

Leeftijdscriminatie, zware beroepen en andere vraagstukken all over again

AOW-leeftijd naar 67 jaar: en het aanvullend pensioen?



Mr. dr. Mark Heemskerk

Mark Heemskerk is verbonden aan het Kenniscentrum Oudere Werknemers en het Expertisecentrum Pensioenrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit. Hij is tevens pensioenrechtadvocaat bij Houthoff Buruma N.V.

Het wetsvoorstel verhoging AOW-leeftijd is op 2 december – ondanks stevige kritiek van de Raad van State – ingediend bij de Tweede Kamer.² Aangekondigd is dat een tweede wetsvoorstel met begeleidende maatregelen nog zal volgen.

DE AANGEKONDIGDE AOW-PLANNEN IN VOGELVLUCHT

Duidelijk is dat de AOW-leeftijd in twee stappen wordt verhoogd van 65 jaar naar 67 jaar. In 2020 wordt de leeftijd van het wettelijk ouderdomspensioen 66 jaar. Vijf jaar later – in 2025 – zal de AOW-leeftijd 67 jaar zijn. Mensen die 42 jaar hebben gewerkt, kunnen hun AOW nog steeds op 65-jarige leeftijd laten ingaan. De AOW-uitkering wordt dan wel met 8% per jaar gekort. Werknemers met zware beroepen zullen nadat zij 30 jaar dat zware beroep hebben uitgeoefend een aanbod voor minder belastend werk moeten krijgen. Tijdens de overgangstermijn van 10 jaar (van 2010 tot 2020) moeten werkgevers en werknemers een duurzaam inzetbaarheidsbe-

De kogel lijkt door de kerk. Op 16 oktober kondigde SZW in een persbericht aan dat de AOW-leeftijd wordt verhoogd naar 67 jaar.¹ In deze bijdrage geef ik de huidige stand van zaken in het AOW-dossier (13 december 2009) weer. Daarna belicht ik de kwestie van de zware beroepen en het effect op aanvullende pensioenen. Bijzondere aandacht besteed ik aan de vraag of de verhoging van de AOW-leeftijd leeftijdsdiscriminatie betekent in AOW dan wel aanvullende pensioenregeling.

leid invoeren. Dat beleid moet ervoor zorgen dat werknemers in goede gezondheid kunnen doorwerken tot 67 jaar. Dat duurzaam inzetbaarheidsbeleid wordt in de Arbeidsomstandighedenwet opgenomen. Worden werknemers werkloos of arbeidsongeschikt vóór hun 65e jaar – zij hebben vanaf 65 jaar geen recht op WW of een WIA-uitkering – dan krijgen zij vanaf 65 jaar een uitkering die rond het AOW-niveau ligt. Vermogen en partnerinkomen blijven bij die uitkering buiten beschouwing. Om de arbeidsdeelname van oudere werknemers te stimuleren, komt er een nieuwe inkomensgerelateerde arbeidskorting. In aansluiting op de AOW wordt getracht ook de aanvullende pensioenleeftijd naar 67 jaar te krijgen. Dit gebeurt door de fiscale ruimte om aanvullend pensioen op te bouwen aan te passen aan de AOW-leeftijd van 67 jaar.

KORTE RECONSTRUCTIE VAN HET AOW-DOSSIER

Hoewel er slechts één politieke partij (D66) een verhoging van de AOW-leeftijd in haar laatste verkiezingsprogramma

had staan, is het nu toch zover. Achtergrond zijn grotendeels financieel-economische motieven. Aangezwengeld door de economische crisis zijn de betaalbaarheid van de AOW, de (kosten van de) vergrijzende samenleving en de arbeidsdeelnameproblematiek de voornaamste argumenten om de AOW-leeftijd te verhogen.³ In het aanvullend beleidsakkoord van de coalitie van 25 maart 2009 stond als maatregel van het zogenaamde houdbaarheidspakket dat de AOW-leeftijd naar 67 jaar werd gebracht, rekening houdend met zogenaamde zware beroepen. Het aanvullend akkoord maakte er verder weinig woorden aan vuil: 'Verhoging van de AOW-leeftijd kan bijdragen aan het oplossen van de door de recessie veroorzaakte pensioenproblematiek; het voorkomt dat de rekening daarvan eenzijdig bij de thans (bijna) gepensioneerden terecht komt.' Meer details bevatte de AOW-notitie van 5 juni 2009, die overigens meerdere varianten bevatte.⁴

