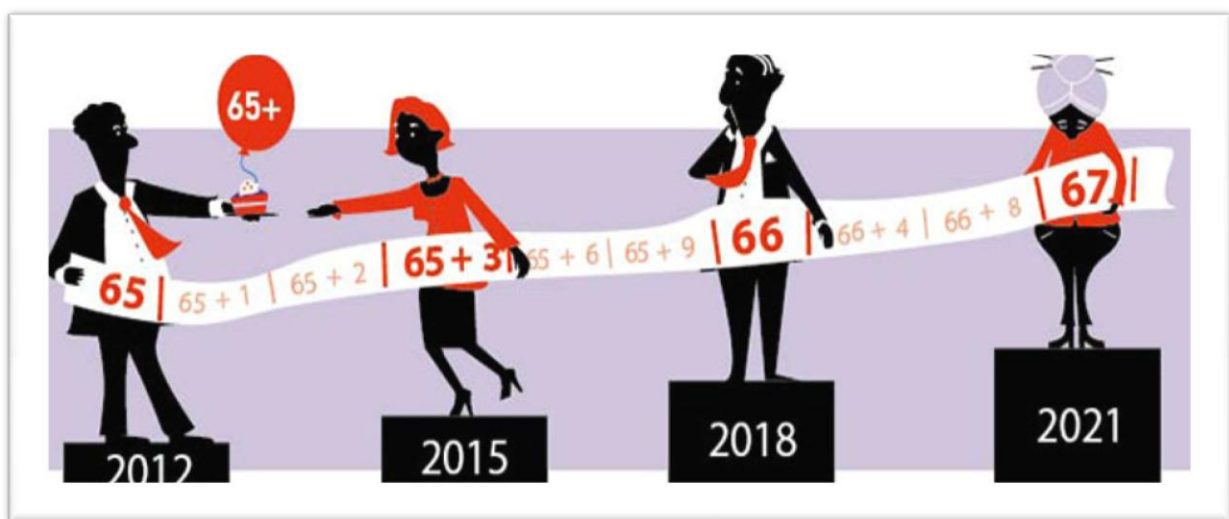


DOORWERKEN NA DE AOW-GERECHTIGDE LEEFTIJD

EEN ONDERZOEK NAAR DE KNELPUNTEN VAN HET
DOORWERKEN NA DE AOW-GERECHTIGDE
LEEFTIJD NA INWERKINGTREDING VAN DE WWZ EN
AOW-WETGEVING.



“Pensioen wordt minder zeker en wordt zeker minder”

Prof. mr. E. Lutjens

Mathijs de Kramer

Zaltbommel, mei 2017

DOORWERKEN NA DE AOW-GERECHTIGDE LEEFTIJD

EEN ONDERZOEK NAAR DE KNELPUNTEN VAN HET DOORWERKEN NA DE AOW-GERECHTIGDE LEEFTIJD NA INWERKINGSTREDING VAN DE WWZ EN AOW-WETGEVING.



Naam student:
Studentnummer:
Afstudeerorganisatie:
Afstudeerperiode:
Afstudeermentor:
Onderwijsinstelling:
Locatie:
Opleiding:
Eerste afstudeerdocent:
Tweede afstudeerdocent:
Datum:
Plaats verschijning:

Mathijs de Kramer
2081778
FSV Accountants + Adviseurs
6 februari 2017 – 12 mei 2017
mr. P. (Pierre) Sarton
Avans-Fontys Juridische Hogeschool
Tilburg
HBO-Rechten
mr. dr. S. (Suzanne) de Rooij
mr. dr. G.A.F.M. (Geertje) van Schaijk
29 mei 2017
Zaltbommel

VOORWOORD

Voor u ligt mijn onderzoeksrapport over het doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd. Dit rapport is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de opleiding HBO-Rechten aan de Avans-Fontys Juridische Hogeschool te Tilburg. Tezamen met de juridische afdeling van FSV Accountants + Adviseurs is dit onderwerp tot stand gekomen. Vanuit de praktijk was een stijging aan AOW-gerelateerde vragen te bemerken. Uit een aantal van deze vragen bleek echter, dat werkgevers nauwelijks op de hoogte zijn van de veranderde wetgeving. Daarom is besloten om een praktijkgericht juridisch onderzoek te verrichten naar de gewijzigde wetgeving en de huidige praktijk van adviseren. Op basis hiervan zijn conclusies en aanbevelingen opgesteld die FSV kan gebruiken bij de toekomstige advisering.

Van februari 2017 tot en met mei 2017 ben ik bezig geweest met het onderzoek en het schrijven van dit rapport. Ik heb deze periode als zeer leerzaam ondervonden vanwege de hoge mate van vrijheid en zelfstandigheid.

Langs deze weg wil ik FSV bedanken voor de mogelijkheid om af te kunnen studeren. Ik wil de juridische afdeling van FSV bedanken voor de fijne begeleiding en ondersteuning gedurende deze periode. In het bijzonder wil ik mijn stagebegeleider mr. P. Sarton en J. van Wijngaarden LLB bedanken. De heer Sarton vanwege zijn begeleiding en kritische blik en mevrouw Van Wijngaarden vanwege de mogelijkheid tot het houden van een interview.

Daarnaast wil ik mijn eerste stagedocent mr. dr. S. de Rooij en tweede stagedocent mr. dr. G.A.F.M. van Schaaijk bedanken. Mevrouw Van Schaaijk vanwege haar kritische blik op mijn onderzoeksplan en mevrouw De Rooij vanwege haar goede feedback en begeleiding. Met al mijn vragen kon ik bij haar terecht en haar kennis en vaardigheden hebben mij geholpen bij de totstandbrenging van dit onderzoeksrapport.

Tot slot wil ik een algemeen dankwoord uitspreken jegens eenieder die mij geholpen heeft tijdens de afstudeerperiode, waaronder mijn collega's van wie ik wijze raad heb mogen ontvangen. In het bijzonder wil ik mijn ouders nog bedanken voor hun wijsheid en motiverende woorden. Zonder hen had ik deze scriptie niet kunnen schrijven.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Mathijs de Kramer

Zaltbommel, mei 2017

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting	6
Afkortingenlijst	7
Hoofdstuk 1: Inleiding	8
1.1 Beschrijving van de organisatie	8
1.2 Aanleiding en probleembeschrijving	8
1.3 Doelstelling	9
1.4 Centrale vraag	9
1.5 Deelvragen met verantwoording van bronnen en methoden van onderzoek	9
1.6 Leeswijzer	11
Hoofdstuk 2: Praktijksituaties en huidige wijze van advisering	12
2.1 Casussen	12
2.1.1 Casus 1 Doorwerkende werknemer	12
2.1.2 Casus 2 Werknemer met vroegpensioen	12
2.1.3 Casus 3 Onduidelijke pensioenleeftijd	12
2.1.4 Casus 4 Werknemer uit dienst	12
2.1.5 Casus 5 Doorwerken met pensioenbeding	13
2.1.6 Casus 6 werknemer met Bouw-cao	13
2.1.7 Casus 7 Zieke werknemer	13
2.2 Interview met mevrouw J. van Wijngaarden LLB	13
2.3 Tussenconclusie	14
Hoofdstuk 3: Veranderingen in de AOW-wetgeving en het ontslagrecht	15
3.1 Geschiedenis van de AOW	15
3.2 Verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd	15
3.3 Wegnemen van belemmeringen voor het doorwerken na de AOW-leeftijd	17
3.3.1 Maatregelen in de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd	17
3.3.2 Maatregelen in de Wet Werk en Zekerheid	18
3.3.3 Wetsevaluatie	18
3.4 Werkgelegenheidseffecten	18
3.5 Gewijzigd ontslagrecht	20
3.5.1 Bedrijfseconomische redenen	21
3.5.2 Opzegtermijn	22
3.6 Tussenconclusie	23
Hoofdstuk 4: Pensioenbeding	24
4.1 Rechtsgeldigheid van het pensioenbeding	24
4.1.1 (verboden) leeftijdsdiscriminatie?	25
4.1.1.1 Pensioenontslag naar Europees perspectief	26
4.1.1.2 Pensioenontslag naar nationaal perspectief	26
4.1.1.3 Pensioenontslag onder de pensioengerechtigde leeftijd	27
4.2 Risico's van een pensioenbeding	28
4.2.1 Van rechtswege eindigen?	28
4.2.2 Hogere pensioenleeftijd	29
4.2.3 Voordelen van een pensioenbeding	31
4.3 Tussenconclusie	31

Hoofdstuk 5: De zieke AOW-gerechtigde werknemer	32
5.1 Het ziekte-traject bij een niet AOW-gerechtigde werknemer	32
5.2 Afwijkend ziekte-traject voor de AOW-gerechtigde werknemer	32
5.2.1 Loondoorbetalingsverplichting	33
5.2.2 Re-integratieverplichtingen	34
5.2.3 Ontslagbescherming	35
5.2.4 Ziekte-wetuitkering	36
5.3 Tussenconclusie	37
Hoofdstuk 6: Overige implicaties	38
6.1 Ketenregeling	38
6.2 Ragetlie-regel	39
6.3 Loon	39
6.4 Arbeidsduur	40
6.5 Transitievergoeding	40
6.6 Tussenconclusie	43
Hoofdstuk 7: Huidige wijze van advisering	44
7.1 Casussen	44
7.1.1 Casus 1 Doorwerkende werknemer	44
7.1.2 Casus 2 Werknemer met vroegpensioen	44
7.1.3 Casus 3 Onduidelijke pensioenleeftijd	44
7.1.4 Casus 4 Werknemer uit dienst	45
7.1.5 Casus 5 Doorwerken met pensioenbeding	45
7.1.6 Casus 6 Werknemer met Bouw-cao	46
7.1.7 Casus 7 Zieke werknemer	46
7.2 Tussenconclusie	46
Hoofdstuk 8: Conclusies en aanbevelingen	47
8.1 Conclusies	47
8.1.1 De AOW-gerechtigde leeftijd	47
8.1.2 Ontslagrecht	47
8.1.3 Pensioenbeding	48
8.1.4 Ziekte	48
8.1.5 Ketenregeling en Ragetlie-regel	48
8.1.6 Loon en arbeidsduur	49
8.1.7 Transitievergoeding	49
8.1.8 Advisering in de praktijk	49
8.2 Aanbevelingen	50
Literatuur- en bronnenlijst	52
Jurisprudentielijst	56
Bijlagen	
Bijlage I: Interview met mevrouw J. van Wijngaarden	I
Bijlage II: Tjdpad stapsgewijze verhoging AOW-leeftijd	IV
Bijlage III: Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Unie	V
Bijlage IV: Stappenplan Wet verbetering poortwachter	VIII
Bijlage V: Sheets PowerPoint presentatie	X
Bijlage VI: Foto's presentatie	XVII
Bijlage VII: Artikel voor website	XVIII
Bijlage VIII: Modelbrief voor cliënten	XX

SAMENVATTING

In 2013 is invulling gegeven aan de jarenlange plannen om de AOW-leeftijd te verhogen. Al lange tijd werd aangegeven dat de leeftijd van 65 jaar niet meer economisch haalbaar was. Daarom is besloten om de AOW-leeftijd stapsgewijs te verhogen, tot aan 67 jaar en drie maanden in 2022. Naast deze verhoging is bepaald dat het eenvoudiger moet worden voor werkgevers om AOW-gerechtigde werknemers in dienst te houden of te nemen. Met de Wet Werk en Zekerheid en de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd is aan dit doorwerken invulling gegeven. Via deze wetten is een ontslagmogelijkheid opgenomen in art. 7:669 lid 4 Burgerlijk Wetboek die het eenvoudig maakt om een AOW'er te ontslaan, mits de arbeidsovereenkomst is gesloten voor het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Deze ontslagmogelijkheid maakt een pensioenbeding in feite overbodig. Een pensioenbeding dat fout is opgesteld, kan nu zelfs gevaarlijk zijn voor een werkgever. Indien een pensioenbeding een te lage leeftijd hanteert omdat deze niet is aangepast aan de stijgende AOW-leeftijd, dan kan sprake zijn van leeftijdsdiscriminatie. Staan in het pensioenbeding onduidelijke termen, dan kan onbedoeld een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd gehanteerd worden. Vanwege het versoepelde ontslagrecht is het verstandig om of geen pensioenbeding meer op te nemen, of om hierbij de AOW-gerechtigde leeftijd te hanteren.

Het ziekte-traject voor een AOW-gerechtigde werknemer is behoorlijk ingeperkt. In plaats van 104 weken, geldt een loondoorbetalingsverplichting van dertien weken op grond van art. 7:629 lid 2 onderdeel b Burgerlijk Wetboek. Veel van de re-integratieverplichtingen zijn daarmee ook komen te vervallen, alleen eigen of passende arbeid hoeft nog verricht te worden. Een AOW-gerechtigde werknemer heeft vanaf het moment van ziekte dertien weken ontslagbescherming op grond van art. 7:670 lid 1 onderdeel a Burgerlijk Wetboek. Het kan voorkomen dat een werkgever altijd een beroep doet op een pensioenbeding. In dat geval kan het zijn dat de ontslagbescherming niet geldt en de arbeidsovereenkomst opgezegd kan worden op grond van art. 7:670a lid 2 onderdeel e Burgerlijk Wetboek. De ketenregeling opgenomen in art. 7:668a Burgerlijk Wetboek is versoepeld voor AOW'ers, naar zes contracten voor de duur van 48 maanden. De Ragetlie-regel is daarnaast door invoering van art. 7:667 lid 4 Burgerlijk Wetboek buiten toepassing verklaard voor AOW-gerechtigde werknemers. Zij kunnen na beëindiging van een contract voor onbepaalde tijd meteen een contract voor bepaalde tijd krijgen. Deze ketenregeling en Ragetlie-regel maken het eenvoudiger om gedurende langere tijd een AOW'er in tijdelijke dienst te nemen.

Ter voorkoming van uitbuiting van AOW'ers en verdringing van jongere werknemers, is besloten dat AOW'ers recht hebben op ten minste het minimumloon. Zij kunnen echter geen verzoek meer indienen om vermindering of vermeerdering van hun arbeidsduur, ook vanuit het oogpunt van verdringing.

Na de Wet Werk en Zekerheid is de kantonrechterformule vervangen door de transitievergoeding. In beginsel heeft iedere werknemer bij ontslag na langer dan twee jaar recht op de vergoeding. Een AOW-gerechtigde werknemer heeft echter geen recht op deze vergoeding conform art. 7:673 lid 7 BW. Hiervoor is gekozen omdat AOW'ers niet meer afhankelijk zijn van arbeid om in hun levensonderhoud te kunnen voorzien. De wetgever heeft hierbij geen rekening gehouden met uitzonderingsgevallen. Of deze wettelijke bepaling daarom standhoudt, is de vraag. Een hogere rechter zal zich over dit onderwerp moeten buigen. Tot die tijd kan een werkgever zijn beslissing beargumenteren op basis van de wet.

Veel werkgevers zijn niet op de hoogte van veranderde wetgeving. Zo denkt een aantal werkgevers dat de AOW-leeftijd nog steeds 65 jaar bedraagt. Doet een werkgever een beroep op een pensioenbeding wanneer zijn werknemer 65 jaar wordt, dan is dit leeftijdsdiscriminatie, waardoor het ontslag vernietigbaar is. Dit levert een loonvordering en wedertewerkstellingsverplichting op, waardoor de werkgever onnodige kosten moet maken. Vanuit een dergelijk oogpunt is reactieve advisering niet meer voldoende, cliënten zullen proactief geadviseerd moeten worden.

AFKORTINGENLIJST

AOW	Algemene Ouderdomswet
Art.	Artikel
Bb	Bedrijfsjuridische Berichten
BW	Burgerlijk Wetboek
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CPB	Centraal Planbureau
dr.	doctor
ECLI	European Case Law Identifier
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
HBG	Hessische Beamtengesetz
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IVA	Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
KB	Koninklijk Besluit
Ktr.	kantonrechter
LLB	Legum Baccalaureus, hbo- of universiteitsbachelor
MKB	Midden- en kleinbedrijf
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
mr.	Meester in de rechten
NIDI	Nederland Interdisciplinair Demografisch Instituut
NJB	Nederland Juristenblad
Prof.	Professor
r.o.	rechtsoverweging
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
Rb.	rechtbank
Richtlijn	Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep
RvS	Raad van State
SER	Sociaal Economische Raad
TNO	Nederlandse Organisatie voor Toegepast Natuurwetenschappelijk Onderzoek
TRA	Tijdschrift Arbeidsrecht
Uta	Uitvoerend Technisch en Administratief Personeel
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAAN	Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland
Verzamelwet SZW	Verzamelwet Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2016
Vp-Bulletin	Vermogende Particulieren Bulletin
WAA	Wet Aanpassing Arbeidsduur
Wet LB	Wet Loonbelasting 1964
Wet VAP	Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd
Wet werken na AOW	Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd
Wet WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
Wfw	Wet flexibel werken
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
WML	Wet Minimumloon en minimumvakantiebijslag
WWZ	Wet Werk en Zekerheid
ZW	Ziektewet

1.1 Beschrijving van de organisatie

Dit onderzoek is geschreven in opdracht van FSV Accountants + Adviseurs B.V. (hierna te noemen: FSV). Het kantoor is gehuisvest in Zaltbommel en telt zo'n 75 werknemers. FSV biedt diensten in de vorm van advies aan, op de volgende vlakken: accountancy, administratieve dienstverlening, belastingadvies en juridisch advies. Daarnaast heeft FSV nog een aantal specialisaties, zoals het verrichten van due diligence onderzoeken, risk advisory, corporate finance en zij verzorgt de salarisadministratie voor cliënten.¹ Het cliëntenbestand van FSV bestaat uit werkgevers en dan vooral in het MKB.

1.2 Aanleiding en probleembeschrijving

De Wet Werk en Zekerheid (hierna: WWZ) en de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd (hierna: Wet werken na AOW) zijn 1 juli 2015 respectievelijk 1 januari 2016 ingevoerd. Een van de doelen van deze wetten was het aantrekkelijker maken om werknemers die door willen werken na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd in dienst te nemen of houden.²

De Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd (hierna: Wet VAP) en de Wet versnelling stapsgewijze verhoging AOW-leeftijd zijn daarnaast ingevoerd met de bedoeling de AOW-gerechtigde leeftijd te verhogen. Deze verhoging is noodzakelijk omdat de betaalbaarheid van de situatie voor voormelde wetten steeds meer onder druk kwam te staan door maatschappelijke ontwikkelingen als vergrijzing en ontgroening.³ Al sinds de jaren '90 van de vorige eeuw is Nederland zowel nationaal als internationaal gewezen op de noodzaak van een verhoging van de pensioenleeftijd, zelfs middels formele aanbeveling van de Europese Commissie.⁴ De genoemde wetten zijn hiervan een voortvloeisel.

Bovenstaande wetten hebben als doel de AOW-gerechtigde leeftijd te verhogen en het vervolgens eenvoudiger maken om een AOW-gerechtigde werknemer in dienst te nemen of houden. Door het (nog) onvolledige karakter of de uiteenlopende ingangsdata van de wijzigingen, wordt echter een situatie gecreëerd die voor veel onduidelijkheid zorgt bij werkgevers. Een voorbeeld van een dergelijke onduidelijkheid is artikel 629 lid 2 onderdeel b van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) omtrent de loondoorbetalingsverplichting bij een zieke AOW-gerechtigde werknemer. In het wetsartikel staat dat loon voor de periode van zes weken doorbetaald dient te worden. Artikel VIIIA Overgangsrecht van de Wet werken na AOW beschrijft echter dat in afwijking van het bepaalde in art. 7:629 lid 2 BW, een tijdvak van dertien weken geldt. Een werkgever die in het BW op gaat zoeken hoe lang loon doorbetaald moet worden bij zijn zieke, oudere werknemer zal zes weken tegenkomen, waar dertien weken gelezen dient te worden. Deze onduidelijkheid bestaat in ieder geval tot 2018, waarna de Wet werken na AOW geëvalueerd zal worden. Indien blijkt dat door de verkorte loondoorbetaling toch sprake is van verdringing van jongere werknemers, zal de wet hiernaar aangepast moeten worden. Het is dus niet zo dat het overgangsrecht van rechtswege over gaat in het nieuwe recht.⁵

Wat de situatie verder nog complex maakt, is dat nog weinig jurisprudentie invulling aan de gewijzigde situatie kan geven. Veel jurisprudentie omtrent het doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd is niet meer bruikbaar, aangezien daarbij nog gebruik gemaakt is van (nu) verouderde wetgeving. Zo is bijvoorbeeld veel jurisprudentie van voor 1 juli 2015 (inwerkingtredingsdatum van de WWZ) omtrent het pensioenontslag niet meer relevant.

¹ Vindplaats: www.fsv.nl onder: *De organisatie, Over FSV* (zoek op: Over FSV).

² *Kamerstukken II* 2014/15, 34073, 3 (MvT).

³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33290, 3 (MvT).

⁴ European Commission (2009), "2009 Ageing Report: Economic and budgetary projections for the EU-27 Member States (2008-2060)," *European Economy* 2, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg. Council of the European Union (2011). "Council Recommendation July 12" (2011/C/212/04), *Official Journal of the European Union*, Brussels.

⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34073, 13.

In art. 7:671 lid 1 onderdeel g jo. 669 lid 4 BW is immers bepaald dat voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd geen instemming van werknemer of toestemming van het UWV of kantonrechter meer nodig is. Voorheen was deze toestemming wel vereist. De jurisprudentie die zulke situaties behandelt, is nu dus niet meer of slechts deels relevant.

De veranderde wetgeving is vaak of niet bij werkgevers bekend of zij vinden de situatie complex geworden. De afgelopen twee jaar is daarom een toename van vragen over de AOW-gerechtigde opgemerkt door FSV. Zo is bijvoorbeeld de vraag binnengekomen wat er geregeld moet worden als een werknemer na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd een aantal dagen in de week wil blijven werken. Het proces van adviseren gaat momenteel als volgt. Een juridisch vraagstuk komt binnen, de juridische afdeling behandelt deze en daarmee is de situatie afgedaan. FSV vraagt zich af of zij er goed aan doet om haar advisering aan te passen aan de gewijzigde wetgeving en om haar cliënten meer zelf te wijzen op deze wijzigingen. Hiervoor zal echter eerst gekeken moeten worden hoe momenteel geadviseerd wordt, hoe de wetgeving veranderd is en wat dit betekent voor de advisering.

1.3 Doelstelling

Op uiterlijk 27 mei 2017 wordt een onderzoeksrapport met aanbevelingen opgeleverd dat aan FSV inzicht verschaft omtrent knelpunten die kunnen ontstaan bij het doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd, zodat FSV haar advisering aan cliënten hieromtrent kan aanpassen.

1.4 Centrale vraag

De centrale vraag van dit onderzoeksrapport zal zijn:

Welke aanbevelingen kunnen aan FSV worden gedaan over de advisering aan werkgevers over AOW-zaken, na toetsing van de knelpunten van het doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd op arbeidsrechtelijk vlak, waaronder in ieder geval het ontslag, ziekte, bepalingen in arbeidsovereenkomsten en aan de gewijzigde AOW-wetgeving?

1.5 Deelvragen met verantwoording van bronnen en methoden van onderzoek

Per deelvraag zullen de bronnen en methoden uitgewerkt worden, alsmede de verantwoording daarvan aan de hand van het handboek Praktijkgericht juridisch onderzoek.⁶

- De eerste deelvraag is: *Wat zijn, in de huidige praktijk van advisering, arbeidsrechtelijke juridische vraagstukken betreffende de AOW-leeftijd waar cliënten antwoord op willen?*

Deze deelvraag heeft als doel om allereerst helder te krijgen waar voor cliënten knelpunten zitten. Er is bij de beantwoording van deze deelvraag gekozen voor een beschrijvend antwoord. Dit houdt in dat aan de hand van dossieronderzoek en interview een arbeidsrechtjurist een situatieschets gemaakt wordt van de vragen waar cliënten mee zitten, zonder nog in te gaan op de advisering op de casussen. Voor het dossieronderzoek zullen zeven dossiers bestudeerd worden. Er is specifiek voor deze dossiers gekozen, omdat de diversiteit van vragen van cliënten hierin duidelijk wordt. Er is daarnaast gekozen om verschillende aspecten van de wetwijzigingen te behandelen.

Er is gekozen voor een semigestructureerd interview met een arbeidsrechtjurist van FSV. De keuze voor semigestructureerd is gemaakt om het interview een richting op te sturen, maar eigen inbreng van de geïnterviewde blijft mogelijk. De jurist behandelt de vragen inhoudelijk en voorziet de cliënt van advies. Bij een onderzoek naar de huidige wijze van advisering kan

⁶ G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 83-92.

een dergelijk interview daarom niet ontbreken. Middels het interview wordt getracht om, naast het dossieronderzoek, de huidige wijze van advisering in kaart te brengen.

Bij deze deelvraag wordt louter gekeken naar de problematiek aanwezig bij cliënten om zo een nulmeting te bepalen. De bronnen bij dit onderzoek zijn documenten in de vorm van dossiers van cliënten en personen in de vorm van informanten voor de interviews. Gekozen is voor een inhoudsanalyse van de dossiers en een interview met de informanten.

