

TAP 2016(7) 321 Art. - Pensioenontslagbeding of pensioenopzegging?

Publicatie	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
Aflevering	9 afl. 7
Publicatiedatum	21 oktober 2016
Auteurs	Heemskerk, prof. mr. drs. M.

Pensioenontslagbeding of pensioenopzegging?

De arbeidsovereenkomst van een oudere werknemer kan eindigen wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Dit pensioenontslag kan plaatsvinden op twee manieren: (1) door een schriftelijk pensioenontslagbeding of (2) door opzegging in verband met of na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (pensioenopzegging). In deze bijdrage analyseert de auteur aan de hand van rechtspraak en wet(sgeschiedenis) de verhouding tussen pensioenontslag en pensioenopzegging.

Een arbeidsovereenkomst laten eindigen wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Dat lijkt eenvoudig maar is heel ingewikkeld (gemaakt). De Wet werk en zekerheid (WWZ) biedt twee mogelijkheden voor pensioenontslag: (1) een schriftelijk pensioenontslagbeding of (2) pensioenopzegging door de werkgever. Toch leidt de wettelijke regeling tot tal van rechtsvragen. Moet een werkgever bijvoorbeeld kiezen tussen een pensioenontslagbeding of pensioenopzegging, of kan hij na het pensioenontslagbeding doorgaan met de werknemer en daarna nog 'gratis' gebruikmaken van de pensioenopzegging? Welke pensioenontslagdatum geldt er indien de AOW-leeftijd, de pensioenleeftijd in het pensioenreglement en de pensioenontslagleeftijd uit de arbeidsovereenkomst verschillend zijn? En is er geen verboden leeftijds onderscheid bij pensioenontslag of pensioenopzegging? In deze bijdrage analyseer ik aan de hand van wet(sgeschiedenis) en jurisprudentie de verhouding tussen pensioenontslag en pensioenopzegging, signaleer ik onduidelijkheden en geef ik antwoord op bovenstaande vragen.

1. Verschil en overeenkomst pensioenontslag(beding) en pensioenopzegging

De arbeidsovereenkomst van een oudere werknemer kan eindigen wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Dit pensioenontslag kan plaatsvinden op twee manieren:

1. door een schriftelijk pensioenontslagbeding (par. 2) of
2. door opzegging in verband met of na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (pensioenopzegging, par. 3).

Het rechtsgevolg – einde arbeidsovereenkomst – is hetzelfde bij een pensioenontslagbeding als bij een pensioenopzegging. De wijze waarop de arbeidsovereenkomst eindigt is evenwel anders. Bij een schriftelijk tussen werkgever en werknemer overeengekomen pensioenontslagbeding eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege.¹ Uitgangspunt is dus wederzijds goedvinden en geen opzegging door de werkgever. Bij pensioenopzegging is er een eenzijdige rechtshandeling door de werkgever (ontslag). Dat verschil kan betekenen dat bij een discriminatoir pensioenontslagbeding nietigheid de sanctie is en bij discriminatoire pensioenopzegging vernietigbaarheid.²

De wet biedt een werkgever dus de keuze tussen een pensioenontslagbeding met een van tevoren bekende einddatum of pensioenopzegging, waarbij de exacte pensioenontslagdatum nog niet vaststaat.² Sterker nog, verdedigd is zelfs dat de werkgever niet hoeft te kiezen zodat hij na een pensioenontslagbeding nog gebruik kan maken van de pensioenopzegging (zie par. 3.6).³ In de volgende paragrafen bespreek ik achtereenvolgens het pensioenontslagbeding en de pensioenopzegging. Daarbij ga ik tevens in op de vraag wat de rechtsgeldige pensioenontslagdatum is, mede gelet op de wet die leeftijdsdiscriminatie verbiedt (WGBL).

2. Pensioenontslagbeding

2.1 De wettelijke basis voor het pensioenontslagbeding

Bij een pensioenontslagbeding is expliciet opgenomen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. De einddatum is dus kalendermatig vast te stellen. Opzegging is niet vereist. Het **pensioenontslagbeding** is een vaak voorkomend beding in de (collectieve) arbeidsovereenkomst. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het voor 96 procent van de werknemers in de (collectieve) arbeidsovereenkomst was overeengekomen.⁴ De rechtsgeldigheid van het **pensioenontslagbeding** is in juli 2012 erkend door de Hoge Raad in het *KLM*-arrest:

“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 clause) 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.”⁵

Sinds het *KLM*-arrest staat vast dat een **pensioenontslagbeding** rechtsgeldig kan worden overeengekomen. De juridische grondslag voor dat overeengekomen einde is artikel 7:667 lid 1 BW. De wetgever overwoog dat het pensioenontslag een specifieke wettelijke regeling kreeg in artikel 7:669 lid 4 BW.⁶ Daaruit leid ik af dat die wettelijke regeling zowel ziet op het **pensioenontslagbeding** als op de **pensioenopzegging** (zie hierna par. 3). De rechtsgeldigheid van het **pensioenontslagbeding** blijkt vanaf de inwerkingtreding van de WWZ op 1 juli 2015 impliciet uit het feit dat de Ragetlie-regel bij een **pensioenontslagbeding** niet geldt (art. 7:667 lid 4 BW laatste zin):

“Dit lid is niet van toepassing indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer op grond van een daartoe strekkend beding.”

