

No.W12.12.0183/III

's-Gravenhage, 26 juli 2012

Bij Kabinetsmissive van 6 juni 2012, no.12.001268, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot aanpassing van enige arbeidsrechtelijke bepalingen die een belemmering kunnen vormen voor werknemers en ambtenaren die na de AOW-gerechtigde leeftijd willen blijven werken (Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd), met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet in versoepeling van regels voor werken na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd door werknemers en ambtenaren. Het gaat daarbij onder andere om het verkorten van de periode waarin bij ziekte van de werknemers een loondoorbetalingsverplichting bestaat (van 104 weken naar zes weken), alsmede om versoepeling van de regels voor ontslag. Daarnaast voorziet het voorstel er in dat een arbeidsovereenkomst die voor onbepaalde tijd is gesloten, van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het streven om te bevorderen dat belemmeringen voor het in dienst nemen of houden van personen boven de AOW-gerechtigde leeftijd zo veel mogelijk worden weggenomen. Een belangrijk aandachtspunt voor de arbeidsmarkt is immers dat, gelet op de vergrijzing, de arbeidsparticipatie ook van oudere werknemers moet worden vergroot.¹ Het voorstel strekt er echter toe dat de arbeidsrechtelijke bescherming van personen boven de AOW-gerechtigde leeftijd wordt verminderd. De Afdeling beziet de desbetreffende maatregelen onder meer uit een oogpunt van noodzakelijkheid. Zij is van oordeel dat nut en noodzaak van het voorstel beter dienen te worden onderbouwd en dat aanpassing van een aantal van de voorgestelde wijzigingen in het ontslagrecht geboden is. In verband met deze opmerkingen is de Afdeling van oordeel dat het voorstel nader dient te worden overwogen.

1. Uitgangspunten

1.1. Doelstellingen van het voorstel

In zijn notitie uit 2008 "men is zo oud als men zich voelt" heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gewezen op een trend dat het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd "in de toekomst minder als vast en definitief eindpunt van het werkzame leven wordt beschouwd".² De praktijk en onderzoek wijzen volgens de notitie uit dat mensen tegen het einde van hun werkzame leven geleidelijk aan meer de vrijheid wensen te hebben om hun tijd in te delen. Volgens de notitie kan het werkelijke ingaan van het pensioen na de pensioengerechtigde leeftijd meer een individuele keuze worden, meer gebaseerd op fysieke en financiële mogelijkheden en wensen. De notitie wijst ook op de internationale arbeidsmobiliteit, waardoor het niet uitgesloten is dat in de toekomst een toenemend aantal mensen geconfronteerd wordt met een 'gat' in de AOW als gevolg van het feit dat zij enkele jaren in het buitenland gewoond

¹ Zie recentelijk: OECD, *Economic Survey the Netherlands*, June 2012, p. 22-23.

² Kamerstukken II 2007/08, 29 544, nr. 152, blz. 8.

hebben en derhalve voor die periode met een korting op de AOW-uitkering worden geconfronteerd.³

Het gevolg van deze situatie is dat, waar de AOW-leeftijd voorheen een geschikt ijkpunt was voor de overgang van het arbeidzame leven naar de pensionering, die grens steeds meer vervaagt en vloeiend wordt.

Daarnaast voert de regering een beleid gericht op het zo veel mogelijk doorwerken van oudere werknemers, mede met het oog op de vergroting van het draagvlak van het ouderdomspensioen in tijden van vergrijzing en gelet op de verbeterde gezondheidstoestand die in vergelijking met het verleden doorwerken tot op oudere leeftijd in meer gevallen mogelijk maakt. Bij dit beleid ligt de nadruk op de groep werknemers tussen circa 55 jaar en de AOW-gerechtigde leeftijd. Inmiddels heeft de wetgever besloten tot geleidelijke verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd.⁴

Het voorstel voorziet in het wegnemen van enkele belemmeringen voor het verrichten van arbeid in dienstbetrekking door personen die de AOW-leeftijd hebben bereikt. Dit betreft met name de bepalingen rond ontslag en de doorbetalingsverplichting bij ziekte. Door het wegnemen van deze belemmeringen wordt het in dienst hebben en houden van AOW-gerechtigden voor werkgevers aantrekkelijker en nemen de mogelijkheden voor AOW-gerechtigden om te blijven werken toe, zo stelt de toelichting.⁵

