

Verhoging AOW-leeftijd: is de werkgever aansprakelijk voor een AOW-gat?

TPV 2020/4

1. Inleiding

Op 5 juli 2019 werd de Wet temporisering verhoging AOW-leeftijd gepubliceerd in het Staatsblad.² Deze zal grotendeels per 1 januari 2020 in werking treden. Het ‘vertragen van de verhoging’ van de AOW-leeftijd, neemt niet weg dat de loskoppeling in 2013 van de AOW-leeftijd en de leeftijd van 65 jaar nog regelmatig leidt tot discussies en procedures. Het ‘AOW-gat’ is nog steeds actueel. Met het AOW-gat wordt hier bedoeld de situatie dat de aan een arbeidsvoorwaarde gekoppelde eindleeftijd nog aansluit bij de leeftijd van 65 jaar. Dit terwijl de AOW-uitkering op een latere leeftijd aanvangt. Er ontstaat aldus een gat in het inkomen. Te denken valt bijvoorbeeld aan arbeidsvoorwaarden zoals een bovenwettelijke (wachtgeld)uitkering, arbeidsongeschiktheidsverzekeringen of arbeidsongeschiktheidspensioenen.

Aanleiding voor dit artikel vormen twee recente uitspraken. In beide zaken werden de werkgevers (privaatrechtelijke rechtspersonen) aangesproken op compensatie van een AOW-gat. Mede aan de hand van deze uitspraken zal ik de positie van de private werkgever bespreken. Tevens sta ik stil bij uitspraken over dit onderwerp in de publiekrechtelijke sfeer, alsmede diverse oordelen van het College voor de Rechten van de Mens (CRM). Ik ga in op de vraag hoe de verschillende uitspraken van deze instanties zich tot elkaar verhouden.

Hoewel de uitspraken zich veelal concentreren op de vraag of sprake is van verboden leeftijdsonderscheid, bespreek ik voorts of een werkgever op andere gronden gehouden is tot compensatie. Tot slot ga ik kort in op de vraag of een vergelijking valt te maken met uitspraken over het pensioenontslagbeding en rond ik af met een conclusie.

2. Twee recente uitspraken

Wie in de gepubliceerde rechtspraak zoekt op de term ‘AOW-gat’, struikelt al snel over een grote hoeveelheid uitspraken in de publiekrechtelijke sfeer. Er zijn mij slechts enkele uitspraken bekend waarin een private werkgever werd aangesproken op compensatie van een AOW-gat. Twee daarvan dateren van dit jaar.

2.1 Rechtbank Amsterdam

Feiten en omstandigheden

In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam vorderde een voormalig werknemer van de Vrije Universiteit (VU) doorbetaling van een bovenwettelijke wachtgelduitkering. Deze eindigde bij 65 jaar.³ Het dienstverband was in 2011 door de VU opgezegd. De bovenwettelijke uitkering vloeide voort uit de CAO Nederlandse Universiteiten (CAO NU) en de Bovenwettelijke werkloosheidsregeling Nederlandse Universiteiten 2008 (BWNU 2008). De CAO bepaalde dat de uitkering voortduurde ‘tot de dag waarop de betrokkene 65 jaar wordt.’ Volgens eiser was hierdoor sprake van een AOW-gat van 27 maanden. De latere versie van de BWNU (2015) sluit wel aan bij de nieuwe AOW-leeftijd en bevat voor specifieke gevallen tevens een compensatieregeling.

Vordering en verweer

Eiser stelt dat een einde van de uitkering bij 65 jaar in strijd is met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). De VU verweert zich en stelt niet af te mogen wijken van de CAO. Tevens betwist de VU het verboden leeftijdsonderscheid. Is wel sprake van verboden onderscheid dan wordt deze objectief gerechtvaardigd vanwege het doel: ‘een afgewogen stelsel van (aanvullende) financiële voorzieningen waarvoor geldt dat binnen de beschikbare budgetten keuzes gemaakt moeten worden’. De VU is bovendien eigenrisicodrager. Indien de VU ook nog gehouden wordt het AOW-gat te dichten, ontvangt eiser aanzienlijk meer compensatie dan de destijds geldende kantonrechtformule en voorts onevenredig meer dan andere (ex-)collega’s.

Oordeel kantonrechter

Het oordeel is helder: ten tijde van de opzegging (2011) was de BWNU 2008 nog van toepassing. Deze sloot aan bij de leeftijd van 65. Onder die voorwaarden heeft eiser recht op de uitkering gekregen. De leeftijd van 65 werd destijds op grond van art. 7 lid 1 sub c WGBL objectief gerechtvaardigd en kan niet met terugwerkende kracht als nog nietig worden.

De BWNU 2015 (en daarin opgenomen compensatieregeling) trad pas in werking nadat de uitkering van eiser al was ingegaan. Eiser kan daar geen beroep op doen. Gerefereerd wordt aan een arrest van de Hoge Raad waarin werd geoordeeld dat het toepassen van een cao op arbeidsovereenkomsten, die op het moment van afsluiten reeds zijn geëindigd, zich niet verdraagt met het wettelijk stelsel van cao’s.⁴ De BWNU 2015 is in verschillende op-

1 Mr. J. Kaldenberg CPL is advocaat bij Delissen Martens advocaten belastingadviseurs mediation.

2 Stb. 2019, 246 Wet temporisering verhoging AOW-leeftijd.

3 Rb. Amsterdam 1 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2395, JAR 2019/97 (Stichting VU).

4 HR 27 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2614, m.nt. T. Koopmans, NJ 1998/709 (Vervoersbond FNV/Jac. Kuypers).

zichten versoerd. Eiser kan niet alleen opteren voor de gunstige bepalingen.

De verhoging van de AOW-leeftijd was bij invoering van de BWN 2008 nog niet voorzien, zodat het AOW-gat niet voor rekening en risico van de werkgever kan komen. Tot slot is er geen rechtvaardiging voor te vinden dat eiser 'buitensporig' meer ontvangt dan andere ex-werknemers van de VU. Mij is bekend dat tegen deze uitspraak hoger beroep is ingesteld.

2.2 **Rechtbank Den Haag**

Feiten en omstandigheden

In een uitspraak van de Rechtbank Den Haag vordert een voormalig werknemer van SVN eveneens doorbetaling van een bovenwettelijke wachtgelduitkering.⁵ De uitkering was gebaseerd op een ondernemings-cao met incorporatie van het Besluit bovenwettelijke uitkeringen bij werkloosheid voor de sector Rijk 2003 (Besluit 2003). Volgens dit besluit eindigt de uitkering bij 65 jaar. In het Besluit 2013 wordt wel aangesloten bij de nieuwe AOW-leeftijd. De arbeidsovereenkomst was per 1 januari 2011 ontbonden.

Vordering en verweer

Vordering en verweer zijn vrijwel identiek aan de VU-zaak. SVN stelt voorts dat eiser geen beroep kan doen op Besluit 2013, nu eiser op dat moment al uit dienst was. De verwijzing in de cao is niet dynamisch geformuleerd.

Oordeel kantonrechter

Het oordeel is eveneens gelijk aan die in de VU-zaak. Ten tijde van uitdiensttreding was de CAO 2006 (en dus Besluit 2003) van toepassing. Deze gaat uit van 65 jaar. Dat is een direct onderscheid op basis van leeftijd, maar deze werd op grond van art. 7 lid 1 sub c WGBL objectief gerechtvaardigd. Van een nietig beding is daarom geen sprake. Een andere lezing komt in strijd met de rechtszekerheid en het stelsel van cao's waarvan het uitgangspunt is dat hieraan in beginsel alleen rechten kunnen worden ontleend tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst. Mij is bekend dat in deze zaak geen hoger beroep is ingesteld.

