

# “In den grijzen ouderdom zullen zij nog vruchten dragen”<sup>1</sup>

Voordracht van P.C. Vas Nunes voor de Vereniging voor Arbeidsrecht,

Amsterdam 18 september 2008

## Achtergrond

Nederlandse bevolking nu 16,5 mio waarvan 15% (ruim 2,3 mio) 65+  
In 2050 (geschat): 25%

Beroepsbevolking (15-64) 11 mio

Werkende bevolking 8 mio

Arbeidsparticipatie mannen <sup>2</sup>	55-59	ruim 70%
	60-64	25%
	65-74	6%

Telegraaf 12.9.08 n.a.v. onderzoek Towers Perrin: als doorwerken extra AOW oplevert wil 13% doorwerken na 65, anders 4%.

Regering en werkgevers willen doorwerken bevorderen. Vakbeweging tweeslachtig i.v.m. verdringingsrisico 65 minners doordat 65 plussers 25-30% goedkoper zijn (geen premies AOW, WW, WIA en aanvullend pensioen<sup>3</sup>), ook geen minimumloon.

Regering (zie TK 29544):

- februari 2005 installatie Regiegroep “Grijs Werkt” o.l.v. Nijpels
- 14.11.2005 advies STAR: behoudt pensioenontslagbeding
- 17.3.2006 SER-advies “Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar”
- 6.2.2008 Eindrapport Grijs Werkt “Zeg eens B” bepleit doorwerkrecht
- 16.6.08 Rapport Cie Bakker (“Naar een toekomst die werkt”): participatie moet omhoog
- 28.5.2008 notitie Donner: “Men is zo oud als men zich voelt”.

## Kabinetsplannen

Minimumloon ook voor 65+

65+ als eersten ontslag bij reorganisatie

Duur art. 629 naar 6 weken<sup>4</sup>

Geen Poortwachter

Geen doorwerkrecht (zoals in V.K.)

Uitzondering artikel 7(1) (b) WGBL handhaven

Hoe verhouden kabinetsplannen zich tot WGBL/Kaderrichtlijn 2000/78?

---

<sup>1</sup> Psalm 92 vers 15 (Statenvertaling)

<sup>2</sup> Bron: Soc. Cultureel Planbureau, rapport Paul Schnabel 4.3.08. Voor vrouwen gelden andere percentages.

<sup>3</sup> Stopzetten verdere pensioenopbouw vanaf 65 in strijd met WGBL?

<sup>4</sup> Ratio achter verkorting duur art. 629 naar 6 weken: vóór Wulbz geen inkomensvoorziening wegens ziekte, door privatisering ZW kwamen 65+ onbedoeld onder werking inkomensvoorziening.

STAR gaat adviseren over Ragetlie en art. 629 voor 65+. <sup>5</sup>

Volgende maand overlegt Kring over art. 3.5 ktr. formule (zo überhaupt verbindend). <sup>6</sup>

Ondertussen:

- krapte op arbeidsmarkt
- er komt verandering in het denken, dat nu nog wordt gedomineerd door:

- uitzendbureaus voor ouderen
- druk om niet langer te avv-en (D66)
- Doorwerk CAO tussen Ver. van Doorwerkers (lidmaatschap open voor iedere werkgever) en LBV.  
*Website: soepel ontslagrecht van max. 3 maanden... U bespaart 25% op uw (doorwerk-)loonkosten in vergelijking met uitstellen van pensioen in de traditionele CAO's.*

Kortom: onderwerp van meer dan theoretisch belang. Er komen ongetwijfeld procedures.

Voordracht valt uiteen in twee delen:

1. Eindigt aoOT van rechtswege? *[N.B. dit onderdeel gaat niet over gelijke behandeling]*
2. Doorwerken
  - a. Ragetlie
  - b. gelijke behandeling

---

<sup>5</sup> Volgens telefonische mededeling van de secretaris van de STAR zou dit een mondeling en niet openbare adviesaanvraag zijn. Gehoopt wordt op een advies voor eind 2008.

<sup>6</sup> Zie AI 2008/1 p. 66. Overigens houden niet alle ktr. zich aan deze aanbeveling, zie bijv. Ktr. Amsterdam 30.1.08 JAR 2008/44 (telt diensttijd 67-jarige doorwerker vanaf pensioendatum, i.c. 60).

