]

M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: BJU 2009; E. Lutjens & M. Heemskerk, 'Is pensioenontslag bij 65 jaar nog steeds geldig', *AR* 2010/8.

[8]

Ktr. Dordrecht 12 juni 2009, *JIN* 2009/503.

[9]

HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/209; *NJB* 2012/1775.

[10]

Art. 13 WGBL.

[11]

M. Heemskerk, 'Zet het *Lufthansa*-arrest een streep door pensioenontslag onder 65 jaar?', *AR* 2012/28; HR 13 juli 2012, *RAR* 2012/133.

[12]

Art. 7 lid 1 onder b WGBL. Europese jurisprudentie over pensioenontslag bij de wettelijke pensioenleeftijd is zeer uitgebreid, ik noem als voorbeelden HvJ EU 16 oktober 2007, *JAR* 2007/288 (*Palacios*); HvJ EG 5 maart 2009, *JAR* 2009/93 (*Age Concern*); HvJ 12 oktober 2010, *JAR* 2010/279 en HvJ EG 5 juli 2012, *JAR* 2012/211 (*Zweedse Post*).

[13]

Vgl. ook de conclusie van A-G Wissink bij HR 29 oktober 2010, *NJ* 2010/582, overweging 2.26.1 (*Arubaans pensioenontslag*).

[14]

E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers, juridische beschouwingen over ouderdomspensioen* (diss. VU 1989) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 696-698.

[15]

Zie: M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: BJU 2009, p. 209-212.

[16]

Ktr. Utrecht 22 februari 2005, *JAR* 2005/77.

[17]

Ktr. Delft 23 april 2009, *JAR* 2009/116.

[18]

Rb. Utrecht (vzr.) 19 oktober 2011, *RAR* 2012/36 (*Alfasan*). Vgl. voor ontbinding Ktr. Lelystad 20 februari 2008, *JAR* 2008/120.

[19]

Ktr. Haarlem 30 mei 2012, *JAR* 2012/198, m.nt. Huffman(*Kunstcentrum*).

[20]

Ktr. Dordrecht 14 april 2011, *RAR* 2011/105.

[21]

HR 13 januari 1995, *NJ* 1995/430 (*Codfried*).

[22]

Aanhangsel Kamerstukken II 2008/09 nr. 3701, p. 7821-7822.

[23]

Over de pensioenregel zie E. Lutjens 1989; M. Heemskerk 2009.

[24]

[Kamerstukken I 2011/12, 33 290, nr. C.](#), p. 16.

[25]

Wet van 8 december 2011 en besluit van 8 maart 2012, *Stb.* 2012, 2 en 109.

[26]

Kamerstukken I 2011/12, 33 290, nr. C, p. 15.

[27]

[Kamerstukken I 2011/12, 33 290, nr. C.](#), p. 14.

[28]

Kamerstukken II 2011/12, 33 290, nr. 9, p. 6 en [Kamerstukken I 2011/12, 33 290, nr. C.](#), p. 14.

[29]

Kamerstukken I 2011/12, 33 290, nr. J.

[30]

Kamerstukken II 2012/13, 33 4-3, nr. 15.