

DE ARBEIDSOVEREENKOMST VAN DE PENSIOENGERECHTIGDE WERKNEMER

Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Master Nederlands Privaatrecht



Noortje Bouwmeester
1226599

Begeleider:
Prof. Mr. F.B.J. Grapperhaus

Maastricht, 3 mei 2009



Universiteit Maastricht

Inhoudsopgave

<u>Inleiding en Probleemstelling.....</u>	<u>4</u>
<u>Hoofdstuk 1 Pensioen</u>	<u>6</u>
1.1 Drie pijlers	6
1.2 De AOW	7
1.2.1 Een stukje geschiedenis	7
1.2.2 Uitkeringsmoment van de AOW	9
1.3 De leeftijdsgrens van 65 jaar	10
1.3.1 Met 65 jaar ben je oud	10
1.3.2 Pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar nog gewenst?.....	11
1.4 Conclusie	12
<u>Hoofdstuk 2 Beleid en regelgeving betreffende oudere werknemers</u>	<u>13</u>
2.1 Cijfers.....	13
2.2 Europees beleid.....	17
2.2.1 Lissabonstrategie	17
2.2.2 Vorderingen van een nieuw beleid	18
2.3 Nationaal beleid.....	19
2.3.1 Oorzaken van lage arbeidsparticipatie van ouderen en mogelijke oplossingen.....	20
2.3.2 Genomen maatregelen door de overheid	22
<u>Hoofdstuk 3. De arbeidsovereenkomst van een werknemer van 65 jaar.....</u>	<u>24</u>
3.1 Invloed van de wet op de 65-jarige werknemer.....	24
3.1.1 Algemeen.....	24
3.1.2 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid	25
3.2 Einde van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd?	27
3.2.1 Wijze van (be)eindigen.....	27
3.2.2 Toepassing van WGBL: Beëindiging bij 65 jaar door UWV WERKbedrijf of kantonrechter	28
3.3 Einde van rechtswege bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd	29
3.3.1 Partijen zijn niets overeengekomen	30
3.3.1.1 De pensioenregel	30
3.3.1.2 Maatschappelijk draagvlak: Toen en nu.....	32
3.3.1.3 Invloed van het maatschappelijk draagvlak.....	36
3.3.2 Partijen zijn een pensioenbeding overeengekomen	36
3.3.2.1 Rechtsgeldigheid van het pensioenbeding.....	37
3.3.2.2 Alternatief voor het pensioenbeding.....	39
3.4 Conclusie	40
<u>Hoofdstuk 4 Kader van de arbeidsovereenkomst.....</u>	<u>42</u>
4.1 Aard van de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding.....	42
4.2 Soorten arbeidsovereenkomsten	42
4.2.1 Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.....	43
4.2.1.1 Het pensioenbeding als ontbindende voorwaarde	44
4.2.2 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.....	46
4.3 Afweging en conclusie	47
<u>Hoofdstuk 5 Voortzetting van de arbeidsverhouding.....</u>	<u>49</u>
5.1 De arbeidsverhouding.....	49
5.1.1 De arbeidsovereenkomst tot het pensioenontslag	49
5.1.2 De voortgezette arbeidsovereenkomst	50

5.2 Bijzondere regels bij een voortgezette arbeidsovereenkomst.....	51
5.2.1 Ragetlieregel	51
5.2.2 Kettingregeling	52
5.3 Toepassing van Ragetlieregel en kettingregeling	53
5.3.1 De voorafgaande arbeidsovereenkomst was aangegaan voor bepaalde tijd	54
5.3.2 De voorafgaande arbeidsovereenkomst was aangegaan voor onbepaalde tijd	55
5.3.3 Conclusie	58
5.4 Ragetlieregel en kettingregeling altijd van toepassing?.....	59
5.4.1 Ragetlieregel bij een werknemer van 65 jaar (of ouder).....	60
5.4.2 Kettingregeling bij een werknemer van 65 jaar (of ouder).....	63
5.4.3 Conclusie	63
<u>Hoofdstuk 6 Vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.....</u>	<u>65</u>
6.1 Aanbevelingen Kring van Kantonrechters	65
6.1.1 $A \times B \times C$	65
6.1.2 Vergelijking aanbeveling 3.5 oud en nieuw	66
6.2 Strikte toepassing van aanbeveling 3.5 of toch een afwijkingsmogelijkheid?	68
6.2.1 Vergoeding aan een werknemer jonger dan 65 jaar.....	68
6.2.1.1 Aanbeveling 3.5 tot 1 januari 2009	68
6.2.1.2 Aanbeveling 3.5 vanaf 1 januari 2009.....	70
6.2.2 Vergoeding aan een werknemer van 65 jaar.....	71
6.2.2.1 Aanbeveling 3.5 tot 1 januari 2009	71
6.2.2.2 Aanbeveling 3.5 vanaf 1 januari 2009.....	72
6.2.3 Vergoeding aan een werknemer ouder dan 65 jaar.....	72
6.2.3.1 De kantonrechter voor 1 januari 2009	72
6.2.3.2 De kantonrechter na 1 januari 2009.....	75
6.3 Conclusie	77
<u>Conclusie</u>	<u>79</u>
<u>Aanbevelingen</u>	<u>83</u>
1) Einde van rechtswege bij wet bepalen in plaats van in een pensioenbeding	83
2) Ragetlieregel en kettingregeling niet van toepassing bij de voortgezette arbeidsovereenkomst na de pensioengerechtigde leeftijd.....	84
3) Kantonrechtersformule: gewogen dienstjaren vanaf 65 jaar voor 0,5.....	85
<u>Literatuurlijst.....</u>	<u>86</u>

Inleiding en Probleemstelling

Het Centraal Bureau voor Statistiek (CBS) gaf eind 2008 in haar bevolkingsprognose aan dat vanaf 2010 het aantal 65-plussers enorm zal toenemen, omdat mensen langer blijven leven en de generatie van de geboortegolf van na de Tweede Wereldoorlog de pensioengerechtigde leeftijd bereikt.¹ Het steeds ouder worden van de Nederlandse bevolking heeft een enorme impact op de betaalbaarheid van de AOW en pensioen-uitkeringen. Een steeds kleiner wordende groep werknemers moet voor een groter wordende groep pensioengerechtigden de AOW opbrengen. De overheid streeft dan ook naar een zo hoog mogelijke arbeidsparticipatie. De vergrijzing en het te voeren beleid van de overheid, waarbij zij werknemers stimuleert langer door te werken, zullen er toe leiden dat steeds meer werknemers ook na het bereiken van de 65-jarige leeftijd arbeid zullen verrichten. In deze scriptie wordt niet alleen onderzocht wat de invloed is van het bereiken van deze leeftijd op de arbeidsovereenkomst van de werknemer, maar ook hoe de arbeidsovereenkomst er uit komt te zien ná de 65-jarige leeftijd.

In veel arbeidsovereenkomsten is een pensioenbeding opgenomen die bepaalt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Is dit beding rechtsgeldig? Zal het gebruik, dat het arbeidzame leven vaak eindigt bij 65 jaar, met zich meebrengen dat een einde van rechtswege wordt aanvaard? Kan überhaupt een arbeidsovereenkomst worden beëindigd vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd?

Wanneer bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen en partijen wensen de arbeidsrelatie voort te zetten, zullen zij een nieuwe arbeidsovereenkomst met elkaar overeenkomen. In de meeste gevallen zal de werkgever, vanwege de leeftijd van de werknemer, graag een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd willen aangaan. Is dit mogelijk? De kettingsregeling en de Ragetlieregeling kunnen met zich meebrengen dat de voortgezette arbeidsovereenkomst alleen door middel van een rechtsgeldige opzegging kan worden beëindigd. Dit houdt in dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege zal eindigen op het moment dat de werkgever dit graag had gezien. De regelingen zijn ontstaan ter bescherming van de werknemer. Echter brengen zij tevens met zich mee dat het de werkgever moeilijk wordt gemaakt om flexibele arbeidsrelaties aan te gaan. Is dit effect gewenst voor arbeidsovereenkomsten die na de pensioengerechtigde leeftijd zijn overeengekomen?

¹ CBS Persbericht (2008)

De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst is onder andere van belang voor toepassing van de kettlingregeling of de Ragetlieregels. In de literatuur en rechtspraak bestaat geen eenduidigheid over de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin een pensioenbeding is opgenomen. Is zij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of kan zij, ondanks de uiterste begrenzing in de tijd, toch worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

De vraag die steeds terug komt in deze scriptie is of en, zo ja, op welke wijze een einde komt aan de arbeidsovereenkomst van de werknemer. Bij ontbinding door de kantonrechter, is het mogelijk dat een vergoeding aan de werknemer wordt toegekend. De hoogte hiervan wordt berekend krachtens de zogenaamde kantonrechttersformule. Volgens de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechtters zal de kantonrechter bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding, rekening houden met de leeftijd van de werknemer. In aanbeveling 3.5 is bepaald dat de hoogte van de vergoeding niet meer zal bedragen dan de gederfde inkomsten tot aan de te verwachten pensioneringsdatum. Dit is erg vaag. Wanneer is dit moment? Komt een werknemer nog in aanmerking voor een vergoeding wanneer hij wordt ontslagen omdat hij de 65-jarige leeftijd heeft bereikt? En hoe zit het met de werknemer die met pensioen is gegaan en later toch weer aan de slag gaat?

In hoofdstuk 1 ga ik na wat pensioen is en waarom een zo grote waarde wordt gehecht aan de 65-jarige leeftijd van een werknemer? Het tweede hoofdstuk geeft weer hoe de arbeidsparticipatie in de Europese Unie en een aantal specifieke landen is. Welke Europese en Nederlandse maatregelen worden genomen om zoveel mogelijk ouderen aan het werk te krijgen en te houden? In hoofdstuk 3 bespreek ik of het mogelijk is om een arbeidsovereenkomst te beëindigen vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Hierbij bespreek ik de Wet Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de wijze waarop het UWV WERKbedrijf en de kantonrechter een dergelijk verzoek behandelen. In hetzelfde hoofdstuk bespreek ik of het mogelijk is dat een arbeidsovereenkomst ook van rechtswege eindigt bij het bereiken van deze leeftijd. Het pensioenbeding komt hierbij aan de orde. In hoofdstuk 4 ga ik dieper in op het pensioenbeding in de arbeidsovereenkomst en onderzoek ik of de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding gekwalificeerd dient te worden als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde- of onbepaalde tijd. In hoofdstuk 5 onderzoek ik wat de invloed is van de kettlingregeling en de Ragetlieregels op de voorgezette arbeidsovereenkomst na de pensioengerechtigde leeftijd. Ten slotte komt in hoofdstuk 6 aan de orde of een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt in aanmerking kan komen voor enige ontslagvergoeding wanneer zijn arbeidsovereenkomst wordt ontbonden door de kantonrechter.

Hoofdstuk 1 Pensioen

Wanneer men een bepaalde leeftijd heeft bereikt, ontvangt men pensioen. Maar wat is pensioen eigenlijk? Het pensioenstelsel in Nederland kent drie pijlers waaruit een persoon zijn pensioen kan ontvangen. In de eerste paragraaf wordt besproken wat deze drie pijlers zijn. Daarna zal dieper worden ingegaan op de eerste pijler: de AOW. Hoe is de AOW tot stand gekomen? Hierbij komt aan de orde wat het oorspronkelijke doel van een pensioenuitkering was en wordt gekeken naar de voorgangers van de AOW. Ten slotte wordt besproken wat de betekenis is van de leeftijdsgrens van 65 jaar voor de werknemer.

1.1 Drie pijlers

Het Nederlands pensioensysteem bestaat uit drie pijlers: Het AOW-pensioen (hiervoor is de overheid verantwoordelijk), de aanvullende collectieve pensioenen (de sociale partners en werkgever zijn verantwoordelijk) en de vrijwillige individuele pensioenvoorzieningen (de individuele burger is verantwoordelijk).

In 1956 is de Algemene Ouderdomswet (AOW) tot stand gekomen.² Zij is de eerste volksverzekering waarbij iedere ingezetene van Nederland verplicht voor is verzekerd. De premie die men betaalt is afhankelijk van de draagkracht, maar de uitkering is in beginsel voor iedereen hetzelfde. Zelfs wanneer men niet (heeft) (ge)werkt heb je recht op een uitkering. De AOW moet worden gezien als een bodempensioen, die naar eigen verantwoordelijkheid kan worden aangevuld. AOW-premie betaalt de werknemer tussen het 15^{de} en 65^{ste} levensjaar. Wanneer men deze periode niet volledig verzekerd is geweest, zal een korting op het uit te keren bedrag worden toegepast. De AOW wordt door middel van een zogenaamd omslagstelsel gefinancierd. Dit houdt in dat de AOW-uitkering van mensen die nu de 65 jaar hebben gepasseerd, wordt betaald uit huidige premies. De werknemer die premies betaalt bouwt dus geen eigen pensioenvermogen op. Zijn AOW zal betaald worden door de werkende bevolking wanneer hij 65 jaar wordt. De vergrijzing zorgt voor een verhoogde druk op de financiering van de AOW. Om deze druk te verzachten is in 1997 het AOW-spaarfonds ingesteld. Voortaan zal de AOW ook gefinancierd worden uit algemene middelen via kapitaaldekking. Vanaf 2020 zal de AOW gedeeltelijk betaald kunnen worden uit dit spaarfonds.³ Momenteel heerst een discussie of de AOW-leeftijd verhoogd dient te worden om de AOW betaalbaar te houden. In paragraaf 1.3.2 zal hierop verder worden ingegaan.

² Wet van 31 mei 1956, Stb. 1956, 281

³ Sociale Verzekeringsbank (2006) p. 35

De tweede pijler van ons pensioensysteem omvat het aanvullend pensioen op de AOW. Nederland kent geen pensioenplicht, waardoor de werknemer en werkgever (of sociale partners) in beginsel vrij zijn om een aanvullend pensioen overeen te komen. Voor de werkgever geldt wel een verplichting om de werknemer een aanvullend pensioen te bieden, wanneer dit uit een collectieve arbeidsovereenkomst voortvloeit of wanneer de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid door middel van toepassing van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds⁴, dit voorschrijft. Wanneer een aanvullend pensioen is overeengekomen, dient rekening te worden gehouden met de Pensioenwet, Wet op de Loonbelasting en wetgeving omtrent gelijke behandeling. Het aanvullend pensioen is een arbeidsvoorwaarde in de arbeidsovereenkomst, waardoor het eigenlijk een uitgesteld loon is.

Tenslotte heeft de werknemer, naast de AOW en een aanvullend arbeidspensioen, de mogelijkheid om een uitkering uit pensioen te ontvangen wanneer hij zich daar zelf voor heeft verzekerd in de vorm van een lijfrente of een levensverzekering. De derde pijler geeft de mogelijkheid aan de werknemer om zijn pensioengat aan te vullen.

1.2 De AOW

1.2.1 Een stukje geschiedenis

Het ontvangen van een pensioenuitkering wordt tegenwoordig als normaal ervaren. Maar waarom krijgt men pensioen en hoe is het ontstaan? Om deze vragen te beantwoorden zullen kort een aantal belangrijke momenten in de geschiedenis worden besproken.

De eerste pensioenen die ons land kende werden als privileges gezien. Uit blijk van waardering voor het verrichten van bijzondere diensten kreeg een enkeling een pensioen toegekend. De werkgever (in de meeste gevallen de overheid) kende pensioen toe als een vorm van beloning.⁵ Deze benadering verdwijnt in de loop der tijd en pensioen krijgt een andere betekenis. De overheid krijgt steeds meer een verzorgende rol ten aanzien van de bevolking en sociale wetgeving wordt ontwikkeld. Het pensioen wordt onderdeel van deze sociale wetgeving. Volgens de regering Bismarck in 1889 zou de werknemer bij het bereiken van zijn 70^{ste} levensjaar een uitkering volgens de Duitse Invaliditäts- und Altersversicherung dienen te ontvangen, zodat een werknemer werd ontlast in zijn werkweek. Deze uitkering was een aanvulling op het inkomen uit werk, waardoor de werknemer vanaf deze leeftijd minder hoefde te werken om hetzelfde inkomen te genieten. Hierdoor zou een werknemer langer in

⁴ Wet van 21 december 2000, Stb. 2000, 628

⁵ Smolenaars (2005), p. 10

staat zijn om te kunnen werken voordat hij helemaal arbeidsongeschikt werd.⁶ Het pensioen diende het doel de oudere werknemer te ontlasten in zijn hoeveelheid werk.

In 1919 komt de Invaliditeitswet (IW) tot stand⁷. Werknemers onder een bepaalde loongrens waren hiermee verzekerd tegen invaliditeit en ouderdom. Daarnaast werd de Ouderdomswet⁸ ingevoerd, waarbij niet-loonarbeiders de mogelijkheid hadden om zich vrijwillig te verzekeren tegen ouderdom.

Na het einde van de Tweede Wereldoorlog werd de opvatting dat de overheid sociale zekerheid moest bieden, nog meer gesteund. In 1948 werd sociale zekerheid zelfs opgenomen in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. De armoede onder ouderen was na de oorlog zo hoog geworden, dat de overheid in 1947 een tijdelijke Noodwet Ouderdomsvoorziening⁹ instelde. Personen die de leeftijd van 65 jaar hadden bereikt en waarvan het inkomen onder een bepaalde grens lag, kwamen in aanmerking voor deze regeling. De regeling was ingesteld voor tijdelijke duur en er werd gezocht naar een passend alternatief. Voortaan zou de oude dag niet meer gefinancierd dienen te worden uit een staatspensioen, maar door middel van premiebetaling en een bijdrage van de overheid. De Sociaal Economische Raad (SER) geeft in 1954 een advies uit over hoe in de toekomst de Ouderdomsvoorziening gerealiseerd dient te worden. Zij adviseert een pensioen in de vorm van een volksverzekering en een algemene ouderdomsvoorziening waarbij niet een inkomensgrens wordt gehanteerd.¹⁰

Uiteindelijk komt in 1957 de huidige AOW tot stand. Voortaan kwam iedereen in aanmerking voor een uitkering uit AOW wanneer je de 65 jaar grens hebt bereikt. De hoogte van het inkomen is, zoals bij de Noodwet Ouderdomsvoorziening, niet meer bepalend voor het in aanmerking komen voor een uitkering. Het instellen van de AOW was volgens de overheid gewenst omdat de fysieke conditie van de werknemer op een bepaald moment minder wordt en dit zou hem belemmeren in zijn arbeid.¹¹ De regering geeft aan dat het niet wenselijk is dat een werknemer zou moeten blijven werken tot het moment dat hij dat fysiek niet meer kan. De AOW met een algemene leeftijdsgrens zorgt er voor dat wanneer men de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, niet meer afhankelijk hoeft te zijn van zijn

⁶ Smolenaars (2005) p.24

⁷ Wet van 1 november 1919, Stb. 1919, 623

⁸ Wet van 4 november 1919, St. 1919, 628

⁹ Wet van 24 mei 1947, Stb. 1947, 155

¹⁰ Sociale Verzekeringsbank (2006) p. 26

¹¹ TK 1955-56, 4009, nr. 6-7

inkomsten uit arbeid.¹² Het doel van de AOW komt gedeeltelijk overeen met de gedachte van Bismarck en ontlast de oude werknemer in de wijze waarop hij inkomsten geniet. De AOW heeft daarnaast het doel om een minimum bestaansinkomen aan te bieden. Hierdoor brengt het bereiken van de AOW gerechtigde leeftijd, in tegenstelling tot de Invaliditäts- und Altersversicherung, in veel gevallen met zich mee dat de werknemer bij deze leeftijd zijn werkzaamheden stopt.

1.2.2 Uitkeringsmoment van de AOW

Volgens artikel 7 lid 1 AOW heeft degene die de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt, recht op ouderdomspensioen. In hoeverre is de werknemer gebonden aan deze leeftijd? Bestaat er een mogelijkheid om dit moment te verschuiven? Een voorbeeld van een situatie waarbij dit gewenst zou kunnen zijn, is wanneer de werknemer ook na het bereiken van de 65-jarige leeftijd werkzaam is. Immers zal de financiële noodzaak van een AOW-uitkering minder groot voor hem zijn omdat hij ook inkomsten uit arbeid geniet. Het aanvullend pensioen kent de mogelijkheid om het uitkeringsmoment te verschuiven. Het voordeel van het uitstellen van de pensioendatum is dat de werknemer langer pensioen opbouwt en hiermee uiteindelijk een hoger pensioen zal ontvangen. Zou een flexibele AOW-leeftijd gewenst zijn?

De SER betwist het financiële voordeel bij het uitstellen van het uitkeringsmoment van AOW en geeft aan dat in veel gevallen het financieel voordeliger is om juist wel de uitkering bij 65 jaar te ontvangen. Daarnaast zal door een keuzemogelijkheid van een hogere AOW-leeftijd, de huidige opbouwsystematiek veranderd dienen te worden en dat is niet gewenst.¹³

Wanneer een flexibele AOW-leeftijd zou worden ingevoerd, zal tevens de mogelijkheid bestaan om op een lagere leeftijd de AOW in te laten gaan. De SER kan zich ook hiermee niet verenigen. Een lagere AOW-leeftijd dan 65 jaar zal niet bijdragen aan het te voeren beleid van de overheid waarbij zij stimuleert ouderen langer door te laten werken. Daarnaast zal de bestaanszekerheid van mensen die alleen een AOW-uitkering ontvangen, in het gedrang komen. Dit is niet te verenigen met het doel van de AOW-uitkering dat zij een minimumbestaansinkomen dient te vormen. Hieruit vloeit namelijk voort dat deze mensen eerder een beroep zullen doen op bijstandsuitkeringen.¹⁴

Ondanks dat de SER negatief adviseert over de invoering van een flexibele AOW-leeftijd, heeft het kabinet op 18 november 2008 een wetsvoorstel¹⁵ gedaan waarbij de werknemer de

¹² Bijl. Hand. TK 1989-90, 21300 XV, nr. 96

¹³ SER (2006) p. 46

¹⁴ SER (2006) p. 45

¹⁵ TK 2008-2009, 31774, nr. 3/3

keuze heeft om de AOW-leeftijd maximaal vijf jaar later in te laten gaan zodat hij een hogere uitkering zal ontvangen. Het flexibiliseren van de AOW-leeftijd omvat niet de keuze om tot een uitkering te komen bij een lagere leeftijd dan 65 jaar. Uit het eerder uitgebracht rapport ‘Men is zo oud als men zich voelt’¹⁶, geeft het kabinet aan dat het voordeel voor een werknemer, bij het uitstellen van de AOW, per jaar ongeveer 5 % zal zijn. Daarnaast heeft de werknemer de keuze om de AOW vanaf zijn 65 jaar gedeeltelijk in te laten gaan. Momenteel bevindt het wetsvoorstel zich bij de Tweede Kamer. Het kabinet wil met dit wetsvoorstel er voor zorgen dat de grens van 65 jaar minder belangrijk wordt en dat meer werknemers langer blijven doorwerken en geleidelijker stoppen met werken. De uitkering van de AOW zal dan voortaan afhankelijk dienen te zijn van een individuele keuze op grond van de financiële en fysieke mogelijkheden van de werknemer.

1.3 De leeftijdsgrens van 65 jaar

In veel wetgeving en andere regelingen wordt een leeftijdsgrens van 65 jaar gehanteerd. Maar waarom is juist gekozen voor deze leeftijdsgrens?

1.3.1 Met 65 jaar ben je oud

De pensioengerechtigde leeftijd werd overgenomen uit de Invaliditeitswet (IW) en is vastgesteld op 65 jaar. Bij de invoering van de IW in 1913 hield de wet nog vast aan een leeftijdsgrens van 70 jaar. Hiermee volgde zij de redenering van de regering Bismarck, bij de vaststelling van de Duitse Invaliditäts- und Altersversicherung in 1889, die stelde dat het bereiken van de 70^{ste} leeftijd ouderdomsinvaliditeit met zich mee brengt. Een werknemer die deze leeftijd had bereikt, kreeg een pensioenuitkering.

De leeftijdsgrens van 70 jaar in de IW heeft slechts 6 jaar stand gehouden. In 1919 werd zij verlaagd naar een leeftijdsgrens van 65 jaar. De wet gaat uit van een veronderstelde arbeidsongeschiktheid bij het bereiken van de 65^{ste} leeftijd. De leeftijd werd dus gekoppeld aan ouderdom, die invaliditeit van de persoon met zich mee brengt.

Bij de invoering van de AOW in 1956 werd nog steeds vastgehouden aan een pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar, ondanks dat de gemiddelde levensverwachting hoger was dan een halve eeuw daarvoor. De Memorie van Toelichting geeft uitdrukkelijk aan dat ondanks een stijging van de gemiddelde leeftijd, een pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar nog steeds gewenst is. Een stijging van de gemiddelde levensverwachting hoeft namelijk niet samen te gaan met een verhoging van het prestatievermogen. Dat het aantal mensen dat in aanmerking komt voor een uitkering toe neemt, verwerpt zij in haar Memorie van Toelichting

¹⁶ TK 2007-2008, 29544, nr. 152, p. 10

als argument voor een verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd. Zij kiest voor een pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar omdat deze aansluit bij de IW en de Noodwet Ouderdomsvoorziening. Bovendien werd deze leeftijd door brede lagen van de bevolking aanvaard. Een andere reden voor het behouden van een pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar, was dat hierdoor plaatsen op de arbeidsmarkt vrij kwamen voor jongeren.¹⁷

De AOW-gerechtigde leeftijd van 65 jaar wordt later in andere wetten en regelgeving als een referentieleeftijd gezien. In bijvoorbeeld de Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij arbeid (WGBL) en de Wet Werk en Bijstand (WWB) wordt gekozen voor een leeftijdsgrens van 65 jaar omdat deze leeftijd ten grondslag ligt aan de sociale zekerheid.¹⁸ Daarnaast is er wetgeving ontwikkeld die er consequenties aan verbindt dat een werknemer vanaf zijn 65^{ste} AOW ontvangt. Voorbeelden daarvan zijn de verschillende sociale verzekeringen (WW, ZW, etc.) die aangeven dat een 65-jarige niet meer in aanmerking komt voor een uitkering, omdat hij vanaf dat moment een basisinkomen geniet uit AOW. De financiële noodzaak valt hierdoor weg, waardoor een uitkering volgens ZW of WW niet meer essentieel is.¹⁹

Dat in zoveel wetten en regelingen wordt vastgehouden aan de leeftijdsgrens van 65 jaar draagt bij aan de rechtszekerheid en uitvoerbaarheid hiervan.

1.3.2 Pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar nog gewenst?

Hiervoor werd het wetsvoorstel tot flexibilisering van de AOW-gerechtigde leeftijd al geïntroduceerd, waarbij de werknemer de keuze krijgt om deze leeftijd tot maximaal 5 jaar naar boven te verschuiven. De Commissie Bakker ging een stap verder en deed in juni 2008 een voorstel om de AOW- en pensioenleeftijd meer te koppelen aan de levensverwachting en daarom deze geleidelijk te verhogen. Vanaf 2016 zal deze leeftijd volgens de Commissie ieder jaar met een maand verhoogd moeten worden. Dit houdt in dat over 24 jaar (2040) de pensioenleeftijd op 67 zal liggen.²⁰ Het gaat hier dus niet om een flexibele pensioenleeftijd, maar een verhoging van de algemene pensioneringsdatum.

Momenteel is de discussie over het wel of niet verhogen van de AOW-leeftijd weer volop in gang. De economische crisis leidt tot problemen op de rijksbegroting en financiële maatregelen dienen genomen te worden om dit probleem op te lossen. Door het verhogen van de AOW-leeftijd zal het kabinet op de lange termijn veel geld besparen. Met dit geld kan zij investeringen doen om de economie een nieuwe impuls te geven. Een verhoging van de

¹⁷ TK 1955-56, 4009, nr. 3, p. 28-29

¹⁸ TK 2001-2002, 28170, nr. 3, p. 31

¹⁹ Smolenaars (2005) p. 50

²⁰ Commissie Bakker (2008) p. 11 - 12

pensioenleeftijd is begrijpelijk wanneer men zich realiseert dat in vergelijking met 1957, bij de invoering van de AOW, de gemiddelde levensverwachting is gestegen. Bij de invoering van de AOW werden mannen gemiddeld 71 jaar en vrouwen 75 jaar, waardoor mannen gemiddeld 6 jaar en vrouwen 10 jaar een uitkering uit AOW ontvingen. Nu worden mannen gemiddeld 75 jaar en vrouwen gemiddeld 80 jaar, waardoor zij langer van een AOW-uitkering zullen profiteren.²¹ Dat ouderen langer kunnen profiteren van een AOW-uitkering en de toenemende vergrijzing, zal de betaalbaarheid van de AOW in het gedrang kunnen brengen.

