

# De generatieregeling; bezint eer ge begint?

mr. Cornелиen Donner Broersma\*

## 1. Inleiding

Het afgelopen decennium is het overheidsbeleid – als gevolg van de bevolkingsvergrijzing en toenemende levensverwachting – gericht op langer doorwerken. Zo zijn bijvoorbeeld de AOW- en pensioenrichtleeftijd gestegen en VUT- en prepensioenregelingen fiscaal onaantrekkelijk gemaakt. Werknemers moeten echter wel in staat worden gesteld om gezond en productief tot aan de gestegen AOW- of pensioenleeftijd te blijven werken. Ook werkgevers hebben daar belang bij, omdat het (gedeeltelijk) uitvallen van oudere werknemers kan leiden tot een uitstroom van kennis en vaardigheden, personeelstekort, productieverlies van werknemers met vaak een hoog inkomen, een hogere werkgeverslast door arbeidsongeschiktheid van oudere werknemers en een verhoogde werkdruk bij collega's. Zowel bij werkgevers als de overheid is er dan ook een groeiend besef van urgentie om langer doorwerken van oudere werknemers te faciliteren.<sup>1</sup> In het regeerakkoord hebben de huidige coalitiepartijen aangegeven dat duurzame inzetbaarheid de primaire verantwoordelijkheid is van werkgevers én werknemers; de overheid zorgt voor de randvoorwaarden.<sup>2</sup> Om duurzame inzetbaarheid verder te stimuleren heeft het kabinet in het recent tot stand gekomen pensioenakkoord toegezegd een investeringsprogramma te ontwikkelen en een inzetbaarheidsbudget beschikbaar te stellen.<sup>3</sup>

\* Cornелиen Donner-Broersma is advocaat pensioenrecht en senior consultant bij KWPS Employee Benefits & Risk Management. Zij publiceert regelmatig over pensioengerelateerde onderwerpen.

1. Dutch Employer's Responses to an Aging Workforce, Evidence from Surveys 2009-2017, Design Paper 127, Netspar Industry Series.
2. In het regeerakkoord wordt aangegeven dat het kabinet van de sociale partners verwacht dat zij niet vrijblijvende afspraken maken over leeftijdsbewust personeelsbeleid, met aandacht voor bijvoorbeeld zicht op minder belastend werk en de nut en noodzaak van specifieke voorzieningen voor ouderen in cao's. Op zijn beurt kijkt het kabinet kritisch naar eventuele belemmeringen voor de goede invulling aan de driepartite verantwoordelijkheid, bijvoorbeeld de mogelijkheid om opties als deeltijdpensionering (via tweedepijlerpensioen of generatiepactregelingen) breder voor het voetlicht te brengen of gemakkelijker te maken. 'Vertrouwen in de toekomst', Regeerakkoord 2017-2021 VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 10 oktober 2017, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-2017-vertouwen-in-de-toekomst>, p. 28.
3. *Kamerstukken II* 2018/19, 32043, 457. Daarnaast is afgesproken dat de SER een aanjaagfunctie op het gebied van duurzame inzetbaarheid krijgt en dat het kabinet samen met de Stichting van de Arbeid een agenda opstelt voor duurzame inzetbaarheid.

Niet alle werknemers zijn echter in staat om tot aan de gestegen AOW-leeftijd te blijven werken. Dit geldt met name voor de huidige groep oudere werknemers. Zij moeten (veel) langer doorwerken dan waarop zij in eerste instantie hebben geanticipeerd. Bovendien hebben eventueel recent bij de werkgever ingevoerde maatregelen in het kader van duurzame inzetbaarheid, zoals (om)scholing, vaak geen impact meer op het duurzaam inzetbaar houden van deze groep werknemers. Voor hen kan bijvoorbeeld een zogenoemde seniorenregeling – ook wel generatieregeling of -pact genoemd – uitkomst bieden; oudere werknemers werken minder uren terwijl hun pensioenopbouw en (een deel van) het loon over de niet gewerkte uren door de werkgever worden gecontinueerd. Bijvoorbeeld in de verhouding 50-70-100; dat wil zeggen dat de werknemer 50% van zijn oorspronkelijke arbeidsduur blijft werken tegen 70% van zijn laatstgenoten salaris en pensioen opbouwt op basis van 100% van zijn laatstgenoten salaris. Dergelijke regelingen zijn al sinds 2005 fiscaal gefaciliteerd, mits voldaan wordt aan enkele voorwaarden. Door de verder stijgende AOW- en pensioenrichtleeftijd is de inzet van dergelijke regelingen pas de laatste jaren sterk in opkomst. Zo bevatten veel (semipublieke) bedrijfstakcao's nu een generatieregeling of -beleid, zoals de cao's van ziekenhuizen, sociaal werk, de gemaksvoedingsindustrie en de metaal-cao's.

Met een generatieregeling vangt de werkgever twee vliegen in één klap: zowel de duurzame inzetbaarheid van oudere werknemers als het creëren van een evenwichtigere leeftijdsopbouw onder werknemers wordt bevorderd. De oudere werknemer wordt immers de mogelijkheid geboden minder uren te werken. Daardoor komen arbeidsplaatsen vrij voor jongere werknemers, waardoor een meer evenwichtige leeftijdsopbouw onder werknemers wordt gecreëerd. Generatieregelingen zijn niet uniform; de praktijk laat een veelvoud aan regelingen zien. Wel geldt een uniform fiscaal en juridisch kader. In dit artikel ga ik in op de toepasselijke fiscale en juridische wet- en regelgeving van een generatieregeling en formuleer ik enkele aandachtspunten voor werkgevers die een generatieregeling willen opzetten.

## 2. Fiscaal kader

### 2.1 Seniorenregelingen

Om langer doorwerken te bevorderen, heeft de overheid het met ingang van 2006 fiscaal onaantrekkelijk gemaakt om VUT- en prepensioenregelingen toe te zeggen aan

werknemers geboren na 1949.<sup>4</sup> In dit kader is de Wet op de loonbelasting 1964 aangepast. Onderdeel van deze aanpassing was de introductie van een ruime definitie van een regeling voor vervroegde uittreding ('RVU');

'een (gedeelte van een) regeling die (nagenoeg) uitsluitend ten doel heeft voorafgaand aan het ingaan van uitkeringen ingevolge een pensioenregeling of de Algemene Ouderdomswet te voorzien in een of meer uitkeringen of verstrekkingen ter overbrugging van de periode tot het ingaan van het pensioen of de uitkering ingevolge de Algemene Ouderdomswet dan wel tot het aanvullen van uitkeringen ingevolge een pensioenregeling.'<sup>7</sup>

Als gevolg van deze ruime definitie kunnen veel verschillende regelingen als RVU kwalificeren en is dienvolgens een eindheffing van 52% verschuldigd door de werkgever, naast de reguliere loon- en inkomstenbelasting.<sup>5</sup> Ter zake van de RVU is sinds 2005 veel beleid en jurisprudentie ontstaan.<sup>6</sup> Dit heeft uiteindelijk geleid tot de Handreiking van december 2018 waarin wordt toegelicht wanneer sprake is van een RVU.<sup>7</sup> Kwalificeert een regeling als een RVU, dan is de werkgever een pseudo-eindheffing verschuldigd van 52% over het loon over de niet gewerkte uren.

Op grond van artikel 8.7 Uittv.reg. LB 2011 kwalificeert een zogenaamde seniorenregeling niet als RVU indien de regeling aan de volgende voorwaarden voldoet:

- i. de regeling gaat niet eerder in dan tien jaar voor de in het pensioenreglement vastgestelde ingangsdatum; en
- ii. anders dan als gevolg van ziekte, arbeidsongeschiktheid of jaarlijks vakantieverlof, bedraagt de feitelijke arbeidsduur per week ten minste 50% van de arbeidsduur direct voorafgaande aan de regeling.

