

Conflicten bij pensioenontslag

mr. Cornelia Donner-Broersma*

1. Inleiding

De afgelopen vijftien jaar heeft de overheid ingezet op langer doorwerken; de AOW-leeftijd en de pensioenrichtleeftijd zijn stapsgewijs verhoogd en VUT- en pensioenregelingen zijn fiscaal ontmoedigd. De Enquête Beroepsbevolking van het CBS laat zien dat dit overheidsbeleid zijn vruchten afwerpt; steeds meer 65-plussers werken door.¹ TNO-onderzoek wijst uit dat vooral werknemers met lage inkomens of met bovengemiddeld hoge inkomens doorwerken ná de AOW-leeftijd.² Hun drijfveren zijn vaak financieel van aard, maar ook het behalen van voldoening uit werk, het onderhouden van sociale contacten en dagelijkse routines en het bijdragen aan de maatschappij spelen een rol.³ Ondanks de toegenomen belangstelling van ouderen om na het bereiken van de AOW-leeftijd door te werken, is het aantal doorwerkende AOW-gerechtigden in absolute aantallen echter nog beperkt.⁴ Reden hiervoor is dat de werkgever doorwerken na de AOW-leeftijd niet altijd faciliteert. De spanning tussen een werknemer die wil doorwerken en een werkgever die dat niet faciliteert, leidt in de praktijk regelmatig tot juridische procedures. Bijvoorbeeld over de uitleg van een pensioenleeftijd in een pensioenontslagbeding of sociaal plan, vermeend leeftijds onderscheid door het aftoppen van een beëindigingsvergoeding in een sociaal plan, een vermeende doorwerkclausule in een cao of het aanvechten van een afwijzing van een verzoek tot doorwerken wegens strijdigheid met goed werkgeverschap. De centrale vraag in dit artikel is tegen welke juridische discussies werkgevers kunnen aanlopen indien zij de leeftijd van de werknemer als reden hanteren voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst dan wel het aftoppen van de vergoeding in een sociaal plan. Voor het beantwoorden van deze vraag zal ik achtereenvolgens de volgende onderwerpen behandelen: het pensioenontslagbeding, een ouderenregeling in een sociaal plan en een vermeend recht op

doorwerken. Vervolgens zal ik – mede aan de hand van de in dit artikel aangehaalde jurisprudentie – enkele aanbevelingen voor werkgevers formuleren.

2. Pensioenontslagbeding

2.1 Wijzigingen in pensioendata

Om te voorkomen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou doorlopen na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd werd in het pre-Wwz-tijdperk vaak een pensioenontslagbeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst of cao. Een dergelijk beding verwees meestal naar het bereiken van de 65-jarige leeftijd of de pensioendatum. Sinds 1 juli 2015 biedt artikel 7:669 lid 4 BW de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst van een werknemer – die de AOW- of afwijkende pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt – op te zeggen zónder voorafgaande toestemming van het UWV.⁵ Deze mogelijkheid bestaat echter alleen indien partijen niet anders zijn overeengekomen, bijvoorbeeld door het opnemen van een pensioenontslagbeding.⁶ Het is niet noodzakelijk om bij aanvang van de arbeidsovereenkomst een andere leeftijd overeen te komen; het gaat erom dat een andere leeftijd is overeengekomen vóórdat de werknemer de AOW-leeftijd bereikt.⁷ Veel na 1 juli 2015 overeengekomen arbeidsovereenkomsten en cao's bevatten – ondanks deze wettelijke mogelijkheid – om verschillende redenen toch een pensioenontslagbeding.⁸ Jurisprudentie leert echter dat een pensioenontslagbeding niet altijd tot het door de werkgever gewenste resultaat leidt.

De afgelopen jaren is menigmaal geprocedeerd over de uitleg van een pensioenontslagbeding. Achterliggende reden daarvan is dat 'de pensioendatum' allang niet meer bestaat en het begrip inmiddels voor meerderlei uitleg vatbaar is. Zo is de AOW-leeftijd de laatste jaren stapsgewijs verhoogd van 65 naar thans 66 jaar en

* Cornelia Donner-Broersma is advocaat pensioenrecht en legal director bij KWPS Employee Benefits & Risk Management. Zij publiceert regelmatig over pensioengerelateerde onderwerpen.

1. www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/38/ruim-een-kwart-miljoen-werkende-65-plussers.
2. www.tno.nl/media/9440/doorwerken_na_de_aow-gerechtigde_leeftijd.pdf.
3. J. Oude Mulders en E. Dingemans, 'Werken na de pensionering in Nederland', *Gedrag en Organisatie*, 2017, jrg. 30, nr. 2, p. 104.
4. www.tno.nl/media/9440/doorwerken_na_de_aow-gerechtigde_leeftijd.pdf.

5. Deze mogelijkheid bestaat alleen indien de betreffende arbeidsovereenkomst is ingegaan voor het bereiken van een tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de AOW-leeftijd.
6. *Kamerstukken II* 2014/15, 34273, nr. 3, p. 18 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 100. Anders zie Rb. Noord-Holland 26 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:8738.
7. Hof Den Bosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2512.
8. W.C.M. Donner-Broersma, 'Is het opnemen van een pensioenontslagbeding nog raadzaam onder de WWZ?', *TAP* 2015/367.

4 maanden.⁹ Daarnaast gaat de AOW sinds april 2013 pas in op de dag dat daadwerkelijk de AOW-leeftijd wordt bereikt en niet meer zoals voorheen op de eerste dag van de maand waarin die leeftijd wordt bereikt.¹⁰ Bovendien is de (fiscale) pensioenrichtleeftijd – de rekenleeftijd die de pensioenuitvoerder aanhoudt voor het berekenen van de pensioenpremie en de pensioenaanspraken – niet langer gelijk aan de AOW-leeftijd. In 2014 is deze richtleeftijd verhoogd van 65 naar 67 jaar en vervolgens naar 68 jaar in 2018.¹¹ Daar komt nog bij dat sommige pensioenregelingen een pensioeningangsdatum kennen die afwijkt van de (fiscale) pensioenrichtleeftijd. Ook kunnen werknemers hun pensioeningangsdatum vaak zelf kiezen door de pensioendatum zoals neergelegd in het pensioenreglement te vervroegen of uit te stellen waarbij een minimum- en een maximumleeftijd geldt. Al deze ontwikkelingen hebben ertoe bijgedragen dat het begrip ‘pensioendatum’ niet langer eenduidig is, hetgeen tot diverse jurisprudentie heeft geleid.

2.2 Uitleg pensioenontslagbeding

Indien een pensioenontslagbeding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst, dan dient bij de uitleg daarvan de zogenoemde Haviltex-norm te worden gebruikt, waarbij de bedoeling van partijen een grote rol speelt. Deze bedoeling kan mede worden afgeleid uit andere communicatiestukken. Indien sprake is van een toepasselijke cao met een pensioenontslagbeding, dan dient het beding conform de cao-norm te worden uitgelegd. Hierbij zijn de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de hele tekst, in beginsel van doorslaggevende betekenis. Diezelfde cao-norm geldt bij de uitleg van begrippen neergelegd in een geïncorporeerd pensioenreglement. Daarnaast moet rekening worden gehouden met specifieke omstandigheden. Dientengevolge kan het voorkomen dat eenzelfde bepaling onder verschillende omstandigheden anders wordt uitgelegd en derhalve tot een andere uitkomst leidt.

Dat de toepasselijke omstandigheden kunnen leiden tot een verschillende uitleg van eenzelfde bepaling illustreren de volgende uitspraken. Zo oordeelde hof Den Bosch bijvoorbeeld dat met de term ‘pensioengerechtigde leeftijd’ in een pensioenontslagbeding is bedoeld aan te sluiten bij de AOW-datum.¹² Volgens het hof kan uit de bewoordingen waarin het pensioenontslagbeding is opgesteld, worden afgeleid dat het uitdrukkelijk de bedoeling is geweest dat het einde van de arbeidsovereenkomst gekoppeld is aan een objectief tijdstip en

niet afhankelijk is van de wil van één van de partijen. De AOW-datum is volgens het hof een objectieve pensioengerechtigde leeftijd, waarop partijen geen invloed kunnen uitoefenen. Dat geldt niet voor de pensioeningangsdatum zoals neergelegd in het pensioenreglement, welke datum aan wijzigingen door partijen onderhevig is en door de werknemer kan worden vervroegd of uitgesteld. Gelet hierop is het volgens het hof minder voor de hand liggend dat met de term ‘pensioengerechtigde leeftijd’ is bedoeld aan te sluiten bij de begrippen zoals gehanteerd in het pensioenreglement. Temeer omdat met pensioengerechtigde leeftijd in het normale spraakgebruik de AOW-datum wordt bedoeld.

Tot een vergelijkbaar oordeel kwam rechtbank Gelderland.¹³ In deze zaak was sprake van een pensioenontslagbeding in een arbeidsovereenkomst uit 2005 waarbij wordt verwezen naar de pensioengerechtigde leeftijd. De werkgever is van mening dat hiermee de AOW-leeftijd is bedoeld, terwijl werkneemster aansluit bij de pensioenrichtleeftijd van 68 jaar. De kantonrechter overweegt dat ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst er slechts één pensioengerechtigde leeftijd bestond; de AOW-leeftijd van 65 jaar, welke leeftijd samenviel met de leeftijd vanaf wanneer de werknemers van werkgever recht hadden op aanvullend pensioen. Omdat de AOW-leeftijd ook nu nog steeds vaststaat, ligt het voor de hand dat met pensioengerechtigde leeftijd deze vaststaande leeftijd is bedoeld en niet de pensioen(richt)leeftijd van het aanvullend pensioen die afhangt van de keuze van de werknemer. Temeer nu partijen er tot de zomer van 2019 van uit zijn gegaan dat werkneemster zou stoppen met werken vanaf haar AOW-leeftijd. Zo is diverse malen over haar vertrek, het hervdelen van haar taken en haar afscheid gesproken en gecorrespondeerd. Uiteindelijk zijn haar taken ook daadwerkelijk overgedragen, waarna werkneemster zich voor het eerst op het standpunt is gaan stellen dat haar pensioengerechtigde leeftijd 68 jaar zou zijn. Het argument dat werkneemster zich pas na het overdragen van haar taken is gaan realiseren dat haar pensioensituatie ongunstiger was dan zij dacht, omdat zij tot dan toe ontoereikende informatie over haar pensioensituatie van haar werkgever zou hebben ontvangen, is uitvoerig bestreden door de werkgever. Zo is werkneemster in 2014 en 2017 geïnformeerd over de verhoging van de pensioenrichtleeftijd. Er heeft ook correspondentie plaatsgevonden tussen werkgever en de werkneemster over de hoogte van haar pensioen, waaruit blijkt dat werkneemster goed in de pensioenmaterie was ingevoerd. Tot slot overweegt de kantonrechter dat het Nederlandse ontslagstelsel is gebaseerd op het uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst in principe eindigt bij het bereiken van de AOW-leeftijd.