- De tweede deelvraag is: *Wat is er veranderd voor de werknemer die na de AOW-gerechtigde leeftijd wil blijven werken door de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid en de wetgeving betreffende de AOW en welke invloed heeft dit gehad op het ontslagrecht van de AOW-gerechtigde werknemer?*

Voor deze deelvraag is gekozen om in een inleidend stuk voor de lezer in grote lijnen duidelijk te maken wat er veranderd is op arbeidsrechtelijk vlak voor de AOW-gerechtigde werknemer. In dit hoofdstuk zullen de belangrijkste wetwijzigingen van de WWZ en de Wet werken na AOW aangehaald worden. Ook zal hun invloed op het ontslagrecht voor AOW'ers beschreven worden. Voor deze deelvraag zal als bron in ieder geval de rechtsbron wet gebruikt worden, nu deze deelvraag een onderzoek naar meerdere wetten vereist. Om achter de bedoeling van de wetgever bij het opstellen van deze wetten te komen, zal in de parlementaire geschiedenis gezocht moeten worden. Vandaar dat ook documenten zoals Kamerstukken waaronder Memories van Toelichting (hierna: MvT) gebruikt zullen worden. Artikelen uit juridische tijdschriften zullen voor deze deelvraag gebruikt worden, alsmede elektronische bronnen waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan www.rijksoverheid.nl, www.eerstekamer.nl en www.navigators.nl omdat hier Kamerstukken en juridische artikelen op gevonden kunnen worden. Bovenstaande bronnen zullen inhoudelijk bestudeerd moeten worden. Vandaar dat gekozen is voor een inhoudsanalyse als methode van onderzoek.

- De derde deelvraag is: *In hoeverre is het nog zinvol om een pensioenbeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst en wat te doen met arbeidsovereenkomsten waar reeds een pensioenbeding in is opgenomen?*

Het pensioenbeding, wat nog in veel arbeidsovereenkomsten is opgenomen, is niet onaangetast gebleven door de gewijzigde wetgeving. Veelal staat deze niet meer correct in de arbeidsovereenkomst, omdat bijvoorbeeld de vastgestelde pensioenleeftijd niet meer klopt met de gewijzigde wetgeving. Vandaar dat uitgezocht dient te worden in hoeverre het pensioenbeding veranderd is in de wet en wat hier de consequenties van zijn. Een pensioenbeding maakt rechtstreeks onderscheid op leeftijd. In Europese en nationale rechtspraak zal daarom uitgezocht moeten worden of een pensioenbeding überhaupt rechtsgeldig of wenselijk is. Er zal vervolgens uitgezocht moeten worden of er iets ondernomen dient te worden om deze eventuele consequenties te voorkomen. Er zal dus een rechtsbronnenonderzoek moeten plaatsvinden naar de wet en verdragen dan wel richtlijnen. Indien de conclusie getrokken moet worden dat een pensioenbeding niet meer zinvol of wenselijk is, zal onderzocht moeten worden of er een alternatief is voor het pensioenbeding. Ook zal literatuuronderzoek verricht moeten worden aan de hand van juridische tijdschriften. Omdat voor deze bronnen een inhoudelijke bestudering vereist is, is ook hier gekozen voor een inhoudsanalyse als methode van onderzoek.

- De vierde deelvraag is: *Wat is er met de nieuwe wetgeving veranderd op het gebied van de AOW-gerechtigde werknemer die ziek wordt of is?*

Oudere mensen zijn over het algemeen vatbaarder voor ziekte dan jongere mensen. Dit is een van de argumenten van werkgevers geweest om minder snel oudere werknemers aan te nemen of in dienst te houden. Zij zitten niet te wachten op een werknemer die snel ziek wordt, zodat zij vervolgens allerlei kosten moeten maken voor een re-integratie.

Deze belemmering is een van de redenen geweest waarom de wetgever de wetgeving op het vlak van de zieke AOW-gerechtigde werknemer heeft willen versoepelen. Hoe de wetgeving exact gewijzigd is, zal middels rechtsbronnenonderzoek naar de wet uitgezocht moeten worden. Ook parlementaire stukken zullen als documenten bestudeerd moeten worden, naast literatuuronderzoek. Voor deze deelvraag geldt daarom een inhoudsanalyse als methode van onderzoek.

- De vijfde deelvraag is: *Welke overige arbeidsrechtelijke implicaties zijn er door de nieuwe wetgeving ontstaan voor de AOW-gerechtigde werknemer?*

Naast bovenvermelde implicaties als ziekte en ontslag bestaat nog een aantal andere implicaties die niet onder een van voormelde deelvragen valt te scharen. Deze implicaties kunnen echter wel tot knelpunten leiden en dienen daarom ter beantwoording van de centrale vraag in dit onderzoeksrapport opgenomen te worden. Vandaar dat voor de vijfde deelvraag is gekozen voor een vraag waar al deze overige implicaties in opgenomen worden. Hierbij geldt, aangezien de gewijzigde wetgeving de grootste reden voor het schrijven van dit onderzoeksrapport is, dat sprake is van rechtsbronnenonderzoek naar de wet. Verdragen of richtlijnen spelen bij deze deelvraag een rol, alsmede internationale en nationale jurisprudentie. Ook parlementaire stukken zijn van belang voor deze deelvraag, alsmede literatuur zoals juridische tijdschriften. Voor deze deelvraag geldt dat sprake zal zijn van een inhoudsanalyse naar voormelde bronnen als methode van onderzoek.

- De zesde deelvraag is: *Welke knelpunten zijn ontstaan door de gewijzigde AOW-wetgeving en op welke wijze dient de huidige advisering van FSV, gekeken naar deze knelpunten, te veranderen om haar cliënten van juridisch correct advies te kunnen voorzien?*

In deze deelvraag wordt een terugkoppeling gemaakt naar de eerste deelvraag en de theoretische deelvragen. De casussen van deelvraag 1 zullen in deze deelvraag uitgewerkt worden onder verwijzing naar de theoretische hoofdstukken. Waar mogelijk wordt hier ook aangegeven hoe de wijze van advisering veranderd is door het nieuwe recht.

Hierna kan geconcludeerd worden of de advisering van nu goed is, of dat deze gewijzigd moet worden en hoe de advisering dan veranderd moet worden. De bronnen die bij deze deelvraag van belang zijn, zijn de wet zoals deze bij eerdere deelvragen onderzocht is en de dossiers die in deelvraag 1 uiteengezet worden. Deze stukken zullen inhoudelijk verder behandeld moeten worden, dus is sprake van een inhoudsanalyse.

1.6 Leeswijzer

Dit onderzoeksrapport bestaat uit acht hoofdstukken. Hoofdstuk 1 beschrijft de inleiding. In hoofdstuk 2 worden praktijksituaties geschetst en wordt een interview gehouden met een jurist van FSV om te bepalen wat de huidige wijze van advisering is. Hoofdstuk 3 beschrijft in grote lijnen wat met de wetgeving veranderd is en gaat daarbij specifiek in op het ontslagrecht. Hoofdstuk 4 beschrijft het pensioenbeding en gaat daarbij in op de vraag of een pensioenbeding nog nut heeft. Hoofdstuk 5 beschrijft de wetgeving die betrekking heeft op een zieke AOW-gerechtigde werknemer. Hoofdstuk 6 beschrijft de overige arbeidsrechtelijke implicaties die zijn ontstaan door de veranderde wetgeving. Hierbij wordt behandeld: de ketenregeling, de Ragetlie-regel, loon en arbeidsduur en de transitievergoeding. In hoofdstuk 7 wordt een terugkoppeling gemaakt naar de praktijksituaties van hoofdstuk 2. In dit hoofdstuk wordt behandeld hoe op de casussen geadviseerd dient te worden naar nieuw recht. Hoofdstuk 8 beschrijft de conclusies en aanbevelingen die ontleend worden aan het onderzoek naar de theorie en de praktijk.

HOOFDSTUK 2 PRAKTIJSITUATIES EN HUIDIGE WIJZE VAN ADVISERING

In dit hoofdstuk zal uiteengezet worden wat voor vragen en problemen in de praktijk bestaan bij werkgevers omtrent de gewijzigde AOW-wetgeving. Hiervoor wordt een aantal praktijkgevallen besproken, dus vraagstukken die cliënten zelf aangedragen hebben. Ook wordt een interview gehouden met een arbeidsrechtjurist van FSV. Deze jurist verwerkt en behandelt AOW-gerelateerde vraagstukken en heeft dus goed inzicht in de problematiek en de huidige wijze van advisering.

2.1 Casussen

Allereerst zullen de verschillende casussen besproken worden. Deze praktijksituaties zullen in hoofdstuk 7 inhoudelijk behandeld worden. In deze casussen zijn de werkgevers cliënten van FSV.

2.1.1 Casus 1 Doorwerkende werknemer

Bij deze casus staat een werkneemster centraal die wil blijven doorwerken na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. De persoon in kwestie werkt vijf dagen in de week. Zij wil dit na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd terugbrengen naar twee dagen. De werkneemster is geboren op 15 juli 1951, dus zij heeft een AOW-leeftijd van 65 jaar en negen maanden. Zij bereikt deze AOW-gerechtigde leeftijd op 15 april 2017. Haar werkgever wil graag weten wat er juridisch mogelijk is met betrekking tot het door laten werken, wat hierbij de potentiële consequenties kunnen zijn en wat zij dient te ondernemen om dit doorwerken zonder complicaties tot stand te laten komen. Nu de werkneemster sinds januari 2002 in dienst is, dient rekening gehouden te worden met een opzegtermijn, indien besloten wordt om op te zeggen. In casu is geen sprake van een pensioenbeding.

2.1.2 Casus 2 Werknemer met vroegpensioen

Deze casus gaat over een werknemer die zelf heeft aangegeven te willen stoppen met werken per 1 juli 2017. Haar werkgever heeft aan FSV gevraagd wat er voor die tijd allemaal geregeld dient te worden met betrekking tot de pensioengang en alles daaromheen. Waar cliënt en werknemer echter geen rekening mee hebben gehouden, is dat werknemer geboren is op 26 mei 1952. Hij heeft daarmee een AOW-gerechtigde leeftijd van 66 jaar en bereikt deze dus pas op 26 mei 2018. De werknemer is zich er niet van bewust geweest dat de wetgeving veranderd is en dat zijn AOW-leeftijd daarmee is gestegen. Werknemer kan met een dergelijk vroegpensioen flink gekort worden op zijn AOW.

2.1.3 Casus 3 Onduidelijke pensioenleeftijd

Bij dit vraagstuk staat de pensioenleeftijd van de werknemer die bijna AOW-gerechtigd is centraal. Zijn werkgever wil niet dat de werknemer in dienst blijft wanneer deze de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Bij de werkgever bestaat onduidelijkheid welke exacte pensioenleeftijd voor werknemer geldt en welke eisen verbonden zijn aan het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. De werknemer is geboren op 26 juli 1951 en heeft daarmee een AOW-gerechtigde leeftijd van 65 jaar en negen maanden. Deze wordt bereikt op 26 april 2017. De werknemer is al sinds 1 maart 1982 in dienst. Indien er geen sprake is van een pensioenbeding, zal een opzegtermijn in acht genomen moeten worden. Het is daarom van belang om na te gaan of in de arbeidsovereenkomst of collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: cao) een pensioenbeding staat opgenomen.

2.1.4 Casus 4 Werknemer uit dienst

In casus 4 betreft het een werknemer die als chauffeur werkzaam is. Omdat zijn werkgever onvoldoende werk heeft, wordt besloten om de arbeidsovereenkomst te beëindigen per 1 oktober 2016. Werkgever vraagt zich af hoe dit netjes afgehandeld kan worden. De werknemer is geboren op 5 oktober 1942 en is in dienst getreden op 1 april 2008.

Omdat de AOW-leeftijd pas vanaf 2011 is gaan stijgen, geldt voor de betreffende werknemer dat hij met 65 jaar de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Dit is op 5 oktober 2007. Het ontslagrecht voor de AOW-gerechtigde werknemer is per 1 juli 2015 en 1 januari 2016 met de WWZ en de Wet werken na AOW flink versoepeld. De enige voorwaarde hierbij is dat de arbeidsovereenkomst al is aangegaan voordat de AOW-gerechtigde leeftijd is bereikt. Nu de werknemer deze leeftijd al bereikt heeft, voor hij in dienst treedt, geldt het versoepelde ontslagrecht niet. De vraag is hoe nu gehandeld dient te worden.

2.1.5 Casus 5 Doorwerken met pensioenbeding

Een werknemer, geboren op 6 maart 1951, heeft een AOW-leeftijd van 65 jaar en zes maanden die bereikt wordt op 6 september 2016. Op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is de cao Metaal en Techniek van toepassing verklaard, waar een pensioenbeding in is opgenomen. Zonder voorafgaande toestemming of instemming eindigt de arbeidsovereenkomst daarmee in beginsel van rechtswege op 6 september 2016. De werknemer heeft aangegeven na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd door te blijven werken tot het einde van het jaar, dus 31 december 2016. Zijn werkgever wil hier wel akkoord mee gaan, maar vraagt zich af of dit zomaar mogelijk is en of er consequenties aan verbonden zitten, nu de werknemer voor 6 september 2016 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft.

2.1.6 Casus 6 Werknemer met Bouw-cao

Bij deze casus staat een werknemer centraal die werkzaam is in de bouw. De werknemer, geboren op 8 april 1951 bereikt de AOW-leeftijd bereiken op 8 oktober 2016. Werknemer verschijnt 9 oktober 2016 weer op de bouwplaats, waar hij te horen krijgt dat zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd door een pensioenbeding zoals opgenomen in de cao. Op de arbeidsovereenkomst van werknemer is de cao Bouw en Infra van toepassing. Werkgever heeft deze cao verkeerd geïnterpreteerd en is er vanuit gegaan dat het pensioenbeding wat is opgenomen in art. 20b lid 12 cao voor eenieder geldt. Na bestudering van de cao echter, blijkt dat het pensioenbeding alleen geldt voor uitaanwerknemers (Uitvoerend Technisch en Administratief Personeel) conform art. 1 lid 6 onderdeel b onder ii jo. Art. 20b cao. Voor al het ander personeel zoals bedoeld in art. 1 lid 6 onderdeel b onder i cao, de zogeheten 'bouwplaatswerknemers', is geen pensioenbeding opgenomen. Gelet op de functieomschrijving van de werknemer en de functielijst opgenomen in Bijlage 9a cao, is bij de werknemer sprake van een bouwplaatswerknemer. Nu de werkgever geen pensioenbedingen heeft opgenomen in de individuele arbeidsovereenkomsten omdat hij dacht dat alles bij cao geregeld was, is het de vraag of de arbeidsovereenkomst beëindigd mag worden bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd.

2.1.7 Casus 7 Zieke werknemer

In casus 7 betreft het een werknemer, geboren op 8 februari 1951, met een AOW-gerechtigde leeftijd van 65 jaar en zes maanden. De werknemer is vanaf 12 december 2015 ziek. Vanaf dat moment is het re-integratieproces van 104 weken gestart. Wanneer zij op 8 augustus 2016 de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, zijn er pas 34 weken verstreken. De werkgever vraagt zich af hoe het zit met de loondoorbetalings- en re-integratieverplichting van de zieke werknemer. Normaliter geldt het opzegverbod wegens ziekte voor de duur van 104 weken, geldt dit ook voor een AOW-gerechtigde werknemer? Welke handelingen moet een werkgever nog (blijven) verrichten en voor welke duur?

2.2 Interview met mevrouw J. van Wijngaarden LLB

Voordat conclusies en aanbevelingen gedaan kunnen worden over de huidige wijze van advisering, zal deze huidige wijze eerst in kaart gebracht moeten worden. Het in kaart brengen gebeurt enerzijds door te kijken naar het type vragen waar cliënten mee komen zoals hiervoor is gedaan bij de praktijksituaties. Anderzijds is de advisering zelf van belang. Hoe komt een vraag bij de juristen terecht, hoe wordt deze vraag in behandeling genomen

en hoe komt een advies tot stand? De persoon die hier het best antwoord op kan geven, is de persoon die de juridische vraagstukken in behandeling neemt. Binnen FSV is dat de arbeidsrechtjurist mevrouw Van Wijngaarden. Vandaar dat gekozen is om een interview te houden met mevrouw Van Wijngaarden. Dit interview in zijn volledigheid is terug te vinden in Bijlage 1, de belangrijkste uitkomsten van dit interview zullen hieronder kort geschetst worden.

Juridische vraagstukken van cliënten worden vaak in eerste instantie niet direct aan de juridische afdeling gesteld. Een cliënt met een vraag legt deze voor aan de persoon die zijn salarisadministratie bijhoudt, of zijn accountant. Deze collega stuurt de vraag vervolgens door naar een van de juristen, die de correspondentie vervolgens op zich neemt.

Getracht wordt om, na dat eerste contact, een directe lijn op te richten met de cliënt. Deze kan zijn vragen dan direct aan de jurist stellen, zonder dat daar bijvoorbeeld een accountant tussen zit. Wanneer een AOW-gerelateerde vraag binnen komt, dan is er vaak al de kwestie van een werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt of heeft bereikt. In sommige gevallen is de werkgever al te laat met zijn vraag en is 'damage-control' vereist om te voorkomen dat de cliënt iets doet wat niet toegestaan is of hoge kosten met zich meebrengt, zoals het niet in acht nemen van een opzegtermijn. De wijze van adviseren is nu reactief. Een vraag komt binnen, de jurist neemt deze in behandeling en stelt een advies op. Hiermee is de situatie in beginsel afgedaan.

Mevrouw Van Wijngaarden de afgelopen twee jaar heeft een stijging opgemerkt in AOW-gerelateerde vraagstukken. Over het algemeen gaan deze vragen over het doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd. Werknemers kunnen en willen vaker blijven werken en werkgevers willen hier over het algemeen wel mee instemmen. Werkgevers vrezen echter dat zij vast komen te zitten aan een oudere werknemers en willen wat dat betreft zo min mogelijk juridische risico's lopen. De ervaring leert echter dat werkgevers totaal niet op de hoogte zijn van de gewijzigde wetgeving. Dit valt af te leiden aan het soort vragen wat gesteld wordt. Het komt nog regelmatig voor dat werkgevers denken dat de AOW-leeftijd nog steeds 65 jaar is. Mevrouw Van Wijngaarden betwijfelt of reactief adviseren nog wel voldoende is, gezien de hoeveelheid vragen die de juridische afdeling krijgt. Als het aan haar ligt, is een proactieve advisering, specifiek gericht op de cliënt met ouder personeel in dienst, een betere optie. Door cliënten op tijd aan te schrijven, hoeft veel minder damage-control plaats te vinden, waardoor een minder stressvolle situatie wordt gecreëerd.

2.3 Tussenconclusie

Werkgevers stellen de laatste jaren veel meer AOW-gerelateerde vragen op heel divers vlak. De ervaring leert echter dat werkgevers niet of slechts beperkt op de hoogte zijn van de gewijzigde wetgeving. Reactief adviseren is daarmee niet meer de gewenste manier van adviseren. Werkgevers met ouder personeel tijdig en proactief adviseren is een betere oplossing, aldus mevrouw Van Wijngaarden.

HOOFDSTUK 3 VERANDERINGEN IN DE AOW- WETGEVING EN HET ONTSLAGRECHT

In dit hoofdstuk zullen de belangrijkste veranderingen in de AOW-wetgeving behandeld worden. Specifiek zal hierbij ingegaan worden op het veranderde ontslagrecht en alles wat daar mee samenhangt. De opbouw van het hoofdstuk is als volgt. Eerst zal kort de geschiedenis van de AOW behandeld worden. Dit wordt gevolgd door de veranderde AOW-gerechtigde leeftijd, het wegnemen van belemmeringen van het doorwerken na de AOW-leeftijd en de werkgelegenheidseffecten die dit oplevert. Vervolgens zal het ontslagrecht behandeld worden.

3.1 Geschiedenis van de AOW

In 1947 trad de Noodwet Ouderdomsvoorziening in werking, opgesteld door de destijds minister van Sociale zaken Willem Drees. De Noodwet Ouderdomsvoorziening verstreekte een uitkering aan diegenen van 65 jaar en ouder, wier inkomen een bepaalde grens niet overschreed, terwijl de hoogte van de uitkering afhankelijk was van het inkomen van de betrokkene.⁷ Mensen van 65 jaar en ouder met een laag inkomen hadden dus recht op deze noodvoorziening. Deze wet was van de aanvang af als een tijdelijke regeling opgesteld en is in 1956 vervangen door de Algemene Ouderdomswet (hierna: AOW).⁸ De AOW is een volksverzekering, wat inhoudt dat ieder natuurlijk persoon die legaal ingezetene is van Nederland, verplicht verzekerd conform art. 6 lid 1 onderdeel a AOW. Daarnaast is ook verplicht verzekerd de niet-ingezetene die arbeid verricht in Nederland en hiervoor aan loonbelasting is onderworpen conform art. 6 lid 1 onderdeel b AOW. Om verplicht verzekerd te zijn, geldt daarnaast nog dat de pensioengerechtigde leeftijd nog niet bereikt is.

Daar tegenover staat in art. 7 lid 1 AOW dat eenieder recht heeft op ouderdomspensioen die,

Onderdeel a: *de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, en;*

Onderdeel b: *minimaal één kalenderjaar verzekerd is geweest voor de AOW, voordat de pensioenleeftijd bereikt was.*

De hoogte van het ouderdomspensioen is afhankelijk van het aantal jaar dat de ingezetene verzekerd is geweest voor de AOW.

3.2 Verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd

Bij de inwerkingtreding van de AOW werd als ingangsdatum gekozen voor de eerste dag van de maand waarop de ingezetene de leeftijd van 65 jaar bereikte. Met de Wet wijziging ingangsdatum AOW-ouderdomspensioen van 8 december 2011 is daar verandering in gekomen. Door deze wet is onder andere art. 16 lid 1 AOW aangepast, waardoor het ouderdomspensioen ingaat op de dag waarop de belanghebbende aan de voorwaarden voor het recht op ouderdomspensioen voldoet. Hiermee is de ingangsdatum verschoven van de eerste dag van de maand naar de daadwerkelijke datum waarop het recht op AOW wordt verkregen.

Op het moment van inwerkingtreding van de AOW, bedroeg de gemiddelde levensverwachting voor mannen ongeveer 71 jaar en voor vrouwen 74 jaar.⁹ Een man of vrouw die in 1956 de leeftijd van 65 bereikte, had daarmee zes respectievelijk negen jaar recht op een ouderdomspensioen. De levensverwachting is sinds de inwerkingtreding flink gestegen. Zo lag in 2010 de levensverwachting voor mannen op 78,8 jaar en voor vrouwen op 82,7 jaar.¹⁰ Doordat de levensverwachting toegenomen is, heeft een oudere gemiddeld langer recht op een ouderdomspensioen, waardoor er in totaal veel meer uitgekeerd moet

⁷ Kamerstukken II 1963/64, 7762, 3 p. 13.

⁸ Kamerstukken II 1954/55, 4009 3 p. 10.

⁹ 'Levensverwachting; geslacht, leeftijd (per jaar en periode van vijf jaren)', Centraal Bureau voor de Statistiek, 30 mei 2016.

¹⁰ 'Levensverwachting ouderen sterk gestegen', Centraal Bureau voor de Statistiek, 23 november 2011.

worden. Ook is door maatschappelijke ontwikkelingen zoals vergrijzing en ontgroening het aantal verplicht verzekerden afgenomen. Waar bij oprichting van de wet in 1956 tegenover een AOW-gerechtigde nog zes werkenden stonden en dus sprake was van een grote financiële draagkracht, is dit momenteel al gedaald naar een op vier. Op het verwachte hoogtepunt van de vergrijzing in 2040 zal dit aantal dalen tot bijna een op twee.¹¹ Er zijn verhoudingsgewijs steeds minder werkenden per AOW'er, waardoor minder AOW wordt afgedragen en de financiële draagkracht geen stand kan houden. Op een gegeven moment zou 'de schatkist' daarom leeg raken.

