

De positie van 65-plussers in het arbeidsrecht

Samenvatting

Over de positie van 65-plussers op de arbeidsmarkt is de laatste tijd veel te doen. Volgens de laatste cijfers van het CBS zijn er 937 000 personen van 55-65 jaar werkzaam, een arbeidsparticipatie van 44,8%. Van de werkenden tussen 60 en 65 jaar wil ruim 73% doorwerken na 65 jaar. Een derde van alle 60-plussers wil zelfs tot na het bereiken van het zeventigste levensjaar doorwerken. Op 8 juni 2009 publiceerde het kabinet een AOW-notitie met de achtergronden van de (mogelijke) keuze voor verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd van 65 naar 67 jaar. Ook in de rechtspraak wordt meer aandacht besteed aan de groeiende groep 65-plussers. Zowel op Europees als op nationaal niveau buigen verschillende rechters zich over de vraag of leeftijd een gerechtvaardigde reden voor (verplicht) pensioen kan en mag zijn. In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de stand van zaken.

Over de positie van 65-plussers op de arbeidsmarkt is de laatste tijd veel te doen. Volgens de laatste cijfers van het CBS zijn er 937 000 personen van 55-65 jaar werkzaam, een arbeidsparticipatie van 44,8%. Van de werkenden tussen 60 en 65 jaar wil ruim 73% doorwerken na 65 jaar. Een derde van alle 60-plussers wil zelfs tot na het bereiken van het zeventigste levensjaar doorwerken. Op 8 juni 2009 publiceerde het kabinet een AOW-notitie met de achtergronden van de (mogelijke) keuze voor verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd van 65 naar 67 jaar. Ook in de rechtspraak wordt meer aandacht besteed aan de groeiende groep 65-plussers. Zowel op Europees als op nationaal niveau buigen verschillende rechters zich over de vraag of leeftijd een gerechtvaardigde reden voor (verplicht) pensioen kan en mag zijn. In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de stand van zaken.

Het Europees kader vertaald naar de Nederlandse regelgeving

Met de richtlijn van 27 november 2000^[1] is een algemeen Europees kader vastgesteld voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. De richtlijn beoogt onder andere discriminatie op grond van leeftijd te bestrijden. Art. 2 lid 2 Richtlijn 2000/78/EG geeft een definitie van de begrippen 'directe discriminatie' en 'indirecte discriminatie'. Blijkens art. 1 Richtlijn 2000/78/EG en art. 2 Richtlijn 2000/78/EG is het verboden een ander ongunstiger te behandelen op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, seksuele geaardheid of op grond van leeftijd. Dit levert directe discriminatie op. Ook kan sprake zijn van indirecte discriminatie, namelijk wanneer een ogenschijnlijk neutrale maatstaf wordt toegepast, maar deze in werkelijkheid toch leidt tot discriminatie. Indirecte discriminatie is slechts toegestaan als daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Bij directe discriminatie wegens leeftijd kan echter ook sprake zijn van een rechtvaardiging. Art. 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG luidt:

'Niettegenstaande artikel 2 lid 2 , kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstelling van het beleid op het terrein van werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend zijn.'