## Deel I

Veel arbeidscontracten en veel CAO's bevatten pensioenontslagbeding (pob).

Voorbeelden:

- Beroepsgoederenvervoer 2007/2008: arbeidsovereenkomst ("ao") eindigt van rechtswege op 65<sup>e</sup>, artt. 667 en 668 n.v.t. op doorwerken
- Vleeswarenindustrie: opzegverbod bij ziekte n.v.t. op 65+. N.B.: SZW pareert vraag over WGBL met verwijzing naar dictum.

Ik ga niet in op vraag of ao voor onbepaalde tijd ("aoOT") van rechtswege kan eindigen **zonder pob**.<sup>7</sup>  
Ik ga evenmin in op het ambtenarenrecht.<sup>8</sup>

Ik verdedig dat een pob het gewenste effect ontbeert, de ao loopt dus na 65 door als werknemer dat wil. Hiermee ga ik in tegen heersende opvattingen zoals o.a. verwoord in:

- Lutjens<sup>9</sup> en mijn geachte opponent Heemskerk
- Beleidsregels Ontslagtaak CWI (oktober 2007)
- MvT WGBL ("Veel CAO's of individuele ao's kennen een bepaling waarin bepaald is dat de ao eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd")
- SER-advies
- STAR-advies
- Begrotingsdebat SZW 2008
- a) alle sprekers TK
- b) Donner: ik ga pob niet verbieden want HvJEG staat het toe (Palacios). *[Noot: Donner haalt contractenrecht en g.b. door elkaar]*

Voordat we de theorie induiken, laten we eerst kijken wat rechters vinden. Verschillende rechters hebben geoordeeld dat een aoOT wel degelijk bij pensionering vanzelf eindigt. Overigens zijn dit veel minder rechters dan waarop Lutjens zich in zijn dissertatie (1989) beroept. De meeste van die uitspraken betreffen geschillen waarin de pp. als uitgangspunt namen dat hun ao van rechtswege was geëindigd en de rechter dit uitgangspunt overnam zonder dat er debat over werd gevoerd: zie VvA nr. 35 (1995).<sup>10</sup> Ik vond destijds slechts 4 uitspraken van kantonrechter/rechtbank waarin pob met zoveel woorden werd aanvaard.

Volgens sommigen zou de HR in 1986 in Beets/Van Lanschot de geldigheid van een pob hebben aanvaard. Dit is niet zo; ook hier stond het beding namelijk niet ter discussie. De enige keer dat de HR zich in relevante zin heeft uitgesproken is in 1995 in het arrest Codfried:<sup>11</sup>

*"Voorts dient te worden vooropgesteld dat niet kan worden gezegd dat de regel dat een dienstbetrekking in het algemeen van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige*

---

<sup>7</sup> Van der Grinten hierover (21<sup>e</sup> druk p. 282): wellicht kan dit worden aangenomen o.g.v. gebruik. Ktr. Utrecht JAR 2005/261 neemt het aan. Na de voordracht uitgekomen 22<sup>e</sup> druk.

<sup>8</sup> Aanstelling in vaste dienst loopt door zolang ambtenaar niet is ontslagen. Tot 11.5.07 (afschaffing KB uit 1945) **moest** ambtenaar worden ontslagen. Nu moeten in sector Rijk doorwerkverzoeken worden gehonoreerd tenzij "zwaarwegende dienstbelangen" zich daartegen verzetten. Zie Circulaire Min. BiZa 14.2.08 Stcrt. nr. 38 p. 8 (tijdelijke regeling sector Rijk); Vzngnr. 's-Gravenhage 15.8.07 TAR 2007, 166 en Rb. 's-Grav. 14.4.08 TAR 2008, 108 alsmede TAR 2008 p. 275, p. 280 en p. 284.

<sup>9</sup> NJB 2008 p. 1786.

<sup>10</sup> Zie recent: Ktr. Den Helder 16.8.08 RAR 2008, 19 (laat het in het midden); Ktr. Utrecht 16.5.08 JAR 2008/158 (gaat impliciet van uit maar vraagt zich af "of een CAO-bepaling die de a.o. bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd door de werknemer van rechtswege doet eindigen, nog past in het huidige tijdsgewricht"); Hof 's-Gravenhage 12.6.08 LJN: BD 6316 (aanvaardt einde van rechtswege); Ktr. Haarlem 5.6.08 LJN: BD 4031 (partijen gaan uit van eindigen van rechtswege).