Het voorstel van de Commissie Bakker is gebaseerd op het Zweedse pensioneringssysteem. In Zweden wordt namelijk de leeftijdsgrens bij pensioen gekoppeld aan de levensverwachting van een generatie. Voorzichtigheid is echter geboden. Aan welke levensverwachting wordt de leeftijdsgrens dan namelijk verbonden? Zo is de levensverwachting van vrouwen nog altijd hoger dan die van mannen. Zou dan gekeken moeten worden naar de gemiddelde levensverwachting van mannen en vrouwen samen? Maar worden mannen hierdoor niet de dupe van de hogere levensverwachting van vrouwen die een hogere gemiddelde leeftijdsgrens met zich mee brengt. Dit kan worden voorkomen door voor mannen en vrouwen een andere leeftijdsgrens te hanteren. Maar hierbij kan weer de vraag worden gesteld of dit gewenst is?

1.4 Conclusie

Pensioen heeft zich de afgelopen eeuwen ontwikkeld van een privilege tot een onderdeel van de sociale wetgeving. In beginsel ontvangt iedereen in Nederland een uitkering uit AOW, die kan worden aangevuld door pensioen van de werkgever of een individueel afgesloten verzekering.

Het doel van pensioen is in de loop van de tijd veranderd. De eerste pensioenvormen golden als een soort beloning van bijzondere werkzaamheden. Al snel werd het pensioen gezien als noodzaak om de enorme armoede bij ouderen te verminderen. Het pensioen ontlastte de oudere werknemer in de hoeveelheid werk die hij zou moeten verrichten om een bestaansinkomen te hebben. De huidige AOW heeft tevens als doel een minimum bestaansinkomen te creëren voor de oude dag. De keuze van een leeftijdsgrens van 65 jaar komt doordat er van uit werd gegaan dat men op deze leeftijd oud was en de capaciteit om te werken minder werd. De leeftijdsgrens van 65 jaar staat momenteel weer ter discussie doordat de Commissie Bakker een voorstel heeft gedaan de pensioengerechtigde leeftijd langzaam te verhogen.

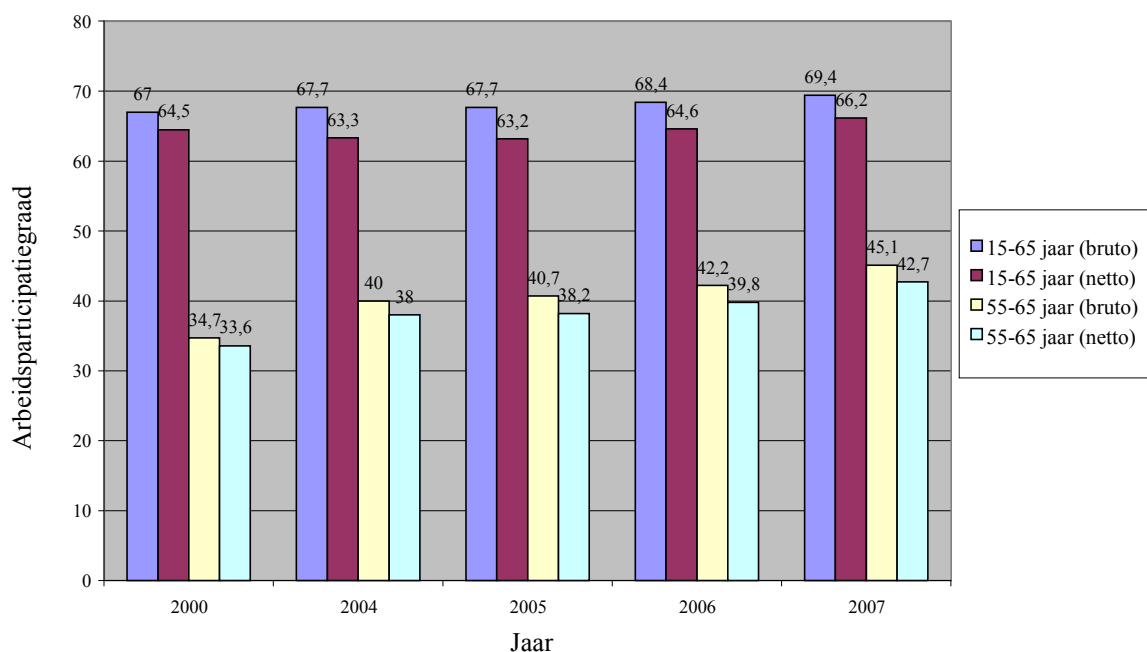
²¹ Bovenberg (2009)

Hoofdstuk 2 Beleid en regelgeving betreffende oudere werknemers

De afgelopen decennia is de beroepsbevolking enorm gestegen. De Commissie Bakker waarschuwt er voor dat aan deze groei vanaf 2010 een einde zal komen omdat de babyboomers de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt en zullen stoppen met werken. Daarnaast zullen minder jonge mensen starten op de arbeidsmarkt. Uit onderzoek blijkt dat in 2015 er 600.000 nieuwe banen bij komen en 2,6 miljoen banen vrij komen door arbeidsongeschiktheid of pensioen. Dit alles brengt met zich mee dat er een situatie ontstaat waarbij er meer banen zullen zijn dan inzetbare mensen.²² Het is dus van belang dat de mogelijk inzetbare mensen ook daadwerkelijk arbeid verrichten. Ter verhoging van de arbeidsparticipatie zal de overheid zich op groepen dienen te richten die nu onvoldoende participeren op de arbeidsmarkt. Dit houdt in dat de overheid maatregelen neemt om het arbeidsaanbod voor vrouwen, ouderen en kansarme groepen te verbeteren.

In dit hoofdstuk zal dieper worden ingegaan op de arbeidsparticipatie in het algemeen en in het bijzonder de arbeidsparticipatie van ouderen in Nederland en Europa. Hierbij zal worden gekeken naar de redenen die kunnen worden aangewezen voor de lage participatie op de arbeidsmarkt van deze groep en welke maatregelen op Europees en nationaal niveau zijn en worden genomen ter verhoging van de arbeidsparticipatie.

2.1 Cijfers



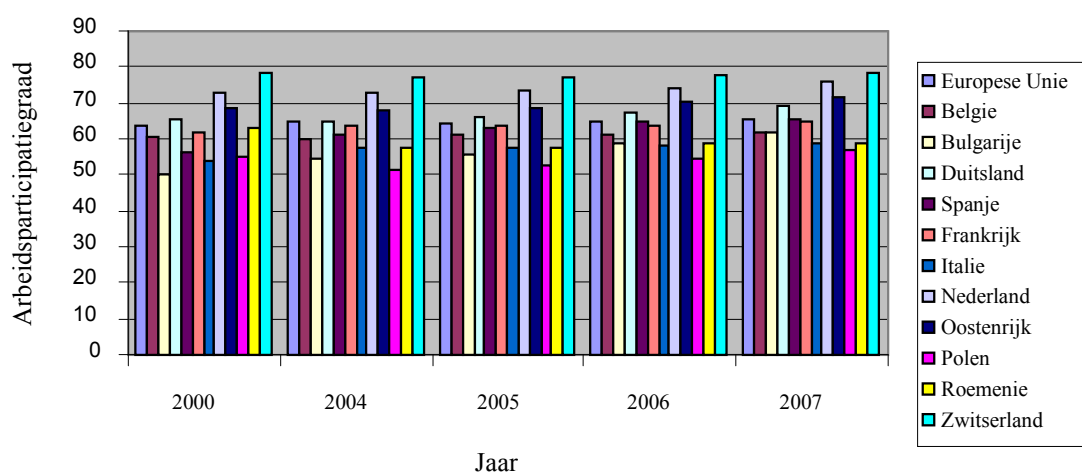
Figuur 1 - Arbeidsparticipatie Nederland
Bron: CBS

²² Commissie Bakker (2008) p. 4

In figuur 1 wordt de arbeidsparticipatie weergegeven van de totale beroepsbevolking en die van ouderen werknemers (in de leeftijd van 55 tot 65 jaar) in Nederland. De netto arbeidsparticipatie geeft het aantal personen aan die daadwerkelijk een baan hebben. De bruto arbeidsparticipatie geeft daarentegen ook het aantal personen die werkzaam zouden kunnen zijn aan. Pas wanneer een werknemer meer dan 12 uur per week werkt, zal het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) een werknemer als participierend aanmerken. In de grafiek wijken de netto en bruto arbeidsparticipatie niet veel van elkaar af. Dit geeft aan dat de werkloosheid in Nederland niet zeer hoog is. Uit bovenstaande grafiek kan tevens worden geconcludeerd dat de arbeidsparticipatie van ouderen relatief laag is ten opzichte van de rest van de beroepsbevolking. Het CBS waarschuwt er voor dat in de komende jaren de groep ouderen groter wordt en dat wanneer deze groep niet meer dan nu zal participeren op de arbeidsmarkt, dit een flinke uitstroom uit de beroepsbevolking met zich mee brengt. Daarnaast zal de instroom van jongeren deze uitstroom niet kunnen opvangen. In 2040 zal de vergrijzing op zijn hoogtepunt zijn en zal 23 procent van de bevolking 65 jaar of ouder zijn. Dit is van belang voor de kosten van de gezondheidszorg.²³ Wanneer de arbeidsparticipatie stagneert, zal dit een negatief effect hebben op de groei van de economie. Ter voorkoming van dit probleem, zal men zich moeten concentreren op de verhoging van de arbeidsparticipatie van specifieke groepen (vrouwen, allochtonen en ouderen). Andere mogelijkheden om de druk op de arbeidsmarkt te verlichten zijn de migratie van arbeid, de verhoging van het opleidingsniveau en door middel van technologische innovaties de productiviteit te verhogen.²⁴

²³ CBS Bevolkingsprognose 2002-2050, p. 4

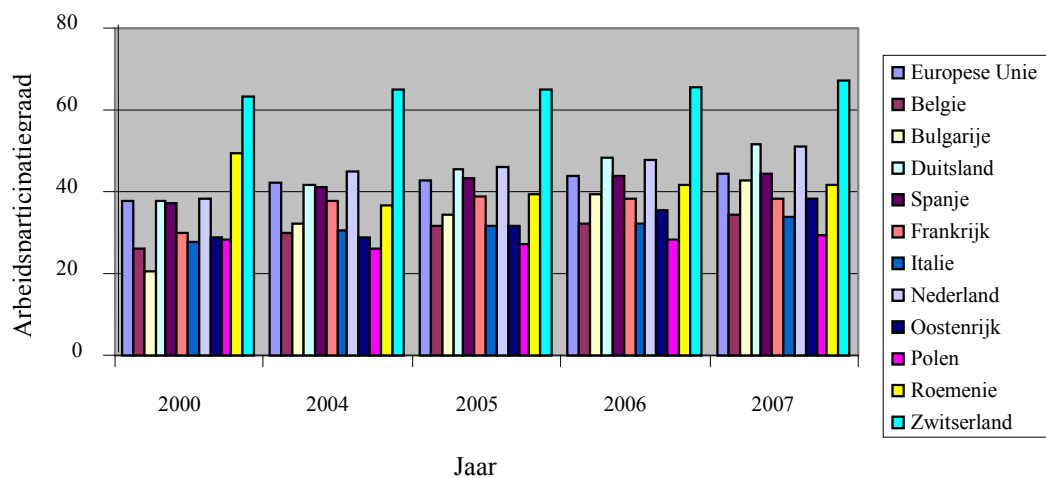
²⁴ Joop de Beer (1999)



Figuur 2a - Arbeidsparticipatie 15-65 jaar Europese Unie en specifieke landen
Bron: Eurostat

	2000	2004	2005	2006	2007
Europese Unie	63,4	64,8	64	64,9	65,4
Belgie	60,5	60,3	61,1	61	62
Bulgarije	50,4	54,2	55,8	58,6	61,7
Duitsland	65,6	65	66	67,5	69,4
Spanje	56,3	61,1	63,3	64,8	65,6
Frankrijk	62,1	63,7	63,9	63,8	64,6
Italie	53,7	57,6	57,6	58,4	58,7
Nederland	72,9	73,1	73,2	74,3	76
Oostenrijk	68,5	67,8	68,6	70,2	71,4
Polen	55	51,7	52,8	54,5	57
Roemenie	63	57,7	57,6	58,8	58,8
Zwitserland	78,3	77,4	77,2	77,9	78,6

Figuur 2b - Arbeidsparticipatie 15-65 jaar Europese Unie en specifieke landen
Bron: Eurostat



Figuur 3a - Arbeidsparticipatie 55-65 jaar Europese Unie en specifieke landen

Bron: Eurostat

	2000	2004	2005	2006	2007
Europese Unie	37,8	42,5	42,6	43,7	44,7
Belgie	26,3	30	31,8	32	34,4
Bulgarije	20,8	32,5	34,7	39,6	42,6
Duitsland	37,6	41,8	45,4	48,4	51,5
Spanje	37	41,3	43,1	44,1	44,6
Frankrijk	29,9	37,6	38,7	38,1	38,3
Italië	27,7	30,5	31,4	32,5	33,8
Nederland	38,2	45,2	46,1	47,7	50,9
Oostenrijk	28,8	28,8	31,8	35,5	38,6
Polen	28,4	26,2	27,2	28,1	29,7
Roemenie	49,5	36,9	39,4	41,7	41,4
Zwitserland	63,3	65,2	65,1	65,7	67,2

Figuur 3b - Arbeidsparticipatie 55-65 jaar Europese Unie en specifieke landen

Bron: Eurostat

Figuur 2a tot en met 3b geven de arbeidsparticipatie weer in Europa en een aantal specifieke landen. De cijfers van Eurostat en die van het CBS komen niet met elkaar overeen. Eurostat geeft bijvoorbeeld aan dat in 2007 in Nederland de arbeidsparticipatiegraad 76 procent was, terwijl het CBS aangeeft dat de nettoparticipatiegraad 66,2 procent was. Het verschil tussen deze cijfers komt door een andere berekening. Het CBS telt een persoon pas mee wanneer

deze minimaal 12 uur per week heeft gewerkt. Eurostat rekent daarentegen alle banen mee. Uit bovenstaande grafiek kan worden afgelezen dat de arbeidsparticipatie in Nederland zeer hoog is in vergelijking met de gemiddelde arbeidsparticipatie in de Europese Unie. De arbeidsparticipatie van ouderen in de Europese Unie is zeer laag. Nederland kent ten opzichte van de Europese Unie nog een redelijke arbeidsparticipatiegraad van ouderen. In de grafiek heeft Zwitserland een opvallend hoge arbeidsparticipatie van ouderen.

2.2 Europees beleid

2.2.1 Lissabonstrategie

In 2000 is in een vergadering tussen alle Europese leiders de Lissabonstrategie ontstaan. Met het oog op de mondialisering van de economie, de vergrijzing en de technologische veranderingen die in hoog tempo opkomen, is het van belang dat Europa bij blijft in de concurrentie met de rest van de wereld. De vergadering heeft dan ook het strategische doel gesteld om in 2010 *‘de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie van de wereld te worden die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang’*. Dit doel kan worden bereikt door uitbreiding van de kenniseconomie, de werkloosheid en armoede te bestrijden en een economische groei in stand te houden.²⁵

De Sociaal Economische Raad (SER) heeft in 2004 een onderzoek verricht naar de vorderingen die zijn geboekt in Europa in de afgelopen jaren ten aanzien van de Lissabonstrategie. Dit onderzoek heeft zij gedaan in opdracht van het kabinet, zodat zij bij de Europese tussenbalans van de strategie in 2005 hierover een goed standpunt zou kunnen innemen. De SER komt tot de conclusie dat er te weinig is bereikt de afgelopen periode. De interne markt is niet dynamisch genoeg, er wordt te weinig geïnvesteerd in kennis en ten slotte nemen landen de gemaakte doelstellingen niet erg serieus. De SER stelt voor om langs twee sporen over te gaan tot verbetering. Ten eerste moet de werking van de interne markt optimaal zijn en knelpunten die dit beletten moeten worden weggenomen. Ten tweede moeten landen zich meer betrokken voelen bij de Lissabon-agenda doordat zij een nationale groei-agenda opstellen die bijdraagt aan de totstandkoming van de strategie.²⁶

Eind 2004 werd de strategie, onder het voorzitterschap van Wim Kok, op Europees niveau geëvalueerd door de High Level Group en komt ook zij tot de conclusie dat in de eerste vijf jaar te weinig is bereikt. Het Kok-rapport doet een aanbeveling om voortaan de agenda te richten op groei en werkgelegenheid. De eerdere aanbevelingen van de European

²⁵ Europese Raad van Lissabon (2000)

²⁶ SER (2004)

Employment Taskforce moeten sneller worden opgevolgd.²⁷ Dit rapport gaf aan dat wanneer de Europese Unie de streefcijfers in 2010 nog wil halen, dat er hervormingen dienen plaats te vinden ter verbetering van de werkgelegenheid. Ten eerste zullen zowel werknemers als werkgevers een groter aanpassingsvermogen moeten ontwikkelen. Ten tweede zal het arbeidsaanbod in Europa groter moeten zijn, waarbij meer mensen aan de slag gaan en zij daarnaast ook langer aan het werk blijven. De arbeidsparticipatie van ouderen kan bijvoorbeeld worden bevorderd door het wegnemen van financiële prikkels die het eerder stoppen met werken aantrekkelijk maken. Zij denkt hierbij tevens aan omvorming van het pensioenstelsel. Het rapport ziet geen problemen voor het werken van ouderen na hun 65^{ste} levensjaar. Wanneer oudere werknemers dan toch stoppen met werken, zouden zij geleidelijker moeten uittreden. De Taskforce beveelt daarnaast aan dat er meer zou moeten worden geïnvesteerd in menselijk kapitaal, waarbij iedereen de mogelijkheid krijgt om goed geschoold te zijn. Ten slotte moeten overheden zich volledig inzetten om deze aanbevelingen te bewerkstelligen.²⁸ In 2005 wordt bij de Voorjaarsstop dan ook de Lissabonstrategie hervormd en wordt het Actieprogramma voor economisch groei en werk vastgesteld. Hierbij worden 24 richtsnoeren vastgesteld die zijn gericht op de micro- en macro-economie en werkgelegenheid. Een verhoogde arbeidsparticipatiegraad zal leiden tot economische groei. Richtsnoeren 17 tot en met 24 richten zich specifiek op de verbetering van de werkgelegenheid in Europa.²⁹ In richtsnoer 17 wordt bepaald dat in 2010 een gemiddelde participatiegraad van 70 procent zal moeten zijn gerealiseerd, waarbij de participatie van vrouwen 60 procent en van ouderen in de leeftijd van 55 tot 64 jaar 50 procent moet bedragen.

2.2.2 Vorderingen van een nieuw beleid

Eind 2007 blikt de Commissie terug op het gevoerde beleid vanaf de invoering van de hernieuwde Lissabonstrategie. Zij is erg tevreden over de vorderingen die zijn geboekt ten aanzien van de groeiende economie en de 6,5 miljoen nieuwe banen die zijn gecreëerd. In haar mededelingen aan de Europese Raad voor de Voorjaarsbijeenkomst 2008, merkt zij echter op dat er bij een aantal landen “hervormingsmoeheid” is opgetreden. Het is van belang dat het tempo van veranderingen juist wordt aangehouden. Ten aanzien van de groei van de werkgelegenheid in Europa is zij zeer onder de indruk, maar volgens de Commissie zijn er nog steeds veel landen waarin ongelijkheid tussen mannen en vrouwen bestaat. Er moeten meer maatregelen worden genomen waarbij deze ongelijkheid verdwijnt.³⁰

²⁷ High Level Group (2004)

²⁸ European Employment Taskforce (2003)

²⁹ Publicatieblad Nr. L 205 van 06/08/2005 blz. 0021 - 0027

³⁰ Commissiedocument COM(2007) 803 definitief (Deel I)

Uit onderzoek blijkt dat ook minder positief kan worden gekeken naar de vorderingen die zijn behaald ten opzichte van de cijfers waarnaar wordt gestreefd. Voor veel landen zijn de doelstellingen met betrekking tot de arbeidsparticipatiegraad niet haalbaar. Een gemiddelde arbeidsparticipatiegraad van 70 procent in 2010 zal voor de Europese Unie niet realistisch zijn.³¹ In 2005 was de gemiddelde arbeidsparticipatiegraad namelijk 63,4 procent en in 2006 was deze 64,3. Ten aanzien van de participatiegraad van vrouwen komt Europa dicht in de buurt van haar doelstelling. Aan het eind van 2006 was de gemiddelde participatiegraad van vrouwen namelijk 57 procent. De participatiegraad van ouderen ligt eind 2006 nog maar op 43,5 procent. Wanneer de komende jaren een zelfde stijging zal plaatsvinden van de gemiddelde participatiegraad, zal in 2010 niet worden uitgekomen op 70 procent.

Naast deze algemene beoordeling, beoordeelt de Commissie tevens de Nationale Hervormingsprogramma's. Ten aanzien van de vooruitgang die Nederland boekt, is de Commissie erg tevreden. Nederland kende in de periode 2005 tot en met 2007 een economische vooruitgang die leidde tot grote vraag op de arbeidsmarkt. Dit heeft voor lage werkloosheidscijfers en een hoge arbeidsparticipatiegraad gezorgd. Ondanks deze vooruitgang is zij gemengd positief over de resultaten van de beleidsmaatregelen die Nederland in haar NHP van 2005 had gesteld ter verbetering van het arbeidsaanbod. De Commissie constateert dat het aantal gewerkte uren per werknemer niet erg is gestegen en dat de arbeidsparticipatiegraad van groepen met een achterstandspositie nog steeds niet hoog genoeg is. Zij doet dan ook de aanbeveling aan Nederland om meer te investeren in het arbeidsaanbod van vrouwen, ouderen en groepen in een achterstandspositie. Daarnaast moet het aantal gewerkte uren per werknemer verhoogd worden.³²

2.3 Nationaal beleid

Nederland voldoet ten aanzien van de gemiddelde arbeidsparticipatiegraad aan de doelstellingen van de Lissabonstrategie.

In het Voortgangsrapport van de Commissie werd een landenspecifieke aanbeveling voor Nederland gedaan. De Europese Voorjaarsraad wijst Nederland er op dat zij zich meer moet richten op de verhoging van de arbeidsparticipatie van vrouwen, ouderen en kwetsbare groepen.³³ Het kabinet heeft samen met sociale partners (Stichting van de Arbeid) en gemeenten (VNG) op de Arbeidsparticipatietop afspraken gemaakt ter bevordering van de participatie van deze groepen, waarmee zij gehoor geven aan de aanbeveling van de Europese Voorjaarsraad.³⁴ In de volgende paragrafen zal worden gekeken naar de oorzaken die kunnen

³¹ CER (2007) p. 80 – 85

³² Commissiedocument: COM(2007) 803 definitief, DEEL II

³³ TK 2007-2008, 21501-20, nr. 371 p. 6

³⁴ Bijl. TK 2006-2007, 29544, nr. 94

worden aangewezen voor de lage arbeidsparticipatiegraad in Nederland en welke maatregelen de overheid heeft genomen om deze te verhogen.

2.3.1 Oorzaken van lage arbeidsparticipatie van ouderen en mogelijke oplossingen

Voordat wordt ingegaan op de belemmeringen van buitenaf die kunnen worden aangewezen voor de lage arbeidsparticipatie van ouderen, is het van belang om op te merken dat het ook mogelijk is dat een werknemer niet meer wil werken omdat het gebruikelijk volgens hem is om op een bepaalde leeftijd te stoppen met werken. Deze oorzaak is niet afhankelijk van een belemmering, maar heeft te maken met een cultuur die heerst onder de bevolking. Wanneer het voor een werknemer vanzelfsprekend is dat hij ook op latere leeftijd nog actief is op de arbeidsmarkt, zal dit bijdragen aan een verhoogde arbeidsparticipatie van ouderen. Daarnaast is het van belang dat een werknemer gezond en tevreden is over het werk dat hij doet. Wanneer een werknemer zijn werk bijvoorbeeld nog ziet als een uitdaging, zal hij langer willen doorwerken. Dit wordt ook wel ‘healthy worker effect’ genoemd.³⁵ Voor het bereiken van een hogere arbeidsparticipatie zal het dus van belang zijn dat de werknemer niet alleen lichamelijk gezond is, maar ook dat hij zich lekker blijft voelen bij het werk dat hij doet.³⁶

Het kabinet geeft in 2004 al aan dat er verschillende oorzaken zijn aan te wijzen voor de lage arbeidsparticipatie van ouderen. Vaak worden aan werknemers financieel gunstige uittreedroutes aangeboden, die meestal gepaard gaan met het behoud van loon en pensioenopbouw. Een andere oorzaak voor een lagere arbeidsparticipatie van ouderen komt doordat werkgevers het idee hebben dat oudere werknemers duur zijn (vaak een hoger loon, meer secundaire arbeidsvoorwaarden en een grotere kans op ziekte). Een werkgever die nieuw personeel aanneemt zal dan eerder kiezen voor een jongere en dus volgens hem goedkopere werknemer. Oudere werkloze werknemers zullen moeite hebben met het vinden van een nieuwe baan. De grotere kans op ziekte van oudere werknemers is een belemmering omdat ook bij oudere werknemers een loondoorbetalingsverplichting bij ziekte van twee jaar geldt. De SER heeft voor deze belemmering een advies gegeven waarin deze doorbetalingsverplichting voor de oudere werknemer dient te worden aangepast en gemaximaliseerd tot een jaar.³⁷ Ook kan men een oorzaak voor de lage participatie vinden in het feit dat weinig gebruik wordt gemaakt van het aanpassen van de arbeidsrelatie wanneer de werknemer een oudere leeftijd heeft bereikt. Het blijkt dat oudere werknemers vaak best door willen werken wanneer de functie meer wordt aangepast op hun capaciteiten en wensen. Wanneer werknemer en werkgever geen gebruik maken van het aanpassen van de arbeidsrelatie, wordt vaak de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als oplossing gezien.