1.2. Verbod op leeftijdsdiscriminatie

Bij de beoordeling van de voorgestelde maatregelen dient aandacht te worden geschonken aan artikel 6 van Richtlijn 2000/78/EG. Deze bepaling eist dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, en dat de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Daarbij verdient vermelding dat dit artikel voorziet in een categorale uitzondering op het discriminatieverbod voor het vaststellen van de pensioengerechtigde leeftijd. Deze uitzondering heeft echter geen betrekking op de rechtspositie van degenen die doorwerken na deze leeftijd.

Derhalve dienen maatregelen die de rechtspositie van personen in deze groep verslechteren ten opzichte van jongeren, te worden getoetst op de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Hierbij kan niet worden volstaan met de algemene overweging dat is voorzien in een AOW-pensioen. Hoewel de lidstaten terzake van deze rechtvaardigingsgrond volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU een ruime beoordelingsvrijheid toekomt, zal per maatregel moeten worden getoetst of er zowel een objectieve en redelijke rechtvaardiging is, als ook of de desbetreffende maatregel voldoet aan de eisen van passendheid en noodzakelijkheid. Wat de noodzakelijkheid betreft, dient de maatregel niet verder te gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen en niet op excessieve wijze afbreuk te doen aan de belangen van de werknemers, waarbij de maatregel in zijn eigen regelingscontext dient te worden gezien en rekening moet worden gehouden

³ Dit wordt ondersteund door de cijfers: Het aandeel gekorte AOW'ers groeit hard, van 4% in 1995 naar 7% in 2005 en mogelijk 13% in 2015 (SVB, De AOW, 2006, p. 302-303).

⁴ Wet van 12 juli 2012 tot wijziging van de Algemene Ouderdomswet, de Wet werk en bijstand, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de loonbelasting 1964 in verband met stapsgewijze verhoging en koppeling aan de stijging van de levensverwachting van de pensioenleeftijd (Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd), Staatsblad 2012/328.

⁵ Toelichting 1.3.

zowel met het nadeel dat daaraan kleeft voor de betrokken personen als met het voordeel daarvan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat.⁶

De Afdeling zal het voorstel in het licht van de bovenstaande gezichtspunten beoordelen.

2. Probleem en effectiviteit; neveneffecten en opportuniteit

2.1 Probleem en effectiviteit

a. *De doelgroep*

De toelichting gaat niet specifiek in op de vraag hoe groot het probleem is dat door de voorgestelde maatregelen zou moeten worden weggenomen. Het gaat hier om de omvang en samenstelling van de doelgroep waarop het voorstel ziet. In dit verband wijst de Afdeling in de eerste plaats op de recente besluitvorming van de wetgever tot geleidelijke verhoging van de AOW-leeftijd. Daardoor zal de omvang van de groep van hen die boven deze leeftijd nog (willen) doorwerken, dienovereenkomstig kleiner worden. Verder verdient aandacht dat het voorstel zich richt op werkenden in dienstverband. Ziet de Afdeling het goed, dan is het merendeel van de werkenden boven de 65 echter werkzaam als zelfstandige. Daarnaast werken veel personen uit deze groep in de uitzendsector. De Afdeling mist in de toelichting informatie over de vraag hoe groot de doelgroep is van hen op wie de maatregel ziet. De toelichting gaat evenmin in op het in deze relevant te achten onderscheid binnen deze doelgroep tussen hen die in dienst blijven bij hun voormalige werkgever en hen die een nieuwe werkgever zoeken.

Het voorgaande geeft de Afdeling aanleiding tot het plaatsen van een vraagteken bij de effectiviteit van het voorstel. Daarbij komt dat wijzigingen van de voorgestelde regelingen snel onbedoelde effecten kunnen hebben, zoals nader wordt besproken in paragraaf 2.2., over neveneffecten, en in par. 3, ten aanzien van enkele van de besproken maatregelen.

b. *Inkomenspositie AOW-gerechtigden*

De maatregelen gericht op het wegnemen van belemmeringen voor het doorwerken na de AOW-gerechtigde leeftijd betreffen vooral het in het leven roepen van een lichter arbeidsrechtelijk regime. Deze keuze wordt in de toelichting met name gemotiveerd met als uitgangspunt dat voor personen boven de AOW-gerechtigde leeftijd geldt dat zij in beginsel niet behoeven te werken, omdat zij een uitkering ontvangen in de vorm van het AOW-pensioen. In zoverre zijn zij voor hun (basis)inkomen niet afhankelijk van het verrichten van arbeid.