Al jaren werd daarom gepleit dat het AOW-stelsel gewijzigd diende te worden, omdat het teveel onder druk zou komen te staan. Zo heeft de interdepartementale Studiegroep Begrotingsruimte in 2006 het volgende verklaard:

*De overheidsfinanciën zijn niet 'houdbaar'. De uitgaven liggen bij ongewijzigd beleid structureel hoger dan de inkomsten. Vroeg of laat zullen maatregelen genomen moeten worden om de overheidsinkomsten weer in lijn te brengen met de overheidsuitgaven.*¹²

Zij gaf destijds als optie al aan om de AOW-leeftijd te verhogen:

*Concrete voorbeelden van (al dan niet geleidelijke) hervormingen zijn de verhoging van de AOW-leeftijd, het afschaffen van het ouderentariaf in de inkomstenbelasting of een grotere eigen bijdrage in de zorg bijvoorbeeld via hogere eigen risico's en vermogenstoetsen.*¹³

Ook op Europees niveau kreeg Nederland al meerdere malen te horen dat het AOW-stelsel niet meer houdbaar was en kreeg het dringende verzoek maatregelen te treffen. Dit uitte zich zelfs in een formele aanbeveling van de Europese Commissie in 2011, waarin zij schreef:

*The European Council hereby recommends that the Netherlands take action within the period 2011-2012 to take measures to increase the statutory retirement age by linking it to life expectancy, and underpin these measures with others to raise the effective retirement age and to improve the long-term sustainability of public finances.*¹⁴

Naar aanleiding van deze alarmerende berichten, is op 12 oktober 2011 het wetsvoorstel voor de Wet verhoging pensioenleeftijd, extra verhoging AOW en flexibilisering ingangsdatum AOW ingediend. Dit wetsvoorstel is echter nooit doorgevoerd, aangezien op 5 juni 2012 ter vervanging hiervan het wetsvoorstel Wet VAP werd ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁵ De Wet VAP is ingevoerd met als doel de AOW-leeftijd stapsgewijs te verhogen, met de eerste verhoging op 1 januari 2013. Uiteindelijk zou in 2019 de AOW-leeftijd 66 jaar zijn en in 2023 67 jaar. Er is gekozen voor een stapsgewijze verhoging als overgangsregeling om de omvang van de inkomensgevolgen voor mensen die weinig mogelijkheden hebben om het verliezen te compenseren te beperken.¹⁶ Deze stapsgewijze verhoging is opgenomen in art. 7a AOW.

Op 29 oktober 2012 werd het regeerakkoord 'Bruggen slaan' tussen de VVD en de PvdA gepubliceerd. In dit regeerakkoord is de afspraak opgenomen dat de AOW-leeftijd vanaf 2016 sneller verhoogd moet worden, tot 66 jaar in 2018 en 67 jaar in 2021.¹⁷ Na 2021 zal de AOW-leeftijd vervolgens gekoppeld worden aan de stijging van de levensverwachting.

¹¹ C. van Ewijk e.a., *Ageing in the Netherlands*, Centraal Planbureau, Den Haag 2000, p. 123.

¹² L.B.J. van Geest e.a., *Vergrijzing en Houdbaarheid*, Studiegroep Begrotingsruimte, Den Haag 2006, p. 24.

¹³ L.B.J. van Geest e.a., *Vergrijzing en Houdbaarheid*, Studiegroep Begrotingsruimte, Den Haag 2006, p. 27.

¹⁴ Council of the European Union (2011). "Council Recommendation July 12" (2011/C/212/04), *Official Journal of the European Union*, Brussels p.15.

¹⁵ *Kamerstukken II 2011/12*, 33046, H.

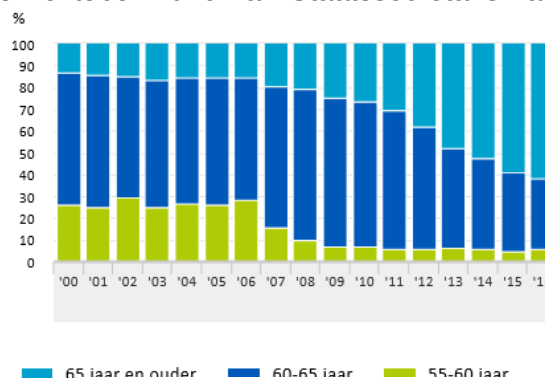
¹⁶ *Kamerstukken II 2011/12*, 33290 3, p. 2

¹⁷ *Kamerstukken II 2012/13*, 33410, 15, p. 9.

Deze afspraak is uitgewerkt in de Wet versnelling stapsgewijze verhoging AOW-leeftijd. Deze wet heeft onder andere art. 7a AOW gewijzigd.

Een tijdpad, bijgevoegd bij een Kamerbrief van 31 oktober 2016 van Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: Minister van SZW) Jette Klijnsma geeft iedere stapsgewijze verhoging schematisch weer en is terug te vinden in Bijlage 2.¹⁸

De gemiddelde pensioenleeftijd is al jaren aan het stijgen, constateert het Centraal Bureau voor de Statistiek (hierna: CBS).¹⁹ In 2006 ging ruim 15 procent pas met 65 jaar en ouder met pensioen, tien jaar later was dit al ruim 61 procent (figuur 2).



Figuur 2 Hoe oud zijn mensen op het moment van hun pensioen?

De pensioengerechtigde leeftijd zal de komende jaren dus stapsgewijs toenemen en vervolgens gebonden worden aan de levensverwachting.

3.3 Wegnemen van belemmeringen voor het doorwerken na de AOW-leeftijd

Op 7 december 2004 is door de Minister van SZW een routeplanner aangeboden aan de Tweede Kamer.²⁰ In deze routeplanner is een adviesaanvraag aan de Sociaal Economische Raad (hierna: SER) beloofd over het wegnemen van belemmeringen voor het doorwerken na 65 jaar (destijds nog de AOW-gerechtigde leeftijd). In maart 2006 is dit advies verschenen, waarin de SER is ingegaan op onder andere de arbeidsrechtelijke aspecten, noodzakelijk om het doorwerken na 65 jaar aantrekkelijker te maken.²¹ Dit advies is gevolgd en verder uitgewerkt in de kabinetsnotitie *'Men is zo oud als men zich voelt'* van 8 mei 2008 waarin het belang van het wegnemen van belemmeringen nogmaals is benadrukt.²²

Het SER-advies en de kabinetsnotitie zijn uiteindelijk geïmplementeerd in het Begrotingsakkoord 2014, waar de Wet werken na AOW uit is voortgevloeid.²³ Bij het opstellen van de wet heeft de wetgever een afweging moeten maken. Enerzijds is er het belang van de samenleving die langer gebruik kan maken van de kennis en ervaring van oudere werknemers, anderzijds bestaat het risico van verdringing van jongere werknemers als het (te) gunstig wordt om een AOW-gerechtigde werknemer aan te nemen. De wetgever heeft hier aandacht aan besteed bij het opstellen van de wet, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting.

3.3.1 Maatregelen in de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd

Bij het formuleren van het wetsvoorstel van de Wet werken na AOW is rekening gehouden met de bijzondere positie van AOW-gerechtigden. Zij hebben namelijk enerzijds al een ouderdomspensioen via de AOW, vaak aangevuld met een pensioenuitkering. Ze zijn dus niet langer (volledig) afhankelijk van loon uit arbeid voor onderhoud, zodat dit loon niet hoog hoeft te zijn. Daarnaast heeft een werkgever lagere loonkosten vanwege de weggeven premies voor de werknemersverzekeringen. Wat dat betreft is een AOW-gerechtigde werknemer financieel aantrekkelijk voor een werkgever. Anderzijds kijkt een werkgever niet alleen naar de directe loonkosten maar ook naar eventuele indirecte kosten, zoals kosten bij een ontslag of bij ziekte. Aan de hand van de Wet werken na AOW is getracht maatregelen

¹⁸ Kamerstukken II 2016/17, 32163, 42.

¹⁹ P.H. van Mulligen, *Pensioenleeftijd werknemers in 2016 niet gestegen*, CBS Heerlen 2017.

²⁰ Kamerstukken II 2004/05, 28170, 29.

²¹ *Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar* (Advies van 17 maart 2006, SER 2006/03), Den Haag: SER 2006, www.ser.nl.

²² Kamerstukken II 2007/08, 29544, 152.

²³ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 3 p. 1 (MvT).

te bedenken om deze indirecte kosten te drukken en het nog aantrekkelijker te maken om een AOW-gerechtigde werknemer in dienst te nemen of te houden.²⁴

De maatregelen hiervoor zoals opgenomen in de Wet werken na AOW zijn:

- De loondoorbetalingsplicht, re-integratieverplichting en het opzegverbod bij ziekte wordt beperkt ter verlaging van kosten van werkgevers bij ziekte;
- De opzegtermijn voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst bij AOW-gerechtigde werknemers wordt verkort;
- De ketenregeling opgenomen in boek 7 BW wordt aangepast voor de AOW-gerechtigde werknemer, naast de Ragetlie-regel;
- Het wettelijk minimumloon wordt van toepassing verklaard voor AOW-gerechtigde werknemers;
- Een werkgever is niet meer verplicht om in te gaan op een verzoek van een AOW-gerechtigde werknemer betreffende een vermindering of vermeerdering van het aantal te werken uren.

3.3.2 Maatregelen in de Wet Werk en Zekerheid

De WWZ heeft voor de inwerkingtreding van de Wet werken na AOW het (door)werken na de AOW-leeftijd al op een aantal punten vergemakkelijkt.²⁵ Zo zijn daarin de volgende maatregelen getroffen:

- Een werkgever kan, tenzij schriftelijk anders overeen is gekomen, de arbeidsovereenkomst bij of na het bereiken van de AOW-leeftijd, zonder tussenkomst van Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV) of kantonrechter en zonder schriftelijke instemming van de werknemer opzeggen. Deze bepaling geldt wel mits de werknemer al in dienst was voordat de AOW-leeftijd bereikt wordt;
- De werkgever is geen transitievergoeding verschuldigd bij ontslag op of na het bereiken van de AOW-leeftijd;
- Bij opzegging wegens bedrijfseconomische redenen geldt dat voor afspiegeling als eerste afscheid genomen moet worden van AOW-gerechtigde werknemers.

Bovenstaande punten zullen in latere hoofdstukken verder toegelicht worden.

3.3.3 Wetsevaluatie

In de Wet werken na AOW is een evaluatieperiode opgenomen, ter beoordeling van de wet. Deze evaluatie, opgenomen in artikel XC Wet werken na AOW, is een voortvloeisel van een amendement van Kamerlid Dijkgraaf.²⁶ Gedurende de eerste twee jaren na inwerkingtreding van de wet moet de Minister van SZW een verslag zenden aan de Staten-Generaal over de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk. Het doel van het wetsartikel is om te beoordelen in hoeverre onder andere de beperking van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte ten aanzien van AOW-gerechtigden tot verdringing heeft geleid van de beroepsbevolking door AOW-gerechtigden. Dit sluit aan op het risico van verdringing wat de wetgever met het opstellen van de wet heeft proberen te voorkomen.

3.4 Werkgelegenheidseffecten

Naar aanleiding van het wetsvoorstel Wet werken na AOW heeft het Ministerie van SZW aan het Centraal Planbureau (hierna: CPB) verzocht om de werkgelegenheidseffecten van de wet in kaart te brengen. Op 28 mei 2014 zijn deze werkgelegenheidseffecten in een notitie in kaart gebracht.²⁷

²⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 3 p. 6-7 (MvT).

²⁵ D.J.B. de Wolff, 'Werken na de AOW-leeftijd', *ArbeidsRecht* 2015/46 14 oktober 2015, afl. 11, p. 3-6.

²⁶ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 13.

²⁷ D. van Vuuren en J. Bolhaar, *Werkgelegenheidseffecten wetsvoorstel 'werken na de AOW-gerechtigde leeftijd'*, Centraal Planbureau, Den Haag 2014.

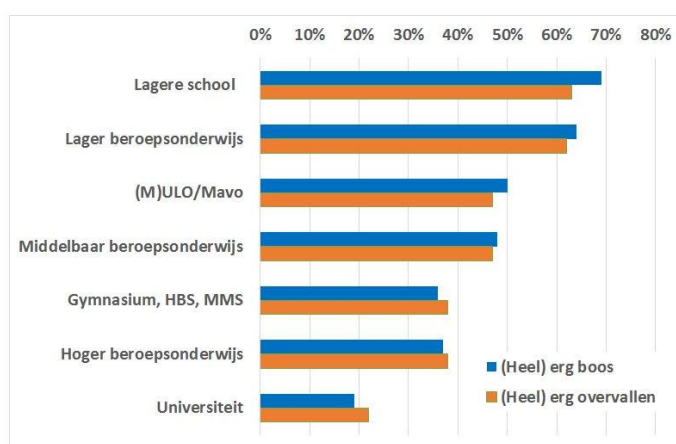
De belangrijkste bevindingen in de notitie zijn:

- De werkgelegenheidseffecten zijn naar verwachting gunstig voor AOW-gerechtigden. Dit positieve effect wordt veroorzaakt door de vermindering van werkgeversverplichtingen bij ziekte en de mogelijkheid tot het aanbieden van meer tijdelijke contracten.
- Op termijn vindt naar verwachting geen verdringing plaats. De relatieve arbeidsmarktpositie van AOW-gerechtigden lijkt te verbeteren, maar dit heeft op termijn geen invloed op de werkgelegenheid van niet AOW-gerechtigden.

De situatie lijkt positief voor zowel AOW-gerechtigden als niet AOW-gerechtigden, nu de positie voor AOW-gerechtigden verbetert, zonder dat dit negatieve invloed heeft op de niet AOW-gerechtigde werknemer.

Toch bestaat ontevredenheid over het (verplicht) langer doorwerken, zo blijkt uit onderzoek van het Nederlands Interdisciplinair Demografisch Instituut (hierna: NIDI). Het NIDI is in 2015 gestart met een onderzoek onder oudere werknemers en hoe zij de gewijzigde wetgeving omtrent het langer doorwerken ervaren.²⁸ Aan

dit onderzoek hebben zo'n 6.800 werknemers van 60 jaar of ouder deelgenomen. Uit het onderzoek is gebleken dat veel oudere werknemers overvallen zijn door de verhoging in AOW-leeftijd en dat bij veel werknemers ook boosheid ontstaan is hierdoor. Deze boosheid bestaat vooral bij lager opgeleiden, de werknemers die al vroeg aan het werk zijn gegaan en daardoor 45



dienstjaren of meer hebben gewerkt (figuur 3).

Figuur 3 Boosheid over verhoging AOW-leeftijd naar hoogst genoten opleiding werknemers van 60 jaar en ouder

Zoals uit het bovenstaande blijkt, zijn een hoop werknemers ontevreden over de verhoogde AOW-leeftijd. Toch zijn er ook werknemers die wel graag door zouden blijven werken. De vraag is echter of zij deze kans wel krijgen. Uit onderzoek van het NIDI uit 2012 binnen zeven Europese landen blijkt dat slechts een klein percentage doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd actief stimuleert, in Nederland slechts acht procent van de ondervraagde werkgevers (figuur 4).²⁹

Ondanks dat de wetgeving sinds 2012 aanzienlijk veranderd is, blijkt uit de meest recente Werkgevers Enquête Arbeid van de Nederlandse Organisatie voor

	Italië	Nederland	Zweden	Denemarken	Duitsland	Frankrijk	Polen
Stimulering doorwerken tot pensioengerechtigde leeftijd	11	17	27	34	26	40	40
Stimulering werken tot na pensioengerechtigde leeftijd	5	8	15	18	7	8	26
Werven oudere werknemers	2	10	12	16	22	11	15
Werven van werknemers die al met pensioen zijn	3	4	7	8	17	10	38
Alle bovenstaande maatregelen	0	0	2	2	3	1	5
Geen enkele van de bovenstaande maatregelen	82	75	66	57	56	54	39

Figuur 4 Werving en behoud van oudere werknemers in Europa (percentage van werkgevers dat een maatregel toepast)

Toegepast Natuurwetenschappelijk Onderzoek (hierna: TNO) uit 2014 dat dit voor werkgevers weinig veranderd heeft. Slechts voor zeven procent van de werkgevers is het voor de personele bezetting belangrijk dat werknemers na hun pensioengerechtigde leeftijd

²⁸ K. Henkens e.a., 'Langer doorwerken valt nog niet mee', *DEMOS*, 32 (2), NIDI 2016 p. 1-4.

²⁹ H.P. van Dalen e.a., 'Dilemma's rond langer doorwerken – Europese werkgevers aan het woord', *Amsterdam University Press*, Amsterdam 2012, p. 38.

doorwerken.³⁰ Voor de meeste werkgevers is dit niet belangrijk en zij zullen dus minder moeite doen om werknemers na de AOW-gerechtigde leeftijd in dienst te houden (figuur 5).

Uit onderzoek van het NIDI onder werkgevers is gebleken dat zelfs als AOW-gerechtigde werknemers een hoge productiviteit en een hoge mate van flexibiliteit hebben, zij toch nog steeds maar een matige kans hebben om opnieuw aangenomen te worden als zij gaan solliciteren.³¹ Alle oudere werknemers met mindere kwaliteiten hebben nauwelijks kans om nog opnieuw aangenomen te worden.

	Totaal	2-4	5-9	10-19	50-59	60+
76. Is het voor de personele bezetting in uw vestiging belangrijk dat werknemers ook na hun pensioengerechtigde leeftijd doorwerken?						
- 1 Ja	7%	8%▲	5%▼	6%	5%	5%
- 2 Nee	75%	69%▼	81%▲	83%▲	86%▲	89%▲
- 3 Weet niet	18%	22%▲	15%▼	11%▼	10%▼	5%▼
N	5.109	3.042	1.021	785	112	150

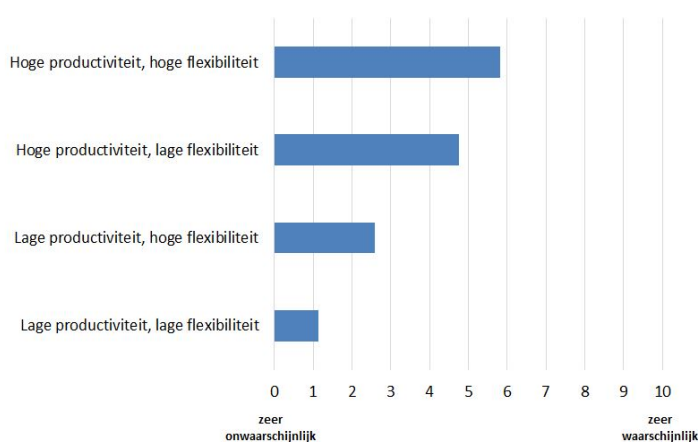
Figuur 5 Werkgevers Enquête Arbeid 2014, personele bezetting bij doorwerken na pensioengerechtigde leeftijd

Lage productiviteit = eenvoudig vervangbare kennis, matige prestaties, matige gezondheid, weinig waardevolle contacten, extrinsiek gemotiveerd.

Hoge productiviteit = moeilijk vervangbare kennis, goede prestaties, goede gezondheid, veel waardevolle contacten, intrinsiek gemotiveerd.

Lage flexibiliteit = niet bereid tot loonsverlaging en full-time positie.

Hoge flexibiliteit = bereid tot 40% loonsverlaging en part-time/afroepbasis positie.



Figuur 6 bereidheid managers om AOW-ers aan te nemen³²

Uit enquête van het CBS en TNO is gebleken dat werknemers boven de 45 jaar van mening zijn dat langer doorwerken alleen onder aangepaste omstandigheden mogelijk is.³³ Een groot aantal werknemers is van mening dat minder uren per week werken een goede oplossing is (48,7%). Ook lichter werk verrichten wordt als optie gezien (25,2%).

Ondanks dat het erop lijkt dat zowel een meerderheid van werkgevers als werknemers niet zit te wachten op een verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd of doorwerkende AOW'ers, is hier weinig meer aan te veranderen. Volgens berekeningen van het CPB kost het terugdraaien van de verhoogde AOW-leeftijd op korte termijn 4,3 miljard euro en op lange termijn 12,9 miljard euro, wat financieel gezien geen optie is.³⁴

3.5 Gewijzigd ontslagrecht

Voor de WWZ gold dat een ieder op grond van art. 7:685 BW ten allen tijde bevoegd was de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen. De werkgever had de vrije keuze om de beëindiging te bewerkstelligen door toestemming te vragen van het UWV ofwel om de kantonrechter te verzoeken de

³⁰ M.L. van Emmerik e.a., *Werkgevers Enquête Arbeid 2014: Methodologie en beschrijvende resultaten*, TNO Leiden 2015, p. 74.

³¹ J. Oude Mulders e.a., 'How likely are employers to rehire older workers after mandatory retirement? A vignette study among managers', *De Economist* 162 2014, p. 415-431.

³² J. Oude Mulders e.a., 'Gaait doorwerken na AOW echt werken? Het oordeel van werkgevers', *Me Judice*, 18 januari 2017.

³³ W.E. Hooftman e.a., *Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2015: Methodologie en globale resultaten*, TNO Leiden, CBS Heerlen 2015, p. 87.

³⁴ J. Hers e.a., *Keuzes in Kaart 2018-2021; Economische effecten doorgerekend*, Centraal Planbureau, Den Haag 2017.

arbeidsovereenkomst te ontbinden.³⁵ Per 1 juli 2015 is art. 7:685 BW vervallen en is de ontbinding van de arbeidsovereenkomst veranderd.

In art. 7:671b lid 2 BW staat beschreven dat de kantonrechter een verzoek tot ontbinding van de werkgever slechts mag inwilligen, indien sprake is van één van de redelijke gronden voor beëindiging die staan beschreven in art. 7:669 lid 3 BW. Door de nieuwe regels van de WWZ heeft de kantonrechter veel minder beoordelingsvrijheid. Een werkgever dient na inwerkingtreding van de WWZ zijn ontbindingsverzoek in beginsel in te zetten op één van de ontslaggronden en de kantonrechter mag pas overgaan tot ontbinding indien er ten volle voldaan is aan de vereisten van die ontslaggrond.³⁶ Een 'cocktail' van ontslaggronden die gezamenlijk een redelijke rechtsgrond vormen, is na de WWZ dus niet meer mogelijk. Wat dat betreft lijkt het ontslagrecht na de WWZ versoberd te zijn. Een werkgever zal meer bewijs aan moeten dragen om aan alle eisen van de enkele ontslaggrond te voldoen. Deze versobering geldt echter, zoals eerder beschreven, niet voor de AOW-gerechtigde werknemer.

Door de WWZ is het ontslagrecht voor de AOW-gerechtigde werknemer veranderd, met de intentie om het doorwerken te vergemakkelijken. Indien een werknemer makkelijker ontslagen kan worden, zal deze ook eerder aangenomen worden, is hierbij de gedachte geweest. Daarom is in art. 7:669 lid 4 BW opgenomen dat een werkgever de arbeidsovereenkomst bij of na het bereiken van de leeftijd zoals bedoeld in art. 7a van de AOW (de AOW-gerechtigde leeftijd) of een andere schriftelijk afgesproken leeftijd kan opzeggen, zonder tussenkomst van het UWV of kantonrechter. Ook schriftelijke instemming van de werknemer is niet meer vereist voor een rechtsgeldige opzegging conform art. 7:671 lid 1 aanhef en onderdeel g BW.

Hierbij geldt wel dat het moet gaan om een arbeidsovereenkomst die is ingegaan voordat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd of andere afgesproken leeftijd heeft bereikt.³⁷ Is de arbeidsovereenkomst op of na de AOW-gerechtigde leeftijd of anders overeengekomen eindleeftijd ingegaan, dan geldt de opzeggingsbevoegdheid van art. 7:669 lid 4 BW niet en geldt het 'normale' ontslagrecht.³⁸ Dit houdt in dat met instemming van de werknemer een schriftelijke beëindigingsovereenkomst conform art. 7:670b jo. 671 BW getekend dient te worden. Geeft de werknemer geen instemming, dan zal werkgever zich tot het UWV of de kantonrechter moeten richten, afhankelijk van de ontslaggrond opgenomen in art. 7:669 lid 3 BW.³⁹

3.5.1 Bedrijfseconomische redenen

Een van de rechtsgronden is ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. Art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW beschrijft dat een werkgever toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst kan vragen aan het UWV wegens het noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van bedrijfseconomische redenen. Voor een rechtsgeldig bedrijfseconomisch ontslag moet sprake zijn van een structureel verval van arbeidsplaatsen, waarbij als structureel een toekomstige periode van 26 weken wordt gezien.⁴⁰ Bij de ontslagvolgorde bij ontslagen op grond van bedrijfseconomische redenen, heeft de wetgever het afspiegelingsbeginsel als uitgangspunt gehanteerd. Het afspiegelingsbeginsel houdt in dat de ontslagen evenredig verdeeld moeten worden over de bestaande personeelsopbouw naar leeftijdscategorie, waarbij vervolgens per leeftijdscategorie de werknemer met het kortste dienstverband ontslagen wordt.⁴¹

³⁵ R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 111.

³⁶ R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 116.

³⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34273, 3 p. 19 (MvT).

³⁸ E. Luttjens, 'Beëindiging arbeidsovereenkomst bij of wegens pensioenleeftijd', *Asser-Serie 7-XI* 2016/677 1 maart 2016.

³⁹ D.J. Rutgers en M.C. van der Kamp, 'Naar een nieuw ontslagrecht (4): beëindigingsovereenkomst, opzeggings- en ontbindingsprocedure', *Bb* 2014/37 11 juni 2014.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43 (MvT).

⁴¹ T.M.J. Wegener-Belinfante en J.P.H. Zwemmer, 'Ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen en selectie op basis van kwaliteit: de stoelendans na de inwerkingtreding van de Wwz', *ArbeidsRecht* 2016/22 29 mei 2016, afl. 5, p. 3-8.