3. **Tussentijdse beschouwing**

In beide zaken vangen de voormalig werknemers bot. De 'uitkering is ingegaan' op het moment dat de leeftijd van 65 jaar (op grond van art. 7 lid 1 sub c WGBL) nog objectief werd gerechtvaardigd. Van een nietige bepaling kan dan geen sprake zijn. Bepalend lijkt daarmee de rechtstoestand ten tijde van beëindiging van het dienstverband c.q. het ingaan van de bovenwettelijke uitkering.

De benadering sluit aan bij een oudere uitspraak van de kantonrechter Utrecht.⁶ De zaak betrof twee voormalig werknemers van Achmea. In 2006 vond een reorganisatie plaats. Op basis van het sociaal plan kozen eisers ervoor tot de AOW-leeftijd (65 jaar) in dienst te blijven. Er ontstond later een AOW-gat van zes maanden. Eisers vorderden (zonder succes) dat zij gedurende deze periode in dienst mochten blijven. De kantonrechter overweegt dat ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst de pensioenrichtdatum en AOW-leeftijd nog samenvielen (objectieve rechtvaardiging). Peildatum voor de beoordeling is het moment waarop de afspraak tot stand komt en niet de uitvoering daarvan.

In de drie uitspraken slaagt het beroep op verboden leeftijdsonderscheid niet. Dat is – voor zover mij bekend – alleen anders in een zaak bij de Rechtbank Den Haag van 26 september 2017.⁷ Deze betrof vier voormalig werknemers van het Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers (COA), zijnde een zelfstandig bestuursorgaan. Uit de behandeling door de civiele rechter leid ik af dat eisers een arbeidsovereenkomst hadden. De dienstverbanden waren tussen 2004 en 2011 beëindigd vanwege een reorganisatie. Aan eisers was een wachtgelduitkering toegekend op grond van de CAO Welzijn en Maatschappelijke dienstverlening. Duur daarvan was afhankelijk van de leeftijd ten tijde van het ontslag en het aantal dienstjaren.

De kantonrechter overweegt dat medewerkers die 50 jaar of ouder zijn ten tijde van ontslag en minder dan tien dienstjaren hebben, een 'zuiver nadeel' kunnen lijden. Voor hen eindigt de uitkering namelijk na het verstrijken van de termijn, maar niet later dan de 65-jarige leeftijd. Zij worden benadeeld ten opzichte van de medewerkers die 50 jaar of ouder zijn ten tijde van ontslag en meer dan tien dienstjaren hebben. Voor hen wordt de uitkering namelijk hoe dan ook verlengd tot de 65-jarige leeftijd. Ook deze groep kan te maken krijgen met een AOW-gat, maar de kantonrechter gaat ervan uit dat deze groep de maximale wachtgeldtermijn geconsumeerd zal hebben. Als zij nadeel lijden is dat nadeel 'relatief'.

Opvallend is dat de (civiele) kantonrechter in deze zaak niet toetst aan het moment dat partijen de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen, dan wel het moment waarop de wachtgelduitkeringen zijn ingegaan. Beide momenten lagen immers ruimschoots vóór het moment van verhoging van de AOW-leeftijd. Uit de uitspraak valt niet af te leiden of het COA 'de partijafspraken' aan de voormalig werknemers heeft tegengeworpen.

Uit de verschillende uitspraken kan worden afgeleid dat de eindleeftijd van 65 jaar in bovenwettelijke uitkeringen die zijn overeengekomen en ingegaan vóór 1 januari 2013, weliswaar een direct leeftijdsonderscheid meebrengt, maar dat deze op grond van art. 7 lid 1 sub c

5 Rb. Den Haag 6 juni 2019, zaaknr. 7299326, *AR-Updates.nl* 2019-0633 (SVN/Werkneemster).

6 Rb. Midden-Nederland 27 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1879, *PJ* 2016/76.

7 Rb. Den Haag 26 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12911, *JAR* 2017/297, *AR* 2017/5910.

WGBL (nog altijd) objectief gerechtvaardigd is. Daaruit volgt dat bovenwettelijke uitkeringen die zijn overeengekomen en ingegaan op of ná 1 januari 2013 en nog altijd de eindleeftijd van 65 jaar hanteren wel in strijd kunnen komen met de WGBL. De eindleeftijd van 65 jaar levert in die gevallen een direct leeftijdsonderscheid op. Direct vanwege het feit dat 65-minners wel en 65-plussers geen uitkering meer ontvangen. Dat onderscheid zal dan objectief gerechtvaardigd moeten worden, waarbij de werkgever heeft uit te leggen dat het vast blijven houden aan de eindleeftijd van 65 jaar (ondanks de verhoging van de AOW-leeftijd) een legitiem doel dient en het middel passend en noodzakelijk is.

Met de opmerking van de Kantonrechter Amsterdam 'De wijziging van de AOW-leeftijd in 2013 was bij invoering van de BWN 2008 *nog niet voorzien*, zodat het AOW-gat niet voor rekening en risico van de werkgever kan komen', lijkt 'voorzienbaarheid' nog een rol te kunnen spelen. Daarmee lijkt de suggestie gewekt dat de eindleeftijd van 65 jaar ook vóór 1 januari 2013 in strijd kan zijn met de WGBL, indien de arbeidsvoorwaarde is overeengekomen op een moment dat de verhoging van de AOW-leeftijd reeds voorzienbaar was.

De bovenwettelijke uitkeringen in de behandelde uitspraken hadden alle het karakter van een 'wachtgelduitkering' (aanvulling op een wettelijke werkloosheidsuitkering). Over andersoortige arbeidsvoorwaarden kom ik later nog te spreken.

4. Uitspraken bestuursrechter

In de bestuursrechtspraak zijn aanzienlijk meer uitspraken terug te vinden over het AOW-gat. De meeste uitspraken hebben betrekking op de bovenwettelijke c.q. wachtgelduitkeringen van burgerambtenaren en ex-militairen bij defensie. Deze zal ik eerst behandelen, gevolgd door overige signaleringen in de bestuursrechtspraak.

4.1 Wachtgelduitkeringen defensie

In 2014 was het CRM al twee keer tot het oordeel gekomen dat het eindigen van wachtgelduitkeringen bij defensie met ingang van de leeftijd van 65, direct verboden onderscheid opleverde.⁸ Vervolgens was het de beurt aan de bestuursrechter. De Rechtbank Overijssel nam op 24 februari 2015 het oordeel van het CRM over.⁹ In het geding was een wachtgelduitkering van een voormalig burgerambtenaar. De uitkering was gebaseerd op het Wachtgeldbesluit burgerlijke ambtenaren defensie (Wbad). Het oordeel is resoluut:

"In dit verband wil de rechtbank benadrukken dat de leeftijd van 65 jaar inmiddels volstrekt willekeurig is geworden nu deze niet meer samen hangt met het op deze leeftijd gaan ontvangen van AOW of pensioen".

In haar oordeel betreft de rechtbank dat ABP inmiddels de pensioenleeftijd had aangepast, alsmede dat de ontslagleeftijd in het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) overeenkomstig de AOW was verhoogd.