Mits goed vormgegeven is de generatieregeling op deze fiscale uitzondering gebaseerd; zolang de regeling niet eerder ingaat dan tien jaar voorafgaande aan de in het pensioenreglement vastgestelde ingangsdatum én er ten minste 50% wordt doorgewerkt, kan de werkgever het loon over de niet gewerkte uren (gedeeltelijk) doorbetalen zonder dat de regeling kwalificeert als RVU. Van

belang is dat de werknemer iedere week ten minste 50% van de oorspronkelijke arbeidsduur blijft doorwerken. Alleen door ziekte, arbeidsongeschiktheid en jaarlijks vakantieverlof mag de werknemer onder de 50%-grens komen zonder dat dit fiscale gevolgen heeft. Deze uitzondering op de 50%-grens geldt niet indien de werknemer levensloopverlof en/of verlof uit een verlofstuwmeer opneemt of er anderszins feitelijk minder dan 50% per week wordt gewerkt, bijvoorbeeld doordat er gemiddeld per jaar 50% wordt gewerkt.<sup>8</sup> Om te voorkomen dat het opnemen van extra verlof gedurende het deelnemen aan de generatieregeling tot een RVU leidt, is het zeer raadzaam een werknemer eerst zijn verlofstuwmeer of levensloopverlof te laten opnemen alvorens hem te laten deelnemen aan de generatieregeling of vice versa. Een goed vormgegeven regeling bevat op dit punt een samenloopbepaling. Volledigheidshalve merk ik op dat als een regeling niet geheel voldoet aan artikel 8.7 Uittv.reg. LB 2011 het mogelijk is om op basis van artikel 32ba Wet LB 1964 vooraf een goedkeurende beschikking te vragen aan de Belastingdienst. In het verleden zijn positieve beschikkingen verkregen voor regelingen die niet voldoen aan de letter van genoemd artikel 8.7.

## 2.2 Voortzetting pensioenopbouw

Indien een werknemer terugtreedt naar een lager gekwalificeerde functie (demotie) of een deeltijdfunctie, dan brengt dat in beginsel een loonsverlaging respectievelijk een vermindering van de in aanmerking te nemen perioden voor pensioenopbouw met zich mee. Indien deze situatie zich echter voordoet in de periode die aanvangt tien jaar direct voorafgaande aan de in het pensioenreglement vastgestelde ingangsdatum (vaak de pensioenrichtleeftijd), dan hoeft de loonsverlaging respectievelijk deeltijd fiscaal gezien geen gevolgen te hebben voor het pensioengevend loon dan wel de in aanmerking te nemen periode en kan dus op basis van het hogere loon pensioen worden opgebouwd. In de praktijk ontstaat soms verwarring omdat de aspecten rond voortgezette pensioenopbouw niet zijn geregeld in artikel 8.7, maar in artikel 10b lid 3 respectievelijk artikel 10a lid 4 Uittv.besl. LB 1965. Voor een deeltijdfunctie geldt de voorwaarde dat de omvang van het dienstverband na het aanvaarden van de deeltijdfunctie niet lager mag zijn dan 50% van de omvang van het dienstverband direct voorafgaande aan de deeltijdfunctie. Dit betekent dat de pensioenopbouw mag worden gebaseerd op het pensioengevend loon zoals van toepassing direct voorafgaande aan de demotie en dat deeltijd geen rol speelt voor de bepaling van de in aanmerking te nemen perioden. Uiteraard dient het pensioenreglement te voorzien in de mogelijkheid tot voortzetting van de pensioenopbouw.

In de meeste pensioenreglementen is opgenomen dat de vastgestelde pensioeningsdatum gelijk is aan de (met de resterende levensverwachting stijgende) pensioenrichtleeftijd zoals neergelegd in de Wet op de loonbelas-

4. Wet van 24 februari 2005, houdende wijziging van de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet inkomstenbelasting 2001, de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de Wet arbeid en zorg en van enige andere wetten (Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling), *Stb.* 2005, 115.

5. Bijvoorbeeld een ontslagvergoeding aan oudere werknemers, het vrijstellen van oudere werknemers van werkzaamheden voorafgaande aan pensionering of het toekennen van een forse discretionaire bonus aan een oudere werknemer voor pensionering.

6. J.W. de Tombe, 'De strijd tussen de RVU en de vrijwillige vertrekregeling dan eindelijk beslist?', *TvO* 2018/4.

7. Handreiking voor de interpretatie van het begrip 'Regeling voor vervroegde uittreding' als bedoeld in artikel 32ba van de Wet op de loonbelasting 1964 (versie 28 december 2018) van de Belastingdienst, <https://centraalaanspreekpuntpensioenen.belastingdienst.nl/publicaties/handreiking-voor-de-interpretatie-van-het-begrip-regeling-voor-vervroegde-uittreding-als-bedoeld-in-artikel-32ba-van-de-wet-op-de-loonbelasting-1964-versie-28-december-2018/>.

8. Vraag & Antwoord 12-003 van 27 oktober 2017.

ting 1964.<sup>9</sup> Gelet hierop is het essentieel dat de tienjaarstermijn in de generatieregeling gekoppeld wordt aan de feitelijk in het pensioenreglement genoemde ingangsdatum. Alternatief is om in de generatieregeling vast te leggen dat de aanvangsleeftijd automatisch wordt verhoogd indien en voor zover de pensioenrichtleeftijd in de Wet op de loonbelasting 1964 stijgt. In de praktijk zijn er gevallen bekend waarin de werkgever verzuimd heeft dergelijke bepalingen op te nemen. Hierdoor wordt enerzijds de tienjaarstermijn van voornoemd artikel 8.7 Uitv.reg. LB 2011 overschreden, zodat in beginsel sprake is van een RVU. Anderzijds wordt de termijn van voornoemd artikel 10a lid 4 Uitv.besl. LB 1965 overschreden waardoor in beginsel het pensioen bovenmatig is.<sup>10</sup>

### 2.3 Samenloop (gedeeltelijk) doorwerken en (gedeeltelijk) vervroegd pensioen

Voor sommige werknemers – zeker werknemers met een laag salaris – kan het interessant zijn om deelname aan de generatieregeling te combineren met het gedeeltelijk vervroegen van hun pensioen. Op deze manier wordt hun verlaagde inkomen tot de AOW-leeftijd aangevuld met een gedeeltelijk vervroegde pensioenuitkering. Het pensioenreglement moet uiteraard wel in deze mogelijkheid voorzien.

Hoewel het lange tijd fiscaal zeer onaantrekkelijk was om pensioen (gedeeltelijk) vervroegd te laten ingaan zolang de werknemer nog inkomsten uit arbeid ontving, hebben de Belastingdienst en het ministerie van Financiën hun beleid in 2011 aangepast als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen over doorwerken en bijverdienen bij een vervroegde ingangsdatum van het pensioen.<sup>11</sup> Drie situaties zijn te onderscheiden:

#### a. *Pensioeningangsdatum op de reguliere pensioendatum van de pensioenregeling*

Er zijn regelingen waarbij een deel van het in het verleden verworven pensioen nog geadministreerd is op de voorheen geldende ingangsleeftijd, bijvoorbeeld 65. Indien een werknemer zijn pensioen laat ingaan op deze reguliere datum, gelden geen fiscale voorwaarden voor doorwerken en bijverdienen. Het gaat in deze situatie niet om een subjectief besluit van de werknemer zelf, maar om uitvoering van een objectieve pensioenregeling.

9. Art. 18a lid 6 Wet LB 1964.

10. Dit laatste is te voorkomen indien er feitelijk 100% loon wordt doorbetaald of – als dat niet het geval is – er ter zake van een eventuele nieuwe (parttime) dienstbetrekking geen pensioen wordt verworven en er geen fiscale oudedagsreserve wordt opgebouwd. Zie onderdeel 2.2. van het Besluit Loonheffingen, inkomstenbelasting. Pensioenen; verzamelbesluit diverse onderwerpen, besluit van 11 december 2018, nr. 2018-28514.

11. Besluit van 29 augustus 2003, nr. CPP2003-530M, V-N 2003/44.22, waarna dit (gewijzigde) besluit is gewijzigd door het besluit van 30 augustus 2011, nr. BLKB2011/1231M, *Stcrt.* 2011, 16384 en Vraag & Antwoord Belastingdienst 08-014 van 7 september 2016, recentelijk gewijzigd door het besluit van 11 december 2018, nr. 2018-28514 en Vraag & Antwoord Belastingdienst 08-014 van 4 januari 2019.

#### b. *Pensioeningangsdatum op of binnen vijf jaar vóór de AOW-gerechtigde leeftijd*

Het genereren van inkomsten uit arbeid is in deze situatie altijd mogelijk op basis van het beleid van het ministerie van Financiën. Er gelden geen fiscale voorwaarden.

