



**Frédérique Hoppers**

Advocaat / associate partner Pensioen- & Arbeidsrecht bij Dirkzwager advocaten & notarissen N.V. en redactielid P&P



**Geeke Hissink**

Advocaat Ambtenaren-, Arbeids- & Pensioenrecht bij Hekkelman advocaten N.V.

**Generatiebeleid versus langer doorwerken: sluiten ze elkaar uit of is het één niet mogelijk zonder het ander? In de huidige tijdsgeest lijkt het antwoord dat, om het voor meer medewerkers mogelijk te maken om werkend de eindstreep van AOW of ouderdomspensioen te halen, generatiebeleid onontbeerlijk is. Beantwoordt de generatieregeling aan die verwachtingen?**

# Generatiebeleid versus langer doorwerken

**I**n deze bijdrage blikken we eerst terug op alle getroffen overheidsmaatregelen. Daarna bespreken we de generatieregeling en staan stil bij de vraag of een dergelijke regeling wel past binnen de besproken maatregelen. Tot slot gaan we in op een aantal materiële aspecten van de generatieregeling.

## **LANGER DOORWERKEN IS DE NORM**

Al langere tijd worden vanuit de nationale overheid maatregelen getroffen die langer doorwerken vooropstellen, althans, die (financieel) nopen tot langer doorwerken.

In het kader van de VPL-wetgeving zijn bijvoorbeeld in 2006 de vutregelingen, prepensioenregelingen en overbruggingspensioenen afgeschaft voor medewerkers geboren na 1949. Uitgangspunt van de VPL-wetgeving was dat een werknemer pas op 65-jarige leeftijd stopt met werken. Als een werknemer toch eerder met pensioen wil dan kan dat, maar dit is fiscaal dus niet meer gefaciliteerd.

De levensloopregeling, die een alternatief biedt om eerder te stoppen met werken door de inzet van levensloopverlof, is sinds 1 januari 2012 niet meer beschikbaar voor nieuwe deelnemers. Dankzij een

overgangsregeling kunnen de werknemers die op 1 januari 2012 deelnamen in de levensloopregeling en reeds een bedrag van € 3.000,- hadden gespaard, de deelname voortzetten tot uiterlijk 1 januari 2022.

De AOW-leeftijd is vanaf 2013 stapsgewijs verhoogd. Conform het huidige wettelijke kader gaat de AOW-leeftijd versneld omhoog naar 66 jaar in 2018 en 67 jaar in 2021. Voor 2022 is de AOW-leeftijd vastgesteld op 67 jaar en 3 maanden en dat blijft zo in 2023, omdat de levensverwachting minder snel is gestegen dan in voorgaande jaren.

In de hoop de vakbonden te bewegen tot een akkoord over de modernisering van het pensioenstelsel, heeft minister Koolmees van Sociale Zaken recent aangeboden om de besproken stappen over een langere periode uit te smeren, waardoor de AOW-leeftijd van 67 niet al in 2021 wordt bereikt, maar zo'n vier jaar later. Althans, dat zeggen diverse bronnen rond de onderhandelingen over een pensioenakkoord in diverse media.

Behalve de AOW-leeftijd is ook de fiscale pensioen-leeftijd (veelal de reglementaire pensioenleeftijd) verhoogd.

Ontslagregelingen waarbij de medewerkers naar de eindstreep worden gebracht zijn risicovol, omdat deze gesanctioneerd kunnen worden met een eindheffing van 52% als sprake is van een Regeling voor Vervroegde Uittreding (RVU). Ook kan een ontslagvergoeding sinds 2014 niet meer gebruikt worden voor een stamrecht. Voordeel van een stamrecht was dat de onbelaste ontslagvergoeding kon worden aangewend. De uitkeringen uit een stamrecht gingen voorts over het algemeen in nadat de betrokkene de pensioengerechtigde leeftijd had bereikt, waardoor de uitkeringen gunstiger belast zouden worden.

Vanaf 2015 geldt de Wet Werk en Zekerheid. Hierin zijn meerdere bepalingen opgenomen waarmee de werkgever gefaciliteerd wordt om zijn personeel ook na de AOW-gerechtigde leeftijd binnenboord te houden. Zo ben je als werkgever dan geen transitievergoeding verschuldigd, kan je meer tijdelijke arbeidsovereenkomsten aangaan, gelden de opzegtermijnen niet, hoeft je een opzegging niet te motiveren met één van de limitatief in de wet neergelegde ontslaggronden, et cetera.