Korte tijd later bereikte de Minister van Defensie – in overleg met de vakbonden – een akkoord over een compensatieregeling, genaamd 'Voorlopige Voorziening tegemoetkoming inkomensderving als gevolg van de ophoging AOW leeftijd', welke op 1 oktober 2015 in werking trad.¹⁰ Deze regeling wist echter geen einde te maken aan de procedures tegen defensie. De uitkering eindigde nog steeds bij 65 jaar. Dit wel met betaling van een maandelijkse tegemoetkoming ter hoogte van een bruto AOW-uitkering (inclusief vakantietoeslag) zoals deze gegolden zou hebben indien vanaf 65 jaar AOW was toegekend.

Betrokkenen stelden nog altijd schade te lijden, nu de compensatie ter hoogte van de bruto AOW-uitkering lager was dan de wachtgelduitkering die zij eerder ontvingen. Ondanks de compensatieregeling was volgens de Rechtbank Den Haag nog altijd sprake van een niet te rechtvaardigen 'excessieve inbreuk' en daarmee van verboden leeftijdsonderscheid.¹¹ De CRvB nam dat oordeel op 18 juli 2016 over.¹²

Nadien werd de compensatieregeling door defensie verder uitgebreid. De eerste stap was de zogenoemde 'tegemeetkoming AOW-hiaat': een maandelijkse bruto uitkering gelijk aan een netto AOW-uitkering (inclusief vakantietoeslag) voor de periode vanaf 65 tot de verhoogde AOW-leeftijd. De tweede stap in 2016 was de zogenoemde 'aanvullende maatregel': deze geldt indien in de periode vanaf 65 tot het bereiken van de verhoogde AOW-leeftijd, het totaalbedrag van de tegemoetkoming AOW-hiaat, vermeerderd met het ouderdomspensioen, netto minder dan 90% van de gerechtvaardigde aanspraak bedraagt. Dan wordt het bruto bedrag van de tegemoetkoming zodanig aangevuld dat deze in ieder geval gelijk is aan 90% van de gerechtvaardigde aanspraak. De 'gerechtvaardigde aanspraak' is het bedrag van de gecombineerde netto AOW- en pensioenuitkeringen die bij 65 zouden zijn uitgekeerd als de AOW en pensioenleeftijd nog steeds 65 jaar zouden zijn.¹³

8 CRM 1 september 2014, oordeel 2014-105 waarin de vakbonden het CRM verzochten te beoordelen of sprake was van verboden onderscheid. Het betrof de bovenwettelijke uitkering voor burgerambtenaren op grond van het Sociaal Beleidskader en Wachtgeldbesluit burgerlijke ambtenaren defensie (Wbad). Zie voorts CRM 11 december 2014, oordeel 2014-156 waarin het ging om een gewezen militair en de bovenwettelijke uitkering op grond van de Uitkeringswet Gewezen Militairen (UGM).

9 Rb. Overijssel 24 februari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:974. Zie tevens Rb. Noord-Holland 9 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2878, PJ 2015/88.

10 *Stcr*. 28 september 2015, nr. 31772.

11 Rb. Den Haag 24 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15786, TAR 2016/37.

12 CRvB 18 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2614, TAR 2016/136.

13 Ter gelegenheid van de defensie nota 2018 werd deze aanvullende maatregel nog eens verhoogd naar 100% (*Kamerstukken II*, 2017/18, 34919, nr. 1).

Na toepassing van de compensatiemaatregelen kwam de kwestie in 2017 opnieuw bij de CRvB.¹⁴ De CRvB overweegt allereerst dat *'het beginsel van non discriminatie een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is, zodat de nationale rechter elke met dit beginsel strijdige bepaling van nationaal recht buiten beschouwing moet laten'*.¹⁵ Richtlijn 2000/78/EG vormt een nadere concretisering van voornoemd beginsel op het vlak van arbeid en beroep.¹⁶ Het *'beoogt een algemeen kader te scheppen ter waarborging van voor een ieder gelijke behandeling in arbeid en beroep, door het bieden van effectieve bescherming tegen discriminatie op één van de in artikel 1 van de Richtlijn genoemde gronden, waaronder leeftijd'*.¹⁷

De vraag of sprake is van verboden onderscheid, stond in deze procedure al niet meer ter discussie. Partijen gingen daarvan reeds uit. De CRvB overweegt met verwijzing naar art. 6 van voormelde Richtlijn vervolgens, dat *'een verschil in behandeling op grond van leeftijd geen verboden discriminatie oplevert, indien'*:¹⁸

- *het verschil objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd*;¹⁹
- *er sprake is van een legitiem doel; en*
- *de middelen om het doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn*.²⁰

Daar waar de compensatieregeling in 2016 de eindstreep niet had gehaald, nu deze een excessieve inbreuk niet kon voorkomen, lukte dat in 2017 alsnog. De CRvB oordeelde dat, voor zover sprake is van een onderscheid naar leef-

tijd, deze objectief gerechtvaardigd is.²¹ Van een excessieve inbreuk was niet langer sprake.

Ondanks dit oordeel van de CRvB in 2017 kon defensie het 'AOW-gat dossier' nog niet sluiten. Nog altijd komen er uitspraken voorbij waarin betrokkenen – in plaats van compensatie – doorbetaling van de uitkering vorderen,²² of stellen dat de compenserende maatregelen voor hen niet voldoende zijn.²³

4.2 Overige bestuursrechtspraak

Wat valt er nog meer op in de bestuursrechtspraak over het AOW-gat?

Allereerst zijn dat uitspraken van de Rechtbank Overijssel en de Rechtbank Den Haag waarvan de uitkomsten lijnrecht tegenover elkaar staan. Het betreffen wederom procedures tegen defensie, maar ditmaal over een ander soortige regeling. Op grond van het Burgerlijk ambtenaren reglement defensie (BARD), kan op eigen verzoek eervol ontslag worden verleend. Op grond van het Sociaal Beleidskader van defensie kan in dat geval een zogenoemd 'GMI' worden verstrekt, hetgeen staat voor een Gegarandeerd Maandelijks Inkomen. Deze regeling eindigt bij het bereiken van de leeftijd van 65.

Bij uitspraak van 12 augustus 2015 oordeelde de Rechtbank Overijssel dat het GMI beschouwd moet worden als een 'afkoopregeling'.²⁴ Dat destijds voor de eendeleefte van 65 is gekozen omdat de betrokkenen op dat moment nog recht zouden krijgen op AOW, doet er niet aan af dat ook voor een ander levensjaar gekozen had kunnen worden. Relevant is volgens de kantonrechter dat voor een GMI betrokkene zelf ontslag moet nemen (in tegenstelling tot een wachtgelduitkering). Een GMI is daarmee niet aan te merken als een 'loonvervangende uitkering', zodat geen sprake kan zijn van strijd met de WGBL.

De Rechtbank Den Haag kwam niet veel later tot een geheel ander oordeel over het GMI.²⁵ Ondanks dat de rechtbank overweegt dat eiser in 2015 zelf ontslag had genomen, wist van de eendeleefte van 65 en de gevolgen

14 CRvB 1 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1904, PJ 2017/112, TAR 2017/133 voor de ex-militairen. Zie in dezelfde zin CRvB 26 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1473, PJ 2017/80, TAR 2017/120 voor de ex-burgerambtenaren.