³⁵ De Zwart (2005)

³⁶ Kamerstukken II, 28 170, nr. 47

³⁷ SER (2006)

De overheid streeft er naar om belemmeringen voor de aanpassing van de arbeidsrelatie weg te nemen en meer bekendheid te geven omtrent deze mogelijkheid. Een aanpassing van de arbeidsrelatie die meer aansluit op de capaciteiten van de werknemer, zal niet alleen het verminderen van de uren moeten inhouden, maar de functie zou ook meer inhoudelijk moeten aansluiten bij de oudere werknemer. Hierbij denkt de overheid aan de rol van coach of mentor van jonge nieuwe werknemers. De werkgever zou hierbij een meer leeftijdbewust beleid moeten voeren. De overheid geeft aan dat men meer bewust moet worden van het nut en noodzaak van ouderenparticipatie. Wanneer de participatie niet stijgt, zal de individuele werknemer direct worden geraakt. De sociale zekerheid zal duurder worden en dit zal gepaard gaan met hogere belastingen of minder sociale rechten.³⁸

Vier jaar later na het kabinetstandpunt om langer doorwerken te stimuleren, heeft de Commissie Bakker vijf knelpunten opgesomd die volgens haar een verhoogde arbeidsparticipatie in het algemeen in de weg staan. Ten eerste is er volgens de commissie een groep van 900.000 mensen die onvrijwillig werkloos is. Dit komt door uiteenlopende redenen zoals het niet voldoende te zijn opgeleid, een beperkte handicap of zelfs doordat het weer aan de slag gaan niet veel meer voordelen oplevert. Ten tweede zijn er te veel mensen die een deeltijdbaan hebben. Voor een deeltijdbaan wordt vaak gekozen in de combinatie van de opvoeding van kinderen. Maar na de opvoeding blijft deze groep vaak in de deeltijdbaan zitten. Ten derde zit de arbeidsmarkt voor ouderen op slot. Ten vierde sluit het onderwijs niet goed aan op de arbeidsmarkt. En ten slotte schiet de inzetbaarheid tekort.³⁹ De commissie stelt verschillende oplossingen voor die zouden kunnen leiden tot een verhoogde arbeidsparticipatie. Ten aanzien van ouderen, zal de arbeidsparticipatie stijgen wanneer zij gestimuleerd worden tot de AOW-leeftijd te werken. Zij doet een voorstel om het financieel aantrekkelijker te maken voor ouderen om langer door te blijven werken. Hierbij wordt gedacht aan een verhoging van de arbeidskorting waarbij ouderen minder belasting hoeven te betalen wanneer ze doorwerken en de mogelijkheid om een opgespaard levensloop-tegoed ook pas na het 65^{ste} levensjaar in te zetten. Daarnaast wil de commissie het meer aantrekkelijk maken voor werkgevers om ouderen in dienst te nemen, door een verhoging van de premievrijstelling voor sociale zekerheidspremies van oudere werknemers in te stellen. Ook de sociale partners krijgen een rol bij de verhoging van de arbeidsparticipatie van ouderen. Aan hen wordt een oproep gedaan om meer gebruik te maken van de mogelijkheid van een geleidelijke afbouw van de werkduur van de arbeidsverhouding van ouderen werknemers. Er dient een meer leeftijd- en loopbaanbewust personeelsbeleid te worden gevoerd.⁴⁰ Hiermee volgt de

³⁸ TK 2003-2004, 27046, nr. 5 p. 7-10

³⁹ Commissie Bakker (2008) p. 5 en 6

⁴⁰ Commissie Bakker (2008) p. 8

commissie een eerder uitgebracht advies van de Stichting van de Arbeid. De positie die ouderen op de arbeidsmarkt hebben, wordt namelijk bepaald door de keuzes die zij gedurende hun loopbaan hebben gemaakt en kansen die zij hebben gekregen en daarvan hebben benut. Wanneer een werknemer een baan heeft die voldoet aan zijn wensen, zal hij langer in staat zijn om door te blijven werken. Het beleid dient door de werkgever gevoerd te worden voor al zijn werknemers, ongeacht leeftijd. Daarnaast kaartte de Stichting van de Arbeid ook al eerder de mogelijkheid aan voor een werknemer om op oudere leeftijd zijn arbeid aan te passen aan zijn wensen. Hierbij kan worden gedacht aan het werken op een ander niveau, of minder uren per week werken. De Stichting van de Arbeid is echter sceptisch over de zogenoemde ontziemaatregelen. Dit zijn aanpassingsmaatregelen opgenomen in cao's, die de oudere werknemer ontzien in het doen van bepaald werk, zoals nachtdiensten. Deze maatregelen zouden kunnen bijdragen aan een hogere arbeidsbijdrage van ouderen, maar hiermee worden zij ook duurder en daardoor minder aantrekkelijk voor een werkgever. De Stichting van de Arbeid is voorstander van het omvormen van dergelijke ontziemaatregelen tot bepalingen in cao's die meer een individueel keuzekarakter krijgen, en waarbij rekening wordt gehouden of zij niet in strijd zijn met de WGBL. Daarnaast zullen in cao's bepalingen dienen worden opgenomen die het financieel aantrekkelijk maken om langer door te werken. De Stichting van de Arbeid zal ook cao-afspraken maken waarbij het meer mogelijk wordt om over te gaan tot deeltijdpensioen.⁴¹ Ter verhoging van de arbeidsparticipatie van ouderen, zal men zich in eerste instantie moeten richten op werknemers tot 65 jaar, maar het moet ook zeker mogelijk zijn dat ook na deze leeftijd de werknemer zijn werkzaamheden kan verrichten. De Stichting van de Arbeid merkt op dat de mogelijkheid tot doorwerken na het bereiken van het 65^{ste} levensjaar, wel afhankelijk dient te zijn van een tweezijdige vrijwilligheid.⁴²

2.3.2 Genomen maatregelen door de overheid

In haar beleidsprogramma 2007-2011 volgt het kabinet het advies van de SER⁴³ op, die adviseert dat de huidige arbeidsparticipatiegraad verhoogd zal moeten worden naar 80 procent om gedeeltelijk de vergrijzing op te vangen en hiermee de collectieve voorzieningen in ons land in stand te houden. Het kabinet streeft er naar om deze arbeidsparticipatiegraad in 2016 te bereiken, omdat vanaf dat moment het arbeidsaanbod nauwelijks toeneemt. Om tot dit percentage te komen zal de overheid zich vooral richten op groepen die momenteel minder actief zijn op de arbeidsmarkt, zoals etnische minderheden, vrouwen en ouderen (vanaf 45

⁴¹ Bijl. TK 2006-2007, 29544, nr. 94 p. 18

⁴² Stichting van de Arbeid (2006)

⁴³ SER (2006-2), p. 107

jaar). Naast de verhoging van de participatie op de arbeidsmarkt, is het belangrijk dat werknemers meer uren gaan werken.⁴⁴

Het kabinet ziet in dat de kennis en ervaring van ouderen van belang zijn voor de arbeidsmarkt en heeft dan ook verschillende maatregelen genomen ter verhoging van de arbeidsparticipatiegraad van ouderen. Door middel van verschillende financiële prikkels, probeert zij het voor zowel de werkgever als de werknemer aantrekkelijk te maken dat een werknemer op latere leeftijd arbeid verricht. Voor werkgevers is het aantrekkelijk gemaakt om een oudere werknemer in dienst te nemen. Vanaf 1 januari 2009 heeft de werkgever de mogelijkheid om gedurende drie jaar een premiekorting te ontvangen wanneer zij een uitkeringsgerechtigde van 50 jaar of ouder in dienst neemt.⁴⁵ Daarnaast is het voor een werkgever ook aantrekkelijk om een werknemer op latere leeftijd in dienst te houden, omdat de werkgever bij werknemers vanaf 62 jaar een premiekorting zal ontvangen.⁴⁶

Het kabinet heeft ook maatregelen genomen die het voor een werknemer aantrekkelijk kunnen maken om te besluiten om op oudere leeftijd te werken. Een voorbeeld hiervan is de verhoogde arbeidskorting die een werknemer van 58 tot 64 jaar zal ontvangen. Werken wordt tevens aantrekkelijk gemaakt doordat zij vanaf hun 62^{ste} jaar in aanmerking komen voor een doorwerkbonus. Daarnaast hebben zij de mogelijkheid om voor maximaal 5 jaar hun AOWgerechtigde-datum geheel of gedeeltelijk uit te stellen, waardoor zij een hogere uitkering zullen ontvangen.⁴⁷

⁴⁴ Bijl. TK 2006-2007, 31070, nr. 1 p. 25

⁴⁵ Kabinetsbegroting 2009, pijler 4, doelstelling 33

⁴⁶ Bijl. TK 2008-2009, 29544, nr. 175 p. 6 en 7

⁴⁷ Bijl. TK 2008-2009, 29544, nr. 175 p. 6 en 7

Hoofdstuk 3. De arbeidsovereenkomst van een werknemer van 65 jaar

Er wordt een grote waarde gehecht aan de leeftijd van 65 jaar omdat men vanaf deze leeftijd in aanmerking komt voor AOW. Maar wat brengt deze leeftijd nog meer met zich mee? Wat zijn de gevolgen voor een werknemer en zijn arbeidsovereenkomst wanneer deze leeftijd is bereikt? Zal met het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen? Of zal de arbeidsverhouding gewoon voortduren en moet de werkgever of werknemer die een einde aan de arbeidsovereenkomst wenst, overgaan tot opzegging of ontbinding?

3.1 Invloed van de wet op de 65-jarige werknemer

3.1.1 Algemeen

De leeftijd van 65 jaar komt 898 keer in 124 verschillende wetten, 129 AmvB's en 134 ministeriele regelingen voor.⁴⁸ Ik beperk mij tot een aantal van deze bepalingen die van invloed zijn op de arbeidsovereenkomst van een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt.

Wanneer een werknemer 65 jaar wordt, zal hij volgens artikel 3 lid 1 WW (maar ook ZW en de WAO) en artikel 5.1 onder f WIA geen aanspraak meer kunnen maken op een uitkering uit hoofde van een sociale verzekering. De werknemer hoeft vanaf deze leeftijd geen premies meer te betalen. Dit brengt met zich mee dat de werknemer van hetzelfde bruto loon dat hij voor zijn 65^{ste} jaar verdiende, netto meer over zal houden. De werknemer gaat er financieel gezien dus op vooruit wanneer de werkgever niet het brutoloon aanpast. Een werkgever heeft namelijk de mogelijkheid om een ander loon aan de werknemer aan te bieden. Het wettelijk minimumloon is volgens artikel 7 WML bijvoorbeeld niet van toepassing op werknemers die de leeftijd van 65 jaar hebben gepasseerd. Echter is hierbij voor de werkgever voorzichtigheid geboden. De Wet Gelijke Behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), behoudens de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardiging, staat het namelijk niet toe dat een oudere werknemer netto minder ontvangt dan zijn jongere collega die precies hetzelfde werk verricht.

Het Burgerlijk Wetboek maakt in boek 7 titel 10 geen onderscheid tussen werknemers onder of boven de leeftijd van 65 jaar. Voor hen gelden dezelfde rechten en plichten. Het gesloten ontslagstelsel is van toepassing, en wanneer een werknemer bijvoorbeeld ziek is zal de werkgever verplicht zijn om gedurende twee jaar het loon door te betalen, ongeacht zijn leeftijd. In de literatuur heerst een discussie of deze toepassing van de wet wel gewenst is. Er

⁴⁸ Smolenaars (2005)

worden voorstellen gedaan om de twee jaar te verkorten tot een jaar, of deze zelfs helemaal buiten toepassing te verklaren. Werkgevers geven aan dat zij een extra risico nemen bij het aannemen van een oudere werknemer omdat dan de kans op ziekte groter is en de duur van het ziekteverzuim langer duurt. Het kabinet komt de werkgever tegemoet met een tijdelijke regeling en probeert werkgevers te stimuleren toch oudere werknemers in dienst te nemen. Vanaf 1 juli 2009 zal een werkgever die een oudere werknemer (vanaf 55 jaar en minimaal 52 weken werkloos is geweest) in dienst neemt, een compensatieregeling voor het doorbetaalde loon bij ziekte worden aangeboden. Wanneer een werknemer langer dan 13 weken ziek is in zijn eerste 5 dienstjaren, zal het UWV het doorbetaalde loon compenseren aan de werkgever.⁴⁹

Voor de vraag of een cao-bepaling van toepassing is op werknemers van 65 jaar en ouder, is afhankelijk van de bepalingen in de specifieke cao. Wanneer een werknemer in de cao wordt omschreven als een persoon onder de 65 jaar, zal deze niet van toepassing zijn. Wanneer de cao geen onderscheid maakt in leeftijd, zal men er van uit kunnen gaan dat de cao gewoon van toepassing is.

3.1.2 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid

Wanneer een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd met als reden dat de werknemer een bepaalde leeftijd heeft bereikt, levert dit directe leeftijdsdiscriminatie op. Volgens artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) is leeftijdsdiscriminatie niet toegestaan. De Europese Richtlijn 2000/78 draagt lidstaten op om bepalingen in haar regelgeving en individuele- en collectieve arbeidsovereenkomsten waarin leeftijdsdiscriminatie voorkomt af te schaffen en te wijzigen. Een uitzondering op deze regel kan volgens artikel 6 van deze richtlijn worden gemaakt wanneer zij in het kader van nationale wetgeving als objectief en redelijk valt te rechtvaardigen. Voor de bepaling of sprake is van een objectieve rechtvaardiging heeft het Hof van Justitie drie criteria ontwikkeld. Ten eerste heeft zij het vereiste van legitimiteit bepaald, waarbij het doel van het gemaakt onderscheid dient te beantwoorden aan de werkelijke behoefte. Ten tweede het vereiste van doelmatigheid, waarbij de maatregel het beoogde doel moet bereiken. Ten slotte is er het vereiste van proportionaliteit, waarbij de maatregel noodzakelijk dient te zijn. Onlangs bepaalde het Hof van Justitie dat het lidstaten is toegestaan om bepalingen in nationale wetgeving op te nemen waarin is opgenomen dat een werknemer bij het bereiken van zijn 65-jarige leeftijd kan worden ontslagen.⁵⁰

⁴⁹ Persbericht Ministerie SZW (2008)

⁵⁰ HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-388/07

Ter uitvoering van Richtlijn 2000/78 om een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep te creëren en artikel 1 Grondwet is de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (WGBL) tot stand gekomen, waarin is bepaald dat het niet is toegestaan om onderscheid te maken op grond van leeftijd tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Net zoals het Hof van Justitie, stelt deze wet ook bepaalde eisen voor de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardiging. Er moet sprake zijn van een legitiem doel, een passend middel en ten slotte moet het gebruik van dat specifieke middel noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken.⁵¹ Artikel 7 lid 1 sub a en b WGBL geeft twee situaties aan waarbij in ieder geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging:

- ‘ 1. Het verbod van onderscheid geldt niet indien het onderscheid:
- a. gebaseerd is op werkgelegenheid- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet;
 - b. betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd;
 - c. anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.’

Het artikel geeft in lid 1 sub b aan dat het objectief gerechtvaardigd is dat een arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd wordt beëindigd. Een dergelijke bepaling voldoet aan de wens van arbeidsorganisaties. Zij streven er naar om volgens objectieve criteria een tijdstip vast te stellen waarbij een einde aan de arbeidsverhouding tot stand kan komen. Een vast criterium, zoals het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, is volgens de regering objectief omdat niet wordt gekeken naar persoonlijke geschiktheid. In het geval niet een dergelijke grens zou worden bepaald, zullen werknemer en werkgever steeds zelf moeten overeenkomen of de werknemer zijn werk nog naar behoren kan uitoefenen. Bovendien is een dergelijk doel niet in strijd met de wet en is ook geen sprake van een ongerechtvaardigd onderscheid. Tevens is volgens de regering sprake van een passend middel omdat bij het hanteren van dit criterium het doel kan worden bereikt. Volgens de regering is ten slotte ook voldaan aan de regels van proportionaliteit. Wanneer een ander criterium zou worden gehanteerd, zal altijd een individuele geschiktheidsbeoordeling dienen plaats te vinden. En dat is in deze situatie juist niet gewenst. De regering heeft bewust voor deze leeftijd gekozen omdat de werknemer vanaf deze leeftijd de minste schade zal ondervinden aan de regel omdat zij dan in aanmerking komt voor pensioen. Ten slotte merkt zij op dat een groot maatschappelijk draagvlak bestaat voor het

⁵¹ TK 2001-2002, 28 170, nr. 7 p. 1

opnemen van een grens waarbij aan de arbeidsrelatie een einde kan komen.⁵² Onlangs bepaalde het Europese Hof van Justitie dat het lidstaten is toegestaan om een bepaling in nationale wetgeving op te nemen die het werkgevers mogelijk maakt een arbeidsovereenkomst te beëindigen vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd.⁵³

Geconcludeerd kan worden dat de wet het voor een werkgever mogelijk maakt om een arbeidsovereenkomst te beëindigen met een werknemer die de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt, zonder dat de werkgever zich schuldig maakt aan ongeoorloofd onderscheid op grond van leeftijd.

3.2 Einde van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd?

3.2.1 Wijze van (be)eindigen

Er zijn vier manieren waarop een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand komt. Namelijk door middel van wederzijds goedvinden, opzegging, ontbinding en ten slotte kan een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen.

Wanneer de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd, stemmen beide partijen in met het einde van het dienstverband. Indien geen overeenstemming is bereikt en de werkgever of werknemer wil eenzijdig de arbeidsovereenkomst beëindigen, kan hij er voor kiezen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen door middel van een rechtsgeldige opzegging of door middel van ontbinding. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan slechts tussentijds worden opgezegd wanneer dit in een beding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Wanneer in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geen beding is opgenomen die het mogelijk maakt om tussentijds de arbeidsovereenkomst op te zeggen, zal alleen een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand kunnen komen door middel van ontbinding. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan, mits de juiste opzegtermijn in acht is genomen en geen opzegverbod aanwezig is, wel altijd worden opgezegd.

De keuzemogelijkheid om over te gaan tot ontbinding of opzegging bestaat omdat Nederland een duaal ontslagstelsel kent. Beide wegen kunnen naast elkaar of na elkaar worden doorlopen. Wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst door middel van opzegging wil beëindigen, zal hij krachtens artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) een verzoek moeten indienen bij het UWV WERKbedrijf voor het verkrijgen van toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Volgens artikel 1 sub c BBA valt ook de werknemer die de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt onder het BBA, waardoor de werkgever

⁵² TK 2001-2002, 28 170, nr. 7 p. 2

⁵³ HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-388/07 (Age Concern-England)

ook voor het opzeggen van deze arbeidsovereenkomst toestemming nodig heeft van het UWV WERKbedrijf. Voorbeelden van een reden tot opzegging van de arbeidsovereenkomst zijn bedrijfseconomische omstandigheden, het disfunctioneren van de werknemer of een verstoorde arbeidsrelatie. De werkgever dient er rekening mee te houden dat geen sprake is van een opzegverbod. Aan de hand van de redelijkheidstoets (artikel 3:1 Ontslagbesluit) zal het UWV WERKbedrijf per individueel geval beoordelen of de opzegging gerechtvaardigd is. Het vereiste van artikel 6 BBA geldt niet voor de werknemer die de arbeidsovereenkomst wil opzeggen. Wanneer de werknemer de arbeidsovereenkomst wil opzeggen heeft hij hiervoor geen toestemming nodig van het UWV WERKbedrijf. De werknemer dient echter wel, net zoals de werkgever, rekening te houden met de opzegtermijn.

De tweede mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te beëindigen is het indienen van een verzoek bij de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen (artikel 7:685 BW). Een arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden wegens gewichtige redenen wanneer sprake is van een dringende reden of veranderingen in de omstandigheden. In de praktijk wordt meestal een beroep gedaan op de laatste grond. Voor beide categorieën is geen limitatief opgesomde lijst beschikbaar van de situaties die hieronder vallen. Wanneer de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt wegens veranderingen in de omstandigheden, heeft hij de mogelijkheid de werknemer een vergoeding toe te kennen.

Ten slotte is het mogelijk dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Dit houdt in dat zonder dat de werkgever of werknemer actie onderneemt, de arbeidsovereenkomst vanzelf ten einde komt. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt in beginsel van rechtswege wanneer de tijd waarvoor de arbeidsovereenkomst is aangegaan, is verstreken. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt van rechtswege bij de dood van de werknemer of wanneer de in de arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde is ingetreden. In paragraaf 3.3 wordt onderzocht of de arbeidsovereenkomst van een werknemer die de 65-jarige leeftijd heeft bereikt, van rechtswege eindigt.

3.2.2 Toepassing van WGBL: Beëindiging bij 65 jaar door UWV WERKbedrijf of kantonrechter

Wanneer er sprake is van een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, heeft de werkgever twee mogelijkheden: opzeggen via het UWV WERKbedrijf of ontbinden via de kantonrechter. Het UWV WERKbedrijf heeft beleidsregels opgesteld die aangegeven op welke wijze een verzoek tot opzegging wegens het bereiken van een bepaalde leeftijd wordt behandeld. Aan de hand van de algemene redelijkheidstoets die neergelegd is in artikel 3:1 Ontslagbesluit en de bepalingen neergelegd in de WGBL, zal een verzoek tot opzegging

vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd worden toegestaan. Een dergelijk verzoek kan worden gedaan tot de dag dat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. In haar beleidsregels geeft zij aan dat wanneer de werkgever deze leeftijdsgrens laat passeren, haar recht op een beroep op deze rechtvaardigingsgrond vervalt en dat weer de normale wijze van toetsing door het UWV WERKbedrijf zal worden toegepast.⁵⁴

De kantonrechter hanteert geen beleidsregels wanneer een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt gedaan vanwege het bereiken van een bepaalde leeftijd van de werknemer. Uit de rechtspraak blijkt, waarbij wordt teruggegrepen op artikel 7 WGBL, dat de kantonrechter een verzoek tot ontbinding vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer inwilligt. Wanneer de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft gepasseerd en de werkgever dient alsnog een verzoek tot ontbinding in bij de kantonrechter, zal ook deze worden toegewezen. Echter bestaat er een mogelijkheid dat de werknemer in aanmerking komt voor een vergoeding. In hoofdstuk 6 zal dieper worden ingegaan op de vergoeding van een werknemer wanneer zijn arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

3.3 Einde van rechtswege bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd

In de vorige paragraaf werd aangegeven dat een werkgever de arbeidsovereenkomst kan beëindigen vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer. De wet bepaalt niet dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer een werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. Desondanks gaat men in de praktijk er soms toch van uit dat met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand komt. In sommige arbeidsovereenkomsten is expliciet een beding opgenomen dat aangeeft dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zal eindigen. Houdt dit in dat de werkgever geen handelingen meer hoeft te verrichten om een arbeidsovereenkomst met zijn werknemer te beëindigen? En wat gebeurt er met een arbeidsovereenkomst waarin niet een dergelijk beding is opgenomen? Kan de arbeidsovereenkomst, zonder dat dit expliciet in de wet is opgenomen, dan toch van rechtswege eindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd?

Aan de hand van twee situaties zal worden onderzocht of en op welke wijze een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand komt wanneer een werknemer de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt. In het eerste geval gaat het om een arbeidsovereenkomst waarbij partijen niets hebben afgesproken over een beëindiging bij 65 jaar. In het tweede geval zijn partijen in een beding overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zal eindigen bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar.

⁵⁴ Beleidsregels CWI (2007)

3.3.1 Partijen zijn niets overeengekomen

In deze situaties zijn partijen een arbeidsovereenkomst aangegaan zonder daarbij afspraken te hebben gemaakt over een beëindiging daarvan bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar van de werknemer.

3.3.1.1 De pensioenregel

Artikel 7:667 lid 1 BW bepaalt dat een arbeidsovereenkomst alleen van rechtswege kan eindigen wanneer de afgesproken tijd is verstreken, wanneer dit bij wet is bepaald of door het gebruik aangegeven. In de arbeidsovereenkomst waarbij partijen niets zijn overeengekomen over de beëindiging bij het bereiken van het 65^{ste} levensjaar, is geen tijd of duur van de arbeidsovereenkomst opgenomen en zal daarom dan ook niet om deze reden van rechtswege kunnen eindigen. Daarnaast zal de arbeidsovereenkomst ook niet van rechtswege eindigen omdat dit bij wet is aangegeven. Zoals hiervoor is aangegeven, biedt de WGBL een mogelijkheid voor de werkgever de arbeidsovereenkomst te beëindigen door middel van opzegging of ontbinding. Het artikel heeft het namelijk over ‘beëindigen’, en juist niet over ‘eindigen’. De wet geeft dus niet aan dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Ten slotte blijft de mogelijkheid over dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zal eindigen bij het bereiken van het 65^{ste} levensjaar omdat het gebruik dit aangeeft.

In de literatuur vindt een discussie plaats of inderdaad sprake is van een gebruik dat bij het bereiken van deze leeftijd een einde komt aan de arbeidsovereenkomst. Wanneer partijen een pensioenleeftijd afspreken, zal de werknemer vanaf deze leeftijd zijn ouderdomspensioen ontvangen. Lutjens is van mening dat wanneer partijen een pensioendatum zijn overeengekomen, de arbeidsovereenkomst daarmee van rechtswege zal eindigen. De werknemer heeft namelijk bij het overeenkomen van de pensioenleeftijd, impliciet er mee ingestemd dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van deze leeftijd zal eindigen.⁵⁵ Ook Van der Grinten gaat er van uit dat het gebruik met zich mee brengt dat een arbeidsovereenkomst eindigt wanneer het ouderdomspensioen ingaat. Het bestaan van deze regel wordt volgens hem door de kantonrechter te Utrecht bevestigd.⁵⁶ Het gebruik zal steeds moeten worden getoetst aan de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid.⁵⁷ Hiermee wordt bedoeld dat de leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, wel objectief gerechtvaardigd moet zijn om het gemaakte onderscheid te rechtvaardigen. In artikel 7 lid 1 sub b WGBL wordt de beëindiging van een

⁵⁵ Lutjens (1989) p. 699-702

⁵⁶ Van der Grinten (2005) p. 282 en Kantonrechter Utrecht, 30 september 2005, JAR 2005/261

⁵⁷ Van der Grinten (2005) p. 282

arbeidsovereenkomst met een werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt inderdaad als objectief rechtvaardig gezien.

Vas Nunes bestrijdt deze zienswijze, en is van mening dat een arbeidsovereenkomst niet van rechtswege zal eindigen alleen vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Wanneer een werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt zal hij een uitkering uit ouderdomspensioen ontvangen, maar dit houdt niet in dat het niet meer mogelijk is voor een werknemer om tevens inkomsten uit loon te ontvangen. De werknemer die “met pensioen gaat” hoeft niet te stoppen met werken.⁵⁸ Ook de wet gaat er niet van uit dat het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een einde aan de arbeidsovereenkomst met zich mee brengt. Zij maakt het mogelijk voor een werkgever om over te gaan tot gedwongen beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van het 65^{ste} levensjaar. Wanneer een lagere pensioenleeftijd dan 65 jaar is overeengekomen, heeft de werkgever in beginsel niet de mogelijkheid om over te gaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst vanwege het bereiken van de (lagere) afgesproken pensioenleeftijd omdat de wetgever een objectieve rechtvaardiging niet aanwezig acht.⁵⁹ De wetgever geeft hierbij aan dat het bereiken van de afgesproken pensioenleeftijd niet impliceert dat de arbeidsovereenkomst zal eindigen. Voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vanwege het bereiken van de pensioenleeftijd is steeds een objectieve rechtvaardiging nodig. Alleen in het geval van het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, zal dit niet hoeven te worden onderzocht omdat de wet deze aanwezig acht.

De redenering van Lutjens, ookwel de pensioenregel genoemd, is volgens Heemskerk later in de jurisprudentie uitgebreid tot situaties waarbij in de arbeidsovereenkomst in een beding expliciet is opgenomen dat deze eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.⁶⁰ De Jong is van mening dat een einde van rechtswege wegens gebruik (dus zonder een beding in de arbeidsovereenkomst) zich niet verhoudt tot de arbeidsrechtspraktijk. In de praktijk wordt een einde van rechtswege in een beding in de arbeidsovereenkomst opgenomen. Een dergelijk beding zou men niet hoeven te maken als de arbeidsovereenkomst toch al zou eindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Volgens hem eindigt de arbeidsovereenkomst dan ook alleen van rechtswege wanneer dit in een beding is opgenomen.⁶¹

⁵⁸ Vas Nunes (2008) p. 1166

⁵⁹ TK 2001-2002, 28 170, nr. 5, p. 31-34

⁶⁰ Heemskerk (2006) p. 2

⁶¹ De Jong (2006) p. 3

Ook de rechtspraak kan tot verwarring leiden voor de vraag of sprake is van een einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. In het arrest Codfried/ISS⁶² overweegt de Hoge Raad:

“.. dat niet kan worden gezegd dat de regel dat een dienstbetrekking in het algemeen van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd, niet langer in overeenstemming is met de rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking.”

De Hoge Raad acht hiermee de regel aanwezig dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van het 65^{ste} levensjaar. In de literatuur wordt wel betoogd dat aan deze zinsnede geen bijzondere betekenis moet worden toegekend en dat dit nog eens wordt bevestigd omdat de Hoge Raad verder niet zegt op welke wijze een einde van rechtswege aan de arbeidsovereenkomst komt.⁶³ Daarnaast komt de Hoge Raad in een later arrest niet terug op deze regel.⁶⁴ In de zinsnede wordt gesproken over een rechtsopvatting die heerst onder brede lagen van de bevolking. De Hoge Raad heeft het niet over het bestaan van een rechtsregel dat de arbeidsovereenkomst zou eindigen van rechtswege bij het bereiken van het 65^{ste} levensjaar.⁶⁵ Ook de kantonrechter te Utrecht⁶⁶ komt tot de conclusie dat uit het Codfried/ISS arrest niet kan worden afgeleid dat een arbeidsovereenkomst zonder een pensioenbeding van rechtswege eindigt bij het bereiken van het 65^{ste} levensjaar. De kantonrechter leidt uit het arrest af dat het voor een werknemer van 65 jaar tijd is om te stoppen met werken, maar dit brengt niet met zich mee dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van deze leeftijd van rechtswege zal eindigen.

3.3.1.2 Maatschappelijk draagvlak: Toen en nu

In het arrest Codfried/ISS werd een grote waarde gehecht aan de opvatting die onder brede lagen van de bevolking heerste. De maatschappelijke opvatting was volgens de Hoge Raad niet zodanig veranderd dat geen steun meer kon worden gevonden voor het bestaan van deze regel. Het arrest heeft in de jaren daarna grote betekenis gehad voor de bespreking van dit leerstuk. Daarom is het interessant om dieper in te gaan op deze uitspraak van de Hoge Raad en de ontwikkelingen die zich daarna hebben voorgedaan. In hoeverre wordt het bestaan van de regel, dat een arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van rechtswege eindigt, gesteund door brede lagen van de bevolking?

⁶² HR 13 januari 1995, JAR 1995/35

⁶³ Vandenberghe (2007) p. 188

⁶⁴ M. Keulaerds en P. Vas Nunes (2005) p. 122

⁶⁵ De Jong (2006) voetnoot 20

⁶⁶ Kantonrechter Utrecht, 22 februari 2005, JAR 2005/77

De Hoge Raad stond in 1995, in het arrest Codfried/ISS, een gemaakt onderscheid op grond van leeftijd toe. De werknemster werd in haar proeftijd ontslagen door de werkgever nadat hij er achter was gekomen dat zij de leeftijd van 65 jaar al had bereikt. De werknemster voert een procedure waarbij zij aanvoert dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. In casu is dus geen pensioenontslag aan de orde. Desondanks overweegt de Hoge Raad dat de regel, dat een dienstbetrekking in het algemeen eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer, nog steeds overeen komt met de rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking. Een gemaakt leeftijds onderscheid acht zij objectief gerechtvaardigd aan de hand van de volgende argumenten; Ten eerste wordt aan een objectief criterium, zoals een leeftijdsgrens van 65 jaar, die het moment van uitreden bepaalt, de voorkeur gegeven boven een systeem waarbij iedere werknemer steeds moet worden beoordeeld op zijn fysieke capaciteiten. Ten tweede maakt de werknemer vanaf zijn 65 jaar aanspraak op een vervangend inkomen. Het derde argument wordt ook wel het doorstromingsargument genoemd. Een leeftijdsgrens zorgt er voor dat de oudere werknemer plaats maakt voor een nieuwe jongere werknemer.

