

De pensioengerechtigde werknemer: uitgewerkt met 65?

*Mr. S.T.E. Bakker**

Inleiding

De rol van de oudere werknemer in het arbeidsproces is sinds enige tijd onderwerp van een brede maatschappelijke discussie. De bevolking vergrijsst en de politiek zoekt noodgedwongen naar manieren om de steeds hoger oplopende AOW-kosten te financieren. Het verhogen van de AOW-leeftijd naar 67 jaar lijkt de enige oplossing te zijn nu op 1 oktober 2009 is gebleken dat het polderoverleg in de Sociaal-Economische Raad niet heeft geleid tot een aanvaardbaar alternatief. Deze impasse zal er waarschijnlijk toe leiden dat de kabinetsplannen om de pensioenleeftijd te verhogen naar 67 jaar doorgang gaan vinden. In het verlengde van deze maatschappelijke discussie zijn er de laatste tijd in de arbeidsrechtelijke rechtspraak wisselende geluiden te horen over het onderwerp 'einde (van rechtswege) van de arbeidsovereenkomst bij 65 jaar'. Voor ondernemingen met een vergrijzend werknemersbestand is deze discussie hoogst actueel en relevant.

Tot voor kort stond eigenlijk wel vast dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde wanneer de werknemer de 65-jarige leeftijd bereikte. Deze opvatting lijkt inmiddels niet meer te worden aangehangen door alle rechters. De afwijkende lijn wordt door rechters beargumenteerd door te wijzen op de hiervoor beschreven maatschappelijke discussie over wanneer werknemers met pensioen zouden moeten gaan.

Voor werkgevers zal het daarnaast steeds belangrijker worden oudere werknemers in dienst te houden of te nemen. Oudere werknemers hebben veel ervaring en door de vergrijzing zijn bovendien minder jongere werknemers beschikbaar. In deze bijdrage wordt aan beide aspecten aandacht besteed: de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van rechtswege wanneer de werknemer 65 jaar wordt, en de wijze waarop het dienstverband met een 65-plusser kan worden aangegaan of voortgezet. De voorgenomen verhoging van de pensioenleeftijd naar 67 jaar zal op deze kwesties overigens geen invloed hebben; ook bij een pensioenleeftijd van 67 jaar blijven genoemde vragen relevant. Met 'pensioenleeftijd' doel ik in deze bijdrage op de huidige AOW-leeftijd van 65 jaar.

Einde van rechtswege

Tot het begin van dit millennium nam iedereen aan dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigde wanneer de pensioenleeftijd werd bereikt, ook wanneer

dit niet expliciet door partijen was overeengekomen. Artikel 7:667 lid 1 BW bepaalt dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst, bij de wet of door het gebruik aangegeven. Deze bepaling wordt al van oudsher beschouwd als het artikel voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, terwijl dit er niet staat. Het is daarom goed te betogen dat het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioenleeftijd binnen de reikwijdte van artikel 7:667 lid 1 BW valt.

Hoge Raad

Een belangrijk arrest in de discussie over het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioenleeftijd is het Codfried-arrest van de Hoge Raad uit 1995.¹ In dit arrest overweegt de Hoge Raad onder meer het volgende:

'Voorts verdient te worden vooropgesteld 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. Nochtans vormt zij in het kader van de vraag of het hanteren van leeftijds grenzen in arbeidsverhoudingen in beginsel geoorloofd is, onderwerp van parlementaire gedachtenwisseling. Een en ander noopt tot terughoudendheid.'

Door dit uitgangspunt ontstaat echter een dogmatisch probleem. De wet bevat (zoals hiervoor beschreven) geen omschrijving van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Het kenmerk van een dergelijke arbeidsovereenkomst is dat deze van rechtswege eindigt. In tegenstelling tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet steeds van rechtswege; voor beëindiging is een rechtsgeldige opzegging vereist. Wanneer men het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd aanneemt, lijkt dit onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en die voor bepaalde tijd echter te zijn verdwenen. Door de maximale duur is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dan in zekere zin ook een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geworden.

* Mr. S.T.E. Bakker is advocaat bij Stibbe.