Zoals bekend werd bij het aanvullend beleidsakkoord voor de AOW-verhoging een bijzondere constructie gehanteerd. Het besluit zou worden genomen, tenzij de SER met een (budgettair neutraal) alternatief kwam vóór 1 oktober 2009.⁵ Zonder uitgebreid stil te staan bij het jammerlijk mislukken van dat overleg – het traditionele zwartepietenspel in de media tussen werkgeversorganisaties (gepersonificeerd door Wientjens) en werknemersorganisaties (Jongerius) zorgde voor genoeg smeuïgheid – stelde ook het kabinet vast dat er geen alternatief op tafel lag. In dat licht kan het kabinetsbesluit van 16 oktober en het wetsvoorstel onmogelijk als verrassing zijn gekomen. De manier waarop de verhoging van de AOW-leeftijd wordt uitgevoerd (in twee stappen van een jaar en een overgangstermijn) en het flankerend beleid (arbeidskorting) zijn relatief nieuw.⁶ De redenen om de AOW niet stapsgewijs te verhogen – zoals in Duitsland met stapjes van een maand per leeftijdscohort en conform advies van de commissie-Bakker – zijn eenvoud en beperking van uitvoeringslasten.⁷

UITVOERING 42 DIENSTJAREN

De kabinetsplannen leiden tot enkele uitvoeringsvragen. Als gezegd kunnen werknemers met 42 dienstjaren de AOW eerder laten ingaan. Om in aanmerking te komen, moet dus – uitgaande van 65 jaar – gestart worden met werken vanaf (65-42 =) 23 jaar. Die insteek past niet goed bij het uitgangspunt van de AOW als volksverzekering, zo oordeelt ook de Raad van State.⁸ Flexibilisering is namelijk alleen mogelijk voor werknemers. Uitgangspunt van de AOW is niet werknemerschap maar ingezetenschap.

Om te kunnen toetsen of voldaan is aan het dienstjarencriterium, is uiteraard registratie van de dienstjaren vereist. De SVB – uitvoerder van de AOW – beschikt daar niet over. De

registratie van arbeidsverleden moet nog worden opgebouwd. Daarom komt er overgangsrecht. Naar verwachting van de regering is er in 2020 een registratie van 15 dienstjaren. Wie in 2020 aantoonbaar 15 direct voorafgaande dienstjaren heeft, kan zijn (gekorte) AOW op 65 laten ingaan. Onduidelijk is welke jaren exact meetellen als dienstjaren. Het persbericht meldt dat er minimaal drie dagen in de week moet zijn gewerkt. Of mensen die (tijdelijk) ziek of werkloos zijn geweest of verlof hebben opgenomen ook van de regeling gebruik kunnen maken, is onzeker. De Raad van State heeft stevige kritiek geuit bij de flexibilisering. De regering heeft aangekondigd daar bij het wetsvoorstel, waarin flankerend beleid wordt opgenomen, nader op in te gaan.

OVERGANGSRECHT AOW LEEFTIJDSDISCRIMINATIE?

Voor mensen die op 1 januari 2010 55 jaar of ouder zijn, is en blijft de AOW-leeftijd 65 jaar. Voor 'oudere jongeren' – geboren tussen 1 januari 1955 en 31 december 1959 – is de AOW-leeftijd 66 jaar. Wie jonger is – geboren op of na 1 januari 1960 – krijgt een AOW-leeftijd van 67 jaar. Dat verschil in ingangsdatum van het wettelijk ouderdomspensioen is zonder meer leeftijdsonderscheid. Er komen drie leeftijdsklassen. De stapsgewijze verhoging naar eerst 66 en later 67 jaar betekent de facto een overgangsregeling voor ouderen die de AOW-datum zijn genaderd. Voor degenen geboren vóór 1 januari 1955 blijft de AOW-leeftijd 65 jaar. Wie dan 55-plus is, blijft van de verhoging van de AOW-leeftijd verschoond. Worden (oudere) jongeren daarmee niet benadeeld? Kan iemand die op 1 januari 1955 geboren is, claimen dat hij wordt gediscrimineerd op grond van zijn leeftijd en de AOW-leeftijd van 65 jaar afdwingen? De Raad van State merkt in zijn advies op dat het wetsvoorstel niet ingaat op het vraagstuk van de verdeling van de lasten en lasten. Het overgangsrecht draagt niet bij aan de solidariteit tussen de generaties, aldus de raad.⁹