De laatste leeftijdscategorie betrof 55 jaar en ouder. Hierdoor kwam het regelmatig voor dat een oudere werknemer die nog niet de AOW-gerechtigde leeftijd had bereikt, voor ontslag werd aangedragen en dat een AOW-gerechtigde werknemer mocht blijven werken. De wetgever heeft dit als onwenselijk geacht, waardoor op 1 april 2014 het Ontslagbesluit is gewijzigd. In het Ontslagbesluit staan de leeftijdscategorieën beschreven. Zo is in art. 4:2 lid 1 Ontslagbesluit de laatste leeftijdscategorie veranderd van '55 jaar en ouder' naar '55 jaar tot de AOW-gerechtigde leeftijd' en is aan dat artikel een lid 2 toegevoegd. Lid 2 beschrijft dat, voordat toegekomen kan worden aan ontslagen in de leeftijdscategorieën van lid 1, allereerst de AOW-gerechtigde werknemers voor ontslag in aanmerking moeten worden gebracht.

Met de WWZ is getracht een eenduidig ontslagrecht te creëren, met als gevolg dat een aantal wetten en besluiten is komen te vervallen, waaronder ook het Ontslagbesluit.⁴² Met de inwerkingtreding van de WWZ per 1 juli 2015 zijn de ontslagcriteria van het Ontslagbesluit opgenomen in het BW en is het Ontslagbesluit komen te vervallen. De Verzamelwet Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2016 (hierna: Verzamelwet SZW 2016) heeft op 1 januari 2016 een onderdeel toegevoegd aan art. 7:671a lid 5 BW ter vervanging van het bovenstaande uit het Ontslagbesluit.⁴³ Deze luidt daarom nu als volgt:

Lid 5 aanhef: *de toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel a, wordt slechts verleend, indien de werkgever:*

- *Onderdeel d: de arbeidsrelatie met personen die op basis van een arbeidsovereenkomst op de arbeidsplaatsen die vervallen werkzaam zijn en de in artikel 7a Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd hebben bereikt, heeft beëindigd.*

Op deze manier is het Ontslagbesluit verwerkt in het BW, waardoor geldt dat allereerst (onder andere) AOW-gerechtigde werknemers wegens bedrijfseconomische redenen ontslagen dienen te worden, voordat jongere werknemers ontslagen kunnen worden op basis van die rechtsgrond.

3.5.2 Opzegtermijn

Wanneer een werknemer ontslagen wordt, dient de werkgever rekening te houden met een opzegtermijn. Deze opzegtermijn is bedoeld om werknemers een mogelijkheid te bieden ander werk te vinden voordat de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt. De opzegtermijn bedraagt tenminste een maand, maar is langer naargelang de duur van de arbeidsovereenkomst conform art. 7:672 BW. De opzegtermijnen zijn als volgt:

Art. 7:672 lid 2 BW, aanhef: *de door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt bij een arbeidsovereenkomst die op de dag van opzegging:*

- *Sub a: korter dan vijf jaar heeft geduurd: één maand;*
- *Sub b: vijf jaar of langer, maar korter dan tien jaar heeft geduurd: twee maanden;*
- *Sub c: tien jaar of langer, maar korter dan vijftien jaar heeft geduurd: drie maanden;*
- *Sub d: vijftien jaar of langer heeft geduurd: vier maanden.*

Voor de AOW-gerechtigde werknemer is hier met de Wet werken na AOW een wijziging in aangebracht. Met invoering van deze wet is aan art. 7:672 BW een derde lid toegevoegd, waarin is opgenomen:

⁴² Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 25 (MvT)

⁴³ Kamerstukken II 2015/16, 34273, 464, p. 4.

In afwijking van lid 2 bedraagt de door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging één maand indien de werknemer de in artikel 7a Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt.

De termijn van een maand geldt ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst voor de AOW-gerechtigde werknemer. De wetgever heeft dit opgenomen nu een langere opzegtermijn niet noodzakelijk wordt geacht omdat de desbetreffende werknemers kunnen terugvallen op hun AOW-uitkering en (in de regel) aanvullend pensioen.⁴⁴

Indien de werkgever de onjuiste opzegtermijn hanteert, dan is deze schadeplichtig conform art. 7:672 lid 10 BW. Stel dat een werkgever de arbeidsovereenkomst van een werknemer wil beëindigen met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, maar hij is te laat met opzeggen. Wil hij dan alsnog opzeggen, dan kan dit tot een schadevergoeding van ten hoogste een aantal maandsalarissen van de werknemer leiden. In dat geval kan het verstandig zijn om de arbeidsovereenkomst stilzwijgend te verlengen tot en met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. In dat geval geldt de opzegtermijn van een maand en is geen instemming of toestemming van werknemer, UWV of kantonrechter vereist. Of daarbij het pensioenbeding nog een essentiële rol kan spelen, wordt in het volgende hoofdstuk uiteengezet.

3.6 Tussenconclusie

De AOW-gerechtigde leeftijd wordt momenteel stapsgewijs verhoogd. De eerste verhoging heeft plaatsgevonden in 2013. Ten tijde van het schrijven van dit onderzoeksrapport is de AOW-leeftijd al gestegen naar 65 jaar en negen maanden. De AOW-leeftijd zal de komende jaren blijven stijgen en daarna verbonden worden aan de levensverwachting. Met de AOW-wetgeving is getracht doorwerken na de AOW-leeftijd te vergemakkelijken en aantrekkelijker te maken. Of werkgevers en werknemers hier blij mee zijn is maar de vraag, maar vanuit financieel oogpunt bekeken, hebben zij pech. Het is te duur om de gestelde maatregelen en de AOW-leeftijd weer terug te draaien. Het ontslagrecht is met de WWZ versoepeld voor werkgever met een gewone werknemer. Hij zal veel meer bewijs moeten aandragen om te kunnen voldoen aan een enkele ontslaggrond. Voor de AOW-gerechtigde werknemer daarentegen, is het ontslagrecht aanzienlijk versoepeld. Hierbij wordt wel de voorwaarde gesteld dat de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor het bereiken van de AOW-leeftijd. Is dat het geval, dan kan wegens of na het bereiken van deze leeftijd zonder verdere toestemming de arbeidsovereenkomst opgezegd worden. Jongere werknemers worden beter beschermd bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. Allereerst zullen namelijk alle AOW-gerechtigde werknemers met dezelfde functie voor ontslag aangedragen moeten worden. Bij de opzegging van een arbeidsovereenkomst moet de werkgever een opzegtermijn in acht nemen. Afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst bedraagt deze opzegtermijn tussen de een en vier maanden. De opzegtermijn bij een AOW-gerechtigde werknemer is daarentegen altijd een maand.

⁴⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 3, p. 10 (MvT).

In hoofdstuk 4 zal het pensioenbeding behandeld worden. Daarbij zal ingegaan worden op de rechtsgeldigheid van het pensioenbeding, de vraag of een pensioenbeding nog nut heeft en of deze niet een gevaar kan betekenen voor een werkgever. Ook zal toegelicht worden wat gedaan kan worden wanneer een werkgever een pensioenbeding uit de arbeidsovereenkomst verwijderd wil hebben.

4.1 Rechtsgeldigheid van het pensioenbeding

Veel werknemers hebben in hun arbeidsovereenkomst of de voor hen geldende cao staan dat hun arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Het grote merendeel van cao's had een pensioenbeding volgens een meting uit 2010. Op dat moment gold dat 96% van de onderzochte collectieve en individuele arbeidsovereenkomsten een pensioenbeding bevatte.⁴⁵ Het pensioenbeding was daarmee in ieder geval in de afgelopen jaren een veelvoorkomend beding in het arbeidsrecht. Dit pensioenbeding ziet er vaak als volgt uit:

*Een voor onbepaalde tijd aangegane dienstbetrekking eindigt van rechtswege op de dag waarop de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, tenzij anders wordt overeengekomen.*⁴⁶

Jarenlang heeft de discussie gespeeld of een pensioenbeding naar Nederlands recht rechtsgeldig is en of geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie. Deze rechtsgeldigheid valt enigszins te begrijpen, wanneer gekeken wordt vanuit de tweesmakenleer zoals omschreven door Vas Nunes. Naar (oud) recht houdt deze leer in dat een contract voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt en een contract voor onbepaalde tijd moet worden opgezegd. Een contract voor onbepaalde tijd kan daarom niet van rechtswege eindigen.⁴⁷ In de jurisprudentie werd deze mening onder andere gedeeld door een kantonrechter uit Amsterdam, die bepaalde:

*Een arbeidsovereenkomst geldt óf voor bepaalde, óf voor onbepaalde tijd. Met dit uitgangspunt is onverenigbaar dat een voor onbepaalde tijd aangegane overeenkomst zou kunnen eindigen omdat zulks is vastgelegd in de arbeidsovereenkomst of in de cao.*⁴⁸

Anderzijds zijn er ook rechtsgeleerden geweest die hebben aangegeven dat een pensioenontslag door een beding in de (collectieve) arbeidsovereenkomst wel past binnen de tweesmakenleer, omdat deze niet zo nauw geïnterpreteerd moet worden. Art. 7:667 lid 1 BW (oud) beschreef voor de WWZ dat een arbeidsovereenkomst eindigt:

- Van rechtswege;
- Wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst;
- Bij de wet, of;
- Door het gebruik aangegeven.

Door te stellen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd alleen kan eindigen door opzegging zoals art. 7:667 lid 6 BW (oud) lijkt te suggereren, is te kort door de bocht aldus Heemskerk.⁴⁹ Zo eindigt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ook door de dood, met wederzijds goedvinden of door ontbinding. Deze andere wijzen van beëindiging vallen onder de wet of overeenkomst zoals bedoeld in art. 7:667 lid 1 BW (oud) en ook de juridische grondslag voor het van rechtswege eindigen bij de pensioenleeftijd kan worden

⁴⁵ J.P.M. Smits e.a., *Perspectief op langer doorwerken* (2010), Een onderzoek naar cao-afspraken tussen sociale partners met betrekking tot langer doorwerken, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, september 2010, p. 35.

⁴⁶ Cao Bouw & Infra 2016/2017, *Stcrt.* 2016, 18112, 7 april 2016 p. 18.

⁴⁷ P.C. Vas Nunes, 'Ouderen mogen gewoon doorwerken', *NJB* 2008/915, 9 mei 2008.

⁴⁸ Ktr. Amsterdam 8 juli 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF2261.

⁴⁹ M. Heemskerk, 'Pensioenontslagbeding na verhoging AOW-leeftijd: oppassen en aanpassen', *ArbeidsRecht* 2013/4, 24 december 2012.

gevonden in gebruik of overeenkomst. Zo oordeelde een kantonrechter te Delft ook.⁵⁰ In een geschil waarin het ontslag van rechtswege door het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd zonder dat sprake was van een pensioenbeding, oordeelde de rechter als volgt:

r.o. 4.2.: De kantonrechter is van oordeel dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet van rechtswege eindigt op grond van het enkele feit dat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. Daarvoor zijn bijkomende feiten en omstandigheden nodig, waaruit zou kunnen volgen dat de partijbedoeling is gericht op het eindigen van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Deze partijbedoeling, die voort moet vloeien uit feiten en omstandigheden, kan bijvoorbeeld tot uiting worden gebracht middels een pensioenbeding. De kantonrechter heeft daarmee voor een middenweg gekozen: van rechtswege eindigen wegens het bereiken van de pensioenleeftijd is niet mogelijk, maar met bijkomende omstandigheden waaruit de partijbedoeling blijkt is deze beëindiging van rechtswege wel mogelijk.⁵¹ Ook een kantonrechter te Leeuwarden heeft de rechtsgeldigheid van het pensioenbeding erkend toen deze in 2003 uitspraak deed.⁵² Hierbij bepaalde de rechter dat:

De arbeidsovereenkomst tussen partijen is inmiddels op grond van de arbeidsovereenkomst en de daarop van toepassing zijnde cao-bepalingen van rechtswege geëindigd wegens het door [eiser] bereiken van de 60-jarige leeftijd.

4.1.1 (Verboden) leeftijdsdiscriminatie?

Naast de vraag of een pensioenbeding rechtsgeldig is, heeft de discussie gespeeld of een pensioenbeding geen verboden onderscheid naar leeftijd maakt. Het verbod op leeftijdsdiscriminatie is algemeen neergelegd in art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: IVBPR) en art. 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). In Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: Richtlijn) zijn deze artikelen vervolgens gespecificeerd. Art. 2 Richtlijn beschrijft dat iedere vorm van directe of indirecte discriminatie verboden is. Conform lid 2 onderdeel b Richtlijn wordt onder indirecte discriminatie verstaan:

*“indirecte discriminatie”, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, **leeftijd** of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt.*

Discrimineren op basis van leeftijd is dus verboden, tenzij conform art. 2 lid 2 onderdeel b sub i Richtlijn:

Die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Art. 6 lid 1 Richtlijn geeft een aantal voorbeelden die als legitieme doelstellingen gezien kunnen worden, waaronder (het verbeteren of creëren van) de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding.

Het onderdeel leeftijdsdiscriminatie van de Richtlijn is in Nederland geratificeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (hierna: WGBL) op 1 mei 2004. Het pensioenontslag en de rechtvaardiging hiervan is opgenomen in art. 7 lid 1 sub b en c WGBL:

⁵⁰ Ktr. Delft 23 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI2450.

⁵¹ E. Lutjens, M. Heemskerk, 'Is pensioenontslag bij 65 jaar nog steeds geldig?', *ArbeidsRecht* 2010/ 8, 1 februari 2010.

⁵² Ktr. Leeuwarden 24 juni 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AH9093.

Het verbod van onderscheid geldt niet indien het onderscheid:

Sub b: betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding (...) in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat;

Sub c: anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

4.1.1.1 Pensioenontslag naar Europees perspectief

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) heeft zich al meerdere malen gebogen over de uitzonderingsgrond van art. 2 lid 2 onderdeel b sub i Richtlijn.

Daarbij is onder andere specifiek ingegaan of een pensioenontslag dan wel een pensioenbeding valt onder de objectieve rechtvaardiging. De relevante uitspraken in dit verband zijn: *Palacios de la Villa*, *Age Concern*, *Rosenblatt*, *Georgiev* en *Fuchs*. Een korte situatiebeschrijving en uitleg van deze uitspraken is opgenomen in Bijlage 3. Uit deze uitspraken blijkt een aantal standpunten. Allereerst krijgen lidstaten van het Hof een grote mate van beoordelingsvrijheid. Een lidstaat moet in beginsel zelf bepalen of een maatregel passend en noodzakelijk is. Daarnaast wordt een pensioenbeding of pensioenontslag in beginsel toegestaan, mits de lidstaat zich maar beroept op een van de rechtvaardigingsgronden van de Richtlijn.

4.1.1.2 Pensioenontslag naar nationaal perspectief

Het Hof hanteert al minstens tien jaar het standpunt dat een pensioenbeding of –ontslag toegestaan is. Ondanks dat heeft in nationale jurisprudentie jarenlang onenigheid bestaan over de vraag of een pensioenontslag gerechtvaardigd is. Zo zijn er uitspraken van lagere rechters die een beëindiging van rechtswege middels een pensioenbeding goedkeuren.⁵³ Anderzijds is er ook lagere rechtspraak te vinden waar een beëindiging op grond van een pensioenbeding werd afgekeurd.⁵⁴ Er is een uitspraak geweest waarbij een pensioenontslag werd goedgekeurd in eerste aanleg, maar vervolgens in hoger beroep werd vernietigd. Dit pensioenontslag maakte namelijk direct onderscheid tussen ambtenaren geboren voor en na een bepaalde datum. De Centrale Raad van Beroep heeft bepaald dat dit leeftijdsdiscriminatie is, nu slechts sprake is van beperkte terugwerkende kracht. In reactie op de uitspraak van de kantonrechter 's Gravenhage van 14 april 2008, besliste de Centrale Raad van Beroep in onderstaande casus als volgt.⁵⁵

Eiser is een ambtenaar, werkzaam bij de Nederlandse overheid. Wanneer hij de 65-jarige leeftijd bereikt, wordt hem eervol ontslag verleend. Werknemer is het hier niet mee eens en geeft aan fulltime te willen blijven werken. Hij beroept zich op het verbod op leeftijdsdiscriminatie conform de Richtlijn en de WGBL. De rechtbank beroept zich op het Besluit vaststelling leeftijdsgrens openbare functies, waarin opgenomen is dat aan overheidspersoneel bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd ontslag wordt verleend behoudens zeer bijzondere gevallen. De rechtbank keurt het pensioenontslag goed. Tegen deze uitspraak gaat de ambtenaar vervolgens in hoger beroep. Hij voert aan dat voor ambtenaren geldt dat zij kunnen kiezen om door te werken nadat ze 65 jaar zijn geworden. Die mogelijkheid is neergelegd in een gedragsrichtlijn van het Rijk. Deze richtlijn is echter alleen van toepassing op ambtenaren die na 11 mei 2007 de leeftijd van 65 jaar bereiken en dus niet eerder, zoals eiser die op 15 december 2006 deze leeftijd bereikte. Het feit dat de gedragsrichtlijn slechts beperkte terugwerkende kracht heeft, acht de Raad in strijd met de Richtlijn. Er is geen geobjectiveerde rechtvaardiging te vinden nu een direct onderscheid wordt gemaakt tussen rijksambtenaren geboren voor en na 11 mei 2007. De Raad oordeelt

⁵³ Ktr. Dordrecht 14 april 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ2159, Rb. 's-Gravenhage 14 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD1612, Ktr. Lelystad 20 februari 2008, JAR 2008/120, Ktr. Utrecht 30 september 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU7208.

⁵⁴ Ktr. Amsterdam 8 juli 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF2261, Ktr. Delft 23 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI2450.

⁵⁵ CRvB 26 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1699 (*Maschhaupt* tegen *Ministerie van Verkeer en Waterstaat*).

dat de gedragslijn daarom ook geldt voor rijksambtenaren die 65 jaar zijn geworden voor 11 mei 2007 en vernietigt de uitspraak van de rechtbank.

4.1.1.3 Pensioenontslag onder de pensioengerechtigde leeftijd

Op basis van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie kan beargumenteerd worden dat het van rechtswege eindigen van het dienstverband bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd toegestaan is. Naast de vraag of een pensioenontslag toegestaan is, heeft zich nog een ander vraagstuk voorgedaan: leeftijdsontslag *onder* de pensioengerechtigde leeftijd. In het verleden is de nationale wetgeving hier duidelijk over geweest: pensioenontslag onder de pensioengerechtigde leeftijd is leeftijdsdiscriminatie.⁵⁶ De enige uitzondering hierop lijkt pilotenjurisprudentie te zijn, waarbij doorstroming als doorslaggevend argument wordt gebruikt.⁵⁷ Deze uitzondering werd echter door het Europese Hof van tafel geveegd in het Lufthansa/Prigge arrest (zie Bijlage 3).⁵⁸

De Hoge Raad heeft daarna in een arrest een andere beslissing dan het Hof genomen over een pensioenontslag onder de pensioengerechtigde leeftijd.⁵⁹ In dit KLM-arrest stonden ook piloten en de voor hen geldende cao centraal. Deze cao beschreef dat de arbeidsovereenkomst van KLM-piloten van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 56-jarige leeftijd, of uiterlijk bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd bij 'verminderde productie', dus minder instromende jonge piloten. De Hoge Raad is het gerechtshof Amsterdam gevolgd in haar oordeel dat geen sprake is van ongerechtvaardigde leeftijdsdiscriminatie. Het gerechtshof heeft daarvoor aangevoerd dat de te verwezenlijken doelen van het leeftijdsontslag passen binnen een objectieve rechtvaardiging zoals bedoeld in art. 7 aanhef en onder c WBGL jo. art. 6 lid 1 Richtlijn. Deze doelen zijn:

r.o. 5.2: (...)het bereiken van een regelmatige en voorspelbare doorstroming van verkeersvliegers tussen de rangen, kostenbeheersing en een evenwichtige personeelsopbouw (waaronder begrepen een evenwichtige verdeling van de werkgelegenheidskansen binnen de beroepsgroep). Daarmee heeft het hof de door partijen met art. 5.4 CAO nagestreefde doelstellingen kennelijk beoordeeld als doelstellingen van sociaal beleid, met name op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding.

Onder omstandigheden kan dus ook een leeftijdsontslag voor de AOW-gerechtigde leeftijd gerechtvaardigd worden. Deze omstandigheden moeten wel uitdrukkelijk toegelicht worden. Alleen vanwege het feit dat de cao duidelijk en ondubbelzinnig omschrijft wat de doelen van een pensioenontslag voor de AOW-leeftijd zijn en deze aansluiten bij de uitzonderingsgronden van art. 6 Richtlijn, kan de cao een legitiem doel objectief rechtvaardigen.⁶⁰ Het KLM-arrest bevestigt overigens meteen de rechtmatigheid van een pensioenbeding tegen of boven de AOW-leeftijd. In het arrest werd namelijk bepaald dat een pensioenbeding onder de AOW-leeftijd ook rechtmatig kan zijn. Dit impliceert dat een pensioenbeding tegen de AOW-leeftijd in ieder geval rechtmatig is.

Bovenstaand arrest beschrijft hoe zwaar de toetsing aan de objectieve rechtvaardiging is, wanneer het pensioenontslag op een lagere leeftijd plaatsvindt dan de AOW-gerechtigde leeftijd. De enkele omstandigheid dat een arbeidsovereenkomst of cao nog niet aangepast is aan de stijgende AOW-leeftijd, is daarvoor onvoldoende. Indien een cao een ontslagleeftijd van 65 jaar hanteert, waar de AOW-leeftijd al is opgeschoven naar bijvoorbeeld 66 jaar, dan

⁵⁶ Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ4895, Rb. Groningen 8 december 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BK6017, Ktr. Amsterdam 21 februari 2011, RAR 2011/81.

⁵⁷ HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0424, Hof Amsterdam 8 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9545.

⁵⁸ M. Heemskerk, 'Zet het Lufthansa-arrest een streep door pensioenontslag onder 65 jaar?', *Arbeidsrecht* 2012/28, 21 juni 2012.

⁵⁹ HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367 (*werknemers/KLM en VNV*).

⁶⁰ A.R. Houweling, 'Leeftijdsontslag en de WBGL: hoe verkeerspiloten bij KLM objectief gerechtvaardigd de deur uitvliegen' *VAAN AR Updates* 2012/0662, 15 juli 2012.

is een pensioenontslag op 65 jaar in dat geval vernietigbaar. In de Memorie van Antwoord van de Wet VAP wordt daarover het volgende bepaald:

*Ontslag uitsluitend gebaseerd op het bereiken van een bepaalde leeftijd mag niet, tenzij die leeftijd de AOW-gerechtigde leeftijd is; en bij een lagere leeftijd, daar waar een objectieve rechtvaardiging voor is. Die objectieve rechtvaardiging zal er niet zijn als een werknemer wordt ontslagen omdat in de cao of individuele arbeidsovereenkomst nog steeds sprake is van ontslag bij 65 uitsluitend omdat men de betreffende overeenkomst niet heeft aangepast aan de stijging van de AOW-leeftijd. Als een werknemer desondanks bij 65 wordt ontslagen is dat ontslag vernietigbaar.*⁶¹

Uit het bovenstaande blijkt dat geen sprake is van leeftijdsdiscriminatie bij het pensioenontslag van een AOW-gerechtigde werknemer. Een leeftijdsontslag van iemand die de AOW-gerechtigde leeftijd echter nog niet heeft bereikt, kan slechts onder bijzondere omstandigheden doorgang vinden. Er dient dan voor een opzegging wegens het bereiken van een lagere leeftijd dan de AOW-leeftijd op grond van art. 7 eerste lid onderdeel b WGBL een objectieve rechtvaardigingsgrond worden aangevoerd door werkgever.⁶² Gevolgen van een vernietigd ontslag kunnen zijn dat de werknemer in dienst is gebleven waardoor loonvordering, wedertewerkstelling en voortzetting van de pensioenopbouw door de werknemer gevorderd kunnen worden.⁶³

4.2 Risico's van een pensioenbeding

Vast is komen te staan dat een pensioenontslag met behulp van een pensioenbeding (soms onder omstandigheden) is toegestaan. De vraag is echter of een pensioenbeding nog noodzakelijk is in een (collectieve) arbeidsovereenkomst, of dat deze overbodig is geworden. Bij de deelvraag betreffende het ontslagrecht is art. 7:669 lid 4 BW al genoemd. Dit artikel, opgenomen sinds de WWZ, beschrijft dat een arbeidsovereenkomst zonder instemming van werknemer of toestemming van UWV en kantonrechter kan worden beëindigd door het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd (of een andere overeengekomen leeftijd). In feite beschrijft dit wetsartikel het pensioenbeding, behalve dat een pensioenbeding vaak nog 'van rechtswege' heeft opgenomen. Waar de arbeidsovereenkomst bij een pensioenbeding dus direct eindigt, is de wet iets milder en geeft deze de werkgever de keuze om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Dit is wel van belang bij een eventuele opzegtermijn. Bij een pensioenbeding eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd (mits dit uiteraard zo staat omschreven in cao of arbeidsovereenkomst). Voorafgaande opzegging is daarbij niet vereist, waardoor ook geen opzegtermijn in acht genomen hoeft te worden. Dit in tegenstelling tot de pensioenopzegging van art. 7:669 lid 4 BW.