1. HR 13 januari 1995, JAR 1995, 35.

Een oplossing voor dit dogmatische probleem zou kunnen worden gevonden in het hiervoor genoemde artikel 7:667 lid 1 BW. Partijen kunnen aldus overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Indien dit niet door partijen is overeengekomen, zou men kunnen stellen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij 65 jaar op grond van (breed maatschappelijk geaccepteerd) gebruik. De arbeidsovereenkomst hoeft mijns inziens daarmee niet meteen te worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Het eindigen van de arbeidsovereenkomst van rechtswege wanneer de 65-jarige leeftijd wordt bereikt, is inmiddels niet langer vanzelfsprekend wanneer dit niet door partijen is overeengekomen. Vas Nunes meent dat een einde van rechtswege van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet mogelijk is.² Hij stelt dat aan de overwegingen van de Hoge Raad in het Codfried-arrest minder waarde moet worden toegekend dan tot nu toe wordt gedaan, nu dit arrest handelde over een proeftijdontslag. Daarnaast meent hij dat de relevante overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest 'terloops en ongemotiveerd' zijn. Bij precieze lezing van het Codfried-arrest kan ik het op dit punt eens zijn met Vas Nunes; uit de formulering van de Hoge Raad vloeit niet direct voort dat de Hoge Raad aanneemt dat de arbeidsovereenkomst altijd van rechtswege eindigt wanneer de 65-jarige leeftijd wordt bereikt. Een conservatievere interpretatie van de overwegingen van de Hoge Raad in deze arresten lijkt mij aangewezen, vooral ook met het oog op de verstrekkende gevolgen van een einde van rechtswege voor de rechtspositie van de werknemer.

Lagere rechtspraak

De afgelopen jaren is in de lagere rechtspraak een aantal uitspraken gedaan waarin deze terughoudende interpretatie van het Codfried-arrest is terug te zien. In 2005 bepaalde de Kantonrechter Utrecht dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad niet volgt dat de arbeidsovereenkomst op 65-jarige leeftijd van rechtswege eindigt.³ In 2008 oordeelde de Kantonrechter Amsterdam dat het eindigen van rechtswege van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in strijd is met het gesloten stelsel van het ontslagrecht.⁴ Een bepaling in de cao of de arbeidsovereenkomst met de strekking dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de werknemer 65 jaar wordt, kan geen geldige ontbindende voorwaarde zijn, aldus deze kantonrechter. De Kantonrechter Delft oordeelde in april 2009 dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de pensioenleeftijd bereikt, als partijen dit niet expliciet zijn overeengekomen.⁵ Volgens deze kantonrechter zijn voor een einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst bijkomende feiten en omstandigheden nodig waaruit een dergelijke partijbedoeling blijkt. De kantonrechter meent dat geen sprake is van een wettelijke regel waaruit een einde van rechtswege

(zonder dat dit is overeengekomen) voortvloeit, en dat evenmin sprake is van gewoonterecht.

Uit deze uitspraken blijkt in ieder geval dat niet langer kan worden aangenomen dat de arbeidsovereenkomst eindigt wanneer de werknemer de 65-jarige leeftijd bereikt en partijen een dergelijk einde van rechtswege niet zijn overeengekomen. Indien een einde van rechtswege is vastgelegd in de arbeidsovereenkomst of een cao wordt dit veelal wel (maar ook niet altijd; zie de hiervoor genoemde uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam!) door rechters geaccepteerd als een geldige beëindigingswijze.

Overigens kan met zekerheid worden gesteld dat het bereiken van de pensioenleeftijd een rechtsgeldige reden is voor opzegging of ontbinding. Dit volgt uit het arrest Codfried, maar is ook vastgelegd in de beleidsregels die het UWV WERKbedrijf hanteert bij de beoordeling van ontslagaanvragen.⁶ De Aanbevelingen bij de Kantonrechtersformule brengen mee dat kantonrechters doorgaans geen vergoeding toekennen aan de werknemer indien de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden omdat de pensioenleeftijd is bereikt. De reden die hiervoor door kantonrechters wordt aangevoerd, is dat de werknemer vanaf 65 jaar (of zelfs eerder) aanspraak kan maken op inkomensvervanging, bijvoorbeeld een AOW-uitkering of een prepensioen.