DE MARGINALETOETS VAN LEEFTIJDSONDERSCHIED IN AOW

Het risico dat de ingreep in de AOW leeftijdsdiscriminatie is, lijkt gering. De strenge toetsing van de wet die leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid verbiedt – de WGBL¹⁰ – is niet van toepassing. De reikwijdte van de WGBL strekt zich niet uit tot de sociale zekerheid¹¹, maar is beperkt tot de arbeidsvoorwaarden (beloning in de zin van artikel 141 EG-Verdrag).¹² Wil iemand die nu 53 (AOW-leeftijd 66 jaar) of 48 is (AOW-leeftijd 67 jaar) dat aanvechten, dan is het juridisch instrumentarium beperkt tot artikel 1 Grondwet en 26 BUPO.¹³ Omdat leeftijd geen in artikel 1 Grondwet of artikel 26 BUPO benoemde discriminatiegrond is, toetst de rechter meer terughoudend. Dat volgt voor de Grondwet uit de wetsgeschiedenis: 'De rechter betreft doorgaans met de nodige terughoudendheid de niet nader geëxpliciteerde discrimina-

Het wetsvoorstel gaat niet in op de verdeling van de lasten en lasten

tieverboden van de Grondwet in zijn afwegingen.¹⁴ De meer marginale toets blijkt ook uit de volgende overweging van de rechtbank Den Haag uit 2001: 'Aangezien het hier gaat om een discriminatiegrond, die niet uitdrukkelijk is genoemd in zowel de Grondwet als in artikel 26 van het IVBPR, de beoordeling van de aangevoerde redelijke en objectieve gronden voor het gemaakte onderscheid een enigszins beperkt karakter draagt.¹⁵ Gelet op de marginale toets valt dus niet te verwachten dat het resultaat verboden leeftijds onderscheid zal zijn. Dat de nu 53-jarige of 48-jarige met een beroep op leeftijdsdiscriminatie de AOW op 65 jaar kan handhaven, lijkt daarom weinig kansrijk.

ZWARE BEROEPEN

Werknemers mogen maximaal 30 jaar een zwaar beroep uitoefenen. Daarna moet de werkgever hun een aanbod doen voor minder belastend werk. Dat moet gebeuren via duurzaam inzetbaarheidsbeleid. In de Arboret komt te staan dat werkgever en werknemer ervoor moeten zorgen dat risico's voor de gezondheid van werknemers ook op langere termijn zoveel mogelijk worden voorkomen. Beiden moeten tijdig initiatieven ondernemen om duurzame inzetbaarheid te bevorderen.¹⁶ Dit uitgangspunt is prachtig, maar verre van helder. Want wanneer is sprake van een zwaar beroep en hoe ziet duurzaam inzetbaarheidsbeleid er uit? Deze vragen staan nog los van uitvoeringsvragen zoals registratie van zware beroepen en het arbeidsverleden. En wie beoordeelt het inzetbaarheidsbeleid en wat is de sanctie bij overtreding? Kortom, genoeg vragen om tijdens de komende tien jaren (overgangstijd) te overdenken. Duidelijk is dat het kabinet het antwoord op beide vragen graag overlaat aan de sociale partners. Kennelijk had het kabinet nog goed voor ogen dat het vijf jaar geleden bij de Wet VPL onmogelijk bleek om tot een behoorlijke definitie van slijtende beroepen te komen. De door de Tweede Kamer aangenomen motie-Herben¹⁷ om vervroegd pensioen te handhaven voor mensen die 40 jaar een slijtend beroep hadden uitgeoefend, leidde tot grote (definitie)problemen.¹⁸ In de AOW-notitie werd de vaststelling van zware beroepen opzichtig overgelaten aan sociale partners: 'Een algemeen, objectief criterium is daarbij niet mogelijk. Dit is eerder geprobeerd, onder andere in het kader van de Wet VUT, Pensioen en Levensloop. Of een beroep zwaar is, kan niet afhangen van de vraag of de aanvrager het als zwaar ervaart, maar vergt een oordeel of de werkzaamheden als zodanig als zwaar moeten worden aangemerkt. Dat oordeel over de "zwaarte" van werkzaamheden zou primair moeten liggen bij de sociale partners.'¹⁹