2.2 Geen automatisch einde arbeidsovereenkomst zonder pensioenontslagbeding

De WWZ wijzigde niet alleen het ontslagrecht, maar tevens de regels over pensioenontslag én de regels over doorwerken na de pensioenleeftijd. Door schrapping van het woord gebruik in artikel 7:667 lid 1 BW is pensioenontslag op grond van gebruik – automatisch AOW-ontslag of bij het bereiken van de pensioenleeftijd – niet (langer) mogelijk.⁷ Een schriftelijk overeengekomen pensioenleeftijd – bijvoorbeeld in het pensioenreglement – is niet meer voldoende voor een werkgever om de arbeidsovereenkomst automatisch te laten eindigen. Daar staat tegenover dat de wet de werkgever de mogelijkheid van **pensioenopzegging** biedt voor werkgevers die geen rechtsgeldig **pensioenontslagbeding** hebben (par. 3).

2.3 Geen informatieverplichting voor werkgever bij pensioenontslagbeding

De WWZ introduceerde de zogenoemde aanzegverplichting in artikel 7:668 BW. Daarbij informeert de werkgever de werknemer uiterlijk een maand voor het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd schriftelijk of de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet en zo ja, onder welke voorwaarden. Zo kan de werknemer zich oriënteren op de arbeidsmarkt. Is er een **pensioenontslagbeding** bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, dan geldt de aanzegplicht blijkbaar niet.⁸ Anders dan voor een ‘regulier’ einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege hoeft de werkgever de aanzegplicht niet in acht te nemen bij pensioenontslag. De niet door de wetgever uitgesproken gedachte kan zijn dat bij een **pensioenontslagbeding** werknemers zich niet meer hoeven te oriënteren op de arbeidsmarkt en dus geen informatie nodig hebben over het eindigen van hun arbeidsovereenkomst.⁹ Ter voorkoming van onduidelijkheden verdient het de voorkeur om als werkgever de einddatum wegens de naderende pensioenontslagdatum aan te zeggen.

2.4 Geen leeftijdsdiscriminatie bij pensioenontslag bij AOW of hogere pensioenleeftijd

Hoewel de pensioenleeftijd is uitgezonderd van het verbod van leeftijdsdiscriminatie kan de daarmee samenhangende beëindiging van de arbeidsovereenkomst leeftijdsdiscriminatie opleveren.¹⁰ Pensioenontslag bij de AOW-gerechtigde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd is volgens de wetgever objectief gerechtvaardigd. Artikel 7 lid 1 sub b WGBL bepaalt dat het verbod van onderscheid niet geldt indien het onderscheid:

“betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd.”

Uit een grote stroom rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU)¹¹ volgt dat de kans klein is dat pensioenontslag dat aansluit bij een inkomensvoorziening van de sociale zekerheid leeftijdsdiscriminatie is. Lidstaten hebben een grote beleidsvrijheid. Dat blijkt uit de jurisprudentie van het HvJ EU in onder meer de zaken *Palacios* en *Age Concern*. Zowel de Rechtbank 's-Gravenhage als de Kantonrechter Lelystad oordeelden dat pensioenontslag bij de toen nog geldende AOW-leeftijd van 65 jaar niet in strijd was met het verbod van leeftijdsdiscriminatie.¹²

2.5 Pensioenontslag onder de AOW-leeftijd: discriminatie

Pensioenontslag onder de AOW-gerechtigde leeftijd is in beginsel leeftijdsdiscriminatie en dus nietig want in strijd met artikel 13 WGBL.¹³ Het Hof 's-Gravenhage sanctioneerde ook een reorganisatieontslag waarbij oudere boventallige werknemers verplicht in het vroegpensioen vanaf 61 jaar werden geduwd, al is dat geen pensioenontslag.¹⁴ De uitzondering die de regel bevestigt, is het tot nu toe door de rechter toegestane pensioenontslag bij KLM-piloten bij 56-58 jaar.¹⁵ Daar vormde het doorstromingsargument en het interne werkgelegenheidsbeleid een objectieve rechtvaardiging. Een pensioenontslagbepaling voor het grondpersoneel van KLM bij 63 jaar waarbij werknemers zelf moesten aangeven langer langer door te werken en daarna alsnog onvrijwillig werden ontslagen, oordeelde het Hof Amsterdam in strijd met de WGBL.¹⁶ Wie de vaste pensioenontslagleeftijd niet tijdig heeft aangepast aan de stijgende AOW-leeftijd aanvaardt het risico op leeftijdsdiscriminatie.¹⁷ De werknemer kan een beroep doen op de nietigheid van het **pensioenontslagbeding** en loondoorbetaling vorderen omdat hij nog in dienst is.¹⁸ Daarnaast kan er gemiste pensioenopbouw en gederfd fiscaal voordeel worden gevorderd.