15 De CRvB verwijst hiervoor naar de volgende uitspraken van het Europees Hof van Justitie: C-144/04 Mangold, pt. 75 en 77, C-555/07 Swedex, pt. 21, 50 en 51.

16 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

17 De CRvB verwijst op dit punt naar de uitspraken: C-411/05 Palacios de la Villa, pt. 42, C-388/07 Age Concern, pt. 23 en C-555/07 Swedex, pt. 20.

18 De genoemde criteria komen voort uit de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie. In de zaak C-45/09 Rosenblatt, pt. 41 is geoordeeld dat *'lidstaten en sociale partners op nationaal niveau over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken, niet alleen bij de beslissing welke doelstelling van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt.'*

19 Het hof oordeelt in dit verband of de genomen maatregelen 'niet onredelijk dan wel kennelijk ongeschikt zijn om het doel te bereiken', C-515/13 Landin, pt. 27 en 28, C-546/11 Dansk Jurist- og Økonomforbund, pt. 55 en 58 en C-499/08 Andersen, pt. 35.

20 Het criterium van 'passend en noodzakelijk' houdt in, dat: (1) het middel niet verdergaat dan noodzakelijk voor verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen en voorts dat deze (2) niet op excessieve wijze inbreuk mag maken op de 'gerechtvaardigde aanspraken' van werknemers. Het 'middel moet in zijn eigen regelingcontext worden geplaatst en rekening moet worden gehouden met zowel het nadeel dat daaraan kleefte voor de betrokken personen als met het voordeel daarvan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat'. Zie C-45/09 Rosenblatt, pt. 73 en C-411/05 Palacios de la Villa, pt. 73.

21 De CRvB voegt daar (r.o. 6.3.6) nog aan toe dat: *'de wijziging van de context van een wet, die inhoudt dat het doel van de wet wordt gewijzigd, op zichzelf niet uitsluit dat een legitiem doel wordt nagestreefd en dat het naast elkaar bestaan van verschillende doelstellingen evenmin uitsluit dat sprake is van een legitiem doel'*. Om vervolgens ten aanzien van de doelstelling van de Uitkeringswet Gewezen Militairen (UGM) te overwegen: *'anders dan [appellanten] menen, komt voor de vaststelling van het doel dus niet alleen betekenis toe aan hetgeen bij de totstandkoming van de UGM is overwogen'*, zulks met verwijzing naar de zaak C-159/10 Fuchs, pt. 41 en 44.

22 Zie Rb. Oost-Brabant 15 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:219 waarin de rechtbank oordeelde dat 'doorbetaling van wachtgeld' niet wordt gezien als gerechtvaardigde aanspraak. Het inkomen van eiser zou er dan aantmerkelijk op vooruit zijn gegaan.

23 Zie CRvB 13 december 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:4031 waarin de CRvB oordeelde dat appellant niet draagkrachtig heeft gemotiveerd, noch een inkomensoverzicht heeft verstrekt en derhalve onvoldoende duidelijk heeft gemaakt wat de financiële gevolgen voor hem zijn. Zie voorts Rb. Zeeland-West-Brabant 18 december 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:7023.

24 Rb. Overijssel 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3753.

25 Rb. Den Haag 21 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14063, TAR 2017/38.

daarvan, luidde het oordeel dat sprake is van verboden onderscheid. De rechtbank verwijst naar de onder 4.1 behandelde jurisprudentie en geeft defensie een veeg uit de pan:

“de omstandigheid dat de bepaling niet is aangepast getuigt van onvoldoende besef van de onmiskenbare bedoeling van de regeling, hetgeen onzorgvuldigheid en strijd met het gelijkheidsbeginsel oplevert.”

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde dat een voormalig medewerker van een ambulancedienst zijn AOW-gat niet gecompenseerd kreeg.²⁶ Sinds 2008 maakte hij gebruik van functioneel leeftijdsontslag (FLO). De kantonrechter overweegt dat eiser de keuze had al dan niet met FLO te gaan: ‘iedere keuze heeft financiële consequenties’. Voorts werd geoordeeld dat de gewijzigde FLO-regeling met compensatievoorziening niet van toepassing was. Richting eiser was immers steeds duidelijk gecommuniceerd dat de oude regeling van toepassing zou blijven. Het feit dat in andere sectoren compensatie wordt geboden, levert geen strijd met het gelijkheidsbeginsel op bij gebreke van gelijke gevallen.

Een andere uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant betrof een voormalig medewerker van de Erasmus Universiteit.²⁷ Het eindigen van de bovenwettelijke uitkering op grond van de BWNU 2014 bij de leeftijd van 65 werd als een verboden onderscheid aangemerkt. De uitspraak bevestigt nog eens dat de gerechtvaardigde aanspraak er evenwel niet uit bestaat dat de uitkering tot de gewijzigde AOW-leeftijd wordt gecontinueerd. Dat was volgens de kantonrechter immers ‘nooit de bedoeling’. In gelijke zin had de CRvB in 2017 al geoordeeld.²⁸

Tot slot vormt de aanwezigheid van een vaststellingsovereenkomst een belangrijke omstandigheid. In een zaak bij de CRvB in 2018 vorderde een voormalig medewerker van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) compensatie van een AOW-gat nadat hij al in 1999 een vaststellingsovereenkomst had gesloten. Deze strekte tot eervol ontslag per 1 januari 2000.²⁹ Hij ontving een wachtgelduitkering op grond van het Rijkswachtgeldbesluit 1959 welke onlosmakelijk deel uitmaakte van de overeenkomst. Tevens werd finale kwijting overeengekomen.

De CRvB overweegt – met verwijzing naar vaste rechtspraak – dat afspraken in een vaststellingsovereenkomst worden aangemerkt als een ‘nadere regeling van de uitoefening van de aan de Minister toekomende ontslagbevoegdheid’. Partijen zijn daaraan op grond van het ‘beginsel van

rechtszekerheid’ gebonden.³⁰ Vervolgens oordeelt de CRvB dat niet is gebleken van ‘wilsgebreken’ dan wel zodanig ‘bijzondere omstandigheden’ dat volledige nakoming van de afspraken niet (meer) in redelijkheid kan worden verlangd. Met verwijzing naar het Haviltex-criterium, overweegt de CRvB voorts dat de wijziging van de AOW ‘een gevolg is van sociaal economische en politieke ontwikkelingen welke niet als een zodanig bijzondere omstandigheid kan worden beschouwd’. Het is ‘niet aannemelijk dat de bedoeling van partijen is geweest om de uitkering na de einddatum door te laten lopen in geval van verhoging van de AOW-leeftijd’. De enkele omstandigheid dat de einddatum samenhangt met de AOW-datum is hiervoor onvoldoende.³¹ Deze uitkomst komt overeen met vaste rechtspraak in dit kader.³²

5. Uitspraken College voor de Rechten van de Mens

Zoals eerder opgemerkt heeft het CRM zich onder meer uitgelaten over leeftijdsdiscriminatie in bovenwettelijke uitkeringen van defensie en de politie. In oordeel 2014-156 stond de Uitkeringswet Gewezen Militairen (UGM) centraal.³³ Het einde daarvan hing samen met de aanvang van het ABP-pensioen (destijds nog 65). Het college overweegt dat de UGM geen sollicitatieplicht kent of anderszins een voorwaarde van ‘beschikbaar blijven voor werk’. Het betreft om die reden ‘geen werkloosheidsuitkering, maar heeft het karakter van pensioen’. Er is dan ook geen sprake van een relevant verschil tussen verzoeker en jongere militairen. Het eindoordeel luidt dat geen goede reden bestaat voor het gemaakte onderscheid. Het middel