Kortom, vanuit financieel oogpunt is het verre van aantrekkelijk gemaakt om eerder te stoppen met werken. Werkgevers worden daarnaast verleid om te (blijven) investeren in de oudere medewerker, door hun voor te houden dat ze zonder al te veel gedoe en kosten van pensioengerechtigde medewerkers af kunnen.

### GENERATIEBELEID

Langer werken dus. Wellicht op het oog hiermee niet direct verenigbaar, is de trend waarbij actief wordt ingezet op het realiseren van een evenwichtigere leeftijdsopbouw van werknemers binnen werkgevers. Overigens altijd met het bedoelde neveneffect de duurzame inzetbaarheid van medewerkers te bevorderen.

Oudere werknemers moeten soms een stapje terug kunnen zetten en houden vaak (ongewild) de plekken bezet waardoor aanstaande werknemers niet kunnen instromen of minder ervaren werknemers niet kunnen doorstromen. Een trend die daarom snel aan populariteit wint betreft de generatieregeling, ook

wel het generatiepact genoemd. Daarbij worden aan werknemers van 60 jaar of ouder twee faciliteiten geboden: (1) minder werken met behoud van een hoger percentage van het loon én (2) een volledige pensioenopbouw gedurende de periode dat van de generatieregeling gebruik wordt gemaakt. Faciliteiten waarvan het de vraag is of deze vanuit fiscaal oogpunt wel geboden kunnen worden.

Zoals gesteld, zijn er allerlei maatregelen getroffen die nopen tot langer doorwerken. Een regeling waarbij een oudere medewerker minder kan gaan werken, tegen een (ongeveer) gelijkblijvend salaris, kan ook gekwalificeerd worden als een RVU en dus belast worden met een eindheffing van 52%.

Een alternatief is reeds in 2005 mogelijk gemaakt met de zuivere ouderenregeling; vergelijk artikel 85b Uitvoeringsregeling van de Wet op de loonbelasting 2001. Hierin wordt bepaald dat een regeling waarbij de jaarlijkse arbeidsduur ten opzichte van de jaarlijkse arbeidsduur in het voorafgaande kalenderjaar met ten hoogste 50% wordt verminderd, niet als RVU wordt aangemerkt. In de oorspronkelijke tekst werd uitgegaan van een vermindering van de arbeidsduur van ten hoogste 10%. In de toelichting bij de Uitvoeringsregeling wordt genoemd dat de uitzondering van de zuivere ouderenregeling nodig is om oudere medewerkers langer in het werkproces te houden. Als kanttekeningen hierbij worden in de toelichting de gevolgen voor de reguliere bedrijfsvoering en de extra kosten van vervanging besproken. Een decennium later speelt juist het 'plaatsmaken' voor de nieuwe generatie een belangrijke rol bij het willen opstellen van generatiebeleid.

Een generatieregeling of generatiepact is op voornoemde fiscale uitzondering in de Uitvoeringsregeling gebaseerd. De andere faciliteit betreft de volledige pensioenopbouw. De vraag is of het mogelijk is om, ondanks de mindere arbeidsomvang, fiscaal gefaciliteerd volledig pensioen op te bouwen over het oorspronkelijke salaris.

Op grond van artikel 10b van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1985 was deze volledige pensioenopbouw reeds mogelijk bij demotie en/of deeltijd-



werk in de periode van 10 jaar voorafgaand aan de pensioeningsdatum. De Belastingdienst zette echter vraagtekens bij de combinatie tussen het generatiepact, met als onderdeel een volledige pensioenopbouw tot de pensioenleeftijd, en het vroegpensioen.

Toenmalig Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Asscher gaf hierover uitsluitsel in zijn brief van 16 januari 2017. De Minister schrijft dat voor de pensioenopbouw van een werknemer die in de periode van 10 jaar direct voorafgaande aan de in de pensioenregeling vastgestelde ingangsdatum minder is gaan werken, de diensttijd onder voorwaarden niet wordt verminderd, óók als vervroegd pensioen wordt opgenomen. Een volledige pensioenopbouw tot het moment van (vervroegd) pensioneren blijft mogelijk, ook als er feitelijk minder wordt gewerkt. De voorwaarde is dat de omvang van het dienstverband na het aanvaarden van de deeltijdfunctie ten minste 50% van de omvang van het dienstverband vóór het aanvaarden van de deeltijdfunctie is.