2.6 Uitleg van de pensioengerechtigde leeftijd

Het **pensioenontslagbeding** bepaalt veelal dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij de pensioengerechtigde leeftijd. Decennialang leverde die formulering geen problemen op omdat de pensioengerechtigde leeftijd 65 jaar was. Sterker nog: vaak stond er in het **pensioenontslagbeding** niet eens pensioengerechtigde leeftijd maar de leeftijd van 65 jaar. Sinds de AOW-leeftijd van 65 jaar stapsgewijs wordt verhoogd en de pensioenleeftijd in pensioenreglementen vaak is gekoppeld aan de fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar¹⁹ is er een toename van het aantal geschillen over de vraag welke pensioenontslagleeftijd geldt en of dat is toegestaan. In een aantal arbeidsovereenkomsten is ronduit onduidelijk of er nog een pensioenontslagleeftijd is overeengekomen dan wel welke einddatum van toepassing is. Een pensioenontslagleeftijd van 65 jaar is waarschijnlijk nietig want in strijd met het verbod van leeftijdsdiscriminatie. Denkbaar is dat de nietigheid wordt geconverteerd in een rechtsgeldig pensioenontslag bij de AOW-gerechtigde leeftijd op grond van artikel 3:42 BW. Anders is een beroep op voorwaardelijke **pensioenopzegging** mogelijk (zie par. 3).

Er is een veelvoud aan interpretatiemogelijkheden voor het begrip 'pensioengerechtigde leeftijd'.²⁰ De exacte formulering van pensioenleeftijd, pensioenrichtdatum, pensioengerechtigde leeftijd en pensioenontslagleeftijd en de uitleg daarvan (Haviltex of cao-norm) is beslissend. Een ander voorbeeld uit de jurisprudentie is een vaststellingsovereenkomst waarbij in het verleden is afgesproken dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij de pensioenrichtdatum van (toen nog) 65 jaar. De kantonrechter oordeelde dat werknemers na een verhoging van de AOW-leeftijd niet langer in dienst waren gebleven.²¹ Een **pensioenontslagbeding** dat aansluit bij het begrip 'pensioenleeftijd' uit het pensioenreglement kan bijvoorbeeld meebrengen dat een werkgever onbedoeld een pensioenontslagleeftijd van 67 jaar is overeengekomen (aansluiting bij pensioenrichtleeftijd), terwijl hij denkt dat de pensioenontslagleeftijd de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer is (2016: 65½ jaar). Of de werkgever in dat geval gebruik kan maken van de pensioenopzeggingsmogelijkheid of dat er een hoger overeengekomen pensioenontslagleeftijd van 67 jaar geldt, bespreek ik in paragraaf 4.

3. De pensioenopzegging

3.1 Pensioenleeftijd als redelijke grond voor opzegging

Naast een **pensioenontslagbeding** geeft de wet de werkgever de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst van een oudere werknemer te doen eindigen door **pensioenopzegging** (art. 7:669 lid 4 BW):

“Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst, die is ingegaan voor het bereiken van een tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in [artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet](#) bedoelde leeftijd, eveneens opzeggen in

verband met of na het bereiken van de tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd.”

3.2 Pensioenopzegging mag, maar wanneer is onduidelijk

De wetgever geeft de werkgever de bevoegdheid tot **pensioenopzegging**, zoveel is duidelijk. Wanneer **pensioenopzegging** wel en niet mag en de verhouding met pensioenontslag is onnavolgbaar geformuleerd. Positiever gezegd: de bepaling is net een mooi schilderij, je kunt er iedere keer iets nieuws in zien. Het is geen wonder dat de uitleg van deze bepaling tot juridische procedures leidt.

De wetgever husselt **pensioenontslagbeding en pensioenopzegging** vrolijk door elkaar. Er staat namelijk dat (eveneens) opgezegd kan worden in verband met of na het bereiken van de tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt (de pensioenontslagleeftijd). Dat is raar want na een **pensioenontslagbeding** is opzegging niet langer vereist: de arbeidsovereenkomst eindigt immers al op de overeengekomen leeftijd. Aannemelijk is, gelet op de wetsgeschiedenis, dat bedoeld is om **pensioenopzegging** als alternatief voor een **pensioenontslagbeding** mogelijk te maken. De bepaling moet dan zo worden gelezen dat zonder **pensioenontslagbeding pensioenopzegging** mogelijk is,²² namelijk in verband met of na de AOW-leeftijd.

De werkgever kan dan rechtsgeldig opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer en zonder toestemming van het UWV. Dat is een uitzondering op de hoofdregel onder de WWZ, dat rechtsgeldige opzegging alleen mogelijk is bij een redelijke grond. De WWZ gaat ervan uit dat het bereiken van de AOW- of afwijkende pensioenleeftijd een redelijke grond is voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.