Hof Amsterdam kwam op basis van andere omstandigheden tot een andere uitleg van het begrip ‘pensioenge-

9. Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, *Stb.* 2012, 328, Wet van 4 juni 2015 tot wijziging van de Algemene Ouderdomswet, de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en Overige fiscale maatregelen 2013 in verband met de versnelling van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd, *Stb.* 2015, 218 en Wet temporisering verhoging AOW-leeftijd, *Stb.* 2019, 246.

10. Wet wijziging ingangsdatum AOW-ouderdomspensioen, *Stb.* 2012, 2.

11. Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, *Stb.* 2012, 328 en Besluit van 21 december 2016 tot wijziging van enige wetten en uitvoeringsbesluiten op het gebied van de belastingen, *Stb.* 2016, 549.

12. Hof Den Bosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1083.

13. Rb. Gelderland 5 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:665.

rechtigde leeftijd'.¹⁴ In deze zaak was in 2003 een pensioenontslagbeding overeengekomen dat als volgt luidde:

'Het dienstverband eindigt in ieder geval van rechtswege, zonder dat hiertoe enige opzegging of mededeling is vereist, op de eerste van de kalendermaand samenvallend met of volgend op de datum waarop werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt.'

Nadien heeft de werkgever de werknemer als volgt bericht naar aanleiding van de stijging van de pensioenrichtleeftijd van 67 naar 68 per 2018:

'The target retirement age was raised from 67 to 68 on 1 January 2018. (...) The government is increasing the target retirement age. We are living longer and also enjoying our pension longer. That costs money. To keep pensions affordable, the government is adjusting the target retirement age to the increasing life expectancy. 68 is now the statutory target retirement age. This is why your retirement date went up, too.'

Werknemer en werkgever verschillen van mening of met 'pensioengerechtigde leeftijd' wordt bedoeld de pensioenrichtleeftijd zoals neergelegd in het pensioenreglement (68 jaar) of de AOW-datum. Anders dan de kantonrechter in eerste instantie is het hof van mening dat met de term 'pensioengerechtigde leeftijd' wordt bedoeld de pensioenleeftijd neergelegd in het pensioenreglement. Tot deze conclusie is het hof mede gekomen gelet op enkele specifieke omstandigheden. Allereerst bedroeg de pensioenleeftijd 62 jaar ten tijde dat de arbeidsovereenkomst werd overeengekomen. Nadien heeft de werkgever de werknemers in een brief uit 2001 geïnformeerd over de nieuwe pensioenregeling met pensioenleeftijd 62 jaar. In deze brief wordt expliciet bepaald dat als pensioenrichtleeftijd wordt aangehouden de eerste van de maand waarin de deelnemer 62 jaar wordt en dat de pensioenrichtleeftijd is gesteld op 62 jaar. Toen partijen in 2003 een nieuwe arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen is niet expliciet gesproken over de datum waarop de arbeidsovereenkomst door pensionering zou eindigen. Gelet hierop werd volgens het hof in 2003 met 'pensioengerechtigde leeftijd' in de arbeidsovereenkomst bedoeld de 62-jarige leeftijd. Ten tweede werd in het pensioenontslagbeding niet verwezen naar de AOW-datum of 65-jarige leeftijd. Dit laat de mogelijkheid open dat partijen beoogd hebben de arbeidsovereenkomst te laten eindigen op een andere dan de AOW-datum. Daarnaast is de pensioenrichtleeftijd na 2003 verhoogd naar 65 jaar en uiteindelijk 68 jaar. Tot slot maakt de enkele omstandigheid dat het pensioenreglement de mogelijkheid kent de ingangsdatum te vervroegen of uit te stellen dit volgens het hof niet anders.

Uit deze jurisprudentie volgt dat de specifieke omstandigheden een grote rol spelen bij de uitleg van een

14. Hof Amsterdam 10 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3347.

tussen de werkgever en werknemer overeengekomen pensioenontslagbeding. Allereerst is van belang wanneer het pensioenontslagbeding is overeengekomen; ten tijde dat de AOW-leeftijd nog 65 jaar was of later na (dat er discussie was over) het verhogen van de AOW-leeftijd. Ten tweede is de bewoording van het beding van belang. Staat de bewoording van het beding op zichzelf of worden er begrippen gebruikt die ook in de arbeidsovereenkomst, een handboek of pensioenreglement worden gebruikt? Of wordt expliciet aangesloten bij elders gedefinieerde begrippen in bijvoorbeeld wetgeving? Tot slot speelt ook overige communicatie een rol, zoals over het verhogen van de pensioenleeftijd in de toepasselijke pensioenregeling.

2.3 Verwijzing naar 65 jaar

Maar wat nu als niet naar een begrip, maar naar een specifieke leeftijd wordt verwezen, zoals de 65-jarige leeftijd? In dat geval is de vraag of er nog steeds sprake is van een pensioenontslagbeding. Enerzijds kan gesteld worden dat een dergelijk beding nietig is; een pensioenontslag vóór de AOW-gerechtigde leeftijd is in beginsel in strijd met het verbod op leeftijdsdiscriminatie.¹⁵ Anderzijds kan gesteld worden dat partijen met een dergelijk beding bedoeld hebben aan te sluiten bij de toepasselijke AOW-datum en derhalve de nietigheid omgezet dient te worden op grond van artikel 3:42 BW.¹⁶ Vorig jaar oordeelde rechtbank Amsterdam dat partijen met een pensioenontslagbeding dat verwees naar de 65-jarige leeftijd hebben bedoeld dat werknemster op haar AOW-gerechtigde leeftijd uit dienst zou treden.¹⁷ Hierbij speelde een rol dat ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst de AOW-gerechtigde leeftijd 65 jaar was. Bovendien had de werkgever in latere correspondentie ook steeds het einde van de arbeidsovereenkomst verbonden aan de AOW-gerechtigde leeftijd.

2.4 Overeengekomen afwijkende pensioenleeftijd?

Is geen pensioenontslagbeding overeengekomen, dan is de vraag in hoeverre de werknemer een beroep kan doen op een overeengekomen hogere pensioenleeftijd dan de AOW-leeftijd waartegen kan worden opgezegd op grond van artikel 7:669 lid 4 BW. Over deze vraag heeft het Hof Den Haag zich onlangs uitgelaten.¹⁸ Van belang in deze zaak was een mail en memo eind 2017 van de HR-manager aan alle werknemers over het verhogen van de in het pensioenreglement opgenomen pensioenrichtleeftijd van 67 naar 68 jaar. In dit memo waren onder meer de volgende passages opgenomen:\

15. Art. 3 WGBL. Een dergelijk onderscheid zal niet snel objectief gerechtvaardigd kunnen worden. Een uitzondering daarop geldt bijvoorbeeld voor piloten, waar een voortijdig pensioenontslag werd gerechtvaardigd op grond van het doorstromingsargument en het interne werkgelegenheidsbeleid.
16. M. Heemskerck, 'Pensioenontslagbeding na verhoging AOW-leeftijd: oppassen en aanpassen', *Arbeidsrecht* 2013/4.
17. Rb. Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:10063.
18. Hof Den Haag 17 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:565.

‘Voor u betekent dit dat het bedrag dat u vanaf 2018 aan pensioen opbouwt, standaard een jaar later tot uitkering komt: op pensioenleeftijd 68 in plaats van pensioenleeftijd 67. (...) Zowel wij als de ondernemingsraden vinden het in het belang van de medewerkers vast te houden aan de maximaal toegestane pensioenopbouw. Ook kun je een jaar doorwerken en dus in dat jaar salaris ontvangen en pensioen opbouwen. Daarnaast verwachten wij dat een pensioenleeftijd van 68 de nieuwe norm wordt in Nederland en daar willen wij bij aanhaken.’

‘Met pensioen gaan betekent vaak het moment dat je stopt met werken en van je pensioen gaat genieten. In Nederland wordt het begrip pensioen soms gebruikt voor de AOW en soms voor de pensioenregeling die je via je werkgever hebt afgesproken. De AOW ontvang je van de overheid. De leeftijd waarop je AOW ingaat, is afhankelijk van je geboortjaar. (...) De pensioenrichtleeftijd is de leeftijd die is afgesproken in de pensioenregeling tussen werkgever en werknemers. Dat is een leeftijd waarop je pensioenen worden berekend. Nu is dat op leeftijd 67 en straks wordt dat op leeftijd 68. (...) De verhoging van de pensioenleeftijd betekent overigens niet dat je verplicht moet doorwerken tot je 68e jaar. Feitelijk bepaal je voornamelijk zelf wanneer je met pensioen gaat.’

Nadien heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer opgezegd wegens het bereiken van de AOW-leeftijd. De werknemer stelt zich op het standpunt dat voor hem een andere leeftijd geldt, te weten de leeftijd van 68 jaar. Daartoe voert hij aan dat partijen gelet op voornoemd memo zijn overeengekomen dat dat de andere leeftijd is waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, dan wel dat hij erop heeft mogen vertrouwen dat partijen die leeftijd zijn overeengekomen. Voorts voert de werknemer aan dat hij graag wil doorwerken tot 68 jaar, ook omdat hij de zorg voor een nog vrij jong kind heeft en een eerdere beëindiging van het dienstverband voor hem een zeer forse inkomensachteruitgang zou betekenen.