Sommige pensioenfondsen, zoals het ABP en het pensioenfonds zorg en welzijn (PFZW), hebben de mogelijkheid van een volledige pensioenopbouw volmondig uitgedragen. Zolang een werknemer ten minste 50% van de omvang van het dienstverband blijft werken en de regeling een aanvang neemt binnen 10 jaar vóór de pensioendatum, kan volledig pensioen worden opgebouwd. Mede door de omarming door de pensioenfondsen hebben de generatieregelingen een behoorlijke vlucht genomen. In 2016 stond de gemeente Den Haag, ook al werd het achterliggende idee breed gesteund, met het generatiepact nog redelijk alleen. In 2017 kwam de navolging in de zorg en recent volgden bijvoorbeeld ook de Metaal & Techniek, de voedingsindustrie en de bouw.

### MATERIËLE ASPECTEN VAN DE GENERATIE-REGELING

De generatieregelingen zoals overeengekomen bij gemeenten, zorginstellingen en het bedrijfsleven zijn opgesteld vanaf 60, 61 of 62 jaar en passen daarmee binnen de fiscale kaders. De medewerker blijft deels werken en krijgt ook deels betaald over de vrijgestelde uren. De meest voorkomende varianten zijn 80%-90%-100% (80% werken tegen 90% salaris en een 100% pensioenopbouw), 60%-80%-100% en 50%-70%-100%.

Hoe arbeidsvoorwaardelijk invulling wordt gegeven aan de generatieregeling, is aan de werkgever en de ondernemingsraad, dan wel aan cao-partijen.

Op dit moment komen de meeste generatieregelingen of de kaders hiervoor tot stand op cao-niveau. De diverse zorgcao's kennen varianten op de geschetste uitgangspunten. Hetzelfde geldt voor de (semi) publieke sector en het bedrijfsleven.

In de meeste situaties wordt echter wel ruimte voor maatwerk gelaten voor de individuele werkgevers binnen de branche. Dit maatwerk betreft soms de kaders (welke percentages te hanteren bijvoorbeeld), maar voornamelijk de arbeidsvoorwaardelijke invulling: welke salarisbestanddelen worden in welke mate doorbetaald en hoe om te gaan met arbeidsvoorwaarden in tijd, zoals verlof. Van belang daarbij is de aard van de cao. Betreft het een cao met een standaardkarakter, dan zijn arbeidsvoorwaardelijke minnen én plussen op werkgeversniveau niet toegestaan, tenzij hier expliciet een mogelijkheid toe wordt geboden.

Behalve de arbeidsvoorwaardelijke invulling, willen veel werkgevers 'instapvoorwaarden' hanteren. Want als een medewerker bijvoorbeeld al tijdelijk werkt, is het dan wel nodig en praktisch uitvoerbaar als hij gebruik gaat maken van de generatieregeling? Zo'n instapvoorwaarde wordt ook wel gewenst voor de medewerker die nog niet zo lang voor de werkgever werkt, of een tijdelijk contract heeft. Of voor de medewerker die langdurig via een derde wordt ingezet en dus geen arbeidsovereenkomst heeft met de werkgever, maar met een derde. Moet je als werkgever überhaupt ieder verzoek om gebruik te maken van de generatieregeling honoreren, zeker als dit tot gevolg zou kunnen hebben dat de bedrijfsvoering onder druk komt te staan?

Hoe voorstelbaar deze instapvoorwaarden ook mogen zijn, ze kunnen in strijd komen met de gelijke behandelingswetgeving.

### Onderscheid naar arbeidsduur

Werkgevers mogen op grond van artikel 7:648 BW geen onderscheid maken tussen werknemers op grond van een verschil in arbeidsduur. Een eventuele afspraak waardoor wel onderscheid wordt gemaakt in arbeidsduur is nietig en wordt dus geacht nimmer te hebben bestaan.