3.3 Schriftelijk uitsluiten van pensioenopzegging?

De pensioenopzegging is niet mogelijk indien die mogelijkheid schriftelijk is uitgesloten. Ik kan mij niet voorstellen dat deze tenzij-clausule vaak als zodanig wordt opgenomen in een (collectieve) arbeidsovereenkomst. Geen werkgever zal die mogelijkheid willen prijsgeven. Een in een sociaal plan opgenomen werkgelegenheidsgarantie tot 2018 voor boventallige werknemers betekende volgens de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (terecht) niet dat de werkgever het recht op **pensioenopzegging** schriftelijk had uitgesloten.²³ Minder helder is of een werkgever gebruik kan maken van **pensioenopzegging** indien hij met een oudere werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan die expireert na de AOW-leeftijd van de werknemer.²⁴ Mag de werkgever de met een 64½-jarige werknemer aangegane arbeidsovereenkomst die twee jaar duurt bij of na de AOW-leeftijd beëindigen met een **pensioenopzegging** of is sprake van een hogere overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt? Dat laatste lijkt mij naar de letter niet het geval omdat er geen **pensioenontslagbeding** is of leeftijdsgerelateerd ontslag. Anders gezegd: er is een hogere overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt maar die leeftijd is ingegeven door het bepaalde-tijd-karakter en niet door een bepaalde pensioengerechtigde leeftijd. De werknemer die zekerheid wenst dat de werkgever geen beroep toekomt op de **pensioenopzegging**, dient in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de **pensioenopzegging** uit te sluiten. De kans dat werknemers zich dit realiseren en in een onderhandelingspositie zijn om dat in de arbeidsovereenkomst op te laten nemen is niet groot.

3.4 Slechts pensioenopzegging bij arbeidsovereenkomst vóór pensioenleeftijd

Pensioenopzegging is slechts mogelijk indien de arbeidsovereenkomst is ingegaan voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (overeengekomen pensioenontslagleeftijd of AOW-leeftijd). Pensioenopzegging na de pensioengerechtigde leeftijd vereist een redelijke grond voor opzegging. De wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat een werkgever één keer gebruik mag maken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer als ontslaggrond:

“De werkgever kan eenmalig gebruik maken van het recht om zich te beroepen op het bereiken of bereikt hebben van de pensioengerechtigde leeftijd door de werknemer als ontslaggrond, zonder dat het UWV om toestemming hoeft te worden gevraagd of ontbinding nodig is.”²⁵

De vraag of de *pensioenopzegging* maar één keer benut mag worden of dat *pensioenopzegging* niet mogelijk is na een *pensioenontslagbeding* bespreek ik in paragraaf 4.2.

3.5 Pensioenopzegging op of na de AOW-leeftijd?

Pensioenopzegging oogt werkgevers meer flexibiliteit te geven dan een *pensioenontslagbeding*. Immers, de *pensioenopzegging* is mogelijk in verband met *of na* de AOW-leeftijd indien er geen afwijkende ontslagleeftijd is overeengekomen. Dat maakt het voor werkgevers aantrekkelijk om niet langer een *pensioenontslagbeding* te hanteren. Bij een *pensioenontslagbeding* eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege. Zonder *pensioenontslagbeding* kan de werkgever zelf bepalen wanneer hij gebruik maakt van de pensioenopzeggingsmogelijkheid. Hij hoeft slechts de wettelijke opzegtermijn van een maand in acht te nemen die geldt bij AOW-gerechtigden.²⁶ Volgens de regering is het voordeel van die regeling dat de werkgever de werknemer na de pensioengerechtigde leeftijd kan laten doorwerken zonder ontslagprocedure.²⁷ Daar staat tegenover dat de wetgever inmiddels ruime mogelijkheden heeft gecreëerd voor werkgevers om door te werken met AOW-gerechtigden zonder dat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Zo is de Ragetlie-regel niet van toepassing na een *pensioenontslagbeding*.

3.6 Pensioenopzegging bij afwijkende (ontslag)leeftijd

Ronduit onduidelijk is of *pensioenopzegging* mogelijk is bij of na (1) een afwijkende pensioenleeftijd of (2) bij of na een *pensioenontslagbeding*. Op de vraag in de Eerste Kamer of de pensioengerechtigde leeftijd de AOW-gerechtigde leeftijd was, antwoordde de regering dat het de AOW-gerechtigde leeftijd was of een andere pensioengerechtigde leeftijd. Die leeftijd kon hoger of lager zijn dan de AOW-leeftijd. Het ontslag beneden de AOW-gerechtigde leeftijd moest objectief gerechtvaardigd zijn, aldus de regering.²⁸ Aangezien de wetgever moest erkennen dat het begrip 'afwijkende pensioenleeftijd' tot onduidelijkheden leidde,²⁹ is bij de Verzamelwet 2016 de wet gewijzigd. De wet bepaalt dat *pensioenopzegging* niet alleen bij de AOW-leeftijd mogelijk is maar ook bij een "tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt". Bedoeld is de leeftijd waarop arbeidsrechtelijk ontslag volgt wegens het bereiken van een bepaalde (pensioen)leeftijd.³⁰ Als voorbeeld noemt de wetsgeschiedenis de pensioenleeftijd van de KLM-piloten. Dat duidt op een *pensioenontslagbeding* dat afwijkt van de AOW-leeftijd.