#### c. *Pensioeningangsdatum meer dan vijf jaar vóór de AOW-gerechtigde leeftijd*

In deze situatie geldt de fiscale voorwaarde dat het genereren van inkomsten uit arbeid naast het vervroegen van de pensioeningangsdatum alléén mogelijk is indien de mate van vermindering van de inkomensgenererende economische activiteiten overeenkomt met het gedeelte waarvoor het pensioen vervroegd ingaat. Concreet betekent dit dat indien de werknemer zijn pensioen voor 50% vervroegd wil laten ingaan, hij slechts voor 50% mag doorwerken en inkomsten uit arbeid mag ontvangen. Werkt hij voor meer dan 50% door, dan wordt zijn gehele pensioen als loon belast.<sup>12</sup> Hierbij is niet van belang of doorgewerkt wordt in dezelfde dienstbetrekking of dat andere inkomensgenererende economische activiteiten worden verricht.<sup>13</sup>

Bij een vervroegde pensioeningangsdatum die meer dan vijf jaar voor de AOW-gerechtigde leeftijd ligt, zal het voor pensioenuitvoerders in de praktijk lastig zijn om te controleren of de werknemer aan het fiscale beleid voldoet. Daarom mogen pensioenuitvoerders ermee volstaan om op de datum van vervroegde pensionering een verklaring van de werknemer te vragen. In een dergelijke verklaring staat dat de werknemer zijn arbeidzame leven in dezelfde mate beëindigt als waarin het pensioen vervroegd ingaat en dat de werknemer niet van plan is inkomensgenererende economische activiteiten te gaan verrichten. Besluit de werknemer na verloop van tijd toch weer betaalde economische activiteiten te gaan verrichten of deze uit te breiden, dan heeft dat in beginsel geen gevolgen voor de zuiverheid van de pensioenregeling, tenzij de belastinginspecteur op grond van feiten en omstandigheden aannemelijk kan maken dat de intentie tot het (weer) starten of uitbreiden van inko-

12. Art. 19b Wet LB 1964. Daarnaast is op grond van art. 30i lid 2 AWR revisierente verschuldigd van 20% van de waarde in het economische verkeer. Onder voorwaarden kan echter op grond van art. 18 lid 3 Wet LB 1964 een verzoek bij de belastinginspecteur worden ingediend, zodat alleen het onzuivere deel van de pensioenaanspraak wordt belast. Achtergrond hiervan is dat een dergelijke situatie in beginsel niet verenigbaar is met de doelstelling van pensioen zoals neergelegd in art. 18 lid 1 onder a Wet LB 1964, te weten een inkomensvoorziening om het verlies van inkomsten uit arbeid op te vangen, en de daaraan gekoppelde fiscale faciliteiten.

13. Bij de beoordeling van de mate van vermindering van de economische activiteiten mogen betaalde economische activiteiten die de werknemer al verrichtte tijdens het bestaan van de dienstbetrekking van waaruit de werknemer met vervroegd pensioen is gegaan buiten beschouwing blijven, mits deze activiteiten niet toenemen na de vervroegde pensionering.

mensgenererende economische activiteiten al bestond op het moment van de vervroegde pensionering.<sup>14</sup>

Een combinatie van deelname aan de generatieregeling én het gedeeltelijk vervroegen van het pensioen korter dan vijf jaar voorafgaande aan de AOW-leeftijd is dus fiscaal zonder meer mogelijk. Generatieregelingen gaan echter vaak eerder dan vijf jaar voorafgaande aan de AOW-leeftijd in. In dat geval kan een combinatie van generatieregeling en gedeeltelijk vervroegd pensioen tot fiscale obstakels leiden, omdat de werknemer zijn inkomensgenererende activiteiten in gelijke mate dient te verminderen. Van een dergelijke vermindering is geen sprake indien de generatieregeling niet voorziet in een vermindering van arbeidsuren, maar in een recht op gedeeltelijk betaald verlof.

In dit verband is in 2016 commotie ontstaan naar aanleiding van de generatieregeling van de gemeente Den Haag, die werknemers van 60 jaar en ouder de mogelijkheid bood om 60% te blijven werken, met doorbetaling van 80% van het loon en met behoud van volledige pensioenopbouw. De uren waarop niet meer werd gewerkt, werden aangemerkt als gedeeltelijk betaald verlof. Volgens het beleid van de Belastingdienst zou de voortgezette pensioenopbouw niet meer mogelijk zijn voor zover de werknemer zijn pensioen vervroegd heeft laten ingaan. De commotie over deze Haagse generatieregeling heeft geleid tot het aannemen van de motie-Ulenbelt, waarin de regering werd verzocht generatieregelingen zoals in Den Haag mogelijk te maken.<sup>15</sup> Naar aanleiding van de motie-Ulenbelt heeft minister Asscher – mede namens de staatssecretaris van Financiën – de Tweede Kamer in 2017 geïnformeerd dat de Belastingdienst besloten heeft zijn standpunt, destijds neergelegd in het besluit van 6 november 2015 (nr. BLKB2015/830M), niet toe te passen bij ouderensregelingen zoals de generatieregeling van de gemeente Den Haag.<sup>16</sup> Het is twijfelachtig of aan voornoemde brief van minister Asscher rechten kunnen worden ontleend, omdat de inhoud van de brief niet is neergelegd in het beleid van de Belastingdienst. Bovendien merk ik op dat in de brief expliciet naar de generatieregeling van de gemeente Den Haag wordt verwezen. Hierdoor is het onduidelijk of het standpunt van de Belastingdienst eveneens van toepassing is op sterk afwijkende generatieregelingen, bijvoorbeeld regelingen waarbij het aantal arbeidsuren wordt verminderd zonder dat het salaris overeenkomstig wordt verminderd. Weliswaar is in een dergelijk geval sprake van een vermindering van de inkomensgenererende activiteit, maar niet van een overeenkomstig verlies van arbeidsinkomsten, welke begrip-

pen de Belastingdienst door elkaar lijkt te gebruiken.<sup>17</sup> Het verdient aanbeveling dat de Belastingdienst of het ministerie van Financiën hierover duidelijkheid schept in nieuw beleid. Tot die tijd is het raadzaam om de samenloop van een generatieregeling en vervroegd pensioen dat eerder dan vijf jaar vóór de AOW-gerechtigde leeftijd ingaat voorafgaand met de Belastingdienst af te stemmen.

### 3. Vormgeving; aanpassing arbeidsduur en/of toekennen verlof en gevolgen

#### 3.1 Aanpassing arbeidsduur

Zoals gezegd, bestaan er geen uniforme generatieregelingen; ze kunnen worden vormgegeven door een aanpassing van arbeidsuren, door het toezeggen van (gedeeltelijk) betaald verlof of een combinatie daarvan. Wordt een aanpassing van arbeidsuren afgesproken, dan worden in beginsel alle overige arbeidsvoorwaarden (zoals vakantiedagen, onkostenvergoeding en mogelijk een bonus) overeenkomstig verminderd. Tenzij expliciet anders wordt overeengekomen, bijvoorbeeld ten aanzien van het salaris en pensioenopbouw. Let wel, een vermindering van arbeidsuren kan worden gezien als een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In beginsel is de werkgever hiervoor geen gedeeltelijke transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer. Maar dat kan anders zijn indien de omstandigheden dwingen tot arbeidsduurvermindering en deze vermindering substantieel en structureel van aard is. Zo heeft de Hoge Raad overwogen dat hierbij kan worden gedacht aan het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer.<sup>18</sup> Van een substantiële en structurele vermindering van arbeidsduur is volgens de Hoge Raad sprake indien de arbeidstijd met minimaal 20% wordt verminderd en de vermindering naar redelijke verwachting blijvend is.

Gelet op het voorgaande is het raadzaam voor werkgevers om duidelijk in de generatieregeling vast te leggen dat deelname aan de regeling vrijwillig is. Daarnaast is het verstandig om in een sociaal plan geen verplichte generatieregeling voor oudere werknemers op te nemen zonder toekenning van een gedeeltelijke transitievergoe-

14. Zo'n situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien de werknemer de wettelijke verplichting heeft om mee te werken aan het verkrijgen van arbeid, bijvoorbeeld op grond van de Werkloosheidswet of de Participatiewet.

15. *Kamerstukken II 2016/17, 29544, 752.*

16. *Kamerstukken II 2016/17, 29544, 764.*

17. In het Vraag & Antwoord Belastingdienst 08-014 van 4 januari 2019 geeft de Belastingdienst aan dat bij ouderdomspensioenen sprake moet zijn van een inkomensvoorziening; de fiscale faciliteit waarbij de aanspraken op ouderdomspensioenen worden vrijgesteld is erop gericht om verlies van inkomen uit werk op te vangen. Indien een werknemer zijn ouderdomspensioenen vervroegd laat ingaan zonder dat hij dienovereenkomstig in inkomen uit werk achteruitgaat, voldoet de fiscale faciliteit niet meer aan die doelstelling.

18. HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

ding, tenzij de generatieregeling als een gelijkwaardige voorziening kwalificeert en het sociaal plan als cao is aangemeld.<sup>19</sup> Het uitsluiten van arbeidsongeschikten zal echter een verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte met zich meebrengen (zie hierna onder § 4.4). In plaats daarvan zou een werkgever in de generatieregeling kunnen vastleggen dat ten minste 81% van de oorspronkelijke arbeidsduur moet worden gecontinueerd. Alternatief is om de generatieregeling niet als arbeidsduurvermindering maar als gedeeltelijk betaald verlof vorm te geven.

### 3.2 Toekennen (gedeeltelijk) betaald verlof

Indien de generatieregeling wordt vormgegeven door het toekennen van (gedeeltelijk) betaald verlof, is het afhankelijk van de afspraken tussen werkgever en werknemer in hoeverre de arbeidsvoorwaarden pro rata worden aangepast aan de daadwerkelijke arbeidsduur (denk aan vakantiedagen) of aan het (aangepaste) salaris (zoals bonus en allerlei vergoedingen). Daarnaast is het raadzaam overeen te komen dat deelname aan de generatieregeling niet kan worden herzien. Dit, om te voorkomen dat een werknemer die gedurende het deelnemen aan de generatieregeling arbeidsongeschikt wordt, zijn deelname aan de generatieregeling stopt en derhalve terugvalt op zijn oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur met bijbehorend salaris.

### 3.3 Gevolgen voor eventuele transitievergoeding en WW- en WIA-uitkering

Interessant is de vraag hoe een transitievergoeding wordt berekend indien de arbeidsovereenkomst door of op verzoek van de werkgever wordt beëindigd voor de AOW-leeftijd, terwijl de werknemer deels (gedeeltelijk) betaald verlof geniet in het kader van een generatieregeling. Dient hiervoor het bruto-uurloon behorend bij de contractueel overeengekomen arbeidsuren of de daadwerkelijke arbeidsuren in acht te worden genomen?<sup>20</sup>

Artikel 2 lid 1 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding bepaalt dat het om de overeengekomen arbeidsduur gaat. In de toelichting op dit artikel is opgenomen dat het om het op dat moment voor de werknemer geldende bruto-uurloon gaat en dat een periode van afwezigheid wegens bijvoorbeeld ouderschapsverlof of ziekte geen gevolgen heeft voor de arbeidsduur als een vaste arbeidsduur is overeengekomen. Dit, omdat de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur niet wijzigt als de werknemer *tijdelijk* minder werkt wegens verlof of ziekte en de afwezigheid ook

geen gevolgen heeft voor de hoogte van het op dat moment geldende bruto-uurloon.<sup>21</sup> In de toelichting op de Regeling looncomponenten en arbeidsduur wordt opgemerkt dat onder verlof in ieder geval wordt begrepen de verlopen op grond van de Wet arbeid en zorg, maar ook vakantieverlof of onbetaald verlof.<sup>22</sup> Dit betekent dat in beginsel ook gedeeltelijke afwezigheid in het kader van (gedeeltelijk) betaald verlof onder de generatieregeling geen gevolgen heeft voor de contractueel overeengekomen arbeidsduur.

De vraag is echter in hoeverre het begrip ‘tijdelijk’ zoals opgenomen in de toelichting bij voornoemd besluit een rol speelt. Het genieten van (gedeeltelijk) betaald verlof in het kader van de generatieregeling is vaak niet voor een korte periode. Veelal neemt een werknemer enkele jaren deel aan een generatieregeling, zal de werknemer zijn deelname aan de generatieregeling niet tussentijds kunnen stoppen en zal zijn overeengekomen dat bij het bereiken van de AOW-leeftijd de arbeidsovereenkomst met de werknemer eindigt en deelname aan de generatieregeling stopt. Jurisprudentie wijst uit dat als de arbeidsovereenkomst van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer wordt beëindigd – ook na enkele jaren slapend dienstverband – de arbeidsongeschikte werknemer recht heeft op een transitievergoeding berekend op grond van de oorspronkelijke arbeidsduur en het daarbij behorende loon.<sup>23</sup> In deze situatie is evenmin sprake van tijdelijk minder werken. Het is echter de vraag of de situatie van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer is te vergelijken met een werknemer die vrijwillig gedeeltelijk verlof geniet.<sup>24</sup> Betoogd zou kunnen worden dat deze situaties niet vergelijkbaar zijn, dat het genoten verlof in het kader van de generatieregeling niet tijdelijk is en dat een eventuele transitievergoeding derhalve berekend moet worden op grond van de daadwerkelijke arbeidsuren en het daarbij behorende bruto-uurloon. In hoeverre een dergelijk betoog stand houdt, zal de praktijk moeten uitwijzen. Mocht een dergelijk betoog geen stand houden, dan zal wat dit punt betreft een generatieregeling die is vormgegeven door (gedeeltelijk) betaald verlof gunstiger zijn voor een werknemer dan een generatieregeling die voorziet in arbeidsduurvermindering. In dat laatste geval is de overeengekomen arbeidsduur immers aangepast en zal een eventuele transitievergoeding dus worden berekend op de overeengekomen aangepaste arbeidsduur.

19. Voor sociale plannen die vanaf 1 januari 2020 als cao worden aangemeld geldt de voorwaarde van ‘gelijkwaardige voorziening’ niet meer, maar dient de vervangende voorziening bij te dragen aan het beperken van werkloosheid of een redelijke financiële vergoeding te zijn. Het is aan de sociale partners om in het sociaal plan / de cao te bepalen wat redelijk is. Deze mogelijkheid bestaat enkel indien sprake is van een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden.

20. Besluit van 11 december 2014 tot vaststelling van regels over de inhoud van het begrip loon in het kader van de berekening van de hoogte van de vergoedingen, bedoeld in de artikelen 668, derde lid, en 673 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding), *Stb.* 2014, 538.

21. Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, *Stb.* 2014, 538, p. 4 en 7.

22. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 december 2014, 2014-0000184977, tot vaststelling van regels over de berekening van de arbeidsduur en aanwijzing van vaste en variabele looncomponenten op grond van het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (Regeling looncomponenten en arbeidsduur), *Stcrt.* 2014, 36823.

23. Rb. Gelderland 23 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3511 en Rb. Limburg 13 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8895.

24. Uit de totstandkoming van de Wet compensatieregeling transitievergoeding en de daarop gegeven toelichting kan in ieder geval worden afgeleid dat de wetgever zowel gedeeltelijk als ook duurzaam en volledige arbeidsongeschikte werknemers het recht op een transitievergoeding niet heeft willen ontzeggen. Wet van 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 234.

Indien de werknemer voorafgaande aan het aanvragen van een WW-uitkering langer dan één jaar (gedeeltelijk) betaald verlof heeft genoten in het kader van een generatierегeling, wordt een eventuele WW-uitkering berekend op grond van zijn gemiddelde salaris (gemaximeerd tot het maximumdagloon) gedurende de referteperiode.<sup>25</sup> De referteperiode is gelijk aan de periode van twaalf maanden vóór het moment waarop recht op een WW-uitkering bestaat. Dit is anders indien de werknemer korter dan één jaar (gedeeltelijk) betaald verlof heeft genoten. In dat geval zal een eventuele WW-uitkering worden berekend op grond van het salaris genoten in de maand voorafgaande aan de ingangsdatum van het verlof (gemaximeerd tot het maximumdagloon).<sup>26</sup> Hetzelfde geldt voor een eventuele WIA-uitkering.<sup>27</sup>

## 4. Voorwaarden voor deelname en gelijke behandeling

De meeste generatierегelingen kennen enkele voorwaarden om van de regeling gebruik te mogen maken. Gelet op het fiscale kader zal de generatierегeling bijvoorbeeld alleen beschikbaar zijn voor werknemers vanaf een bepaalde leeftijd. Daarnaast zal een werkgever de generatierегeling misschien alleen willen aanbieden aan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en arbeidsgeschikte werknemers. En wat te doen met werknemers met een parttime arbeidsovereenkomst? Door parttimers minder te laten werken blijven weinig arbeidsuren over, hetgeen kan knellen met de bedrijfsvoering. Kortom, bij het verwoorden van deelnemersvoorwaarden loopt een werkgever tegen vele dilemma's aan op het gebied van gelijke behandelingswetgeving. Wat is wel toegestaan en wat niet?

### 4.1 Op grond van arbeidsduur

Bij het aanbieden van een generatierегeling mag een werkgever in beginsel geen onderscheid maken tussen werknemers met een fulltime en werknemers met een parttime arbeidsovereenkomst. Het maken van een dergelijk onderscheid is nietig.<sup>28</sup> Tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond; het onderscheid dient een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel zijn passend en noodzakelijk.