De niet veranderde maatschappelijke opvatting wordt door de Hoge Raad van belang geacht, voor de aanneming van de regel dat een arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van rechtswege ten einde komt. Er komt een einde aan de arbeidsovereenkomst omdat het gebruik dit met zich mee brengt. Er wordt dan ook wel van een 'gewoonterecht' gesproken dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. In de loop der jaren hebben zich veranderingen voorgedaan. Dit roept de interessante vraag op, of anno 2009 na bijna 15 jaar de regel nog steeds wordt gesteund door brede lagen van de bevolking? Zou de Hoge Raad nu tot een ander oordeel komen?

Voordat deze vraag wordt beantwoord, zullen de ontwikkelingen van de afgelopen jaren worden besproken.

Bij de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel 'Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs' geeft de regering in december 2001 aan dat het hanteren van een leeftijdsgrens bij 65 jaar maatschappelijk wordt gedragen. Het hanteren van deze leeftijdsgrens sluit aan bij de sociale zekerheidswetgeving, die van toepassing is op werknemers tot de leeftijd van 65 jaar. Daarnaast geeft de regering aan dat het hanteren van een hogere ontslagleeftijd niet gewenst is omdat dit in de weg zou staan aan het creëren van een zo hoog mogelijke arbeidsparticipatie bij werknemers jonger dan 65 jaar.⁶⁷ Naast het argument dat het hanteren van een leeftijdsgrens bij 65 jaar in brede lagen van de bevolking

⁶⁷ TK 2001-2002, 28170 nr. 3, p.31

wordt gedragen, gebruikt de regering vrijwel dezelfde argumentatie als de Hoge Raad in 1995. De leeftijdsgrens als objectief criterium en het vervangend inkomen in de vorm van een AOW-uitkering worden als argumenten gezien ter rechtvaardiging van een leeftijdsontslag bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Alleen het doorstromingsargument gebruikt de regering, in tegenstelling tot de Hoge Raad in 1995, niet meer. Een reden hiervoor kan worden gevonden in de toenemende vergrijzing en dat zowel op Europees als op nationaal niveau het wordt gestimuleerd dat ouderen langer blijven werken. Hierdoor zou het doorstromingsargument minder van deze tijd kunnen zijn. Volgens de regering heerst dus wel nog steeds de maatschappelijke opvatting dat een arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer.

In 2002 wordt in het arrest *Op 't Land/ Employment Service*⁶⁸ door een werknemer aangevoerd dat er zodanige maatschappelijke ontwikkelingen in de afgelopen jaren hebben plaatsgevonden, dat niet meer de regel zou bestaan dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer. De Hoge Raad gaat hier niet in mee en geeft daarbij aan:

*“... De regering heeft voorts benadrukt dat voor de gehanteerde leeftijdsgrens een groot maatschappelijk draagvlak bestaat en dat deze aansluit bij de sociale zekerheidswetgeving. Bij deze stand van zaken is er ook thans geen aanleiding tot een minder terughoudende beoordeling dan is aanvaard in het vermelde arrest van de Hoge Raad van 13 januari 1995 en evenmin grond voor het oordeel dat een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het onvrijwillig **beëindigen** van de dienstbetrekking bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet langer bestaat.”*

De Hoge Raad bevestigt hiermee haar zienswijze uit *Codfried/ISS* en geeft aan dat ook in 2002 de regel, dat een arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, nog steeds wordt gesteund door brede lagen van de bevolking. De Hoge Raad zoekt hierbij steun in de verschillende sociale zekerheidswetten, die een leeftijdsgrens van 65 jaar hanteren. Een opvallend verschil met de zienswijze van de Hoge Raad in het *Codfried/ISS* arrest en in het *Op 't Land/ Employment Service* arrest is dat in haar laatste uitspraak het maatschappelijk draagvlak alleen wordt bevestigd voor een onvrijwillige *beëindiging* van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer. De Hoge Raad bevestigt niet meer, wat wel aan de orde was in *Codfried/ISS*, dat tevens een maatschappelijk draagvlak bestaat voor een *einde van rechtswege* van de arbeidsovereenkomst.

⁶⁸ Hoge Raad, 1 november 2002, NJ 2002, 622

Dit laatste is te verenigen met de uiteindelijke totstandkoming van de WGBL. De regering geeft namelijk aan dat een werkgever niet verplicht is om bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar van de werknemer, over te gaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Wanneer een werkgever geen gebruik maakt van de mogelijkheid die de wet hem biedt, zal de werknemer gewoon in dienst blijven.⁶⁹ Hier wordt dus niet gesproken van een einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst, maar van een einde van de arbeidsovereenkomst door middel van een rechtsgeldige opzegging.

In de loop der jaren is de visie met betrekking tot doorwerken na de pensioengerechtigde leeftijd veranderd. Ten opzichte van 15 jaar geleden is het aantal 65-plussers dat nog actief is op de arbeidsmarkt enorm gestegen. In 1995, ten tijde van het Codfried/ISS arrest, waren er 53 duizend werknemers die de leeftijd van 65 jaar hadden gepasseerd. Dit aantal is inmiddels verdubbeld en er zijn nu 107 duizend werknemers van 65 jaar en ouder.⁷⁰ Door de vergrijzing zal naar alle waarschijnlijkheid het aantal werknemers die na 65 jaar willen doorwerken, de komende jaren toenemen. Voor deze stijging zijn verschillende oorzaken aan te wijzen. Ten eerste wordt het steeds meer als normaal gezien dat men na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd doorwerkt. Ouderen willen sociaal actief blijven en zien hiervoor een oplossing in het blijven doorwerken. Daarnaast wordt doorwerken gestimuleerd door de overheid. Daarmee wordt het eenvoudiger voor een werknemer om te blijven werken. In 2001 gaf de overheid nog aan dat het niet gewenst was dat werknemers na hun 65 jaar blijven werken omdat dit een verhoogde arbeidsparticipatie van werknemers tot 65 jaar in de weg zou staan. In 2008 geeft het kabinet aan dat langer doorwerken wel gewenst is en dat zij wil stimuleren dat een werknemer na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd geleidelijker stopt met werken. Vanwege de vergrijzing zal meer een beroep moeten worden gedaan op de participatie van ouderen op de arbeidsmarkt. De vanzelfsprekendheid van stoppen met werken wordt hiermee steeds minder. Het kabinet acht het van belang dat werknemers actief blijven na het bereiken van de pensioenleeftijd. Zij is van mening dat het minder een automatisme moet worden dat een werknemer stopt met werken bij het bereiken van deze leeftijd. Hiertoe roept zij de sociale partners op om kritisch naar de huidige cao's te kijken en regels die het doorwerken van ouderen belemmeren, aan te passen.⁷¹ Het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd hoeft dus voor de werknemer niet meer in te houden dat tevens een einde komt aan de arbeidsovereenkomst.

In de afgelopen jaren zijn zelfs uitzendbureaus gestart die specifiek bemiddelen tussen werkgevers en werknemers die de pensioenleeftijd hebben bereikt. Niet alleen de 65-plusser

⁶⁹ TK 2001-2002, 28170 nr. 5, p. 5

⁷⁰ Volkskrant Magazine (2009)

⁷¹ TK 2007-2008, 29544, nr. 152, p. 16

ziet voordelen in het blijven doorwerken, ook de werkgever ziet financiële voordelen. De werkgever hoeft namelijk geen premies meer te betalen voor sociale verzekeringen. Hiermee zal een oudere werknemer, die bovendien meer ervaring heeft, goedkoper zijn ten opzichte van een jongere werknemer.

3.3.1.3 Invloed van het maatschappelijk draagvlak

In de literatuur zijn argumenten te vinden voor het bestaan van een pensioenregel, die inhoudt dat een arbeidsovereenkomst, ongeacht of er wel of geen pensioenbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Het bestaan van deze regel wordt gebaseerd op de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest Codfried/ISS. Met een beroep op het maatschappelijk draagvlak voor het bestaan van deze regel, kan hier jaren later, aan worden getwijfeld. De ontwikkelingen brengen met zich mee dat de maatschappelijke opvatting uit het Codfried/ISS arrest steeds minder breed wordt gedragen. Indien deze aanname juist is, zal anno 2009 kunnen worden geconcludeerd dat *niet langer* kan worden gezegd dat de regel, dat een dienstbetrekking in het algemeen van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd, in overeenstemming is met de rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking. De arbeidsovereenkomst zal dan niet van rechtswege ten einde komen. De arbeidsovereenkomst van een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, zal dan slechts ten einde komen wanneer de werkgever over gaat tot een rechtsgeldige opzegging. De vraag kan worden gesteld of de Hoge Raad in de toekomst anders zou oordelen over deze kwestie, nu deze regel maatschappelijk minder breed gedragen lijkt te worden?

Onlangs heeft de kantonrechter te Utrecht nog eens bevestigd dat in het Codfried/ISS arrest een dergelijke regel niet is te lezen. Een arbeidsovereenkomst waarin geen pensioenontslagbeding is opgenomen, zal niet van rechtswege eindigen. De werkgever die toch de arbeidsovereenkomst wil beëindigen, zal bij het UWV WERKbedrijf (vroeger CWI: Centrum voor Werk en Inkomen) een verzoek moeten indienen om toestemming te krijgen voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst, of hij moet overgaan tot ontbinding.

3.3.2 Partijen zijn een pensioenbeding overeengekomen

In deze situatie zijn partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een beding overeengekomen waarin is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt. Dit houdt in dat de werkgever geen verzoek tot opzegging bij het UWV WERKbedrijf hoeft te doen of een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter te starten, voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

3.3.2.1 Rechtsgeldigheid van het pensioenbeding

Wanneer partijen een dergelijk beding zijn overeengekomen en geen van hen maakt hier bezwaar tegen wanneer het moment aanbreekt, zal er geen probleem zijn. De arbeidsovereenkomst zal dan inderdaad eindigen. Echter wanneer de werknemer wel een bezwaar maakt tegen het eindigen van de arbeidsovereenkomst, zal er een discussie ontstaan over de rechtsgeldigheid van het beding en of de arbeidsovereenkomst inderdaad van rechtswege kan eindigen.

De Memorie van Toelichting van de WGBL geeft aan dat vaak in een cao of individuele arbeidsovereenkomst een beding is opgenomen die bepaalt dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd eindigt.⁷² Minister Donner gaat uit van de rechtsgeldigheid van een pensioenbeding omdat het Hof van Justitie heeft bepaald dat een dergelijk beding niet discriminatoir is en geen leeftijdsdiscriminatie oplevert. Volgens hem is de geldigheid van een ontslagbeding wenselijk omdat het een natuurlijk moment creëert voor de beëindiging voor een arbeidsovereenkomst. Bovendien is het volgens de minister goed dat de ontslagregels niet van toepassing zijn wanneer de werkgever bij het bereiken van deze leeftijd van de werknemer, over wil gaan tot beëindiging. Zonder een pensioenbeding zal de werkgever een verzoek tot opzegging bij het UWV WERKbedrijf moeten doen, of moeten overgaan tot ontbinding. Hierbij merkt de minister op dat het partijen vrij staat om overeen te komen dat zij een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaan na het bereiken van het 65^{ste} levensjaar van de werknemer. Hiermee komt hij tot een conclusie en zegt⁷³:

'Ik ben dus niet voornemens om ontslagbedingen bij 65 jaar in de cao's te verbieden. Wel kan ik sociale partners oproepen om in de cao's afspraken te maken over de voorwaarden waaronder voortzetting of vernieuwing van de arbeidsovereenkomst vanaf het 65ste jaar mogelijk moet worden geacht.'

Ook de SER gaat uit van de rechtsgeldigheid van een beding waarin is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd.⁷⁴

De rechtspraak⁷⁵ en literatuur sluiten zich hierbij aan en baseren de rechtsgeldigheid van een pensioenbeding op artikel 7:667 lid 1 BW, die aangeeft dat er een mogelijkheid bestaat dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer hiervoor een tijd in de overeenkomst is opgenomen. Bovendien is volgens Heemskerk het beding onderdeel van de

⁷² TK 28 170 nr. 3 p. 30

⁷³ Rijksbegroting 2008

⁷⁴ SER (2006)

⁷⁵ Bijvoorbeeld: Kantonrechter Haarlem, 5 juni 2008, LJN: BD 4031; Kantonrechter Utrecht, 16 mei 2008, JAR 2008/158; Hof 's-Gravenhage 12 juni 2008, LJN: BD 6316

arbeidsovereenkomst die partijen met wederzijds goedvinden zijn overeengekomen.⁷⁶ De vraag kan worden gesteld, zonder het daarbij te hebben over de geldigheid van een pensioenbeding, of dit laatste wel correct is. Een werknemer heeft bij de ondertekening van zijn arbeidsovereenkomst inderdaad ingestemd met het pensioenbeding, maar je kan je afvragen of het wel gewenst is omdat in veel gevallen de werknemer instemt met een beding dat pas tientallen jaren later op hem van toepassing zal zijn. Kan een werkgever, zoveel jaren later, zich echt baseren op de wilsverklaring van de werknemer? Vas Nunes merkt hierbij op “... dat er niet teveel tijd mag verlopen tussen het overeenkomen van de beëindiging en het tijdstip van de beëindiging.”⁷⁷

Ondanks dat door velen in de praktijk een pensioenbeding als rechtsgeldig wordt aanvaard, zijn er opvattingen die tegen de geldigheid van een pensioenbeding pleiten. Vas Nunes is aanhanger van de ‘twee-smakenleer’ en is van mening dat een pensioenbeding hiermee niet valt te verenigen. De ‘twee-smakenleer’ gaat er van uit dat er twee soorten arbeidsovereenkomsten bestaan, namelijk de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die van rechtswege eindigt en de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die eindigt door middel van wederzijds goedvinden, opzegging of ontbinding. Een derde smaak waarbij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt, is volgens hem niet toelaatbaar.⁷⁸ Ook de Jong is net zoals Vas Nunes van mening dat een pensioenbeding in de individuele arbeidsovereenkomst niet toelaatbaar is. Echter vindt hij dat een dergelijk beding wel mogelijk is wanneer dit bij cao is bepaald.⁷⁹

Niet alleen in de literatuur wordt getwijfeld aan de rechtsgeldigheid van een pensioenbeding, maar ook de rechtspraak heeft zijn bedenkingen. Vorig jaar heeft de kantonrechter te Amsterdam een opvallende uitspraak gedaan.⁸⁰ In casu gold tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarin een beding in de arbeidsovereenkomst was opgenomen waarbij de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. In de toepasselijke cao was bepaald dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen wanneer de werknemer gebruik maakte van haar ouderdomspensioen. Een aantal maanden voordat de leeftijd van 65 jaar van de werknemer werd bereikt wijst de werkgever de werknemer op het beding en deelde de werknemer mede dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen. De werknemer gaf aan dat zij graag ook na haar vijftenzestigste door wilde werken. De werkgever ging hierin

⁷⁶ Heemskerk (2006) p. 2

⁷⁷ Vas Nunes (2008-2) p. 59

⁷⁸ Vas Nunes (2009) p. 57

⁷⁹ De Jong (2006) p. 4 en 5

⁸⁰ Kantonrechter te Amsterdam, 8 juli 2008, JAR 2008/228

niet mee en bleef bij het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde. In de procedure die de werknemer startte vorderde zij een verklaring voor recht dat nog steeds een arbeidsverhouding tussen hen gold en dat zij zou worden toegelaten tot werken.

De kantonrechter achtte het pensioenbeding ongeldig en bepaalde dat nog steeds sprake was van een arbeidsverhouding tussen partijen. Zij motiveerde haar beslissing door aan te geven dat er *of* een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is, waarbij de arbeidsovereenkomst van rechtswege zal eindigen, *of* een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die per definitie niet van rechtswege eindigt. Het opnemen van een beding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin is bepaald dat deze toch van rechtswege eindigt, is hiermee niet verenigbaar. Een dergelijk beding is zelfs niet geldig wanneer partijen dit met wederzijds goedvinden zouden zijn overeengekomen. Indien de werkgever alsnog een einde aan het dienstverband wil maken, zal dit alleen door middel van een rechtsgeldige opzegging mogelijk zijn.

3.3.2.2 Alternatief voor het pensioenbeding

Uit de vorige paragraaf blijkt dat het pensioenbeding veel vragen oproept. Het belangrijkste argument voor het in stand houden van het pensioenbeding is dat een natuurlijk moment wordt gecreëerd waarop een einde komt aan de arbeidsovereenkomst. Het is echter ook mogelijk om dit resultaat bij wet te regelen. Indien blijkt dat men wil vasthouden aan een einde van rechtswege bij de pensioengerechtigde leeftijd, kan in artikel 7:667 BW een extra lid worden opgenomen die als volgt zou kunnen luiden: 'De voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer'. Deze bepaling zorgt er voor dat alle arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd in ieder geval eindigen bij het bereiken van deze leeftijd. Het staat partijen natuurlijk vrij om bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een latere pensioendatum overeen te komen. In dit geval zal de arbeidsovereenkomst gekwalificeerd dienen te worden als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd omdat partijen expliciet in de overeenkomst een einddatum zijn overeengekomen. Het zojuist geïntroduceerde nieuwe lid van artikel 7:667 BW zal hier geen werking hebben omdat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Wanneer partijen in de arbeidsovereenkomst een latere pensioenleeftijd zijn overeengekomen, zullen zij zich er van bewust moeten zijn dat tussentijdse opzegging van de arbeidsovereenkomst slechts mogelijk is indien dit in een beding is overeengekomen.

Wanneer partijen, na een einde van rechtswege bij de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer, wensen de arbeidsovereenkomst voort te zetten, kunnen zij een nieuwe arbeidsovereenkomst met elkaar overeen komen. Indien partijen geen verdere afspraken met elkaar maken en de werknemer blijft ook na zijn pensioengerechtigde leeftijd zijn

werkzaamheden verrichten, zal aansluiting gezocht dienen te worden bij de regels omtrent stilzwijgende voortzetting. Een nieuw lid dient dan aan artikel 7:668 BW worden toegevoegd. Deze zou als volgt kunnen luiden: ‘Indien de arbeidsovereenkomst na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, door partijen zonder tegenspraak wordt voortgezet, wordt zij geacht voor telkens ten hoogste voor een jaar, te zijn aangegaan’.

3.4 Conclusie

De werkgever kan de arbeidsovereenkomst van de pensioengerechtigde werknemer opzeggen of ontbinden. Het UWV WERKbedrijf en de kantonrechter zullen met toepassing van artikel 7 lid 1 sub b WGBL een verzoek tot beëindiging toestaan. Partijen mogen er niet van uit gaan dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van deze leeftijd. Hiermee ontken ik het bestaan van de in het Codfried/ISS-arrest genoemde regel, dat de dienstbetrekking in het algemeen van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Deze regel, ookwel pensioenregel, wordt in 1995 door de Hoge Raad aanvaard omdat zij in overeenstemming zou zijn met de rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking. Anno 2009 kan de geconcludeerd worden dat deze regel niet meer maatschappelijk gedragen wordt. Er zijn steeds meer werknemers die na de pensioengerechtigde leeftijd werken; de overheid voert een beleid dat werknemers ook na deze leeftijd actief op de arbeidsmarkt blijven; speciale uitzendbureau's proberen de oudere werknemer aan het werk te krijgen; en de Kring van Kantonrechters geeft in haar nieuwe aanbevelingen aan dat de pensioneringsdatum niet meer samen hoeft te vallen met de 65-jarige leeftijd van de werknemer. De vanzelfsprekendheid om bij de pensioengerechtigde leeftijd te stoppen met werken is verdwenen. De arbeidsovereenkomst eindigt niet van rechtswege omdat het gebruik dit met zich mee zou brengen. In de praktijk lijkt het echter wel aanvaard te worden dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer, indien partijen dit in een beding zijn overeengekomen. Vorig jaar maakte minister Donner in de Rijksbegroting nog kenbaar dat hij dit beding in de arbeidsovereenkomst toestaat en niet van plan is deze te verbieden. Het belangrijkste argument voor het aanvaarden van het pensioenbeding is dat de minister het wenselijk acht dat een natuurlijk moment wordt gecreëerd waarbij, zonder opzegging of ontbinding, een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand komt. Daarnaast zou het beding volgens het Hof van Justitie geen leeftijdsdiscriminatie opleveren.

Het pensioenbeding is echter misschien niet de beste manier om dit resultaat te bewerkstelligen. Een einde van rechtswege wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer lijkt niet langer gesteund te worden door brede lagen van de bevolking. Daarnaast is het pensioenbeding moeilijk te verenigen met de ‘twee-smakenleer’.

Ten slotte staan in de rechtspraak kantonrechters lijnrecht tegenover elkaar omtrent de rechtsgeldigheid van het pensioenbeding. Het pensioenbeding roept velen vragen op en dit komt niet ten goede aan de rechtszekerheid. Het is wachten op de Hoge Raad die hopelijk snel meer duidelijkheid kan geven. Het zou echter nog beter zijn als de wetgever actie onderneemt en meer duidelijkheid verschaft omtrent de arbeidsovereenkomst van de pensioengerechtigde werknemer. Dit komt ten goede aan de rechtszekerheid. Een ander voordeel om het einde van de arbeidsovereenkomst van de pensioengerechtigde werknemers te regelen bij wet, is dat zij voortaan zal gelden voor alle werknemer: Partijen hoeven geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeen te komen om het gewenste resultaat te behalen.

Hoofdstuk 4 Kader van de arbeidsovereenkomst

4.1 Aard van de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding

In veel (collectieve) arbeidsovereenkomsten is een soortgelijke clausule opgenomen:

‘De arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde tijd met dien verstande dat de dienstbetrekking in ieder geval eindigt zonder dat opzegging is vereist bij het bereiken door werknemer van de AOW-gerechtigde leeftijd’.

Een variatie op deze clausule kan zijn dat het beding bepaalt dat de arbeidsovereenkomst zonder opzegging eindigt wanneer de werknemer gebruik maakt van zijn ouderdomspensioen (tweede pijler pensioen). Deze clausules worden ook wel een pensioenbeding genoemd. In het vorige hoofdstuk is dit beding aan de orde gekomen met betrekking tot de wijze waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. In de praktijk wordt er van uitgegaan dat een arbeidsovereenkomst waarin dit beding is opgenomen, van rechtswege zal eindigen. De vraag moet hier worden gesteld of de arbeidsovereenkomst waarin een dergelijk beding is opgenomen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is. De kwalificatie is van belang voor de (tussentijdse) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en voor een eventuele voortzetting van de dienstbetrekking.

Het beding geeft zelf aan dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zodat voor het beëindigen van de arbeidsverhouding een rechtsgeldige opzegging of ontbinding nodig is. Echter geldt dit alleen tot het moment dat een werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt (of in het andere geval gebruik maakt van zijn ouderdomspensioen), want het beding bepaalt dat wanneer dit moment is bereikt de overeenkomst van rechtswege zal eindigen. Dit laatste geeft juist weer aan dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst waarin een dergelijk beding is opgenomen lijkt nu zowel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te zijn. Is dit mogelijk? In dit hoofdstuk zal worden onderzocht of de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding gekwalificeerd kan worden als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

4.2 Soorten arbeidsovereenkomsten

Het arbeidsovereenkomstenrecht kent in titel 7.10 BW twee soorten overeenkomsten die een werkgever en werknemer met elkaar kunnen aangaan. Namelijk de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde- en voor bepaalde tijd. Doorslaggevend voor het bepalen of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is of het einde van de arbeidsovereenkomst kan

worden vastgesteld volgens een vooraf afgesproken objectief criterium. Dit houdt in dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet afhankelijk is van de wil van een der partijen.⁸¹ Het moet wel steeds gaan om een toekomstige zekere gebeurtenis, zoals een tijdstip of de duur van een bepaald project.

Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kent in beginsel geen bepaling in de overeenkomst die bepaalt dat deze wordt beëindigd bij het bereiken van een bepaalde gebeurtenis. Het is onzeker hoe lang deze arbeidsovereenkomst duurt. De arbeidsovereenkomst loopt door tot het moment dat rechtsgeldig wordt opgezegd of wordt ontbonden.

4.2.1 Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Vegter gaat er van uit dat de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding moet worden gezien als een overeenkomst voor onbepaalde tijd die van rechtswege eindigt. Hierbij merkt zij op dat dit echter wel juridisch moeilijk verdedigbaar is, omdat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eenmaal moeilijk van rechtswege eindigt. “De feitelijke en juridische wereld sluiten hier dus niet goed op elkaar aan”.⁸² Carlee ziet daarentegen geen problemen wanneer een arbeidsovereenkomst een combinatie van kenmerken van beide soorten arbeidsovereenkomsten bezit. Net zoals dat het mogelijk is bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een beding op te nemen die tussentijds opzegging mogelijk maakt, zal het ook mogelijk zijn dat partijen overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt bij het bereiken van een bepaalde datum. In beide gevallen is het volgens hem mogelijk om het kenmerkende van de arbeidsovereenkomst bij te stellen of aan te vullen met kenmerken uit de andere soort overeenkomst, wanneer dit contractueel wordt vastgelegd.⁸³ De kantonrechter te Deventer⁸⁴ sluit zich hierbij aan, en bepaalt dat een arbeidsovereenkomst waarbij het bereiken van een bepaalde leeftijd het einde van de arbeidsovereenkomst inhoudt, kan worden gezien als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een uiterste begrenzing in de tijd is volgens de rechter geen belemmering voor het aannemen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In casu gold dat voor de eerste arbeidsovereenkomst die tot de leeftijd van 65 zou gelden, en tevens voor een tweede direct daarna gesloten overeenkomst die tot de 70^{ste} levensjaar zou bestaan.

Ondanks dat de arbeidsovereenkomst een objectief bepaalbare einddatum bevat, kwalificeert ook Heemskerk de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het is volgens hem mogelijk om in de

⁸¹ Loonstra en Zondag (2006) p. 363-364

⁸² Vegter (2007) p. 2

⁸³ Carlee (1999)

⁸⁴ Kantonrechter Deventer, 13 maart 2003, JAR 2004/194

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een maximumduur vast te stellen. De arbeidsovereenkomst is voor onbepaalde tijd aangegaan omdat dit de bedoeling van partijen is geweest. Partijen zouden raar opkijken als achteraf zou blijken dat zij een arbeidsverhouding voor bepaalde tijd zijn overeengekomen. Voor hen die dachten een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te zijn overeengekomen, worden bij een andere kwalificatie geconfronteerd met onwenselijke gevolgen zoals de moeilijkheid om tussentijds op te zeggen. Bovendien is volgens Heemskerk de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding niet strijdig met artikel 7:667 lid 6 BW en kan zij worden gebaseerd op artikel 7:667 lid 1 BW. Het eerste lid van dit artikel is taalkundig gezien van toepassing op zowel arbeidsovereenkomsten voor bepaalde als voor onbepaalde tijd.⁸⁵

Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden beëindigd door middel van wederzijds goedvinden, opzegging of ontbinding. In een aantal gevallen is het mogelijk dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt. Artikel 7:674 lid 1 BW bepaalt dat een arbeidsovereenkomst eindigt (van rechtswege) bij de dood van de werknemer. Een andere situatie waarbij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt, is wanneer de in de arbeidsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde is ingetreden. Kan een pensioenbeding worden gezien als een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

4.2.1.1 Het pensioenbeding als ontbindende voorwaarde

Een ontbindende voorwaarde kan zowel in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde- als voor onbepaalde tijd in een beding worden opgenomen. Wanneer de ontbindende voorwaarde intreedt, zal de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen. Indien een pensioenbeding als een ontbindende voorwaarde kan worden gekwalificeerd, is het dus mogelijk, ondanks de tijdsbepaling, dat partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan. Kan een pensioenbeding als ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden opgenomen?

De Hoge Raad heeft in verschillende arresten een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst als rechtsgeldig aangemerkt. Echter stelt de Hoge Raad strenge eisen aan de toelaatbaarheid hiervan en acht een ontbindende voorwaarde in slechts enkele gevallen rechtsgeldig. Uit de jurisprudentie zijn drie voorwaarden te herleiden voor de rechtsgeldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst. De eerste voorwaarde is dat de ontbindende voorwaarde een onzekere gebeurtenis betreft. Ten tweede is een ontbindende

⁸⁵ Heemskerk (2009) p. 231-234

voorwaarde alleen toegestaan wanneer zij is te verenigen met het gesloten systeem van ontslagrecht. Dit wordt ook wel het concordantiebeginsel genoemd.⁸⁶ Per geval zal de rechter zich moeten buigen over het vraagstuk of een ontbindende voorwaarde verenigbaar is met de strekking van dit stelsel.⁸⁷ Ten slotte mogen partijen geen invloed hebben bij het in vervulling gaan van de voorwaarde.⁸⁸ De Hoge Raad verwoordt hier de in artikel 6:23 lid 2 BW genoemde regel dat “wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, geldt de voorwaarde als niet vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen”.