Dit uitgangspunt geldt echter niet zonder meer voor alle AOW-gerechtigden. Een deel van hen heeft niet een volledig AOW-pensioen, bijvoorbeeld door onverzekerde jaren in het buitenland.⁷ Een deel heeft bovendien geen of slechts een gering aanvullend pensioen. Aldus is het verwerven van aanvullend inkomen uit arbeid soms noodzaak, in sommige gevallen zelfs om geen beroep te hoeven doen op de bijstand.⁸ Daar komt

⁶ Vgl. HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09, *JAR* 2010/79 (*Rosenblatt/Oellerking*), punt 73 en HR 13 juli 2012, LJN BW3367 (KLM en VNV), ov. 5.8.

⁷ Zie SVB, *De AOW*, 2006, p. 303-304.

⁸ Zie ook kamerstukken II 2007/08, 29 544, nr. 152, blz. 8.

bij dat bij een eventueel beroep op de aanvullende inkomensvoorziening ouderen⁹ een vermogenstoets geldt.

2.2 Neveneffecten; opportuniteit

a *Verdringingseffecten*

De toelichting besteedt terecht aandacht aan mogelijke verdringingseffecten, nu het voorstel ertoe leidt dat ten aanzien van werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt, naast het reeds bestaande ontbreken van een premieplicht voor de werknemersverzekeringen voortaan ook nog slechts een zeer beperkte loondoorbetalingsverplichting bij ziekte zal gelden, alsmede een uiterst beperkte bescherming tegen ontslag. In dit verband wordt in de toelichting¹⁰ gewezen op de mobiliteitsbonus voor het aannemen van oudere uitkeringsgerechtigden. Hierdoor zouden de verschillen tussen gepensioneerden en oudere werknemers minder groot worden.

De Afdeling merkt dienaangaande op dat met de mobiliteitsbonus niet de oorzaken van deze verdringingseffecten worden aangepakt, maar slechts de gevolgen ervan worden verzacht, en dat nog maar slechts ten dele¹¹. Aldus valt niet uit te sluiten dat het voorstel ertoe zal leiden dat de arbeidsmobiliteit van oudere werknemers (met een vaste aanstelling) verder zal afnemen, terwijl oudere uitkeringsgerechtigden het nog moeilijker zullen krijgen op de arbeidsmarkt.

b. *De positie van andere oudere werknemers*

De Afdeling meent dat ook los van de mogelijke verdringingseffecten, de samenhang van de onderhavige materie met de problematiek voor hen die de AOW-leeftijd nog niet hebben bereikt, aandacht behoeft. De noodzaak van flexibilisering van de arbeidsmarkt en vergroting van de arbeidsmobiliteit geldt voor alle oudere werknemers, boven en beneden de AOW-gerechtigde leeftijd. Het beschikbaar zijn van een AOW-uitkering bij het bereiken van de AOW-leeftijd, waar in de toelichting veel waarde aan wordt gehecht, kan hierbij uiteraard een rol spelen. Maar waar het voorstel strekt tot het uit een oogpunt van rechten en plichten versterken van de cesuur tussen personen beneden en boven de AOW-gerechtigde leeftijd, kan het contraproductief werken voor het streven om doorwerken van oudere werknemers beneden de AOW-leeftijd aan te moedigen.

In het kader van het bevorderen van de arbeidsparticipatie, en met name van het doel om ook personen op oudere leeftijd zo veel als mogelijk aan het werk te houden of weer te krijgen, is aandacht voor de positie van de groep werknemers vanaf 50 jaar tot de AOW-gerechtigde leeftijd naar alle waarschijnlijkheid zowel kwalitatief als kwantitatief urgenter dan maatregelen die zich richten op personen boven de AOW-gerechtigde leeftijd. De kansen van ouderen beneden die leeftijd om weer werk te vinden ingeval zij hun werk verliezen, zijn beperkt, zo leert de ervaring. Deze ouderen

⁹ De toelichting (paragraaf 1.4) wijst hier op.

