

Het pensioenontslag



Inleiding

Het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij arbeid is verboden. De hierop betrekking hebbende EG-Richtlijn¹ is in Nederland geïmplementeerd door de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Het verbod van leeftijdsonderscheid geldt niet indien het onderscheid betrekking heeft op het beëindigen van de dienstbetrekking wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of van een bij of krachtens wet voorgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd (artikel 7 lid 1 sub b WGBL). Deze uitzondering betekent evenwel niet dat iedere arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op de datum waarop de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. In dit artikel besteed ik aandacht aan de wijzen waarop de arbeidsovereenkomst met de (bijna) AOW-gerechtigde werknemer kan worden beëindigd c.q. kan eindigen en aan de arbeidsrechtelijke positie van de doorwerkende AOW' er.

Einde van rechtswege

Er bestaat geen wettelijke bepaling op grond waarvan de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. De opvatting dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioenleeftijd is al langere tijd niet meer onomstreden en verliest aan draagvlak. Ook uit lagere rechtspraak blijkt steeds meer dat gelet op de maatschappelijke discussie en politieke besluitvorming over het verhogen van de pensioengerechtigde leeftijd en de maatschappelijke ontwikkelingen van de laatste jaren de stelling dat het in Nederland gebruikelijk is dat men stopt met werken bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd geen stand meer houdt.² Is tussen werkgever en werknemer hierover niets overeengekomen, dan doet u er dus als werkgever verstandig aan ervan uit te gaan dat de arbeidsovereenkomst **niet** automatisch eindigt wanneer een werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Indien u wilt dat de arbeidsovereenkomst met die werknemer tot een einde komt, zult u in actie moeten komen. Hierover later meer.

Pensioenontslagbeding

¹ Richtlijn 2000/78/EG van de Europese Raad van 27 november 2000.

² Ktr. Haarlem, 30 mei 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW8593; Ktr. Utrecht, 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3431; Ktr. Delft, 23 april 2009, JAR 2009/116.

In veel (collectieve) arbeidsovereenkomsten is een zogenaamd 'pensioenontslagbeding' opgenomen, waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de werknemer de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd bereikt. De Hoge Raad heeft in het KLM-arrest van 13 juli 2012 overwogen dat een beding op grond waarvan een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt, rechtsgeldig is.³ Op grond van dit arrest mag de werkgever erop vertrouwen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt, indien op de arbeidsovereenkomst een pensioenontslagbeding van toepassing is.

Toch zit ook hier een addertje onder het gras. Met de verhoogde AOW-leeftijd is immers de vraag gerezen wat de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer is. In het pensioenreglement, indien van toepassing, zal de pensioenleeftijd waarschijnlijk 65 jaar zijn, maar de AOW-gerechtigde leeftijd ligt inmiddels hoger en verschilt per werknemer en de fiscale pensioengerechtigde leeftijd in de Wet op de Loonbelasting 1964 wordt per 1 januari 2014 verhoogd naar 67 jaar. Er kan dus niet worden gesproken van een vaste pensioenleeftijd.

Dit is van belang, omdat de uitzondering van artikel 7 WGBL alleen ziet op een pensioenontslag wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Een beëindiging van het dienstverband vanwege het bereiken van ieder andere leeftijd valt in beginsel aan te merken als een discriminatoir en daarmee vernietigbaar ontslag. Een pensioenontslagbeding dat verwijst naar de 65-jarige leeftijd is derhalve strijdig met de WGBL (geworden), zodat de werkgever zich hier niet meer op kan beroepen. Is op de arbeidsovereenkomst nog een "oud" pensioenontslagbeding van toepassing, dan doet u er verstandig aan dit aan te passen en voor huidige gevallen de arbeidsovereenkomst op andere wijze te beëindigen.

Overigens is een pensioenontslagbeding gericht op een leeftijd onder de 65 jaar onder bepaalde omstandigheden wel toegestaan. Het moet dan gaan om een onderscheid naar leeftijd dat objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en waarbij de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (artikel 7 lid 1, sub c WGBL). Hiervan zal echter niet snel sprake zijn.⁴

³ HR 13 juni 2012, JAR 2012/209.

⁴ Zie voor een geval waarin een functioneel leeftijdsontslag (op leeftijd 56 jaar) objectief gerechtvaardigd wordt geacht het zogenaamde KLM-arrest (HR 13 juni 2012, JAR 2012/209).