De bepaling geeft vervolgens een niet-limitatief ('onder meer') aantal voorbeelden van mogelijk gerechtvaardigde verschillen in behandeling. Art. 6 Richtlijn 2000/78/EG is door de Nederlandse wetgever geïmplementeerd en uitgewerkt in art. 7 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Lid 1 van dat artikel bepaalt onder meer dat het verbod op onderscheid niet geldt indien het onderscheid is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens de wet. Het verbod geldt ook niet indien het onderscheid betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of het dienstverband wegens het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de AOW recht op ouderdomspensioen ontstaat of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd. Ten slotte geldt het verbod niet indien het anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.[2] Alle elementen van art. 6 Richtlijn 2000/78/EG zijn dus terug te vinden in de WGBL . Ten aanzien van zogeheten pensioenontslag (art. 7 lid 1 WGBL) geeft de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel als toelichting[3] dat voor de grens van 65 jaar 'een groot maatschappelijk draagvlak' bestaat, onder meer nu deze leeftijdsgrens ook ten grondslag ligt aan het stelsel van sociale zekerheid. De gedachte is dat voor werknemers tot 65 jaar het primaat ligt bij deelname aan betaalde arbeid als voornaamste inkomensbron. Voorts vormt de 65-jarige leeftijd een 'objectief criterium' voor ontslag waardoor men niet hoeft vast te stellen of de betreffende werknemer nog wel voldoet. Ten slotte is vaststelling van een hogere ontslagleeftijd ongewenst, omdat dit 'onvoldoende ruimte' zou bieden aan de arbeidsparticipatie van werknemers beneden de 65 jaar. Daarmee wordt, aldus de toelichting, voldaan aan het doelmatigheidsvereiste. Wat betreft het proportionaliteitsvereiste wordt opgemerkt dat werknemers vanaf het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd aanspraak kunnen maken op inkomen waarvoor geen arbeidsmarktprestatie behoeft te worden geleverd waardoor de werknemer (deels) wordt gecompenseerd voor het verlies aan arbeidsinkomen dat hij lijdt door ontslag. In de WGBL is hiermee de lijn dat leeftijdsonderscheid is toegestaan bij het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, zoals eerder uitgezet in de arresten Codfried[4] en Op 't Land,[5] bevestigd.[6]

Rechtspraak Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

In het zogeheten Palacios de la Villa-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) ging het over een Spaanse wet waarin de geldigheid werd erkend van in collectieve overeenkomsten voorkomende clausules over gedwongen pensionering.[7] Die clausules stellen als enige voorwaarden dat de werknemer de op 65 jaar gestelde leeftijdsgrens voor pensioengerechtigdheid heeft bereikt en voldoet aan de overige in de sociale zekerheidswetgeving gestelde voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op een op premie of bijdragebetaling berustend ouderdomspensioen. Volgens het HvJ EG is direct leeftijdsonderscheid gerechtvaardigd als

het overeenkomt met het nationale beleid om doorstroming op de arbeidsmarkt te realiseren en daarmee met name werkloosheid onder jongeren te bestrijden. Het HvJ EG stelde daarbij wel als voorwaarde dat de voor het bereiken van de arbeidsmarktdoelstelling ingezette middelen als daartoe passend en noodzakelijk zijn te beschouwen. Op 5 maart 2009 wees het HvJ EG opnieuw een arrest over het verplichte pensioenontslag bij 65 jaar.[8] In het Age Concern-arrest herhaalt het HvJ EG nog eens dat de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken met betrekking tot de te kiezen middelen om het door de richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken. In deze zaak ging het om een Britse wet die bepaalt dat werknemers bij het bereiken van de bij hun werkgever geldende normale pensioengerechtigde leeftijd of - bij ontbreken daarvan - de leeftijd van 65 jaar, kunnen worden ontslagen wegens pensionering, zonder dat dit discriminerend is. Volgens het HvJ EG is het aan de nationale rechter om te bepalen of de Britse regeling aan de vereisten van een legitiem doel beantwoordt en of de gekozen middelen passend en noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken. In dit verband oordeelde het HvJ EG dat art. 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG niet zo moet worden uitgelegd dat het lidstaten verplicht om in hun implementatiemaatregelen een specifieke lijst op te nemen van verschillen in behandeling die door een legitiem doel kunnen worden gerechtvaardigd. Voorts overwoog het HvJ EG dat de in art. 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG genoemde legitieme doelen en verschillen in behandeling slechts een indicatieve waarde hebben. Op basis van het Age Concern-arrest lijkt de toetsing om te beoordelen of er sprake is van een gerechtvaardigde afwijking op het verbod van onderscheid op grond van leeftijd, ruimer dan in het Palacios de la Villa-arrest. Ook de niet-arbeidsmarktgerelateerde doelstellingen, die ten grondslag liggen aan de WGBL, kunnen aanleiding vormen om een gerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd te maken.