¹⁰ Toelichting, paragraaf 1.4.

¹¹ De mobiliteitsbonus verzacht slechts een deel van de mogelijke verdringingseffecten. In de eerste plaats leidt de mobiliteitsbonus slechts tot het wegnemen van het comparatieve voordeel doordat geen premieplicht voor gepensioneerde werknemers bestaat; daarmee worden niet de voordelen in verband met de loondoorbetalingsverplichtingen bij ziekte en de soepeler regels voor ontslag weggenomen. In de tweede plaats geldt de mobiliteitsbonus slechts voor oudere uitkeringsgerechtigden. Verdringingseffecten kunnen ook ten opzichte van andere groepen werknemers plaatsvinden, zoals jongeren.

hebben bovendien nog geen aanspraak op een pensioenuitkering en vallen, waar nodig, uiteindelijk terug op de bijstand.

2.3. Conclusie

Nu de aard en omvang van het probleem waarop het voorstel ziet, niet duidelijk zijn, terwijl het voorstel bovendien kan leiden tot een averechts effect op de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers beneden de AOW-gerechtigde leeftijd, waaraan de mobiliteitsbonus niets afdoet, acht de Afdeling nut en noodzaak van het voorstel onvoldoende aangetoond. Zij adviseert daarom het voorstel in zoverre nader te bezien.

3. De voorgestelde maatregelen

3.1. Eindigen arbeidsovereenkomst van rechtswege

De Afdeling onderkent dat het wegnemen van belemmeringen om door te werken na de AOW-gerechtigde leeftijd voor een deel moet worden gezocht in een lichtere arbeidsrechtelijke bescherming. Dit mag naar haar oordeel evenwel niet leiden tot een vrijwel volledig rechteloze positie, door het ontbreken van adequate bescherming tegen ontslag. In verband hiermee merkt de Afdeling het volgende op over het voorgestelde eindigen van de arbeidsovereenkomst van rechtswege.

Het voorstel voert de bepaling in dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-leeftijd.¹² sluit deze benadering aan bij de rechtspraak.

Voor zover al het hierbij betrokken standpunt juist is dat de Hoge Raad zou oordelen dat de arbeidsovereenkomst ook bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd zou eindigen zonder dat hierover afspraken zijn gemaakt¹³, constateert de Afdeling dat dezelfde toelichting ook wijst op literatuur en uitspraken van lagere rechters die anders oordelen, met een beroep op de zich wijzigende maatschappelijke omstandigheden.¹⁴ De Afdeling meent dat een verwijzing naar de rechtspraak dan ook geen argument vormt voor de gemaakte keuze.

De toelichting stelt in dit verband voorts dat er een natuurlijk moment moet blijven waarop een arbeidsovereenkomst automatisch eindigt, en wel bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.¹⁵ De Afdeling onderschrijft dit in zoverre, dat die mogelijkheid er moet zijn indien partijen dit overeenkomen. Dat maakt een dergelijke regel daarbuiten echter niet vanzelfsprekend, zeker niet als de overheid nu juist zou willen bevorderen dat werknemers langer doorwerken.

In het verlengde hiervan acht de Afdeling het argument dat de gemaakte keuze aansluit bij de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl), niet overtuigend. De uitzondering van het verbod van discriminatie naar leeftijd in de vorm van het eindigen van rechtswege van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-leeftijd is een beperking op het verbod van leeftijdsdiscriminatie. Het feit dat de

¹² Toelichting, paragraaf 1.5.

¹³ De literatuur is hier niet eenduidig over. De geciteerde Hoge Raadjurisprudentie handelt over een andere rechtsvraag.

¹⁴ Recentelijk in deze zin nog Ktr. Haarlem 30 mei 2012, LJN BW8593.

¹⁵ Toelichting, paragraaf 1.5.

wetgever deze beperking heeft willen toelaten, brengt niet zonder meer mee dat de wetgever deze ook moet doorvoeren voor de gevallen waarin partijen zich er niet op (willen) beroepen.