De kantonrechter wijst de vorderingen van de werknemer af. Het hof komt tot dezelfde conclusie. Hiertoe overweegt het hof dat het memo waarop de werknemer zich baseert een algemeen memo betreft dat aan alle werknemers is gestuurd ter informatie over het wijzigen van de pensioenrichtleeftijd in de pensioenregeling. Gelet op de inhoud van het memo is het hof van oordeel dat de werknemer het memo redelijkerwijs niet anders heeft mogen opvatten dan als aankondiging van de wijziging van de pensioenrichtleeftijd van 67 naar 68 jaar. Een andere wijziging is niet met de ondernemingsraden overeengekomen. In het memo was ook geen sprake van een aanbod gericht op het overeenkomen van een andere leeftijd zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 4 BW. Ook heeft de werknemer er volgens het hof niet op mogen vertrouwen dat de pensioenrichtleeftijd hetzelfde

is als de van de AOW-leeftijd afwijkende andere leeftijd zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 4 BW. De door de werknemer aangehaalde passages uit het memo dienen immers te worden gelezen tegen de achtergrond van het doel van het memo. Andere communicatie over een afwijkende leeftijd ontbreekt. Bij gebreke van een overeengekomen andere leeftijd, geldt derhalve tussen werkgever en werknemer de AOW-leeftijd waartegen kan worden opgezegd. Er is dan ook sprake van een rechtsgeldige opzegging door de werkgever.

3. Ouderenregeling in sociaal plan

3.1 Interpretatiegeschillen ouderenregeling

Interpretatiegeschillen over het begrip ‘pensioenleeftijd’ doen zich niet alleen voor bij een pensioenontslagbeding, maar ook bij sociaal plannen waarin een beëindigingsvergoeding wordt afgetopt tot de pensioenleeftijd. Met ‘pensioenleeftijd’ in een sociaal plan wordt vaak de AOW-leeftijd of de eerst mogelijke datum waarop de werknemer met (vervroegd) pensioen kan bedoeld, maar dat is niet altijd even duidelijk. En indien expliciet naar de AOW-leeftijd is verwezen, is soms onduidelijk of ook rekening gehouden moet worden met een latere – door wetswijzigingen – gestegen AOW-leeftijd. In geval van dergelijke discussies zal de betreffende bepaling uit het sociaal plan veelal conform de zogenoemde cao-norm worden uitgelegd. Naast uitleggeschillen over de leeftijd waarop een vergoeding moet worden afgetopt gaan werknemers vaak voor een tweede anker liggen en claimen zij dat de betreffende ouderenregeling (al dan niet bestaande uit een aftopping van de beëindigingsvergoeding) een verboden onderscheid op grond van leeftijd oplevert. Hierna ga ik nader in op recente jurisprudentie waar werknemers voor één van deze of beide ankers waren gaan liggen.

3.2 Uitleg pensioen- of AOW-leeftijd

Wat betreft het eerste anker, oordeelde hof Amsterdam in 2019 over de uitleg van het begrip ‘pensioenrichtleeftijd’ in een sociaal plan.¹⁹ In het betreffende sociaal plan is een bepaling opgenomen waaruit voortvloeit dat de werknemer aanspraak maakt op een toeslag bij beëindiging van het dienstverband. De hoogte van de toeslag is afhankelijk van het salaris en de periode tussen einde dienstverband en de toepasselijke pensioenrichtleeftijd. Partijen twisten of met pensioenrichtleeftijd 65 jaar wordt bedoeld (waardoor de toeslag uitkomt op een negatief bedrag) of de AOW-leeftijd van inmiddels 67 jaar (waardoor de toeslag een aanzienlijk bedrag bedraagt). Allereerst stelt het hof vast dat onder het begrip ‘pensioenrichtleeftijd’ in het sociaal plan wordt verstaan:

19. Hof Amsterdam 13 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2961.

‘de eerste dag van de maand dat de Medewerker de leeftijd van 65 jaar bereikt. Met ingang van 1 april 2012 zal de pensioenrichtleeftijd worden vastgesteld op de dag waarop de medewerker de leeftijd van 65 jaar daadwerkelijk bereikt.’

Het hof overweegt dat de bepaling moet worden uitgelegd aan de hand van de cao-norm. Van belang is dat in het sociaal plan expliciet wordt gesproken over de 65-jarige leeftijd, ondanks dat toen al bekend was dat de AOW-leeftijd zou gaan stijgen. Gelet hierop kan volgens het hof de tekst van vornoemde bepaling aan de hand van objectieve maatstaven niet anders worden uitgelegd dan de dag waarop de werknemer de leeftijd van 65 jaar zal bereiken.

De vraag of een aftoppingsregeling rekening moet houden met een latere stijging van de AOW-leeftijd werd onlangs beantwoord door hof Den Bosch (Philip Morris).²⁰ Het betreffende sociaal plan voorziet in een beëindigingsvergoeding op basis van de kantonrechtersformule die wordt afgetopt op de AOW-gerechtigde leeftijd. In dit verband vermeldt het sociaal plan dat ‘de afgetopte beëindigingsvergoeding voorziet in een volledig salarisbehoud tot aan de voor hem geldende AOW-leeftijd onder verrekening (aftrek) van een volledige WW-uitkering en onder toevoeging van de werkgeverspremie van het pensioen op basis van het salaris op de einddatum’. Elders in het sociaal plan staat dat bij de berekening van de hoogte van de vergoedingen gerekend is met de op het moment van het sluiten van de overeenkomst voor de werknemer geldende AOW-gerechtigde leeftijd en met het op dat moment voor de werknemer op basis van de toen geldende regelgeving te overbruggen aantal maanden tot deze leeftijd. In een Q&A van de werkgever is aangegeven dat het sociaal plan wordt uitgevoerd conform de geldende wetgeving op het moment van de boventalligheidsverklaring. Daarnaast is in de concept-notulen van een overlegvergadering tussen de werkgever en de vakbonden aangegeven dat de werkgever geen compensatie toekent met betrekking tot inkomenseffecten die optreden als gevolg van wettelijke maatregelen door de overheid. De betrokken werknemers gaan per 1 april 2015 uit dienst. Vervolgens is op 2 juni 2015 het wetsvoorstel tot de versnelling van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd aangenomen door de Eerste Kamer. Als gevolg van deze wet is de AOW-leeftijd van de betrokken werknemers met enkele maanden verhoogd.²¹ Nadien ontstaat een geschil

over de vraag of voor de aftopping rekening moet worden gehouden met de later in 2015 en 2019 gewijzigde AOW-leeftijd.

Het hof overweegt dat uit de bewoording van het sociaal plan niet kan worden afgeleid dat met de aftopping op de AOW-leeftijd bedoeld is op de leeftijd waarop de werknemers daadwerkelijk te zijner tijd een AOW-uitkering zullen ontvangen op basis van de dan geldende wetgeving. Daarnaast overweegt het hof dat in het algemeen obligatoire overeenkomsten worden gesloten op grond van het ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geldende recht en duiden de bepalingen in het sociaal plan er niet op dat iets anders is bedoeld of overeengekomen. Een andere uitleg zou ook onaannemelijk zijn, omdat anders een vergoeding bij iedere wetswijziging moet worden herberekend.

3.3 Leeftijdsdiscriminatie

Bijna alle sociaal plannen kennen een ouderenregeling en maken derhalve direct onderscheid op grond van leeftijd. Het doel van een ouderenregeling is veelal het evenwichtig verdelen van de beschikbare middelen over de groep getroffen werknemers. Achterliggende gedachte daarbij is dat ouderen enerzijds een slechtere positie op de arbeidsmarkt hebben waardoor het redelijk is iets extra's te doen; anderzijds wordt geprobeerd de vergoeding te maximeren tot de datum dat ouderen pensioen kunnen genieten zodat zij niet ‘meer’ ontvangen dan dat zij zouden hebben ontvangen indien zij tot de pensioendatum in dienst zouden zijn gebleven. Op grond van de zogenoemde Kaderrichtlijn is het echter niet toegestaan onderscheid op grond van leeftijd te maken.²² Op dit verbod gelden enkele uitzonderingen, omdat in bepaalde omstandigheden een verschil in behandeling op grond van leeftijd immers gerechtvaardigd kan zijn indien specifieke bepalingen dit vereisen. Deze bepalingen kunnen per lidstaat verschillen. Op grond van artikel 6 lid 1 Kaderrichtlijn kunnen lidstaten zelf bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen, indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding,²³ én de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk (proportioneel)

20. Hof Den Bosch 28 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:247, PJ 2020/28 m.nt. V. Gerlach.

21. Op 2 juli 2019 heeft de Eerste Kamer de Wet temporisering verhoging AOW-leeftijd aangenomen (Stb. 2019, 246). Deze wet heeft effect met ingang van 1 januari 2020 en heeft gevolgen voor de AOW-leeftijd van twee van de appelanten, in die zin dat de AOW-leeftijd voor deze werknemers opnieuw is gewijzigd en wel verlaagd. Per saldo betreft de verhoging van de AOW-leeftijd voor deze twee werknemers nu nog 1 maand ten opzichte van de situatie van vóór de Wet strekkende tot de versnelling van de stapsgewijze verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd van 2015. Voor de andere vier betrokken werknemers heeft de Wet temporisering verhoging AOW-leeftijd van 2019 geen gevolg.

22. 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.

23. Hierbij kan worden gedacht aan doorstroom op de arbeidsmarkt, een evenwichtige opbouw van personeel en overig beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Zie in dat verband onder meer HvJ EU 5 maart 2009, C-388/07 (*Age Concern England*), ECLI:EU:C:2009:128, r.o. 46, en HvJ EU 18 juni 2009, C-88/08 (*Hütter*), ECLI:EU:C:2009:381, r.o. 41.

zijn.²⁴ Hoewel een cao-bepaling geen wettelijke bepaling is, volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) dat de nationale wetgever sociale partners een mandaat kan geven om maatregelen vast te stellen.²⁵ Het mandaat moet dan wel voldoende nauwkeurig zijn om de vereisten uit de Richtlijn te waarborgen. Dit mandaat vloeit eveneens voort uit punt 36 van de preambule van de Kaderrichtlijn.

Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat zowel lidstaten als sociale partners op nationaal niveau het sociaal beleid met een ruime beoordelingsmarge mogen vaststellen.²⁶ Niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt. Deze beoordelingsvrijheid mag echter niet tot gevolg hebben dat de toepassing van het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd zinledig wordt.²⁷ Ook binnen het kader van deze beoordelingsmarge moet het op leeftijd gebaseerde verschil in behandeling passend en noodzakelijk zijn voor het bereiken van dat doel; de door sociale partners gemaakte keuzes blijven dan ook onderhevig aan de toets of het gemaakte onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.

De Kaderrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Artikel 3 WGBL somt de situaties op waarin het maken van onderscheid is verboden, zoals bij het beëindigen van de arbeidsverhouding (onder c) en de arbeidsvoorwaarden (onder e). Vervolgens bepaalt artikel 7 lid 1 WGBL dat het verbod tot het maken van onderscheid niet geldt indien het onderscheid:

- gebaseerd is op een wettelijk vastgelegd beleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën;
- betrekking heeft op het beëindigen van het dienstverband in verband met het bereiken van de AOW-

24. Wat betreft de passendheid dient een rechter te onderzoeken of de bestreden maatregel niet kennelijk ongeschikt is om het daarmee nagestreefde legitieme doel te bereiken. Met betrekking tot de noodzakelijkheid onderzoekt een rechter of de bestreden maatregel verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelen en op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van de betreffende werknemers, waarbij de maatregel in zijn eigen regelingscontext dient te worden geplaatst en rekening moet worden gehouden met zowel het nadeel dat daaraan kleeft voor de betrokken personen als met het voordeel daarvan voor de groep in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat.

25. HvJ EU 21 november 2013, C-284/12 (Lufthansa), ECLI:EU:C:2013:755, r.o. 60-63.

26. Zie in die zin onder meer HvJ EU 22 november 2005, C-144/04 (Mangold), ECLI:EU:C:2005:709, r.o. 63, HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05 (Palacios de la Villa), ECLI:EU:C:2007:604, r.o. 68, HvJ 12 oktober 2020, C-45/09 (Rosenbladt), ECLI:EU:C:2010:601, r.o. 41 en HvJ EU 11 november 2014, C-530/13 (Schmitzer), ECLI:EU:C:2014:2359, r.o. 38. Zie eveneens A.G. Veldman, 'Leeftijdscriminatie, ontslagvergoedingen en pensioenplafonds', in: *Arbeidsrechtelijke Reflecties 2014*, VvA, onder redactie van L.C.J. Sprengers, Deventer: Kluwer 2014, p. 281.

27. HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 (Ingeniørforeningen i Danmark), ECLI:EU:C:2010:600, r.o. 33.

gerechtigde leeftijd of van een bij wet of tussen partijen overeengekomen hogere pensioenleeftijd;

- anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

De vraag of aftopping van een beëindigingsvergoeding kwalificeert als een verboden onderscheid op grond van leeftijd is in het verleden meermalen aan de orde geweest in jurisprudentie en literatuur.²⁸ In algemene zin kan uit jurisprudentie worden afgeleid dat het aftoppen van een ontslagvergoeding in algemene zin is toegestaan indien dit oneigenlijk gebruik van de vergoeding tegengaat (werknemers die (bijna) met pensioen kunnen worden niet (volledig) gecompenseerd voor het inkomensverlies door het ontslag). Houdt de aftoppingsregeling echter rekening met (onvrijwillig) vroegpensioen of pensioenaanspraken op de vroegst mogelijke pensioendatum, dan kan sprake zijn van een ongerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd. Jurisprudentie hierover is echter zeer casuïstisch en niet altijd eenduidig.²⁹ In de literatuur wordt dan ook betoogd dat er meer duidelijkheid vanuit Luxemburg moet komen over dit onderwerp. Eén van de onduidelijkheden betreft de vraag in hoeverre rechters de proportionaliteit (gaat de regeling verder dan noodzakelijk om het doel te bereiken) van een door sociale partners overeengekomen aftoppingsregeling in een sociaal plan terughoudend moeten toetsen.³⁰ De afgelopen twee jaar zijn er enkele interessante Nederlandse uitspraken gepubliceerd over deze al dan niet terughoudende toets ten aanzien van aftoppingsregelingen in een sociaal plan. Hieronder ga ik nader op deze uitspraken in.

3.3.1 NXP

De eerste zaak betreft het NXP-arrest.³¹ Het toepasselijke sociaal plan bevat voor werknemers geboren in de periode 1950-1952 een aftopping op leeftijd 62, omdat deze groep op leeftijd 62 gebruik kan maken van een regeling voor vervroegd pensioen. Volgens de werknemers maakt deze aftoppingsregeling een verboden

28. Zie onder meer A.G. Veldman, 'Leeftijdscriminatie, ontslagvergoedingen en pensioenplafonds', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties*, Deventer: Kluwer 2014 (VvA 42), p. 279 e.v.; M. Heemskerck, 'Leeftijdscriminatie door toepassing van de kantonrechtformule?', *Arbeidsrecht* 2014/16; A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht', *TRA* 2012/4; het overzicht in de conclusie van A-G Drijber bij het NXP-arrest, ECLI:NL:PHR:2019:140 en W.C.M. Broersma, 'Groen licht voor verplichte ouderenregeling in sociaal plan?', *Arbeidsrecht* 2007/50.

29. Zie onder meer A-G Drijber bij ECLI:NL:PHR:2019:140 (NXP).

30. Overigens wordt in de literatuur wel de vraag gesteld of art. 7 lid 1 WGBL in lijn is met de Kaderrichtlijn. In dat verband wordt betoogd dat uit art. 6 Kaderrichtlijn volgt dat het slechts lidstaten zijn – of de sociale partners, indien de uitvoering van de richtlijn aan hen is opgedragen – die via nationale wetgeving de objectieve rechtvaardiging kunnen verschaffen voor direct leeftijdsonderscheid. Lidstaten zouden niet door middel van algemene bepalingen aan de individuele werkgever ruimte kunnen bieden om zelf afwegingen te maken tussen bepaalde legitieme doelen en onderscheid naar leeftijd. Zie onder meer A.G. Veldman, 'Automatisch pensioenontslag van verkeerspiloten op zestig jaar niet toegestaan', *TRA* 2011/106 en D.J.B. de Wolff, 'Leeftijdscriminatie. Lastige vragen – complexe antwoorden', *ArbeidsRecht* 2010/50.

31. HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:647, *PJ* 2019/65.

onderscheid op grond van leeftijd, omdat de aftopping verder gaat dan noodzakelijk. Doel van de maximeringsregeling is (slechts) dat de vergoeding niet mag leiden tot een hoger inkomen dan 100% van het laatstverdiende salaris. De maximeringsregeling leidt er volgens de werknemers echter toe dat de oudere werknemers aanzienlijk slechter af zijn (inkomensdaling van 60%) dan hun ontslagen jongere collega's die tot de AOW-leeftijd een inkomen genieten van 100% van het laatstverdiende salaris. In dat verband stellen de werknemers dat de regeling van onvoldoende waarde is om daadwerkelijk als vroegpensioen te gebruiken en dat zij geen recht hebben op een WW-uitkering. Als hun baan niet was vervallen door de reorganisatie, dan zouden verschillende werknemers hebben willen doorwerken tot het bereiken van de AOW-leeftijd. De werknemers vorderen een verklaring voor recht dat het sociaal plan nietig is, alsmede een (hogere) vergoeding.

De kantonrechter wijst de vorderingen van de werknemers af.³² In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd.³³ Het hof acht het met de aftoppingsregeling te verwezenlijken doel – maximering van de ontslagvergoeding tot het inkomen dat de werknemer voor wie de pensioendatum in zicht komt bij voortdurende van de arbeidsovereenkomst tot zijn pensioendatum zou hebben genoten – legitiem.³⁴ Vervolgens heeft het hof bij de proportionaliteitstoets niet dit doel, maar het collectieve karakter van de ontslagregeling als doel aangeduid. In dat verband overweegt het hof dat bij collectieve regelingen zoals een sociaal plan in het algemeen niet kan worden geëist dat elk geval afzonderlijk wordt onderzocht om te bepalen wat het best aan de specifieke behoefte van elke werknemer beantwoordt, omdat een dergelijke regeling zowel vanuit technisch als vanuit economisch oogpunt beheersbaar dient te blijven.³⁵

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst de zaak naar hof Den Bosch. Volgens de Hoge Raad heeft het hof het doel en het middel door elkaar gehaald. In haar beoordeling of het middel noodzakelijk is om het doel te bereiken heeft het hof namelijk ten onrechte het gekozen middel – het collectieve karakter van de regeling en het niet voor iedere werknemer afzonderlijk hoeven vaststellen van de pensioenleeftijd – als doel gehanteerd en niet het eerder door het hof legitiem geachte doel van sociaal beleid. Door uit te gaan van een redelijkerwijs te verwachten pensioendatum van 62 jaar als legitiem doel, wordt de proportionaliteit en subsidiariteit niet meer getoetst en vindt er geen belangenafweging en toetsing van alternatieven meer

plaats.³⁶ Volgens de Hoge Raad heeft het hof hier dan ook te terughoudend getoetst. Het hof had de argumenten van de werknemers dat zij aanzienlijk slechter af zijn dan hun jongere collega's omdat zij tot hun 65ste hadden willen doorwerken niet mogen passeren op de enkele grond dat bij collectieve regelingen zoals een sociaal plan in het algemeen niet kan worden geëist dat elk geval afzonderlijk wordt onderzocht om te bepalen wat het best aan de specifieke behoefte van elke werknemer beantwoordt. Deze overweging van de Hoge Raad is in lijn met heersende Europese jurisprudentie waaruit volgt dat altijd – ook bij collectieve regelingen – een zekere belangenafweging dient plaats te vinden.

De vraag is of hof Den Bosch zal oordelen of de maximering uit het sociaal plan leidt tot een verboden onderscheid op grond van leeftijd. Gelet op de overwegingen van de Hoge Raad zal het hof een oordeel moeten vellen over de noodzakelijkheid van het onderscheid naar leeftijd. In dat verband heeft de A-G in zijn conclusie bij het arrest al opgemerkt dat er zijns inziens alternatieven zijn voor de maximering die rekening houden met de waarde van het pensioen. Dientengevolge zou er sprake kunnen zijn van een verboden onderscheid op grond van leeftijd. Temeer, zoals ook is opgemerkt door Heemskerk, indien een daadwerkelijke pensioendatum van 62 jaar bij NXP niet aannemelijk is omdat drie van de vijf werknemers wilden doorwerken na 62 jaar.³⁷ Mijns inziens valt of staat de vraag of een pensioendatum van 62 jaar al dan niet aannemelijk is mede met de huidige praktijk bij een werkgever. Met andere woorden: is het gebruikelijk dat werknemers geboren tussen 1950 en 1952 op leeftijd 62 uittreden of dat zij doorwerken tot leeftijd 65. Dat de daadwerkelijke pensioenleeftijd binnen een bedrijf een rol speelt bij de vraag of een regeling objectief kan worden gerechtvaardigd, wordt bevestigd door hof Arnhem-Leeuwarden.³⁸ In die zaak achtte het hof een aftoppingsregeling op leeftijd 62 objectief gerechtvaardigd, waarbij relevant was dat de pensioenleeftijd 62 jaar was en minder dan 10% van de werknemers doorwerkten tot 65 jaar.