<sup>11</sup> HR 13.1.95 JAR 1995/35 (Codfried/ISS).

*leeftijd, niet langer in overeenstemming is met de rechtsopvatting van brede lagen van de bevolking”*

Het arrest gaat over een schoonmaakster die op haar 65<sup>e</sup> jaar in dienst treedt en daarna vanwege haar leeftijd in de proeftijd wordt ontslagen. Noch partijen noch de feitenrechter noch de cassatiemiddelen noch A-G Koopmans zeggen één woord over pensioenontslag. Dat is ook logisch. Waarom dan toch deze ene voor de zaak irrelevante, en voor de redenering van de HR overbodige terloopse zin? Lutjens vindt de zin niet terloops; zij zou een schakel vormen in de redenering van de HR. Ik zie dat niet. De HR had evengoed de woorden “van rechtswege” kunnen weglaten, dan was zijn redenering identiek gebleven. Ook Van Slooten vindt het een “terloopse” zin, zij het wel een “belangrijke vingerwijzing”.<sup>12</sup>

Pleit deze terloopsheid vóór of tegen mijn standpunt? Het feit dat de HR iets zegt wat voor de zaak overbodig was kan betekenen dat de HR bewust handelde, maar het kan ook een “bedrijfsongevalletje” zijn. Ik raadpleegde twee vooraanstaande cassatieadvocaten. Eén zegt: de zin heeft weinig betekenis. De ander aarzelt. Bedacht moet worden dat het arrest 13 jaar oud is en van ruim vóór de Flexwet dateert. Zie Ktr. Utrecht JAR 2005/77 over de door de HR geformuleerde “regel” dat een dienstbetrekking i.h.a. van rechtswege eindigt bij 65: “Dat de HR zou menen dat die rechtsregel bestaat valt naar het oordeel van de ktr. niet in genoemd arrest te lezen.”

De HR heeft in 2002 (op 't Land over k.o.o.) en 2004 (Van Pelt/Martinair over leeftijdsdiscriminatie) opnieuw moeten oordelen over werknemers die gedwongen werden te pensioneren, maar herhaalde de bewuste zin niet. In r.o. 3.4.3 van *Op 't Land* heeft de HR het wel over “de regel dat een dienstbetrekking in het algemeen **wordt beëindigd** bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd”. Heeft dit betekenis? Is het zwijgen over de kwestie een teken dat de HR afstand neemt of juist dat hij zijn standpunt handhaaft? Mijn standpunt: vraag nog onbeslist.

Nu de theorie.

Ik verdedig de “twee smaken” leer: een ao is óf BT (einde rechtswege) of OT (per definitie niet rechtswege). Wat is dat, “van rechtswege”? Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (“aoBT”) eindigt van rechtswege, maar niet iedere wijze van beëindiging anders dan opzegging is van rechtswege. Denk aan:

- overlijden (één partij bij een duurovereenkomst verdwijnt: m.i. geen “rechtswege”)
- ovo (partijwisseling: geen “rechtswege”)
- verlies identiteit, bijv. andere functie, arbeidsomvang (idem)
- ontbindende voorwaarde? (twijfelgeval; voor het intreden van de voorwaarde is een gebeurtenis of non-gebeurtenis nodig, dus dit is niet een zuiver geval van “rechtswege”).

Bij de parlementaire behandeling van de Wet op de ao in 1906 nam minister Van Raalte het standpunt in dat een ao óf voor BT óf voor OT is, en dat er geen derde categorie is: “Wat de vraag betreft of er behalve de arbeidsovereenkomsten, aangegaan voor bepaalde, en die aangegaan voor onbepaalde tijd, nog een derde categorie van arbeidscontracten is, het komt mij voor dat deze vraag ontkennend moet beantwoord worden.” In 1998 herhaalde Van Megen dit en, ere wie ere toekomt, hij was mij vóór in zijn standpunt. Voor een overzicht van de verschillende standpunten in de literatuur verwijs ik naar VvA nr. 35 en AI 2008/1. Het meest spreekt mij aan wat Vegter in 2007 in SR schreef over het pob: “juridisch gezien is dat lastig te verdedigen, met name omdat een ao voor OT moeilijk van rechtswege kan eindigen. De feitelijke en de juridische wereld sluiten hier dus niet goed op elkaar aan.” Loonstra en Zondag lijken de twee smakenleer te omarmen in hun Themata. In de derde druk (2008) wijden zij op p. 449 een beschouwing aan de vraag of een arbeidsovereenkomst met een ontbindende voorwaarde een aoOT of een aoBT is. Na enige