De Verzamelwet SZW 2016 suggereert daarmee dat *pensioenopzegging* na pensioenontslag mogelijk is. De werkgever kan dan na het *pensioenontslagbeding* nog één keer gratis opzeggen. Dat lijkt onlogisch omdat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt en opzegging niet nodig is. Bovendien staat het op gespannen voet met de opmerking in de wetsgeschiedenis dat de werkgever *eenmalig* gebruik kan maken van het recht zich te beroepen op het bereiken of het bereikt hebben van de pensioengerechtigde leeftijd door de werknemer als ontslaggrond en de uitlating van minister Asscher dat *pensioenopzegging* bedoeld is voor de gevallen waarin geen *pensioenontslagbeding* geldt.³¹ Desondanks oordeelde de Kantonrechter Amsterdam dat de werkgever die na een *pensioenontslagbeding* stilzwijgend de arbeidsovereenkomst had voortgezet toch gebruik mocht maken van de *pensioenopzegging* (zie par. 4.2).³²

3.7 Geen leeftijdsdiscriminatie bij pensioenopzegging na AOW-leeftijd?

De wet biedt werkgevers de mogelijkheid tot *pensioenopzegging*. Het ontslag is gebaseerd op de leeftijd van de werknemer. Daarom is een objectieve rechtvaardiging vereist voor de *pensioenopzegging*. Bij de pensioenopzegging of het *pensioenontslagbeding* bij de AOW-leeftijd is de kans klein dat sprake is van leeftijdsdiscriminatie. De WGBL bepaalt in artikel 7 lid 1 onder b uitdrukkelijk dat die beëindiging in verband met de AOW-leeftijd of een overeengekomen hogere leeftijd objectief gerechtvaardigd is. Europese jurisprudentie ondersteunt dat pensioenontslag of *pensioenopzegging* bij de ingangsdatum van het wettelijk ouderdomspensioen geen discriminatie vormt (zie par. 2).

De werkgever zal stellen dat er vanaf de AOW-gerechtigde leeftijd een objectieve rechtvaardiging is en dat de *pensioenopzegging* daaronder valt, ook omdat er vanaf de AOW-leeftijd een inkomensvervanging is en de *pensioenopzegging* arbeidsmarktbeleid is. Een wettelijke objectieve rechtvaardiging voor *pensioenopzegging* na de AOW-leeftijd staat niet in de WGBL. Uitzonderingen op het gebied van gelijke behandeling worden volgens Europese jurisprudentie restrictief uitgelegd.³³ Bij een *pensioenopzegging* tegen een *latere* leeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd is die rechtvaardigingsgrond daarom volgens mij niet van toepassing, anders dan de regering suggereerde.³⁴ Zolang de wetgever de WGBL niet aanpast en bepaalt dat er

een objectieve rechtvaardiging is op of na de AOW-leeftijd, moet de werkgever bewijzen dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Bovendien is na het *Rasmussen*-arrest³⁵ duidelijk dat de werkgever zich niet kan disculperen met een beroep op een wettelijke bepaling indien deze discriminatoir is. De werkgever kan jegens een AOW-werknemer niet volstaan met de opmerking dat hij niet discrimineert omdat hij mag vertrouwen op de pensioenopzeggingsmogelijkheid die de wet hem biedt. Dat gezegd hebbende is een objectieve rechtvaardiging ex artikel 7 lid 1 sub c WGBL zeker niet onmogelijk. Denkbaar is een beroep op het uitvoerig door de regering aangevoerde argument dat de **pensioenopzegging** ervoor zorgt dat oudere werknemers langer werkzaam zijn door de meer flexibele **pensioenopzegging**. Dat past in het in artikel 6 van de Richtlijn genoemde arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid voor lidstaten. Ongetwijfeld is de aanwezigheid van een minimumpensioen en het ontbreken van de noodzaak van een inkomensvoorziening een inzetbaar argument. Toch kan de werkgever niet achteroverleunen. De bewijslast dat de **pensioenopzegging** na de AOW-leeftijd objectief gerechtvaardigd is, rust op de werkgever (art. 12 WGBL). Deze moet aantonen dat sprake is van een legitiem doel, dat passend en noodzakelijk is. Zowel Degelink als Broersma wijzen erop dat dit discriminatierisico reëel is.³⁶