Voordat het pensioenbeding wordt getoetst aan deze voorwaarden, is het van belang om nog eens stil te staan bij de verschillende vormen van een pensioenbeding. Ten eerste is er het beding die bepaalt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd (65 jaar). Daarnaast kan het pensioenbeding bepalen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de werknemer gebruik maakt van zijn ouderdomspensioen (tweede pijler pensioen).

Wanneer deze pensioenbedingen worden getoetst aan de eerste voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van een ontbindende voorwaarde, zal het pensioenbeding waarin de einddatum van de arbeidsovereenkomst op 65 jaar ligt, niet aan deze voorwaarde kunnen voldoen. De ontbindende voorwaarde is slechts rechtsgeldig wanneer het een onzekere gebeurtenis betreft. Het bereiken van de 65-jarige leeftijd als ontbindende voorwaarde is volgens Wolff geen onzekere gebeurtenis.⁸⁹ Vas Nunes daarentegen is van mening dat pensionering wel een onzekere gebeurtenis is omdat op het moment dat iemand in dienst treedt, het onzeker is of hij nog leeft of werkt bij dezelfde werkgever op zijn 65^{ste}.⁹⁰ Heemskerk gaat hier niet in mee en is van mening dat de pensioenleeftijd hierdoor geen onzekere gebeurtenis wordt.⁹¹ Ten aanzien van het pensioenbeding waarbij de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de werknemer gebruik maakt van zijn ouderdomspensioen, zou beargumenteert kunnen worden dat wel is voldaan aan de voorwaarde dat er sprake is van een onzekere toekomstige gebeurtenis. Immers staat in dit beding nog niet geheel vast op welk moment de werknemer zijn ouderdomspensioen laat ingaan.

Toetsing aan de tweede voorwaarde, of er is voldaan aan het concordantiebeginsel, brengt in beginsel geen problemen met zich mee. De WGBL staat het namelijk toe dat een

⁸⁶ Loonstra en Zondag (2006) p. 482

⁸⁷ Hoge Raad 6 maart 1992, NJ 1992, 509

⁸⁸ Hoge Raad 6 maart 1992, NJ1992, 509 en Hoge Raad 13 februari 1998, JAR 1998/72

⁸⁹ De Wolff (1999) p. 90 voetnoot 108

⁹⁰ Vas Nunes (2008-2) p. 59

⁹¹ Heemskerk (2009) p. 238

arbeidsovereenkomst wordt beëindigd vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd.

Ten slotte moet zijn voldaan aan de laatste voorwaarde: Het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde mag niet afhankelijk zijn van de subjectieve waardering van partijen. Het pensioenbeding waarbij de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de werknemer gebruik maakt van zijn ouderdomspensioen, voldoet niet aan deze voorwaarde. De werknemer heeft namelijk invloed op het in vervulling gaan van de voorwaarde. Het pensioenbeding die een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand brengt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer, voldoet wel aan dit vereiste omdat partijen de leeftijd van de werknemer niet in de hand kunnen hebben.

Geconcludeerd kan worden dat een pensioenbeding geen ontbindende voorwaarde kan zijn. Het pensioenbeding die een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand brengt bij de leeftijd van 65 jaar stuit op de eerste voorwaarde (de onzekere toekomstige gebeurtenis) en het pensioenbeding die een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand brengt op het moment dat de werknemer gebruik maakt van zijn ouderdomspensioen stuit op de laatste voorwaarde (het in vervulling gaan van de voorwaarde dient afhankelijk te zijn van een objectieve gebeurtenis). Het is dus niet mogelijk om de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een ontbindende voorwaarde te kwalificeren.

4.2.2 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Wanneer men de arbeidsovereenkomst met bovenstaand beding kwalificeert als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zal de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen wanneer de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt. Het is mogelijk om de arbeidsovereenkomst eerder dan deze leeftijd te beëindigen door middel van ontbinding. Opzegging is alleen mogelijk wanneer een beding in de arbeidsovereenkomst dit mogelijk maakt.

De Jong is van mening dat een arbeidsovereenkomst waarbij is bepaald dat deze in ieder geval van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan zijn. De werkgever beroept zich namelijk op een rechtsgevolg dat is verbonden aan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (artikel 7:667 lid 1 BW). Dit artikel geldt niet voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.⁹² Ook Van Megen is van mening dat het sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid niet meer mogelijk is om in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een

⁹² De Jong (2006) p. 4

element met tijdsbepaling op te nemen. Vanaf de invoering van deze wet wordt er een duidelijk onderscheid gemaakt tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd, en is het niet meer mogelijk om een dergelijke variant te creëren.⁹³

Ook de kantonrechter te Amsterdam⁹⁴ heeft zich uitgelaten over de kwalificatie van een dergelijke overeenkomst. Hij heeft bepaald dat een arbeidsovereenkomst óf geldt voor bepaalde tijd (waarbij zij in dat geval in beginsel eindigt van rechtswege) óf voor onbepaalde tijd (waarbij zij niet van rechtswege eindigt). De rechter acht het onaanvaardbaar dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt vanwege een bepaling in de arbeidsovereenkomst of een cao. Het opnemen van een dergelijke bepaling is niet te rechtvaardigen door aan te nemen dat de bepaling in de arbeidsovereenkomst of cao is opgenomen met wederzijds goedvinden en dat daardoor de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd. Daarnaast valt een dergelijke bepaling ook niet te rechtvaardigen door aan te nemen dat sprake is van een ontbindende voorwaarde. Dit zou in strijd zijn met het gesloten stelsel van ontslag. In casu bepaalde de rechter dat de arbeidsovereenkomst niet wordt beëindigd van rechtswege bij het bereiken van de leeftijd van 65. Indien de werkgever alsnog de dienstbetrekking wil beëindigen, zal hij de normale procedure dienen te doorlopen en een aanvraag bij het UWV WERKbedrijf moeten doen.

4.3 Afweging en conclusie

Voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst zoals aan het begin van dit hoofdstuk aangegeven (voor onbepaalde tijd, maar die van rechtswege eindigt), zal een keuze moeten worden gemaakt of het een arbeidsovereenkomst voor bepaalde- of onbepaalde tijd is. Niet alleen de literatuur, maar ook de wet geeft in artikel 7:667 BW aan dat in ons arbeidsovereenkomstenrecht twee soorten arbeidsovereenkomsten zijn te herkennen. De mening van Carlee, dat het mogelijk is om een arbeidsovereenkomst aan te passen waardoor zij ook kenmerken krijgt van de andere soort arbeidsovereenkomst, lijkt mij, de overige argumenten in de literatuur en rechtspraak overwegende, erg gekunsteld. De wet heeft het expliciet mogelijk gemaakt om in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een beding op te nemen die tussentijdse opzegging toestaat. Carlee redeneert dat daarom het ook mogelijk is bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een beding op te nemen waarin een maximumduur van de arbeidsovereenkomst wordt bepaald. Dit laatste is naar mijn mening niet juist, omdat de wet (in tegenstelling tot een tussentijds opzegbeding bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) deze mogelijkheid juist niet biedt. Er zal een keuze dienen te worden gemaakt voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst.

⁹³ Van Megen (1998)

⁹⁴ Kantonrechter te Amsterdam, 8 juli 2008, JAR 2008/228

De arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding zou men kunnen kwalificeren als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wanneer het intreden van de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer, als een ontbindende voorwaarde mag worden gezien. Zoals hiervoor aangegeven, stellen de wet en rechtspraak zeer strenge eisen aan de mogelijkheid om een ontbindende voorwaarde op te nemen in een arbeidsovereenkomst. Het pensioenbeding kan niet voldoen aan deze voorwaarden. Het pensioenbeding die bepaalt dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, betreft een zekere gebeurtenis in de tijd, waardoor niet is voldaan aan de voorwaarde dat sprake dient te zijn van een onzekere toekomstige gebeurtenis. Het pensioenbeding die bepaalt dat een einde komt aan de arbeidsovereenkomst op het moment dat de werknemer gebruik maakt van zijn ouderdomspensioen (tweede pijler), voldoet niet aan de voorwaarde dat partijen geen invloed mogen hebben op het in vervulling gaan van de gebeurtenis.

De opvatting van Heemskerk dat het mogelijk is om in arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een maximumduur op te nemen, lijkt mij niet juist. Het arbeidsrecht kent twee soorten arbeidsovereenkomsten met ieder haar karaktereigenschappen. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een maximum duur zal dan ook als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gekwalificeerd dienen te worden. De arbeidsovereenkomst waarin een uiterste tijdsbegrenzing is opgenomen voor de duur van de arbeidsovereenkomst, is een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Ondanks dat het pensioenbeding aangeeft dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, kan worden geconcludeerd dat de arbeidsovereenkomst met dit beding moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit brengt met zich mee dat tussentijdse opzegging van de arbeidsovereenkomst alleen mogelijk is wanneer een beding in de arbeidsovereenkomst dit mogelijk maakt. Voor de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst dient gekeken te worden naar de specifieke eigenschappen. Dat het beding zelf aangeeft dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, doet er dan niet toe.

James Whitcomb Riley zou hebben gezegd:

“When I see a bird that walks like a duck and swims like a duck and quacks like a duck, I call that bird a duck”

Hoofdstuk 5 Voortzetting van de arbeidsverhouding

Een arbeidsovereenkomst kan zijn overeengekomen voor bepaalde- of voor onbepaalde tijd. Wanneer een einde komt aan deze arbeidsovereenkomst is het mogelijk dat de werkgever en werknemer besluiten om een nieuwe arbeidsovereenkomst met elkaar aan te gaan. Deze arbeidsovereenkomst wordt de voortgezette arbeidsovereenkomst genoemd. In dit hoofdstuk ga ik er van uit dat de eerste arbeidsovereenkomst duurt tot het pensioenontslag van de werknemer. De voortgezette arbeidsovereenkomst begint hierna en kan zijn aangegaan voor bepaalde- of onbepaalde tijd. Op welke wijze komt een einde aan deze arbeidsovereenkomst wanneer deze is voortgezet na de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding? Zal men tot een andere uitkomst komen wanneer in de eerste arbeidsovereenkomst geen pensioenbeding is opgenomen? Wat is de invloed van de Ragetlieregel en de kettingregeling op de wijze van beëindiging van de voortgezette arbeidsovereenkomst? Ten slotte, zijn de rechtsgevolgen van de Ragetlieregel en de kettingregeling ook gewenst voor arbeidsovereenkomsten van oudere werknemers?

De volgende situaties kunnen zich voordoen bij een voortzetting van de arbeidsovereenkomst:
(onbepaalde tijd = o.b.t. bepaalde tijd = b.t.)

	Voortzetting	
1. Arbeidsovereenkomst o.b.t.	→	Arbeidsovereenkomst o.b.t.
2. Arbeidsovereenkomst o.b.t.	→	Arbeidsovereenkomst b.t.
3. Arbeidsovereenkomst b.t.	→	Arbeidsovereenkomst o.b.t.
4. Arbeidsovereenkomst b.t.	→	Arbeidsovereenkomst b.t.

5.1 De arbeidsverhouding

5.1.1 De arbeidsovereenkomst tot het pensioenontslag

Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de arbeidsovereenkomst waarin geen afspraken zijn gemaakt over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op een bepaald tijdstip en de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding.

Uit het voorgaande hoofdstuk blijkt dat de arbeidsovereenkomst waarin een pensioenbeding is opgenomen gekwalificeerd dient te worden als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Het pensioenbeding geeft aan dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (65 jaar) of het beding geeft aan dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de werknemer gebruik maakt van een pensioenregeling.

De arbeidsovereenkomst zonder een pensioenbeding en waarin geen andere tijd is bepaald waarop de arbeidsovereenkomst zal eindigen, wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Wanneer de werkgever een einde aan deze

arbeidsovereenkomst wil maken, zal hij dit door middel van een rechtsgeldige opzegging doen. Andere mogelijkheden waardoor een einde aan de arbeidsovereenkomst komt zijn wederzijds goedvinden of ontbinding bij de kantonrechter.

5.1.2 De voortgezette arbeidsovereenkomst

De voortgezette arbeidsovereenkomst is een arbeidsovereenkomst die volgt op een eerdere arbeidsrelatie tussen dezelfde partijen. Hiervan is dus geen sprake wanneer een werknemer na het einde van de eerste arbeidsovereenkomst een arbeidsverhouding aangaat met een andere werkgever.

Wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt is het goed denkbaar dat deze wordt opgevolgd door een nieuwe arbeidsovereenkomst omdat werkgever en werknemer tevreden zijn met de relatie en hun arbeidsverhouding willen voortzetten. De voortgezette arbeidsovereenkomst kan voor bepaalde of onbepaalde tijd zijn. Daarnaast is het ook mogelijk dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt voortgezet door een nieuwe arbeidsovereenkomst. Het is moeilijk om een voorstelling te maken van de situatie waarbij partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met elkaar beëindigen en daarna besluiten om deze met een nieuwe arbeidsovereenkomst voort te zetten. Wanneer is hiervan sprake? Loonstra⁹⁵ geeft het voorbeeld dat werkgever en werknemer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd willen beëindigen, maar dat de werkgever na de beëindiging er achter komt dat hij nog een kleine klus voor de werknemer heeft en hem hiervoor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanbiedt. Maar wanneer doet de situatie zich dan voor wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd? Hiervoor is het moeilijker een concreet voorbeeld te geven, maar deze mogelijkheid kan niet onbesproken blijven wanneer een zij theoretisch mogelijk is.

De voortgezette arbeidsovereenkomst kan dus zijn aangegaan voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd. Voor de voortgezette arbeidsovereenkomst gelden in beginsel de algemene regels voor het ten einde komen van de arbeidsovereenkomst. De voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zal namelijk van rechtswege eindigen bij het verstrijken van de tijd. Voorafgaande opzegging is vereist wanneer dat in de arbeidsovereenkomst is bepaald, of wanneer dat bij wet of gebruik dient plaats te vinden (artikel 7:667 lid 2 BW). Volgens lid 3 van dit artikel is tussentijdse opzegging slechts mogelijk wanneer deze mogelijkheid is opgenomen in een beding in de arbeidsovereenkomst.

⁹⁵ Loonstra en Zondag (2006)

De voortgezette arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd komt ten einde door wederzijds goedvinden, een rechtsgeldige opzegging of ontbinding.

In de wet zijn daarnaast voor de voortgezette arbeidsovereenkomst speciale regels van toepassing. In de volgende paragraaf worden deze regels besproken.

5.2 Bijzondere regels bij een voortgezette arbeidsovereenkomst

De vorige paragraaf geeft aan dat een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, tenzij opzegging volgens artikel 7:667 lid 2 BW expliciet is vereist. Wanneer de voorafgaande arbeidsovereenkomst van de werknemer voor onbepaalde tijd was aangegaan (waar hij ontslagbescherming genoot), gaat hij met het aangaan van de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd er op achteruit omdat hij nu niet meer ontslagbescherming geniet. Is dit de bedoeling? In deze paragraaf zal worden onderzocht of de werknemer soms toch enige bescherming geniet wanneer zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Daarnaast zal worden onderzocht of de werkgever onbepaald de mogelijkheid heeft om met een werknemer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan. Voor de beantwoording van de eerste vraag zal de Ragetlieregel worden besproken. De tweede vraag wordt beantwoord aan de hand van de zogenaamde kettingregeling.

5.2.1 Ragetlieregel

De Hoge Raad heeft in 1986 bepaald dat wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met wederzijds goedvinden wordt beëindigd en wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet van rechtswege zal eindigen, maar dat deze dient te worden opgezegd.⁹⁶ Deze regel is later de Ragetlieregel genoemd en is gedeeltelijk in de wet in artikel 7:667 lid 4 en 5 BW opgenomen. De wet bepaalt voor toepassing van de regel (in tegenstelling tot de Hoge Raad) op welke wijze een einde aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand dient te komen. Artikel 7:667 lid 4 BW geeft namelijk aan dat wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op een andere wijze wordt beëindigd dan door een rechtsgeldige opzegging of ontbinding, de opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet van rechtswege zal eindigen. Voor de beëindiging van de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is een rechtsgeldige opzegging vereist. De wet gaat dus een stap verder dan de Hoge Raad in 1986 met betrekking tot de toepassing van de regel. Waar de Hoge Raad het alleen heeft over een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die met wederzijds goedvinden wordt beëindigd, heeft de wet het over alle arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd die anders

⁹⁶ Hoge Raad 4 april 1986, NJ 1987, 678

dan door opzegging of ontbinding worden beëindigd. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die van rechtswege eindigt, valt bijvoorbeeld ook onder het bereik van de regel. Een andere voorwaarde voor toepassing van de Ragetlieregels, is dat sprake dient te zijn van een ‘voortgezette’ arbeidsovereenkomst. Dit houdt in dat de voortgezette arbeidsovereenkomst identiek is aan de voorgaande arbeidsovereenkomst. Niet alleen de functie van de werknemer moet hetzelfde blijven, maar ook de arbeidsvoorwaarden en het werk dat de werknemer verricht. Wanneer de opvolgende arbeidsovereenkomst op één van deze punten anders is dan de vorige arbeidsovereenkomst, zal niet sprake zijn van ‘voortzetting’ in de zin van artikel 7:667 lid 4 en 5 BW en zal de nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alsnog van rechtswege eindigen.⁹⁷

De Ragetlieregels zijn tot stand gekomen ter bescherming van de werknemer. Zij geldt niet wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd rechtsgeldig wordt opgezegd of wordt ontbonden, omdat in deze gevallen al een onafhankelijk orgaan (UWV WERKbedrijf of de rechter) heeft geoordeeld over de redelijkheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.⁹⁸ In alle andere gevallen waarbij een einde komt aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en die wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is onvoldoende ontslagbescherming aan de werknemer geboden. Ter bescherming van de werknemer, zal de ontslagbescherming gelden voor zijn voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit houdt in dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet van rechtswege zal eindigen, maar dat voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een rechtsgeldige opzegging is vereist.⁹⁹ Verhulp is van mening dat het ook mogelijk is dat voldoende ontslagbescherming is geboden aan de werknemer, bij andere wijzen van beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dan bij opzegging en ontbinding.¹⁰⁰ In paragraaf 5.5 zal ik hier verder op in gaan.

5.2.2 Kettingregeling

Met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid is de kettingregeling van artikel 7:668a BW tot stand gekomen. Deze regel zorgt er voor dat het niet mogelijk is om oneindig lang arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd achter elkaar te sluiten. Het eerste lid geeft aan in welke gevallen opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dienen te worden gezien als aangegaan voor onbepaalde tijd. In het eerste geval is dat wanneer er meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn aangegaan die een totale periode van meer dan

⁹⁷ Christe (2002) p. 91

⁹⁸ Loonstra en Zondag (2006) p. 371

⁹⁹ WRR (2007) p. 193

¹⁰⁰ Verhulp (2005) p.6

36 maanden hebben bereikt. Het laatste contract dat is gesloten voor bepaalde tijd, zal vanaf dag 1 na het verstrijken van de 36 maanden, van rechtswege worden geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het tweede geval is wanneer drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden gesloten, zal de vierde arbeidsovereenkomst gezien worden als aangegaan voor onbepaalde tijd. De ketting zal niet worden doorbroken zolang de tussenperiodes van de arbeidsovereenkomsten niet meer dan drie maanden bedragen. Daarnaast worden de tussenperiodes meegerekend bij de berekening van de 36 maanden. Conversie heeft tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst dient te worden beëindigd door een rechtsgeldige opzegging.

In tegenstelling tot de Ragetlieregels, is voor toepassing van de kettingregeling, het niet van belang of de nieuwe arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden is voortgezet. Het is mogelijk dat de werknemer bij dezelfde werkgever verschillende functies heeft bekleed, zonder dat de keten wordt doorbroken.¹⁰¹ Strikte toepassing van de wet kan er voor zorgen dat door de ketenbepaling, de Ragetlieregels na een tijdje buiten beschouwing kan worden gelaten. Dit is het geval wanneer na het einde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, meerdere tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden gesloten. Wanneer wordt voldaan aan de voorwaarden in artikel 7:668a BW, kan de laatste arbeidsovereenkomst van rechtswege geconverteerd zijn in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is een voorafgaande opzegging nodig. De Ragetlieregels zijn nu niet meer van toepassing.

Het is van belang om op te merken dat artikel 7:668a lid 5 BW bepaalt dat het mogelijk is om van dit artikel af te wijken in een collectieve arbeidsovereenkomst (cao). In 2004 is onderzoek verricht in hoeverre hiervan gebruik wordt gemaakt. Hieruit bleek dat in 38 procent van de onderzochte cao's op minimaal één van de punten in het artikel is afgeweken (op het aantal opvolgende arbeidsovereenkomsten, op de totale duur van de arbeidsovereenkomsten, of op de tussenpozen tussen de arbeidsovereenkomsten in).¹⁰² In dit hoofdstuk ga ik uit van de hoofdregel van artikel 7:668a BW en behandel ik niet de mogelijkheid om bij cao af te wijken van dit artikel.

5.3 Toepassing van Ragetlieregels en kettingregeling

Wanneer werkgever en werknemer een voortgezette arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan, hebben zij al eerder een relatie met elkaar gehad. Afhankelijk van de soort overeenkomst die vooraf is gegaan aan de nieuwe arbeidsovereenkomst, zullen de Ragetlieregels en de kettingbepaling van toepassing zijn. Daarnaast moet een verschil worden

¹⁰¹ Loonstra en Zondag (2006) p. 368-369

¹⁰² Arbeidsinspectie (2004)

gemaakt tussen een voortzetting van de arbeidsovereenkomst die stilzwijgend en uitdrukkelijk wordt voortgezet.

5.3.1 De voorafgaande arbeidsovereenkomst was aangegaan voor bepaalde tijd

De arbeidsovereenkomst waarin een pensioenbeding is opgenomen wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Wanneer de tijd is verstreken (bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer of wanneer de werknemer gebruik maakt van een pensioenregeling) zal de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen. Deze arbeidsovereenkomst kan worden opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde- of onbepaalde tijd.

In deze paragraaf zullen de volgende situaties worden besproken:

- | | | |
|-----------------------------|---|----------------------------|
| 3. Arbeidsovereenkomst b.t. | → | Arbeidsovereenkomst o.b.t. |
| 4. Arbeidsovereenkomst b.t. | → | Arbeidsovereenkomst b.t. |

De meeste werkgevers zullen bij oudere werknemers, kiezen voor een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Wanneer de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is de kettingsregeling van artikel 7:668a BW van belang voor de kwalificatie van de laatste arbeidsovereenkomst. Deze regel speelt geen rol wanneer de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De Ragetlieregeling is in beide gevallen niet van toepassing omdat niet sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Voor toepassing van artikel 7:668a BW hoeft de arbeidsovereenkomst niet uitdrukkelijk worden voortgezet. Wanneer de werknemer de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt (in het pensioenbeding was opgenomen dat hiermee de arbeidsovereenkomst van rechtswege ten einde kwam) en hij hierna gewoon werkzaam blijft bij de werkgever zonder dat verdere afspraken zijn gemaakt over de duur hiervan, zal sprake zijn van een stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst die stilzwijgend wordt voortgezet, volgens artikel 7:668 lid 1 BW, zal na het verstrijken van de tijd, voor dezelfde tijd, doch voor ten hoogste een jaar, worden geacht te zijn voortgezet. De voortgezette arbeidsovereenkomst zal onder dezelfde voorwaarden worden voortgezet als de voorgaande arbeidsovereenkomst. In dit geval zal de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van een jaar worden meegerekend in de keten van artikel 7:668a BW, waardoor het mogelijk is dat de arbeidsovereenkomst wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit zal vaak het geval zijn. Immers heeft de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde

tijd (tot het bereiken van de 65-jarige leeftijd) vaak jaren, en in ieder geval langer dan 36 maanden, geduurd. Vanaf het moment dat de tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is ingegaan (vanaf het 65^{ste} levensjaar) zal zijn voldaan aan de vereisten van artikel 7:668a lid 1 sub a BW en zal de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn aangegaan.

Uit het voorgaande blijkt dat zowel bij uitdrukkelijk als bij stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst in casu sprake zal zijn van conversie in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

5.3.2 De voorafgaande arbeidsovereenkomst was aangegaan voor onbepaalde tijd

De voorafgaande arbeidsovereenkomst kan vanwege verschillende redenen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn. De meest eenvoudige reden is dat gewoonweg een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten tussen partijen. In dit geval zal in veel gevallen een pensioenbeding in de arbeidsovereenkomst zijn opgenomen. De arbeidsovereenkomst wordt dan gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een maximumduur. Wanneer dit juist is, wat ik in voorgaande hoofdstukken ontken, zal de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen zijn en zal bij het invullen gaan van de voorwaarde in het pensioenbeding de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen. In een ander geval is het ook mogelijk dat vanwege toepassing van artikel 7:668a BW de voorafgaande arbeidsovereenkomst als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gekwalificeerd dient te worden. Dan zal vaak niet gedacht zijn aan het pensioenbeding en zal de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer dienen te worden opgezegd wanneer de werkgever een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand wil laten komen. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde- of onbepaalde tijd.

In deze paragraaf zullen de volgende situaties worden besproken:

- | | | |
|-------------------------------|---|----------------------------|
| 1. Arbeidsovereenkomst o.b.t. | → | Arbeidsovereenkomst o.b.t. |
| 2. Arbeidsovereenkomst o.b.t. | → | Arbeidsovereenkomst b.t |

De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarin geen pensioenbeding is opgenomen, zal bij een stilzwijgende en een uitdrukkelijke voortzetting, logischerwijs een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd blijven. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt immers altijd (stilzwijgend) voortgezet tot het moment dat een der partijen overgaat tot een rechtsgeldige opzegging of ontbinding.

Wanneer de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een maximumduur, zal het ingewikkelder worden en zal voortzetting van de arbeidsverhouding tot andere resultaten leiden. Wat gebeurt er namelijk met de arbeidsovereenkomst als de werkgever en werknemer bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, zonder dit uitdrukkelijk kenbaar te hebben gemaakt, de arbeidsovereenkomst voortzetten?

Het is mogelijk vol te blijven houden dat nog steeds sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat partijen geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid die hen is geboden om een einde aan de arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen. Dit zou echter vreemd zijn, want in het pensioenbeding is juist bepaald dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd. Dit houdt in dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar van de werknemer en dat deze stilzwijgend is voortgezet door een andere overeenkomst. Gelden nu dezelfde regels als voor een stilzwijgend voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd?

Heemskerk is van mening dat nu ook artikel 7:668 lid 1 BW van toepassing is en kwalificeert de voortgezette arbeidsovereenkomst als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die voor ten hoogste een jaar wordt voortgezet. Heemskerk twijfelt er aan of dit wel de bedoeling van de wetgever is geweest, omdat het artikel alleen verwijst naar artikel 6:667 lid 1 BW (de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd). In casu hebben we het juist over een stilzwijgende voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarin een maximumduur is opgenomen. Desondanks komt hij tot de conclusie dat artikel 7:668 lid 1 BW niet alleen van toepassing is op een stilzwijgend voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, maar ook op die van onbepaalde tijd.¹⁰³

De redenering van Heemskerk roept een tweede vraag op. Namelijk of de Ragetlieregels nu ook van toepassing is? De stilzwijgend voortgezette arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geworden voor de duur van maximaal een jaar. Deze laatste arbeidsovereenkomst zal volgens artikel 7:668 lid 1 BW van rechtswege eindigen bij het verstrijken van de tijd. Dit laatste is in strijd met de Ragetlieregels. Immers is sprake van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die niet door middel van een rechtsgeldige opzegging of ontbinding is beëindigd. De voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zal volgens de

¹⁰³ Heemskerk (2005) p. 129

Ragetlieregel niet van rechtswege eindigen. Heemskerk doet een oproep aan de wetgever om hieromtrent meer duidelijkheid te scheppen. Hij geeft zelf de voorkeur aan het buiten toepassing laten van de Ragetlieregel en pleit er voor dat de arbeidsovereenkomst als gevolg van artikel 7:668 lid 1 BW van rechtswege eindigt.¹⁰⁴

Een andere situatie vindt plaats wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin een pensioenbeding is opgenomen, uitdrukkelijk wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Artikel 7:668 BW is dan niet van toepassing en alleen artikel 7:667 lid 4 BW regelt op welke wijze een einde kan komen aan de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In casu is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die van rechtswege ten einde komt en wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Volgens de Ragetlieregel zal de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dienen te worden opgezegd. Wanneer een werkgever de Ragetlieregel wil ontvluchten, heeft hij drie mogelijkheden. De eerste manier is een pro forma ontbinding en daarna een nieuwe arbeidsovereenkomst afsluiten voor bepaalde tijd.¹⁰⁵ Een tweede mogelijkheid is de arbeidsovereenkomst beëindigen door middel van wederzijds goedvinden, en pas na drie maanden een nieuwe overeenkomst aan te gaan. Artikel 7:667 lid 4 BW geeft namelijk aan dat de arbeidsovereenkomst moet zijn voortgezet binnen een periode van drie maanden. Het hof Amsterdam oordeelde dat het partijen is toegestaan om de ketenbepaling te omzeilen, door bewust tussen de contracten voor bepaalde tijd een periode van meer dan drie maanden te laten.¹⁰⁶ Hieruit kan worden afgeleid dat het ook is toegestaan dat bewust door partijen wordt gekozen om een periode van meer dan drie maanden tussen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te laten bestaan, met het gevolg dat de Ragetlieregel niet meer van toepassing is. Ten slotte zal de Ragetlieregel niet gelden wanneer de voorgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt opgezegd of ontbonden.