Een alinea verder wordt in één adem de preventie/duurzame inzetbaarheid op het bordje van sociale partners geschoven: 'Dit zou kunnen inhouden dat een sector een beroep als

zwaar kan aanmelden, nadat sociale partners hebben vastgesteld om welke werkzaamheden het gaat. Bij de aanmelding zou de betrokken sector tegelijk moeten aangeven voor de aangewezen zware beroepen hoe via arbeidsomstandigheden, loopbaanbeleid of eventueel specifiek aanvullend pensioen, verder de gevolgen zullen worden opvangen dat werknemers in een situatie komen dat zij voortijdig zijn versleten.'

Gelet op de hiervoor al aangehaalde verhoudingen tussen werkgevers en werknemers en de moeilijk te bereiken consensus, wordt dit een zware dobber voor sociale partners. Nog los van de juistheid van de vraag of sociale partners niet inderdaad verantwoordelijk zijn voor definiëren van zware beroepen en inhoud van de regelingen, lijkt het mij een politieke meesterzet om deze vraagstukken door te geleiden naar werkgevers en werknemers. Ten eerste kwam de politiek er vijf jaar geleden zelf niet uit en ten tweede kan bij het uitblijven van overeenstemming gewezen worden naar sociale partners.

Volgens de memorie van toelichting zijn arbeidsongeschiktheidscijfers en factoren die op gezondheidsschade wijzen een indicatie voor de kwalificatie zwaar beroep.

Een financieel addertje onder het gras voor werkgevers is dat zij een rekening gepresenteerd krijgen wanneer zij bij zware beroepen geen aanbod doen voor minder belastend werk: 'Krijgen zij

[werknemers met een zwaar beroep, *toevoeging MH*] dat aanbod niet, dan zal de werkgever financieel moeten faciliteren dat zij de mogelijkheid krijgen om op hun 65e te stoppen.²⁰ De werkgever is dan een vergoeding verschuldigd die oploopt tot 140% van het jaarloon. Die vergoeding wordt gestort in een individuele spaarpot van de werknemer. De werknemer kan dan uiteindelijk twee jaren eerder uittreden.

EFFECTEN OP AANVULLEND PENSIOEN

De intentie van het kabinet ten aanzien van het aanvullend pensioen is duidelijk: de pensioenleeftijd in de aanvullende pensioenen moet eveneens worden verhoogd naar (uiteindelijk) 67 jaar. Om dat te bewerkstelligen, gaat het Witteveenkader gewijzigd worden. Ten eerste wordt de pensioenrichtleeftijd verlegd naar 67 jaar. Ten tweede worden de fiscale opbouwpercentages (neerwaarts) aangepast. De AOW-notitie uit juni 2009 omschreef dat al:

'Uitgangspunt voor het kabinet is dat op de nieuwe pensioenleeftijd een gelijk pensioen behaald kan worden als thans op 65-jarige leeftijd. Naast een verhoging van de pensioenrichtleeftijd in de tweede pijler van 65 naar 67 jaar zullen daarom ook de fiscaal gefaciliteerde maximale jaarlijkse opbouwpercentages worden aangepast. Immers, om hetzelfde pensioen te bereiken, zijn twee extra opbouwjaren tussen 65 en 67 jaar beschikbaar. In de voorgaande bereke-

~
**Werknemers mogen
 maximaal 30 jaar een zwaar
 beroep uitoefenen**
 ~

ning van de effecten van verhoging van de pensioenleeftijd op de overheidsfinanciën is hier dan ook van uitgegaan.