4.2.1 Van rechtswege eindigen?

Een pensioenbeding beschrijft over het algemeen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Van rechtswege wordt in Lycaeus Juridisch Woordenboek omschreven als:

*Een gevolg dat automatisch intreedt op grond van de wet.*⁶⁴

Dit is in het verleden ook de intentie geweest van het pensioenbeding. Middels het pensioenbeding kon een werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd bereikte, zo ontslagen worden, zonder dat hier een hele juridische rompslomp aan vooraf zou moeten gaan.

⁶¹ Kamerstukken I 2011/12, 33290, C p. 14 (MvA).

⁶² Kamerstukken II 2014/15, 34273, 3 p. 18 (MvT).

⁶³ M. Heemskerk, 'Pensioenontslagbeding na verhoging AOW-leeftijd: oppassen en aanpassen', *ArbeidsRecht* 2013/4, 24 december 2012.

⁶⁴ Lycaeus Juridisch Woordenboek, www.juridischwoordenboek.nl (zoek op: *van rechtswege*).

Maar ook hier kunnen risico's bestaan. Wat bijvoorbeeld te doen bij een situatie waar werknemer en werkgever beiden willen dat de werknemer blijft werken na de AOW-leeftijd, maar er sprake is van een pensioenbeding? In principe eindigt de arbeidsovereenkomst zonder voorafgaande opzegging door het pensioenbeding. Blijft de werknemer vervolgens werken, dan zou dit gezien kunnen worden als een nieuw dienstverband. Zoals reeds eerder beschreven, geldt het versoepelde ontslagrecht slechts indien de arbeidsovereenkomst is gesloten voor het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd conform art. 7:669 lid 4 BW. Geldt dan vervolgens het gewone ontslagrecht waardoor toestemming van UWV of kantonrechter met een redelijke ontslaggrond is vereist? Of werkt een stilzwijgende verlenging de eenmalige 'eenvoudige' ontslagmogelijkheid van art. 7:669 lid 4 BW niet tegen? Vooralsnog heeft alleen de kantonrechter van de rechtbank Amsterdam zich gebogen over de vraag of doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd met een pensioenbeding een pensioenopzegging zoals bedoeld in art. 7:669 lid 4 BW in de weg staat.⁶⁵ Deze uitspraak wordt hieronder toegelicht.

De werknemer in kwestie heeft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Vanwege een pensioenbeding, opgenomen in de voor werknemer geldende cao, eindigt deze arbeidsovereenkomst zonder nadere opzegging op de dag waarop hij de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. De werknemer blijft echter doorwerken. Enige tijd later (uit de uitspraak blijkt niet hoeveel later) geeft de werkgever aan de arbeidsovereenkomst op te zeggen zonder toestemming van de werknemer. De werkgever beroept zich hierbij op art. 7:669 lid 4 BW. Zijn werknemer is het hier niet mee eens en start een kort gedingprocedure, waarin aangevoerd dat voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst toestemming is vereist van UWV of kantonrechter nu door het pensioenbeding na bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. De kantonrechter oordeelt als volgt:

r.o. 3.8: [werkgever] heeft de arbeidsovereenkomst met [eiser] in verband met zijn pensioendatum eerst in oktober 2015 opgezegd. Volgens het pensioenbeding (...) eindigt de arbeidsovereenkomst op de pensioendatum van rechtswege zonder opzegging. Partijen hebben aan dit beding geen uitvoering gegeven, maar hebben de reeds bestaande arbeidsovereenkomst stilzwijgend voortgezet. Het betoog dat sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst na [datum] kan dogmatisch misschien wel worden gevolgd, maar doet geen recht aan de feitelijke situatie, noch aan de strekking van artikel 7:669 lid 4 BW. Immers, [eiser] was voor en na zijn pensioendatum in dienst van [werkgever], en [werkgever] heeft slechts eenmaal gebruik gemaakt van het recht om zich te beroepen op het door [eiser] bereikt hebben van de pensioengerechtigde leeftijd als grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter heeft meegenomen in zijn oordeel, dat het voor werkgevers aantrekkelijker moet worden om werknemers na de AOW-gerechtigde leeftijd door te laten werken.⁶⁶ Indien ingestemd wordt met de werknemer, gaat het doel van art. 7:669 lid 4 BW (deels) teniet. Werknemer wordt in het ongelijk gesteld. Bezien vanuit deze uitspraak lijkt een pensioenbeding een (latere) pensioenopzegging bij stilzwijgend voortzetten niet in de weg te staan. Dit is echter pas een uitspraak ten voordele van de werkgever en slechts op relatief laag rechterlijk niveau.

4.2.2 Hogere pensioenleeftijd

Eerder is al gebleken dat een pensioenontslag onder de AOW-gerechtigde leeftijd risico's met zich meebrengt. Zo kan een ontslag vernietigbaar zijn. Maar wat indien een hogere pensioenleeftijd wordt gehanteerd? Vaak wordt bij pensioengerelateerde wetsartikelen de

⁶⁵ Rb. Amsterdam 24 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1678.

⁶⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3 p. 47.

AOW-leeftijd zoals bedoeld in art. 7a AOW genoemd, tenzij een andere leeftijd is overeengekomen. Zo ook bijvoorbeeld art. 7:669 lid 4 BW:

(...) tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7a Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd (...)

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat, indien een afwijkende, hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd wordt gehanteerd, deze leeftijd als enige rechtsgeldige leeftijd kan gelden. In dat geval zijn partijen namelijk bij aanvang van het dienstverband reeds uitgegaan van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst op een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd.⁶⁷ Het zou kunnen voorkomen dat de AOW-gerechtigde leeftijd van een werknemer op 65 jaar en negen maanden is vastgesteld, maar dat de (collectieve) arbeidsovereenkomst een pensioenbeding beschrijft waar de leeftijd van 67 jaar is opgenomen. Of dat bijvoorbeeld in de pensioenregeling van het aanvullende ouderdomspensioen een hogere leeftijd is opgenomen.

Zo ook bij een arrest wat zich voordeed bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch.⁶⁸ Hierbij speelde het geschil tussen een werkgever en diens werkneemster die in september 2015 de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Naast haar AOW bouwt werkneemster een aanvullend ouderdomspensioen op, via een collectieve pensioenvoorziening. Deze pensioenvoorziening hanteert als pensioenleeftijd 67 jaar op grond van art. 18a lid 6 van de Wet Loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB). Wanneer werkneemster de AOW-gerechtigde leeftijd van 65 jaar en drie maanden bereikt, deelt de werkgever haar mede dat haar arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt 'bij het bereiken van de op dat moment geldende pensioengerechtigde leeftijd'. Werkgever voert aan dat dit de AOW-leeftijd is, wat betwist wordt door werkneemster, die aangeeft dat de pensioenleeftijd uit de pensioenvoorziening geldt. Werkgever zegt daarom de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk op op grond van art. 7:669 lid 4 BW. Het hof is van mening dat het pensioenbeding geen onderwerp meer is van de procedure, nu de werkneemster in haar verzoeken bij de kantonrechter uit is gegaan van de situatie dat de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd nog bestond en dit is niet betwist door werkgever. Volgens het gerechtshof moet in de procedure in hoger beroep daarom uitgegaan worden van de veronderstelling dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege is geëindigd bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar en drie maanden. Als pensioenleeftijd wordt daarom de leeftijd van 67 jaar gehanteerd op grond van het pensioenbeding. Een beroep op art. 7:669 lid 4 BW is toegestaan bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, mits er geen andere leeftijd overeengekomen is. Nu het hof stelt dat de pensioenleeftijd in dit geval 67 jaar is, is wel sprake van een andere leeftijd en kan geen beroep gedaan worden op art. 7:669 lid 4 BW. Werkgever wordt in het ongelijk gesteld en dient werkneemster wegens onregelmatige opzegging een billijke vergoeding van € 36.014,- en een gefixeerde schadevergoeding van € 12.424,62 te betalen.

Het hanteren van een pensioenbeding waar de ingangsdatum betwist kan worden, kan voor een werkgever duur uitpakken. Indien in het pensioenbeding 'de AOW-gerechtigde leeftijd' had gestaan, dan was er mogelijk niks aan de hand geweest. Ook het volledig ontbreken van een pensioenbeding was beter geweest. Dan had de werkgever namelijk wel een rechtsgeldig beroep kunnen doen op het pensioenontslag van art. 7:669 lid 4 BW.

4.2.3 Voordelen van een pensioenbeding

Een aantal rechtsgeleerden waarschuwt momenteel voor de risico's van het opnemen van een pensioenbeding in de (collectieve) arbeidsovereenkomst. Gelet op wat hiervoor is

⁶⁷ Kamerstukken II 2014/15, 34273, 3, p. 18 (MvT).

⁶⁸ Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2016, ECLI: NL:GHSHE:2016:1093 (tussenuitspraak), Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2512 (einduitspraak).

beschreven, lijkt dat ook zeker niet onterecht. Maar er zijn ook rechtsgeleerden die voordelen zien in een pensioenbeding ten opzichte van een opzegging van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 4 BW. Zo ook Degelink, die in een artikel een tweetal voordelen van een pensioenbeding beschrijft.⁶⁹

Als eerste voordeel wordt beschreven dat bij een pensioenbeding geen discussie bestaat over verboden leeftijdsonderscheid. Zoals reeds eerder is beschreven, is een leeftijdsonderscheid verboden, tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Uit Kamerstukken blijkt dat de Minister van SZW van mening is dat iedere opzegging op of na de AOW-leeftijd een objectieve rechtvaardiging van art. 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL inhoudt.⁷⁰ Volgens Degelink is er bij een opzegging omdat de werknemer een leeftijd hoger dan de AOW-leeftijd heeft bereikt geen sprake van een beëindiging naar ontslagleeftijd in de zin van art. 7 lid 1 onder b WGBL. Het moet bij de WGBL gaan om een vaste ontslagleeftijd die bij of krachtens wet is vastgesteld. Art. 7:669 lid 4 BW beschrijft geen vaste ontslagleeftijd, maar een ontslagleeftijd 'vanaf' de AOW-leeftijd. De vraag is dus of een opzegging conform art. 7:669 lid 4 BW wel valt onder de uitzonderingsgrond van de WGBL. De Raad van State (hierna: RvS) heeft twijfels geplaatst bij de noodzakelijkheid van de opzegging tegen pensioenleeftijd. Hij heeft hierbij aangegeven dat er ook minder vergaande manieren zijn om oudere werknemers te ontslaan, zoals bijvoorbeeld een lichtere ontslagtoets door de kantonrechter.⁷¹ Indien er minder vergaande middelen mogelijk zijn, dan vraagt de RvS zich af of er wel sprake is van noodzaak zoals wordt vereist in de Richtlijn. Een dergelijk probleem is er niet bij een pensioenbeding. Daarbij wordt namelijk bij een vaste ontslagleeftijd beëindigd, waarna arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd uitgegeven kunnen worden voor de werknemer die wil blijven doorwerken.

Een ander voordeel wat Degelink aanvoert, is de onafhankelijkheid van de politieke keuzes van de wetgever. Wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd afgesproken wordt, duurt het vaak nog vele jaren voordat de pensioengerechtigde leeftijd bereikt wordt. Het staat nog niet vast of tegen die tijd de politieke keuze van de wetgever ertoe heeft geleid dat art. 7:669 lid 4 BW weer uit de wet is verdwenen, in tegenstelling tot een contractueel overeengekomen ontslagleeftijd in de vorm van een pensioenbeding. Een dergelijk beding zou meer zekerheid op lange termijn moeten bieden. Deze politieke onzekerheid bestaat echter voor iedere wet en iedere juridische bepaling. Voor hetzelfde geld wordt in de toekomst bepaald dat een contractueel pensioenbeding in strijd is met een (nieuw) wetsartikel. Het lijkt er daarom op dat politieke onzekerheid als argument niet vrij sterk is.

4.3 Tussenconclusie

Door de veranderde wetgeving is een soort vervanging van het pensioenbeding opgenomen in het BW. Deze pensioenopzegging kan ingeroepen worden vanaf de AOW-gerechtigde leeftijd, in tegenstelling tot het pensioenbeding waarbij de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van een bepaalde leeftijd. Ondanks dat sommige rechtsgeleerden nog voordelen zien in een pensioenbeding ten opzichte van een pensioenopzegging, lijkt het door de mate van overbodigheid en risico van een pensioenbeding verstandig om toch een pensioenbeding te weren uit toekomstige arbeidsovereenkomsten. Het lijkt er vooralsnog op dat een werkgever tegemoet gekomen wordt bij stilzwijgende verlenging bij een pensioenbeding, zodat een werkgever niet de eenmalige kans op een versoepeld ontslag verspeelt. Een beroep op art. 7:669 lid 4 BW lijkt een eenvoudiger en aantrekkelijker optie dan een potentieel risicovol pensioenbeding. Een werkgever doet er daarom verstandig aan om geen pensioenbeding meer op te nemen in zijn arbeidsvoorwaarden of -overeenkomsten. Indien een werkgever een pensioenbeding uit zijn voorwaarden wil verwijderen, bestaan hier meerdere mogelijkheden voor. Deze mogelijkheden vallen buiten de strekking van dit rapport en zullen daarom niet behandeld worden.

⁶⁹ B. Degelink, 'Het pensioenontslagbeding onder de WWZ: nuttig of inflexibel?', *Arbeidsrecht* 2015/47, oktober 2015, p. 7-11.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 56.

⁷¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 38.

HOOFDSTUK 5 DE ZIEKE AOW-GERECHTIGDE WERKNEMER

In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de AOW-gerechtigde werknemer die ziek is of wordt. Met het intreden van de Wet werken na AOW zijn aanpassingen doorgevoerd die het aantrekkelijker moeten maken om AOW-gerechtigde werknemers in dienst te nemen of te houden. Een aantal van deze aanpassingen ziet op de verplichtingen van een werkgever bij ziekte van de AOW-gerechtigde werknemer. In dit hoofdstuk zal eerst schematisch uiteengezet worden hoe het 'normale' langdurig ziekteverlof voor een niet AOW-gerechtigde werknemer eruit ziet. Vervolgens zal beschreven worden hoe het ziekteverlof er voor een AOW-gerechtigde werknemer eruit ziet door invoering van de WWZ en de Wet werken na AOW. Op deze manier is het verschil tussen ziekte voor en na de AOW-leeftijd goed te zien.

5.1 Het ziekteverlof bij een niet AOW-gerechtigde werknemer

Ziek is de werknemer die ongeschikt is om zijn arbeid te verrichten. Art. 18 lid 1 Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (hierna: WAO) omschrijft ziekte als volgt:

Arbeidsongeschikt, geheel of gedeeltelijk, is hij die als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebreken, zwangerschap of bevalling geheel of gedeeltelijk niet in staat is om met arbeid te verdienen, hetgeen gezonde personen, met soortgelijke opleiding en ervaring, ter plaatse waar hij arbeid verricht of het laatst heeft verricht, of in de omgeving daarvan, met arbeid gewoonlijk verdienen.

Het gaat dus om een werknemer die niet meer in staat is om zijn werk uit te voeren ten gevolge van een ziekte. De eerste twee jaren van ziekte zijn werkgever en werknemer verantwoordelijk voor verzuimbegeleiding en re-integratie, waar nodig ondersteund door bedrijfsarts of arbodienst.⁷² Deze tweejaarstermijn, of 104 weken, vloeit voort uit de Wet verbetering poortwachter, een wet die is opgesteld met als uitgangspunt dat snel en effectief ingrijpen het ziekteverzuim korter maakt. De wet geeft een aantal verplichtingen aan werkgever en werknemer vanaf het moment van ziek worden. Schematisch weergegeven gelden voor een werkgever en werknemer de volgende verplichtingen. In Bijlage 4 is een uitgebreide versie van dit schema met wetsartikelen en toelichting opgenomen.

Dag 1	Werknemer meldt zich ziek bij de werkgever.
Week 1	Werkgever doet melding van de ziekte bij arbodienst of bedrijfsarts.
Week 6	Bedrijfsarts of arbodienst geeft probleemanalyse over de ziekte.
Week 8	Plan van aanpak, opgesteld door werkgever in overleg met werknemer.
Week 42	Werkgever meldt de werknemer ziek bij het UWV.
Week 52	Terugblikken op eerste ziektejaar in Eerstejaarsevaluatie.
Week 88	Werknemer ontvangt informatie over een WIA-aanvraag van het UWV.
Week 91	Invullen Eindevaluatie door werkgever en werknemer.
Week 93	Werknemer vraagt een WIA-uitkering aan bij het UWV.
Week 104	Het UWV beslist over de WIA-aanvraag.
Na 104 weken	Na 104 weken geldt het opzegverbod niet meer, tenzij werkgever te weinig moeite heeft gestoken in re-integratie. In dat geval kan het UWV een loonsanctie van ten hoogste een jaar opleggen aan werkgever.

5.2 Afwijkend ziekteverlof voor de AOW-gerechtigde werknemer

Voormeld schema (en de uitwerking ervan in Bijlage 4) gold voor iedere werknemer. Sinds de WWZ en de Wet werken na AOW is het ziekteverlof voor de AOW-gerechtigde werknemer veranderd. Om het aantrekkelijker te maken voor werkgevers om oudere werknemers in dienst te nemen of te houden, is getracht de werknemerskosten te drukken.

⁷² Kamerstukken II 2007/8, 31357, 3.

Zo worden directe kosten verlaagd doordat geen premies voor de werknemersverzekeringen afgedragen hoeven te worden en doordat voor oudere werknemers geldt dat zij ten minste recht hebben op het minimumloon.

Werkgevers kijken echter niet alleen naar directe kosten was het oordeel van de wetgever, maar ook naar indirecte kosten. Indirecte kosten zijn de kosten die gepaard gaan met een ontslag of ziekte.⁷³ De wetgever heeft daarom geprobeerd met onderstaande wijzigingen, om de indirecte kosten te verlagen. Hieronder zullen de verschillende wijzigingen omtrent de ziekte van AOW-gerechtigde werknemers behandeld worden.

5.2.1 Loondoorbetalingsverplichting

Voor een werknemer die ziek wordt, geldt de loondoorbetalingsverplichting van 104 weken. Vanwege de verhoogde kans op ziekte bij AOW-gerechtigde werknemers of in ieder geval de angst van werkgevers hiervoor, is besloten om deze termijn in te korten. Er is bewust niet voor gekozen om de ziekte-termijn helemaal te laten vervallen. Deze keuze heeft twee redenen gehad. Aan de ene kant bescherming van de werknemer tegen een abrupte teruggang in inkomen, aan de andere kant financieel risico voor de werkgever beperken.⁷⁴ Gekozen is voor een termijn van loondoorbetaling van zes weken, zoals blijkt uit art. 7:629 lid 2 onderdeel b jo. 670 lid 1 onderdeel a BW. Ook voor het uitbetalen van ziekengeld op grond van de Ziektewet (hierna: ZW) geldt de termijn van zes weken conform art. 29 lid 5 ZW. Het ziekengeld zal later dit hoofdstuk behandeld worden.

Op de termijn van zes weken dient wel een nuancering aangebracht te worden. Kamerleden Schouten en Vermeij verzocht om een overgangsregeling voor de loondoorbetaling bij AOW-gerechtigde werknemers.⁷⁵ Deze overgangsregeling is ingediend naar aanleiding van het amendement van Kamerlid Dijkgraaf.⁷⁶ Hierin is opgenomen dat de Minister van SZW een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van de Wet werken na AOW moet uitbrengen aan de Staten-Generaal. Dit verslag ziet op de eerste twee jaar na inwerkingtreding en dient in ieder geval te beschrijven in hoeverre de beperking van de loondoorbetalingsverplichting heeft geleid tot verdringing van de niet AOW-gerechtigde beroepsbevolking. Oftewel: na 1 januari 2018 moet de Minister van SZW toetsen of AOW-gerechtigde werknemers nu de gewone beroepsbevolking van de arbeidsmarkt verdringen. Op deze evaluatie ziet het amendement van Schouten en Vermeij. Zij hebben voorgesteld om, tot het moment van evaluatie, een termijn van dertien weken te hanteren, in plaats van zes. Indien uit de evaluatie blijkt dat niet of nauwelijks sprake is van verdringing, dan zal bij Koninklijk Besluit (hierna: KB) de termijn van zes weken gaan gelden. Dit amendement is opgenomen in art. VIIIA Wet werken na AOW voor het BW. Ook voor de Ziektewet geldt dit overgangsrecht conform art. III onderdeel I Wet werken na AOW, die art. 104 ZW in het leven roept. Voor de AOW-gerechtigde werknemer die ziek wordt, geldt daarom in ieder geval tot na een bij KB te bepalen tijdstip in 2018, de loondoorbetalingsverplichting van dertien weken.

Er is echter ook sprake van overgangsrecht op overgangsrecht. De termijn van dertien weken zoals bedoeld in art. 7:629 lid 2 onderdeel b jo. 670 lid 1 onderdeel a BW geldt niet meteen voor (bijna) AOW-gerechtigde werknemers die al ziek waren conform art. IX Wet werken na AOW. Dit artikel beschrijft dat werknemers die al ziek waren voor de inwerkingtreding van deze wet op 1 januari 2016, gedurende zes maanden recht houden op het oude tijdvak van 104 weken, mits zij in deze zes maanden de AOW-leeftijd al hebben bereikt of bereiken. Hierna gaat de nieuwe termijn van dertien weken pas lopen.

De Wolff geeft hiervoor als voorbeeld:

⁷³ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 3, p. 6 (MvT).

⁷⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 3, p. 8 (MvT).

⁷⁵ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 19.

⁷⁶ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 11.

Om een voorbeeld te geven: een werknemer die van 1 maart 2015 tot 22 december 2015 arbeidsongeschikt was, vervolgens herstelt, maar op 15 januari 2016 opnieuw uitvalt, houdt tot 1 oktober 2016 een aanspraak op loondoorbetaling en ontslagbescherming als hij voor 1 juli 2016 de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.⁷⁷

In het voorbeeld van De Wolff moeten de verschillende ziekteperiodes als een gezien worden, omdat art. 7:629 lid 10 BW ook voor de AOW-gerechtigde werknemer geldt. Dit artikel beschrijft dat indien verschillende periodes van ziekte elkaar opvolgen met een onderbreking van minder dan vier weken, zij als één periode gezien moeten worden. Aanvullend op het voorbeeld van De Wolff, indien tussen de periodes van ziekte meer dan vier weken zit, dan geldt het overgangsrecht niet. Een AOW-gerechtigde werknemer die van 1 maart 2015 tot 10 december 2015 ziek was en vervolgens op 20 januari 2016 weer ziek wordt, heeft een aanspraak op loondoorbetaling voor de duur van dertien weken. Bovenstaand overgangsrecht is momenteel niet meer van toepassing, nu de zes maanden na inwerkingtreding per 1 juli 2016 zijn verstreken, maar het heeft wel voor de duur van een halfjaar een complexe situatie in het leven geroepen.

Voor de werknemer die al ziek was voor het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd geldt de loondoorbetalingsverplichting van maximaal dertien weken, voor zover het totale tijdvak van voor en na de AOW-leeftijd de 104 weken van art. 7:629 lid 1 BW niet overschrijdt. Een werknemer bijvoorbeeld die in de ziekteweek 97 zit, heeft bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd nog slechts aanspraak op loondoorbetaling voor de periode tot aan week 104, dus zeven weken.

5.2.2 Re-integratieverplichtingen

Zoals in Bijlage 4 uitvoerig is weergegeven, rusten op werkgever en werknemer gedurende de 104 weken behoorlijk wat re-integratieverplichtingen. Voor de AOW-gerechtigde werknemer gelden veel van deze verplichtingen niet. Dat is ook logisch, gezien de korte termijn van loondoorbetaling. De AOW-gerechtigde werknemer is gedurende de periode van loondoorbetaling wel verplicht om eigen of andere passende arbeid binnen het eigen bedrijf te verrichten conform art. 7:629 lid 2 en 4 jo. 660a lid 1 aanhef en onderdeel a BW. De AOW-gerechtigde werknemer is echter vrijgesteld van het tweede spoor, zo blijkt uit art. 7:658a lid 1 laatste volzin:

Indien vaststaat dat de eigen arbeid niet meer kan worden verricht en in het bedrijf van de werkgever geen andere passende arbeid voorhanden is, bevordert de werkgever (...) de inschakeling van de werknemer in voor hem passende arbeid in het bedrijf van een andere werkgever, tenzij de werknemer de in artikel 7a Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt.

Werkgever en werknemer zijn tevens vrijgesteld van het opstellen van een plan van aanpak. Werkgever is verplicht om een plan van aanpak op te stellen in overeenstemming met de werknemer, tenzij deze de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt conform art. 7:658a lid 3 BW. De werknemer is verplicht om mee te werken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak conform art. 7:660a lid 1 aanhef en onderdeel b BW. Lid 2 beschrijft vervolgens dat lid 1 aanhef en onderdeel b niet van toepassing is op de werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt.