Ook de ketenbepaling kan nog enige invloed hebben op de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meerdere malen wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, kan volgens artikel 7:668a BW op een bepaald moment de arbeidsovereenkomst weer worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ingeval sprake is van een stilzwijgende voortzetting zal dit vanaf het moment zijn dat de werknemer de leeftijd van 68 jaar heeft bereikt. Artikel 7:668 lid 1 BW bepaalt immers dat de arbeidsovereenkomst telkens voor de

¹⁰⁴ Heemskerk (2005) p. 130

¹⁰⁵ Kantonrechter Utrecht, 30 september 2005, JAR 2005/261

¹⁰⁶ Hof Amsterdam 25 augustus 2005, JAR 2005/234

duur van maximaal een jaar wordt verlengd en artikel 7:668a lid 1 sub b BW bepaalt dat de vierde voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden) geldt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan.

5.3.3 Conclusie

Wanneer de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding gekwalificeerd dient te worden als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zal de voortgezette arbeidsovereenkomst vrijwel altijd een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn. De eerste mogelijkheid is dat de werkgever zelf er voor kiest om de werknemer een voortgezet arbeidscontract voor onbepaalde tijd aan te bieden. De tweede, meer waarschijnlijke, mogelijkheid is dat de werkgever, na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaat. De eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tot de pensioengerechtigde leeftijd heeft geduurd, heeft in de meeste gevallen jarenlang geduurd. In casu hebben dan twee contracten voor bepaalde tijd (er van uitgaande dat het tweede contract binnen drie maanden wordt gesloten, na de eindiging van de eerste overeenkomst), elkaar opgevolgd in een periode van meer dan 36 maanden. Vanaf de eerste dag van de tweede arbeidsovereenkomst, zal volgens artikel 7:668a lid 1 sub a BW de arbeidsovereenkomst moeten worden gezien als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Wanneer een ander uitgangspunt wordt genomen, en de arbeidsovereenkomst waarin een pensioenbeding is opgenomen, gekwalificeerd wordt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zal men door toepassing van de kettregel en de Ragetlieregel tot andere uitkomsten komen. Heemskerk gaat er bijvoorbeeld van uit dat de arbeidsovereenkomst gekwalificeerd dient te worden als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een maximumduur. Bij een stilzwijgende voortzetting van deze arbeidsovereenkomst, is hij van mening dat artikel 7:668 BW ook van toepassing is en dat hiermee de voortgezette arbeidsovereenkomst voor de duur van maximaal een jaar kan worden voortgezet. De vraag kan worden gesteld of dit een juiste benadering is, omdat artikel 7:668 lid 1 BW verwijst naar artikel 7:667 lid 1 BW, die juist de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd regelt. Wanneer men deze redenering volgt, zal de voortgezette arbeidsovereenkomst ook daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kunnen zijn en zal in ieder geval bij de eerste voortgezette arbeidsovereenkomst nog geen sprake zijn van artikel 7:668a BW, die de arbeidsovereenkomst converteert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit geldt tevens voor de uitdrukkelijk voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In casu is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die wordt voortgezet door een

arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit brengt met zich mee dat in de meeste gevallen de Ragetlieregel van toepassing is op de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en dat deze alsnog rechtsgeldig dient te worden opgezegd. Ondanks dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zal wel de ontslagbescherming voor de werknemer gelden.

Geconcludeerd kan worden dat ongeacht de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst waarin een pensioenbeding is opgenomen, de voortgezette arbeidsovereenkomst dient te worden beëindigd door middel van een rechtsgeldige opzegging.

De voorgaande conclusie schematisch gezien		
Arbeidsovereenkomst met pensioenbeding		
. Indien deze overeenkomst (ovkst) wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor o.b.t.		
ovkst o.b.t.	→(uitdrukkelijk voortgezet)→ ovkst b.t	<u>Kwalificatie laatste ovkst</u> = ovkst b.t (<i>echter</i> Ragetlieregel, dus rechtsgeldige opzegging vereist)
ovkst o.b.t.	→(stilzwijgend voortgezet) →ovkst b.t.	= ovkst b.t. (volgens Heemskerk is artikel 7:668 BW van toepassing. Geen Ragetlieregel:einde van rechtswege)
. Indien deze overeenkomst wordt gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor b.t.		
ovkst b.t.	→(uitdrukkelijk voortgezet) →ovkst b.t.	<u>Kwalificatie laatste ovkst</u> =ovkst b.t. (<i>echter</i> zal meestal zijn voldaan aan artikel 7:668a BW: ovkst o.b.t.)
ovkst b.t.	→(stilzwijgend voortgezet) →ovkst b.t.	=ovkst b.t. (voortgezet voor max. een jaar (artikel 7:668 BW). <i>Echter</i> zal meestal zijn voldaan aan artikel 7:668a BW: ovkst o.b.t.)
Conclusie: Alleen wanneer de arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding gekwalificeerd dient te worden als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, en deze is stilzwijgend voortgezet, zal sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze zal van rechtswege eindigen. In de overige gevallen zal de voortgezette arbeidsovereenkomst door middel van rechtsgeldige opzegging ten einde komen.		

5.4 Ragetlieregel en kettlingregeling altijd van toepassing?

In de vorige paragraaf werd geconcludeerd dat de voortgezette arbeidsovereenkomst bij een arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding, in beginsel dient te worden beëindigd door middel van een rechtsgeldige opzegging. De ene keer omdat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de andere keer doordat de Ragetlieregel dit met zich mee brengt. De vraag kan worden gesteld of dit wenselijk is? Zou de Ragetlieregel ook van toepassing moeten zijn wanneer de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt vanwege

het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd? En is het wenselijk dat de ketenbepaling er voor zorgt dat een werknemer van 65 jaar of ouder nog in aanmerking komt voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

5.4.1 Ragetlieregel bij een werknemer van 65 jaar (of ouder)

Wanneer naar de letter van artikel 7:667 lid 4 en 5 BW wordt gekeken, zal men tot de conclusie kunnen komen dat de Ragetlieregel geldt in het geval de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt. Immers bepaalt de wet dat de Ragetlieregel alleen niet van toepassing is wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd door middel van rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de kantonrechter. Daarnaast maakt het Burgerlijk Wetboek in boek 7 titel 10 geen onderscheid tussen werknemers die de leeftijd van 65 jaar wel of niet hebben bereikt. De Ragetlieregel maakt onderdeel uit van deze titel in het BW en zal hiermee voor iedere werknemer, ongeacht leeftijd, van toepassing zijn.

Echter deelt niet iedereen deze mening en er wordt door sommigen beargumenteerd dat de Ragetlieregel niet van toepassing is op voortgezette arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

De SER geeft aan dat de Ragetlieregel tot stand is gekomen om de werknemer te beschermen tegen het verlies van de ontslagbescherming die hij genoot bij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De werknemer wordt beschermd tegen de mogelijkheid dat hij onder druk wordt gezet om de arbeidsovereenkomst om te zetten in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De Ragetlieregel is een soort anti-misbruikbepaling. De SER is van mening dat bij een beëindiging van rechtswege bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd geen sprake is van een enkel misbruik, waardoor de Ragetlieregel niet van toepassing zou moeten zijn.¹⁰⁷ De verminderde arbeidsrechtelijke bescherming die de pensioengerechtigde werknemer hierdoor geniet, valt te rechtvaardigen doordat hij ten opzichte van andere werknemers in mindere mate financieel geraakt wordt als hij niet meer werkt. Een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt ontvangt namelijk AOW en eventueel een aanvullende pensioenuitkering. Een ander argument om de Ragetlieregel niet van toepassing te verklaren in deze situatie, is dat het hierdoor voor een werkgever interessanter wordt om pensioengerechtigde werknemers in dienst te nemen. Dit heeft een positieve invloed op de arbeidsparticipatie van ouderen.

Vegter stelt het argument van de SER, dat pensioengerechtigde werknemers financieel minder geraakt worden, ter discussie. Volgens haar zijn er namelijk veel 65-plussers die een AOW-gat hebben of geen aanvullende pensioenuitkering ontvangen. Zij worden wel degelijk

¹⁰⁷ SER (2006) p. 41-42

financieel geraakt bij het eindigen van de inkomsten uit arbeid. Deze groep werknemers zou dezelfde arbeidsrechtelijke bescherming moeten genieten als gewone werknemers. Voor de andere groep 65-plussers die wel voldoende pensioen ontvangen, zou volgens Vegter wel een verminderd arbeidsrechtelijke bescherming mogen gelden.¹⁰⁸ In de praktijk is dit echter moeilijk realiseerbaar, waardoor zij de voorkeur geeft aan een geheel verminderd arbeidsrechtelijk beschermingsregime voor pensioengerechtigde werknemers. Zij merkt nog op dat het mogelijk is dat een verlicht arbeidsrechtelijk regime voor 65-plussers, met zich mee kan brengen dat de 65-minners, die onder het gewone arbeidsrecht vallen, uit de markt worden gedreven.¹⁰⁹ Wanneer uit onderzoek zou blijken dat dit inderdaad het effect zou zijn, zal dit in strijd zijn met een eerder uitgebracht advies van de SER. In haar advies voor het wegnemen van belemmeringen voor doorwerken na het 65^{ste} levensjaar, geeft de SER aan dat in de eerste plaats de aandacht moet worden gericht op het langer door blijven werken tot de pensioengerechtigde leeftijd.¹¹⁰ Vegter schuift het probleem van de hand door te zeggen dat het slechts een theoretisch probleem is en dat de groep werknemers waarover het gaat zeer klein is. Er zijn maar weinig mensen die momenteel na hun 65^{ste} werken of dit nog zouden willen.¹¹¹

Ook Heemskerk is van mening dat de Ragetlieregels niet zou moeten gelden voor een voortgezette arbeidsovereenkomst na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd omdat de werknemer in dit geval al voldoende ontslagbescherming is geboden. Immers is het volgens de wet toegestaan dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en levert dit onderscheid geen leeftijdsdiscriminatie op.¹¹²

Het kabinet heeft zich tevens uitgelaten over de toepasselijkheid van de Ragetlieregels bij arbeidsovereenkomsten gesloten na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar van de werknemer, en reageert daarmee op het standpunt van de SER. Zij is van mening dat de Ragetlieregels een bepaling is die beoogt de werknemer te beschermen tegen misbruik of omzeiling van de ontslagbescherming. Zij is het eens met de SER dat bij eindiging van de arbeidsovereenkomst vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, geen sprake zal zijn van misbruik. De werknemer is bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst zich namelijk bewust geweest van de eindiging van de arbeidsovereenkomst doordat het in zijn (collectieve) arbeidsovereenkomst is opgenomen. “De Ragetlieregels is voor deze situatie niet bedoeld”.¹¹³

¹⁰⁸ Vegter (2007) p. 3

¹⁰⁹ Vegter (2007) p. 4

¹¹⁰ SER (2006)

¹¹¹ Vegter (2007) p. 4

¹¹² Heemskerk (2005) p. 130

¹¹³ TK 2005-2006, 28 170, nr.47, p. 14-15

Ten slotte heeft ook de rechter geoordeeld over de Ragetlieregels bij arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan na het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer. De eerste zaak die van belang is, is een uitspraak van het hof Amsterdam. Het hof achtte de Ragetlieregels niet van toepassing op een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die na een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werd overeengekomen. Aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde kwam van rechtswege een einde doordat de werknemer gebruik was gaan maken van een zogenaamde OBU-regeling in de cao. De keuze van de werknemer om hiervan gebruik te maken, had tot gevolg (volgens de voorwaarden gesteld in de arbeidsovereenkomst) dat een einde van rechtswege aan de arbeidsovereenkomst tot stand kwam. Het hof heeft bepaald dat onder de omstandigheden waarop een einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst, voldoende ontslagbescherming aan de werknemer is geboden en dat deze wijze van beëindiging gelijk dient te worden gesteld met een rechtsgeldige opzegging of ontbinding zoals omschreven in artikel 7:667 lid 4 BW.¹¹⁴ Het is van belang om nogmaals op te merken dat er sprake was van een keuze aan de zijde van de werknemer en dat deze op de hoogte was van het feit dat deze keuze een einde van de arbeidsovereenkomst met zich mee bracht. Hij heeft dus zelf invloed gehad op het wel of niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst, waarmee volgens het hof voldoende rechtsbescherming is geboden aan de werknemer. In feite heeft het hof hiermee artikel 7:667 lid 4 BW opgerekt, en bepaald dat de Ragetlieregels ook niet van toepassing is in andere situaties waarbij voldoende bescherming aan de werknemer is geboden.¹¹⁵

Ook de kantonrechter te Haarlem heeft zich uitgelaten over de toepasselijkheid van de Ragetlieregels. De kantonrechter heeft bepaald dat wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (65 jaar), omdat dit bij CAO is bepaald, en deze wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dat de Ragetlieregels niet van toepassing is. De rechter volgt het standpunt van de SER en het kabinet, en is van mening dat de ontslagbescherming in deze omstandigheden niet geldt omdat de werknemer op de hoogte was van de bepaling in de CAO die een einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst met zich mee brengt. De Ragetlieregels geldt volgens de rechter alleen wanneer aan de werknemer niet voldoende bescherming tegen ontslag is geboden. In casu besluit de rechter dat niet kan worden gezegd dat aan de werknemer onvoldoende ontslagbescherming is geboden. Het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet gelijk worden gesteld met een einde van de arbeidsovereenkomst door middel van ontbinding of opzegging.¹¹⁶

¹¹⁴ Hof Amsterdam, 25 april 2005, JAR 2005/132

¹¹⁵ Charbon (2006)

¹¹⁶ Rechtbank Haarlem, 5 juni 2008, LJN-nr. BD4031

5.4.2 Kettingregeling bij een werknemer van 65 jaar (of ouder)

In de literatuur wordt het buiten toepassing laten van artikel 7:668a BW bepleit wanneer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn aangegaan na het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer. De werkgever zou dan na het passeren van de leeftijd van 65 jaar van de werknemer, onbeperkt arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen aangaan met een werknemer, zonder dat hij bang hoeft te zijn dat de arbeidsovereenkomst wordt geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹¹⁷

In haar kabinetsstandpunt geeft het kabinet aan dat het niet nodig is om artikel 7:668a BW aan te passen ter stimulering van het langer doorwerken van 65-plussers. Het artikel zelf beperkt de mogelijkheid om langer door te werken namelijk niet. Daarnaast is er volgens het kabinet voldoende ruimte in het artikel opgenomen, waarbij het mogelijk is gemaakt om af te wijken van de algemene bepaling. Het kabinet wijst er op dat het van belang is dat geen misbruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid. Het is wel van belang dat steeds rekening wordt gehouden met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid. De wet laat een afwijking vanaf een bepaalde leeftijd (in casu de pensioengerechtigde leeftijd) van artikel 7:668a BW alleen toe wanneer het leeftijdsonderscheid als objectief gerechtvaardigd kan worden aangemerkt.¹¹⁸ Een voorbeeld waarin dit kabinetsstandpunt wordt gevolgd, is de zogenaamde ‘doorwerkCAO’. De cao is tot stand gekomen door de Stichting Senior Werkt, in samenwerking met de Vereniging voor Doorwerkgevers en de vakbond LBV.

Artikel 11 lid 3 sub c DoorwerkCAO:

‘...De arbeidsovereenkomst kan onbeperkt worden verlengd en eindigt telkens van rechtswege op het moment dat de overeengekomen duur is verstreken, zonder dat voorafgaand opzegging én toestemming van de CWI is vereist. Artikel 7:668a, eerste tot en met het vierde lid van het Burgerlijk Wetboek wordt hierbij uitgesloten.’

Bron: www.SeniorWerkt.nl

De cao, die alleen geldt voor de aangesloten bedrijven, bepaalt dat het voor een werkgever mogelijk is om oneindig lang arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met de werknemer aan te gaan. De ketenbepaling is niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die zijn aangegaan met werknemers die de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt.

5.4.3 Conclusie

Het Burgerlijk Wetboek maakt in het arbeidsovereenkomstenrecht geen onderscheid naar leeftijd en daarmee zullen alle bepalingen ook van toepassing zijn op werknemers die de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt. Door toepassing van de wet zal in beginsel iedere

¹¹⁷ Vegter (2007) p. 3

¹¹⁸ TK 2005-2006, 28 170, nr.47 punt 4

voortgezette arbeidsovereenkomst, die is aangegaan nadat het pensioenbeding een einde aan de eerste arbeidsovereenkomst heeft gemaakt, door middel van een rechtsgeldige opzegging dienen te worden beëindigd. Dit werkt niet mee aan de flexibiliteit van de voortgezette arbeidsovereenkomst. Een minder strikte toepassing van de kettregel en het buiten toepassing laten van de Ragetlieregels kunnen bijdragen aan de flexibiliteit.

Het standpunt van de SER, het kabinetsstandpunt en de uitspraken van de rechter zijn opvallend. Allen pleiten er voor dat de Ragetlieregels niet van toepassing moet zijn op voortgezette arbeidsovereenkomsten na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Een oplossing wordt gevonden door een dergelijke beëindiging op één lijn te stellen met een rechtsgeldige opzegging of ontbinding zoals bepaald in artikel 7:667 lid 4 BW. De gedachte hierbij is dat geen sprake is van misbruik waardoor de werknemer geen ontslagbescherming zal genieten. Echter moet worden opgemerkt dat standpunten van de SER en het kabinet geen wijziging van de wet met zich mee kunnen brengen. Ook de uitspraak van de kantonrechter zal dit niet bewerkstelligen. Wanneer een rechtsgeldig resultaat wil worden bereikt, zal een aanpassing van de wet noodzakelijk zijn. Vegter stelt voor om artikel 7:667 lid 4 uit te breiden met de zinsnede 'anders dan met wederzijds goedvinden bij het bereiken door de werknemer van de pensioengerechtigde leeftijd'.¹¹⁹

Een dergelijke wetswijziging is niet nodig voor de ketenbepaling. Omdat het mogelijk is dat de sociale partners afwijken van artikel 7:668a BW bij cao, zal de bepaling buiten toepassing kunnen worden verklaard voor werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt.

Deze maatregelen zullen resulteren in meer voortgezette arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor de 65-plus werknemer. Dit zorgt voor een meer flexibelere arbeidsverhouding.

¹¹⁹ Vegter (2007) p. 3

Hoofdstuk 6 Vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Ongeacht de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, hebben partijen volgens artikel 7:685 BW de mogelijkheid om een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter te doen. Wanneer de rechter het billijk acht, heeft hij volgens lid 8 van dit artikel de mogelijkheid om één van de partijen een vergoeding toe te kennen wanneer hij de arbeidsovereenkomst ontbindt wegens veranderingen in de omstandigheden. Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid van de rechter. In dit hoofdstuk zal ik onderzoeken op welke wijze de kantonrechter de hoogte van de vergoeding vaststelt en welke restricties er zijn verbonden aan de hoogte van de vergoeding van oudere werknemers. Hierbij zal worden gekeken of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van invloed is op de ontslagvergoeding van de werknemer en zal aanbeveling 3.5 van de Kring van Kantonrechters uitgebreid worden besproken.

6.1 Aanbevelingen Kring van Kantonrechters

6.1.1 $A \times B \times C$

Het Burgerlijk Wetboek maakt geen onderscheid in leeftijd tussen werknemers. Hierdoor kan volgens het Burgerlijk Wetboek iedereen in aanmerking komen voor een vergoeding. In 1996 is door de Kring van Kantonrechters de kantonrechtersformule ontwikkeld.¹²⁰ Het betreft een aantal niet bindende aanbevelingen voor de kantonrechter waarbij de hoogte van de ontbindingsvergoeding aan de hand van een aantal factoren kan worden berekend. De factoren zijn het aantal gewogen dienstjaren, vermenigvuldigd met de beloning en daarop wordt een correctiefactor toegepast ($A \times B \times C$). Voor het berekenen van het aantal dienstjaren wordt de tijd dat de werknemer in dienst is afgerond op hele jaren. Voor 1 januari 2009 werden dienstjaren voor het veertigste levensjaar voor 1 geteld; het veertigste tot het vijftigste levensjaar telden voor 1.5 en vanaf het vijftigste levensjaar werd elk dienstjaar voor 2 geteld. De Kring van Kantonrechters heeft per 1 januari 2009 gekozen voor een verdere differentiatie.¹²¹ Ontbindingsverzoeken die zijn gedaan op 1 januari 2009 of daarna zullen worden beoordeeld volgens de nieuwe aanbevelingen. Dienstjaren voor het vijfendertigste levensjaar tellen voor 0.5, tussen het vijfendertigste en vijfenvertigste levensjaar voor 1, van vijfenvertig tot vijfenvijftig voor 1.5 en vanaf vijfenvijftig voor 2. De correctiefactor corrigeert de hoogte van de vergoeding en houdt rekening met de verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever of werknemer. Wanneer er geen sprake is van verwijtbaarheid en het ontslag in de risicosfeer van de werkgever ligt, zal de correctiefactor op 1 worden gesteld.

¹²⁰ Kantonrechtersformule, Aanbevelingen Kring van Kantonrechters, inwerkingtreding: 1 januari 1997

¹²¹ Kantonrechtersformule, Aanbevelingen Kring van Kantonrechters, inwerkingtreding: 1 januari 2009

Daarnaast zal de correctiefactor voortaan ook rekening houden met de arbeidsmarktpositie van de werknemer en de financiële positie van de werkgever. Voor de berekening van de beloning wordt gekeken naar het bruto maandsalaris vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten.¹²²

De hoogte van de vergoeding wordt in aanbeveling 3.5 van de Kring van Kantonrechters gemaximeerd tot de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioneringsdatum. In de oude aanbeveling werd strikt vastgehouden aan de pensioengerechtigde leeftijd. De nieuwe aanbeveling houdt rekening met de verwachte pensioneringsdatum van de werknemer. In de volgende paragraaf zal dieper worden ingegaan op de verschillen tussen de oude en de nieuwe aanbeveling. De aanbeveling is in het leven geroepen om te voorkomen dat aan oudere werknemers te hoge vergoedingen worden toegekend. De vergoeding omvat namelijk de compensatie van het geleden inkomstenverlies van de werknemer ten gevolge van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. “De strekking van deze aanbeveling is dat het de bedoeling niet kan zijn dat ..(werknemer).. een extra beloning — afgezien van de mogelijkheid van immateriële schadevergoeding — verkrijgt, waarbij ..(werknemer).. er financieel op vooruit gaat.”¹²³

Ten slotte zal de kantonrechter bij de berekening van de hoogte van de vergoeding rekening dienen te houden met het wetsvoorstel dat betrekking heeft op de maximering van de vergoeding. Het wetsvoorstel, dat door het kabinet is goedgekeurd, bepaalt dat de vergoeding niet meer mag bedragen dan één jaarsalaris bij werknemers die 75 000 euro of meer bruto per jaar verdienen.¹²⁴

6.1.2 Vergelijking aanbeveling 3.5 oud en nieuw

Aanbeveling 3.5 (oud)

De vergoeding zal – behoudens eventuele immateriële schade – niet hoger zijn dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd.

Aanbeveling 3.5 (nieuw)

Indien de verwachte inkomstenderving tot aan de redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer lager is dan de uitkomst van de formule, dan wordt de vergoeding berekend aan de hand van die inkomstenderving, tenzij verwijtbaarheid, risicosfeer en de overige bijzondere omstandigheden als bedoeld in aanbeveling 3.4.4 billijkheidshalve aanleiding geven tot een andere vergoeding.

¹²² Artikel 3.1 tot en met 3.4 Kantonrechtersformule

¹²³ Kantonrechter Groningen, 20 januari 2005, RAR 2005/69

¹²⁴ Raad voor de Rechtspraak (2008)

Het eerste verschil tussen de oude en nieuwe aanbeveling is dat de oude aanbeveling immateriële schadevergoeding niet maximeert. Het plafond van de oude aanbeveling 3.5 staat immateriële schadevergoeding niet in de weg. In de nieuwe aanbeveling wordt niets gezegd over de vergoeding van immateriële schade.

Het tweede verschil is dat bij de nieuwe aanbeveling niet voor iedere werknemer hetzelfde plafond zal gelden. De oude aanbeveling houdt zich strikt aan de pensioengerechtigde leeftijd. In de AOW is deze vastgesteld op de leeftijd van 65 jaar. In de nieuwe aanbeveling wordt niet meer gesproken van pensioengerechtigde leeftijd, maar gaat de kantonrechter uit van een ‘redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer’. In de toelichting bij haar aanbeveling geeft de Kring van Kantonrechters aan dat de leeftijd van pensioen ook voor of na de leeftijd van 65 jaar kan liggen. Volgens de kantonrechters was de oude aanbeveling niet meer werkbaar omdat een pensioneringsleeftijd niet meer samen hoeft te vallen met 65 jaar. De rechter zal per individueel geval moeten nagaan wat de pensioenleeftijd van de werknemer zou zijn geweest. Het gaat hier niet meer om de datum waarop de werknemer aanspraak *kan* maken op een uitkering uit pensioen, maar het moment dat de werknemer ook daadwerkelijk stopt met werken.

Beide aanbevelingen geven aan dat de vergoeding niet hoger zal zijn dan het inkomen die de werknemer bij een voortdurend dienstverband tot aan de pensioendatum zou hebben genoten. In de nieuwe aanbeveling wordt aangegeven dat er een mogelijkheid bestaat om van deze aanbeveling af te wijken wanneer de verwijtbaarheid, de risicosfeer of een andere bijzondere omstandigheid dit met zich mee brengt. De oude aanbeveling gaf deze mogelijkheid niet, waardoor in beginsel geen rekening werd gehouden met deze omstandigheden.

De nieuwe aanbeveling brengt maatwerk met zich mee en zorgt er voor dat een werknemer een vergoeding ontvangt die beter aansluit bij hem. Echter kan de nieuwe aanbeveling ook onzekerheid met zich meebrengen. Wanneer de arbeidsovereenkomst van een werknemer op zijn 62^{ste} wordt beëindigd, kan deze betogen dat hij nog van plan was om jaren lang door te werken en dat hij daarom dan ook een hogere ontslagvergoeding verdient. Wanneer in de arbeidsovereenkomst geen pensioendatum is opgenomen, zal de rechter aan de hand van andere factoren dienen vast te stellen wanneer de redelijk te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer zou zijn geweest. De rechter kijkt hierbij naar hetgeen gebruikelijk is in de branche of het bedrijf waar de werknemer werkt. Dit kan voor partijen veel onzekerheid met zich mee brengen.

6.2 Strikte toepassing van aanbeveling 3.5 of toch een afwijkingsmogelijkheid?

De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters zijn wettelijk gezien niet bindend, maar kunnen worden gezien als een richtlijn voor de kantonrechter ter vaststelling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding. Hierdoor is het in feite mogelijk voor een kantonrechter om af te wijken van haar eigen aanbevelingen. In deze paragraaf zal ik aan de hand van de rechtspraak van de afgelopen jaren nagaan of de kantonrechter afwijkt van de aanbevelingen en in het bijzonder of zij afwijkt van aanbeveling 3.5. Hierbij maak ik een onderscheid in drie groepen: De werknemer die nog niet de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, de werknemer van 65 jaar en ten slotte de werknemer die deze leeftijd heeft gepasseerd. Zal de 64-jarige werknemer altijd te maken hebben met het plafond van aanbeveling 3.5, zodat hij met een vaak lage vergoeding naar huis wordt gestuurd? Of ziet de kantonrechter toch mogelijkheden om hiervan af te wijken? Komt de werknemer nog enige vergoeding toe wanneer zijn arbeidsovereenkomst wordt beëindigd omdat hij de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt? En hoe zit het met een 67-jarige werknemer die wordt ontslagen? Heeft de kantonrechter aanbeveling 3.5 zo geïnterpreteerd dat hij nooit in aanmerking komt voor een vergoeding? En ten slotte, wat is de betekenis van de nieuwe aanbeveling 3.5? Zal de kantonrechter voortaan bij voorgaande vragen tot een andere uitkomst komen? Voor elke categorie wordt eerst de situatie besproken van voor de nieuwe aanbevelingen van 1 januari 2009. Daarna zal worden besproken hoe de kantonrechter met toepassing van de nieuwe aanbevelingen zal kunnen oordelen over de ontbindingsvergoeding.