De bedoeling van het kabinet is kristalhelder: fiscaal afdwingen dat de pensioenleeftijd op 67 jaar wordt gezet, mede door verlaging van de maximaal toegestane opbouw per jaar. Het maximale opbouwpercentage bij eindloonregelingen wordt verlaagd van 2% naar 1,9%. De aanpassingen zullen op 1 januari 2020 in één keer worden doorgevoerd. Voor middelloonregelingen wordt het maximumopbouwpercentage per jaar 2,15% in plaats van 2,25%.²¹ De staffels voor premieovereenkomsten zullen worden gebaseerd op 37 opbouwjaren in plaats van 35. De maximale opbouwpercentages voor partnerpensioenen worden eveneens verlaagd. Voor eindloonregelingen wordt het maximumpercentage 1,33% en voor middelloonregelingen 1,51%. Eenzelfde soort verlaging vindt plaats bij wezenpensioenen (0,27% voor eindloonregelingen, 0,3% voor middelloonregelingen).²² Het bij mijn weten in de praktijk nauwelijks benutte 40-deelnemingsjarenpensioen wordt vervangen door een 42-deelnemingsjarenpensioen.

DE ROL VAN SOCIALE PARTNERS

Een heel groot vraagteken is of sociale partners (lees: de werknemerskant daarvan) in deze fiscaal gedreven plannen meegaan. Werkgevers zullen naar ik aanneem geen bezwaar hebben nu de pensioenpremie door de fiscale beperking lager wordt. De regering onderkent dit ook in de memorie van toelichting: 'Zonder nadere afspraken kan deze versoering [verlaging pensioenpremies, *toevoeging MH*] ertoe leiden dat middelen worden onttrokken aan het pensioenstelsel en ten gunste komen van werkgevers, die het grootste deel van de pensioenpremies betalen.'²³

De bedoeling van de regering is dat de middelen die vrijvallen door de verlaging van pensioenpremies worden ingezet 'ter versterking van het pensioenstelsel'. Hoe dat precies moet gebeuren, laat de regering over aan sociale partners. Terloops wordt opgemerkt dat pensioenbesturen de pensioenpremies constant moeten houden en niet verlagen wegens de gewijzigde opbouwpercentages. Afspraken in de STAR zouden dat kunnen ondersteunen, aldus de regering. De regering acht convenanten wenselijk. Zonder daar op deze plaats uitgebreid op in te gaan, constateer ik dat de hete aardappel vakkundig wordt toegeschoven naar sociale partners. Bovendien wordt voorbij gegaan aan de andere verhouding bij verzekerde regelingen. Daar zal de OR tegenspel moeten gaan bieden, voor zover de vakbond niet via de cao bij het pensioen is betrokken.²⁴ Indien er een convenant komt, is het kabinet bereid het fiscale kader eerder in te laten gaan en de 'houdbaarheidswinst' in de vorm van lastenverlichting aan werknemers en werkge-

vers ter beschikking te stellen. Hoe dit eruit moet zien, is (mij) niet duidelijk.

Wel duidelijk is dat de verhoudingen tussen werkgevers en werknemers – als bekend de bestuurders van pensioenfondsen – na het echec in de SER goed op scherp zijn gezet. De verwachting is dat werknemersvertegenwoordigers zich met hand en tand zullen verzetten tegen verhoging van de aanvullende pensioenleeftijd. De verhoging van de AOW-leeftijd hebben zij niet kunnen tegenhouden, maar in de fondsbesturen kunnen zij wijzigingen van de pensioenregelingen blokkeren. Bij verzekerde regelingen is de vraag of de OR zal instemmen met zo'n wijziging van de pensioenregeling. Alle ingrediënten voor een loopgravenoorlog zijn aanwezig. Tevens denkbaar is een uit-

ruils scenario. Waar bij de fiscale afschaffing van VUT en prepensioen werd gesproken over de sleeptheorie – kort gezegd het verslepen van VUT en prepensioen naar ouderdomspensioen, wijzigen van franchise en maximaal benutten van aanwezige fiscale ruimte – ontvouwt zich hier wellicht een soortgelijk scenario. Dat is binnen de arbeidsvoorwaarde pensioen slechts mogelijk indien er na de sleepacties bij VPL nog steeds (fiscale) sleep ruimte aanwezig is. Enkele vakbonden hebben al laten weten hogere looneisen te willen stellen of anderszins compensatie te eisen. Deze kanttekeningen staan nog los van de juridische vraag of de werkgever de pensioenregeling eenzijdig mag wijzigen (vergelijk artikel 19 Pensioenwet). Ook dat staat garant voor op zijn minst discussie en mogelijk rechtsgeschillen.