Aangaan of voortzetten van de arbeidsverhouding

Nadat de werknemer de pensioenleeftijd heeft bereikt, kan de arbeidsovereenkomst, indien werkgever en werknemer dit wensen, op een van de volgende manieren worden voortgezet: (1) partijen kunnen een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaan, of (2) zij kunnen de bestaande arbeidsovereenkomst stilzwijgend voortzetten.

Aangaan arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Wanneer partijen kiezen voor een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dient rekening te worden gehouden met de zogenoemde *Ragetlieregel* (art. 7:667 lid 4 BW). Deze regel houdt in dat indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een tussenliggende periode van drie maanden of minder en de eerstgenoemde arbeidsovereenkomst door wederzijds goedvinden of van rechtswege eindigt, voor de beëindiging van de laatstgenoemde arbeidsovereenkomst (ondanks dat deze voor bepaalde tijd is aangegaan) tóch voorafgaande opzegging nodig is. Wanneer partijen aldus zijn overeengekomen dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de pensioenleeftijd bereikt, zal een opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen deze partijen niet van rechtswege eindigen. Dit resulteert in de voor de werkgever onaantrekkelijke situatie dat hij mogelijk kosten moet maken om de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (of – preventief – de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd) te doen eindigen.

2. P.C. Vas Nunes, *Grijs werkt door*, Arbeid Integraal 2008, nr. 1, p. 55-71.

3. Ktr. Utrecht 22 februari 2005, JAR 2005, 77.

4. Ktr. Amsterdam 8 juli 2008, JAR 2008, 228.

5. Ktr. Delft 23 april 2009, JAR 2009, 116.

6. De Beleidsregels Ontslagtaak UWV WERKbedrijf zijn te vinden via <www.werk.nl>.

Meerdere rechters nemen overigens aan dat pensioenbeëindiging gelijk moet worden gesteld met rechtsgeldige opzegging en ontbinding. Zo ook het Hof Amsterdam in 2005.⁷ Dit arrest betrof een cao-regeling voor vervroegd pensioen, maar moet volgens Charbon ook op reguliere pensioensituaties worden toegepast.⁸ Het oordeel van het Hof Amsterdam is recentelijk herhaald door de Kantonrechter Dordrecht.⁹ Het standpunt dat pensioenbeëindiging moet worden gelijkgesteld met rechtsgeldige opzegging of ontbinding, wordt in de rechtspraak echter onvoldoende regelmatig aangenomen om de onzekerheid hierover volledig weg te nemen. Indien partijen de arbeidsverhouding willen voortzetten door het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nadat de werknemer de 65-jarige leeftijd heeft bereikt, is het daarom raadzaam om de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te beëindigen door middel van (formele) ontbinding door de kantonrechter of het aanvragen van een ontslagvergunning bij het UWV WERKbedrijf. Een andere mogelijkheid is om de werknemer drie maanden en één dag uit dienst te laten treden, waarna een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan; de *Ragetieliereg* wordt op deze wijze doorbroken.