6.2.1 Vergoeding aan een werknemer jonger dan 65 jaar

6.2.1.1 Aanbeveling 3.5 tot 1 januari 2009

De oude aanbeveling 3.5 bepaalde dat wanneer de arbeidsovereenkomst van een werknemer jonger dan 65 jaar werd ontbonden, de beëindigingvergoeding niet hoger zou zijn dan de te verwachten inkomstenderving tot aan de leeftijd van 65 jaar. De aanbeveling werd gerechtvaardigd vanwege de gedachte dat het arbeidzame leven vaak eindigt bij het bereiken van deze leeftijd en bovendien ontvangt de werknemer vanaf deze leeftijd AOW. Ondanks dat deze aanbeveling door bijna alle kantonrechters werd gevolgd, zijn er in de rechtspraak ook uitspraken te vinden waarbij de kantonrechter afweek van deze aanbeveling, en waarbij hij tot een andere vergoeding kwam.

Een eerste voorbeeld waarbij expliciet werd afgeweken van aanbeveling 3.5 is een uitspraak van de kantonrechter Rotterdam in 2003.¹²⁵ In casu besloot de werkgever zijn kantoor te sluiten. Hij verkocht zijn pand en droeg de dossiers van zijn werkneemster (advocaat) over

¹²⁵ Kantonrechter Rotterdam, 28 augustus 2003, JAR 2003/252

aan een ander. De werkgever had de werknemster niet op de hoogte gesteld van zijn plannen en bekommerde zich daarnaast op geen enkele wijze om haar. Zonder dat haar een alternatief werd geboden om haar werkzaamheden voort te zetten, werd zij gedwongen te stoppen met werken. De werknemster protesteerde tegen deze gang van zaken en gaf aan dat zij graag nog jaren, ook na het bereiken van de 65^{ste} leeftijd, door had willen werken. De 63-jarige werknemster verzocht de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning van een vergoeding. De rechter ontbond de arbeidsovereenkomst en achtte een vergoeding op zijn plaats. Voor de berekening van de hoogte van de vergoeding wees de kantonrechter af van aanbeveling 3.5 en hield zij rekening met de gederfde inkomsten tot aan de 67-jarige leeftijd van de werknemster. De kantonrechter kwam tot deze beslissing omdat de werkgever een groot verwijt viel te maken voor de wijze waarop een einde aan het 18-jarige dienstverband kwam. De rechter achtte het niet onwaarschijnlijk dat werknemster zonder deze gebeurtenissen zou hebben doorgewerkt na het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Dit was volgens de rechter in de advocatuur namelijk niet ongebruikelijk.

In de zaak die speelde voor de Kantonrechter Delft van 28 juli 2005¹²⁶ wees de rechter tevens nadrukkelijk af van aanbeveling 3.5. De werkgever viel een verwijt te maken voor de wijze waarop een einde aan de arbeidsovereenkomst kwam. Nadat de functie van de werknemer was vervallen had de werkgever geen passende vervangende functie aangeboden aan de werknemer. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst en achtte een vergoeding op zijn plaats. Voor de berekening van de hoogte van de vergoeding van de 61-jarige werknemer maximeerde hij in eerste instantie de hoogte van de vergoeding tot de verwachte inkomstenderving tot zijn 65-jarige leeftijd. Daarna verhoogde de rechter de vergoeding omdat de verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever dit met zich mee bracht. Hierbij overwoog de kantonrechter, *“..Weliswaar wordt aangaande de verwijtbaarheid in de aanbevelingen (sub 3.5) niets gezegd, maar het kan naar het oordeel van de kantonrechter niet de bedoeling zijn, dat een vergoeding voor ondervonden immateriële schade in de hier bedoelde situatie wel voor vergoeding in aanmerking kan komen, terwijl een verhoogde vergoeding in verband met verwijtbaar handelen van de werkgever buiten beschouwing zou moeten blijven.”*

De kantonrechter Groningen kwam net zoals bovenstaande kantonrechters tot een hogere vergoeding dan hetgeen in aanbeveling 3.5 van de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters was bepaald. Ook in deze zaak kwam de kantonrechter tot een vergelijkbare uitkomst vanwege de ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever voor de

¹²⁶ Kantonrechter Delft, 28 juli 2005, JAR 2005/195

beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De werkgever had onterecht de werknemer op non-actief gesteld en verkoos het betalen van de door de rechter vastgestelde dwangsommen, boven het opnieuw te werk stellen van de werknemer. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst en voor de berekening van de hoogte van de vergoeding hield zij rekening met de verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever en de onzekere toekomst van de werknemer. Hierdoor kwam de kantonrechter tot een hogere vergoeding dan was bepaald in aanbeveling 3.5.¹²⁷

In bovenstaande uitspraken week de kantonrechter af van aanbeveling 3.5 wanneer de werkgever een ernstig verwijt viel te maken voor de wijze waarop de arbeidsovereenkomst werd beëindigd. Echter is voorzichtigheid geboden om aan te nemen dat ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever, het altijd met zich mee bracht dat werd afgeweken van deze aanbeveling. In de zaak die speelde voor de kantonrechter 's-Hertogenbosch¹²⁸ werd door de rechter tevens vastgesteld dat sprake was van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. De werkgever had meerdere malen geprobeerd onterecht de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Daarnaast was de werknemer onterecht op non-actief gesteld en ten slotte zette de werkgever geen re-integratietraject voor de werknemer op. De werknemer (64 jaar en 10 maanden oud) deed een verzoek tot ontbinding bij de kantonrechter onder toekenning van een vergoeding. De kantonrechter ging over tot ontbinding en achtte een vergoeding gepast. In tegenstelling tot bovenstaande uitspraken, hield de kantonrechter zich hier wel aan de aanbevelingen, en stelde dat de vergoeding niet hoger kon zijn dan de te verwachten inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Dit leidde in casu tot een lage vergoeding omdat de werknemer 2 en een halve maand later de 65-jarige leeftijd zou bereiken. Daarnaast kende de kantonrechter wel nog een immateriële schadevergoeding toe, waardoor de werknemer in totaal toch nog een hoger bedrag kreeg toegekend en waardoor de werkgever op de vingers werd getikt voor zijn onzorgvuldige gedrag. De toekenning van de immateriële schadevergoeding was mogelijk doordat de oude aanbeveling 3.5 geen plafond stelde aan de hoogte hiervan. De rechter hield zich hiermee aan de mogelijkheden die aanbeveling 3.5 hem boden.

6.2.1.2 Aanbeveling 3.5 vanaf 1 januari 2009

In de nieuwe aanbeveling 3.5 worden bovenstaande zienswijzen van de kantonrechters gevolgd. De nieuwe aanbeveling 3.5 geeft namelijk drie omstandigheden aan waarbij de kantonrechter zal kunnen afwijken van de regel dat de hoogte van de vergoeding niet meer zal

¹²⁷ Kantonrechter Groningen, 20 januari 2005, RAR 2005/69

¹²⁸ Kantonrechter 's-Hertogenbosch, 20 september 2005, JAR 2006/163

bedragen dan de verwachte inkomstenderving tot aan de redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum. De aanbeveling geeft aan dat de rechter de mogelijkheid heeft om een andere vergoeding toe te kennen in het geval dat de verwijtbaarheid, de risicosfeer of een andere bijzondere omstandigheid dit met zich mee brengt. Het gaat hier eigenlijk om dezelfde factoren die ook de hoogte van de correctiefactor (C) in de kantonrechtersformule bepalen. Voor de berekening van de hoogte van de ontslagvergoeding van een 63-jarige werknemer, waarbij de te verwachten pensioneringsdatum 65 jaar is, kan de volgende formule worden gehanteerd;

$$(de\ verwachte\ inkomstenderving\ tot\ de\ 65\ jarige\ leeftijd) \times (correctiefactor)$$

Voor de bepaling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding, heeft de kantonrechter vanaf 2009 dus met meer omstandigheden rekening te houden. De hoogte van de vergoeding is meer op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer gericht.

6.2.2 Vergoeding aan een werknemer van 65 jaar

6.2.2.1 Aanbeveling 3.5 tot 1 januari 2009

Wanneer een arbeidsovereenkomst werd ontbonden vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer, ging de beëindiging in beginsel niet gepaard met een ontbindingsvergoeding. Artikel 7 lid 1 sub b WGBL acht geen verboden onderscheid aanwezig wanneer een arbeidsverhouding wordt beëindigd vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd (65 jaar). Ook de Hoge Raad en het Europese Hof van Justitie achtten een leeftijdsgrens van 65 jaar objectief gerechtvaardigd. De arbeidsovereenkomst die werd ontbonden vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd was objectief gerechtvaardigd en de rechter kende in de meeste gevallen dan ook geen ontbindingsvergoeding toe aan de werknemer. Uit de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters kon ook worden afgeleid dat een werknemer niet in aanmerking kwam voor een ontbindingsvergoeding berekend krachtens de kantonrechtersformule. Aanbeveling 3.5 van de kantonrechtersformule gaf immers aan dat de vergoeding niet hoger zou zijn dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Uit de toelichting op deze aanbeveling kon worden aangenomen dat hier de 65-jarige leeftijd werd bedoeld.

Geconcludeerd kan worden dat een werknemer, van wie de arbeidsovereenkomst was beëindigd vanwege het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, niet in aanmerking kwam voor een ontbindingsvergoeding berekend krachtens de kantonrechtersformule. De rechter zag geen reden voor de toekenning van een vergoeding, omdat de werknemer vanaf deze leeftijd

recht op een AOW-uitkering en bovenwettelijk pensioen had.¹²⁹ De afwezigheid van een aanvullend pensioen was voor de kantonrechter geen reden om aan te nemen dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een zodanig negatief gevolg met zich mee bracht, dat de werknemer toch voor een vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Slechts onder bijzondere omstandigheden kende de kantonrechter een vergoeding toe aan de 65-jarige werknemer. Een voorbeeld van een bijzondere omstandigheid kon zijn dat partijen expliciet een hogere pensioendatum hadden afgesproken. De kantonrechter Den Helder gaf aan dat in casu de werknemer niet voldoende kon aantonen dat partijen hadden afgesproken dat zij tot haar 70^{ste} zou doorwerken. Daarom was hier volgens de kantonrechter geen sprake van een bijzondere omstandigheid. Het bereiken van de 65-jarige leeftijd als enkele omstandigheid voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, vormt geen grondslag voor een vergoeding.¹³⁰

6.2.2.2 Aanbeveling 3.5 vanaf 1 januari 2009

In de nieuwe aanbeveling wordt niet meer strikt vastgehouden aan de 65-jarige leeftijd. Voortaan zal de kantonrechter moeten onderzoeken wat de redelijk te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer zou zijn. Deze kan volgens de toelichting ook boven of onder de leeftijd van 65 jaar liggen.

Wanneer de arbeidsovereenkomst van de werknemer wordt ontbonden vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd, zal afhankelijk van de te verwachten pensioneringsdatum, een vergoeding aan de werknemer kunnen worden toegekend. Als de verwachte pensioneringsdatum van de werknemer op 65 jaar ligt, zal hem geen vergoeding toekomen. Echter wanneer deze datum hoger ligt dan 65 jaar, zal de ontbindingsvergoeding ten hoogste de te verwachten inkomstenderving tot aan deze leeftijd bedragen.

6.2.3 Vergoeding aan een werknemer ouder dan 65 jaar

6.2.3.1 De kantonrechter voor 1 januari 2009

Wanneer een werkgever een arbeidsovereenkomst wilde beëindigen met een werknemer die zijn pensioengerechtigde leeftijd had bereikt, deed hij er verstandig aan om in plaats van een verzoek tot opzegging bij het UWV WERKbedrijf, een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter te starten. Het UWV WERKbedrijf stelt in haar beleidsregels namelijk dat alleen de AOW-gerechtigde leeftijd als algemene rechtvaardigingsgrond kan gelden. Wanneer deze leeftijd is gepasseerd zal het beroep op deze rechtvaardigingsgrond zijn vervallen en zal het UWV WERKbedrijf zich niet meer terughoudend opstellen bij het verlenen van toestemming voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst. In de rechtspraak werd hier

¹²⁹ Kantonrechter Lelystad, 20 februari 2008, JAR 2008/120

¹³⁰ Kantonrechter Den Helder, 16 augustus 2007, RAR 2008/19

anders over gedacht, en zal de rechter ook nadat de werknemer deze leeftijd heeft bereikt de arbeidsovereenkomst ontbinden. Kwam de werknemer onder toepassing van de oude aanbevelingen hier nog in aanmerking voor een ontbindingsvergoeding?

De oude aanbevelingen lijken duidelijk te zijn: een werknemer kwam, behoudens immateriële schadevergoeding, geen vergoeding toe wanneer hij op een latere leeftijd dan 65 jaar, werd ontslagen. De meeste kantonrechters hielden zich hier dan ook aan. Echter zijn er ook uitspraken te vinden waarbij de kantonrechter heeft besloten dat de werknemer toch in aanmerking kwam voor een vergoeding. Waarop baseerde de kantonrechter zich dan? En wat voor vergoeding werd in dat geval toegekend?

Ondanks dat aanbeveling 3.5 dit uitsloot, heeft de rechter in een aantal gevallen toch de kantonrechtersformule toegepast bij de berekening van de hoogte van de ontslagvergoeding van een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft gepasseerd. Een voorbeeld daarvan is de zaak die speelde voor de kantonrechter te Harderwijk op 18 juli 2005.¹³¹ De werknemer was na zijn 65^{ste} in dienst getreden als arts. Na 2 jaar en 7 maanden gewerkt te hebben, werd hij ziek. De werkgever verzocht de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden zonder toekenning van enige vergoeding, vanwege bedrijfseconomische redenen. Daarnaast zou de werknemer niet meer goed functioneren. De werknemer ontkende de aangevoerde argumenten van de werkgever en gaf aan dat hij van plan was om zijn werkzaamheden als arts tot zijn 70^{ste} levensjaar voort te zetten. Wanneer de kantonrechter zou besluiten over te gaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, moest de rechter volgens de werknemer bij de berekening van de vergoeding, rekening houden met de gemiste inkomsten tot aan deze leeftijd. De kantonrechter ontbond in casu de arbeidsovereenkomst en kende aan de werknemer een vergoeding toe berekend volgens de neutrale kantonrechtersformule: De correctiefactor werd vastgesteld op 1. De kantonrechter stelde de vergoeding vast op 20.000 euro. Met deze beslissing week de rechter expliciet af van de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Het is van belang om op te merken dat in casu de werkgever geen beroep had gedaan op de leeftijd van de werknemer. In de literatuur wordt wel betoogd dat wanneer de werkgever wel een beroep zou hebben gedaan op de leeftijd, de kantonrechter niet tot deze beslissing zou zijn gekomen.¹³²

Deze gedachte lijkt te worden bevestigd door een uitspraak van de kantonrechter Amsterdam¹³³ begin vorig jaar. De werkgever voerde ook hier de leeftijd van de werknemer niet als grond voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan. De werkgever wilde in casu het dienstverband met zijn 67-jarige werknemer beëindigen omdat het

¹³¹ Kantonrechter Harderwijk, 18 juli 2005, JAR 2005/197

¹³² Van de Velde (2008) p. 34

¹³³ Kantonrechter Amsterdam, 30 januari 2008, JAR 2008/44

bedrijfseconomisch minder goed ging met het bedrijf en omdat de werknemer slechte verkoopresultaten leverde. De kantonrechter achtte geen deugdelijke grond aanwezig voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar ontbond desondanks de arbeidsovereenkomst omdat de werknemer dit graag wilde. De kantonrechter kende een vergoeding aan de werknemer toe en berekende de hoogte daarvan krachtens de kantonrechtersformule. Hierbij overwoog hij dat aanbeveling 3.5 niet van toepassing was omdat de werknemer al jaren geleden (bij de leeftijd van 60 jaar) deze leeftijd had bereikt. Namelijk vanaf het moment dat hij gebruik ging maken van zijn vroegpensioen. Hiermee was de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst ten einde gekomen en voortgezet door een nieuwe arbeidsovereenkomst. Voor de berekening van de hoogte van de vergoeding hield de rechter slechts rekening met de gewerkte dienstjaren vanaf de 60-jarige leeftijd van de werknemer. De gewerkte jaren werden niet gewogen en telden ieder voor 1. De kantonrechter pastte een correctiefactor van 1.5 toe.

In bovenstaande uitspraken van kantonrechters werd de beëindigingvergoeding van een 65-plusser vastgesteld door toepassing van de kantonrechtersformule. De Kantonrechter te Utrecht¹³⁴ merkte in april 2008 op dat de laatste jaren een tendens was waar te nemen waarbij werknemers na het bereiken van de 65-jarige leeftijd in dienst blijven. De kantonrechtersformule was niet berekend op deze situatie. Desondanks achtte ook deze kantonrechter het billijk dat de 67-jarige werkneemster een vergoeding ontving voor de wijze waarop een einde kwam aan de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter gaf aan dat zij bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding geen rekening hield met de dienstjaren voor de 65-jarige leeftijd. Op de arbeidsovereenkomst van werkneemster was namelijk de cao-bepaling van toepassing die bepaalde dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Dat in casu de arbeidsovereenkomst stilzwijgend was voortgezet, zonder het opstellen van een nieuwe schriftelijke overeenkomst, hield niet in dat sprake was van een voortzetting van de oude arbeidsovereenkomst. De gewerkte jaren voorafgaand aan de pensioengerechtigde leeftijd werden niet meegerekend omdat bij een beëindiging op deze leeftijd de werknemer ook geen vergoeding zou ontvangen. Hiermee volgde zij een uitspraak van de kantonrechter te Deventer¹³⁵, die overwoog dat bij de berekening van de hoogte van de vergoeding geen rekening moest worden gehouden met de voorgaande arbeidsovereenkomst die ten einde kwam bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Deze “waardeloze arbeidshistorie” (bij een einde van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd kwam haar geen vergoeding toe) kon niet ineens van betekenis worden enkel vanwege de omstandigheid dat

¹³⁴ Kantonrechter Utrecht, 24 april 2008, JAR 2008/158

¹³⁵ Kantonrechter Deventer, 13 maart 2003, JAR 2004/194

deze arbeidsovereenkomst werd opgevolgd door een nieuwe arbeidsovereenkomst. De rechter kende de werkneemster (66 jaar) voor de beëindiging van de tweede arbeidsovereenkomst een vergoeding toe. De rechter kende de vergoeding naar billijkheid toe, zonder dat hij gebruik maakte van de kantonrechtersformule, omdat de werkgever een verwijt viel te maken dat hij, voordat hij was overgegaan tot een rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, al een nieuwe werknemer had aangenomen.

Geconcludeerd kan worden dat de kantonrechter een aantal keer is afgeweken van hetgeen in de aanbevelingen is bepaald en een vergoeding toekende aan een werknemer die de leeftijd van 65 jaar heeft gepasseerd. In geen van de gevallen waarbij de rechter tot een vergoeding kwam, werden de dienstjaren voor de pensioengerechtigde leeftijd van belang geacht voor de berekening van de hoogte van de vergoeding. De vergoeding werd berekend krachtens de kantonrechtersformule of de rechter stelde een bedrag krachtens redelijkheid vast.

6.2.3.2 De kantonrechter na 1 januari 2009

De nieuwe aanbeveling is niet meer gebonden aan de 65-jarige leeftijd van de werknemer. Een werknemer die deze leeftijd heeft gepasseerd kan hierdoor in aanmerking komen voor een ontbindingsvergoeding wanneer zijn verwachte pensioneringsdatum hoger ligt dan het moment dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. De hoogte van de vergoeding zal niet meer bedragen dan de verwachte inkomstenderving tot aan deze leeftijd.

Indien partijen in de arbeidsovereenkomst de pensioneringsdatum zijn overeengekomen, zal duidelijk zijn wat de verwachte inkomstenderving zal zijn. Wanneer echter onduidelijkheid bestaat omtrent de pensioneringsdatum van de werknemer, zal de kantonrechter aan de hand van verschillende factoren een pensioneringsdatum dienen vast te stellen door te kijken naar hetgeen gebruikelijk is in de branche of het bedrijf waar de werknemer werkt.

Een andere situatie kan zich voordoen wanneer de werknemer na het bereiken van zijn pensioneringsdatum een voortgezette arbeidsovereenkomst is aangegaan. Uit de rechtspraak blijkt dat kantonrechters steeds vaker ook na het bereiken van de pensioneringsdatum van de werknemer, een ontbindingsvergoeding toekennen. De kantonrechter hield bij de berekening van de hoogte van de vergoeding geen rekening met de gewerkte dienstjaren voor de pensioneringsdatum. In deze situatie is al eens een pensioneringsdatum bereikt, waardoor het niet gewenst is om een nieuwe (uitgestelde) pensioneringsdatum vast te stellen. Voor de berekening van de hoogte van de vergoeding zal de kantonrechtersformule worden toegepast. Hoe komt de rechter tot een redelijke vergoeding?

De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters geven aan dat bij de berekening van de hoogte van de vergoeding, rekening gehouden dient te worden met de gewogen dienstjaren. Voor werknemers vanaf 55 jaar en ouder wordt elk gewerkt dienstjaar voor twee geteld. Onverkorte toepassing van de kantonrechtersformule zal tot hoge vergoedingen leiden wanneer de voortgezette arbeidsovereenkomst wordt ontbonden en de rechter een vergoeding gepast acht. De vraag kan worden gesteld of dit redelijk is? Immers ontvangt de werknemer vanaf zijn 65^{ste} jaar een AOW uitkering en in veel gevallen zal hij ook een aanvullend pensioen ontvangen. De werknemer die de 65 jaar heeft gepasseerd zal dus financieel minder hard worden getroffen ten opzicht van een werknemer die nog niet deze leeftijd heeft bereikt en waarvan de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Daarnaast is het van belang om nog eens stil te staan bij de reden voor het toekennen van een vergoeding. De vergoeding is namelijk een compensatie van het inkomen dat de werknemer is misgelopen tengevolge van de ontbinding. Hierbij is het niet de bedoeling dat de werknemer er financieel op vooruit gaat. Deze argumenten geven aan dat een onverkorte toepassing van de kantonrechtersformule bij de werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft gepasseerd, tot een te hoge vergoeding komt. Het lijkt daarom dan ook gepast dat met deze omstandigheden rekening wordt gehouden bij de berekening van de hoogte van de vergoeding.

Met deze omstandigheden kan rekening worden gehouden in de correctiefactor van de kantonrechtersformule. Wanneer de kantonrechter dient te oordelen over de hoogte van de ontbindingsvergoeding van een 65-plus werknemer, kan hij de correctiefactor naar beneden bijstellen. Een tweede mogelijkheid is de gewogen dienstjaren vanaf het bereiken van het 65^{ste} levensjaar op een andere manier te waarderen.

De tweede mogelijkheid lijkt in dit geval de meest geschikte te zijn. Wanneer de kantonrechter namelijk voor iedere werknemer vanaf 65 jaar op dezelfde wijze het aantal dienstjaren in de formule telt, zal dit bijdragen aan de rechtszekerheid. Wanneer de leeftijd van de werknemer in de correctiefactor tot uiting komt, zal dit in veel gevallen tot onduidelijkheid leiden omdat in de correctiefactor ook met andere omstandigheden rekening dient te worden gehouden. Hierdoor is het aanpassen van de correctiefactor minder geschikt.

Maar hoe zouden de dienstjaren van een werknemer van 65 jaar en ouder gewogen dienen te worden?

Een antwoord hierop kan worden gevonden in de redenering van de Kring van Kantonrechter waarom zij de dienstjaren van werknemers tot 35 jaar minder zwaar mee telt in de kantonrechtersformule. Wanneer een werknemer voor zijn 35^{ste} jaar de arbeidsrelatie met de

werkgever is aangegaan, zullen deze dienstjaren tot het bereiken van deze leeftijd ieder voor een half dienstjaar meetellen in de formule. De arbeidsmarktpositie is namelijk voor deze groep (werknemers tot 35 jaar) goed, waardoor de financiële gevolgen van het ontslag minder groot zijn. De Kring van Kantonrechter heeft dan ook er voor gekozen dat de dienstjaren van deze werknemer minder zwaar dienen te wegen bij de berekening van de hoogte van een ontbindingsvergoeding. Een zelfde denkwijze kan voor werknemers die de 65 jaar hebben gepasseerd worden gevolgd. De arbeidsmarktpositie is voor deze groep dan wel minder goed, maar de financiële gevolgen van het ontslag zijn ook voor de werknemer van 65 jaar en ouder minder desastreus. Hierdoor zou het voor de werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, redelijk zijn als elk gewerkt dienstjaar wordt geteld voor een half jaar.

Daarnaast zal de kantonrechter bij de berekening van de hoogte van de ontbindingsvergoeding alleen rekening dienen te houden met de gewerkte dienstjaren van de voortgezette arbeidsovereenkomst. Er is namelijk een nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan. Bovendien zou bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd, de werknemer ook niet in aanmerking komen voor een vergoeding. Zoals de kantonrechter te Deventer in 2003 al opmerkte: Het betreft hier een waardeloze arbeidshistorie.

6.3 Conclusie

Wanneer de arbeidsovereenkomst van een werknemer door de kantonrechter wordt ontbonden, kan hij in aanmerking komen voor een ontbindingsvergoeding. De hoogte van de vergoeding wordt berekend volgens de kantonrechtersformule en zal niet meer bedragen dan de verwachte inkomstenderving tot de pensioneringsdatum van de werknemer. Onder de oude aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters werd deze grens vastgesteld op de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer. In de nieuwe aanbevelingen is de grens flexibeler en wordt deze vastgesteld op de te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer. Deze kan zowel lager als hoger liggen dan de leeftijd van 65 jaar.

Indien een verzoek tot ontbinding bij de kantonrechter wordt gedaan om de arbeidsovereenkomst van een werknemer te beëindigen vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd, zal de rechter dit op grond van artikel 7 lid 1 sub b WGBL inwilligen. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd levert volgens dit artikel geen leeftijdsdiscriminatie op. Onder de oude aanbevelingen zou de werknemer niet in aanmerking komen voor een ontbindingsvergoeding wanneer de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Volgens de nieuwe aanbevelingen kan de kantonrechter de werknemer een ontbindingsvergoeding toekennen wanneer zijn verwachte pensioneringsdatum hoger ligt dan de leeftijd van 65 jaar.

De arbeidsovereenkomst van een werknemer die de 65 jaar heeft gepasseerd, zal onder de oude aanbevelingen niet voor een ontbindingsvergoeding in aanmerking komen. Aanbeveling 3.5 stond dit niet toe. In de gevallen waarbij de rechter toch een vergoeding toekende aan de werknemer, werd de arbeidsovereenkomst ontbonden zonder dat de werkgever een beroep deed op de leeftijd van de werknemer. De nieuwe aanbevelingen zijn minder strikt, en de werknemer van wie verwachte pensioneringsdatum hoger ligt dan het moment dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, kan in aanmerking komen voor een vergoeding. Daarnaast kan geconcludeerd worden dat ook de werknemer van wie de voortgezette arbeidsovereenkomst, aangegaan na zijn pensioneringsdatum, wordt ontbonden in aanmerking komt voor een ontbindingsvergoeding.

De hoogte van de vergoeding van de werknemer waarbij een pensioneringsdatum kan worden vastgesteld, zal niet meer zijn dan de te verwachten inkomstenderving tot aan deze leeftijd. Bij de voortgezette arbeidsovereenkomst na een arbeidsovereenkomst met een pensioenontslagbeding, zal geen pensioneringsdatum zijn vast te stellen. Wanneer deze arbeidsovereenkomst wordt ontbonden en de kantonrechter acht een vergoeding gepast, zal deze worden berekend aan de hand van de kantonrechtersformule. Hierbij zullen alleen de gewerkte dienstjaren vanaf het 65^{ste} levensjaar worden meegeteld, en zal het redelijk zijn dat ieder dienstjaar in de formule wordt geteld voor een half jaar. Deze berekening is redelijk omdat de 65-plus werknemer ook al AOW en in de meeste gevallen aanvullend pensioen ontvangt, waardoor hij financieel minder zwaar wordt getroffen door de ontbinding.

Conclusie

Met het oog op de vergrijzing en het te voeren beleid van de overheid waarbij zij werknemers stimuleert om langer te blijven werken, zal het steeds belangrijker worden dat eenduidigheid bestaat omtrent de arbeidsovereenkomst van de pensioengerechtigde werknemer. Wat is de invloed van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer op zijn arbeidsovereenkomst? En op welke wijze kan de pensioengerechtigde werknemer zijn arbeidsovereenkomst voortzetten?