AOW VOLGEN: LEEFTIJDSDISCRIMINATIE TOETSEN AAN WGBL

Het aanvullend pensioen is een arbeidsvoorwaarde die wel getoetst kan worden aan de WGBL. Sociale partners die een verschillende pensioenleeftijd voor verschillende leeftijdscorten hanteren, moeten WGBL-proof handelen. Hoewel de regering beoogt de aanvullende pensioenleeftijd te laten meebewegen met de AOW, kan dat sociale partners voor lastige discriminatievragen stellen.

PENSIOENLEEFTIJD UITGEZONDERD VAN VERBOD LEEFTIJDSONDERSCHIED?

Op het eerste gezicht lijkt een verschillende pensioenleeftijd voor leeftijdscorten toegestaan. De pensioenleeftijd is in artikel 8 lid 2 WGBL namelijk expliciet uitgezonderd van het verbod van leeftijdsonderscheid:

'Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden, alsmede op de vaststelling van verschillende toetredings- en pensioenge-rechtigde leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën van werknemers.'

De verhoudingen zijn goed op scherp gezet



Toch heb ik grote twijfels of die uitzondering in dit geval van toepassing is. Uit artikel 8 lid 2 WGBL volgt dat het mogelijk is om voor werknemers of voor groepen werknemers verschillende pensioengerechtigde leeftijden te hanteren. Het is derhalve toegestaan om voor verschillende functies verschillende pensioenleeftijden in de regeling op te nemen. Sommige deelnemers kunnen dus eerder pensioengerechtigd zijn dan anderen.²⁵ Bij 'verschillende groepen werknemers' denk ik in eerste instantie aan een verschillende pensioenleeftijd voor administratief en technisch personeel (vergelijk het Souverijn-arrest).²⁶ De vraag is of ook verschillende leeftijdsgroepen onder het begrip 'verschillende groepen werknemers' van artikel 8 lid 2 WGBL vallen. Dat zou de weg openen om aan te sluiten bij de leeftijdscohorten die de AOW maakt. Dat kan door in de pensioenregeling op te nemen dat voor de groep geboren vóór 1955 een andere pensioenleeftijd geldt dan voor de groep geboren na 1955 (66 jaar) of na 1959 (67 jaar). Ik verwacht echter niet dat een beroep op de uitzondering van de pensioenleeftijd van de WGBL succesvol zal zijn. Artikel 8 lid 2 WGBL is niet bedoeld om leeftijdsonderscheid toe te staan op grond van de leeftijd van verschillende groepen werknemers. Ik geef toe dat de wettekst geen uitsluitel biedt. Mijns inziens ziet het begrip 'verschillende groepen werknemers' op werknemers met een verschillende functie en niet op werknemers met een verschillende leeftijd. Een andere lezing zou betekenen dat het is toegestaan om leeftijdsonderscheid te maken door werknemers in te delen in leeftijdsgroepen. Dat lijkt mij in strijd met de bedoeling van de Kaderrichtlijn die leeftijdsdiscriminatie verbiedt en de WGBL. In verscheidene zaken bij het HvJ EG is bovendien geoordeeld dat een uitzondering op een beschermende doelstelling strikt moet worden uitgelegd.²⁷ Ook Richtlijn 2000/78 en de WGBL kennen een beschermende doelstelling, waar het gaat om het voorkomen van leeftijdsdiscriminatie. Ik verwacht daarom dat de uitzondering van de pensioenleeftijd voor leeftijdscohorten geen toepassing vindt. Het voorgaande betekent dat ik het niet toelaatbaar acht om voor 55-plussers een andere pensioenleeftijd te hanteren dan voor 55-minners, tenzij daar een objectieve rechtvaardiging voor is als bedoeld in artikel 7 lid 1 onder c WGBL.