Gevolgen voor de Nederlandse regelgeving

Wat is het gevolg van deze uitspraken voor de Nederlandse regelgeving? Op grond van art. 7 lid 1 sub b WGBL is de Nederlandse wetgever van mening dat pensioenontslag toelaatbaar is. De leeftijdsgrens van 65 jaar sluit aan bij het stelsel van sociale zekerheid. Deze overweging sluit weer aan bij het oordeel van het HvJ EG in het Palacios de la Villa-arrest, waarin het HvJ EG overweegt dat de Spaanse regeling niet onredelijk voor komt, onder meer niet nu de regeling uitgaat van een vaste pensioenleeftijd en bovendien rekening houdt met de aanspraak van de 65-jarige werknemers op een ouderdomspensioen. De Nederlandse wetgever is ook van mening dat daarmee wordt voldaan aan de eisen van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. Of de argumenten van de wetgever daadwerkelijk een voldoende objectieve rechtvaardiging opleveren, blijft natuurlijk de vraag. Vas Nunes merkt op dat een bevestigend antwoord hierop naar aanleiding van het Palacios de la Villa-arrest niet kan worden gegeven.[9] Evenmin kan dat ons inziens op basis van het meer recente Age Concern-arrest. Een concrete maatstaf voor het beoordelen van de vraag of zich een objectieve rechtvaardiging voordoet, is er niet. Het HvJ EG merkt dan ook op dat de legitimiteit van leeftijdsdiscriminatie door de nationale rechter moet (kunnen) worden getoetst.

De WGBL laat pensioenontslag vanaf het bereiken van de 65-jarige leeftijd toe. Dit is blijkens de rechtspraak van het HvJ EG niet direct in strijd met de richtlijn, maar in de Nederlandse wet ontbreekt de eis dat het (leeftijds)ontslag objectief gerechtvaardigd dient te zijn. Dit komt onder meer doordat de Nederlandse wetgever de richtlijntekst niet letterlijk heeft willen overnemen nu het in die tekst slechts zou gaan om voorbeelden. Brengt het ontbreken van de eis dat voor een

leeftijdsontslag een objectieve rechtvaardiging dient te bestaan met zich dat art. 7 WGBL niet voldoet aan de richtlijn? Vas Nunes meent dat hiervan sprake is.[10] Heemskerk daarentegen acht de kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is.[11] Terecht destilleert Vas Nunes als kernvraag of de doelstellingen die aan art. 7 lid 1 onder b WGBL ten grondslag liggen, kwalificeren als 'doelstellingen van sociaal beleid'. Is het antwoord op de vraag bevestigend, dan heeft Heemskerk gelijk en is de WGBL richtlijnconform. Is het antwoord ontkennend, dan is de WGBL niet richtlijnconform.

Hierbij is het Palacios de la Villa-arrest van belang. De Spaanse wet liet leeftijdsontslag toe, terwijl het vereiste van een objectieve rechtvaardiging (net als in de WGBL) ontbrak. Het HvJ EG oordeelde dat van een objectieve rechtvaardigingsgrond sprake dient te zijn, maar dat de doelstelling van de regeling waarmee onderscheid wordt gemaakt niet expliciet hoeft te worden genoemd. Voldoende was dat uit de achterliggende stukken het doel van de Spaanse regeling was gebleken: het bestrijden van werkloosheid. De nationale wetgeving kon door het daaraan ten grondslag liggende werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid objectief en redelijk worden gerechtvaardigd. Het onderliggende doel van de regeling moet dus kunnen worden vastgesteld en het onderscheid naar leeftijd rechtvaardigen. Bovendien hebben de lidstaten volgens het HvJ EG in dit verband een ruime beoordelingsvrijheid. Met Vas Nunes zijn wij van mening dat voor de Nederlandse situatie niet of nauwelijks doelstellingen in de wetsgeschiedenis zijn te vinden, laat staan dat deze kwalificeren als sociaal beleid.