Ontslagmogelijkheden

Opzegging na verkregen ontslagvergunning

Voor het UWV geldt het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd als een algemene rechtvaardigingsgrond voor ontslag. Indien de werkgever een ontslagaanvraag indient op grond van het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd door de werknemer, verleent het UWV toestemming de arbeidsverhouding op te zeggen. De rechtvaardiging voor dit beleid van het UWV is onder meer gelegen in het arbeidsmarktbeleid: de werknemer die AOW-gerechtigd wordt, maakt ruimte voor arbeidsparticipatie van een jongere op de arbeidsmarkt.⁵ Deze rechtvaardigingsgrond is alleen van toepassing bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Wordt de ontslagaanvraag ingediend nadat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, dan wordt de werkgever geacht zijn recht op een beroep op deze rechtvaardigingsgrond te hebben verwerkt en wordt de ontslagvergunning geweigerd.

Het UWV verleent evenmin toestemming de arbeidsverhouding op te zeggen, indien het de bedoeling van de werkgever is na verkregen ontslagvergunning een nieuw, tijdelijk arbeidscontract met de werknemer aan te gaan. In deze situatie wordt immers door de oudere werknemer geen ruimte gemaakt voor een jongere.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter

De werkgever - alsook de werknemer - kan zich te allen tijde tot de kantonrechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Wordt het ontbindingsverzoek ingediend, omdat de werknemer op korte termijn de pensioengerechtigde leeftijd zal bereiken, zal in de meeste gevallen het verzoek worden toegewezen zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding. Aanbeveling 3.5 bepaalt immers:

"Indien de verwachte inkomstenderving tot aan de redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer lager is dan de uitkomst van de formule, dan wordt de vergoeding berekend aan de hand van die inkomstenderving, tenzij verwijtbaarheid, risicosfeer en de overige bijzondere omstandigheden als bedoeld in Aanbeveling 3.4.4 billijkheidshalve aanleiding geven tot een andere vergoeding."

Indien de ontbindingsdatum samenvalt met de pensioneringsdatum bestaat er derhalve in verreweg de meeste gevallen geen aanleiding om aan de werknemer een vergoeding toe te kennen.

Wel kan ook in een ontbindingsprocedure punt van discussie zijn wat de pensioenleeftijd van een werknemer is. De kantonrechter moet per individueel geval beoordelen met welke pensioenleeftijd

⁵ Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie september 2012, hoofdstuk 32, p. 4.

rekening moet worden gehouden. Hetgeen binnen de onderneming van een werkgever of binnen de branche gebruikelijk is, speelt bij deze beoordeling een rol, maar zeker ook de persoonlijke (financiële) situatie van een werknemer. Wordt ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht tegen de datum waarop de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt en kan de werknemer niet aannemelijk maken dat het binnen de onderneming van de werkgever gebruikelijk is dat werknemers langer doorwerken, dan ligt een ontbinding van de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding voor de hand. Laat de werkgever het "momentum" voorbijgaan en wordt het ontbindingsverzoek ingediend wanneer de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd al heeft bereikt, dan is het nog maar de vraag of de kantonrechter voldoende grond voor ontbinding aanwezig zal achten. Een recent voorbeeld hiervan vormt de afwijzing van het ontbindingsverzoek voor een 75-jarige werknemster op grond van haar leeftijd door de kantonrechter te Bergen op Zoom.⁶

Doorwerken na AOW-leeftijd

De werkgever kan er uiteraard ook voor kiezen de arbeidsovereenkomst met de AOW-gerechtigde werknemer niet te beëindigen, maar deze, indien ook de werknemer dit wil, voort te zetten. Gebeurt dit, dan blijft het "gewone" arbeidsrecht op de doorwerkende AOW'er van toepassing. Zo zal de werkgever in geval van ziekte gedurende een periode van 104 weken het salaris moeten doorbetalen en geniet ook deze werknemer, hetgeen voornoemde uitspraak van de kantonrechter te Bergen op Zoom bevestigt, ontslagbescherming.

Om het risico van loonbetaling tijdens ziekte te beperken en een vervelende en mogelijk teleurstellende ontslagprocedure te voorkomen, wordt niet zelden direct aansluitend op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten, die ingaat op de dag waarop de AOW-gerechtigde leeftijd wordt bereikt. De kans dat de werkgever in deze situatie, als de werknemer het erop aan laat komen, bedrogen uitkomt, is echter niet gering. Artikel 7:667 lid 4 BW bepaalt namelijk dat indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door rechtsgeldige opzegging of door ontbinding door de rechter is geëindigd, eenmaal of meermalen is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, voor de beëindiging van de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voorafgaande opzegging - en dus toestemming van het UWV - nodig is. Dit is de zogenaamde "Ragelie-regel".

Is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd beëindigd door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter, dan eindigt een opvolgend contract voor bepaalde tijd wel van rechtswege. Een pro forma ontbindingsprocedure of een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer kan

⁶ Ktr. Bergen op Zoom, 3 juli 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5655

derhalve soelaas bieden⁷. Opzegging door de werkgever na verkregen toestemming van UWV ook, maar hierbij speelt dat het UWV geen ontslagvergunning zal verlenen, indien haar blijkt dat het de bedoeling is dat partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaan.