4. Pensioenopzegging of pensioenontslagbeding van toepassing?

4.1 Voorwaardelijke pensioenopzegging

Een voorbeeld uit de jurisprudentie illustreert waartoe een onduidelijk **pensioenontslagbeding** kan leiden. Een werkgever met een **pensioenontslagbeding** dat aansloot bij 'de' pensioengerechtigde leeftijd wilde afscheid nemen van een werknemer op de AOW-leeftijd. De pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar was na wijziging van pensioenuitvoerder niet langer gedefinieerd. De pensioenleeftijd in het pensioenreglement was 67 jaar. Toen de werkneemster bezwaar maakte tegen de uitleg van de werkgever dat het **pensioenontslagbeding** de AOW-leeftijd was – de werkneemster ging uit van 67 jaar – zegde de werkgever voorwaardelijk op (voorwaardelijke **pensioenopzegging**). Het hof oordeelde in kort geding dat het **pensioenontslagbeding** zo uitgelegd moest worden dat de pensioengerechtigde leeftijd de AOW-leeftijd was.³⁷ Zonder alle feiten te kennen lijkt een andere uitleg mij verdedigbaar. De pensioengerechtigde leeftijd die gerelateerd is aan de ingangsdatum van het aanvullend pensioen (tweede pijler) kan meer aannemelijk zijn dan aansluiting bij de AOW-gerechtigde leeftijd (eerste pijler).

4.2 Pensioenopzegging voor of na pensioenontslagbeding (niet) mogelijk?

Ten aanzien van de voorwaardelijke opzegging oordeelde het hof dat indien de werknemer gelijk had en de juiste datum van het **pensioenontslagbeding** 67 jaar was, de **pensioenopzegging** niet is toegestaan. In dat geval is **pensioenopzegging** niet mogelijk vóór de hogere pensioenontslagleeftijd van 67 jaar.³⁸ Pensioenopzegging na het pensioenontslagbeding acht het hof met verwijzing naar de wetsgeschiedenis³⁹ mogelijk.

Zoals aangegeven oordeelde de Kantonrechter Amsterdam eveneens dat **pensioenopzegging** mogelijk is na een **pensioenontslagbeding**. Hoewel de kantonrechter aangaf dat de uitkomst dogmatisch kwestieus was, meende hij dat het in lijn was met de doelstelling van de wetgever dat werknemers langer doorwerken.⁴⁰ De uitspraak lijkt mij onjuist. Ten eerste kan de werkgever de meer flexibele **pensioenopzegging** hanteren door geen **pensioenontslagbeding** op te nemen in zijn arbeidsovereenkomst. Het argument dat er slechts eenmaal gebruik is gemaakt van de **pensioenopzegging** neemt niet weg dat het **pensioenontslagbeding** al is gebruikt als beëindigingswijze. De werkgever heeft met het **pensioenontslagbeding** al een beroep gedaan op de pensioenleeftijd als ontslagreden. Dat geldt ook indien partijen daarna doorwerken.⁴¹ De strekking van de wetsgeschiedenis lijkt mij eenmalig gebruikmaken van pensioenontslag, óf door pensioenontslag óf door **pensioenopzegging** (niet allebei). Ten tweede is tijdens de parlementaire behandeling aangegeven door de minister Asscher dat de **pensioenopzegging** is bedoeld voor de zeldzame gevallen waarin geen **pensioenontslagbeding** geldt.⁴² Om die redenen meen ik dat **pensioenopzegging** na een **pensioenontslagbeding** niet is toegestaan. Werkgevers hebben de wettelijke mogelijkheden om het pensioenontslag vorm te geven via ofwel het **pensioenontslagbeding** ofwel de **pensioenopzegging**. De wetsuitleg waarbij de werknemer geen ontslagbescherming heeft tegen een werkgever die na een **pensioenontslagbeding** nogmaals de **pensioenopzegging** mag inzetten tegen de werknemer, is werkgeversbescherming die mij niet goed lijkt te passen in de ongelijkheidscompensatie en de bedoeling van het ontslagrecht.

5 Pensioenontslagbeding versus pensioenopzegging?

5.1 Waarom (g)een pensioenontslagbeding?

Welke vorm van pensioenontslag geniet de voorkeur: pensioenontslagbeding of pensioenopzegging? Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid gaat mijn voorkeur uit naar het **pensioenontslagbeding**. Daarvan is bekend dat het rechtsgeldig is en geen leeftijdsdiscriminatie oplevert zolang het beding aansluit bij de AOW-leeftijd. Bijkomend voordeel is dat de arbeidsovereenkomst automatisch eindigt op een van tevoren kalendermatig vast te stellen pensioenontslagdatum. Dat geeft duidelijkheid binnen de organisatie. Het nadeel is dat werkgevers die AOW-plussers in dienst willen houden, actie moeten ondernemen. De op 1 januari 2016 ingegane Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd biedt echter ruime mogelijkheden om arbeidsovereenkomsten aan te gaan voor bepaalde tijd. Er is een uitgebreide ketenregeling.⁴³ Voor AOW-gerechtigden kan ten hoogste na zes arbeidsovereenkomsten of na 48 maanden een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. Daarbij kan worden overeengekomen dat de zes contracten of de periode van vier jaar pas start bij de arbeidsovereenkomst aangegaan na de AOW-leeftijd van de werknemer.⁴⁴ Dat betekent dat een werknemer met een **pensioenontslagbeding** bij de AOW-leeftijd van 65½ jaar (2016) bij 69½ jaar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgt, tenzij er in die vier jaar tijd meer dan zes contracten zijn aangegaan. De opzegtermijn is maximaal één maand.⁴⁵ De loondoorbetalingsverplichting bij ziekte is dertien weken.⁴⁶ Kortom: inrichting van een AOW-plusbeleid is dus goed mogelijk. Dat beleid zal mede de keuze voor een pensioenontslagbeding of pensioenopzegging kleuren, is mijn inschatting.