3.3.2 ABN AMRO

De tweede zaak betreft een uitspraak van de Hoge Raad over het sociaal plan 2013-2015 van ABN AMRO.³⁹ De boventallige werknemer heeft de keuze tussen deelname aan het mobiliteitsprogramma of een stimuleringspremie. Indien het mobiliteitsprogramma niet tot een baan leidt, wordt alsnog een vergoeding aangeboden van 75% van de stimuleringspremie. In dat geval wordt echter de stimuleringspremie afgetopt tot het brutosalaris tot de individuele pensioenleeftijd van de werknemer; dat wil

32. Rb. Gelderland 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8362.

33. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9571.

34. Het doel komt overeen met het doel van Aanbeveling 3.5 van de Kring van Kantonrechters.

35. Hierbij verwijst het hof naar HvJ EU 26 september 2013, zaak C-546/11 (Dansk Jurist- og Økonomforbund), ECLI:EU:C:2013:603.

36. Uit rechtspraak van het HvJ EU alsmede de Hoge Raad blijkt dat een belangenafweging plaatsvindt. Zie onder meer HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 (Andersen), ECLI:EU:C:2010:600 en C-45/09 (Rosenbladt), ECLI:EU:C:2010:601 en HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367.

37. HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:647, JAR 2019/127, m.nt. M. Heemskerk.

38. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:54

39. HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114, PJ 2020/24.

zeggen de leeftijd waarop de werknemer een volledig pensioen heeft opgebouwd op basis van de eerder geldende pensioenregeling met pensioenleeftijd 62 jaar. Voor de aftoppingsregeling werden de volgende doelen aangedragen: (i) beperken van de financiële gevolgen van de reorganisatie voor ABN AMRO en het personeel dat in dienst blijft, (ii) eerlijk verdelen van de beschikbare middelen onder de betrokkenen en (iii) beperken van het economisch nadeel van de boventallige werknemers. De stimuleringspremie van de betreffende werknemer werd afgetopt tot leeftijd 62 jaar en 3 maanden. Omdat de werknemer deze leeftijd al had bereikt, ontving hij geen stimuleringspremie. Grondslag van de door de werknemer gestarte procedure was dat de aftoppingsregeling in strijd is met artikel 13 WGBL.

De kantonrechter wees de vordering van de werknemer toe.⁴⁰ In hoger beroep is deze beslissing door het hof bekrachtigd, waarbij het hof overwoog dat de aftoppingsregeling niet passend en noodzakelijk is om de legitieme doelen te bereiken. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst de zaak terug naar hof Den Haag. Reden daarvoor is dat het hof de proportionaliteitstoets niet juist heeft toegepast en mede daardoor onvoldoende heeft gemotiveerd dat wél sprake is van leeftijdsdiscriminatie. Volgens de Hoge Raad had het hof de door de sociale partners gemaakte keuzes met terughoudendheid moeten beoordelen. In dat verband had het hof ten aanzien van de passendheid van de aftoppingsregeling moeten beoordelen of de aftoppingsregeling niet kennelijk ongeschikt is voor het bereiken van de beoogde doelen. Ten aanzien van de noodzakelijkheid van de aftoppingsregeling had het hof moeten beoordelen of de regeling niet op excessieve wijze inbreuk maakt op de belangen van de daardoor benadeelden. Bij deze beoordeling dient de regeling in haar eigen regelingscontext geplaatst te worden door ook de overige maatregelen in acht te nemen. Oftewel, het hof dient rekening te houden met zowel het nadeel dat voor de betrokken personen aan de aftoppingsregeling kleeft als met het voordeel van de overige maatregelen. Volgens de Hoge Raad heeft het hof deze maatstaven en omstandigheden niet (kenbaar) aan zijn oordeel ten grondslag gelegd. Daarnaast heeft het hof in zijn beoordeling of de aftoppingsregeling passend en noodzakelijk is evenmin alle doelen van de regeling kenbaar betrokken.

Dit arrest illustreert dat rechters een balans moeten vinden in hun oordeel; enerzijds komt er een ruime beoordelingsmarge aan sociale partners toe en anderzijds mag het verbod op leeftijdsdiscriminatie niet een loze letter worden. Daarbij komt het aan op een zorgvuldige motivering van de rechter.⁴¹ Deze formulering roept

40. Hoewel de kantonrechter oordeelde dat de aftoppingsregeling in strijd was met de WGBL, achtte de rechter een volledige toewijzing van 75% van de stimuleringspremie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. In plaats daarvan wees de kantonrechter de vordering toe ter hoogte van de volledige inkomensderving tot de AOW-leeftijd, vermeerderd met pensioenschade.

41. HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114, RAR 2020/62.

volgens Vegter vragen op; enerzijds moet er een terughoudende toets plaatsvinden, maar anderzijds moet er ook een belangenafweging worden gemaakt.⁴² Mijns inziens impliceert de formulering van de Hoge Raad dat er slechts beperkt ruimte is voor terughoudendheid; de proportionaliteitstoets dient wel degelijk plaats te vinden, maar de regeling moet in een bredere context worden beoordeeld. Zo dienen ook de andere regelingen (zoals de mobiliteitsregeling) uit het sociaal plan meegewogen te worden evenals getroffen pensioen- en overige maatregelen. Het is mijns inziens de vraag of hof Den Haag na verwijzing tot een ander oordeel komt dan het hof in hoger beroep. Er wordt immers afgetopt op een vervroegde pensioendatum die voor de AOW-datum ligt; op dat moment bestaat er nog geen recht op een AOW-uitkering. Relevant is dan ook of de betrokken groep werknemers onevenredig hard wordt getroffen door de aftoppingsregeling – met inachtneming van alle andere getroffen maatregelen – alsmede of de praktijk uitwijst dat deze groep werknemers inderdaad op leeftijd 62–63 met pensioen gaat.

Tot slot merk ik op dat Vegter vraagtekens bij dit arrest heeft gezet ten aanzien van de eisen die gesteld moeten worden aan een legitiem doel. Anders dan een indirect onderscheid kan volgens Vegter een direct onderscheid op grond van leeftijd – zoals in onderhavige casus – op grond van artikel 6 lid 1 Kaderrichtlijn enkel worden gerechtvaardigd op grond van een doel van sociaal beleid. In dat verband acht zij de overweging van de A-G in deze zaak – dat het onderscheid tussen direct en indirect niet van belang is, omdat het doel van een sociaal plan zonder meer valt onder sociaal beleid en daarom legitiem is – te kort door de bocht. Volgens Vegter kunnen doelen die zijn neergelegd in een sociaal plan namelijk niet zonder meer gelijkgesteld worden aan doelen in het kader van nationale wetgeving. Jurisprudentie biedt hierover (nog) geen duidelijkheid. Mijns inziens zou wellicht betoogd kunnen worden dat er sprake is van sociaal beleid in de zin van de Kaderrichtlijn indien de sociale partners gebruik hebben gemaakt van de door de Nederlandse wetgever geschapen mogelijkheid om in een sociaal plan een vervangende voorziening voor de transitievergoeding op te nemen, welke voorziening bijdraagt aan het beperken van werkloosheid of een redelijke financiële vergoeding is. Indien de aftoppingsregeling – in samenhang met de overige getroffen maatregelen en toepasselijke wetgeving – géén redelijke financiële vergoeding vormt, dan zou het onderscheid niet objectief kunnen worden gerechtvaardigd.

3.3.3 Philip Morris

De derde uitspraak betreft de hierboven onder 3.2 behandelde Philip Morris-uitspraak.⁴³ Het betreffende sociaal plan voorziet in een beëindigingsvergoeding op

42. HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114, JAR 2020/54, m.nt. A.G. Vegter.

43. Hof Den Bosch 28 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:247, PJ 2020/28, m.nt. V. Gerlach.

basis van de kantonrechttersformule die wordt afgetopt op de AOW-gerechtigde leeftijd. In dit verband vermeldt het sociaal plan dat ‘de afgetopte beëindigingsvergoeding voorziet in een volledig salarisbehoud tot aan de voor hem geldende AOW-leeftijd onder verrekening (aftrek) van een volledige WW-uitkering en onder toevoeging van de werkgeverspremie van het pensioen op basis van het salaris op de einddatum’. De betrokken werknemers gaan per 1 april 2015 uit dienst. Nadien wordt de AOW-leeftijd van de betrokken werknemers als gevolg van een wetwijziging verhoogd. Naast een geschil over de vraag of voor de aftopping rekening moet worden gehouden met de later in 2015 en 2019 gewijzigde AOW-leeftijd, ontstaat een geschil of de aftopping leidt tot een verboden leeftijdsonderscheid.

Met betrekking tot het leeftijdsonderscheid overweegt het hof dat sociale partners bewust en weloverwogen hebben gekozen voor een aftoppingsregeling. Omdat sociale partners een ruime beoordelingsvrijheid hebben, toetst het hof terughoudend. Vervolgens oordeelt het hof dat – wegens onvoldoende betwisting – de gestelde doelen van de aftoppingsregeling legitiem zijn en het middel passend en noodzakelijk is.⁴⁴ In deze zaak speelt mee dat de werknemers van wie de vergoeding is afgetopt per saldo meer ontvangen dan hun inkomensverlies tot de destijds voor hen geldende AOW-leeftijd en in de vergoeding eveneens de werkgeverspremie voor pensioen is meegenomen.

3.3.4 *Delta Lloyd*

Tot slot de rechtbank Amsterdam.⁴⁵ Het sociaal plan van Delta Lloyd 2017-2020 voorziet in een beëindigingsvergoeding die is afgetopt op het inkomen dat een werknemer zou kunnen verdienen als hij tot de AOW-leeftijd zou blijven doorwerken bij Delta Lloyd, vermindert met de pensioenaanspraken uit de Pensioenregeling 1999 en 2006 tot aan de AOW-leeftijd. De werknemer vordert dat de aftoppingsregeling een verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt en derhalve nietig is. Volgens Delta Lloyd is het hoofddoel van het sociaal plan om de nadelige gevolgen van reorganisatie voor alle werknemers zo goed mogelijk op te vangen, waarbij het beschikbare budget zo eerlijk mogelijk is verdeeld over de werknemers en rekening is gehouden met de arbeidsmarktpositie van de verschillende groepen werknemers.