De vraag kan verder worden gesteld of het automatisch eindigen van de arbeidsovereenkomst op het moment van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, zoals dit thans nog in veel cao's en arbeidsovereenkomsten is opgenomen, nog wel maatschappelijk wenselijk is, gelet op de wenselijkheid dat langer doorwerken wordt bevorderd en de behoefte van een aantal oudere werknemers om langer te kunnen doorwerken. Dit brengt naar het oordeel van de Afdeling mee dat een verdere versterking van een dergelijke gedwongen pensionering buiten de wensen van partijen om moeilijk kan worden gerechtvaardigd.¹⁶ In dat verband kan ook worden gewezen op het feit dat met de ambtenarenbonden is overeengekomen dat in het Algemeen Rijksambtenarenreglement het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd als ontslaggrond zal worden geschrapd en dat thans reeds als beleidslijn geldt dat verzoeken van rijksambtenaren om te mogen doorwerken, zullen worden gehonoreerd.

In verband met dit doorwerken wijst de Afdeling nog op de in de literatuur genoemde en elders al ingevoerde mogelijkheden om de werkgever te stimuleren tot inspanningen om het doorwerken van oudere werknemers te bevorderen. Van een goede werkgever zou mogen worden verwacht dat hij het onderzoek van zulke mogelijkheden in zijn beleid betreft.¹⁷

Het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst zonder dat dit door partijen is voorzien, betekent ook een beperking van de contractsvrijheid, hetgeen een dragende motivering vereist. Het eindigen van de arbeidsovereenkomst van rechtswege zonder dat partijen dit zelf hebben voorzien, kan ook bezwaren opleveren op het punt van de rechtszekerheid. Ingeval zij nog enige tijd doorwerken na de pensioengerechtigde leeftijd, zou immers onduidelijk zijn op welke basis dit gebeurt en hoe het voortgezette contract weer kan worden beëindigd. Alsdan zou ook moeten worden voorzien in een regeling, vergelijkbaar met hetgeen artikel 7:668 BW regelt voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, voor de duur van de voortzetting zonder tegenspraak.

Ten aanzien van het vraagstuk van de noodzakelijkheid en uit een oogpunt van proportionaliteit merkt de Afdeling op dat hetzelfde doel ook op een minder ingrijpende wijze zou kunnen worden bereikt. Volgens het huidige beleid van het UWV wordt een verzoek om toestemming voor opzegging van de werkgever tegen de AOW-gerechtigde leeftijd op de enkele grond dat deze leeftijd wordt bereikt, steeds verleend, mits dit verzoek tijdig is ingediend. Alleen wanneer na de AOW-gerechtigde leeftijd wordt doorgewerkt, wordt een nadien gegeven opzegging wel volledig aan de ontslaggronden van het Ontslagbesluit getoetst. Het met de maatregel beoogde doel –

¹⁶ In dit verband zij nog opgemerkt dat Richtlijn 2000/78/EG, waarvan de Wgbl de implementatie vormt, een benadering zoals die in het voorstel is gekozen, niet per se uitsluit, maar ook niet als uitgangspunt heeft.

¹⁷ Gewezen kan worden op de in het Engelse recht ingevoerde '*duty to consider working beyond retirement*'. Volgens deze regeling dient de werkgever zes tot twaalf maanden vooraf te laten weten wat de beoogde pensioendatum is. Tevens moet de werkgever de werknemer informeren dat deze het recht heeft om het verzoek in te dienen om te mogen blijven werken na de pensioenleeftijd. Het schenden van deze informatieplicht kan leiden tot een '*unfair dismissal*' en tot een ontslagvergoeding. Op het tijdige verzoek van de werknemer om te mogen doorwerken dient te werkgever te reageren in een gesprek waarbij de werknemer zich mag laten bijstaan. Ook is voorzien in een intern 'beroep' tegen een dergelijke beslissing (zie voor een beschrijving van deze regeling nader M.S.A. Vegter, 'Recht op doorwerken na het vijfenzestigste levensjaar', SR 2007/46).

vrees wegnemen bij werkgevers om oudere werknemers beneden de AOW-gerechtigde leeftijd aan te stellen - zou derhalve ook kunnen worden bereikt door de werking van het BBA 1945 buiten toepassing te verklaren bij ontslag op of vanaf de AOW-gerechtigde leeftijd. Als alternatief zou het ook denkbaar zijn om te bepalen dat het contract bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd van rechtswege eindigt, indien één der partijen uiterlijk zes maanden tevoren daarop een beroep doet jegens de wederpartij.