30 Zie ook CRvB 13 oktober 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BT8812, AB 2011/374, m.nt. R. Ortlep.

31 Zie r.o. 3.2 van CRvB 1 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3463 waarin de CRvB nog overweegt: ‘niet uit het oog mag worden verloren dat een vaststellingsovereenkomst ertoe dient om voor beide partijen optimale rechtszekerheid te creëren voor een toekomstige periode die allerlei onzekerheden kent. Appellante heeft tijdens de uitvoerige onderhandelingen allerlei belangrijke voordelen voor zichzelf bedongen. Niets wijst erop dat partijen bij het tot stand komen van de vaststellingsovereenkomst beoogd hebben ruimte te laten voor een gewijzigde uitvoering van de vaststellingsovereenkomst op het punt van de einddatum.’ Dat het beding ter zake finale kwijting een ‘betrekkelijke werking’ zou hebben was niet gebleken. De CRvB acht het oordeel van de rechtbank daarom juist dat deze geen betrekking had op compensatie van een AOW-gat waarvan in 2000 ook nog geen sprake was, maar van het verlies van pensioenopbouw in de periode waarin appellant recht heeft op een uitkering.

32 Zie tevens CRvB 1 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:329, PJ 2018/125 waarin verzocht werd de einddatum met 4,5 maand te verlengen. Ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst was reeds algemeen bekend dat er een verhoging van de AOW-leeftijd aan zat te komen. Appellant werd tevens bijgestaan. De mogelijkheid dat ‘aanspraken op grond van wettelijke (pensioen)uitkeringen naar aanleiding van sociaal economische en politieke ontwikkelingen worden gewijzigd’ wordt niet beschouwd als bijzondere omstandigheid. AOW-gat nota bene tijdens de onderhandelingen aan de orde geweest. Zie voorts Rb. Den Haag 15 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1645 waarin dezelfde criteria worden aangehaald, maar wel een bijzondere omstandigheid werd aangenomen. Deze bestond uit toezeggingen van de HR-manager dat in de leeftijd van 65 jaar de aangepaste AOW-leeftijd gelezen moest worden (honorering gerechtvaardigd vertrouwen).

33 CRM 11 december 2014, oordeel 2014-156. Zie in gelijke zin CRM 1 september 2014, oordeel 2014-105 ten aanzien van de bovenwettelijke uitkering voor burgerambtenaren op grond van het Sociaal Beleidskader en Wachtgeldbesluit burgerlijke ambtenaren defensie.

26 Rb. Zeeland-West-Brabant 27 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1348.

27 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 december 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:7076.

28 CRvB 1 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1904, PJ 2017/112, TAR 2017/133 en CRvB 26 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1473, PJ 2017/80, TAR 2017/120. Zie voorts Rb. Zeeland-West-Brabant 18 december 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:7023 en Rb. Oost-Brabant 15 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:219.

29 CRvB 1 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3463, ABkort 2018/541.

is niet passend te achten volgens het college, nu in de wetsgeschiedenis bij de UGM wordt gesteld dat deze 'bedoeld is om' de gewezen militair 'een redelijk inkomen' te verschaffen. De inkomensterugval is derhalve in strijd met het doel van de wet.

Een ander oordeel van het CRM dat regelmatig wordt aangehaald betreft oordeel 2015-53, waarin het ging om de bovenwettelijke uitkering van de Nationale Politie.³⁴ De betreffende uitkering was gebaseerd op het Besluit bovenwettelijke werkloosheidsuitkering politie (Bbwp). Het college oordeelt dat sprake is van verboden leeftijdsonderscheid, nu in de nota van toelichting van de Bbwp de einddatum van de uitkering expliciet is gekoppeld aan de AOW-leeftijd. Van belang is dat door de Nationale Politie niet werd betwist dat sprake was van een verboden onderscheid. De politievakbonden waren al enige tijd in onderhandeling over wijziging van de regeling. Het verweer in de procedure was zo ongeveer beperkt tot de stelling dat men (lopende de onderhandelingen met de vakbonden) niet anders kon dan de regeling uitvoeren zoals deze op dat moment nog van toepassing was.³⁵

Tot slot wijs ik op oordeel 2019-3.³⁶ Wanneer tussen partijen een vaststellingsovereenkomst is gesloten, zal dat in principe leiden tot niet-ontvankelijkheid bij het CRM. Een voormalig medewerker van de Radboud Universiteit was op basis van een vaststellingsovereenkomst in 2011 uit dienst getreden. Daarin was vermeld dat aanspraak bestond op een bovenwettelijke werkloosheidsuitkering op grond van de op dat moment geldende bepalingen. Het college oordeelt dat vanwege het feit dat er een vaststellingsovereenkomst is gesloten er geen inhoudelijk onderzoek kan plaatsvinden. Niet-ontvankelijkheid is het gevolg.³⁷

6. Hoe verhouden de uitspraken van de verschillende instanties zich tot elkaar?

Hiervoor heb ik zowel civiele- als bestuursrechtspraak behandeld over het AOW-gat, alsmede oordelen van het CRM. De conclusie die ik trek is dat in de civiele rechtspraak een beroep op verboden leeftijdsonderscheid aanzienlijk minder kans van slagen heeft. Dat is opvallend, want zowel de civiele rechter als de bestuursrechter toetsen aan de WGBL.

³⁴ CRM 18 mei 2015, oordeel 2015-53 en oordeel 2015-54.

³⁵ Zie voor een vrijwel identieke casus en oordeel CRM 22 december 2016, oordeel 2016-144 waarin het ging om een voormalig Regio Verkeersleider van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu.

³⁶ CRM 17 januari 2019, oordeel 2019-3. Het college stelt vast dat 'partijen de bedoeling hebben gehad om de aanspraak op een bovenwettelijke uitkering definitief vast te stellen in conformiteit met de bepalingen van de BWNU 2008, waarin het recht op de uitkering wordt beperkt tot 65'. Dat die datum 'vanwege wijzigingen die sindsdien door de wetgever' zijn doorgevoerd in de AOW niet meer overeenstemt met de datum waarop de man recht krijgt op AOW, doet daar niet aan af.

³⁷ Dat een vaststellingsovereenkomst in principe leidt tot niet-ontvankelijkheid bij het CRM, blijkt voorts uit: CRM 18 november 2014, oordeel 2014-142, CRM 7 oktober 2014, oordeel 2014-119 en 120 en CRM 7 oktober 2013, oordeel 2013-124.

