RVV ADVOCATEN

AOW, (door)werken en pensioen

Inleiding

De AOW'er staat in de schijnwerpers. 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 is de laatste tijd veel aandacht gegeven. De pensioenrechtelijke aspecten worden minder belicht.

In dit artikel wordt eerst stilgestaan bij het wetsvoorstel Werken na de AOW-gerechtigde leeftijd en de arbeidsrechtelijke consequenties daarvan, om vervolgens de mogelijke pensioenrechtelijke (on)mogelijkheden te bespreken.

Wetsvoorstel Werken na de AOW-gerechtigde leeftijd

Nog voor het einde van dit jaar (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.[1] 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;
- 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.

[1] www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/wetsvoorstellen/2012/05/29; kamerstukken I 2011/12, 33 290, nr. C; p. 16.

Huidige situatie

Op basis van de huidige wetgeving is 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 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 "Ragetlie-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 derhalve soelaas bieden[2]. 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.[3] 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.

---

[2] 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.

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

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.

Pensioen

Een andere vraag is wat de pensioenrechtelijke consequenties zijn van het langer doorwerken. Verschillende opties zijn mogelijk, mits de van toepassing zijnde pensioenovereenkomst hiervoor de ruimte biedt.

Uitstellen pensioenleeftijd

In veel pensioenovereenkomsten staat de formele pensioenleeftijd nog op 65 jaar.[4] De werknemer die na zijn 65e verjaardag wil doorwerken, kan er echter belang bij hebben zijn pensioen nog niet te laten ingaan. Hij geniet immers nog inkomen uit arbeid.

Krachtens artikel 18a lid 5 Wet op de loonbelasting (Wet LB) mag, indien de pensioeningangsdatum wordt uitgesteld, de pensioenopbouw volgens het tot dan toe gehanteerde stelsel worden voortgezet. Er vindt dan een actuariële herrekening plaats, wat tot een hogere pensioenuitkering, gemiddeld genomen circa 7% per uitgesteld jaar, zal leiden.

Ook is het mogelijk het pensioen voor een evenredig gedeelte uit te stellen, indien de werknemer besluit na het bereiken van zijn formele pensioenleeftijd in deeltijd door te werken. Voor het deel dat de werknemer doorwerkt, kan het pensioen worden uitgesteld, voor het overige deel moet het pensioen ingaan.

Zoals gezegd, moet de mogelijkheid om de pensioeningangsdatum uit te stellen wel in de pensioenovereenkomst zijn opgenomen. Over het algemeen is dit het geval, maar de mogelijkheid om tijdens de uitstelperiode de pensioenopbouw voort te zetten is minder gebruikelijk.

Naast de bepalingen van de pensioenovereenkomst dient ook aan een aantal wettelijke bepalingen te worden voldaan. Het gaat dan vooral om fiscaalrechtelijke wetgeving.

In artikel 18a lid 4 sub 2 Wet op de loonbelasting (Wet LB) wordt uitstel van pensioen toegestaan, indien wordt doorgewerkt in dezelfde dienstbetrekking. Heeft de werknemer zijn formele pensioenleeftijd bereikt, dan moet het pensioen ingaan op het moment dat zijn dienstbetrekking eindigt.

Op het wettelijke doorwerkvereiste, inhoudende dat de in de pensioenregeling opgenomen pensioendatum alleen kan worden uitgesteld voor zover de werknemer na die datum in

[4] Per 1 januari 2014 geldt een fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar.

dienstbetrekking werkzaam blijft, geldt een tijdelijke uitzondering voor (ex-)werknemers die zijn geboren vóór 1 januari 1950. In verband met de invoering van de verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd heeft de staatssecretaris van Financiën bij besluit d.d. 5 december 2012[5] goedgekeurd dat de (ex-)werknemer de in de pensioenregeling opgenomen pensioendatum uitstelt tot de voor hem geldende AOW-leeftijd, zoals bedoeld in artikel 7a lid 1 van de Algemene Ouderdomswet (AOW), zonder dat aan het wettelijk vereiste van doorwerken in dienstbetrekking behoeft te worden of zijn voldaan. De goedkeuring eindigt op 31 maart 2015.