Ook het re-integratieverslag wat de werkgever na het eerste rapport van de arbodienst of bedrijfsarts moet bijhouden, is niet van toepassing bij de AOW-gerechtigde werknemer. An sich is dit logisch, nu deze verplichting is opgenomen in art. 25 lid 1 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (hierna: Wet WIA), met als doel re-integratie en uiteindelijk een WIA-uitkering. Nu een AOW-gerechtigde werknemer niet meer verzekerd is voor onder andere de

⁷⁷ D.J.B. de Wolff, 'Werken na de AOW-leeftijd', *ArbeidsRecht* 2015/16 14 oktober 2015, afl. 11 p. 4.

Wet WIA en geen aanspraak kan maken op een dergelijke uitkering, vloeien uit de Wet WIA geen verplichtingen meer voort. Dit blijkt ook uit de wet zelf.

Art. 7 lid 1 Wet WIA beschrijft dat de werknemer verplicht verzekerd is. Art. 8 lid 1 aanhef en onderdeel b Wet WIA beschrijft vervolgens:

Werknemer is de werknemer in de zin van de Ziektewet met uitzondering van de werknemer:

Onderdeel b: die de leeftijd, bedoeld in artikel 7a Algemene Ouderdomswet heeft bereikt.

Doordat de Wet WIA niet van toepassing is op een AOW-gerechtigde werknemer en er geen re-integratieverslag hoeft te worden opgesteld, kan er door het UWV ook geen loonsanctie voor de duur van ten hoogste één jaar opgelegd worden. Deze sanctie vindt zijn grondslag immers in art. 25 lid 9 Wet WIA.

5.2.3 Ontslagbescherming

Zoals reeds beschreven is de loondoorbetalingsverplichting voor een werkgever aanzienlijk korter indien zijn werknemer recht heeft op AOW. Dit geldt ook voor de ontslagbescherming. Op grond van art. 7:670 lid 1 aanhef en onderdeel a BW, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen gedurende de periode dat de werknemer ziek is. Uitzondering hierop is indien de ongeschiktheid tot werken tenminste twee jaren heeft geduurd, dan wel zes (lees: dertien vanwege overgangsrecht) weken voor de AOW-gerechtigde werknemer. Nadat deze periode is doorlopen en geen loonsanctie is opgelegd (niet van toepassing op de AOW-gerechtigde werknemer), dan kan een beroep gedaan worden op art. 7:669 BW. Dit artikel beschrijft de mogelijkheid tot opzegging van de arbeidsovereenkomst mits daarvoor een redelijke grond is. Ziekte valt onder lid 3 onderdeel b, zodat voor de opzegging toestemming vereist is van het UWV op grond van art. 7:671a lid 1 BW. Deze toestemming wordt verleend indien sprake is van een redelijke grond. Daar is bij ziekte conform art. 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel b BW sprake van, indien:

Onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan:

onderdeel b: ziekte of gebreken van de werknemer waardoor hij niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten, mits de periode, bedoeld in artikel 670 lid 1 en 11, is verstreken en aannemelijk is dat binnen 26 weken, of bij een werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, 6 weken, geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht.

Hieruit blijkt dat eerst de periode van 104 of dertien weken doorlopen dient te worden, waarna schriftelijk toestemming tot opzegging ingediend moet worden bij het UWV. Het UWV verleent deze toestemming alleen, indien aannemelijk is dat de werknemer niet binnen afzienbare tijd eigen of aangepaste arbeid kan verrichten. Deze afzienbare tijd is 26 weken voor de niet AOW-gerechtigde werknemer en dertien weken voor de AOW-gerechtigde werknemer (art. 7:669 BW valt onder het overgangsrecht en is opgenomen in art. VIIIA lid 3 Wet werken na AOW). Ondanks dat veel van de wettelijke verplichtingen zoals het opstellen van een re-integratieverslag en plan van aanpak niet meer gelden, dient een werkgever toch het ziekte-traject vast te leggen. Doet hij dit niet, dan komt hij in bewijsnood. Hij zal immers aan moeten tonen dat een werknemer niet binnen dertien weken weer eigen of passende arbeid kan verrichten. Zonder medisch verslag zal hij dit niet aan kunnen tonen.

Dit zou alleen kunnen indien zijn werknemer zo ontzettend ziek is, dat naar objectieve maatstaven duidelijk is dat werknemer niet of nooit meer tot de arbeidsmarkt zal kunnen toetreden. Voor dit laatste zijn echter ook medische gegevens nodig.

Er bestaat een uitzondering op de hiervoor genoemde termijnen van art. 7:670 lid 1 jo. 669 lid 3 BW. Deze uitzondering is opgenomen in art. 7:670a lid 2 aanhef en onderdeel e BW die beschrijft:

Artikel 670, leden 1 tot en met 4 en lid 10, en daarmee naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift, zijn niet van toepassing, indien:

Onderdeel e: de opzegging geschiedt op grond van artikel 669, lid 4, voor zover de opzegging geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben.

Dit artikel, dat verwijst naar het pensioenontslag van art. 7:669 lid 4 BW, beschrijft dat een opzegverbod zoals ziekte niet geldt indien een beroep gedaan wordt op het pensioenontslag. Voorwaarde hiervoor is dan wel dat het pensioenontslag geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben. De ziekte mag dus niet de reden zijn voor de opzegging.⁷⁸ Dit is echter vrij eenvoudig te omzeilen door enig ander argument te geven, ook al is de ziekte de eigenlijke reden.

De wetgever heeft over deze uitzondering op het opzegverbod tijdens ziekte voor AOW-werknemers het volgende gezegd:

In het voorgestelde artikel 7:669, derde lid [lees: vierde lid], BW is geregeld dat (...) een arbeidsovereenkomst op of na de dag waarop iemand de pensioengerechtigde leeftijd bereikt opgezegd mag worden. indien op dat moment echter een opzegverbod van toepassing is, zou de arbeidsovereenkomst om die reden toch niet mogen worden opgezegd. Als de reden van de opzegging echter gelegen is in het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, ligt het niet voor de hand dat daar een opzegverbod aan in de weg staat. Daarom wordt voorgesteld om [art. 7:670a lid 2 onderdeel e] op te nemen. (...) Als het in een bedrijf bijvoorbeeld gebruikelijk is dat de arbeidsovereenkomst eindigt of wordt opgezegd als een werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt, dan houdt de opzegging van de arbeidsovereenkomst van een werknemer die ziek is en de pensioengerechtigde leeftijd bereikt kennelijk geen verband met het opzegverbod bij ziekte. In die situatie geldt het opzegverbod niet.⁷⁹

Indien het gebruikelijk is binnen een bedrijf om bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd te stoppen met werken en werkgever hier consequent een beroep op doet, dan geldt het opzegverbod niet. Een werkgever kan daarmee vrij eenvoudig opzegverboden omzeilen, mits zijn werknemer uiteraard in aanmerking komt voor een pensioenontslag zoals bedoeld in art. 7:669 lid 4 BW. Is de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd met behulp van een pensioenbeding of pensioenontslag beëindigd en is een nieuwe arbeidsovereenkomst overeengekomen, dan geldt de uitzondering niet. De werkgever kan dan immers geen gebruik meer maken van het pensioenontslag van art. 7:669 lid 4 BW. In dat geval zal wel het verkorte ziekteverlof gestart moeten worden.

5.2.4 Ziektewetuitkering

Eindigt de arbeidsovereenkomst binnen de termijn gedurende welke de AOW-gerechtigde werknemer recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte, dan kan de werknemer een beroep doen op de Ziektewet.⁸⁰ Een werkgever draagt echter geen premies meer af voor deze werknemer, omdat art. 21 Wet financiering sociale verzekeringen beschrijft:

Geen premies voor de werknemersverzekeringen zijn verschuldigd met ingang van de eerste dag van de maand waarin de verzekerde de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in artikel 7a, eerste lid Algemene Ouderdomswet, zal bereiken.

Nu het geld voor deze uitkering toch ergens vandaan zal moeten komen, is art. 63e ZW met ingang van de Wet werken na AOW ingevoerd. Dit artikel beschrijft dat het UWV het

⁷⁸ D.J.B. de Wolff, 'Werken na de AOW-leeftijd', *ArbeidsRecht* 2015/16 14 oktober 2015, afl. 11 p. 5.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 8, p. 16.

⁸⁰ D.J.B. de Wolff, 'Werken na de AOW-leeftijd', *ArbeidsRecht* 2015/16 14 oktober 2015, afl. 11 p. 4.

ziekengeld betaalt aan de zieke verzekerde. Het UWV verhaalt vervolgens dit verschuldigde ziekengeld op de werkgever. Er wordt in dat geval dus niet maandelijks een premie afgedragen door de werkgever. Pas als zich een situatie voordoet waarbij ziekengeld betaald wordt, moet de werkgever dit geld aan het UWV afstaan.⁸¹ Het recht op ziekengeld bestaat alleen voor de periode waar normaal een loondoorbetalingsverplichting is conform art. 29 lid 5 ZW. Voor de niet AOW-gerechtigde werknemer is dit 104 weken. De AOW-gerechtigde werknemer heeft recht op dertien weken ziekengeld, nu de Wet werken na AOW art. 104 ZW in het leven heeft geroepen, welke de overgangsbepaling van dertien naar zes weken beschrijft.

Het recht op ziekengeld bij de AOW-gerechtigde werknemer is slechts van toepassing op werknemers die na invoering van de Wet werken na AOW per 1 januari 2016 ziek zijn geworden. Art. 106 ZW beschrijft hierover:

Artikel 63e is niet van toepassing voor zover de eerste dag van ongeschiktheid tot werken is gelegen voor de datum van inwerkingtreding van artikel III, onderdeel D, van de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd.

5.3 Tussenconclusie

Het zieketraject van een niet AOW-gerechtigde werknemer is een langdurig traject met veel verplichtingen voor zowel werkgever als werknemer. De wetgever heeft gepoogd dit traject voor de AOW-gerechtigde werknemer aanzienlijk te verkorten en een behoorlijk deel van de verplichtingen weg te nemen. Zo is de termijn van 104 naar dertien weken gegaan en kan deze later nog zakken naar zes weken. Ook hoeft slechts gezocht te worden naar eigen of passende arbeid binnen het eigen bedrijf, waardoor het tweede spoor is komen te vervallen en hoeft geen re-integratieverslag bijgehouden te worden. De ontslagbescherming en opzegverboden bij een AOW-gerechtigde werknemer zijn beduidend korter en minder zwaar. Een werkgever zal echter nog steeds re-integratiepogingen vast moeten leggen en een medisch dossier moeten bijhouden. Toestemming van het UWV voor opzegging wegens ziekte kan anders mogelijk geen doorgang vinden in verband met bewijsnood. De arbeidsovereenkomst gesloten voor het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd kan op grond van het pensioenontslag opgezegd worden, ondanks ziekte van de werknemer. Voorwaarde hiervoor is dat de reden van het pensioenontslag niet gelegen is in de ziekte. Nu geen instemming van werknemer en toestemming van UWV of kantonrechter vereist is, zou een enigszins onderbouwde reden hierbij doorgang kunnen vinden. Een werkgever hoeft geen premies voor de werknemersverzekeringen af te dragen voor de AOW-gerechtigde werknemer. Ontstaat vervolgens echter een recht op Ziektewetuitkering, dan betaalt het UWV dit ziekengeld aan de werknemer en verhaalt dit vervolgens op de werkgever.

⁸¹ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 3, p. 7 (MvT).

In dit hoofdstuk zullen de implicaties die nog niet aan bod zijn gekomen, behandeld worden. Deze overige implicaties hebben betrekking op de ketenregeling, de Ragetlie-regel, loon en arbeidsduur en de transitievergoeding. Per onderwerp zal uitgelegd worden wat deze inhoudt, waarna uitgewerkt zal worden hoe en waarom dit onderwerp anders is voor AOW-gerechtigde werknemers.

6.1 Ketenregeling

De ketenregeling is een bepaling die werknemers meer zekerheid en bescherming moet bieden en is een voortvloeisel van Europees recht.⁸² De regeling, opgenomen in art. 7:668a BW beschrijft kortgezegd, dat een werkgever niet onbepaald arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd mag blijven aanbieden aan een werknemer. De regeling beschreef bij de invoering op 1 januari 1999 dat er maximaal drie arbeidsovereenkomsten gesloten mogen worden voor de maximale duur van 36 maanden.⁸³ Met het vierde contract of na het verstrijken van de driejaarstermijn, ontstaat van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien er meer dan drie maanden zat tussen de arbeidsovereenkomsten, ontstond door deze tussenpoos een nieuwe keten en begon de periode van 36 maanden opnieuw te lopen. Met invoering van de WWZ is de ketenregeling aangepast.⁸⁴ De 36 maanden zijn verlaagd naar 24 maanden. Na overschrijding van deze twee jaar, is de laatste arbeidsovereenkomst aangegaan voor onbepaalde tijd. Ook de tussenpoos is aangepast, van drie naar zes maanden.

Voor de AOW-gerechtigde werknemer gold dezelfde regeling als andere werknemers. In de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel WWZ heeft de wetgever aangegeven de ketenregeling voor de AOW-gerechtigde werknemer volledig te schrappen. De Afdeling Advisering Raad van State heeft in een rapport aangegeven dat het volledig schrappen niet wenselijk is. Zij zegt daarover:

Op zichzelf genomen heeft de Afdeling begrip voor de gedachte dat na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd het verder werken in de vorm van tijdelijke contracten dient te worden vergemakkelijkt. De Afdeling is echter van oordeel dat het voorstel op dit punt heel ver gaat. Het leidt er immers toe dat elke bescherming tegen het onbepaald gebruiken van tijdelijke arbeidsovereenkomsten wordt weggenomen. Dit maakt het mogelijk misbruik te maken van de afhankelijkheid van hun werkgevers. (...) De Afdeling merkt tegen deze achtergrond op dat de gekozen benadering op gespannen voet staat met de clausules 1 en 5 van de in Richtlijn 1999/70/EG opgenomen raamovereenkomst, waarin onder andere is geregeld dat maatregelen moeten worden getroffen ter voorkoming van misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De ketenregeling strekt daartoe. (...) Met het zonder meer buiten toepassing verklaren van die bepaling voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt, is om hiervoor genoemde redenen voor deze groep in het geheel niet voorzien in het voorkomen van misbruik.⁸⁵

Naar aanleiding van dit advies is het schrappen van de ketenregeling voor werknemers met de AOW-leeftijd uit de WWZ gehaald. In plaats daarvan is met de Wet werken na AOW een nieuw lid toegevoegd aan art. 7:668a BW, te weten:

Lid 12: De periode (...) wordt verlengd tot ten hoogste 48 maanden, en het aantal (...) bedraagt ten hoogste zes, indien het betreft een arbeidsovereenkomst met een werknemer

⁸² Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

⁸³ A.F. Bungener, 'De nieuwe ketenregeling en de grenzen van flexibiliteit', TRA 2016/23, afl. 3 p. 9.

⁸⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 95 (MvT).

⁸⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 39.

*die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt. Voor de vaststelling of de in dit lid bedoelde periode of aantal is overschreden, worden alleen contracten in aanmerking genomen die zijn aangegaan na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd.*⁸⁶

Een werknemer kan dus na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd zes tijdelijke contracten voor de maximale duur van vier jaar aangeboden krijgen, voordat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

6.2 Ragetlie-regel

De Ragetlie-regel vloeit voort uit een arrest van de Hoge Raad en is tegenwoordig opgenomen in art. 7:667 lid 4 BW.⁸⁷ De regel beschrijft dat:

*Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door rechtsgeldige opzegging of door ontbinding door de rechter is geëindigd, binnen zes maanden wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, in beginsel voorafgaande opzegging van deze laatste overeenkomst nodig is.*⁸⁸

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt dan dus van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Met de WWZ is een zinsnede toegevoegd aan art. 7:667 lid 4, te weten:

Dit lid is niet van toepassing indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer op grond van een daartoe strekkend beding.

De Ragetlie-regel is dus niet van toepassing op AOW-gerechtigde werknemers indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is geëindigd vanwege een pensioenbeding. Sluit een werkgever na het invoeren van een pensioenbeding een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan eindigt deze alsnog van rechtswege.⁸⁹ Ook in de situatie dat sprake is van een pensioenopzegging zonder pensioenbeding is de Ragetlie-regel niet van toepassing. Dan wordt namelijk de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig opgezegd conform art. 7:671 lid 1 onderdeel g jo. 669 lid 4 BW. Zoals uit de eerste volzin van art. 7:667 lid 4 BW blijkt, werkt de Ragetlie-regel niet indien sprake is van een rechtsgeldige opzegging. De wetgever heeft dit bewust zo gedaan, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting:

*Ten slotte volgt uit het voorgestelde nieuwe vierde lid dat de Ragetlie-regel niet van toepassing is als de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van [de AOW-gerechtigde leeftijd]. Dat kan enerzijds gebeuren door rechtsgeldige opzegging op de voet van het nieuwe artikel 7:669 lid 3 [lees: lid 4]; dan is de Ragetlie-regel niet van toepassing omdat het een opzegging als bedoeld in art. 7:671 lid 1 betreft. Anderzijds kan dit gebeuren door het invoeren van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen zogeheten pensioenontslagbeding. Voor die situatie is in dit artikellid bepaald dat de Ragetlie-regel dan niet geldt.*⁹⁰

6.3 Loon

Iedere werknemer vanaf 23 jaar en ouder heeft recht op het wettelijk minimumloon. Dit is de minimale vergoeding die een werknemer dient te ontvangen voor geleverde werkzaamheden. Vanaf 1 januari 2017 bedraagt het minimumloon € 1.551,60 per maand

⁸⁶ J.M. van Slooten e.a., *Tekst & Commentaar – Arbeidsrecht*, commentaar van E. Verhulp inzake: Reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *Burgerlijk Wetboek Boek 7 artikel 668a*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

⁸⁷ HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8727.

⁸⁸ G.J.J. Heerma van Voss, 'Ragetlie-regel', *Asser-Serie 7-V 2015/330* 31 juli 2015.

⁸⁹ R. Stam, 'Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd', *Vp-bulletin 2015/26*, 20 mei 2015.

⁹⁰ *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 93.

conform art. 8 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: WML). Voor 1 januari 2016 beschreef art. 7 lid 1 WML:

De werknemer die de leeftijd van 23 jaar doch niet de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt heeft voor de arbeid door hem in dienstbetrekking verricht, jegens de werkgever recht op een loon ten minste tot het bedrag (...) onder de benaming minimumloon vastgesteld.

Met art. IV Wet werken na AOW is het gedeelte 'doch niet de pensioengerechtigde leeftijd' geschrapt uit art. 7 lid 1 WML. De WML is daardoor ook van toepassing verklaard op AOW-gerechtigde werknemers. De reden hiervoor is geweest om verdringing van jongere werknemers tegen te gaan en om uitbuiting van AOW-gerechtigde werknemers te voorkomen.⁹¹ Het kwam namelijk wel eens voor dat een AOW-gerechtigde werknemer (aanzienlijk) minder loon ontving dat het wettelijk minimumloon. Jongere werknemers konden niet tegen deze goedkopere concurrentie opboksen en oudere werknemers werden uitgebuit, vandaar dat de wetgever tot deze oplossing is gekomen.

6.4 Arbeidsduur

Iedere werknemer kan bij zijn werkgever een verzoek indienen tot aanpassing van de arbeidsduur, arbeidsplaats of werktijd conform art. 2 lid 1 Wet flexibel werken (hierna: Wfw). De Wfw is per 1 januari 2016 de opvolger van de Wet Aanpassing Arbeidsduur (hierna: WAA) geworden. Na een verzoek gaat een werkgever in overleg met de werknemer, waarna het verzoek wordt ingewilligd, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten conform art. 2 lid 4 en 5 Wfw.

Middels art. V en X van de Wet werken na AOW is aan de WAA en diens opvolger, de Wfw, een artikel toegevoegd. Dit artikel luidt:

Art. 1a Wfw: Deze wet is niet van toepassing ten aanzien van de aanpassing van de arbeidsduur van de werknemer die de in art. 7a AOW bedoelde leeftijd heeft bereikt.

Met de Wet werken na AOW is de AOW-gerechtigde werknemer dus uitgesloten voor de mogelijkheid tot aanpassing van de arbeidsduur. Een AOW-gerechtigde werknemer kan dus niet meer op grond van de Wfw een verzoek indienen tot vermeerdering of vermindering van de te werken uren. Een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats en werktijden blijft wel mogelijk. Een AOW-gerechtigde werknemer kan wel verzoeken om uitbreiding of vermindering van het aantal te werken uren, maar de werkgever hoeft hier niet verplicht op in te gaan. Ook hierbij heeft de verdringing van jongere werknemers een rol gespeeld.⁹² Indien een AOW-gerechtigde werknemer immers 30 uur in de week wil gaan werken in plaats van 20, dan kan dit betekenen dat er voor andere werknemers onvoldoende werk over blijft om een fatsoenlijke werkweek mee te vullen.

6.5 Transitievergoeding

Bij het eindigen of niet voortzetten na een einde van rechtswege van een arbeidsovereenkomst is de werkgever een vergoeding verschuldigd. Voorheen werd dit berekend middels de zogeheten kantonrechtersformule. Met invoering van de WWZ is de kantonrechtersformule vervangen voor de transitievergoeding opgenomen in art. 7:673 BW. Een transitievergoeding is verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste twee jaar heeft bestaan en heeft twee doelen:

*Deze transitievergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.*⁹³

⁹¹ Kamerstukken II 2014/15, 34073, 3, p. 2 (MvT).

⁹² R. Stam, 'Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd', *Vp-bulletin* 2015/26, 20 mei 2015.

⁹³ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 38 (MvT).

De transitievergoeding is dus tweeledig en is in beginsel na twee jaar altijd verschuldigd, op een aantal uitzonderingen na. Zo is bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer geen transitievergoeding verschuldigd. Ook indien de werknemer de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt en minder dan twaalf uur per week werkt, is geen vergoeding verschuldigd conform art. 7:673 lid 7 onderdelen a en c BW. Ook is met invoering van de WWZ art. 7:673 lid 7 onderdeel b BW geïntroduceerd, waarin staat:

De transitievergoeding is niet verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt in verband met of na het bereiken van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd geldt, de in art. 7a Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd.

Een AOW-gerechtigde werknemer heeft dus ook geen recht op een transitievergoeding indien diens arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. De vraag is echter of dit niet in strijd is met Europese rechtspraak inzake gelijke behandeling op grond van leeftijd. Deze vraag heeft de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (hierna: VAAN) aan de wetgever voorgelegd, met het verzoek om bij de beantwoording in te gaan op het arrest Odar.⁹⁴ In Bijlage 3 is een korte beschrijving van dit arrest opgenomen.

In het licht van het arrest Odar heeft de wetgever als volgt geoordeeld over het niet toekennen van een transitievergoeding aan AOW-gerechtigde werknemers:

*Het volledig uitsluiten van de transitievergoeding in geval een arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet nadat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, is volgens de regering gerechtvaardigd. Het doel is te voorkomen dat een transitievergoeding ten goede komt aan personen die niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien nu zij een vervangend inkomen in de vorm van [AOW] ontvangen. Dit is een legitiem doel. Anders dan in het arrest Odar, gaat het hier weliswaar niet om verlaging, maar om uitsluiting van de vergoeding, maar een verschil is ook dat het gaat om werknemers die al een ouderdomspensioen ontvangen (...). Dit betekent dat er daadwerkelijk bescherming is, zodat er geen reden is te veronderstellen dat de regeling de noodzakelijkheidstoets niet kan doorstaan.*⁹⁵

De regering is vrij stellig in haar overtuiging dat iedereen die aanspraak kan maken op een ouderdomspensioen met eventueel aanvullend bedrijfspensioen daarmee kan voorzien in de levensonderhoud. Maar hoe zit het met de gevallen waarbij een pensioeninkomen te weinig oplevert om van te kunnen leven? Over die uitzonderingsgevallen heeft de regering niet nagedacht of in ieder geval geen (wettelijke) oplossing bedacht. Deze personen lijken, op basis van de wet, gewoon pech te hebben en dat is mogelijk leeftijdsdiscriminatie. De situatie zoals hiervoor geschetst, heeft zich voorgedaan in een zeer recent arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch.⁹⁶ In dit arrest speelde zich het volgende af.

De werknemer geboren in 1944, is op 1 januari 2000 in dienst getreden bij zijn werkgever. Vanwege zijn leeftijd heeft hij afgezien van deelname aan een pensioenregeling van zijn werkgever. De kosten daarvan zouden immers hoger uitvallen dan wat hij zou kunnen opbouwen aan aanvullend ouderdomspensioen. Hij heeft dus geen aanvullend bedrijfspensioen opgebouwd. Werknemer heeft daarnaast een tijd in Duitsland gewerkt en is toen niet verzekerd geweest in de zin van de AOW. De werknemer is daardoor dusdanig gekort op zijn pensioeninkomsten, dat hij onder de bijstandsnorm valt. Hij heeft daarom een beroep gedaan op de betaling van een transitievergoeding van € 28.000,-. Zijn werkgever heeft zich daartegen beroepen op art. 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel b BW. Het

⁹⁴ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 97 (MvA).