De kantonrechter stelt voorop dat de aftoppingsregeling terughoudend moet worden getoetst, gelet op de ruime beoordelingsmarge van de sociale partners. In dit verband acht de kantonrechter de doelen legitiem. Wat

44. Doelen van de aftoppingsregeling zijn (i) het bieden van compensatie bij ontslag, rekening houdend met de noodzaak de beperkte middelen evenwichtig te verdelen en het verschil in arbeidsmarkt-, socialezekerheids- en pensioenpositie van de verschillende werknemers, (ii) de noodzaak misbruik te vermijden en (iii) de wens te voorkomen dat een ontslagvergoeding ten goede komt aan personen die niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien, nu zij een vervangingsinkomen voor ouderdomspensioen kunnen ontvangen.

45. Rb. Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:142.

betreft de passendheid overweegt de kantonrechter dat het rekening houden met de leeftijd zowel nadelig (aftopping vergoeding) als voordelig is; een hogere leeftijd leidt namelijk tot een hogere beëindigingsvergoeding (dienstjaren tellen zwaarder mee en ouderen hebben een grotere kans op meer dienstjaren). De kantonrechter ziet geen alternatief voor de aftoppingsregeling waarbij hetzelfde doel wordt bereikt zonder onderscheid op grond van leeftijd te maken.

Wat betreft het bezwaar van de werknemer dat pensioenaanspraken in mindering worden gebracht op de beëindigingsvergoeding merkt de kantonrechter op dat een sociaal plan een optelsom is van plussen en minnen. Voor ouderen geldt dat zij een langere herplaatsingstermijn hebben en – als gevolg van hun vaak langere dienstverband en hogere leeftijd – een hogere vergoeding. Het feit dat de aftoppingsregeling oudere werknemers harder treft dan jongere werknemers, wordt volgens de kantonrechter gerechtvaardigd doordat oudere werknemers nog kortere tijd hebben te gaan tot hun pensioengerechtigde leeftijd. Het in mindering brengen van pensioenaanspraken op de beëindigingsvergoeding is gerechtvaardigd doordat het bronnen van inkomsten betreft waarop zij vanaf hun 62ste aanspraak kunnen maken. De kantonrechter oordeelt dat geen sprake is van het op excessieve wijze afbreuk doen aan de belangen van de betrokken werknemer. Uit overgelegde berekeningen blijkt dat het werkelijke inkomen – dat wil zeggen de vergoeding verhoogd met een WW-uitkering – per saldo iets hoger uitkomt dan wanneer de werknemer tot zijn AOW-leeftijd bij Delta Lloyd in dienst zou zijn gebleven. Hierbij zijn de pensioenaanspraken nog buiten beschouwing gebleven. Gelet hierop is de kantonrechter van oordeel dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Hoewel ik mij kan vinden in de uitkomst van deze uitspraak kan betoogd worden dat de toets die de kantonrechter formuleert wellicht te terughoudend is. Uit jurisprudentie van het HvJ EU volgt immers niet dat enkel wordt getoetst op de vraag of op excessieve wijze inbreuk is gemaakt op de belangen van de werknemer. Van belang is immers dat eveneens wordt getoetst of de regeling verder gaat dan noodzakelijk voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelen.

3.3.5 *Tussenconclusie*

Gelijkebehandelingsjurisprudentie biedt helaas geen pasklaar antwoord op de vraag of aftoppingsregelingen in een sociaal plan objectief kunnen worden gerechtvaardigd. Zoals vaak hangt het antwoord af van de relevante feiten en omstandigheden, dat wil zeggen de vormgeving van de aftoppingsregeling en de andere getroffen maatregelen. De rechter zal zorgvuldig en goed gemotiveerd moeten toetsen of sprake is van een objectieve rechtvaardiging. In dat verband zal een belangenafweging moet plaatsvinden voor het beoordelen van de proportionaliteit van de regeling. Hierbij dient de rechter een balans te vinden tussen enerzijds de ruime beoordelingsmarge van de sociale partners en

anderzijds het voorkomen dat het verbod op leeftijdsdiscriminatie een loze letter wordt. Gelet op de (niet altijd eenduidige) uitspraken van het HvJ EU is het echter de vraag of Nederlandse rechters aftoppingsregelingen niet te terughoudend toetsen. Het is aan Luxemburg om hierover meer duidelijkheid te verschaffen. Tot die tijd vormt het opnemen van een aftoppingsregeling in een sociaal plan een risico voor de werkgever en biedt jurisprudentie zowel werkgevers als werknemers aanknopingspunten om hun argumenten te onderbouwen.

4. Recht op doorwerken na AOW-leeftijd?

Hoewel overheidsbeleid al jaren is gericht op langer doorwerken, heeft de wetgever met artikel 7:669 lid 4 BW onder de Wwz een mogelijkheid gecreëerd voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst tegen of na de AOW-leeftijd op te zeggen, mits is voldaan aan enkele voorwaarden. Gelet op deze opzegmogelijkheid is het dan ook de vraag in hoeverre er nog ruimte bestaat voor een recht op doorwerken ná de AOW-leeftijd. Jurisprudentie laat zien dat werknemers verschillende grondslagen aanvoeren om een recht op doorwerken te bewerkstelligen, zoals een beroep op goed werkgeverschap, onderscheid op grond van leeftijd of een contractuele afspraak. Hieronder ga ik kort op deze grondslagen in.

4.1 Goed werkgeverschap?

Gesteld zou kunnen worden dat onder bepaalde omstandigheden gebruikmaking van de opzegging op grond van artikel 7:669 lid 4 BW in strijd is met het beginsel van goed werkgeverschap, artikel 7:611 BW. Onlangs oordeelde rechtbank Amsterdam dat de enkele omstandigheid dat de werkgever gebruik had gemaakt van het recht om de arbeidsovereenkomst op te zeggen op grond van artikel 7:669 lid 4 BW in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd niet strijdig is met de norm van goed werkgeverschap.⁴⁶ Volgens de rechtbank bestaat er voor de werkgever geen verplichting om een werknemer na de AOW-leeftijd in dienst te houden als dat niet is overeengekomen, maar de werknemer dat kennelijk om welke reden dan ook wel graag wil. Deze overweging laat mijns inziens onverlet dat een rechter anders kan oordelen indien een werknemer kan onderbouwen dat gelet op de specifieke omstandigheden een opzegging wel strijdig is met goed werkgeverschap. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie dat de werknemer uit gedragingen van de werkgever redelijkerwijs heeft mogen begrijpen dat zijn arbeidsovereenkomst niet tegen de AOW-leeftijd maar tegen een latere leeftijd zou worden opgezegd. Daarnaast kan wellicht worden gewezen op de situatie van het toepassen van pensioenontslag voor diverse werknemers op willekeurige data na de AOW-leeftijd.

46. Rb. Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:10063.

4.2 Leeftijdsdiscriminatie?

Indien de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 4 BW wordt opgezegd tegen de AOW-leeftijd, zal er in beginsel géén sprake zijn van leeftijdsdiscriminatie. Het is immers bestendige Europese rechtspraak dat het van rechtswege beëindigen van het dienstverband wegens het bereiken van de nationale pensioengerechtigde leeftijd objectief gerechtvaardigd is.⁴⁷ In dit verband overwoog het HvJ EU keer op keer dat het mechanisme van automatische beëindiging berust op een evenwicht tussen overwegingen van politieke, economische, sociale, demografische en/of budgettaire aard. Hierbij gaf het HvJ EU aan dat lidstaten een grote mate van beoordelingsvrijheid hebben ten aanzien van de doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid die zij willen nastreven, alsook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstellingen kunnen worden verwezenlijkt.⁴⁸

Wordt de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 4 BW opgezegd ná de AOW-leeftijd, dan maakt de werkgever mogelijk wel een verboden onderscheid op grond van leeftijd en is de opzegging nietig.⁴⁹ Dit risico speelt indien de werkgever de arbeidsovereenkomst van AOW-gerechtigde werknemers tegen verschillende leeftijden opzegt. Of een dergelijk onderscheid kan worden gerechtvaardigd staat of valt met de vraag wat het doel is van de maatregel (de opzegging). In dit verband zal meespelen of er bepaalde richtlijnen van toepassing zijn bij de (branche van de) werkgever die bijvoorbeeld bepaalde bekwaamheidsvereisten et cetera opleggen waaraan de betrokken werknemer (of een werknemer boven een bepaalde leeftijd) niet meer voldoet.⁵⁰ Daarnaast zal een rol spelen of de werkgever naar willekeur de datum van opzegging bepaalt of dat dit is ingegeven op grond van een consistent beleid bij de werkgever. Interessant in deze is het John-arrest van het HvJ EU.⁵¹ Dit arrest betreft een Duitse zaak waarin sprake is van pensioenontslag op de wettelijke pensioenleeftijd, waarbij sociale partners de mogelijkheid hebben de einddatum van de arbeidsovereenkomst (herhaalbaar) uit te stellen na de wettelijke pensioenleeftijd. Een eerste verzoek van de werknemer tot uitstel werd geho-

47. HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05 (Palacios de la Villa), ECLI:EU:C:2007:604, *PJ* 2007/143; HvJ EU 5 maart 2009 C-388/07 (Age Concern England), ECLI:EU:C:2009:128, *JB* 2009/107; HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (Rosenbladt), ECLI:EU:C:2010:601, *JAR* 2010/279 en HvJ EU 5 juli 2012, C-141/11 (Hörnfeldt / Posten Meddelande AB), ECLI:EU:C:2012:421, *JAR* 2012/211.

48. Van belang hierbij is dat in de betrokken zaken een rol speelde dat vanaf de pensioengerechtigde leeftijd een aanspraak op een (redelijk) ouderdomspensioen bestond en dat het gedwongen ontslag objectief werd gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid (doorstromingsargument).

49. W.C.M. Donner-Broersma, 'Is het opnemen van een pensioenontslagbeding nog raadzaam onder de WWZ?', *TAP* 2015, 367. Zie overeenkomstig B. Degelink, *AR* 2015/47.

50. Zie wat betreft de bekwaamheidsvereisten bijvoorbeeld de zogenoemde pilotenjurisprudentie, HvJ EU 7 november 2019, C-396/18 (Cafaro), ECLI:EU:C:2019:929 en HvJ EU 13 september 2011, C-447/09 (Prigge), ECLI:EU:C:2011:573.