---

<sup>12</sup> SR 2002 p. 361: “Verwacht mag worden dat op dit punt ook nog de nodige strijd zal worden geleverd, nu dat in beginsel los staat van leeftijdsdiscriminatie, hoewel de terloopse opmerking in *Codfried/ISS* wel een belangrijke vingerwijzing is.

argumenten te hebben genoemd, lezen we: *“Toch zal er moeten worden gekozen; Boek 7 titel 10 BW kent nu eenmaal uitsluitend de onbepaalde en bepaalde tijd”*. Verder is misschien interessant te melden dat het Antilliaanse hof op 11.3.08 n.g. oordeelde dat een ao met een pob als een aoBT kwalificeert.

Ik vind dat wie de geldigheid van een pob verdedigt de taak heeft dat te onderbouwen. Waarop berust die geldigheid? Tot nog toe heb ik geen harde onderbouwing gezien. Ik kan niet meer doen dan verschillende theoretische grondslagen zelf bedenken en die één voor één toetsen.

Eerder meende ik 3 of 4 grondslagen te onderkennen maar onlangs stuurde één van de hier aanwezigen mij een e-mail met een 5<sup>e</sup> grondslag. Ik beken dat ik zijn stelling niet goed begrijp. Mogelijk geef ik hem niet juist weer als volgt: we moeten niet kijken naar het geschreven recht, we moeten kijken naar het ongeschreven gewoonrecht. Ik hoor straks wel als ik hiermee onvoldoende recht doe aan zijn stelling. Als antwoord geef ik, dat art. 667 nu juist verwijst naar het gebruik en daarmee het gewoonrecht in art. 667 incorporeert.

De eerder door mij besproken grondslagen zijn:

- het gaat om een aoBT
- art. 668a is ¾ dwingend
- wederzijds goedvinden
- ontbindende voorwaarde

Wellicht zou men ook nog kunnen denken aan een ontslagnamEVERPLICHTING op grond van art. 6:248 lid 1? Of aan lid 2, dat er aan in de weg staat dat een werknemer aanblijft terwijl hij jarenlang wist dat zijn werkgever er van uitging dat de a.o. op zijn 65<sup>e</sup> jaar zal eindigen, zonder daar iets van te zeggen?

### **Grondslag: aoBT**

CWI gaat hier in haar beleidsregels van uit: *“Waar immers in een i.a.o. of bij CAO een einddatum is afgesproken, is er feitelijk sprake van een contract voor bepaalde tijd, dat geen opzegging behoeft en waarvoor geen toestemming van CWI vereist is. Het dienstverband eindigt dan van rechtswege”*. Het probleem met dit gezichtspunt is dat veruit de meeste ao van ouderen juist niet aoBT zijn, hetzij o.g.v. art. 668a (> 3x), hetzij omdat pp expliciet een aoOT overeen zijn gekomen.

En dat brengt ons naar art. 667:

*Lid 1: Een arbeidsovereenkomst **eindigt** van rechtswege, wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst, bij de wet of door het gebruik aangegeven*

*Lid 2: Voor de **beëindiging** van een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is voorafgaande opzegging nodig*

De voorstanders van pob wijzen op lid 1: de ao eindigt van rechtswege wanneer de overeengekomen of gebruikelijke tijd is verstreken. Het probleem zit in lid 6: voor beëindiging van een aoOT is (altijd) opzegging nodig. Nu zou men mij kunnen tegenwerpen dat lid 6 het niet heeft over “eindigen” maar over “beëindigen”. Een aoOT zou dan wel degelijk van rechtswege kunnen “eindigen”. Wie dit onderscheid tussen eindigen en beëindigen maakt moet echter lid 6 aldus lezen: voor opzegging is opzegging nodig, en dat lijkt me niet een logische lezing. Ik lees “beëindigen” in lid 6 dus als “eindigen”.