Voortzetten bestaande arbeidsovereenkomst

De werkgever kan de arbeidsverhouding met een pensioengerechtigde werknemer eveneens voortzetten door de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, nadat de werknemer 65 jaar is geworden, stilzwijgend voort te zetten. Over de rechtspositie van de werknemer in die situatie bestaat echter geen duidelijkheid. De Kantonrechter Dordrecht oordeelde in de eerdergenoemde uitspraak uit juni 2009 over een situatie waarin de arbeidsovereenkomst op grond van de cao van rechtswege was geëindigd omdat de werknemer 65 jaar was geworden, terwijl de werknemer na zijn 65e verjaardag op de gebruikelijke wijze zijn werkzaamheden was blijven verrichten en daarvoor gewoon salaris ontving. Hij oordeelde dat de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:668 lid 1 BW door partijen was voortgezet voor telkens de periode van één jaar. Uit dit oordeel blijkt dat deze kantonrechter de arbeidsovereenkomst die (van rechtswege) was geëindigd toen de werknemer 65 jaar was geworden, aanmerkt als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Algemeen lijkt echter te worden aangenomen dat de arbeidsovereenkomst (zowel wanneer het einde van rechtswege is vastgelegd in de arbeidsovereenkomst of de cao als wanneer dit niet het geval is), wanneer deze stilzwijgend is voortgezet nadat de werknemer 65 jaar is geworden, door wederzijds goedvinden, rechtsgeldige opzegging of ontbinding beëindigd moet worden. De leeftijd van de betrokken werknemer kan daarbij door de werkgever worden aangevoerd als gerechtvaardigde beëindigingsgrond. De vraag rijst dan of de pensioengerechtigde werknemer, nadat zijn arbeidsovereenkomst (stilzwijgend) is voortgezet, aanspraak kan maken op een beëindigingsvergoeding.

Nu de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters bepalen dat de vergoeding niet hoger zal zijn dan de verwachte inkomstenderving tot aan het bereiken van de pensioenleeftijd, lijkt de kantonrechtersformule niet van toepassing te zijn op dergelijke gevallen. Door kantonrechters worden over dit onderwerp dan ook uiteenlopende uitspraken gedaan. Vaak is het uitgangspunt dat de kantonrechtersformule niet van toepassing wordt geacht (en dat daarmee de dienstjaren vóór het bereiken van de pensioenleeftijd niet worden meegerekend), maar dat de werknemer wél aanspraak kan maken op een (immateriële) schadevergoeding. Dit is bijvoorbeeld te zien in uitspraken van de Kantonrechter Deventer uit 2003 en de Kantonrechter Utrecht uit 2008.^{10,11}

Arbeidsvoorwaarden

De bepalingen van Boek 7 BW zijn onverkort van toepassing op de pensioengerechtigde werknemer. Wanneer sprake is van driekwart dwingend recht, kan bij cao worden afgeweken van de bepalingen van Boek 7 BW voor werknemers van 65 jaar en ouder. Boek 7 BW komt echter nauwelijks tegemoet aan de 'zorgen' van de werkgever door hem bijvoorbeeld de mogelijkheid te bieden zijn loondoorbetalingsverplichting bij ziekte te beperken voor werknemers van 65 jaar of ouder. Afspraken die op individuele basis tussen de werkgever en de pensioengerechtigde werknemer worden gemaakt, moeten voldoen aan de vereisten van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL); voor iedere afwijking van de arbeidsvoorwaarden die de werkgever gebruikelijk aan zijn werknemers aanbiedt, moet een objectieve rechtvaardiging bestaan. Een voorbeeld van een arbeidsvoorwaarde waarbij de weigering van de werkgever om deze aan de pensioengerechtigde werknemer aan te bieden objectief gerechtvaardigd kan zijn, is scholing. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelde in 2005 dat de (te) lange terugverdienperiode van de opleidingskosten een rechtvaardiging vormde om een oudere werknemer geen opleiding aan te bieden.¹² Ook afwijkende afspraken in cao-verband moeten overigens een objectieve rechtvaardiging hebben, maar zullen – omdat zij in overleg tussen werkgevers- en werknemersverenigingen tot stand zijn gekomen – sneller objectief gerechtvaardigd worden geacht. Een interessante ontwikkeling in dit verband is de zogenoemde Doorwerk-cao, welke cao geldt voor werkgevers die zijn aangesloten bij de VDWG (de werkgeversorganisatie voor Doorwerkgevers). De Doorwerk-cao voorziet bijvoorbeeld in de mogelijkheid om 65-plussers onbepaald arbeidsovereenkomsten voor minimaal drie maanden aan te bieden, zonder dat deze overgaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ook is van belang dat de werkgever voor de pensioengerechtigde werknemer geen socialezekerheidspremies hoeft af te dragen; de sociale zekerheid is immers niet van toepassing op werknemers die ouder zijn dan 65 jaar.