## De regeling creëert op een natuurlijke manier ruimte

Dus wat als de werkgever als voorwaarde stelt dat alleen werknemers met een arbeidsomvang van ten minste 32 uur gebruik kunnen maken van de generatieregeling? Is deze afspraak nietig? Of kan de werkgever een voldoende objectieve rechtvaardiging aandragen voor deze instapvoorwaarde? Een objectieve rechtvaardiging is alleen aan de orde als het onderscheid een legitiem doel dient en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Een werkgever zou die rechtvaardiging kunnen vinden in een veronderstelde grotere belasting van medewerkers die meer uren werken. In het verleden bleek dat hiervoor onvoldoende wetenschappelijk bewijs kon worden gevonden. Reden dat het College voor de Rechten van de Mens dit soort voorwaarden tot nu toe consequent als discriminatoir heeft aangemerkt.

### **Onderscheid naar het al dan niet tijdelijke karakter**

Werkgevers mogen op grond van artikel 7:649 BW geen onderscheid maken tussen werknemers op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. Een instapvoorwaarde waarbij alleen medewerkers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gebruik kunnen maken van de generatieregeling, kan dus tot een ongeoorloofd onderscheid leiden.

Dit kan ondervangen worden door een minimale werkzame duur bij de werkgever en/of vergelijkbare werkgevers in dezelfde branche voor te schrijven. Een dergelijk voorschrift valt te billijken vanuit de veronderstelling dat de werkbelasting groter zal zijn naarmate iemand langer hetzelfde werk doet. Ook dit zal een werkgever desgevraagd wel moeten kunnen aantonen. Waarbij wij nog opmerken dat het generatiebeleid feitelijk van dezelfde premisse uitgaat.

### **Onderscheid op basis van het formele werkgeverschap**

Op grond van artikel 8 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs heeft een ter beschikking gestelde arbeidskracht ten minste recht op dezelfde

arbeidsvoorwaarden als zijn collega's die dezelfde of vergelijkbare functies bekleden. Dezelfde arbeidsvoorwaarden bestaan (nu nog) uit het loon en dezelfde arbeidstijden. Discussie is mogelijk of een generatieregeling hier ook onder valt. Aan de andere kant zal een langdurige terbeschikkingstelling vaak aan de orde zijn in geval van collegiale uitleen, waarbij de uitleenende werkgever dezelfde cao of hetzelfde raamwerk voor de generatieregeling kent. In dat geval is het eenvoudiger om de (financiële) consequenties van een verzoek om gebruik te maken van de generatieregeling op te lossen via de detacheringsovereenkomst.

### **Helemaal geen instapvoorwaarden?**

Kun je dan helemaal geen instapvoorwaarden hanteleren als werkgever? Zo heet wordt de soep volgens ons niet gegeten. Maar het is wel zeer belangrijk dat een werkgever zich realiseert dat hij een goede reden moet hebben voor de te hanteren voorwaarden, dat hij deze waar mogelijk zo algemeen mogelijk formuleert én deze ook moet kunnen staven.

### **AFRONDEND**

De generatieregeling is niet nieuw. De grootschalige inzet ervan wel. Op dit moment lijkt generatiebeleid hét instrument te zijn voor werkgevers, werkgeversverenigingen en vakbonden om de duurzame inzetbaarheid verder te vergroten.

Het is goed om te bedenken dat er meer instrumenten zijn om de duurzame inzetbaarheid te vergroten, zoals scholing en gezondheids-/vitaliteitsafspraken. Wij willen dergelijke instrumenten niet tekortdoen. De generatieregeling kan ook prima naast alternatieve instrumenten bestaan. In deze bijdrage zijn eventuele alternatieven niet besproken, omdat ze niet het (beoogde) effect hebben van een evenwichtige leeftijdsopbouw. Immers, kenmerkend voor generatieregelingen is niet alleen dat werknemers blijven werken en geen voorzieningen treffen om eerder te stoppen en de periode tot pensioen te overbruggen (met verlof). De generatieregeling creëert bovenal op een natuurlijke manier ruimte, waarbij de instromende of doorgroeiende collega's nog kunnen varen op de ervaring van hun oudere collega's.

We openen deze bijdrage met de vraag: *generatiebeleid versus langer doorwerken. Sluiten ze elkaar uit of is het één niet mogelijk zonder het ander?*

Het laatste. Zonder twijfel.