Ook de wetsgeschiedenis biedt geen steun aan de stelling dat lid 6 zich niet zou verzetten tegen een van rechtswege eindigende aoOT. Ik verwijs naar de MvT bij de Flexwet: *“Met het nieuwe lid 4 [= het huidige lid 6, PCVN] wordt het meest kenmerkende verschil tussen ao voor bepaalde en voor onbepaalde tijd aangegeven. Dat verschil is gelegen in de wijze waarop deze overeenkomsten kunnen eindigen; een aoOT kan slechts worden beëindigd door voorafgaande opzegging”*.

### **Grondslag: $\frac{3}{4}$ dwingend recht**

Een hoogleraar zei mij eens dat hij het zo ziet: een pob in een individuele arbeidsovereenkomst (iao) heeft inderdaad niet het gewenste effect maar dit is anders als er een CAO-beding van die strekking is. Het is immers mogelijk om bij CAO van de 3x3 regel af te wijken. Het is dus bij voorbeeld mogelijk overeen te komen: 3x jaarcontract daarna aoBT (met tussentijds opzegbeding) tot 65<sup>e</sup>. Ik hoop dat ik zijn standpunt juist weergeef. Probleem: zoals gezegd bepalen de meeste arbeidscontracten en CAO's expliciet dat de ao er een voor OT is. Bovendien voorzie ik problemen t.a.v. ongeorganiseerden.

### **Grondslag: wederzijds goedvinden**

Theorie: pp komen bij indiensttreding op voorhand overeen dat ao op 65<sup>e</sup> van rechtswege zal eindigen. Heemskerk erkent: "juridisch spannende redenering die enige denkacrobatiek vergt." Hij doelt hiermee op de "Hajziani" doctrine dat voor een beëindiging met wederzijds goedvinden vereist is dat de werkgever zich er met de nodige zorgvuldigheid van heeft vergewist dat de werknemer het eindigen van de ao echt wenste. Heeft iemand die op zijn 25<sup>e</sup> ergens in dienst treedt en een arbeidscontract met pob tekent werkelijk de wil dat hij 40 jaar later niet zal mogen doorwerken? Het lijkt me sterk.

Hier komt bij dat de sollicitant in zekere zin een nog kwetsbaardere positie inneemt dan een werknemer die een beëindigingsovereenkomst tekent.

Heemskerk tilt niet zwaar aan de onderzoeksplicht (1) omdat de gepensioneerde werknemer een pensioen ontvangt en daarmee financieel niet kwetsbaar is en (2) omdat hij maandelijks en jaarlijks aan het wederzijds goedvinden wordt herinnerd in de vorm van loonstrookjes en pensioenoverzichten. Deze argumenten snijden m.i. geen hout. Slechts weinig werknemers krijgen een volwaardig (70%) pensioen. De loonstrookjes en pensioenoverzichten herinneren slechts aan het inhouden van premie en het t.z.t. ingaan van de maandelijks uitkeringen, niet aan het eindigen van de a.o.

De "Hajziani" jurisprudentie is beperkt tot de situatie dat het aangaan van de beëindigingsovereenkomst (c.q. het eenzijdig nemen van ontslag) ongeveer samenvalt met het einde van de ao. In onze casus is er een lang tijdsverschil, potentieel zelfs van > 40 jaar. Ik verdedig dat de onderzoeksplicht (pas c.q. ook) bestaat op of kort vóór het tijdstip van het eindigen van de ao.

Los van de "Hajziani" problematiek is er het volgende. Als het mogelijk is overeen te komen dat de ao op het 65<sup>e</sup> jaar met wederzijds goedvinden eindigt zou het evenzeer mogelijk moeten zijn de ao op een ander tijdstip te doen eindigen. Laatst belde een cliënte mij met de volgende vraag: wij hebben iemand in dienst genomen toen hij 60 was. Hij kreeg drie jaarcontracten en is nu 63. Kunnen we hem opnieuw een tijdelijk contract geven? We willen namelijk niet dat hij eindeloos aanblijft. Ik kwam in de verleiding te antwoorden: geef hem een aoOT met een pob, dan eindigt zijn ao over twee jaar van rechtswege. Ik geloofde er alleen niet in. Als dit zou kunnen zou ook bijv. mogelijk zijn een 30-jarige drie jaarcontracten te geven en daarna een aoOT met het beding dat de ao op zijn 35<sup>e</sup> met wederzijds goedvinden eindigt.