51. HvJ EU 28 februari 2018, C-46/17R (John), ECLI:EU:C:2018:131, *JAR* 2018/91, m.nt. M. Heemskerck.

noreerd door de werkgever, maar een tweede verzoek tot uitstel werd afgewezen. Volgens het HvJ vormt de uitstelmogelijkheid géén leeftijdsdiscriminatie, omdat het geen ongunstige maatregel is. Normaliter zou de arbeidsovereenkomst namelijk eindigen op de wettelijke pensioenleeftijd, hetgeen geen leeftijdsdiscriminatie oplevert.⁵² De uitstelmogelijkheid is volgens het HvJ juist gunstig; werkgevers en werknemers kunnen de arbeidsovereenkomst immers voortzetten na de wettelijke pensioenleeftijd. Nu er geen sprake is van een ongunstigere behandeling is er geen sprake van leeftijdsdiscriminatie.

Gelet op deze uitspraak zou op het eerste gezicht gesteld kunnen worden dat er geen risico bestaat op het maken van leeftijdsdiscriminatie indien wordt opgezegd ná de AOW-leeftijd. Dit, omdat er geen sprake zou zijn van een ongunstigere behandeling dan indien de werkgever tegen de AOW-leeftijd zou hebben opgezegd. Heemskerk vraagt zich echter af of deze conclusie wel kan worden getrokken uit het John-arrest. In dat verband merkt Heemskerk op dat artikel 1 WGBL voorschrijft dat sprake is van direct leeftijdsonderscheid bij een ‘andere behandeling’, terwijl de Europese richtlijn een ‘ongunstiger behandeling’ vereist. Daarnaast plaatst Heemskerk vraagtekens bij rechtsoverweging 32 in het arrest, dat pensioengerechtigden door de uitstelmaatregel niet ongunstiger worden behandeld dan niet-pensioengerechtigden. Een verzoek tot uitstel kan immers worden afgewezen, hetgeen een ongunstigere positie voor pensioengerechtigden impliceert. Een parallel kan worden getrokken met artikel 7:669 lid 4 BW; op grond van dit artikel kan tegen de AOW-leeftijd of een andere leeftijd worden opgezegd zónder dat sprake is van een van de ontslaggronden (lichter ontslagregime), terwijl deze ontslaggronden in beginsel wel van toepassing zijn voor een opzegging voor de AOW-leeftijd. Dit impliceert een ongunstigere positie voor AOW-gerechtigden, zodat wel degelijk sprake is van leeftijdsdiscriminatie, hetgeen objectief gerechtvaardigd moet worden. Het is dan ook de vraag of werkgevers met verwijzing naar het John-arrest met succes kunnen betogen dat een pensioenopzegging na de AOW-leeftijd geen leeftijdsdiscriminatie impliceert.

4.3 Contractueel recht op doorwerken?

Uiteraard staat het partijen vrij contractueel overeen te komen dat een werknemer na een bepaalde leeftijd kan doorwerken. In dat geval dient zorgvuldig te worden geformuleerd en overeenkomstig te worden gehandeld. Dat een contractuele doorwerkregeling niet vrijblijvend is, illustreert de uitspraak van hof Arnhem-Leeuwarden.⁵³ De casus betrof een werkneemster in dienst van ProRail. In de toepasselijke cao zijn enkele ontzietregelingen voor ouderen opgenomen waar werkneemster ook gebruik van maakt. Daarnaast bevat de cao een bepaling die als volgt luidt:

‘De arbeidsovereenkomst van een medewerker eindigt van rechtswege op de dag waarop de medewerker zijn AOW gerechtigde leeftijd bereikt. De medewerker kan aan de werkgever een verzoek doen om na de AOW gerechtigde leeftijd door te werken. Dit verzoek dient tenminste 3 maanden voor het bereiken van de AOW gerechtigde leeftijd te zijn ingediend bij de direct leidinggevende. De werkgever willigt dit verzoek in, mits het bedrijfsbelang zich er niet tegen verzet.’

Werkneemster heeft voordat zij de AOW-leeftijd zou bereiken een doorwerkverzoek ingediend, welk verzoek is afgewezen door ProRail. Vervolgens heeft werkneemster op grond van de geschillenregeling in de cao bezwaar gemaakt tegen deze afwijzing, maar zonder resultaat. ProRail onderbouwde zijn beslissing door te wijzen op het bedrijfsbelang om te verjongen. In een daaropvolgend traject bij de geschillencommissie heeft de geschillencommissie geadviseerd om het bezwaar van werkneemster gegrond te verklaren. ProRail heeft het advies van de geschillencommissie echter naast zich neergelegd. In kort geding heeft de rechtbank Midden-Nederland het verzoek van werkneemster om te worden toegelaten tot haar werkzaamheden toegewezen.⁵⁴ Reden hiervoor was dat er geen sprake was van een concreet bedrijfsbelang dat zich verzet tegen inwilliging van het doorwerkverzoek.⁵⁵ Het hof gaat hierin mee. Volgens het hof is op zichzelf niets mis met een op verjonging en duurzame inzetbaarheid gerichte inzet, maar deze argumenten zijn te algemeen van aard om hierop een afwijzing van een individueel doorwerkverzoek te baseren. Het had op de weg van ProRail gelegen om duidelijk te maken waarom specifiek het doorwerkverzoek van de betreffende werkneemster in de weg staat aan verjonging van de organisatie. Temeer nu ProRail ongeveer 4400 werknemers in dienst heeft en is gebleken dat ProRail na het eindigen van de arbeidsovereenkomst met werkneemster werknemers van 50 jaar en ouder in dienst heeft genomen.

Interessant is ook de beslissing van het College voor de Rechten van de Mens met betrekking tot een brandweerman wiens verzoek tot doorwerken werd afgewezen.⁵⁶ Op grond van het FLO-overgangsrecht kon de werknemer vanaf 55 jaar zijn FLO steeds met een jaar uitstellen (tot de AOW-leeftijd) door een jaar langer door te werken. Voorwaarde daarvoor is dat de werknemer medisch geschikt is voor zijn werk. De werkgever kan een verzoek om het keuzemoment op te schuiven op grond van het dienstbelang afwijzen. De betrokken werkgever wees het doorwerkverzoek van de brandweerman af vanwege een personeelsoverschot. Twee jaar later mochten alle werknemers onder de FLO-overgangsregeling wel weer doorwerken, maar de

52. HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (Rosenbladt), ECLI:EU:C:2010:601, JAR 2010/279.

53. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:304.

54. Rb. Midden-Nederland 17 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1602.

55. Volgens de rechtbank volgt uit de cao dat een beroep om na de AOW-leeftijd te mogen doorwerken in beginsel dient te worden toegewezen, tenzij het bedrijfsbelang van ProRail zich hiertegen verzet.

56. CRvdm 2016-48.

betrokken brandweerman niet omdat hij uit actieve dienst was. Het College oordeelt dat door de beperking om door te mogen werken in 2013 en 2014 vooral werknemers met geboortejaren 1956 en 1957 zijn getroffen, zodat sprake is van indirecte discriminatie. Het probleem van het personeeloverschot is volgens het College ten onrechte volledig neergelegd bij deze groep werknemers, zonder daar voldoende compensatie voor te bieden. Nu er alternatieven waren die minder onderscheid veroorzaken, is geen sprake van een objectieve rechtvaardiging.

Anders oordeelde de rechtbank Oost-Brabant.⁵⁷ In deze zaak ging het om een ambtenaar op wie de cao CAR/UWO van toepassing was. Deze cao bepaalt dat de ambtenaar eervol ontslag wordt verleend met ingang van de dag waarop hij de AOW-leeftijd bereikt. In bijzondere gevallen kan het college van B&W hiervan afwijken, indien de ambtenaar daarmee instemt. De betreffende ambtenaar dient een verzoek in om langer door te werken, welk verzoek door het college van B&W wordt afgewezen. Volgens de rechtbank schrijft de betreffende cao-bepaling dwingend ontslag voor. Vervolgens is het ter discretie van het college van B&W om hiervan af te wijken. De rechter toetst deze discretionaire bevoegdheden terughoudend. De rechtbank overwoog dat het college van B&W in redelijkheid heeft kunnen besluiten om het verzoek van de ambtenaar om te blijven doorwerken na de AOW-leeftijd af te wijzen, omdat er in zijn visie geen sprake is van een bijzonder geval. De door de ambtenaar aangevoerde wens en de maatschappelijke tendens om langer door te werken alsmede het stimuleren en faciliteren daarvan door de overheid betekent immers niet dat sprake is van een bijzonder geval.

Tot slot verwijs ik naar een uitspraak van de kantonrechter Overijssel.⁵⁸ Deze casus betreft een postbezorger in dienst van PostNL Pakketten. In de toepasselijke cao is bepaald dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op de laatste dag van de maand waarin de werknemer de AOW-leeftijd bereikt. Na de AOW-leeftijd kunnen werkgever en werknemer conform de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd aansluitend een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaan tot de pensioeningangsdatum. Wat betreft de pensioeningangsdatum bepaalt de cao dat een werknemer schriftelijk de door hem gekozen pensioeningangsdatum meldt bij de werkgever. Voor een pensioeningangsdatum gelegen na de AOW-leeftijd is de schriftelijke toestemming van de werkgever vereist. Indien de werkgever instemt met een latere pensioeningangsdatum, kan met de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst worden aangegaan. PostNL Pakketten weigert met de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst overeen te komen na het bereiken van de AOW-leeftijd. In kort geding eist werknemer dat de werkgever wordt verplicht alsnog een arbeidsovereenkomst aan te gaan nadat hij de AOW-leeftijd heeft bereikt. De kantonrechter overweegt dat

de wet er enkel toe strekt te faciliteren dat ook op basis van een arbeidsovereenkomst kan worden gewerkt na het bereiken van de AOW-leeftijd als de werkgever en de werknemer dat willen. In dat licht moet ook de betreffende bepaling van de cao worden gelezen; de werkgever en de werknemer *kunnen* een arbeidsovereenkomst aangaan na het bereiken van de AOW-leeftijd. Dat neemt echter niet weg dat het onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn om geen arbeidsovereenkomst met een AOW-gerechtigde oud werknemer te sluiten. Het is echter aan de werknemer om de onrechtmatigheid te stellen en aan te tonen. Het argument van de werknemer dat PostNL Pakketten in het geheel geen AOW-gerechtigden in dienst heeft en derhalve onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, wijst de kantonrechter af. In dat verband heeft PostNL Pakketten aangevoerd dat de functie van de werknemer – allround sorteerder – fysiek zwaar is, dat het ziekteverzuim van allround sorteerders van 55 jaar en ouder hoger is dan het ziekteverzuim van andere werknemers van diezelfde leeftijd en dat zij daarom het beleid heeft om geen allround sorteerders in dienst te nemen die de AOW-leeftijd hebben bereikt. De kantonrechter acht voldoende aannemelijk dat het sorteren van postpakketten fysiek zwaar werk is en daarin ligt een objectieve rechtvaardiging om AOW-gerechtigde oud-medewerkers geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Tot slot heeft PostNL Pakketten onweersproken gesteld dat zij geen behoefte meer heeft aan nieuwe allround sorteerders, omdat het werk steeds meer wordt geautomatiseerd en uitbesteed. Gelet hierop is de kantonrechter van oordeel dat er geen sprake is van een onrechtmatig handelen jegens de werknemer.