Rechtspraak laat zien dat het noodzakelijk is om de pensioenontslagleeftijd goed te markeren en te blijven monitoren. Het multi-interpretabele en door wetgeving gewijzigde begrip 'pensioen(gerechtigde) leeftijd' leidt anders tot claims van werknemers die langer willen doorwerken.

5.2 Waarom (geen) pensioenopzegging?

Pensioenopzegging kan interessant zijn voor werkgevers die flexibiliteit willen. De wet biedt immers de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te beëindigen in verband met of *na* de AOW-leeftijd. Voordeel voor werknemers (en de werkgever) is dat zij in dienst blijven, tenzij de werkgever actie onderneemt. De werkgever kan dus kiezen wanneer hij zonder vergunning of vergoeding afscheid neemt van de AOW-gerechtigde werknemer: immers in verband met *of na* de AOW-leeftijd. Afhankelijk van het soort werkgever en de branche waarin hij opereert, kan dat een aantrekkelijk beleid zijn. Een potentieel nadeel is dat er onrust ontstaat op de werkvloer indien de werkgever geen uniforme pensioenopzeggingsleeftijd hanteert. Indien de werkgever Jan laat doorwerken tot 67½ jaar maar bij zijn collega Ahmed opzegt bij 66 jaar, kan Ahmed zich ongelijk behandeld voelen. De werkgever moet dan kunnen uitleggen (1) dat **pensioenopzegging** na de AOW-leeftijd niet in strijd met de WGBL is, (2) dat de **pensioenopzegging** bij 66 jaar voor Ahmed geen discriminatie is, terwijl voor andere werknemers een **pensioenopzegging** bij 67½ jaar plaatsvindt.

5.3 Geen pensioenopzegging na een pensioenontslagbeding

De wettelijke bepaling die **pensioenopzegging** en **pensioenontslagbeding** vormgeeft, is vrijwel onleesbaar. Er is rechtspraak die suggereert dat een werkgever na het **pensioenontslagbeding** een beroep mag doen op de **pensioenopzegging** waardoor de arbeidsovereenkomst met de werknemer eindigt. In die rechtspraak kan ik mij niet vinden. Gelet op de onduidelijke wettelijke bepaling, de parlementaire geschiedenis en de ontslagbescherming die de wet beoogt, houd ik het erop dat een werkgever niet na een **pensioenontslagbeding** gratis gebruik mag maken van de pensioenopzegging.

prof. mr. drs. M. Heemskerk



*Prof. mr. drs. Mark Heemskerk is hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Blom c.s. te Nieuwegein. Dit artikel is een bewerking van een onderdeel van mijn hoofdstuk over oudere werknemers dat verschijnt in R. Houweling & G. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2016.*

Voetnoten

- 1 *Kamerstukken I 2014/15*, 33818, C, p. 82; HR 13 juli 2012, «JAR» 2012/209.
- 2 Art. 13 resp. 11 WGBL; Hof Amsterdam 2 juni 2015, «JAR» 2015/184 (KLM).
- 2 B. Degelink, 'Het pensioenontslagbeding onder de WWZ, nuttig of inflexibel?', *AR* 2015/47; W.C.M. Broersma, 'Is het opnemen van een pensioenontslagbeding nog raadzaam onder de WWZ?', *TAP* 2015/8, nr. 367.
- 3 Ktr. Amsterdam 24 april 2016, «JAR» 2016/98 (*Marie Heinekenplein*).
- 4 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 55-56.
- 5 HR 13 juli 2012, «JAR» 2012/209, *NJB* 2012/1775.
- 6 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 38.
- 7 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 92, 93; *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 38.
- 8 Heeft de werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en tevens een pensioenontslagbeding, dan lijkt uit de tekst van de wet te volgen dat de aanzegplicht van toepassing is. Schending kan leiden tot schadeplichtigheid van in principe een maandloon, zie art. 7:668 lid 3 BW.
- 9 In gelijke zin E. Lutjens, 'Pensioengerechtigde leeftijd en einde arbeidsovereenkomst onder de WWZ', *TPV* 2015, 4.
- 10 Art. 8 lid 2 WGBL.
- 11 HvJ EG 16 oktober 2007, *NJ* 2008/38, *PJ* 2007/143 (*Palacios*); HvJ EG 5 maart 2009, *PJ* 2009/69 (*Age Concern*); HvJ EU 12 oktober 2010, *NJ* 2011/2 (*Rosenbladt*); HvJ EU 21 juli 2011, *NJ* 2011/522 (*Fuchs*); HvJ EU 18 november 2010, *NJ* 2011/74 (*Georgiev*); HvJ 5 juli 2012, *NJ* 2012/565 (*Hörnfeldt*).
- 12 Rb. 's-Gravenhage 14 april 2008, *PJ* 2009/83; Ktr. Lelystad 20 februari 2008, «JAR» 2008/120; zie M. Heemskerk, 'Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is', *TAP* 2009, p. 188-190.
- 13 Hof Arnhem 19 oktober 2004, «JAR» 2004/272. Vgl. Ktr. Amsterdam 25 september 2006, *PJ* 2007/34 (*receptionist ABN AMRO*); Ktr. Amsterdam 21 februari 2011, *RAR* 2011, 81 (*KLM-cabinepersoneel*); Rb. Groningen 8 december 2009, *PJ* 2010/86 (*Avebe*); HvJ EU 13 september 2011, *PJ* 2011/138 (*Lufthansa*).
- 14 Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2009, *PJ* 2009/149 (*UWW*). Vgl. Hof Arnhem 19 oktober 2004, «JAR» 2004/272; CGB 21 april 2005, oordeel 2005-73.
- 15 HR 13 juli 2012, «JAR» 2012/209, *NJB* 2012, 1775; vgl. Hof Amsterdam 21 september 2010, *PJ* 2010/193.