### **Grondslag: ontbindende voorwaarde<sup>13</sup>**

De HR aanvaardt dat een aoOT een ontbindende voorwaarde bevat, zolang de voorwaarde niet potestatief is en verenigbaar is en "met gesloten stelsel van de regels betreffende beëindiging van de ao" [let op: er staat "beëindiging", niet "het eindigen"]. Of aan dit zgn. concordantiebeginsel is voldaan moet van geval tot geval worden bezien, aldus Mungra/Van Meir. In het arrest Monte voegde de HR toe dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een ao "slechts bij uitzondering" kan worden aanvaard.

In Mungra/Van Meir overwoog de HR:

---

<sup>13</sup> Heemskerk blijkt zich niet op dit leerstuk te beroepen.

*“Van een zodanige nietigheid is – naar de Rechtbank terecht heeft aangenomen – in een geval als het onderhavige geen plaats, nu het gaat om een arbeidsovereenkomst met een arts, die bij vervulling van de voorwaarde wegens het ontbreken van een mogelijkheid van praktijkuitoefening in het ziekenhuis vrijwel geheel doel zou missen [...]”*

Formuleert de HR hier een “doelloosheidsvereiste”? De twee arresten die na Mungra volgden – Van Zijl/Koppen en Port de Plaisance – werpen geen licht op deze weg, het derde arrest – Monte – misschien wel. In deze zaak noemde het hof als één van de redenen voor de geldigheid van de betrokken voorwaarde dat “moeilijk valt in te zien welke inhoud de ao van een bij landsbesluit ontslagen directeur nog kan hebben.” De HR haalt deze overweging aan in zijn redenering dat het hof geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

Van der Grinten bestrijdt in zijn 21<sup>e</sup> druk (p.32) het bestaan van een doelloosheidsvereiste.<sup>14</sup> De KNVB-arbitragecommissie denkt hier echter anders over. In een uitspraak van 2003 overwoog zij:

*“Een ontbindende voorwaarde is in de visie van de arbitragecommissie redelijkerwijs met het gesloten ontslagstelsel te verenigen in gevallen dat aan de arbeidsprestatie geen inhoud meer gegeven kán worden en derhalve bij inhoudelijke toetsing door derden (zoals de onafhankelijke rechter of de directeur van het CWI) de beëindiging van de ao redelijkerwijs als een gegeven dient te worden beschouwd”.*

Mocht het doelloosheidsvereiste bestaan, zoals ik bepleit, dan is het duidelijk dat het leerstuk van de ontbindende voorwaarde niet de grondslag kan vormen van een pob. De ao wordt immers niet doelloos door het enkele bereiken van een zekere leeftijd.

Er is meer. Zoals gezegd mag een ontbindende voorwaarde niet potestatief zijn. Veelal wordt dit aldus verwoord, dat de wg geen invloed mag hebben op vervulling van de voorwaarde. Stel dat de wg met de bonden overeenkomt om de pensioenleeftijd te verhogen van 62 naar 65 jaar (VPL!), dan leidt dit in de praktijk vrijwel automatisch tot dienovereenkomstige wijziging van het pensioenreglement. Hiermee heeft de werkgever een zekere invloed op de pensioendatum en daarmee op het intreden van de ontbindende voorwaarde.

Niet alleen de werkgever, ook de werknemer mag geen invloed hebben op dat intreden. Art. 6:23 (2) formuleert het immers zo: wanneer “de partij” die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, geldt de voorwaarde als niet vervuld, indien r&b dit verlangen”. Ook de werknemer mag dus geen invloed hebben. En dat heeft hij wanneer hij de exacte pensioendatum kan bepalen.

Er is nog meer. Alle gevallen waarin een ontbindende voorwaarde geldig werd geacht betroffen een voorwaarde waarvan partijen (i) het intreden onwaarschijnlijk achtten en (ii) hoopten dat dit niet zou gebeuren (verlies toegang tot ziekenhuis, verlies hoedanigheid, opzegging leerovereenkomst, enz.). Pensionering is daarentegen iets wat men in beginsel verwacht en hoopt.

## **Samenvattend**

Geen van de onderbouwingen die ik voor de geldigheid van pob kan bedenken gaat op. Ik laat me graag overtuigen dat een pob het gewenste effect heeft maar voorshands bestrijd ik dat. Ik heb toestemming van Duk om hier zijn standpunt weer te geven: In mijn herinnering luidt zij ongeveer als volgt: *“in theorie heb je misschien gelijk, maar de praktijk heeft behoefte aan een praktisch standpunt, en zoals je weet plegen rechters voor praktische oplossingen te kiezen”.* Ik hoop dat ik het standpunt hiermee juist weergeef, maar sta er niet voor in.