In 2011 oordeelde de Commissie Gelijke Behandeling (CGB), voorganger van het College voor de Rechten van de Mens (College) dat een werkgever een onderscheid

naar arbeidsduur maakt indien een generatierегeling alleen wordt aangeboden aan werknemers met een fulltime arbeidsovereenkomst.<sup>29</sup> Hiertoe overwoog de CGB dat het doel van de regeling – het verminderen van de werkbelasting van werknemers die daaraan behoefte hebben – weliswaar legitiem is, maar dat het middel niet passend en noodzakelijk is om het doel te bereiken. De arbeidsduur van een werknemer zegt in het algemeen immers niets over de behoefte aan het terugbrengen van de werkbelasting. De CGB woog mee dat de werkgever niet had onderzocht of er een verband bestaat tussen arbeidsduur en de behoefte aan vermindering van werkbelasting. Ook had de werkgever niet onderzocht of de doelgroep wel wordt bereikt als de regeling uitsluitend op fulltimers wordt toegepast. De doelgroep bestond uit werknemers die behoefte hadden aan vermindering van hun werkbelasting en ook een parttimer kan die behoefte hebben. De CGB merkte hierbij op dat het doel wel kan worden bereikt door te kijken naar de persoonlijke situatie van werknemers en in het bijzonder naar de individuele behoefte van een werknemer in relatie tot zijn arbeidsduur.

Gelet op het voorgaande zal een werkgever bij het aanbieden van een generatierегeling in beginsel niet alle parttimers kunnen uitsluiten. Tenzij een werkgever kan onderbouwen dat bij zijn werknemers een relatie bestaat tussen arbeidsduur en de behoefte aan vermindering van de werkbelasting en geen passender middel mogelijk is. Wellicht dat de werkgever als criterium kan stellen dat ten minste een minimum aan arbeidsuren moet worden gewerkt om nog arbeid van enige betekenis te kunnen uitvoeren en betrokken te zijn bij het bedrijf. De werkgever zal dit wel nader moeten kunnen onderbouwen. Bij gebreke daarvan zou het stellen van een minimumcriterium om gebruik te mogen maken van de generatierегeling, waardoor werknemers met een parttime dienstverband in de praktijk worden uitgesloten, een verboden onderscheid opleveren.

### 4.2 Op grond van arbeidsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd

Bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst eindigt ook de deelname aan de generatierегeling. Dit kan werkgevers ervan weerhouden de generatierегeling ook aan te bieden aan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zeker indien zij niet voornemens zijn de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voort te zetten. Een werkgever kan bij het aanbieden van de generatierегeling echter geen onderscheid maken tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.<sup>30</sup> Een dergelijk onderscheid is nietig, tenzij er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond. In plaats daarvan zou de werkgever de generatierегeling enkel kunnen openstellen voor werknemers die minstens een bepaalde periode bij de werkgever en/of in een vergelijkbare branche hebben gewerkt. Risico is echter dat

25. Art. 2 en 3 van het besluit van 22 mei 2013, houdende regels in verband met het vaststellen van het dagloon op grond van de Ziektewet, de Werkloosheidswet, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (Dagloonbesluit werknemersverzekeringen), *Stb.* 2018, 193.

26. Art. 6 Dagloonbesluit werknemersverzekeringen.

27. Art. 14 en 17 Dagloonbesluit werknemersverzekeringen.

28. Art. 7:648 BW.

29. CGB 2011-51. Zie overeenkomstig CGB 2009-41 en CGB 2008-125.

30. Art. 7:649 BW.

dan een indirect onderscheid tussen werknemers met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd of een indirect onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt.<sup>31</sup> Dit onderscheid zou echter objectief kunnen worden gerechtvaardigd indien de werkgever bijvoorbeeld kan aantonen dat de werkbelasting voor de werknemer groter is indien hij gedurende langere periode hetzelfde werk heeft verricht. Van belang is dan wel dat de generatieregeling alleen ziet op bepaalde functies waarin inderdaad sprake is van een bepaalde mate van werkbelasting.

### 4.3 Op grond van leeftijd

#### 4.3.1 Kaderrichtlijn en WGBL

Op grond van de zogenoemde Kaderrichtlijn is het niet toegestaan onderscheid op grond van leeftijd te maken.<sup>32</sup> De Kaderrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Op grond van artikel 3 WGBL is het maken van (in)direct onderscheid op grond van leeftijd in relatie tot de arbeid, zoals bij arbeidsvoorwaarden, verboden. Vervolgens bepaalt artikel 7 lid 1 onder a en c WGBL dat het verbod tot het maken van onderscheid niet geldt indien het onderscheid is gebaseerd op een wettelijk vastgelegd beleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën dan wel anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.<sup>33</sup> Regelingen die onderscheid maken en niet onder de uitzonderingen van artikel 7 WGBL vallen zijn nietig.<sup>34</sup>

#### 4.3.2 Adviezen en oordelen College voor de Rechten van de Mens

De afgelopen jaren heeft de CGB diverse adviezen en oordelen gepubliceerd over seniorenregelingen.<sup>35</sup> In 2004 oordeelde de CGB ten aanzien van seniorenregelingen bestaande uit het toekennen van extra vakantiedagen aan en arbeidsduurvermindering voor oudere werknemers dat deze regelingen een verboden onderscheid op grond van leeftijd maken.<sup>36</sup> Wat betreft de regeling die voorzorg in extra vakantiedagen bij het bereiken van een bepaalde leeftijd had de werkgever aangegeven dat het doel van deze regeling was het kunnen handhaven van oudere werknemers door hen meer mogelijkheden te geven om uit te rusten, waardoor naar verwachting de individuele belastbaarheidsgrens niet of minder snel zou worden bereikt. De CGB overwoog dat ten aanzien van de betrokken werkgever niet vast is komen te staan dat de belastbaarheid van werknemers afneemt naarmate zij ouder worden. Ook uit een TNO-rapport zou blijken dat een dergelijke conclusie niet in zijn algemeenheid kan worden getrokken.<sup>37</sup> Voorts zou uit het ziekteverzuim bij de betreffende werkgever blijken dat er geen verschillen waren per leeftijdsgroep. Gelet hierop overwoog de CGB dat er geen werkelijke behoefte bestond om werknemers meer rustmogelijkheden te geven, zodat er geen sprake was van een legitiem doel. Anders oordeelde de CGB ten aanzien van extra vakantiedagen voor productiemedewerkers.<sup>38</sup> De werkgever had er belang bij om productiewerknemers te belonen voor trouwe dienst, omdat het ongeveer zeven jaar duurde voordat een productiewerknemer zijn functie volledig beheerste. Omdat dit argument niet opging voor het kantoorpersoneel bij diezelfde werkgever, oordeelde de CGB dat voor hen de regeling van extra vakantiedagen wél discriminatoir was.

Ten aanzien van de regeling die voorzorg in arbeidsduurvermindering overwoog de CGB het volgende. Op grond van deze regeling konden werknemers van 57,5 jaar en ouder die ten minste tien jaar in dienst waren minder werken met behoud van 50% van hun salaris over de minder gewerkte uren.<sup>39</sup> Doel van de regeling was om werknemers de mogelijkheid te bieden om geleidelijk terug te treden uit het arbeidsproces om zich voor te bereiden op hun pensionering. Volgens de CGB was dit doel legitiem. Het middel werd echter niet geschikt geacht om het doel te bereiken, omdat werknemers van 57,5 jaar en ouder die geen tien jaar in dienst zijn een even grote behoefte kunnen hebben om geleidelijk terug te treden uit het arbeidsproces als werknemers die wél voldoen aan het tiendienstjarencriterium. Volledigheids-halve merkte de CGB nog op dat indien het middel wel

31. Het oordeel van het College 2017-124 betrof een generatieregeling die openstond voor werknemers van 62 jaar en ouder die minimaal tien jaar in dienst zijn bij de werkgever. Een werknemer van 62 jaar had een klacht ingediend bij het College omdat hij niet tien jaar in dienst was bij de werkgever. Het College overwoog dat de omstandigheden niet leiden tot het vermoeden van indirect onderscheid op grond van leeftijd. De werknemer kan zich niet vergelijken met jongere werknemers, omdat deze niet voldoen aan de gestelde minimumleeftijdsgrens. De werknemer kan zich alleen vergelijken met de groep oudere werknemers van 62 tot 67 jaar. Deze groep is zo klein, dat op basis hiervan geen vermoeden van indirect onderscheid op grond van leeftijd kan worden vastgesteld. Dat de werknemer niet in aanmerking komt voor de regeling heeft te maken met zijn individuele loopbaankeuze, aldus het College.
32. Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303. Zie hierover meer A.G. Veldman, 'Leeftijdscriminatie, ontslagvergoedingen en pensioenplafonds', in: *Arbeidsrechtelijke Reflecties* 2014, VvA, onder redactie van L.C.J. Sprengers, Deventer: Kluwer 2014, p. 281.
33. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin dat het voldoende zwaarwegend is dan wel beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de desbetreffende organisatie/branche. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is (subsidiariteit), en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel (proportionaliteit).
34. Art. 13 WGBL.