DE OBJECTIEVE RECHTVAARDIGING

Het enkele feit dat de AOW-leeftijd voor verschillende leeftijdsgroepen anders is, betekent geen boterbriefje voor werkgevers en/of pensioenuitvoerders. De wijziging van de AOW is niet automatisch een objectieve rechtvaardiging om de aanvullende pensioenregeling overeenkomstig te wijzigen. Of het argument van de gerechtvaardigde verwachtingen van ouderen (dat staat in het wetsvoorstel) voldoende objectieve rechtvaardiging is om ook in de aanvullende pensioenen dat leeftijdsonderscheid over te nemen, is geen uit-

gemaakte zaak. Het argument of, juridisch geformuleerd, de objectieve rechtvaardiging voor de overgangsregeling ziet het kabinet in de gerechtvaardigde verwachtingen van mensen die zich dichtbij de AOW-datum bevinden: 'Van ouderen die vlak voor het pensioen staan, kan niet worden verwacht dat zij plotseling twee jaren langer moeten werken. Zij hebben zich niet of onvoldoende hierop kunnen voorbereiden. Ook werkgevers moeten in hun personeelsbeleid met de wijzigingen rekening kunnen houden.' Het kabinet wil met die ruime overgangperiode werkgevers en oudere werknemers meer kans geven zich op de verhoging voor te bereiden.²⁸ Ouderen die aan de vooravond van de AOW staan, zouden onvoldoende tijd hebben om zich voor te kunnen bereiden op een verhoging van de AOW-leeftijd. Werkgevers hebben tijd nodig

om in het personeelsbeleid aan te passen aan de verhoging van de AOW.²⁹ Waarom de grens dan bij 55 jaar moet liggen, is arbitrair. De regering stelt dat het heeft meegewogen dat de verhoging van de AOW-leeftijd en de aanpassing van het Witteveenkader geen mensen mag treffen waarop het overgangsrecht van de Wet VPL van toepassing is en die nu met VUT of prepensioen zijn. Omdat zij gepensioneerd zijn, hebben zij zich niet op de nieuwe AOW-leeftijd kunnen voorbereiden en daarom is een verhoging niet redelijk.³⁰

Een soortgelijk discriminatievraagstuk deed zich voor bij het overgangsrecht van de Wet VPL. Daar werden eveneens 55-plussers – werknemers die vóór 1 januari 2005 55 jaar³¹ of ouder waren – gespaard door voor hen voortzetting van VUT en prepensioen fiscaal te blijven faciliteren. De leeftijdsgrens van 55 jaar was volgens de regering juridisch houdbaar.³² Het fiscale overgangsrecht viel niet onder de WGBL en was dus houdbaar, gelet op de marginale toets aan de Grondwet en het BUPO. Als reden voor het overgangsrecht noemde de regering het tegemoet komen aan de verwachtingen van oudere werknemers.³³ De onzekerheid of het overnemen van de fiscale leeftijdsgrenzen toegestaan leeftijdsonderscheid in de *aanvullende pensioenregelingen* vormde, leidde tot menig oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en tot jurisprudentie.³⁴ Die jurisprudentie zou nog weleens van belang kunnen worden indien de wijziging van de AOW-leeftijd 'doorwerkt' in de aanvullende pensioenen. In feite gebeurt dan hetzelfde bij de AOW als bij de Wet VPL. Het overgangsrecht van de wettelijke regeling – respectievelijk AOW en VPL – loopt mede door de marginale toets weinig discriminatiegevaar. Opname van dat wettelijk overgangsrecht in de aanvullende pensioenregeling wordt strenger getoetst en leidt tot juridische procedures. Het vraagstuk van leeftijdsdiscriminatie in de aanvullende pensioenregelingen kan dan opnieuw beginnen. Sociale partners en pensioenuitvoerders zijn bij deze alvast gewaarschuwd.

Waarom de grens bij 55 jaar moet liggen, is arbitrair



WAT BRENGT DETOEKOMST?