De nationale rechter over gedwongen pensionering

Ook op nationaal niveau bestaat er rechtspraak over dit onderwerp. Reeds in 2004 stelde de Hoge Raad dat het gedwongen pensioenontslag van Martinair piloten op 56-jarige leeftijd op grond van de toepasselijke cao niet ongeoorloofd was, in het licht van de discriminatieverboden van de genoemde artikelen.[12] Ook eerder, in 1995, kwam het vraagstuk over gedwongen ontslag bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd al aan de orde.[13] In deze kwestie werd geoordeeld dat ontslag bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd verenigbaar is met art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR. Het gemaakte leeftijds onderscheid zou daarmee strijden. Zeer recent heeft ook de Kantonrechter Delft zich uitgelaten over leeftijdsontslag.[14] Partijen twisten in die zaak over de vraag of de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar in de situatie waarin de (collectieve) arbeidsovereenkomst (in tegenstelling tot de voormelde gevallen) niets bepaalt. De kantonrechter oordeelt dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet van rechtswege eindigt op grond van het enkele feit dat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Om te kunnen oordelen of een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, zijn bijkomende feiten en omstandigheden nodig. Daaruit zou moeten volgen dat de partijbedoeling is gericht op het eindigen van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, een partijbedoeling die ook al onder de aandacht kwam in de Amsterdamse Löring-zaak.[15]

Europa versus Nederland: een vergelijking

Daar waar het HvJ EG oordeelde dat regelingen tot gedwongen pensionering en ontslag wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd niet strijdig zijn met het EU-recht, zo lang de doelstelling daarvan maar objectief kan worden gerechtvaardigd, liet de nationale rechter zich nog niet eenduidig uit over de mogelijkheid van pensioenontslag. De uitspraak van de Kantonrechter Delft gaat feitelijk verder dan de rechtspraak van het HvJ EG. De Kantonrechter Delft oordeelde immers dat het eindigen van rechtswege van de arbeidsovereenkomst niet geoorloofd is indien daarvoor geen grond bestaat binnen de arbeidsovereenkomst of toepasselijke cao. Het eindigen van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd zou daarmee wel geoorloofd zijn als dit bij cao (of individuele arbeidsovereenkomst) is bepaald. Dit sluit aan bij de rechtspraak van het HvJ EG dat clausules in cao's over gedwongen pensionering rechtsgeldig kunnen zijn.[16] De kantonrechter te Delft lijkt daarmee de Europese weg te zijn ingeslagen.

Maatschappelijke ontwikkelingen en de (juridische) positie van de 65-plusser

De Kantonrechter Delft overwoog in zijn uitspraak van 23 april 2009 dat er geen 'gewoonterecht' is waaruit zou voortvloeien dat einde van rechtswege bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd vanzelfsprekend is (zoals in het verleden wel betoogd). Een dergelijke opvatting is volgens de kantonrechter, mede gelet op de discussie over verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd, niet meer van deze tijd. In dit licht is het advies van de SER, getiteld 'Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar', uit maart 2006 interessant.[17] De Raad overweegt in dit advies dat doorwerken na 65 jaar mogelijk moet zijn, zeker als werkgever en werknemer dit wensen. De Raad is van mening dat dit past bij 'het streven naar een optimale arbeidsdeelname' van de oudere werknemer. Volgens de SER bestaan er geen wettelijke belemmeringen die doorwerken na 65 jaar verhinderen. In de kabinetsnotitie 'Men is zo oud als men zich voelt' worden het belang en de wenselijkheid van een verhoogde arbeidsparticipatie van 65-plussers aangescherpt.[18] Om de publieke financiën op orde te kunnen houden, zou bijvoorbeeld een arbeidsparticipatie van 80% noodzakelijk zijn. Maar ook dient men langer doorwerken te stimuleren, omdat door de vergrijzing steeds grotere groepen de arbeidsmarkt verlaten en daarmee veel kennis en expertise verloren gaat. In de onderwijs- en zorgsector heeft men al grote moeite om aan goed en voldoende personeel te komen. Zowel het SER-advies als de kabinetsnotitie noemt echter een aantal belemmeringen met betrekking tot de mogelijkheid van langer doorwerken.[19]