Het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst door een pensioenontslagbeding valt naar de letter van de wet niet onder een rechtsgeldige opzegging, zoals bedoeld in artikel 7:667 lid 4 BW. Er bestaat evenwel jurisprudentie waarin is overwogen dat deze wijze van beëindigen gelijk gesteld moet worden met een rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter.⁸ De gedachte achter deze jurisprudentie is dat de werknemer al voldoende ontslagbescherming heeft genoten en de bescherming van de Ragetlie-regel overbodig is, omdat de werknemer reeds een vervangende inkomensvoorziening heeft in de vorm van AOW en (in veel gevallen) een aanvullende pensioenregeling.

Hoewel er voor deze benadering veel valt te zeggen, is een dergelijke uitleg in strijd met de wettekst. Het is dan ook maar de vraag of deze opvatting verdere navolging zal krijgen.

Een andere optie is de arbeidsovereenkomst die, vanwege een daarop van toepassing zijnde pensioenontslagbeding, van rechtswege eindigt op de datum waarop de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, drie maanden en een dag beëindigd te houden en eerst na deze periode de werknemer een contract voor bepaalde tijd aan te bieden.

Wetsvoorstel Werken na AOW-gerechtigde leeftijd

In het najaar van 2013 wordt het wetsvoorstel Werken na de AOW-gerechtigde leeftijd naar de Tweede Kamer gezonden. Op het moment van het schrijven van dit artikel zijn slechts de contouren van het wetsvoorstel bekend.⁹ De volgende maatregelen zijn aangekondigd:

- het dienstverband eindigt van rechtswege bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd als daarover tussen werkgever en werknemer geen andere afspraken zijn gemaakt;
- de ketenregeling voor het aantal contracten voor bepaalde tijd (artikel 7:668a BW) wordt verruimd voor AOW'ers;

⁷ Indien de werknemer opzegt op uitdrukkelijk verzoek van de werkgever om vervolgens een contract voor bepaalde tijd aan te gaan, bestaat het risico dat de werknemer op een later moment met een beroep op 'misbruik van omstandigheden' zijn opzegging van de arbeidsovereenkomst ongedaan kan maken.

⁸ Hof Amsterdam, 26 mei 2005, JAR 2005/132; Ktr. Leiden, 3 augustus 2011, JAR 2011/250; Ktr. Dordrecht, 12 juni 2009, JAR 2009/172.

⁹ www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/wetsvoorstellen/2012/05/29/kamerstukken-I-2011-12-33-290-nr-C-p-16.

- de loonbetalingsverplichting tijdens ziekte (artikel 7:629 BW) wordt voor AOW'ers beperkt tot zes weken;
- de re-integratieverplichtingen van de werkgever worden beperkt;
- het minimumloon gaat ook voor AOW'ers gelden.

Het doel van het wetsvoorstel is om het voor werkgevers aantrekkelijk te maken AOW'ers in dienst te nemen door een aantal in de praktijk zwaarwegende juridische obstakels weg te nemen en daarmee de arbeidsparticipatie van ouderen te doen verhogen. Dit is zonder twijfel een goede zaak, waarmee gehoor wordt gegeven aan een door het bedrijfsleven gedane oproep om voor deze bijzondere groep werknemers bijzondere arbeidsrechtelijke regelgeving te creëren.

De inwerkingtreding van het voorstel zal vermoedelijk niet eerder dan 1 januari 2015 plaatsvinden. Werkgever en werknemer zullen het dus voorlopig nog met de huidige regelgeving moeten doen. Voor de huidige situatie zijn de belangrijkste tips:

1. Check of op uw arbeidsovereenkomsten een pensioenontslagbeding van toepassing is en deze geënt is op de AOW-gerechtigde leeftijd.
2. Ontbreekt een rechtsgeldig pensioenontslagbeding, vraag dan tijdig een ontslagvergunning aan bij UWV, indien u de arbeidsovereenkomst per de datum waarop de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt wil beëindigen.
3. Laat de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter (pro forma) ontbinden, indien u op basis van een contract voor bepaalde tijd met de betreffende werknemer verder wil.

Tot slot

Belangrijk is dat u als werkgever tijdig met uw werknemer in gesprek gaat over de wederzijdse verwachtingen voor de periode na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Indien duidelijk is wat een ieder wil, dan zal blijken dat in goed overleg veel mogelijk is. Ook zonder dat een vervelende ontslagprocedure noodzakelijk is. Wordt tijdens het gesprek duidelijk dat de werknemer wil doorwerken, dan bent u op tijd om bij UWV een ontslagvergunning wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd aan te vragen, indien u toch afscheid van deze werknemer wil nemen.

Leiden, 13 november 2013

mr. R.G. Verheij, pensioenadvocaat

r.verheij@rwv.nl

06-12061430 / 071-750 22 52

©RWV Advocaten