Gezien het vorenstaande betwijfelt de Afdeling of de invoering van het eindigen van rechtswege in de voorgestelde absolute vorm wel passend en noodzakelijk is als middel om het doorwerken van oudere werknemers te bevorderen en acht zij de zwaarte van het middel niet evenredig aan het nagestreefde doel.

De Afdeling adviseert het voorgestelde eindigen van rechtswege in verband met het voorgaande te heroverwegen.

3.2. Ragetlie-regel en ketenbepaling

Het voorstel voorziet in uitsluiting van de zogenoemde Ragetlie-regel (ontslagbescherming bij opvolging van contract voor onbepaalde tijd door contract voor bepaalde tijd) vanaf de AOW-gerechtigde leeftijd. Daarnaast wordt ook de zogenoemde ketenbepaling (maximaal drie tijdelijke contracten en maximaal gedurende drie jaar opvolgende tijdelijke overeenkomsten) ten aanzien van voor werknemers die deze leeftijd hebben bereikt buiten werking gesteld.¹⁸ De Afdeling merkt hierover het volgende op.

Het schrappen van de Ragetlie-regel heeft reeds als consequentie dat de werkgever met de werknemer na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten kan overeenkomen zonder dat dit – althans gedurende de eerste drie jaren – leidt tot het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het voorliggende voorstel voorziet daarnaast echter ook in het schrappen van de ketenbepaling. Daardoor wordt ook nog elke andere beperking op het aantal en de duur van de te sluiten tijdelijke contracten weggenomen.

Op zichzelf genomen kan de Afdeling instemmen met 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 te ver gaat. Het leidt er immers toe dat elke bescherming tegen het onbeperkt gebruiken van tijdelijke arbeidsovereenkomsten wordt weggenomen. Dit maakt het mogelijk misbruik te maken van de afhankelijkheid van de betrokken werknemers van hun werkgevers. Als gevolg daarvan zouden deze oudere werknemers in voortdurende onzekerheid kunnen worden gehouden over de toekomst van hun dienstverband, doordat de werkgever steeds contracten voor korte tijd zou aanbieden, bijvoorbeeld voor de duur van een maand, een week of in extreme gevallen zelfs één dag.

¹⁸ Dit voornemen gaat verder dan het SER-advies *Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar*, nr. 06/03, waarin slechts aanpassing van de zogenoemde Ragetlie-regel werd voorgesteld.

De Afdeling merkt tegen deze achtergrond op dat de gekozen benadering op gespannen voet staat met richtlijn 1999/70/EG¹⁹, waarin onder andere is geregeld dat maatregelen moeten worden getroffen ter voorkoming van misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De ketenbepaling strekt daartoe. Met het zonder meer buiten toepassing verklaren van die bepaling voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt, is voor deze groep in het geheel niet voorzien in het voorkomen van misbruik.²⁰

In dit verband kan worden opgemerkt dat de bescherming tegen ontslag niet uitsluitend dient om een inkomen te beschermen, maar ook om te voorkomen dat een werknemer op abrupte wijze zijn werkring en de daaraan verbonden sociale contacten verliest.

Ook de toetsing aan de eis van noodzakelijkheid kan de voorgestelde uitzondering op de ketenbepaling niet doorstaan. De Afdeling meent namelijk dat ook minder vergaande varianten kunnen leiden tot de beoogde flexibilisering. Een minder ingrijpend stelsel zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat de regel voor de AOW-gerechtigden alleen buiten werking blijft, indien de laatste drie tijdelijke contracten een bepaalde minimumduur hebben gehad (bijvoorbeeld van telkens drie maanden). Dit zou stimuleren dat de contracten voor een niet te korte duur worden overeengekomen. Ook zou kunnen worden overwogen het aantal te sluiten contracten te verhogen tot vijf en het aantal jaren eveneens tot vijf. Een dergelijke verruiming zou de meeste gevallen van doorwerken na de AOW-leeftijd kunnen dekken.