In de civiele zaken wordt het moment waarop de arbeidsvoorwaarde is overeengekomen en/of daadwerkelijk wordt geëffectueerd (aanvang uitkering), als doorslaggevend beschouwd. Ligt dat moment vóór verhoging van de AOW-leeftijd, dan was de eindleeftijd van 65 jaar objectief gerechtvaardigd en kan niet met terugwerkende kracht nietig worden.³⁸ Vanuit de civielrechtelijke bril bezien vind ik dat goed te billijken: 'afpraak is afspraak' en '65 is aldus 65'. Dat levert weliswaar leeftijdsonderscheid op, maar naar de stand van het recht op het moment dat de partijafpraak tot stand kwam, werd dat onderscheid objectief gerechtvaardigd op grond van art. 7 lid 1 sub c WGBL.³⁹ Mijns inziens ligt het zwaartepunt bij het moment dat de arbeidsvoorwaarde werd overeengekomen (meestal bij indiensttreding). Onder de voorwaarden die op dat moment werden afgesproken, werd bijvoorbeeld een recht op een bovenwettelijke uitkering toegezegd (tot 65 jaar). Als de eindleeftijd op dat moment objectief werd gerechtvaardigd (rechtsgeldig was), dan zie ik niet in waarom een eventuele aanvang van de uitkering ná verhoging van de AOW-leeftijd, de rechtsgeldigheid zou kunnen aantasten. Uiteraard kunnen er (onvoorziene) omstandigheden zijn waardoor gemaakte afspraken dienen te wijzigen, maar de lat hiervoor ligt blijkens de behandelde rechtspraak hoog en doorgaans zal de wil van partijen daar uitdrukkelijk op gericht moeten zijn.

Wanneer sprake is van een herziene regeling waarin wordt aangesloten bij de verhoogde AOW-leeftijd, zal sprake moeten zijn van een expliciet aanbod aan voormalig werknemers alvorens deze aan de nieuwe regeling aanspraken kunnen ontlenen. Een vergelijkbare benadering komt terug bij de wijziging van pensioenreglementen na afloop van het dienstverband c.q. de deelneming. Het Hof Amsterdam oordeelde in 2017 bijvoorbeeld:

"Nu de arbeidsovereenkomst tussen partijen vóór 1 januari 1991 tot een einde is gekomen, zijn voor [appellant] de pensioenafspraken blijven gelden die tussen partijen golden ten tijde van het einde van het dienstverband, tenzij partijen daaromtrent nadien nog andersluidende afspraken hebben gemaakt".⁴⁰

De overwegingen in de VU- en SVN-zaak sluiten daarnaast aan bij het reeds aangehaalde arrest van de Hoge Raad.⁴¹

De hiervoor geschetste civiele benadering komt niet terug in de uitspraken van de bestuursrechter en de uit-

³⁸ Zie tevens de conclusie van advocaat-generaal B.J. Drijber van 6 september 2019 waarin nog eens wordt bevestigd dat 'discriminatie met terugwerkende kracht' niet mogelijk is. Het betreft in die zaak de vraag of leeftijdsdiscriminatie werd gemaakt in een pensioenreglement van ABP. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:872. Op het moment van schrijven heeft de Hoge Raad nog geen arrest gewezen.

³⁹ 'Objectief gerechtvaardigd', want gebaseerd op de Algemene Ouderdomswet waarin de pensioengerechtigde leeftijd sinds de invoering in 1956 '65' was geweest. De werknemer werd vanaf dat moment gecompenseerd voor het verlies aan arbeidsinkomen.

⁴⁰ Hof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2045, m.nt. mr. H.P. Breuker (*JT International*).

⁴¹ HR 27 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2614, *NJ* 1998/709.

spraak in de COA-zaak (die komt mij om die reden niet juist voor). Dit lijkt een verklaring voor het verschil in uitkomst. De bestuursrechter oordeelt in de meeste zaken juist wel dat sprake is van leeftijdsonderscheid, zonder acht te slaan op de partijafpraak. Mogelijk omdat daar geen (uitdrukkelijk) beroep op is gedaan. Mogelijk omdat het nemen van de partijafpraak als uitgangspunt, er bij de civiele rechter gewoonweg (bewust of onbewust) in gebakken zit. Een andere verklaring kan gelegen zijn in het feit dat de bovenwettelijke regelingen bij defensie en de politie, in een aantal gevallen voorzien waren van toelichtingen (wetsgeschiedenis) waarin over de 'bedoeling van de regelingen' werd opgemerkt dat zij moesten voorzien in een 'redelijk inkomen' of dat de eindleeftijd aansloot bij de niet nader gedefinieerde 'AOW-leeftijd'. Een discussie over wat partijen in dat geval redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten in het geval de AOW-leeftijd wordt verhoogd, is dan eerder voorstelbaar. Zeker vandaag de dag, nu de AOW-leeftijd allang niet meer een vaste pensioengerechtigde leeftijd kent.

De belangrijkste oorzaak voor de verschillende uitkomsten lijkt echter gelegen in het feit dat in de uitspraken van de bestuursrechter, aan het oordeel dat sprake is van leeftijdsdiscriminatie, veelal een 'erkenning' van de (publiekrechtelijke) werkgever voorafging. Dat was reeds het geval ten tijde van de eerste oordelen over het AOW-gat van het CRM in 2014. De reden voor de erkenning lijkt op basis van de uitspraken gelegen in het feit dat binnen de publieke sector al in een vroeg stadium overleg plaatsvond met de vakbonden over compenserende maatregelen. In verschillende uitspraken komt dat expliciet aan de orde. Het verweer was in die zaken beperkt tot het standpunt dat de onderhandelingen nog niet afgerond waren en de betreffende instantie gehouden was uitvoering te geven aan de regeling die op dat moment nog van toepassing was. Vanwege de erkenning, werd de vraag of al dan niet sprake was van verboden leeftijds onderscheid niet ten volle getoetst.

Voor de volledigheid merk ik nog op dat in beginsel noch uitspraken van de bestuursrechter, noch uitspraken van de CRM voor de civiele rechter bindend zijn.⁴²

7. Andere grondslagen voor aansprakelijkheid?

Is de werkgever op andere gronden aansprakelijk te houden voor een AOW-gat? Voor de hand ligt een beroep op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) of onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).

In de eerder besproken zaak bij de Kantonrechter Utrecht hielden deze gronden geen stand.⁴³ De kantonrechter overweegt dat de AOW leeftijd 'weliswaar onvoorzien'

was, maar '*dat betekent niet dat de werkgever eiser niet aan de vaststellingsovereenkomst mag houden*'. De kantonrechter Amsterdam zag evenmin ruimte om een beroep op een 'hardheidsclausule' in een sociaal plan te honoreren. Het sociaal plan laat er geen misverstand over bestaan wat onder de pensioenrichtleeftijd moet worden verstaan: '*dat is 65*'. Eiser was zich daarvan bewust, werd bijgestaan en heeft geen voorbehoud gemaakt.⁴⁴ Het sociaal plan is niet bedoeld (en kan niet bedoeld zijn) om inkomensverlies tot de pensioengerechtigde leeftijd volledig te dekken.

De Kantonrechter Rotterdam tot slot toont zich ook kritisch.⁴⁵ Uit de regelgeving noch uit andere stukken kan worden afgeleid, dan wel de verwachting worden ontleend, dat in geval van verhoging van de AOW-leeftijd, de uitkeringsduur verlengd zou worden. De AOW-leeftijd is voor eenieder verhoogd.

"In beginsel wordt van iedere ingezetene van Nederland die de AOW-leeftijd nog niet heeft bereikt, een bijdrage gevraagd om het systeem van de AOW betaalbaar te houden."

Dit is '*een keuze van de formele wetgever*'. Voorts overweegt de kantonrechter dat er 'geen bijzondere omstandigheden of medische belemmeringen' zijn voor eiser om in inkomen te voorzien. De situatie van eiser is vergelijkbaar met die van andere werknemers in loondienst die geboren zijn in of na het jaar 1948 en die geconfronteerd worden met een hogere AOW-leeftijd:

"van al deze werknemers wordt verwacht dat zijzelf financiële maatregelen treffen om een AOW-gat te dichtten."