Het wetsvoorstel verhoging AOW-leeftijd is in december ingediend bij de Tweede Kamer ondanks forse kritiek van de Raad van State. FNV heeft al acties aangekondigd om Kamerleden onder druk te zetten. In 2010 zal moeten blijken of de plannen in deze vorm worden voortgezet. Bovendien volgt nog een wetsvoorstel waarin het flankerend beleid moet worden uitgewerkt. Het zal niet de eerste keer zijn dat een zo politiek gevoelig dossier tijdens de parlementaire behandeling nog veranderingen ondergaat. Er zijn genoeg punten die aandacht en uitwerking vragen, zowel voor wat betreft de AOW zelf als het effect op de aanvullende pensioenen. Het AOW-dossier vertoont daarbij grote gelijkenissen met het VPL-dossier. Dat geldt zowel voor de politieke impact als voor juridisch-inhoudelijke en beleidsmatige aspecten. Het beloven in meerdere opzichten interessante tijden te worden. Wat is het effect van de aangekondigde verhoging van de AOW op de aanvullende pensioenen? Komen sociale partners tot consensus en een werkbare oplossing voor de aanvullende pensioenen? En hoe wordt er omgegaan met zware beroepen duurzame inzetbaarheid en leeftijdsdiscriminatieaspecten? Het wetsvoorstel is slechts een voorbode. Wordt ongetwijfeld snel vervolgd.

Noten

- Persbericht SZW 16 oktober, AOW-leeftijd sociaal en verantwoord naar 67 jaar, nr. 09/115.
- Persbericht SZW 2 december 2009, Wetsvoorstel verhoging AOW-leeftijd ingediend bij Tweede Kamer, nr. 09/125.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 3, p. 5-7.
- Zie persbericht SZW 5 juni 2009, Kabinet verkent invulling hogere AOW-leeftijd, nr. 09/53;
- De constructie heeft trekjes van een overeenkomst met ontbindende voorwaarde.
- Zie de verkennende AOW-notitie van 5 juni 2009 voor plannen over de aanvullende pensioenen.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 3, p. 9-10.
- Aldus ook de Raad van State, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 4, p. 12.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 4, p. 6.
- Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, *Stb.* 2004, 30.
- Zie artikel 3 lid 3 Richtlijn 2000/78/EG.
- Dat blijkt onder meer uit de wetsgeschiedenis van de WGBl, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 21.
- Weliswaar staat leeftijd niet expliciet vermeld in deze discriminatieverboden, wettelijk leeftijds onderscheid kan daaraan wel worden getoetst. Voor artikel 1 Grondwet, zie *Kamerstukken* 1982/83, 17 800, nr. 6, p. 5. Voor artikel 26 BUPO is dit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, zie HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (Codfried); HR 8 mei 1998, NJ 1998, 496 (Westerterp); HR 10 november 2006, JAR 2006, 306 (minimumloon 13-jarigen).
- Kamerstukken II* 1999/00, 26 880, nr. 3, p. 6-7.
- Rb. 's-Gravenhage 10 januari 2001, AD 4969.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 3, p. 18.
- Kamerstukken II* 2004/05, 29800, nr. 11.
- Toen definiëring op niets uitliep, introduceerde de wet VPL uiteindelijk het zogenaamde 40-deelnemingsjarenpensioen, zie artikel 18 lid 2 onder a Wet LB; artikel 18e Wet LB.
- AOW-notitie, p. 20.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 3, p. 19.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 3, p. 13.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 3, p. 25-26.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 3, p. 13.
- De OR heeft bij verzekerde regelingen een instemmingsrecht op grond van artikel 27 WOR, tenzij in de cao door de vakbonden pensioenafspraken zijn gemaakt, zie artikel 27 lid 3 WOR.
- Zie ook *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 170 nr. 3, p. 37-38.
- HR 12 april 2002, NJ 2002, 411; PJ 2002, 41 (Souverijn).
- HvJ EG 4 juni 2002, C-164-00, PJ 2002, 99, r.o. 29 (Beckmann); HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, PJ 2004, 71 (Martin).
- Persbericht SZW 16 oktober, AOW-leeftijd sociaal en verantwoord naar 67 jaar, nr. 09/115.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 3, p. 8.
- Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 3, p. 8.
- De leeftijd was oorspronkelijk 57 jaar en is onder zware politieke druk verlaagd naar 55 jaar, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 2 (57 jaar); *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800, nr. 4 (motie Verhagen c.s.).
- Kamerstukken II* 2004/05, 29 760, nr. 10, p. 5.
- Kamerstukken II* 2003/04, 29760, nr. 3, p. 13.
- Enkele voorbeelden: CGB 2005-219; CGB 2006-62; CGB 2006-187; Hof Den Bosch 29 september 2009, PJ 2009/165; eerste aanleg zie Ktr Heerlen 23 januari 2008, PJ 2008, 18.