7. Hof Amsterdam 26 mei 2005, JAR 2005, 132.

8. P.A. Charbon, Grijs werkt door; pensioen en Ragetlie, *ArbeidsRecht* 2006, nr. 6.

9. Ktr. Dordrecht 12 juni 2009, JAR 2009, 172.

10. Ktr. Deventer 13 maart 2003, JAR 2004, 194.

11. Ktr. Utrecht 24 april 2008, JAR 2008, 158.

12. Commissie Gelijke Behandeling, oordeel 2005-174.

Leeftijdscriminatie?

Overigens speelt ook op het gebied van leeftijdsdiscriminatie nog het een en ander. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst wanneer de werknemer 65 jaar wordt, kan mogelijk worden aangemerkt als leeftijdsdiscriminatie; het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij het beëindigen van een arbeidsverhouding is op grond van de WGBL immers niet toegestaan. Artikel 7 lid 1 sub b WGBL bepaalt echter dat het verbod van onderscheid niet geldt indien het onderscheid betrekking heeft op het beëindigen van de arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd. In 2007 oordeelde het Hof van Justitie EG in het Palacios-arrest dat het einde van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioenleeftijd geen leeftijdsdiscriminatie is als aan het maken van dit onderscheid legitieme doelstellingen ten grondslag liggen.¹³ Legitieme doelstellingen zijn volgens het Hof doelstellingen van sociaal beleid, zoals werkgelegenheid en een vlotte doorstroom op de arbeidsmarkt. Dit standpunt werd in 2009 door het Hof herhaald in het Age Concern-arrest.¹⁴ Nadere bespreking van deze problematiek gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Ik verwijs in dit verband naar Vas Nunes en Heemskerk.^{15,16}

Tot slot

Uit de jurisprudentie en de literatuur kan de conclusie worden getrokken dat (als een dergelijke afspraak niet al in de cao is vastgelegd) het raadzaam is in de arbeidsovereenkomst op te nemen dat deze van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de pensioenleeftijd bereikt. Indien partijen de arbeidsverhouding willen voortzetten nadat de werknemer 65 jaar is geworden (en de arbeidsovereenkomst niet is geëindigd door rechtsgeldige opzegging of ontbinding), zou de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd formeel door de rechter moeten worden ontbonden om zeker te stellen dat de daaropvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt. Stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst is natuurlijk steeds mogelijk. In dit geval zal de arbeidsovereenkomst uiteindelijk moeten eindigen door wederzijds goedvinden, opzegging of ontbinding.

Een arbeidsverhouding met een pensioengerechtigde werknemer blijkt voor de werkgever toch nog aardig wat haken en ogen te hebben. Het aangaan of voortzetten van een arbeidsovereenkomst met een 65-plusser wordt hierdoor voor de werkgever niet aantrekkelijker. Uit het antwoord van minister Donner op de op 20 juli 2009 door de leden Van Hijum en Omtzigt (beiden CDA) gestelde Kamervragen blijkt gelukkig dat ook de regering van het belang van eenduidige regelgeving op dit punt doordrongen is.¹⁷ De minister overweegt in de wet te verduidelijken

dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege kan eindigen indien een schriftelijk beding over het einde van de arbeidsovereenkomst bij de pensioenleeftijd in de individuele arbeidsovereenkomst of de cao is opgenomen, en dit beding niet strijdig is met de WGBL. Verder beziet de minister hoe een aantal belemmeringen van arbeidsrechtelijke aard voor doorwerken na 65 jaar op korte termijn kan worden weggenomen. De maatschappelijke discussie is nog niet ten einde; vol verwachting klopt ons hart.

13. HvJ EG 16 oktober 2007, JAR 2007, 288.

14. HvJ EG 5 maart 2009, RAR 2009, 62.

15. P.C. Vas Nunes, Is de WGBL richtlijnconform? Kanttekeningen bij Rb. 's-Gravenhage 14 april 2008, TAR 2008, 108, TAP 2009, nr. 2, p. 66-69.

16. M. Heemskerk, Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is, TAP 2009, nr. 5, p. 188-189.

17. Aanhangsel Handelingen II 2008/09, nr. 3701.