35. Onder seniorenregelingen verstaat de CGB allerlei soorten arbeidsvoorwaardelijke regelingen die specifiek zien op oudere werknemers, waaronder de generatieregeling.
36. CGB 2004-118 en 2004-150.
37. A. Nauta, M.R. de Bruin & R. Cremer, *De mythe doorbroken, gezondheid en inzetbaarheid van oudere medewerkers*, Hoofddorp: TNO Arbeid 2004.
38. CGB 2004-110.
39. CGB 2004-110.

passend zou zijn het middel dan niet noodzakelijk is, omdat er minder vergaande alternatieven voorhanden zijn, zoals een pensioencursus. Bovendien zou het middel niet in evenredige verhouding tot het doel staan.

Voornoemde uitspraken oogstten veel kritiek in de literatuur.<sup>40</sup> De CGB zou te veel waarde hechten aan het TNO-rapport. Dit terwijl TNO bij de belastbaarheid van werknemers geen rekening zou hebben gehouden met het 'healthy worker effect', dat wil zeggen dat de werknemers die langer doorwerken op hogere leeftijd slechts een selecte groep vormen. Omdat meer oudere werknemers het arbeidsproces zullen hebben verlaten, zou het vergelijken van jongeren met ouderen in de werknemerspopulatie niet zonder meer een juiste maatstaf zijn om een relatie tussen leeftijd en belastbaarheid aan te tonen.<sup>41</sup> Daarnaast zou ander onderzoek aantonen dat vanaf 45 jaar verouderingsverschijnselen zichtbaar worden en de belastbaarheid van oudere werknemers zou afnemen.<sup>42</sup> Dat zou met name gelden voor zogenoemde 'blue collar'-werknemers. Naar aanleiding van de kritiek heeft de CGB de Organisatie voor Strategisch Marktonderzoek gevraagd een instrument te ontwikkelen waarmee de belasting van functies en de relatie tussen leeftijd en belasting op objectieve wijze kan worden gemeten. Dit heeft geleid tot een literatuuronderzoek en een checklist voor de praktijk.<sup>43</sup>

Vervolgens heeft de CGB twee adviezen gepubliceerd over de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBL.<sup>44</sup> In deze adviezen geeft de CGB aan dat zij deze regelingen in beginsel afzonderlijk toetst aan de criteria die zijn vastgelegd in de WGBL. Seniorenregelingen die deel uitmaken van een zogenoemd levensfasebewust personeelsbeleid (LBPB) worden echter op een minder strikte wijze, oftewel contextueel, beoordeeld.<sup>45</sup> Om voor een contextuele toets in aanmerking te komen dient sprake te zijn van:

40. Zie onder meer A. Joosten, 'Senioren dagen onder vuur!?', *ArbeidsRecht* 2005, 54; M. Heemskerck, 'Leeftijdscriminatie bedreigt arbeidsvoorwaarden', *NJB* 2006, 8 en M.S.A. Vegter, 'Extra vakantiedagen voor oudere werknemers', *SR* 2004-11.
41. M.J.J. Dankbaar & M. Heemskerck, 'Leeftijd', *Oordelenbundel CGB* 2006, p. 199.
42. M. van den Bogaard, W. de Lange & W. van Poppel, *De wenselijkheid van het maken van onderscheid naar leeftijd*, Tilburg: IVA februari 2005.
43. Organisatie voor Strategisch Marktonderzoek, *Regelingen voor oudere werknemers, checklist voor de Commissie Gelijke Behandeling*, Tilburg, najaar 2005.
44. 'Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid', CGB-advies 2006/04 en 'Inzake de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBL', CGB-advies 2009/03.
45. Overigens merkt Heemskerck op dat deze brede toetsing gelet op de Europese gelijkebehandelingsjurisprudentie niet zonder risico's is. In dat verband merkt hij op dat het vaste jurisprudentie van het HvJ EG bij onderscheid naar geslacht is dat het beginsel van gelijke beloning moet worden verzekerd op ieder afzonderlijk deel van de beloning. De CGB verklaarde die regel in oordeel 2006-123 van overeenkomstige toepassing op leeftijds onderscheid. M. Heemskerck, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 79.

## 1. LBPB

Hieronder verstaat de CGB beleid dat:

- i. tot doel heeft een duurzame en optimale inzetbaarheid te bewerkstelligen van alle medewerkers van alle leeftijden in een organisatie; en
  - ii. daartoe passende – waaronder in ieder geval activerende – maatregelen te nemen die rekening houden met de fysieke, mentale en sociale omstandigheden van medewerkers, die verband (kunnen) houden met hun levensfase.<sup>46</sup>
2. Nadere onderbouwing  
Bij de totstandkoming van het LBPB dienen het doel van het beleid en de onderzochte alternatieven onderbouwd en beschreven te worden.
  3. Overeenstemming over LBPB  
Er bestaat overeenstemming tussen sociale partners/OR/PVT over het LBPB en het LBPB – alsmede de achtergronden – is op een samenhangende en inzichtelijke wijze vastgelegd.
  4. Regelmatige evaluatie  
Het LBPB wordt regelmatig geëvalueerd waarbij de effecten van het beleid worden getoetst aan de doelstellingen en de uitkomsten van deze toetsing (alsmede het overleg dat daarover is gevoerd) inzichtelijk worden gemaakt.

Wat betreft de onderbouwing van het LBPB heeft de CGB benadrukt dat inzichtelijk dient te worden gemaakt wat de redenen zijn voor het voeren van een dergelijk beleid, welke doelen daarmee worden nagestreefd en of er alternatieven mogelijk en afgewogen zijn. Zo dient te worden geïnventariseerd of sprake is van specifieke functiegerelateerde omstandigheden met gevolgen voor de belastbaarheid van de werknemers of het ziekteverzuim. Ook moet duidelijk worden in welke mate aandacht is besteed aan het nemen van maatregelen in de sfeer van zeggenschap en aanpassing van de werktijden, het verlagen van de werklast, arbeidsomstandighedenbeleid, het bevorderen van taakvariatie en ontwikkeling van werknemers door het bieden van opleidingsfaciliteiten en doorstroommogelijkheden.

Bij een contextuele toets worden alle in het kader van het LBPB getroffen maatregelen betrokken bij de vraag of het gemaakte onderscheid door de betreffende seniorenregeling objectief kan worden gerechtvaardigd. Beoordeeld wordt of de betreffende seniorenregeling, in combinatie met de andere maatregelen, een serieus te nemen bijdrage levert aan het behoud van de inzetbaarheid van oudere werknemers. Er wordt dan ook sneller uitgegaan van een legitiem doel. Daarnaast wordt op een lichtere wijze getoetst of er sprake is van een passend middel en of het middel noodzakelijk is. Deze lichtere wijze van toetsen leidt ertoe dat van een onderscheid

46. De definitie is algemeen, omdat de CGB ondernemingen en bedrijfstakken, die met heel verschillende omstandigheden te maken kunnen hebben, voldoende ruimte wil laten voor maatwerk. Binnen het maatwerk moet wel sprake zijn van een samenhangend pakket van beleidsmaatregelen gericht op het bevorderen van de duurzame en optimale inzetbaarheid.



makende regeling sneller wordt aangenomen dat die maatregel noodzakelijk is voor het bevorderen van de inzetbaarheid van oudere werknemers.