⁹⁵ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 97-98 (MvA).

⁹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345.

gerechtshof verwijst naar de Memorie van Antwoord (zie vorige pagina, schuingedrukt) waarin de regering haar beslissing beargumenteert. Het hof merkt op dat, ondanks het tweeledige karakter van de transitievergoeding (zijnde: compensatie voor ontslag en transitie van baan naar baan), het legitieme doel volledig is gestoeld op de tweede doelstelling. De regering heeft alleen aandacht besteed aan het transigeren van baan naar baan en niet de compensatie voor de gevolgen van het ontslag. Het hof vraagt zich af of de uitsluiting van alle AOW-gerechtigden zich wel verdraagt met de andere doelstelling van de transitievergoeding. De vraag is dus of de legitieme doelstelling van de transitievergoeding wel passend en noodzakelijk is. Het hof heeft aangegeven deze potentiële leeftijdsdiscriminatie middels prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad.

Inmiddels is in dit arrest een einduitspraak gedaan door het gerechtshof 's-Hertogenbosch.⁹⁷ Werkgever en werknemer zijn tot een minnelijke regeling gekomen, waardoor het hoger beroep is ingetrokken. Door intrekking is werknemer niet-ontvankelijk verklaard in zijn hoger beroep en zijn daarmee de aangekondigde prejudiciële vragen komen te vervallen. Voor de werknemer is het uiteraard goed dat een minnelijke regeling getroffen is, maar voor alle andere soortgelijke situaties, blijft onduidelijkheid bestaan.

Zoals Stamhuis in de noot bij de aankondiging van de prejudiciële vragen al beschreef, is de AOW-gerechtigde werknemer volledig uitgesloten.⁹⁸ Er bestaat voor hem geen escape-mogelijkheid. Dit in tegenstelling tot de werknemer die verwijtbaar werkloos wordt en daarom op grond van art. 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel c BW geen recht heeft op transitievergoeding. Voor hem staat lid 8 nog open, waarin beschreven staat:

In afwijking van lid 7, onderdeel c, kan de kantonrechter de transitievergoeding geheel of gedeeltelijk aan de werknemer toekennen indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Stamhuis vraagt zich af of de wetgever niet ook een escape had moeten creëren voor de gevallen zoals hierboven geschetst. Dan had er namelijk een uitzondering op de legitieme doelstelling bestaan. Stamhuis wijst daarnaast in diens noot nog op een opmerkelijke situatie:

Een interessante vraag in dit verband,(...) is waarom een pensioengerechtigde werknemer geen recht zou hebben op een transitievergoeding, ook niet als hij langer door wil werken en mogelijk nog vaak zal transigeren, terwijl een IVA-gerechtigde werknemer wel recht heeft op een transitievergoeding (terwijl hij in beginsel geen schade lijdt, noch zal transigeren).⁹⁹

IVA of Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten is een uitkering die toegekend wordt aan volledig en duurzaam arbeidsongeschikte werknemers. Volgens art. 4 lid 1 Wet WIA is hiervan sprake indien een werknemer tussen de 80 en 100 procent arbeidsongeschikt is. Een werknemer die de ziekteperiode van 104 weken heeft doorlopen en volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, ontvangt een IVA-uitkering na opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Bij deze opzegging is de werkgever wel verplicht een transitievergoeding af te staan. Zoals Stamhuis terecht stelt is dit frappant, nu deze werknemer geen schade lijdt. Hij gaat per slot van rekening van een loondoorbetaling van zijn werknemer naar een uitkering die 75 procent van het maandloon bedraagt conform art. 51 Wet WIA. Daarnaast zal een IVA-gerechtigd persoon niet transigeren. De verwachting is immers dat een IVA-ontvanger nooit meer aan het werk zal kunnen.

⁹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:954.

⁹⁸ J.N. Stamhuis, 'Aankondiging prejudiciële vragen over leeftijdsdiscriminatie i.v.m. uitsluiting van AOW-gerechtigden van recht op transitievergoeding', *TRA 2017/40* 2 februari 2017 p. 26.

⁹⁹ J.N. Stamhuis, 'Aankondiging prejudiciële vragen over leeftijdsdiscriminatie i.v.m. uitsluiting van AOW-gerechtigden van recht op transitievergoeding', *TRA 2017/40* 2 februari 2017 p. 27 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 96 (MvA).

Ondanks dat allebei de pijlers van de transitievergoeding niet gelden voor een IVA-gerechtigde werknemer, heeft deze werknemer wel recht op een transitievergoeding. Dit in tegenstelling dus tot de AOW-gerechtigde werknemer die niet per definitie een volledig pensioen ontvangt en daarnaast mogelijk nog wel zal transigeren.

6.6 Tussenconclusie

Voor de AOW-gerechtigde werknemer is de ketenregeling flink versoepeld. Zes contracten voor de totale duur van 48 maanden kunnen nu aangeboden worden, voordat sprake is van een arbeidsovereenkomst van rechtswege. In combinatie met de Ragetlie-regel die buiten toepassing is verklaard voor de AOW-gerechtigde werknemer is het nu zeer eenvoudig om een werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt voor een lange periode in tijdelijke dienst te nemen. Ook het loon en de arbeidsduur voor AOW-gerechtigden is veranderd. Een oudere werknemer heeft nu recht op het wettelijk minimumloon, maar kan geen verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur meer indienen. Een werkgever is op grond van de wet geen transitievergoeding meer verschuldigd aan een AOW-gerechtigde werknemer. Of dit in strijd is met Europees recht zal nog uit arresten van hetzij de Hoge Raad, hetzij het Europese Hof van Justitie moeten blijken. Tot die tijd kan een werkgever zich beroepen op de wettelijke bepaling, maar het blijft van belang om op de hoogte te blijven van actualiteiten op dit vlak.

In dit hoofdstuk zullen de casussen uit hoofdstuk 2 behandeld worden. Indien van toepassing zal eerst aangegeven worden hoe voorheen geadviseerd diende te worden. Vervolgens zal middels uitwerking van de casus aangetoond worden hoe de veranderde wetgeving deze advisering heeft aangepast onder verwijzing naar het relevante hoofdstuk. Op die manier zal duidelijk worden welke knelpunten de veranderde wetgeving heeft opgeleverd en hoe FSV haar advisering dient aan te passen.

7.1 Casussen

In verband met het maximaal aantal pagina's van dit onderzoeksrapport wordt volstaan met een verwijzing naar de casus. De casussen zelf zijn terug te vinden in hoofdstuk 2.

7.1.1 Casus 1 Doorwerkende werknemer

De werkneemster in deze casus wil graag blijven doorwerken na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Haar werkgever wil hier wel mee instemmen, maar vraagt zich af wat hiervoor allemaal geregeld dient te worden. In de oude situatie zouden twee opties mogelijk zijn. Enerzijds zou werkneemster haar arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen laten doorlopen na de AOW-leeftijd. Werkgevers zaten daar echter vaak niet op te wachten. Een andere optie zou zijn om de arbeidsovereenkomst te laten eindigen op grond van een pensioenbeding. Werkneemster zou dan echter langer dan drie maanden uit dienst moeten blijven, voordat zij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou kunnen krijgen op basis van de oude Ragetlie-regel. Het invoeren van een pensioenbeding, waarna een werknemer weer in dienst zou treden, werd naar oud recht namelijk niet gezien als rechtsgeldige opzegging.¹⁰⁰ Momenteel staan nog steeds twee opties open voor de werkgever die een AOW-gerechtigde werknemer in dienst wil houden. Allereerst kan de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigen op grond van art. 7:669 lid 4 BW (*paragraaf 3.5*) of een pensioenbeding (*paragraaf 4.1*). Hij kan vervolgens direct een contract voor bepaalde tijd aanbieden nu de Ragetlie-regel niet meer geldt voor AOW-gerechtigden (*paragraaf 6.2*). Daarnaast bestaat de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst door te laten lopen en deze op een later moment te beëindigen op grond van art. 7:669 lid 4 BW. In casu is gekozen om, met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden de arbeidsovereenkomst te beëindigen wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd en direct daarna een contract voor bepaalde tijd aan te bieden.

7.1.2 Casus 2 Werknemer met vroegpensioen

Bij deze casus staat de stijgende pensioenleeftijd centraal (*paragraaf 3.2*). In deze casus wilde de werknemer bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar met pensioen. Gelet op de geboortedatum van werknemer heeft hij een AOW-leeftijd van 66 jaar, die hij pas op 26 mei 2018 zal bereiken. Aan de werknemer is medegedeeld dat hij op 1 juli 2017 nog geen recht heeft op AOW. Hij zal dan zelf voor overbrugging moet zorgen voor de periode dat hij geen pensioen ontvangt, of hij zal vroegpensioen moeten aanvragen, wat uiteindelijk leidt tot een korting op zijn AOW. Werknemer heeft aangegeven niet op de hoogte te zijn geweest van de stijging van de AOW-leeftijd en was er vanuit gegaan per 1 juli 2017 te kunnen stoppen. In overleg met de arbeidsrechtjurist van FSV, mevrouw Van Wijngaarden, zijn werkgever en werknemer akkoord gegaan met een vermindering van de arbeidsuren van werknemer. Doordat de werknemer in plaats van vijf, nog twee dagen in de week gaat werken, bouwt hij nog gedeeltelijk AOW op. Hij zal per 26 mei 2018, met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, volledig met pensioen gaan.

7.1.3 Casus 3 Onduidelijke pensioenleeftijd

Deze casus gaat over de werknemer die wil stoppen met werken bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Zijn werkgever twijfelt wanneer deze leeftijd bereikt wordt. De

¹⁰⁰ Kamerstukken II 1998/99, 26257, 3, p. 5.

werknemer heeft een wettelijke pensioenleeftijd van 65 jaar en negen maanden en bereikt deze leeftijd op 26 april 2017. De vraag is of de werkgever zich kan beroepen op een pensioenbeding in (collectieve) arbeidsovereenkomst of op wettelijke pensioenopzegging. Na bestudering van de door de cliënt aangeleverde stukken, kan vastgesteld worden dat er op het bedrijf geen cao van toepassing is en in de arbeidsovereenkomst geen pensioenbeding is opgenomen. Een beëindiging van de arbeidsovereenkomst zal dan geschieden middels de pensioenopzegging van art. 7:671 lid 1 onderdeel g jo. 669 lid 4 BW. Hierbij dient een opzegtermijn in acht genomen te worden (*paragraaf 3.5.2*). Nu werknemer sinds 1982 in dienst is, overstijgt hij de termijn van vijftien jaar, waardoor een opzegtermijn van vier maanden geldt op grond van art. 7:672 lid 2 onderdeel d BW. Deze opzegging dient te geschieden aan het einde van de maand. Omdat de werkgever de arbeidsovereenkomst op 26 april 2017 wil laten eindigen, zal hij vier maanden voor die datum de arbeidsovereenkomst op moeten zeggen. Wanneer vier maanden terug gerekend wordt, wordt de minimale opzegdatum 26 december 2016. Nu opzegging echter tegen het eind van de maand dient te geschieden, zou dat 31 december 2016 worden. Dit is korter dan vier maanden. Om problemen te voorkomen, heeft de werkgever in casu uiteindelijk op 30 november 2016 de arbeidsovereenkomst opgezegd.

7.1.4 Casus 4 Werknemer uit dienst

Casus 4 over de werknemer die in dienst is getreden na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Zoals beschreven, kan een werkgever op grond van art. 7:669 lid 4 BW zonder tussenkomst van UWV of kantonrechter de arbeidsovereenkomst beëindigen, mits deze is ingegaan voordat de AOW-gerechtigde leeftijd is bereikt. Nu de werknemer in casu de AOW-gerechtigde leeftijd reeds op 5 oktober 2007 heeft bereikt en pas op 1 april 2008 in dienst is getreden, geldt art. 7:669 lid 4 BW niet. Het normale ontslagrecht geldt dan voor deze werknemer. Hierbij is de situatie van voor de WWZ en Wet werken na AOW niet veranderd ten opzichte van de nieuwe situatie. Met instemming van de werknemer zal een schriftelijke beëindigingsovereenkomst opgesteld moeten worden. Stemt de werknemer hier niet mee in, dan is toestemming van het UWV of de kantonrechter vereist. Uiteindelijk is in deze casus met instemming van de werknemer een schriftelijke beëindigingsovereenkomst, conform art. 7:670b jo. 900 e.v. BW overeengekomen. Werknemer heeft een vergoeding meegekregen.

7.1.5 Casus 5 Doorwerken met pensioenbeding

Casus 5 gaat over het de afweging tussen het van rechtswege eindigen of het stilzwijgend voortzetten van de arbeidsovereenkomst. Het gaat hierbij om een werknemer die op 6 september 2016 de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Op zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is de cao Metaal en Techniek van toepassing, waar een pensioenbeding in is opgenomen. Door dit pensioenbeding eindigt de arbeidsovereenkomst in beginsel van rechtswege. Werknemer heeft aangegeven om tot het einde van het jaar te willen blijven werken vanwege een lopend project. Zijn werkgever wil hier wel mee instemmen, maar is bang dat hij straks vastzit aan een AOW-gerechtigde werknemer. Naar oud recht had werkgever niet echt een keuze in een situatie zoals hier speelt. Zoals uit casus 1 al bleek, wordt het invoeren van een pensioenbeding niet als rechtsgeldige opzegging gezien indien het doel is om werknemer daarna weer in dienst te nemen. Om te voorkomen dat de werknemer op grond van de Ragetlie-regel alsnog voor onbepaalde tijd in dienst zou blijven, zou de werknemer minstens drie maanden niet in dienst moeten zijn na het eindigen van zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Laat dit nu net de periode zijn die werknemer nog wil volmaken (september 2016 – december 2016). Werkgever zou dan geadviseerd moeten worden om, of niet het pensioenbeding in te roepen en werknemer door te laten werken, of niet in te gaan op het verzoek van de werknemer om na de AOW-leeftijd nog een aantal maanden te blijven werken. Tegenwoordig heeft de werkgever twee opties. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd stilzwijgend voortzetten en geen acht slaan op het pensioenbeding en vervolgens een beroep doen op art. 7:669 lid 4 BW, of het pensioenbeding laten gelden. Indien het pensioenbeding wel wordt gehandhaafd, eindigt de

arbeidsovereenkomst op 6 september 2016. Vervolgens kan direct een contract voor bepaalde tijd gegeven worden, omdat de Ragetlie-regel van art. 7:667 lid 4 BW niet van toepassing is. Werkgever heeft in casu voor de tweede optie gekozen. De arbeidsovereenkomst is van rechtswege geëindigd op 6 september 2016, waarna een contract voor bepaalde tijd voor de periode van 7 september 2016 tot en met 31 december 2016 aan werknemer is gegeven.

7.1.6 Casus 6 Werknemer met Bouw-cao

Bij casus 6 staat het pensioenontslag centraal. Werknemer is een bouwplaatsmedewerker in de zin van de cao Bouw en Infra. In deze cao is wel een pensioenbeding opgenomen, maar deze is alleen van toepassing op uta-werknemers. Werkgever heeft (ten onrechte) een beroep gedaan op het pensioenbeding en aan zijn werknemer medegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege gaat eindigen op grond van de cao. Werknemer heeft dit betwist en heeft terecht opgemerkt dat het pensioenbeding in de cao niet op hem van toepassing is. Er kan geen rechtsgeldig beroep gedaan worden op het pensioenbeding, waardoor de arbeidsovereenkomst van werknemer nooit is beëindigd, maar deze stilzwijgend is voortgezet. Werkgever heeft aan FSV gevraagd hoe nu te handelen, om een dure juridische procedure te voorkomen. Op advies van FSV heeft de werkgever vervolgens het beroep op het pensioenbeding ingetrokken en heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd op grond van art. 7:671 lid 1 onderdeel g jo. 7:669 lid 4 BW met inachtneming van de juiste opzegtermijn. Door de voorafgaande procedure heeft de werknemer ondertussen al de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, waardoor deze opzegtermijn een maand bedraagt conform art. 7:672 lid 3 BW. Uiteindelijk is de werknemer daarmee dus bijna twee maanden later uit dienst getreden dan werkgever bedoeld had. Niet per 8 oktober 2016, maar per 1 december 2016.

7.1.7 Casus 7 Zieke werknemer

Casus 7 gaat over de werkneemster die tijdens haar ziekteperiode de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Wanneer zij op 8 augustus 2016 de AOW-leeftijd bereikt, zijn pas 34 van de 104 weken verstreken. Werkneemster is niet in staat om eigen of passende arbeid te verrichten. Naar oud recht had een AOW-gerechtigde werknemer recht op 104 weken loondoorbetaling. Met de veranderde wetgeving is dit dertien weken geworden (*paragraaf 5.2.1*). De werkgever heeft FSV om advies gevraagd in deze situatie. Geadviseerd is om na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd loon door te blijven betalen gedurende dertien weken. Werkgever heeft eerder werknemers langer door laten werken na het bereiken van de AOW-leeftijd, dus hij kan geen beroep doen op de uitzondering op het opzegverbod ziekte (*paragraaf 5.2.3*). De re-integratieverplichtingen zijn voor de dertien weken vrij ingeperkt (*paragraaf 5.2.2*). Er hoeft alleen gezocht te worden naar eigen of passende arbeid binnen het eigen bedrijf en ook het plan van aanpak hoeft niet meer gevolgd te worden. Het overgangsrecht van de loondoorbetaling geldt overigens niet voor deze werkneemster, nu zij niet voor 1 juli 2016 de AOW-leeftijd bereikt (*paragraaf 5.2.1*). Na het doorlopen van de dertien weken geldt het opzegverbod niet meer en kan de werkgever toestemming aan het UWV vragen voor de opzegging. Werkgever dient hiervoor aannemelijk te maken dat werknemer niet binnen dertien weken zal herstellen. Dit heeft niet tot problemen geleid nu al 34 weken het ziekte-traject werd gevolgd waardoor een behoorlijk dossier was opgebouwd. Werkneemster wilde zelf overigens ook niet meer werken. Indien het UWV geen toestemming had verleend, dan zou daarom een beëindiging met wederzijds goedvinden ook een optie kunnen zijn geweest.

7.2 Tussenconclusie

Zoals blijkt is er een grote diversiteit aan vragen van werkgevers. Op een groot aantal punten heeft de veranderde wetgeving tot een ander advies geleid, maar op een aantal punten is de advisering in AOW-vraagstukken gelijk gebleven. Bij de beoordeling van een casus moet daarom goed gekeken worden hoe de wet veranderd is en of dit invloed heeft gehad op de eerdere wijze van adviseren.

HOOFDSTUK 8 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In dit laatste hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de centrale vraag aan de hand van de belangrijkste bevindingen uit het onderzoek. De centrale vraag is: *Welke aanbevelingen kunnen aan FSV worden gedaan over de advisering aan werkgevers over AOW-zaken, na toetsing van de knelpunten van het doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd op arbeidsrechtelijk vlak, waaronder in ieder geval het ontslag, ziekte, bepalingen in arbeidsovereenkomsten en aan de gewijzigde AOW-wetgeving?*

Voordat ingegaan kan worden op de aanbevelingen die aan FSV gedaan kunnen worden, zal geconcludeerd moeten worden welke knelpunten de gewijzigde wetgeving heeft opgeleverd.

8.1 Conclusies

Alle knelpunten zullen afzonderlijk behandeld worden, in volgorde van hoe zij in de voorgaande hoofdstukken zijn behandeld. Alleen de praktijkhoofdstukken (hoofdstuk 2 en 7) zullen gezamenlijk behandeld worden vanwege hun onderlinge verbondenheid.

8.1.1 De AOW-gerechtigde leeftijd

Met de Wet VAP is uitvoering gegeven aan de langlopende plannen om de AOW-gerechtigde leeftijd te verhogen. Vanwege het dalend aantal werkenden ten opzichte van AOW-gerechtigden, is de financiële draagkracht van deze werkenden ten opzichte van AOW'ers de afgelopen jaren steeds meer onder druk komen te staan. De komende jaren zal deze draagkracht steeds meer afnemen vanwege stijgende vergrijzing en ontgroening. De wetgever heeft daarom geconcludeerd dat een AOW-leeftijd van 65 jaar niet langer houdbaar is. Sinds 2013 wordt de AOW-gerechtigde leeftijd stapsgewijs verhoogd, naar uiteindelijk 67 jaar en drie maanden in 2022. Daarna zal de AOW-gerechtigde leeftijd iedere vijf jaar vastgesteld worden op basis van de geschatte levensverwachting van dat moment. Wanneer een AOW-vraagstuk binnen komt, is van belang om naar de geboortedatum van een werknemer te kijken. Een werknemer die bijvoorbeeld geboren is op 10 juni 1951, heeft een AOW-leeftijd van 65 jaar en zes maanden. Een werknemer echter die een maand later is geboren, dus 10 juli 1951, heeft een AOW-leeftijd van 65 jaar en negen maanden. Het is belangrijk om hier secuur mee om te gaan en om dus altijd de leeftijd te controleren aan de hand van het Tijdpad opgenomen in Bijlage 2.

8.1.2 Ontslagrecht

Door de gewijzigde wetgeving is art. 7:671b lid 2 jo. 7:669 lid 4 BW opgenomen die het ontslag van een AOW-gerechtigde werknemer versoepelt. Zonder toestemming van UWV of kantonrechter of instemming van de werknemer kan de arbeidsovereenkomst opgezegd worden wegens of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, mits geen andere, hogere leeftijd is afgesproken. Staat in een pensioenbeding of cao een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd, dan geldt alleen die hogere leeftijd. Voorwaarde bij dit versoepelde ontslagrecht is wel, dat de arbeidsovereenkomst is ingegaan voor het bereiken van de AOW-leeftijd. Is dat niet het geval, dan geldt het normale ontslagrecht en zal een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd middels een van de ontslaggronden of met wederzijds goedvinden beëindigd moeten worden. Wordt een vergunning voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen aangevraagd bij het UWV, dan zullen eerst AOW-gerechtigde werknemers voor ontslag in aanmerking gebracht moeten worden. Pas als zij weg zijn, kan toegekomen worden aan het ontslag van jongere werknemers wegens bedrijfseconomische redenen. Bij een opzegging dient in beginsel rekening gehouden te worden met een opzegtermijn. Dit geldt zowel voor de AOW-gerechtigde als de niet AOW-gerechtigde werknemer. Het maakt daarbij geen verschil of de arbeidsovereenkomst is gesloten voor of na bereiken van de AOW-leeftijd. De opzegtermijn is, afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst, ten

minste een maand en maximaal vier maanden. Voor de AOW-gerechtigde werknemer bedraagt de opzegtermijn altijd een maand, ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst.

8.1.3 Pensioenbeding

In veel cao's en arbeidsovereenkomsten is een pensioenbeding opgenomen. Dat een pensioenbeding is toegestaan, blijkt uit nationale en Europese jurisprudentie. Dit beding beschrijft dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-leeftijd of de leeftijd van 65 jaar. Een beding dat de AOW-leeftijd hanteert, is in principe overbodig geworden door het versoepelde ontslagrecht. Een beding dat 65 jaar hanteert daarentegen, maakt een direct, verboden onderscheid naar leeftijd. Zo'n beding houdt slechts in uitzonderlijke gevallen stand tegen een beroep op leeftijdsdiscriminatie. In die uitzonderlijke gevallen zal uitgebreid beargumenteerd moeten worden waarom de lagere leeftijd toegestaan zou moeten worden.

Het zou voor kunnen komen dat een pensioenbeding in plaats van 'AOW-gerechtigde leeftijd' 'pensioengerechtigde leeftijd' beschrijft. Dit zou tot complicaties kunnen leiden, nu met pensioengerechtigde leeftijd ook de pensioenrichtleeftijd van de Wet LB bedoeld zou kunnen worden. In dat geval kan de leeftijd hoger uitvallen dan de door de werkgever bedoelde AOW-leeftijd. Dit kan ertoe leiden dat een dergelijk ontslag vernietigbaar is. Gevolgen van een vernietiging kunnen zijn dat de werknemer in dienst is gebleven, waardoor werknemer aanspraak zou kunnen maken op loonvordering, wedertewerkstelling en voortzetting van de pensioenopbouw.