---

<sup>14</sup> De 22<sup>e</sup> druk herhaalt dit niet: zie p. 307.

Tenslotte meld ik het bestaan van een vonnis van de Amsterdamse kantonrechter van 8 juli van dit jaar dat hopelijk in de volgende JAR wordt opgenomen.<sup>15</sup> Het gaat om een werknemer van CWI die zich niet gebonden achtte door een pob in haar arbeidsovereenkomst. Ik citeer uit het vonnis:

*“Aangenomen moet worden dat gelet op het wettelijk systeem uitgangspunt dient te zijn dat een arbeidsovereenkomst geldt óf voor bepaalde tijd, in welk geval zij in beginsel van rechtswege eindigt, óf voor onbepaalde tijd, in welk geval zij per definitie niet van rechtswege eindigt.*

*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. Er zouden dan immers, naast overeenkomsten voor bepaalde tijd, welke niet kunnen worden opgezegd tussentijds, uitsluitend nog arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn welke tussentijds wel kunnen worden opgezegd.*

*Evenmin kan worden aangenomen dat op grond van voormeld artikel 3.5.1. van de CAO-CWI 2006-2007 de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden eindigt. Aangenomen toch moet worden dat het in strijd is met het gesloten systeem van beëindiging van de arbeidsovereenkomst dat partijen anders dan door het aangaan van een overeenkomst voor bepaalde tijd binnen de door wet bepaalde normen, voorafgaande aan het totstandkomen van de arbeidsovereenkomst zouden kunnen overeenkomen dat deze op enige datum in onderling goedvinden eindigt in strijd met voormelde normen.*

*Voorzover het pensioenbeding als een ontbindende voorwaarde zou moeten worden beschouwd, geldt toch dat het overeenkomen van een zodanige ontbindende voorwaarde op gespannen voet staat met het vereiste dat een ontbindende voorwaarde verenigbaar moet zijn met het gesloten stelsel van regels betreffende beëindiging van de arbeidsovereenkomst, en dat een dergelijke voorwaarde bovendien ‘slechts bij uitzondering’ kan worden aanvaard gelet op de jurisprudentie. Niet valt in te zien dat aan de in de jurisprudentie gestelde voorwaarden in deze is voldaan. De overeenkomst zal haar doel niet missen op het moment dat de werknemer 65 jaar wordt, voorts valt niet in te zien dat met betrekking tot de leeftijd van 65 jaar een ontbindende voorwaarde wel en met betrekking tot andere leeftijden een ontbindende voorwaarde niet is geoorloofd”.*

## **Variabele einddatum**

Tot dusver ging ik uit van de casus dat de einddatum van pob “hard” is, in casu de 65<sup>e</sup> verjaardag. De praktijk is anders. Meestal staat er “uw pensioengerechtigde leeftijd” of “de datum waarop uw ouderdomspensioen ingaat” of iets dergelijks. Meestal kan de wn zelf kiezen wanneer zijn OP ingaat, zodat er geen vaste pensioendatum is. Om over deeltijd pensioen nog maar te zwijgen. Hierover schreef Lutjens eerder: “Het toepassen van de pensioenregels is niet mogelijk indien de pensioenleeftijd niet vast ligt. [...] Dit is bij voorbeeld het geval indien voor de werknemer de bevoegdheid tot vervroegde of flexibele pensionering bestaat [...]. De arbeidsovereenkomst eindigt dan niet van rechtswege, doch opzegging is vereist.” In zijn recente NJB-bijlage komt Lutjens hierop terug. Nu schrijft hij dat door de keuze van de werknemer om zijn pensioen op een bepaalde datum te laten ingaan de ingangsdatum van de ontbindende voorwaarde vast wordt. Dit lijkt me een wankele redenering.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Inmiddels: JAR 2008/228.

<sup>16</sup> Zie Hof 's-Gravenhage 12.6.08 LJN: BD 6316 (arbeidsovereenkomst bepaalt dat zij van rechtswege eindigt “op de pensioengerechtigde leeftijd”, destijds 65. Pensioenreglement wordt gewijzigd waardoor de “pensioenrichtleeftijd” 61 jaar en 8 maanden wordt. Hof: ao eindigt op 65<sup>e</sup>).