Een voorbeeld van zowel de reguliere als de contextuele toets betreft een oordeel van het College uit 2015.<sup>47</sup> In de betreffende ondernemings-cao zijn diverse ontzietmaatregelen voor oudere werknemers opgenomen; werknemers van 55 jaar en ouder zijn niet langer verplicht overwerk, consignatie en ploegendienst te verrichten. Daarnaast wordt aan werknemers van 57 jaar en ouder seniorenverlof toegekend en wordt op basis van leeftijd extra vakantieverlof toegekend.<sup>48</sup> Wat betreft de ontzietmaatregelen overweegt het College dat deze een preventief karakter hebben en passen binnen de afspraken die de werkgever met de vakbonden heeft gemaakt over duurzame inzetbaarheid van werknemers. Het College beoordeelt deze maatregelen in de context van dat bredere beleid. Doel van het leeftijds onderscheid is om werknemers langer te laten doorwerken. Het College overweegt dat dit doel legitiem is en dat de ontzietmaatregelen kunnen bijdragen aan het bereiken van dat doel. Daarnaast gaat het College ervan uit dat voor de maatregelen vooralsnog geen goede alternatieven voorhanden zijn. Daarom acht het College voor het leeftijds onderscheid in de ontzietmaatregelen een objectieve rechtvaardiging aanwezig. Anders overweegt het College met betrekking tot het extra verlof voor oudere werknemers. De werkgever en de vakbonden zijn hierover al ruim tien jaar in gesprek. Van een inbedding in het bestaande LBPB is geen sprake. In dat verband beoordeelt het College de verlobepalingen afzonderlijk.<sup>49</sup> Omdat de extra verlobrechten voor oudere werknemers niet zijn afgewogen tegen andere middelen om werknemers langer gezond te laten doorwerken, acht het College dit leeftijds onderscheid niet objectief gerechtvaardigd.

Indien de regeling van extra verlobrechten is ingebed in een LBPB, kan wél sprake zijn van een contextuele toetsing. Zo achtte de CGB een regeling die aan oudere productiemedewerkers extra verlof toekende en die was ingebed in een breed LBPB objectief gerechtvaardigd.<sup>50</sup> Met betrekking tot de noodzakelijkheid van het middel overwoog de CGB dat als gevolg van het brede personeelsbeleid alternatieve maatregelen ten behoeve van deze categorie medewerkers reeds zo veel mogelijk werden ingezet.

Volledigheidshalve merk ik op dat de oordelen en adviezen van het College voor de Rechten van de Mens niet juridisch bindend zijn, maar in de (rechts)praktijk wel een belangrijke rol spelen.

47. College 2015-86.

48. Dit verlof loopt op van 8 uur voor werknemers van 40 jaar en ouder tot 40 uur voor werknemers van 60 jaar en ouder. Het vakantieverlof wordt eveneens toegekend bij een onafgebroken dienstverband vanaf twintig jaar.

49. Zie ook CGB 2007-97, 2007-98 en 2007-99, 2009-23, 2012-60 en College 2014-4.

50. CGB 2007-97.

#### 4.3.3 Betekenis voor de generatieregeling

Of een generatieregeling een verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt, verschilt per regeling én de specifieke omstandigheden bij de werkgever. Maakt de generatieregeling onderdeel uit van een – in lijn met het advies van de CGB tot stand gekomen – LBPB, dan zal het onderscheid eerder objectief gerechtvaardigd zijn doordat een lichtere toets geldt.

Doel van de meeste generatieregelingen zal zijn om oudere werknemers langer te laten doorwerken, rekening te houden met de mogelijke afname van de belastbaarheid van oudere werknemers, een evenwichtigere leeftijdsopbouw te creëren en jongere werknemers beter te kunnen laten in- en doorstromen. Daarmee kan onder andere ziekteverzuim en uitstroom van oudere werknemers worden voorkomen. Het is echter de vraag of deze doelen allemaal legitiem zijn gelet op de feiten en omstandigheden bij de betreffende werkgever. Indien bij een werkgever bijvoorbeeld geen werkelijke behoefte bestaat om oudere werknemers te ontzien door meer rustmogelijkheden te geven, dan zal het doel niet legitiem zijn. Of er een werkelijke behoefte bestaat kan bijvoorbeeld (mede) afgeleid worden uit de omstandigheid dat het ziekteverzuimpercentage van oudere werknemers substantieel hoger is dan de verzuimpercentages van andere werknemers.<sup>51</sup> Indien het doel mede is om meer jongeren te laten instromen, zal dit doel evenmin legitiem zijn indien het lastig is om goed gekwalificeerde werknemers aan te trekken, er veel openstaande vacatures zijn, de werkgever zowel oudere als jongere werknemers aanneemt of de vrijgekomen banen door robotisering en automatisering verdwijnen.<sup>52</sup> In dit verband is het dan ook raadzaam om de doelen van de generatieregeling zo concreet mogelijk en toegesneden op de organisatie te benoemen.

Met een legitiem doel is de generatieregeling er nog niet; de inzet van de generatieregeling dient ook passend en noodzakelijk te zijn om het geformuleerde doel te bereiken. Indien de generatieregeling onderdeel uitmaakt van een LBPB en dit beleid effectief blijkt om het gestelde doel te bereiken, zal het middel al snel passend en noodzakelijk worden geacht. Is geen sprake van een LBPB, dan zal hier minder snel sprake van zijn. In dat geval geldt dat – hoewel de zwaarte van een functie door

51. Overigens heeft de CGB in haar advies 2006/04 aangegeven bij de beoordeling van de werkelijke behoefte van een werkgever weinig gewicht toe te kennen aan een eventueel verschil in ziekteverzuim tussen leeftijdsgroepen vanwege het zogenoemde 'healthy worker effect'. Het is echter de vraag of het College nog steeds weinig gewicht aan de ziekteverzuimcijfers toekent, omdat het de laatste jaren – mede als gevolg van overheidsbeleid – steeds gebruikelijker is geworden dat werknemers tot latere leeftijd doorwerken en de mogelijkheden tot vroegde uitstroom beperkt zijn.

52. Het kabinet heeft immers meerdere malen aangegeven dat een van de redenen van de stijgende AOW-leeftijd de krappe arbeidsmarkt is. Het is dan ook de vraag of de vrijgekomen arbeidsplaatsen wel (al dan niet door jongeren) kunnen worden ingevuld. Daarnaast is het soms lastig om de door oudere werknemers vrijgekomen plekken één-op-één door starters laten bezetten, omdat de startende werknemers werkervaring missen.

iedere werknemer anders wordt ervaren – de generatieregeling eerder passend zal zijn indien enkel werknemers met specifieke (zware) functies of in bepaalde sectoren er gebruik van kunnen maken. Daarnaast zullen er bij gebreke van samenhangende andere maatregelen eerder alternatieven zijn voor de generatieregeling die meer passend zijn. Een alternatief voor een generatieregeling die voor alle oudere werknemers openstaat is bijvoorbeeld om de generatieregeling enkel open te stellen na een advies daartoe van een objectieve arbeidsgezondheidsdeskundige. Daarnaast kan worden gedacht aan het treffen van individuele oplossingen, afhankelijk van de belemmeringen die de (oudere) werknemer ervaart. Voorts kan ook een persoonlijk keuzebudget worden aangeboden aan alle werknemers, waarmee werknemers naar keuze kunnen investeren in hun eigen duurzame inzetbaarheid. Dit budget kan bijvoorbeeld worden ingezet voor (om)scholing, loopbaanadvies of het opvangen van inkomensverlies als gevolg van (tijdelijk) parttime werken, demotie, een sabbatical of eerder uittrekken.

Interessant is nog een ander door een werkgever ontwikkeld alternatief voor de generatieregeling. De betreffende werkgever biedt zijn werknemers de mogelijkheid aan om één jaar eerder dan de AOW-leeftijd met pensioen te gaan met behoud van salaris.<sup>53</sup> De regeling houdt in dat de werknemer fulltime doorwerkt tot één jaar voor de AOW-leeftijd, maar betaald krijgt alsof hij parttime werkt. Het verschil in salaris wordt aangevuld doordat de werknemer zijn pensioen gedeeltelijk vervroegd laat uitkeren. De gewerkte dagen waarvoor de werknemer geen salaris ontvangt worden opgespaard als vakantiedagen. Het jaar voorafgaande aan de AOW-leeftijd neemt de werknemer de gespaarde vakantiedagen op. Deze regeling is gebaseerd op artikel 11 lid 1 onder r onder 1<sup>o</sup> Wet LB 1964 op grond waarvan het mogelijk is om vijftig weken verlof te sparen zonder dat dit tot het loon wordt gerekend. Om werknemers meer mogelijkheden te bieden eerder te stoppen met werken is in het pensioenakkoord afgesproken dat het kabinet de fiscale grens van vijftig weken verruimt naar honderd weken. Hierdoor wordt dit alternatief wellicht voor meer werkgevers interessant.