Het is mogelijk om de arbeidsovereenkomst te beëindigen vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer. De kantonrechter en het UWV WERKbedrijf zullen, met toepassing van artikel 7 lid 1 sub b WGBL, een dergelijk verzoek inwilligen. Dit blijkt uit de rechtspraak en de beleidsregels van het UWV WERKbedrijf. Onterecht gaat men er vaak van uit dat bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Ik ontken hiermee het bestaan van de, door Lutjens geïntroduceerde, ‘pensioenregel’. Volgens aanhangers is de werknemer bij het overeenkomen van de pensioendatum, impliciet overeengekomen dat bij het bereiken van deze leeftijd de arbeidsovereenkomst eindigt. Een einde van de arbeidsovereenkomst wordt volgens hen gerechtvaardigd omdat de werknemer vanaf dat moment een uitkering uit pensioen ontvangt en een einde van rechtswege bij het bereiken van deze leeftijd zou door brede lagen van de bevolking worden gesteund. Voor het bestaan van deze regel wordt aansluiting gezocht in het Codfried/ISS-arrest van de Hoge Raad uit 1995. De Hoge Raad geeft in dit arrest aan dat nog steeds een rechtsopvatting onder brede lagen van de bevolking heerst, dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van een werknemer. Het maatschappelijk draagvlak wordt hier dus doorslaggevend geacht voor het bestaan van deze regel.

De directe vraag die hieruit voortvloeit, is of bijna 15 jaar later, nog steeds deze regel door brede lagen van de bevolking wordt gesteund. In 2002 werd deze vraag aan de Hoge Raad voorgelegd in het Op ’t Land arrest. De Hoge Raad oordeelde hier dat voor het hanteren van een leeftijdsgrens van 65 jaar nog steeds een groot maatschappelijk draagvlak bestaat en dat deze bovendien aansluit bij de huidige sociale zekerheidswetgeving. Een onvrijwillige *beëindiging* vanwege het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer acht zij dan ook niet onrechtvaardig.

Echter, de vraag is nu juist of er ook sprake kan zijn van een *einde van rechtswege* bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd? Hierop wordt geen direct antwoord gegeven en

ik denk dat deze vraag ontkennend beantwoord dient te worden. Wanneer het argument, voor het bestaan van deze regel, is dat de regel gesteund wordt door brede lagen van de bevolking, zal men niet tot dit resultaat komen. In de afgelopen 15 jaar is het aantal werknemers dat na het 65^{ste} jaar werkzaam blijft verdubbeld en is de vanzelfsprekendheid om te stoppen met werken verdwenen. Door de overheid wordt een beleid gevoerd waarbij zij het voor werknemers financieel aantrekkelijk maakt om ook na deze leeftijd actief op de arbeidsmarkt te blijven. Er zijn de afgelopen jaren zelfs uitzendbureaus gestart die zich specifiek richten op de werknemer van 65 jaar en ouder. Ten slotte geeft de Kring van Kantonrechters in haar aanbevelingen aan dat de pensioneringsdatum niet meer samen hoeft te vallen met de 65-jarige leeftijd van de werknemer. Hiermee kan dan ook worden gezegd dat de opvatting, dat een dienstbetrekking in het algemeen van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd, niet langer gesteund wordt door brede lagen van de bevolking. Hiermee zou een einde komen aan het bestaan van de pensioenregel.

Maar hoe zit het dan met de arbeidsovereenkomst waarin een beding is opgenomen die bepaalt dat, bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer, van rechtswege een einde komt aan de arbeidsovereenkomst? Het enige verschil met de hiervoor genoemde pensioenregel, is dat het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst schriftelijk in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Vorig jaar heeft minister Donner in de Rijksbegroting nog kenbaar gemaakt dat hij een pensioenbeding niet van plan is te verbieden en hiermee dus als geoorloofd aanvaard. De voornaamste argumenten hiervoor zijn dat er geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie en dat het beding een natuurlijk moment creëert (zonder dat partijen over dienen te gaan tot opzegging of ontbinding) waarop een einde aan de arbeidsovereenkomst tot stand komt. Dit is niet geheel te verenigen met het te voeren beleid van de overheid die juist stimuleert dat werknemers langer doorwerken en ook na de pensioengerechtigde leeftijd actief op de arbeidsmarkt blijven. Daarnaast lijkt de regel, dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer, niet langer gesteund te worden door brede lagen van de bevolking. Ook in de literatuur en rechtspraak wordt de rechtsgeldigheid van een pensioenbeding niet volledig gesteund. Bovendien gaan werkgevers er onterecht van uit dat het mogelijk is dat een pensioenbeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden opgenomen. De wet bepaalt dat slechts in twee situaties een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege kan eindigen: Volgens artikel 7:674 lid 1 BW is dat het geval bij de dood van de werknemer of volgens artikel 6:21 e.v. BW bij het intreden van de overeengekomen ontbindende voorwaarde. Vanzelfsprekend is het eerste geval hier niet van toepassing. De ontbindende voorwaarde lijkt in eerste instantie de oplossing te zijn voor de rechtsgeldigheid van een pensioenbeding in de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Echter stellen de

wet en de rechtspraak hoge eisen aan de mogelijkheid om een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst op te nemen: Er moet sprake zijn van een onzekere gebeurtenis; Het gesloten systeem van ontslagrecht dient in acht genomen te worden; Tenslotte mag het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde niet afhankelijk zijn van de subjectieve waardering van een van de partijen. Het pensioenbeding voldoet niet aan deze voorwaarden en kan niet worden gekwalificeerd als een ontbindende voorwaarde. Het pensioenbeding, die bepaalt dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, kent een vooraf bekende en objectief bepaalbare einddatum. Er is hier dus sprake van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Ondanks de vragen die het pensioenbeding oproept, zal vanwege de uitlating van minister Donner er van uit gegaan kunnen worden dat het pensioenbeding in de arbeidsovereenkomst kan worden opgenomen. Partijen moeten zich er echter wel van bewust zijn dat de arbeidsovereenkomst gekwalificeerd wordt als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en dat tussentijdse opzegging slechts mogelijk is wanneer dit in een beding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen.

Wanneer, ongeacht de wijze waarop, een einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst van de 65-jarige werknemer, kunnen partijen besluiten de arbeidsrelatie in stand te houden door middel van een voortgezette arbeidsovereenkomst. De voortgezette arbeidsovereenkomst kan voor bepaalde of voor onbepaalde tijd zijn aangaan. Indien partijen voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kiezen, zal de werknemer ontslagbescherming genieten. Wanneer zij echter een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn aangegaan zal hij geen ontslagbescherming genieten omdat deze arbeidsovereenkomst van rechtswege ten einde komt. De wet heeft echter in artikel 7:667 lid 2 BW (Ragetlieregels) bepaald dat wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die anders dan door een rechtsgeldige opzegging of ontbinding ten einde komt, wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, deze laatste arbeidsovereenkomst niet van rechtswege zal eindigen, maar dient te worden opgezegd. Als men van mening is dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een pensioenbeding mogelijk is, wat ik hiervoor ontken, en later wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan zal alleen door middel van een rechtsgeldige opzegging een einde aan deze laatste arbeidsovereenkomst komen. De werknemer geniet ook ontslagbescherming wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (bijvoorbeeld vanwege een pensioenbeding) wordt voortgezet door een nieuwe arbeidsovereenkomst. In het geval de voortgezette arbeidsovereenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd, is dit vanzelfsprekend. Maar dit zal ook gelden voor een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Immers heeft de eerste arbeidsovereenkomst voor

bepaalde tijd (tot de pensioengerechtigde leeftijd) vaak jaren geduurd. Wanneer een tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt overeengekomen, zal in de meeste gevallen zijn voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 7:668a lid BW (meerdere contracten voor een totale periode van minimaal 36 maanden) en zal deze laatste arbeidsovereenkomst worden geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Aan deze arbeidsovereenkomst komt een einde wanneer rechtsgeldig wordt opgezegd.

Geconcludeerd kan worden dat een voortgezette arbeidsovereenkomst na de pensioengerechtigde leeftijd in beginsel alleen door middel van een rechtsgeldige opzegging beëindigd kan worden.

Wanneer de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, heeft hij de mogelijkheid om aan de werknemer een ontbindingsvergoeding toe te kennen. Deze zal volgens de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters niet meer bedragen dan de gederfde inkomsten tot aan zijn verwachte pensioneringsdatum. In het geval partijen in de arbeidsovereenkomst een pensioneringsdatum zijn overeengekomen, zal duidelijk zijn wat de maximale hoogte van de ontbindingsvergoeding zal zijn. Echter wanneer partijen geen pensioneringsdatum zijn overeengekomen, zal het lastiger voor de rechter zijn om de verwachte pensioneringsdatum vast te stellen. De aanbevelingen geven aan dat de rechter de pensioneringsdatum dan vaststelt door te kijken naar hetgeen gebruikelijk is in de branche of het bedrijf waar de werknemer werkt. De Kring van Kantonrechters heeft sinds januari 2009 voor deze benadering gekozen omdat zij van mening is dat de pensioneringsdatum van een werknemer niet meer samen hoeft te vallen met de 65-jarige leeftijd. Daarnaast bestaat er nog de mogelijkheid dat partijen na de overeengekomen pensioneringsdatum een voortgezette arbeidsovereenkomst zijn aangegaan. Uit de rechtspraak blijkt dat de werknemer ook hier voor een ontbindingsvergoeding in aanmerking komt. De hoogte van de vergoeding zal hier worden berekend krachtens de kantonrechtersformule. De regel dat de vergoeding niet hoger mag zijn dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioneringsdatum gaat hier niet op omdat deze al eerder is bereikt. Volgens de aanbevelingen van de Kring van kantonrechters zal ieder gewerkt dienstjaar voor 2 gelden. Indien de kantonrechter de voortgezette arbeidsovereenkomst na het bereiken van de pensioneringsdatum van de werknemer ontbindt en een vergoeding redelijk acht, zal zij met toepassing van de kantonrechtersformule tot forse bedragen komen.

Aanbevelingen

1) Einde van rechtswege bij wet bepalen in plaats van in een pensioenbeding

Het pensioenbeding in zijn huidige vorm resulteert in rechtsonzekerheid en bovendien kan worden getwijfeld aan de rechtsgeldigheid van het beding. Indien blijkt dat men wil vasthouden aan een einde van rechtswege bij de pensioengerechtigde leeftijd, kan in artikel 7:667 BW een extra lid worden opgenomen die als volgt zou kunnen luiden: *‘De voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer’*. Hierdoor zal voor iedere werknemer dezelfde regel gelden en zal niet meer een alternatieve oplossing gevonden hoeven te worden door het opnemen van een pensioenbeding in de arbeidsovereenkomst. Bovendien kunnen partijen nu gewoon een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met elkaar overeenkomen. Zij hoeven zich niet druk te maken over de (on)mogelijkheid of tussentijds kan worden opgezegd. Een werkgever of werknemer die wenst dat de arbeidsovereenkomst eindigt bij het bereiken van deze leeftijd hoeft bovendien niet meer naar het UWV WERKbedrijf of naar de kantonrechter. Artikel 7 lid 1 sub b WGBL wordt hierdoor gedeeltelijk overbodig. Zij bepaalt namelijk dat geen sprake is van een verboden onderscheid op grond van leeftijd wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd (opzegging of ontbinding) vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Het staat partijen natuurlijk vrij om bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een latere pensioendatum overeen te komen. In dit geval zal de arbeidsovereenkomst gekwalificeerd dienen te worden als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd omdat partijen expliciet in de overeenkomst een einddatum zijn overeengekomen. Het zojuist geïntroduceerde nieuwe lid van artikel 7:667 BW zal geen werking hebben omdat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Wanneer partijen in de arbeidsovereenkomst een latere pensioenleeftijd zijn overeengekomen, zullen zij zich er van bewust moeten zijn dat tussentijdse opzegging van de arbeidsovereenkomst slechts mogelijk is indien dit in een beding is overeengekomen.

Indien partijen, na een einde van rechtswege bij de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer, wensen de arbeidsovereenkomst voort te zetten, kunnen zij een nieuwe arbeidsovereenkomst met elkaar overeenkomen. Maar het is ook mogelijk dat, zonder expliciet een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan, dat de werknemer na zijn pensioengerechtigde leeftijd werkzaam blijft bij zijn werkgever. In het eerste geval kunnen partijen de gewenste arbeidsovereenkomst overeenkomen. Indien partijen geen verdere afspraken met elkaar maken en de werknemer blijft ook na zijn pensioengerechtigde leeftijd zijn werkzaamheden verrichten, zal aansluiting gezocht dienen te worden bij de regels omtrent stilzwijgende voortzetting. Een nieuw lid dient dan aan artikel 7:668 BW worden

toegevoegd. Deze zou als volgt kunnen luiden: *‘Indien de arbeidsovereenkomst na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, door partijen zonder tegenspraak wordt voortgezet, wordt zij geacht voor telkens ten hoogste voor een jaar, te zijn aangegaan’*.

2) Ragetlieregel en kettingregeling niet van toepassing bij de voortgezette arbeidsovereenkomst na de pensioengerechtigde leeftijd

Wanneer de werknemer na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een voortgezette arbeidsovereenkomst met zijn oude werkgever overeenkomt, zullen de kettingregeling en de Ragetlieregel van toepassing zijn. Toepassing van deze regels zullen bewerkstelligen dat vrijwel alle voortgezette arbeidsovereenkomsten alleen door middel van een rechtsgeldige opzegging kunnen worden beëindigd. Dit effect lijkt mij niet gewenst voor arbeidsovereenkomsten van werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt. Toepassing van de Ragetlieregel mist in dit geval haar doel. De Ragetlieregel is tot stand gekomen om de werknemer te beschermen tegen misbruik van de werkgever die hem de ontslagbescherming ontnemt. Bij een einde van rechtswege wegens het bereiken van de pensioengerechtigde werknemer, is niet sprake van enig misbruik aan de zijde van de werkgever. Bovendien zal toepassing van deze regel niet bijdragen aan de flexibiliteit van arbeidsovereenkomsten aangegaan na deze leeftijd. Doordat de werkgever de arbeidsovereenkomst steeds moet opzeggen, zal een arbeidsrelatie met de oudere werknemer minder aantrekkelijk voor hem zijn. Ik stel dan ook voor om in het vierde lid van artikel 7:667 BW op te nemen dat de Ragetlieregel tevens niet van toepassing is wanneer de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer.

Ook de kettingregeling lijkt ongewenst te zijn voor voortgezette arbeidsovereenkomsten na de pensioengerechtigde leeftijd. Werkgevers zullen over het algemeen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met oudere werknemer willen aangaan. De kettingregeling maakt deze flexibele arbeidsovereenkomsten niet mogelijk. Een wetswijziging zal niet nodig zijn om de kettingregeling buiten toepassing te laten. Artikel 7:668a lid 5 BW bepaalt namelijk dat bij cao kan worden afgeweken van de regel. Indien blijkt dat het gewenst is dat voor iedereen, en niet alleen voor leden van de cao-partijen, dezelfde regel dient te gelden, zal in artikel 7:668a BW toch een extra lid kunnen worden opgenomen die het artikel niet van toepassing verklaart voor arbeidsovereenkomsten aangedaan na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer.

3) Kantonrechtersformule: gewogen dienstjaren vanaf 65 jaar voor 0,5

Bij de voortgezette arbeidsovereenkomst na een arbeidsovereenkomst met een pensioenbeding, zal geen pensioneringsdatum zijn vast te stellen. De hoogte van de vergoeding wordt berekend krachtens de kantonrechtersformule. Getwijfeld kan worden of in dit geval een onverkorte toepassing van de kantonrechtersformule gewenst is. De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters bepalen namelijk dat voor de berekening van de hoogte van de ontbindingsvergoeding van een werknemer van 55 jaar of ouder, ieder gewerkt jaar voor twee wordt geteld. Dit geldt dus ook voor de werknemer van 65 jaar en ouder. Dit lijkt zich niet te verenigen met het oorspronkelijke doel van de ontbindingsvergoeding. Een ontbindingsvergoeding wordt namelijk aan de werknemer toegekend om de gemiste inkomsten tengevolge van de beëindiging te vergoeden. Het is hierbij niet de bedoeling dat de werknemer er financieel op vooruit gaat. In het geval de werknemer 65 jaar of ouder is, zal hij niet meer alleen afhankelijk zijn van zijn inkomsten uit arbeid. Naast deze inkomsten zal hij een AOW-uitkering en in veel gevallen een aanvullend pensioen ontvangen. Het lijkt mij gepast dat rekening wordt gehouden met deze omstandigheden. Dit kan het beste worden gedaan door de gewogen dienstjaren vanaf het moment dat de werknemer 65 jaar is geworden, anders te waarderen. Rekening houdend met de financiële gevolgen voor de werknemer, zou een redelijke uitkomst kunnen zijn dat ieder gewerkt dienstjaar na de pensioengerechtigde leeftijd voor een half wordt geteld. Natuurlijk wordt bij de berekening van de hoogte van de vergoeding alleen rekening gehouden met de gewerkte dienstjaren van de voortgezette arbeidsovereenkomst.

Literatuurlijst

Boeken

- Heemskerk (2009) M. Heemskerk, Proefschrift 'De arbeidsdeelname van oudere werknemers', Boom Juridische Uitgevers 2009, ISBN 9789089740816
- Vandenberghe (2007) A-S Vandenberghe, 'Ontslagregels: Een rechtseconomische analyse', in Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Amsterdam University Press, 1^{ste} druk 2007, ISBN 9789053569931
- WRR (2007) Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Arbeidsflexibiliteit en Ontslagrecht, Amsterdam University Press, 2007, 1^{ste} druk 2007, ISBN 9789053569931
- Loonstra en Zondag (2006) Prof. Mr. C.J. Loonstra en prof. Mr. W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag 2006, Boom Juridische Uitgevers, tweede druk, ISBN 9054545364
- Sociale Verzekeringsbank (2006) Sociale Verzekeringsbank, 'De AOW: veel besproken, nu beschreven', 2006, ISBN 9012118476
- Van der Grinten (2005) W.C.L. van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, 2005, 21^{ste} druk, ISBN 9013012272
- Keulaerds en Vas Nunes (2005) M. Keulaerds en P. Vas Nunes, 'Pensioenontbinding', in: De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud, p. 111-132, 2005, ISBN 9013032737
- Smolenaars (2005) Ellie Smolenaars, Expertisecentrum Leeftijd en maatschappij, '65 jaar als uiterste houdbaarheidsdatum', 2005, ISBN 9080724041
- Zwart (2005) B.C.H. de Zwart, 'De oudere werknemer', in: Handboek bedrijfsgezondheidszorg, Elsevier Gezondheidszorg
- Christe (2002) Verhulp, Christe, Riphagen, Boonstra en Beltzer, serie Monografieën Sociaal Recht, Flexibele arbeidsrelaties, 2002
- De Wolff (1999) Mr. D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', in Monografieën Sociaal Recht 13, Kluwer 1999 ISBN 9031218391
- Lutjens (1989) E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers: juridische beschouwingen over ouderdomspensioen, 1989, ISBN 9027130523

Artikelen

- Bovenberg (2009) Hoogleraar economie L. Bovenberg, Universiteit Tilburg (tevens lid Commissie Bakker) aan het woord in NOVA, 6 februari 2009
- Van de Velde (2008) Van de Velde, 'De kantonrechttersformule bij 65-plussers', in Arbeidsrecht 2008/4, p. 34
- Vas Nunes (2008) Mr. P.C. Vas Nunes, 'Ouderen mogen gewoon doorwerken', in NJB nr. 19, 9 mei 2008, p. 1165-1168

Vas Nunes (2008-2)	Mr. P.C. Vas Nunes, 'Grijs werkt door', in: <i>Arbeid Integraal</i> , afl. 1, april 2008, p. 55-71
Vegter (2007)	Mr. Dr. M.S.A. Vegter, 'Recht op doorwerken na het vijftenzestigste levensjaar', SR 2007-6, 46
Charbon (2006)	P.A. Charbon, 'Grijs werkt door; Pensioen en Ragetlie', in <i>Arbeidsrecht</i> 2006, 6
Heemskerk (2006)	Mr. Drs. M. Heemskerk, 'De gevolgen van verboden pensioenontslag' in SR, aflevering 2006-12, 74
De Jong (2006)	Mr. S.J. de Jong, 'Werken na 65 jaar: de houdbaarheidsdatum voorbij', in <i>Arbeidsrecht</i> 2006, nr. 1
Heemskerk (2005)	Mr. Drs. M. Heemskerk, 'Ontslagrecht voor 65-plussers is onduidelijk', in SMA, maart 2005, nr. 3
Verhulp (2005)	E. Verhulp, JAR-verklaard 2-7-2005
Carlee (1999)	Carlee, 'Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met maximumduur is nog niet met pensioen', in <i>Arbeidsrecht</i> 1999, nr. 15
Van Megen (1998)	Van Megen, 'Einde van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met maximumduur?', in <i>Arbeidsrecht</i> 1998, nr. 63

Kamerstukken

TK 2008-2009, 31774, nr. 3/3	Voorstel Wetswijziging AOW, 18 november 2008
Bijl. TK 2008-2009, 29544, nr. 175	Plan van aanpak vervolg advies Commissie Arbeidsparticipatie, 16 september 2008
TK 2007-2008, 21501-20, nr. 371	Voortgangsrapport 2007 van het Nationaal Hervormingsprogramma Nederland 2005-2008
TK 2007-2008, 29544, nr. 152	Kabinetsnotitie, 'Men is zo oud als men zich voelt' (nota over de arbeidspositie van ouderen)
Bijl. TK 2006-2007, 31070, nr. 1	Beleidsprogramma Kabinet Balkenende IV 2007-2011, 'Samen werken samen leven'
Bijl. TK 2006-2007, 29544, nr. 94	Participatietop, Preambule Tripartiete Beleidsinzet, 27 juni 2007
TK 2005-2006, 28 170, nr.47	kabinetsstandpunt 'Wegnemen van belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar', 23 juni 2006
Bijl. TK 2005-2006, 28170, nr. 47	Onderzoek naar belemmeringen voor 65-plussers bij betaalde arbeid, van bureau AStri, 'U hoeft toch niet meer te werken?', 5 juli 2006
TK 2003-2004, 27046, nr. 5	Kabinetsstandpunt 'stimuleren van langer werken van ouderen'. Reactie op aanbevelingen van de Taskforce Ouderen en Arbeid, 29 april 2004
TK 2001-2002, 28 170, nr. 3	WGBL: Memorie van Toelichting
TK 2001-2002, 28170, nr. 5	WGBL: Nota naar aanleiding van het verslag, 4 april 2000
TK 2001-2002, 28 170, nr. 7	WGBL: Nota naar aanleiding van het nader verslag over de objectieve rechtvaardiging en de implementatie van de richtlijn inzake gelijke behandeling, 19 april 2002
Bijl. TK 1989-90, 21300 XV, nr.96	Standpunt regering t.a.v. IAO-Aanbeveling 162
TK 1955-56, 4009, nr. 6-7	Memorie van Toelichting bij de algemene ouderdomsvoorziening

Overige

Rijksbegroting 2009	Rijksbegroting 2009
Volkskrant Magazine (2009)	Volkskrant Magazine, 17 januari 2009
CBS Persbericht (2008)	Centraal Bureau voor de Statistiek, Persbericht, 'Bevolking groeit tot 17,5 miljoen in 2038', donderdag 18 december 2008
Commissie Bakker (2008)	Advies van de Commissie Arbeidsparticipatie, 'Naar een toekomst die werkt', juni 2008
Persbericht Ministerie SZW (2008)	Persbericht ministerie Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 'Compensatieregeling voor loonkosten bij langdurige ziekte van oudere werknemers', 28 november 2008, nr. 08/032
Raad voor de Rechtspraak (2008)	Advies Raad voor de Rechtspraak over wetsvoorstel maximering ontslagvergoeding, 29 oktober 2008
Rijksbegroting 2008	Minister Donner, Rijksbegroting, Voortzetting van de behandeling van de begroting 2008 van het Ministerie van SZW en van het Spaarfonds AOW, 31200 XV 12-12-2007
Beleidsregels CWI (2007)	Beleidsregel Centrum voor Werk en Inkomen, Hoofdstuk 38, 1 oktober 2007
CER (2007)	Centre for European Reform, K. Barysch, S. Tilford, P. Whyte, 'The Lissabonscorecard VIII, Is Europe ready for an economic storm?', 2007
Commissiedocument	Mededeling van de Commissie aan de Europese Raad, 11 december 2007
COM(2007) 803 definitief (Deel I) Commissiedocument	Mededeling van de Commissie aan de Europese Raad, 11 december 2007 (beoordeling van de nationale hervormingsprogramma's)
COM(2007) 803 definitief (Deel II)	
SER (2006)	Sociaal Economische Raad, Advies 'Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar', 17 maart 2006
SER (2006-2)	Sociaal Economische Raad, Advies 'Welvaartsgroei door en voor iedereen', 20 oktober 2006
Stichting van de Arbeid (2006)	Stichting van de Arbeid, Aanbevelingen ter vergroting van de arbeidsparticipatie van ouder wordende mensen, etnische minderheden en jeugdige werklozen, publicatie nr. 1/2/3/06, 20 januari 2006
Publicatieblad Nr. L 205 van 06/08/2005 blz. 0021 – 0027	2005/600/EG: Beschikking van de Raad van 12 juli betreffende de richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten
Arbeidsinspectie (2004)	Arbeidsinspectie, 'De wet flexibiliteit en zekerheid: een onderzoek naar de mate waarin en de wijze waarop in de CAO's van 2004 is afgeweken van 3A bepalingen', oktober 2004
High Level Group (2004)	High Level Group, Europese Evaluatie Lissabonstrategie, 'Facing the challenge, the Lissabon strategy for growth and employment', november 2004
SER (2004)	Sociaal Economische Raad, Evaluatie van de Lissabonstrategie, 18 juni 2004
European EmploymentTaskforce(2003)	European Employment Taskforce, 'Jobs, Jobs, Jobs – Creating more employment in Europe', 26 november 2003

CBS Bevolkingsprognose 2002-2050	CBS Bevolkingsprognose 2002-2050: anderhalf miljoen inwoners erbij
Europese Raad van Lissabon (2000)	Europese Raad van Lissabon: Conclusies van het voorzitterschap, Lisbon (24/3/2000) Nr: 100/1/00
De Beer (1999)	Centraal Bureau voor de Statistiek, INDEX Special Bevolking 1999, Artikel van Joop de Beer, 'Leeftijdsopbouw bevolking volgende eeuw gelijkmatiger. Veelstemmig grijs'

Wetten

Wet van 31 mei 1956, Stb. 1956, 281 (Algemene Ouderdomswet)
Wet van 21 december 2000, Stb. 2000, 628 (Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds)
Wet van 1 november 1919, Stb. 1919, 623 (Invaliditeitswet)
Wet van 4 november 1919, St. 1919, 628 (Ouderdomswet)
Wet van 24 mei 1947, Stb. 1947, 155 (Noodwet Ouderdomsvoorzieningen)

Uitspraken

HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-388/07 (Age Concern-England)

Hoge Raad, 1 november 2002, NJ 2002, 622
Hoge Raad 13 februari 1998, JAR 1998/72
Hoge Raad 13 januari 1995, JAR 1995/35
Hoge Raad 6 maart 1992, NJ1992, 509
Hoge Raad 4 april 1986, NJ 1987, 678

Hof 's-Gravenhage 12 juni 2008, LJN: BD 6316
Hof Amsterdam, 25 april 2005, JAR 2005/132
Hof Amsterdam 25 augustus 2005, JAR 2005/234

Kantonrechter Amsterdam, 30 januari 2008, JAR 2008/44
Kantonrechter Lelystad, 20 februari 2008, JAR 2008/120
Kantonrechter Utrecht, 24 april 2008, JAR 2008/158
Kantonrechter Utrecht, 16 mei 2008, JAR 2008/158
Kantonrechter Haarlem, 5 juni 2008, LJN: BD 4031
Kantonrechter te Amsterdam, 8 juli 2008, JAR 2008/228
Kantonrechter Den Helder, 16 augustus 2007, RAR 2008/19
Kantonrechter Groningen, 20 januari 2005, RAR 2005/69
Kantonrechter Utrecht, 22 februari 2005, JAR 2005/77
Kantonrechter Harderwijk, 18 juli 2005, JAR 2005/197
Kantonrechter Delft, 28 juli 2005, JAR 2005/195
Kantonrechter 's-Hertogenbosch, 20 september 2005, JAR 2006/163
Kantonrechter Utrecht, 30 september 2005, JAR 2005/261
Kantonrechter Deventer, 13 maart 2003, JAR 2004/194
Kantonrechter Rotterdam, 28 augustus 2003, JAR 2003/252