## Deel II

Nu nemen we aan dat de ao in onze casus inderdaad van rechtswege is geëindigd en dat pp aansluitend een jaarcontract aangaan. Eindigt dit jaarcontract van rechtswege? Het antwoord kan om twee redenen ontkennend zijn:

- a. Ragetlie
- b. Leeftijdscriminatie

### Ragetlie

Art. 667 lid 4 gaat over de situatie dat een aoOT wordt “voortgezet” door een aoBT. Voor het eindigen van die aoBT is opzegging nodig tenzij de voorafgaande aoOT eindigde door ontbinding of door “rechtsgeldige opzegging”. In onze casus is daarvan geen sprake. Dus eindigt volgens de letter van de wet de aoBT niet van rechtswege.

Hof Amsterdam (JAR 2005/132) en Ktr. Amsterdam (JAR 2007/4) beslisten echter – contra legem – dat zij wél van rechtswege eindigt.<sup>17</sup> Beide uitspraken zijn summier gemotiveerd. Hof: gelet op feit dat de werknemer bewust ervoor koos gebruik te maken van de OBU-regeling, wetende dat dit tot het einde van haar ao zou leiden, moet de wijze waarop aan de aoOT een einde kwam voor de toepassing van art. 667 lid 4 zozeer op één lijn met rechtsgeldige opzegging en ontbinding worden gesteld dat geen opzegging nodig was. Vonnis ktr. berust op de gedachte dat de werknemer tenminste éénmaal ontslagbescherming behoeft, vooral (?) om financiële redenen, die er echter niet zijn nu hij pensioen ontvangt (zo lees ik het vonnis). Verhulp kan zich in de uitspraken vinden, Vegter niet.

In de praktijk nemen werkgevers het zekere voor het onzekere door de werknemer - tegen een vóór de einddatum gelegen datum!<sup>18</sup> - te laten opzeggen (dan is sprake van “rechtsgeldige opzegging”) of door een “formeel verweer” ontbindingsprocedure te voeren. *[N.B. een beëindigingsovereenkomst is onvoldoende om Ragetlie tegen te gaan]*

### Leeftijdscriminatie

Laten we nu aannemen dat de Ragetlie-regel geen obstakel vormt. Er is een tweede hindernis. De enige reden dat de werknemer in onze casus een jaarcontract krijgt in plaats van te mogen doorwerken is dat hij 65 is. Dit levert direct leeftijdsonderscheid op.<sup>19</sup> Nu is zulk onderscheid rechtvaardigbaar. Het HvJEG heeft vorig jaar in het Palacios arrest een pob in een Spaanse arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd geacht gelet op de specifieke –toenmalige – Spaanse context van hoge werkloosheid. Deze redenering gaat niet op voor de huidige Nederlandse situatie, waarin men 65-plussers niet om reden van werkgelegenheid laat vertrekken maar vanwege vrees voor afnemende arbeidsprestaties en toenemend ziekteverzuim. Voor zover deze reden om leeftijdsonderscheid te maken al legitiem is, wat ik betwijfel, is zij in ieder geval noch doelmatig noch noodzakelijk. Interessant detail in *Palacios* is overigens dat het ging om een pob in een arbeidsovereenkomst en dat het hof het toepassen van dit beding door de werkgever – anders dan de A-G – zag als een “ontslag” in de zin van de Kaderrichtlijn.

Tenslotte valt te betogen dat het gedwongen pensioneren van 65-plussers op grond van vrees voor afnemende arbeidsprestaties en toenemend verzuim een aantasting van de waardigheid van de betrokkenen, en daarmee – niet te rechtvaardigen – intimidatie als bedoeld in art. 2 WGBL vormt.

Kortom: het beding in de ao dat deze na een jaar eindigt is nietig ex art. 13 WGBL.

---

<sup>17</sup> Inmiddels ook Ktr. Haarlem 5.6.08 LJN: BD 4031.

<sup>18</sup> Wanneer de werknemer opzegt tegen de einddatum van zijn aoBT eindigt deze niet door de opzegging.

<sup>19</sup> Anders: CGB oordeel 2006-155 (geen vermoeden leeftijdsonderscheid).