In de VU-zaak werd eveneens expliciet overwogen dat de verhoging van de AOW-leeftijd (in ieder geval in de periode waarin deze niet voorzien was) niet voor rekening en risico van de werkgever kan komen.⁴⁶

Ruimte voor een geslaagd beroep op de redelijkheid en billijkheid of onvoorziene omstandigheden, lijkt daarmee niet snel aanwezig. De (voormalig) werknemer die te maken krijgt met een AOW-gat, lijkt – anders dan in de bestuursrechtelijke jurisprudentie als uitgangspunt wordt genomen – vooral zelf verantwoordelijk het inkomensverlies zoveel mogelijk op te vangen en te beperken. Natuurlijk zijn schrijnende situaties denkbaar, maar daarvoor lijkt de wetgever destijds een andere oplossing te hebben bedacht: de Tijdelijke regeling overbruggingsuit-

⁴² De Hoge Raad heeft dat op 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:738, JB 2019/119, m.nt. N. van Triet nog eens bevestigd ten aanzien van uitspraken van de bestuursrechter.

⁴³ Rb. Midden-Nederland 27 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1879, PJ 2016/76.

⁴⁴ Rb. Amsterdam 24 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2801, AR 2018/0533. De kantonrechter overweegt voorts dat de discussie over de AOW een '*belangrijk maatschappelijk issue*' was, waarover binnen en buiten het parlement uitgebreid is gesproken. De Eerste Kamer heeft op 10 juli 2012 met het voorstel ingestemd. Overwogen wordt dat eiser dus ruim voor het aangaan van de vaststellingsovereenkomst ervan op de hoogte was dat zijn AOW niet bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd in zou gaan.

⁴⁵ Rb. Rotterdam 12 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10397.

⁴⁶ Rb. Amsterdam 1 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2395, JAR 2019/97, r.o. 16.

kering AOW (OBR).⁴⁷ Het voert te ver op deze plaats uitgebreid bij de voorwaarden van de OBR stil te staan. Kort gezegd gaat het erom dat de OBR een compenserende uitkering biedt aan mensen die in verschillende situaties en binnen bepaalde inkomens- en vermogensgrenzen, te maken krijgen met een AOW-gat. Mogelijke situaties zijn bijvoorbeeld: VUT, prepensioen, overbruggingspensioen, FLO, partnerpensioen, arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor (voormalig) zelfstandigen, particuliere ANW-hiaatverzekeringen, WIA/WGA-verzekeringen of wachtgelduitkeringen.

De OBR heeft er, zo blijkt uit de rechtspraak van de CRvB, mede voor gezorgd dat de verhoging van de AOW-leeftijd niet als een met art. 1 Eerste Protocol EVRM strijdige inbreuk op het eigendomsrecht werd gekwalificeerd. Dat is alleen anders in gevallen waarin niettemin sprake is van een 'onevenredig zware last'.⁴⁸ Uit de rechtspraak waarin een beroep werd gedaan op een onevenredig zware last, blijkt enerzijds dat de drempel hoog ligt en wordt anderzijds nog eens de verantwoordelijkheid van eenieder bevestigd om – indien geen aanspraak bestaat op de OBR – zelf het AOW-gat te overbruggen. Met verwijzing naar vaste jurisprudentie oordeelde de CRvB begin dit jaar nog dat voor een beroep op een onevenredig zware last bijvoorbeeld onvoldoende is dat (zwaar) ingeteerd moet worden op het spaargeld en geen recht bestaat op bijstand.⁴⁹

Mocht de drempel van een onevenredig zware last worden gehaald, dan lijkt de betrokkene zich aldus tot de staat te moeten richten (SVB). Een rol voor de werkgever is er niet, anders dan dat de werkgever – mijns inziens onverplicht en al dan niet in overleg met vakbonden – een voorziening zou kunnen treffen.

De OBR is in verscheidene situaties van toepassing. Zo ook in geval van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Dat zou kunnen betekenen dat mijn bevindingen ten aanzien van de bovenwettelijke uitkeringen (in de civiele

sfeer) 'doorgetrokken' kunnen worden naar andere arbeidsvoorwaarden (denk bijvoorbeeld aan een bij 65 jaar eindigende WIA-hiaatverzekering). Oordelen van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KIFID) wijzen – hoewel gericht tegen de uitvoerende verzekeraars – wel in die richting.⁵⁰ De oordelen wijzen erop dat ook uitvoerders niet aansprakelijk zijn voor het feit dat een door hen uitgevoerde arbeidsvoorwaarde eindigt bij de leeftijd van 65 jaar.

Voor bovenwettelijke uitkeringen in de sfeer van pensioen (bijvoorbeeld de arbeidsongeschiktheidspensioenen) is in art. 8 WGBL een belangrijke uitzondering op het verbod op leeftijdsonderscheid opgenomen. Lid 2 bepaalt namelijk dat het verbod niet van toepassing is op 'in pensioenvoorzieningen' vastgelegde pensioengerechtigde leeftijden. Het begrip pensioenvoorziening moet ruim worden uitgelegd en ziet zowel op verplichte als vrijwillige voorzieningen.⁵¹ Het arbeidsongeschiktheidspensioen kwalificeert als zodanig, zodat een daarin opgenomen eindleeftijd van 65 jaar mijns inziens niet met een beroep op verboden leeftijdsonderscheid bestreden kan worden.

8. Pensioenontslagbedingen

De vraag zou kunnen rijzen in hoeverre er een vergelijking valt te trekken tussen de jurisprudentie over het AOW-gat enerzijds en jurisprudentie over pensioenontslagbedingen anderzijds. Daarover kort enkele opmerkingen.

De verhoging van de AOW-leeftijd in 2013 heeft tot veel discussie en rechtspraak geleid omtrent de vraag hoe om te gaan met pensioenontslagbedingen die (ook na de verhoging) aansloten bij de leeftijd van 65.⁵² De conclusie

47 *Stcrt.* 2013, 15137 Tijdelijke regeling overbruggingsuitkering AOW. Deze regeling komt met ingang van 1 januari 2023 te vervallen. Mijns inziens brengt dit mee dat na de vervaldatum eenieder geacht wordt een inkomenssterugval zelf op te vangen, nu inmiddels niet meer gesteld kan worden dat tijdelijke overbruggingsproblemen niet voorzienbaar waren/zijn.

48 CRvB 18 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2503, *USZ* 2016/311. De CRvB oordeelt hierin: 'Het voorgaande laat onverlet dat het mogelijk is dat de toepassing van artikel 7a van de AOW in concrete gevallen leidt tot een onevenredig zware last en tot een schending van artikel 1 van het Eerste Protocol. Of er sprake is van een onevenredig zware last moet van geval tot geval op basis van een deugdelijk individueel feitenonderzoek worden beoordeeld.'

49 CRvB 3 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:143, *NJB* 2019/226, *USZ* 2019/42. Zie ook CRvB 18 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2502. In CRvB 14 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:692 en CRvB 31 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:143, *NJB* 2019/226, *USZ* 2019/42 oordeelde de CRvB dat voor een nadere invulling van een onevenredig zware last 'deugdelijk individueel feitenonderzoek vereist is'. De Beleidsregels in dit kader van de SVB volstaan niet. Niettemin slaagde het beroep op een onevenredig zware last niet. Betrokkene had zich al vanaf 2012/2013 op het AOW-gat kunnen voorbereiden. Zie ook Rb. Noord-Holland 18 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10621, *PJ* 2018/53 waarin de rechtbank nog eens expliciet overwoog dat van personen die een inkomen hebben boven de in de OBR gestelde grenzen, wordt verondersteld dat zijzelf voldoende financiële reserves hebben om een tijdelijk inkomensverlies op te vangen.