Knelpunten in de praktijk

In de praktijk blijken veel cao's bepalingen te bevatten op grond waarvan de arbeidsovereenkomst op 65-jarige leeftijd eindigt. Dit staat weliswaar lijnrecht tegenover de bepleite verhoging van de arbeidsparticipatie van 65-plussers, maar is niet geheel ongegrond; doorwerken na het vijfenzestigste levensjaar kan immers ook de nodige knelpunten meebrengen. In de eerste plaats blijft het contract van de werknemer die na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar blijft werken juridisch gezien voortbestaan. Hij kan daarom aanspraak blijven maken op al zijn oude rechten. Zo kan de werknemer als hij ziek wordt ook aanspraak maken op zijn recht op loondoorbetaling door de

werkgever. Een probleem dat zich hierbij voordoet is dat er slechts weinig verzekeraars zijn die een polis voor deze groep aanbieden en, indien zij dat wel doen, de premie daarvan hoog is. Hoewel het probleem vrij eenvoudig te ondervangen is door de 65-plusser een flexibel arbeidscontract aan te bieden, heeft ook de SER onderkend dat dit probleem speelt. De Raad vindt het om die reden gewenst te bezien of een verplichte loondoorbetalingsperiode bij ziekte gedurende één jaar voor 65-plussers passend is, zeker nu er voor oudere zieke werknemers minder perspectief is op terugkeer in het arbeidsproces. Daarnaast heeft men te maken met de Ragetlie-regel van art. 7:668a BW. In het licht van de vele cao's die bepalingen bevatten op grond waarvan de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van rechtswege eindigt, zal men - indien men de samenwerking na die leeftijd wil voortzetten - een nieuw contract (moeten) sluiten. Dat contract - indien aangegaan voor bepaalde tijd - zal dan niet van rechtswege eindigen, maar dient te worden opgezegd. De SER bepleit het buiten toepassing laten van deze regel bij tijdelijke arbeidsovereenkomsten die worden aangegaan na pensioenontslag. De Ragetlie-regel is immers bedoeld 'om te voorkomen dat de werknemer er onder druk 'mee akkoord' gaat dat zijn vaste contract wordt omgezet in een tijdelijk contract en daarmee de ontslagbescherming zou verliezen die op een vast contract van toepassing is', aldus de Raad. In dit verband heeft het Hof Amsterdam geoordeeld dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst door pensionering op één lijn te stellen is met 'rechtsgeldige opzegging en ontbinding door de rechter'.^[20], ^[21] De nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hoeft daarom niet te worden opgezegd. Op die manier lijkt deze problematiek te zijn ondervangen. Een andere manier om deze problematiek (op voorhand) te omzeilen is natuurlijk dat men eerst de arbeidsovereenkomst met de 65-plusser rechtsgeldig opzegt of laat ontbinden door de kantonrechter wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Zoals Birkhoff en Koevoets^[22] stellen is dat niet de meest eenvoudige oplossing, doch het biedt zekerheid dat een later gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt. Bij meerdere opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten is de ketenregeling van art. 7:668a BW gewoon van toepassing. Dit levert een beperking op van de mogelijkheid om 65-plussers flexibel in dienst te nemen. Binnen drie jaren - en mogelijk eerder - zit men immers weer voor onbepaalde tijd aan elkaar vast. De vraag of een uitzondering op de ketenregeling moet worden gemaakt en onderscheid naar leeftijd binnen het Burgerlijk Wetboek geoorloofd is, is in de Tweede Kamer^[23] al aan de orde geweest. De Minister van SZW heeft hierover aangegeven dat binnen het stelsel van sociale zekerheid altijd al plaats is geweest voor onderscheid. Er is immers een algemene sociale zekerheid voor 65-plussers in de AOW en aanvullende pensioenen. Dit zou rechtvaardigen 'dat zij niet langer verzekerd hoeven te zijn voor werkloosheid en arbeidsongeschiktheid'. Zij zijn immers al voldoende beschermd.

Oplossingen uit de praktijk: NBBU-cao voor uitzendkrachten

Een uitzondering voor de 65-plusser zou dé oplossing zijn voor de problematiek van de ketenregeling. Nu wordt nog via andere wegen naar oplossingen gezocht. Zo kent de meest recente NBBU-cao voor uitzendkrachten (30 maart 2009) een interessante regeling. De cao kent een fasensysteem bestaande uit vier fasen die normaal een periode van 3,5 jaar bestrijken. Na deze 3,5 jaar krijgt de uitzendkracht een contract voor onbepaalde tijd. De NBBU-cao kent bovendien een apart fasensysteem 65-plus. Dit systeem wordt toegepast op ouderen en heeft eveneens vier fasen, doch het duurt voor de 65-

plusser geen 3,5, maar 7 jaren voordat hij een vast contract krijgt. De 'normale' fasen zien er als volgt uit:

1 Fase I telt 26 gewerkte weken: uitzendovereenkomst met uitzendbeding.

2 Fase II loopt van 26-104 gewerkte weken: uitzendovereenkomst met uitzendbeding.

In de eerste twee fasen is het uitzendbeding van toepassing, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden 'einde opdracht is einde contract'. Als de uitzendopdracht eindigt, eindigt de uitzendovereenkomst met de uitzendkracht automatisch. Ook gaat men ervan uit dat ziekte van de uitzendkracht tot beëindiging van de uitzendovereenkomst leidt. Gevolg hiervan is dat het uitzendbureau dan geen loon door hoeft te betalen en de uitzendkracht een uitkering uit de Ziektewet van het UWV ontvangt.

3 Fase III telt 52 gewerkte weken: uitzendovereenkomst voor bepaalde tijd.

In fase III worden (maximaal vier) tijdelijke uitzendovereenkomsten aangegaan. Gedurende deze uitzendovereenkomsten heeft de werkgever een loondoorbetalingsverplichting bij ziekte of als het werk wegvalt.

4 In fase IV ontstaat een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd.

In het fasensysteem voor de 65-plusser is alleen de derde fase afwijkend. Deze duurt 234 kalenderweken (in plaats van 52) en binnen deze periode kunnen maximaal achttien uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan. Bij een onderbreking van dertien weken tussen overeenkomsten aangegaan binnen fase III begint de telling bovendien opnieuw. Op deze manier zorgt men in de praktijk voor meer flexibele mogelijkheden tot arbeidsparticipatie van oudere werknemers. Werkgevers hoeven immers niet bang te zijn dat zij toch weer binnen korte termijn voor onbepaalde tijd aan de 65-plusser gebonden zijn. Ook blijft het risico van loondoorbetaling bij ziekte zo buiten beeld.

Doorwerk-cao

In een recent aan de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) voorgelegde kwestie blijkt eveneens hoe men in de praktijk zoekt naar (cao-gerelateerde) manieren ter voorkoming van knelpunten bij langer doorwerken. Zo beoordeelde de CGB de rechtmatigheid van een zogenaamde 'doorwerk-cao', opgesteld voor gepensioneerde werknemers die door willen werken en voor wie geen arbeidsvoorwaardelijk kader (meer) geldt. Volgens partijen is de doorwerk-cao noodzakelijk om werkgevers die 'koudwatervrees' hebben om gepensioneerde werknemers, op wie geen reguliere cao van toepassing is, in dienst te houden of te nemen over de streep te trekken. Om dit te bereiken wordt in de doorwerk-cao onder andere voorzien in de mogelijkheid opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten van drie maanden te sluiten, waarmee bijvoorbeeld het risico op doorbetaling van een langdurige zieke werknemer wordt ondervangen. De CGB oordeelde ontkennend ten aanzien van de vraag of met de doorwerk-cao een verboden onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd door te bepalen dat de cao alleen van toepassing is op gepensioneerde werknemers.[24] De CGB komt tot dit oordeel door onder andere te overwegen dat

het doel van de cao, te weten het bieden van een arbeidsvoorwaardelijk kader aan gepensioneerde werknemers die willen doorwerken, strookt met het belang dat de regering hecht aan het bevorderen van arbeidsdeelname van ouderen.

Opmerkelijke en tevens onduidelijke positie

De juridische en maatschappelijke positie van de 65-plusser is een opmerkelijke. Enerzijds wordt steeds vaker het belang van een verhoogde arbeidsparticipatie van 65-plussers onderstreept, anderzijds is pensioenontslag op grond van zowel Europese als nationale wet- en regelgeving toelaatbaar. Tegen de vraag of de juridische positie van de 65-plusser aansluit bij de praktijk kan daarom verschillend worden aangekeken. Hoe de toekomst van de werkende 65-plusser eruit ziet is moeilijk in te schatten. Uit een peiling van de Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO)[25] blijkt wel dat ruim 73% van de werknemers tussen 60 en 65 jaar wil doorwerken na het vijftenzestigste levensjaar. Een derde is zelfs bereid na het zeventigste levensjaar te blijven werken, waarbij actief blijven het belangrijkste argument is. Verplicht stoppen bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd is al met al duidelijk geen vanzelfsprekendheid meer. Of zoals de kantonrechter te Delft in april 2009 het formuleerde: als er vroeger al sprake was van een gewoonte, 'dan is dat gewoonterecht niet meer van deze tijd.' Het wachten is op een stelsel van regels dat wél van deze tijd is.