8.1.4 Ziekte

Het ziekte-traject en de re-integratieverplichting is bij een AOW-gerechtigde werknemer aanzienlijk minder. In tegenstelling tot de 104 weken, duurt de loondoorbetalingsverplichting bij een AOW-werknemer die ziek wordt momenteel dertien weken. In 2018 kan dit nog verder dalen naar zes weken. Doordat deze periode zo ingekort is, zijn de verplichtingen die gepaard gaan met deze periode ook logischerwijs verminderd. Zo is de Wet verbetering poortwachter nauwelijks van toepassing op de AOW-gerechtigde werknemer. Een werkgever hoeft alleen te kijken naar (aangepast) eigen of passende arbeid binnen het eigen bedrijf. Er hoeft geen plan van aanpak opgesteld te worden. De werknemer hoeft niet middels een tweede spoor bij een andere werkgever aan de slag te gaan. Gedurende de ziekteperiode van dertien weken, geniet de werknemer ontslagbescherming. Ziekte is namelijk een van de opzegverboden. Ook indien een werknemer al ziek is wanneer hij de AOW-leeftijd bereikt, geldt het opzegverbod. Hierop bestaat een uitzondering. Een pensioenopzegging op grond van het versoepelde ontslagrecht is toegestaan mits het ontslag geen verband houdt met de ziekte. Hier kan bijvoorbeeld aan gedacht worden indien het gebruikelijk is binnen een bedrijf dat een pensioenbeding gehanteerd wordt bij het bereiken van de AOW-leeftijd. Dan houdt het ontslag geen verband met de ziekte, maar met de gebruiken binnen het bedrijf. In dat geval geldt geen loondoorbetalingsverplichting en gelden de opzegverboden niet. Eindigt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van een zieke AOW-gerechtigde werknemer gedurende de periode van loondoorbetaling, dan heeft de werknemer recht op ziekengeld. Omdat een werkgever geen premies meer af hoeft te dragen voor een AOW'er, wordt het ziekengeld betaald door het UWV, die dit vervolgens verhaalt op de werkgever.

8.1.5 Ketenregeling en Ragetlie-regel

De ketenregeling beschrijft dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege voor onbepaalde tijd wordt, indien een bepaald aantal contracten of een bepaalde duur wordt overschreden. Voor een jongere werknemer is dit na drie arbeidsovereenkomsten of 24 maanden, voor de AOW-gerechtigde werknemer is dit opgerekt naar zes arbeidsovereenkomsten voor de maximale duur van 48 maanden. De Ragetlie-regel houdt in dat indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd binnen zes maanden wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, deze laatste moet worden opgezegd. De arbeidsovereenkomst is van rechtswege voor onbepaalde tijd geworden.

De Ragetlie-regel is buiten toepassing verklaard voor de AOW-gerechtigde werknemer met invoering van de nieuwe wetgeving. Een werkgever kan een beroep doen op het pensioenontslag en daarmee de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opzeggen. Direct daarna kan hij vervolgens een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanbieden.

8.1.6 Loon en arbeidsduur

Een AOW-gerechtigde werknemer heeft tegenwoordig recht op ten minste het minimumloon. Deze bepaling is ingevoerd omdat een werknemer voorheen geen recht had op een minimum, waardoor AOW'ers tot ver onder het minimumloon uitbetaald kregen. Om uitbuiting van AOW'ers en verdringing van jongere werknemers op de arbeidsmarkt te voorkomen, is daarom bepaald dat ook AOW'ers recht hebben op het minimumloon.

Een AOW-gerechtigde werknemer kan geen verzoek meer indienen tot vermeerdering of vermindering van zijn arbeidsduur. Ook deze wijziging is in het kader van de verdringing van jongere werknemers gebeurd. Een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats en de werktijden blijft nog wel mogelijk. Indien een AOW-gerechtigde werknemer dus geen nachtdiensten meer wil draaien, dan kan hij daartoe wel een verzoek indienen bij zijn werkgever.

8.1.7 Transitievergoeding

Een werknemer heeft, bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst die twee jaar of langer heeft geduurd, recht op een transitievergoeding. Deze vergoeding heeft twee doelen, enerzijds als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. De wetgever heeft bepaald dat AOW'ers een vervangend inkomen in de vorm van pensioen ontvangen en dat zij daarom geen recht hebben op een transitievergoeding. Dit is gedaan om te voorkomen dat een transitievergoeding ten goede komt aan personen die niet langer afhankelijk zijn van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. De regering is ervan overtuigd dat iedereen met recht op AOW hier ook voldoende inkomsten uit genereert om te kunnen leven. Er wordt echter geen rekening gehouden met uitzonderingsgevallen, zoals mensen die jaren in het buitenland hebben gewoond of gewerkt en dus minder tot geen AOW hebben opgebouwd. De vraag of deze wetgeving is toegestaan naar Europees recht dient nog voor een hogere rechter gebracht te worden. Vooralsnog kan een werkgever een beslissing tot het niet betalen van transitievergoeding baseren op de wet. Indien echter uit een arrest van de Hoge Raad of het Europese Hof van Justitie blijkt dat sprake is van leeftijdsdiscriminatie, dan dient hier wel op geanticipeerd te worden.

8.1.8 Advisering in de praktijk

Uit de casussen, geschetst in de eerste en laatste deelvraag, blijkt dat werkgevers met heel diverse vragen komen. Uit de casussen en het interview met mevrouw Van Wijngaarden blijkt echter ook dat veel werkgevers niet of nauwelijks op de hoogte zijn van de veranderde wetgeving. Zo ook bijvoorbeeld casus 2, waarbij een werkgever zich afvroeg wat er geregeld diende te worden voordat zijn werknemer op 65-jarige leeftijd met pensioen zou gaan. Waar zowel werkgever als werknemer geen rekening mee hadden gehouden, was dat de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer ondertussen gestegen was naar 66 jaar, waardoor werknemer een jaar te vroeg was met zijn pensioen.

De meeste juridische vraagstukken komen bij de juridische afdeling terecht via collega's. Een cliënt stelt bijvoorbeeld aan zijn accountant een juridische vraag, die dit vervolgens doorstuurt naar een van de juristen. Het is daarom belangrijk dat iedereen op de hoogte is van de veranderde wetgeving, zodat er niet verkeerd geadviseerd wordt. Daarnaast is de advisering momenteel reactief. Een werkgever komt met een juridisch vraagstuk, dat in behandeling wordt genomen door een van de juristen. Nadat de cliënt van advies voorzien is, wordt er echter verder niets met de situatie gedaan. Uit het interview met mevrouw Van Wijngaarden blijkt dat dit mogelijk niet meer de meest verstandige keuze is.

8.2 Aanbevelingen

Op basis van de conclusies hiervoor zullen aanbevelingen gedaan worden aan FSV over de advisering aan werkgevers in AOW-gerelateerde vraagstukken.

Allereerst de stijgende AOW-leeftijd. Zoals hiervoor al is vermeld, maakt een enkele dagsoms al een verschil in de hoogte van de AOW-gerechtigde leeftijd. Er zal daarom altijd een geboortedatum van de werknemer opgevraagd moeten worden. Deze geboortedatum kan vergeleken worden met het Tijdpad in Bijlage 2, zodat duidelijk vastgesteld kan worden wat de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer in kwestie is. Op die manier wordt voorkomen dat een foute AOW-leeftijd gehanteerd wordt, waardoor bijvoorbeeld te vroeg of te laat een beroep wordt gedaan op een pensioenbeding.

Een werkgever kan iedere werknemer die de AOW-gerechtigde bereikt of heeft bereikt en een arbeidsovereenkomst heeft die is gesloten voor deze leeftijd, ontslaan op grond van de pensioenopzegging. Hiervoor is geen toestemming van UWV of kantonrechter vereist, dus er hoeft geen groot dossier opgebouwd te worden zoals bij de andere ontslaggronden. Dit argument kan zeker meegenomen worden wanneer een cliënt met de vraag komt of een pensioenbeding noodzakelijk is. Hierbij kan geadviseerd worden dat een pensioenbeding zijn nut heeft verloren en mogelijk gevaarlijk kan zijn wanneer gebruik wordt gemaakt van verkeerde leeftijden of onduidelijke termen. Is een cliënt ondanks dit advies toch van mening dat een pensioenbeding noodzakelijk is, dan moet opgenomen worden dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens het bereiken van 'de AOW-gerechtigde leeftijd'. Een lagere leeftijd leidt tot leeftijdsdiscriminatie, 'pensioengerechtigde leeftijd' kan verward worden met de (hogere) pensioenrichtleeftijd. Tegenwoordig kunnen, zoals hiervoor is aangegeven, allerlei risico's verbonden zijn aan een pensioenbeding. Indien een AOW-gerelateerd vraagstuk bij de juridische afdeling van FSV terechtkomt, is het daarom van belang dat een van de juristen controleert of een pensioenbeding geldt. Dit kan gedaan worden door de arbeidsovereenkomst van werknemer op te vragen en te kijken of in de cao een pensioenbeding is opgenomen indien sprake is van een cao.

Wordt een AOW-gerechtigde werknemer ziek, of is een werknemer al ziek op het moment dat deze de AOW-leeftijd bereikt, dan gaat het verkorte ziekte-traject lopen. In het eerste geval geldt een loondoorbetalingsverplichting van dertien weken, in het tweede geval dertien weken, tenzij met deze dertien weken de termijn van 104 weken wordt overschreden. Is een werknemer al 100 weken ziek wanneer hij de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, dan geldt de loondoorbetalingsverplichting nog voor de duur van vier weken. Ondanks de verminderde re-integratieverplichtingen, zal een werkgever toch een dossier bij moeten houden gedurende de ziekte. Doet hij dit niet, dan komt hij in bewijsnood wanneer hij een ontslagvergunning bij het UWV aanvraagt. Het kan voorkomen dat een werkgever geen AOW-gerechtigde werknemers in dienst houdt, maar zich altijd beroept op een pensioenbeding. Een pensioenopzegging houdt dan geen verband met de ziekte van de werknemer, maar met de gebruiken van het bedrijf. In dat geval geldt het opzegverbod wegens ziekte niet en hoeft de werkgever geen ziekte-traject te hanteren. In dat geval kan een pensioenontslag of pensioenbeding toch doorgang vinden. Indien een AOW-vraagstuk over een zieke werknemer binnenkomt, kan in eerste instantie onderzocht worden of de werkgever in aanmerking komt voor de hiervoor vermelde uitzondering. Is dat niet het geval, dan zal het advies aan de werkgever moeten zijn dat hij ten minste dertien weken loon door moet betalen en een dossier op moet bouwen. In dat dossier zal aangetoond moeten worden waarom een werknemer (aangepast) eigen of passende arbeid niet meer zal kunnen verrichten. Alleen in dat geval zal een ontslagvergunning verleend worden na het opzegverbod van dertien weken.

Een werkgever die een werknemer na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd in dienst wil houden, heeft hier in principe twee opties voor. Enerzijds kan de arbeidsovereenkomst beëindigd worden op grond van een pensioenbeding of

pensioenopzegging. Na deze beëindiging kan direct een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gegeven worden. Anderzijds kan besloten worden om de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door te laten lopen. In dat geval houdt de werkgever het beroep op een pensioenopzegging conform 7:669 lid 4 BW open en kan hij de arbeidsovereenkomst beëindigen wanneer hij wil. Bij deze laatste optie is echter wel instemming van de werknemer nodig indien de arbeidsvoorwaarden veranderd worden. Stel, een werkgever wil na de AOW-leeftijd nog slechts het minimumloon betalen, of wil dat zijn werknemer van 40 naar 20 uur in de week gaat. Bij het uitgeven van een nieuw contract voor bepaalde tijd kunnen deze bepalingen meteen opgenomen worden. Blijft de oude arbeidsovereenkomst doorlopen, dan zullen deze wijzigingen handmatig doorgevoerd moeten worden, waar toestemming van de werknemer voor vereist is. Indien de werknemer bereid is om mee te werken met wijziging van zijn arbeidsovereenkomst en er is geen sprake van een pensioenbeding die een beëindiging van rechtswege in het leven roept, dan zou geadviseerd kunnen worden dat de lopende arbeidsovereenkomst in stand kan blijven. Indien de werknemer niet mee wil werken met een wijziging, of nu al weet dat hij slechts een korte periode wil blijven om bijvoorbeeld een lopend project af te maken, dan zou door de jurist van FSV een advies op het doen van een pensioenontslag gedaan kunnen worden. De arbeidsovereenkomst wordt daarmee beëindigd, waarna een contract voor bepaalde tijd gegeven kan worden.

AOW-gerechtigde werknemers hebben tegenwoordig recht op het minimumloon. Voor invoering van de Wet werken na AOW was dit niet het geval. Het kwam dan regelmatig voor dat een werknemer minder dan minimumloon aan salaris ontving. Wanneer een jurist van FSV een AOW-gerelateerde vraag krijgt, zal gecontroleerd moeten worden of de cliënt voldoet aan dit recht op het minimumloon. Is dit niet het geval, dan dient deze jurist de cliënt daar op te wijzen. Indien een werkgever nog altijd minder betaalt dan het minimumloon, hangt hem een forse boete boven het hoofd indien hij een controle krijgt. De salarisadministratie van FSV verwerkt van veel cliënten de salarissen. Ook zij zullen, wanneer ze een AOW-gerechtigde werknemer tegenkomen, moeten controleren of deze persoon wel ten minste het minimumloon ontvangt. Zo niet, dan dienen zij hier melding van te maken bij de juridische afdeling, zodat deze de werkgever aan kan schrijven.

Vooralsnog heeft een AOW-gerechtigde werknemer op grond van de wet geen recht op transitievergoeding. Hier kan eventueel verandering in komen indien de Hoge Raad of het Europese Hof van Justitie bepaalt dat de uitsluiting van het recht op transitievergoeding een verboden onderscheid naar leeftijd inhoudt. Het is daarom van belang dat de juristen van FSV op dit vlak de jurisprudentie in de gaten blijven houden. Er heeft zich al een situatie voorgedaan waarbij het gerechtshof 's-Hertogenbosch prejudiciële vragen over dit onderwerp heeft gesteld aan de Hoge Raad. Deze vragen zijn vervolgens weer ingetrokken, maar mocht zich een dergelijke situatie opnieuw voordoen, dan is het van belang om goed op te hoogte te blijven van een antwoord op deze vragen.

Zoals beschreven komen de meeste juridische vraagstukken via collega's bij de juridische afdeling terecht. Het is daarom belangrijk dat iedereen op de hoogte is van de veranderde wetgeving. Hier is middels een presentatie voor al het adviserend personeel van FSV invulling aan gegeven (zie Bijlagen 5 en 6). Wanneer een accountant een AOW vraag van een cliënt krijgt, hoeft hij deze niet te kunnen beantwoorden, maar hij dient wel op de hoogte te zijn dat de wetgeving veranderd is. In dat geval kan hij de cliënt hier namelijk op wijzen en de vraag doorsturen naar de juridische afdeling. Werkgevers zelf zijn nauwelijks op de hoogte van de veranderde wetgeving. Alleen reactief adviseren lijkt daarom onvoldoende. Het is van belang dat werkgevers met ouder personeel in dienst op de hoogte gebracht worden van deze wijzigingen. Hier is invulling aan gegeven aan de hand van een artikel dat op basis van dit onderzoeksrapport geschreven is en op de website en de Facebookpagina van FSV zal worden geplaatst (Bijlage 7). Ook is voor de werkgevers in kwestie een modelbrief opgesteld (Bijlage 8).

LITERATUUR- EN BRONNENLIJST

Boeken

Beltzer e.a. 2015

R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 111-116.

Dalen, van, e.a. 2012

H.P. van Dalen e.a., 'Dilemma's rond langer doorwerken – Europese werkgevers aan het woord', *Amsterdam University Press*, Amsterdam 2012, p. 38.

Schaaijk, van 2015

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 83-92.

Schuijt, 2016

G.A.I. Schuijt, e.a., *Leidraad voor juridische auteurs 2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Slooten, van, e.a. 2016

J.M. van Slooten e.a., *Tekst & Commentaar – Arbeidsrecht*, commentaar van E. Verhulp inzake: Reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *Burgerlijk Wetboek Boek 7 artikel 668a*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Personen

Mevrouw J. (Jeltje) van Wijngaarden LLB, werkzaam als arbeidsrechtjurist bij FSV.

Vaktijdschriften

Bungener, TRA 2016/23, p. 9

A.F. Bungener, 'De nieuwe ketenregeling en de grenzen van flexibiliteit', *TRA 2016/23*, afl. 3 p. 9.

Degelink, ArbeidsRecht 2015/47, p. 7-11

B. Degelink, 'Het pensioenontslagbeding onder de WWZ: nuttig of inflexibel?', *Arbeidsrecht 2015/47*, oktober 2015, p. 7-11.

Heemskerk, ArbeidsRecht 2012/28

M. Heemskerk, 'Zet het Lufthansa-arrest een streep door pensioenontslag onder 65 jaar?', *Arbeidsrecht 2012/28*, 21 juni 2012.

Heemskerk, ArbeidsRecht 2013/4

M. Heemskerk, 'Pensioenontslagbeding na verhoging AOW-leeftijd: oppassen en aanpassen', *ArbeidsRecht 2013/4*, 24 december 2012.

Heerma Voss, van Asser-serie 2015/330

G.J.J. Heerma van Voss, 'Ragelie-regel', *Asser-Serie 7-V 2015/330* 31 juli 2015.

Henkens, e.a. DEMOS 2016 p. 1-4

K. Henkens e.a., 'Langer doorwerken valt nog niet mee', *DEMOS*, 32 (2), NIDI 2016 p. 1-4.

Houweling, VAAN AR Updates 2012/662

A.R. Houweling, 'Leeftijdsontslag en de WGBL: hoe verkeerspiloten bij KLM objectief gerechtvaardigd de deur uitvliegen' *VAAN AR Updates 2012/0662*, 15 juli 2012.

Lutjens, Heemskerk, *ArbeidsRecht* 2010/8

E. Lutjens, M. Heemskerk, 'Is pensioenontslag bij 65 jaar nog steeds geldig?', *ArbeidsRecht* 2010/8, 1 februari 2010.

Lutjens, Asser-Serie 2016/667

E. Lutjens, 'Beëindiging arbeidsovereenkomst bij of wegens pensioenleeftijd', *Asser-Serie 7-XI* 2016/677 1 maart 2016.

Oude Mulders, e.a. *De Economist* 2014, p. 415-431

J. Oude Mulders e.a., 'How likely are employers to rehire older workers after mandatory retirement? A vignette study among managers', *De economist* 162 2014, p. 415-431.

Oude Mulders, e.a. *Me Judice* 2017

J. Oude Mulders e.a., 'Gaait doorwerken na AOW echt werken? Het oordeel van werkgevers', *Me Judice*, 18 januari 2017.

Rutgers, Kamp, van der, *Bb* 2014/37

D.J. Rutgers en M.C. van der Kamp, 'Naar een nieuw ontslagrecht (4): beëindigingsovereenkomst, opzeggings- en ontbindingsprocedure', *Bb* 2014/37 11 juni 2014.

Stam, *Vp-bulletin* 2015/26

R. Stam, 'Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd', *Vp-bulletin* 2015/26, 20 mei 2015.

Stamhuis, *TRA* 2017/40, p. 26-27

J.N. Stamhuis, 'Aankondiging prejudiciële vragen over leeftijdsdiscriminatie i.v.m. uitsluiting van AOW-gerechtigden van recht op transitievergoeding', *TRA* 2017/40 2 februari 2017 p. 26-27.

Vas Nunes, *NJB* 2008/915

P.C. Vas Nunes, 'Ouderen mogen gewoon doorwerken', *NJB* 2008/915, 9 mei 2008.

Wegener-Belinfante, Zwemmer, *ArbeidsRecht* 2016/22 p. 3-8

T.M.J. Wegener-Belinfante en J.P.H. Zwemmer, 'Ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen en selectie op basis van kwaliteit: de stoelendans na de inwerkingtreding van de Wwz', *ArbeidsRecht* 2016/22 29 mei 2016, afl. 5, p. 3-8.

Wolff, de, *ArbeidsRecht* 2015/46 p. 3-6

D.J.B. de Wolff, 'Werken na de AOW-leeftijd', *ArbeidsRecht* 2015/46 14 oktober 2015, afl. 11, p. 3-6.

Parlementaire stukken

Kamerstukken I 2011/12, 33 290, nr. C (MvA).

Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C (MvA).

Kamerstukken II 1954/55, 4 009, nr. 3.

Kamerstukken II 1963/64, 7 762, nr. 3.

Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3.

Kamerstukken II 2004/05, 28 170, nr. 29.

Kamerstukken II 2007/08, 29 544, nr. 152.

Kamerstukken II 2007/8, 31 357, nr. 3.

Kamerstukken II 2011/12, 33 046, nr. H.

Kamerstukken II 2011/12, 33 290, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2012/13, 33 410, nr. 15.

Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4.
Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 8.
Kamerstukken II 2014/15, 34 073, nr. 3 (MvT).
Kamerstukken II 2014/15, 34 073, nr. 11.
Kamerstukken II 2014/15, 34 073, nr. 13.
Kamerstukken II 2014/15, 34 073, nr. 19.
Kamerstukken II 2014/15, 34 273, nr. 3 (MvT).
Kamerstukken II 2015/16, 34 273, nr. 464.
Kamerstukken II 2016/17, 32 163, nr. 42.

Rapporten

CBS stijging levensverwachting 2011

'Levensverwachting ouderen sterk gestegen', Centraal Bureau voor de Statistiek, 23 november 2011.

CBS levensverwachting 2016

'Levensverwachting; geslacht, leeftijd (per jaar en periode van vijf jaren)', Centraal Bureau voor de Statistiek, 30 mei 2016.

Emmerik, van, e.a. 2015

M.L. van Emmerik e.a., *Werkgevers Enquête Arbeid 2014: Methodologie en beschrijvende resultaten*, TNO Leiden 2015, p. 74.

Europese Commissie 2009

European Commission (2009), "2009 Ageing Report: Economic and budgetary projections for the EU-27 Member States (2008-2060)," *European Economy 2*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.

Ewijk, van, e.a. 2000

C. van Ewijk e.a., *Ageing in the Netherlands*, Centraal Planbureau, Den Haag 2000, p. 123.

Geest, van, e.a. 2006

L.B.J. van Geest e.a., *Vergrijzing en Houdbaarheid*, Studiegroep Begrotingsruimte, Den Haag 2006, p. 24-27.

Hers, e.a. 2017

J. Hers e.a., *Keuzes in Kaart 2018-2021; Economische effecten doorgerekend*, Centraal Planbureau, Den Haag 2017.

Hooftman, e.a. 2015

W.E. Hooftman e.a., *Nationale Enquête Arbeidsomstandigheden 2015: Methodologie en globale resultaten*, TNO Leiden, CBS Heerlen 2015, p. 87.

Mulligen, van 2017

P.H. van Mulligen, *Pensioenleeftijd werknemers in 2016 niet gestegen*, CBS Heerlen 2017.

Raad van de Europese Unie 2011

Council of the European Union (2011). "Council Recommendation July 12" (2011/C/212/04), *Official Journal of the European Union*, Brussels p.15.

Smits, e.a. 2010

J.P.M. Smits e.a., *Perspectief op langer doorwerken* (2010), Een onderzoek naar cao-afspraken tussen sociale partners met betrekking tot langer doorwerken, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, september 2010, p. 35.

Vuuren, van, Bolhaar 2014

D. van Vuuren en J. Bolhaar, *Werkgelegenheidseffecten wetsvoorstel 'werken na de AOW-gerechtigde leeftijd'*, Centraal Planbureau, Den Haag 2014.

Wegnemen belemmeringen doorwerken na 65 jaar 2006

Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar (Advies van 17 maart 2006, SER 2006/03), Den Haag: SER 2006.

Elektronische bronnen

www.fsv.nl

www.juridischwoordenboek.nl

www.navigator.nl

www.overheid.nl

www.rechtspraak.nl

www.rijksoverheid.nl

JURISPRUDENTIELIJST

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 16 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:604 (*Palacios de la Villa*).
HvJ EU 5 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:128 (*Age Concern*).
HvJ EU 12 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:601 (*Rosenbladt*).
HvJ EU 18 november 2010, ECLI:EU:C:2010:699 (*Georgiev*).
HvJ EU 21 juli 2011, ECLI:EU:C:2011:508 (*Fuchs*).
HvJ EU 13 september 2011, ECLI:EU:C:2011:573 (*Lufthansa/Prigge*).
HvJ EU 6 december 2012, ECLI:EU:C:2012:772 (*Odar*).

Hoge Raad

HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8727 (*Ragetlie/SLM*).
HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0424 (*Van Pelt/Martinair*).
HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367 (*werknemers/KLM en VNV*).

Centrale Raad van Beroep

CRvB 26 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1699 (*Maschhaupt tegen Ministerie van Verkeer en Waterstaat*).

Gerechtshof

Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ4895.
Hof Amsterdam 8 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9545.
Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1093 (*tussenuitspraak*).
Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2512 (*einduitspraak*).
Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345 (*tussenuitspraak*).
Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:954 (*einduitspraak*).

Rechtbank

Rb. 's-Gravenhage 14 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BD1612.
Rb. Groningen 8 december 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BK6017.
Rb. Amsterdam 24 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1678.

Ktr. Leeuwarden 24 juni 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AH9093.
Ktr. Utrecht 30 september 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU7208.
Ktr. Lelystad 20 februari 2008, JAR 2008/120.
Ktr. Amsterdam 8 juli 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF2261.
Ktr. Delft 23 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI2450.
Ktr. Amsterdam 21 februari 2011, RAR 2011/81.
Ktr. Dordrecht 14 april 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ2159.