50 Zie KIFID 16 oktober 2017, uitspraak 2018-777 waarin is geoordeeld dat het 'de verzekeraar vrijstaat om de grenzen te bepalen van de risico's waartegen hij wel en waartegen hij geen dekking wenst te verlenen'. De einddatum is bepaald op 65: 'aan de hand daarvan heeft de verzekeraar de risico's bepaald en is de premie vastgesteld'. Voorts wordt overwogen dat de verzekeraar zich publiekelijk noch persoonlijk in die zin heeft geuit dat de consument daaraan enige aanspraak op aanvullende uitkering zou kunnen ontleen. In de jaaroverzichten werd uitdrukkelijk gewaarschuwd en in heldere bewoordingen gewezen op de eindleeftijd. Tevens werd gewaarschuwd voor de gevolgen. Zie ook KIFID 17 oktober 2016, uitspraak 2017-477 bevattende de overweging dat de WAO-hiaatverzekering een tussen werkgever en de verzekeraar gemaakte afspraak betreft die 'op het polisblad is vastgelegd'. De omstandigheid dat de wetgever de AOW-leeftijd heeft verhoogd ligt niet in de risicosfeer van de verzekeraar. De financiële consequenties van de verhoging van de AOW-leeftijd kunnen niet op de particuliere verzekeraar worden afgewenteld. Geen schending zorgplicht noch tekortkoming in de nakoming. In gelijke zin KIFID 23 december 2014, uitspraak 2015-335. De werknemer (consument) komt geen beroep toe op een eventuele herziene verzekering van latere datum, welke wel aansluit bij verhoogde AOW-leeftijd. Bij het aangaan van een (nieuwe) verzekering moet sprake zijn van 'onzekerheid' (art. 7:925 lid 1 BW). Dat is een 'essentieel kenmerk' van de verzekeringsovereenkomst. Ten aanzien van werknemers die al ziek waren, geldt dat het verzekerde risico zich al heeft voorgedaan. Zie in die zin KIFID 24 september 2016, uitspraak 2017-586.

51 H.P. Breuker, in: *T&C Pensioenrecht 2019*, art. 12a Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en art. 8 WGBL, aant. 2.

52 Zie voor een uitgebreide bespreking, M. Heemskerk, 'Pensioenontslagbeding na verhoging AOW-leeftijd: oppassen en aanpassen', *ArbeidsRecht* 2013/4.

hiervan luidde dat een dergelijk beding nietig is, want in strijd met de WGBL. Mijns inziens is deze jurisprudentie echter niet van toepassing als het gaat om een AOW-gat welke verband houdt met andere arbeidsvoorwaarden dan die welke het einde van de arbeidsovereenkomst regelen. Vanwege het gesloten ontslagstelsel dat wij in Nederland kennen, dient het pensioenontslag (beding) vanuit een ander perspectief te worden beoordeeld en vanuit het wettelijk kader dat daar uiteindelijk in art. 7 lid 1 sub b WGBL aan is gegeven.

9. Conclusie

De eindleeftijd van 65 jaar in arbeidsvoorwaarden die zijn ingegaan op een moment dat de verhoging van de AOW-leeftijd nog niet was voorzien, leidt mijn inziens niet tot aansprakelijkheid van de werkgever voor een AOW-gat.⁵³ In de civiele rechtspraak is dit – voor zover mij bekend – nu driemaal (waaronder recent in de VU- en SVN-zaak) bevestigd. De leeftijd van 65 was destijds objectief gerechtvaardigd op grond van art. 7 lid 1 sub c WGBL en dat kan niet met terugwerkende kracht anders worden.

De uitspraak (van de civiele rechter) in de COA-zaak, de bestuursrechtspraak en oordelen van het CRM maken dit om hiervoor uiteengezette redenen niet anders. De partijafspraken werd in die zaken niet (zichtbaar) getoetst en veelal ging aan het oordeel dat sprake was van leeftijdsonderscheid een erkenning van de publiekrechtelijke werkgever vooraf. Met name lijkt dat ingegeven door het vroege overleg met vakbonden in de publieke sector over compenserende maatregelen. De vraag naar leeftijdsonderscheid lijkt in die zaken niet ten volle getoetst.

Het standpunt dat in de leeftijd van 65 de inmiddels verhoogde AOW-leeftijd gelezen zou moeten worden ‘omdat partijen dat toch wel bedoeld moeten hebben’ gaat niet op. De bedoeling van partijen kan blijkens de rechtspraak immers niet bij voorbaat gericht zijn geweest op de onvoorziene verhoging. In de context van bovenwettelijke uitkeringen, kan soms wel acht geslagen worden op de wetsgeschiedenis van de betreffende regeling, hetgeen tot een andere uitkomst kan leiden. Een enkele keer wordt het karakter van de uitkering van belang geacht. Zo oordeelde de Rechtbank Overijssel in 2015 dat de aldaar in het geding zijnde bovenwettelijke uitkering niet kwalificeerde als een loonvervangende uitkering, maar een afkoopregeling zodat geen sprake kan zijn van strijd met de WGBL.

De aanwezigheid van een vaststellingsovereenkomst is blijkens de jurisprudentie relevant. In dat geval wordt niet meer toegekomen aan de vraag of sprake is van een verboden onderscheid, hetgeen zowel in de civiele als be-

stuursrechtelijke rechtspraak wordt bevestigd. Bij het CRM leidt dit tot niet-ontvankelijkheid.

De rechtspraak laat zien dat communicatie (zoals altijd) een belangrijke rol speelt. Laat de werkgever onduidelijkheid bestaan over de eindleeftijd of worden er toezeggingen gedaan, dan kan dit tot een ander resultaat leiden. Indien echter duidelijk is gecommuniceerd, dan lijkt er geen ruimte meer voor een geslaagd beroep op de redelijkheid en billijkheid dan wel onvoorziene omstandigheden. Het uitgangspunt is in de rechtspraak dat de werknemer zelf zijn AOW-gat financieel dient op te vangen en beperken. Onder strikte voorwaarden is een beroep mogelijk op de OBR. Wie niet voldoet aan de voorwaarden van de OBR wordt geacht zelf het inkomensverlies op te kunnen vangen. Is niettemin sprake van een onevenredig zware last – de drempel daarvoor ligt hoog – dan dient men zich te wenden tot de staat.

Het AOW-gat is nog altijd actueel en zal dat met toekomstige stijgingen van de AOW-leeftijd voorlopig nog wel blijven. Tijdig anticiperen ligt voor de hand, maar of dat in de praktijk ook altijd zal gebeuren, vraag ik mij af. De per 1 januari 2020 in werking tredende ‘temporiserings’ maakt het AOW-gat wellicht weer wat kleiner (of doet deze minder hard groeien) en biedt wat dat betreft een ‘pleister op de wond’.

⁵³ Zie Rb. Amsterdam 24 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2801, AR 2018/0533 waarin de kantonrechter overwoog dat de Eerste Kamer op 10 juli 2012 heeft ingestemd met het wetsvoorstel en de verhoging vanaf dat moment voorzienbaar gezien de brede maatschappelijke discussie en aandacht.