4.4 Artikel 7:669 lid 4 BW versus reguliere ontslagregels

Tot slot kan de situatie zich voordoen dat in een arbeidsovereenkomst een pensioenontslagbeding is overeengekomen, maar partijen na het bereiken van de leeftijd zoals bedoeld in het pensioenontslagbeding de arbeidsovereenkomst stilzwijgend continueren. De vraag is dan of een werkgever op een later moment alsnog gebruik kan maken van de opzegmogelijkheid van artikel 7:669 lid 4 BW of dat de reguliere ontslagregels van toepassing zijn. In beginsel eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege bij het bereiken van de leeftijd genoemd in het pensioenontslagbeding. Wordt vervolgens doorgewerkt, dan ontstaat een nieuwe arbeidsovereenkomst. Toepassing van artikel 7:669 lid 4 BW is dan niet meer mogelijk, omdat de nieuwe arbeidsovereenkomst niet voor de AOW- of de pensioengerechtigde leeftijd is aangegaan.⁵⁹ In plaats daarvan gelden de reguliere ontslagregels. Met andere woorden, het stilzwijgend continueren van een arbeidsovereenkomst met pensioenontslagbeding na de pensioen- of AOW-gerechtigde leeftijd zoals opgenomen in

57. Rb. Oost-Brabant 9 december 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:7762.

58. Rb. Overijssel 24 november 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4517.

59. M. Heemsker, 'Pensioenontslagbeding of pensioenopzegging', TAP 2016/7.

het pensioenontslagbeding is niet zonder risico's voor werkgevers.

Toch is jurisprudentie hierover niet altijd eenduidig. Zo oordeelde de kantonrechter Haarlem vorig jaar dat de werkgever alsnog van de opzeggingsmogelijkheid van artikel 7:669 lid 4 BW gebruik kon maken.⁶⁰ Deze casus betrof een werknemer op wie een cao van toepassing was waarin een pensioenontslagbeding was opgenomen dat verwees naar de AOW-leeftijd. Na het bereiken van de AOW-leeftijd heeft de werknemer zijn werkzaamheden gecontinueerd. Een paar weken later heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst opgezegd vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Vervolgens is opnieuw een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan waarop gewijzigde arbeidsvoorwaarden van toepassing waren. Ruim een halfjaar later wordt deze laatste arbeidsovereenkomst ook opgezegd op grond van artikel 7:669 lid 4 BW. De werknemer verzoekt om vernietiging van de opzegging en stelt dat voor de opzegging de reguliere ontslagregels gelden nu de mogelijkheid van opzegging wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd al is benut met het pensioenontslagbeding in de cao dan wel de eerste opzegging. De werkgever stelt echter dat de eerste opzegging geen echte opzegging was. De kantonrechter volgt dit standpunt van de werkgever en overweegt dat uit het pensioenontslagbeding in de cao weliswaar volgt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op de pensioendatum, maar dat partijen het eens zijn dat zij hun arbeidsverhouding op dat moment stilzwijgend hebben voortgezet. Partijen zijn een paar weken later gewijzigde arbeidsvoorwaarden overeengekomen. Volgens de kantonrechter is dan ook sprake van een onverkort in stand gebleven arbeidsverhouding met gewijzigde arbeidsvoorwaarden. Dat in de brief aan de werknemer het woord 'opzegging' is gebruikt, maakt dit niet anders, omdat van feitelijke opzegging geen sprake was. De werkgever kon de arbeidsovereenkomst daarom alsnog rechtsgeldig opzeggen in verband met de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer.

Overeenkomstig oordeelde rechtbank Amsterdam.⁶¹ In deze casus ging het om een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin een pensioenontslagbeding was overeengekomen dat aansloot bij de AOW-leeftijd. Na het bereiken van de AOW-leeftijd werd de arbeidsovereenkomst stilzwijgend gecontinueerd, waarna de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd op grond van artikel 7:669 lid 4 BW. De werknemer vordert vervolgens doorbetaling van loon en stelt dat de werkgever geen gebruik kan maken van artikel 7:669 lid 4 BW omdat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst als gevolg van het pensioenontslagbeding op de AOW-leeftijd is geëindigd waarna een nieuwe arbeidsovereenkomst is ontstaan. De kantonrechter wijst de vordering van de werknemer af. Mis-

schien kan het betoog van de werknemer dogmatisch wel worden gevolgd, maar het doet volgens de kantonrechter geen recht aan de feitelijke situatie noch aan de strekking van artikel 7:669 lid 4 BW en de doelstelling van de wetgever dat werknemers langer doorwerken.

5. Conclusie en aandachtspunten

De diverse uitspraken die in dit artikel worden aangehaald laten zien dat de spanning tussen werknemers die willen doorwerken en een werkgever die dat niet faciliteert in de praktijk regelmatig tot juridische procedures leidt. Deze discussie kan betrekking hebben op de uitleg van een pensioenontslagbeding of aftoppingsregeling; naar welke leeftijd wordt verwezen voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst of het aftoppen van de ontslagvergoeding? Maar ook op de vraag of al dan niet een (contractueel) recht op doorwerken bestaat. Daarnaast zou de werkgever geconfronteerd kunnen worden met een beroep op het beginsel van werkgeverschap bij gebruikmaking van de opzeggingsmogelijkheid van artikel 7:669 lid 4 BW. Jurisprudentie laat zien dat een dergelijk beroep niet snel gehonoreerd wordt, tenzij de werkgever bijvoorbeeld bepaalde verwachtingen heeft gewekt bij de werknemer. Bij gebruikmaking van de opzegmogelijkheid van artikel 7:669 lid 4 BW zal een werkgever ook geconfronteerd kunnen worden met een beroep op leeftijdsdiscriminatie. Wordt opgezegd tegen de AOW-leeftijd, dan volgt uit Europese rechtspraak dat in beginsel geen sprake zal zijn van leeftijdsdiscriminatie. Onduidelijk is echter of dat ook geldt indien wordt opgezegd tegen een datum ná de AOW-leeftijd, zeker indien de werkgever hier geen bestendig beleid voert en de arbeidsovereenkomst van werknemers op verschillende leeftijden na de AOW-leeftijd wordt opgezegd zonder hiervoor een bepaalde reden te hebben. Tot slot neemt een werkgever met het opnemen van een aftoppingsregeling in een sociaal plan het risico dat werknemers een beroep op leeftijdsdiscriminatie doen. Jurisprudentie en literatuur hierover zijn echter niet eenduidig. Een van de onduidelijkheden betreft de vraag in hoeverre rechters de proportionaliteit (gaat de regeling verder dan noodzakelijk om het doel te bereiken) van een door sociale partners overeengekomen aftoppingsregeling in een sociaal plan terughoudend moeten toetsen. Recente in dit artikel behandelde uitspraken bevestigen dat rechters het stappenplan van de objectieve rechtvaardigingstoets minutieus moeten volgen en dat de noodzakelijkheidstoets een belangenafweging vereist. Zolang duidelijkheid uitblijft en de proportionaliteitstoets mede afhangt van alle concrete feiten en omstandigheden, bestaat het risico dat een werknemer met succes een beroep op leeftijdsdiscriminatie kan doen indien de aftopping aansluit bij een leeftijd voorafgaande aan de AOW-leeftijd.

60. Rb. Noord-Holland 26 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:8738, JAR 2019/283.

61. Rb. Amsterdam 24 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1678.

Gelet op de in dit artikel behandelde jurisprudentie kunnen de volgende aandachtspunten worden geformuleerd voor werkgevers. Allereerst verdient het aanbeveling om te (her)overwegen of het opnemen van een pensioenontslagbeding wenselijk is gelet op de specifieke ondernemings situatie. Wordt of is een pensioenontslagbeding opgenomen, dan dient het beding zorgvuldig (her)geformuleerd te worden en moet duidelijk verwoord worden wat partijen bedoelen te regelen. Ook dient overwogen te worden of het beding aansluit bij wettelijke of contractuele begrippen. Om – voor zover mogelijk – eventuele onduidelijkheid te voorkomen over de (uitleg van de) gehanteerde begrippen, is het verstandig om de diverse communicatie over pensioenleeftijden (zoals een pensioenontslagbeding, pensioenovereenkomst, handboek, sociaal plan of brieven over de wijziging van de pensioenregeling) op elkaar af te stemmen. Is een pensioenontslagbeding overeengekomen, dan is het van belang om de arbeidsovereenkomst niet stilzwijgend te continueren na de pensioenleeftijd zoals neergelegd in het pensioenontslagbeding, maar om een separate arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeen te komen. Is géén pensioenontslagbeding overeengekomen, dan dient willekeur te worden voorkomen en is het aan te raden om de arbeidsovereenkomst van AOW-gerechtigden consequent op te zeggen tegen de datum waarop zij de AOW-leeftijd bereiken of een latere datum.

Wat betreft een aftoppingsregeling in een sociaal plan is het aan te raden om zo veel mogelijk aan te sluiten bij het inkomensverlies tot de AOW-leeftijd (of eventueel de reguliere pensioendatum binnen de onderneming). Daarbij dient overwogen te worden of er alternatieven zijn voor een aftoppingsregeling die minder onderscheid maken. Bij het vastleggen van de aftoppingsregeling geldt – evenals bij het pensioenontslagbeding – dat begrippen duidelijk omschreven zijn, mede in het licht van de begrippen zoals gebruikt in andere communicatie van de werkgever. Daarnaast verdient het aanbeveling om duidelijk vast te leggen of het de bedoeling is dat de AOW-leeftijd eventueel onderhevig is aan wijzigingen als gevolg van toekomstige wetswijzigingen.