- [16](#) Hof Amsterdam 2 juni 2015, «JAR» 2015/184 (*KLM*). Volledigheidshalve meld ik dat ik in die zaak ben opgetreden als advocaat van de werknemers.
- [17](#) *Kamerstukken I* 2011/12, 33290, C, p. 14.
- [18](#) Zie art. 13 WGBL.
- [19](#) Art. 18a lid 6 Wet LB 1964.
- [20](#) J.W. Boelhouwer, 'De pensioengerechtigde leeftijd in de WWZ', *AR* 2015/25; Hof Amsterdam 9 juni 2015, *PJ* 2015, 181 (*ABM*).
- [21](#) Rb. Midden-Nederland 27 januari 2016, «JAR» 2016/102 (*Achmea*).
- [22](#) Het woord eveneens wordt dan uitgelegd als alternatief, naast de in art. 7:669 lid 4 genoemde mogelijkheid van een pensioenontslagbeding.
- [23](#) Rb. Zeeland-West-Brabant, 4 maart 2016, *PJ* 2016, 77 (*FNV*).
- [24](#) R. Verheij, 'De bijzondere positie van de pensioengerechtigde werknemer in de WWZ', *PM* 2015/113.
- [25](#) *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 100 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 61.
- [26](#) Art. 7:672 lid 3 BW.
- [27](#) *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 47.
- [28](#) *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 7.
- [29](#) Het recht op pensioen kan eerder ingaan, al dan niet door gebruikmaking van een flexibele pensioenleeftijd.
- [30](#) *Kamerstukken II* 2014/15, 34273, 3, p. 18.
- [31](#) G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T Keulaerds, Parl. Gesch. Wwz, p. 505; F.M. Dekker, 'Pensioenontslag(beding)', *TRA* 2016/62.
- [32](#) Ktr Amsterdam 24 maart 2016, «JAR» 2016/98.
- [33](#) HvJ EU 4 juni 2002, *PJ* 2002/99 (*Beckmann*); HvJ EU 6 november 2003, *PJ* 2004, 71 (*Martin*).
- [34](#) G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T Keulaerds, Parl. Gesch. Wwz, p. 460; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 400-401.
- [35](#) HvJ EU 19 april 2016, [ECLI:EU:C:2016:278](#), *AR* 2016-0445 m.nt. Laagland (*Rasmussen*).
- [36](#) B. Degelink, 'Het pensioenontslagbeding onder de WWZ, nuttig of inflexibel?', *AR* 2015/47; W.C.M. Broersma, 'Is het opnemen van een pensioenontslagbeding nog raadzaam onder de WWZ?', *TAP* 2015/8, nr. 367.
- [37](#) Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, «JAR» 2016/112.
- [38](#) Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2016, *PJ* 2016/74.
- [39](#) *Kamerstukken II* 2014/15, 34273, 2, p. 18.

- [40](#) Ktr. Amsterdam 24 maart 2016, «/AR» 2016/98.
- [41](#) Indien partijen doorwerken na het **pensioenontslagbeding** is er geen 'afstand' gedaan door partijen van het eenmalig recht, althans niet door de werknemer. Bovendien is het dwingend recht.
- [42](#) G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T Keulaerds, Parl. Gesch. Wwz, p. 505; F.M. Dekker, 'Pensioenontslag(beding)', *TRA* 2016/62.
- [43](#) Art. 7:668a lid 12 BW.
- [44](#) Art. 7:668a lid 12 BW.
- [45](#) Art. 7:672 lid 3 BW.
- [46](#) Art. 7:629 lid 2 onder b BW verwijst nog naar zes weken, die termijn is later gewijzigd in dertien weken. Voor werkende AOW-gerechtigden die bij ziekte geen of geen volledige aanspraak hebben op loondoorbetaling bij ziekte is de Ziektewet een overeenkomstige voorziening getroffen. *Stb.* 2015, 376, p. 11; art. VIIIA.
-