#### 4.4 Op grond van handicap of chronische ziekte

Zoals hierboven al opgemerkt, levert het direct uitsluiten van gedeeltelijk zieke werknemers van de generatieregeling een verboden onderscheid op.<sup>54</sup> Datzelfde geldt voor het selectief aanbieden van de generatieregeling aan werknemers, waarbij de regeling niet aan gedeeltelijk zieke werknemers wordt aangeboden. Wel is het mogelijk een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer naar rato van de feitelijk gewerkte uren te laten deelnemen aan de generatieregeling. Dit blijkt uit het oordeel van het College uit 2015.<sup>55</sup> Tijdens de periode dat de

werknemer deelnam aan de generatieregeling werd de werknemer gedeeltelijk arbeidsongeschikt. Na afloop van de loondoorbetalingsverplichting past de werkgever de generatieregeling enkel op de feitelijk gewerkte uren toe. Het College overweegt in dit verband dat de generatieregeling als doel heeft de werkbelasting van werknemers van 55 jaar en ouder te verminderen. De generatieregeling geeft de werknemer het recht om de arbeidsduur naar 60% terug te brengen (parttimers naar rato), waarbij het salarisverlies door de werkgever en de werknemer wordt gedeeld. Vanuit die doelstelling bezien is de situatie van werknemer volgens het College niet vergelijkbaar met de situatie van een volledig arbeidsgeschikte werknemer met een voltijdsdienstverband. Ook al heeft de werknemer een voltijdsdienstverband, zij werkt feitelijk minder uren. Daarom is volgens het College geen sprake van gelijke gevallen. Op grond van het gelijkheidsbeginsel moeten gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van hun ongelijkheid. Nu in dit geval geen sprake is van gelijke gevallen, oordeelt het College dat de werkgever niet in strijd heeft gehandeld met de gelijkbehandelingswetgeving. Hierbij neemt het College in aanmerking dat de werknemer wel naar rato van de feitelijk door haar gewerkte uren gebruik kan maken van de generatieregeling en niet van de regeling wordt uitgesloten.

## 5. Overige aandachtspunten

95

Indien een werkgever een generatieregeling introduceert, is het raadzaam goed af te bakenen welke werknemers gebruik kunnen maken van deze regeling. Gebeurt dat niet, dan kunnen alle werknemers die een bepaalde leeftijd hebben bereikt gebruik maken van de regeling, ook zij die geen extra verlof nodig hebben om gezond hun pensioen te halen. Dit kan bijvoorbeeld zo veel mogelijk worden voorkomen door de regeling alleen voor specifieke (zware) functies open te stellen of pas na een advies in het kader van een arbeidsgezondheidsonderzoek.

Tot slot dient een werkgever te beseffen dat door het introduceren van een generatieregeling het in dienst hebben van oudere werknemers collectief duurder wordt. Immers, over de uren dat minder wordt gewerkt worden het salaris en de pensioenopbouw (deels) gecontinueerd. Dit maakt het onaantrekkelijk voor werkgevers om oudere werknemers in dienst te nemen of te houden.

53. <https://www.rtlz.nl/economie/artikel/4726256/pensioen-regeling-generatieregeling-jaar-eerder-met-pensioen>.

54. Een dergelijk onderscheid is nietig ex art. 11 Wgbh/cz.

55. College 2015-104.

## 6. Conclusie en aandachtspunten voor werkgevers

Doordat werknemers steeds langer (moeten) doorwerken komt duurzame inzetbaarheid steeds hoger op de agenda te staan bij zowel werkgevers als de overheid. Vanuit Europa en de Nederlandse overheid worden dan ook diverse initiatieven ontwikkeld om duurzame inzetbaarheid bij werkgevers te stimuleren.<sup>56</sup> Tegelijkertijd is het kabinet zich ervan bewust dat sommige oudere werknemers niet (meer) kunnen anticiperen op de verhoogde AOW-leeftijd en niet meer gezond kunnen doorwerken. Daarom zijn in het pensioenakkoord naast maatregelen voor de lange termijn ook een aantal maatregelen voor de korte termijn overeengekomen, zoals een tijdelijke versoepeling van de RVU-heffing en het beschikbaar stellen van een tijdelijk inzetbaarheidsbudget. Dit budget is bedoeld om sectorale afspraken over langer doorwerken te faciliteren, waaronder generatieregelingen.<sup>57</sup>

Een generatieregeling kan voor sommige werkgevers een goede oplossing zijn om oudere werknemers langer gezond te laten doorwerken. Maar dat hangt sterk af van de organisatie van de werkgever en het beoogde doel van de regeling. Zo zal een generatieregeling met name interessant zijn voor werkgevers die in een korte periode veel uitstroom of uitval van oudere werknemers verwachten, waar de arbeidsduur van oudere werknemers groot genoeg is om te verminderen en eventueel de instroom van jonge werknemers nodig is. Minder interessant is een generatieregeling voor werkgevers waar oudere werknemers geen moeite hebben om te blijven werken tot de AOW-leeftijd of waar oudere werknemers veelal werkzaam zijn op grond van (kleine) parttime arbeidsovereenkomsten. Daarnaast is het raadzaam een generatieregeling onderdeel te laten uitmaken van een breder LBPB om te voorkomen dat de generatieregeling een verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt.

Bezint dus eer ge begint. Om valkuilen te voorkomen zet ik enkele aandachtspunten voor het opzetten van een generatieregeling op een rij:

- overweeg of een generatieregeling past binnen de organisatie, gelet op de specifieke omstandigheden;
- verifieer of een eventuele toepasselijke cao (de eigen invulling van) een generatieregeling toelaat;
- omschrijf duidelijk voor wie de generatieregeling openstaat (bijvoorbeeld enkel voor bepaalde functies

- of na een advies in het kader van een objectief arbeidsgezondheidsonderzoek);
- geef duidelijk aan of de generatieregeling onbeperkt geldt of slechts voor een bepaalde periode;
- de generatieregeling dient niet eerder in te gaan dan tien jaar voor de in het pensioenreglement vastgestelde ingangsdatum en anticipeert op wijzigingen van de pensioenrichtleeftijd genoemd in de Wet op de loonbelasting 1964;
- de feitelijke arbeidsduur per week dient ten minste 50% van de arbeidsduur direct voorafgaande aan de ingang van de generatieregeling te bedragen (ziekte, arbeidsongeschiktheid of jaarlijks vakantieverlof tellen niet mee);
- stel vast dat verlofstuwmeren en levensloopverlof zijn opgesoupeerd voorafgaande aan deelname aan de generatieregeling of dat samenloop anderszins wordt voorkomen;
- verifieer of het toepasselijke pensioenreglement voorziet in continuering van het pensioen op grond van het oorspronkelijke salaris en vervroegd deeltijdpensioen;
- overweeg of de regeling vormgegeven dient te worden als een aanpassing van de arbeidsduur of het toekennen van (gedeeltelijk) betaald verlof. De vormgeving heeft consequenties voor de arbeidsvoorwaarden en dient zorgvuldig te worden vastgelegd;
- leg duidelijk vast dat de werknemer zijn deelname aan de generatieregeling niet kan herzien, dat deelname aan de generatieregeling alsmede de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de AOW-leeftijd en dat deelname geen baangarantie tot de AOW-leeftijd inhoudt;
- bij het aanbieden van de generatieregeling mag geen verboden onderscheid worden gemaakt op grond van arbeidsduur, het soort arbeidsovereenkomst (vaste of tijdelijke arbeidsovereenkomst) of handicap en chronische ziekte. Een eventueel belang van de werkgever om een minimumaantal arbeidsuren te hanteren dient goed te kunnen worden onderbouwd;
- een generatieregeling dient bij voorkeur te zijn ingebed in een LBPB. Daarnaast dient het doel van de generatieregeling legitiem te zijn en de generatieregeling passend en noodzakelijk;
- inventariseer of er andere maatregelen mogelijk zijn die de effecten kunnen bewerkstelligen die met de generatieregeling worden nagestreefd en in hoeverre deze maatregelen een alternatief voor een generatieregeling kunnen zijn.

56. Als onderdeel van het Europees Sociaal Fonds bestaat de regeling ESF Duurzame Inzetbaarheid op grond waarvan subsidie kan worden aangevraagd. Daarnaast heeft het kabinet zich in het recent tot stand gekomen pensioenakkoord gecommitteerd een investeringsprogramma te ontwikkelen. En om kennis over duurzame inzetbaarheid te delen heeft het ministerie van Sociale Zaken een kennissite gelanceerd: <https://www.arboportaal.nl/campagnes/duurzame-inzetbaarheid>.

57. *Kamerstukken II 2018/19, 32043, 457, p. 13.*