Een tweede wettelijke beperking voor het uitstellen van de pensioendatum is dat het pensioen moet ingaan op het moment dat de hoogte van het ouderdomspensioen 100% van het pensioengevend salaris komt te bedragen (artikel 18a lid 4 sub 4 Wet LB). Overschrijding van de norm komt bij uitstel van de pensioeningangsdatum relatief snel in zicht doordat enerzijds de opbouw van het pensioen kan worden voorgezet en anderzijds omdat ten gevolge van het uitstel van de ingangsdatum gedurende een kortere periode uitkeringen hoeven te worden verstrekt.
Ten derde geldt dat het pensioen uiterlijk moet ingaan op het tijdstip waarop de werknemer de 70-jarige leeftijd bereikt (artikel 18a lid 4 sub 5 Wet LB).

Pensioen én werken

Indien de werknemer zijn pensioen niet kan of wil uitstellen, dan betekent dit niet dat zijn arbeidsovereenkomst niet kan worden voortgezet. Wel zal in veel gevallen gelden dat deze werknemer door de cumulatie van loon, pensioen en AOW uit de voor hem fiscaal gunstige eerste en tweede belastingschijf zal vallen, maar er bestaat overigens geen wettelijke beperking op het naast elkaar ontvangen van inkomen uit arbeid, pensioenuitkeringen en AOW.

Het is voor de werknemer onder bepaalde voorwaarden zelfs mogelijk de pensioeningangsdatum te vervroegen zonder de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Hoewel vervroegde pensionering een einde van het arbeidzame leven veronderstelt en de fiscale regelgeving op deze veronderstelling is afgestemd, heeft de staatssecretaris van Financiën in de maatschappelijke ontwikkelingen aanleiding gevonden meer ruimte te geven om (gedeeltelijk) vervroegde pensionering in combinatie met (gedeeltelijk) doorwerken flexibel in te vullen. Bij besluit d.d. 30 augustus 2011 is bepaald dat bij een vervroeging van de pensioeningangsdatum tot de 60-jarige of latere leeftijd niet meer zal worden getoetst of de economische activiteiten van de pensioengerechtigde dienovereenkomstig worden verminderd.[6]

Wil de werknemer pensioenuitkeringen ontvangen vóór het bereiken van de 60-jarige leeftijd, dan geldt dat het pensioen slechts kan ingaan voor zover de werknemer dienovereenkomstig in arbeidsinkomsten achteruitgaat. Wordt aan deze voorwaarde niet voldaan, dan wordt de aanspraak ingevolge de pensioenregeling niet langer als pensioenaanspraak aangemerkt en wordt de gehele

[5] Staatscourant 28 december 2012, nr. 27358.
[6] Staatscourant 7 september 2011, nr. 16384

aanspraak op dat moment direct belast als loon uit een vroegere dienstbetrekking (artikel 19b lid 1 Wet LB).

Is het pensioen ingegaan, dan zal geen verdere opbouw van het pensioen meer plaatsvinden.

Informatieplicht werkgever

Indien de werkgever met een oudere werknemer afspraken maakt over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, langer doorwerken of het werken in deeltijd, dan is het van belang op de hoogte te zijn van de pensioenrechtelijke consequenties voor de werknemer en de werknemer hierover te informeren. Gelet op de vaak grote belangen voor de werknemer brengt de op de werkgever rustende zorgplicht mee dat, binnen redelijke grenzen, wordt voorkomen dat de werknemer onder invloed van onjuiste veronderstellingen een bepaalde keuze maakt.[7]

Tot slot

Belangrijk is dat u als werkgever tijdig met uw werknemer in gesprek gaat over de wederzijdse verwachtingen, bijvoorbeeld ten aanzien van (de hoogte van) het pensioen en de periode na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Indien u als werkgever goed op hoogte bent van de verschillende (on)mogelijkheden en de consequenties van bepaalde keuzes, kan tijdig worden vastgesteld wat werkgever en werknemer willen en zal blijken dat in goed overleg veel mogelijk is.

Leiden, 12 december 2013

---

mr. R.G. Verheij, pensioenadvocaat
r.verheij@rwv.nl
06-12061430 / 071-750 22 52

©RWV Advocaten

[7] Vgl.: HR 19 september 2003, JAR 2003/244.