Voetnoten

[*] Mevr. mr. P.W.H.M. Willems en mevr. mr. A. Barendregt zijn advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. te 's-Gravenhage.

[1] Richtlijn 2000/78/EG .

[2] Zie MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 7.

[3] Zie MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 31.

[4] HR 13 maart 1995, JAR 1995/35.

[5] HR 1 november 2002, JAR 2002/279.

[6] Zie ook: M.A. van Haelst, 'BBA 1945 : buitengewoon bruikbaar voor arbeidsverhoudingen met AOW-ers', ArbeidsRecht 2009, 5 .

[7] HvJ EG 16 oktober 2007, NJ 2008, 38 , m.nt. M.R. Mok.

[8] HvJ EG 5 maart 2009, JAR 2009/93 (Age Concern England).

[9] P.C. Vas Nunes, 'Is de WGBL richtlijnconform? Kanttekeningen bij Rb. 's-Gravenhage 14 april 2008, TAR 2008, 108 ', TAP 2009/2, p. 68.

[10] P.C. Vas Nunes, 'Is de WGBL richtlijnconform? Kanttekeningen bij Rb. 's-Gravenhage 14 april 2008, TAR 2008, 108 ', TAP 2009/2, p. 68.

[11] M. Heemskerk, 'Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is', TAP 2009/5, p. 188-189, alsmede naschrift P.C. Vas Nunes, p. 190-191.

[12] HR 8 oktober 2004, LJN AP0424 en HR 9 oktober 2004, LJN AP0425.

[13] HR 13 januari 1995, NJ 1995, 35 .

[14] Ktr. Delft 23 april 2009, LJN BI2450.

[15] Ktr. Amsterdam 8 juli 2008, JAR 2008/228.

[16] Vgl. _Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3 (MvT), p. 32 en Palacios de la Villa/Cortefiel.

[17] SER, 'Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar', nr. 06/03, 17 maart 2006.

[18] Kamerstukken II Bijlagen, 4 juni 2008, 29 544, nr. 152.

[19] Zie ook over doorwerken na het zevenenzestigste levensjaar en mogelijke belemmeringen: A. Birkhoff & M.M. Koevoets, 'Is het BW klaar voor de pensioengerechtigde werknemer?', TAP 2009/3, p. 100-104, alsmede M.M. Kroon & A.E.A. Smit-Giessen, 'Reactie op 'Is het BW klaar voor de pensioengerechtigde werknemer'', TAP 2009/5, p. 192-193.

[20] Hof Amsterdam 26 mei 2005, JAR 2005/132.

[21] Idem: Ktr. Dordrecht 12 juni 2009, JAR 2009/172. Hierin oordeelde de kantonrechter dat een bepaling in de toepasselijke cao dat de dienstbetrekking voor onbepaalde tijd eindigt met ingang van de eerste dag van de kalendermaand waarin de werknemer 65 jaar wordt, meebrengt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Voortzetting van de arbeidsovereenkomst vindt dan telkens plaats voor de duur van telkens één jaar, omdat het een voortzetting zonder tegenspraak betreft. De Ragetlie-regel vindt volgens de kantonrechter geen toepassing omdat een beëindiging van rechtswege gelijk kan worden gesteld aan een rechtsgeldige opzegging of ontbinding.

[22] A. Birkhoff & M.M. Koevoets, 'Is het BW klaar voor de pensioengerechtigde werknemer?', TAP 2009/3, p. 100-104.

[23] Kamerstukken II 2005/06, 30 108, nr. 4.

[24] CGB 10 augustus 2009, 2009-77.

[25] VPO, 'Zestigplussers willen doorwerken na 65 jaar', 6 juli 2009.