Zelfs een buiten werking stellen van het preventief toezicht op ontslag van het UWV, zoals voorzien in artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, voor de groep AOW-gerechtigde werknemers zou minder ingrijpend zijn. Dat zou er immers toe kunnen leiden dat contracten voor onbepaalde tijd zouden worden gestimuleerd, waarbij de opzegtermijn zou voorzien in een zekere rechtsbescherming tegen ontslag.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling ook de voorgestelde uitzondering op de ketenbepaling te heroverwegen.

3.3. Loondoorbetalingsverplichting bij ziekte

Voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt, geldt ingevolge het voorstel een loondoorbetalingsverplichting in het geval van ziekte voor de duur van zes weken. Voor hen die deze leeftijd nog niet hebben bereikt, is die termijn twee jaar. Als rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid noemt de toelichting een aantal argumenten.²¹ De Afdeling merkt daarover het volgende op.

Een belangrijk motief voor de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte is het beperken van een beroep op de wettelijke arbeidsongeschiktheidsregeling. Dat motief is bij deze groep ouderen echter niet aan de orde, omdat zij niet onder de sociale verzekeringsregelingen vallen. Daarnaast geldt het gegeven dat deze groep werknemers reeds over een AOW-pensioen beschikt en dat het stelsel van sociale verzekeringen ook geen andere bescherming pleegt te bieden boven de AOW-gerechtigde leeftijd.

¹⁹ 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 (PbEG L 175).

²⁰ Zie hierover HvJ EU 10 maart 2011, nr. C-109/09, JAR 2011/113 (*Lufthansa/Kumpan*).

²¹ Toelichting, paragraaf 2.2.1.

De Afdeling acht beperking van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte van belang om op dit punt terughoudendheid van werkgevers weg te nemen bij het in dienst houden of nemen van AOW-gerechtigde werknemers. Daarbij acht zij de maatregel proportioneel, nu de voorziene periode van doorbetaling van loon van zes weken de zieke oudere werknemer ten minste enige bescherming biedt tegen abrupt verlies van dit inkomen. Daarnaast overtreft de duur van de periode van loondoorbetaling de duur van de meeste ziekteperiodes. Dit laatste zal ertoe bijdragen te voorkomen dat ontslag uitsluitend wordt gegeven wegens een kortdurend ziekteverzuim. Bij een langdurig ziekteverzuim boven de AOW-gerechtigde leeftijd zal het doorwerken, gezien de oudere leeftijd, ook zijn zin verliezen, terwijl re-integratieinspanningen op deze leeftijd in veel gevallen niet noodzakelijk zullen zijn om het beroep op arbeidsongeschiktheidsuitkeringen te beperken.

De toelichting besteedt echter geen aandacht aan een ander knelpunt in dit verband, namelijk het uitsluiten door verzekeringsmaatschappijen van deze groep oudere werknemers van de mogelijkheid tot herverzekering van het ziekterisico voor werkgevers. Dit aspect vormt nu vaak het motief voor de keuze van werkgevers om gepensioneerde arbeidskrachten alleen in te schakelen via uitzendbureaus. De Afdeling beveelt aan in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

4. Overige opmerkingen

a. *Verwijzing naar 'het gebruik'*

In artikel 7:667, lid 1, BW wordt voor het eindigen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de grond 'het gebruik' geschrapt, volgens de toelichting omdat dit geen gangbare grond voor eindiging van rechtswege is.

De Afdeling is er echter niet zonder meer van overtuigd dat deze grond niet gangbaar, laat staan obsoleet is en daarom zou kunnen worden gemist.²² Ziet zij het goed, dan heeft dit onderdeel van het voorstel bovendien geen relatie met het onderwerp van het wetsvoorstel.

De Afdeling geeft daarom in overweging dit onderdeel te schrappen.

b. *Rechterlijke ambtenaren*

In de Ambtenarenwet wordt na Titel III een nieuwe Titel IIIa ingevoegd, waarin parallel aan de wijzigingen in de bepalingen in het BW inzake de arbeidsovereenkomst vergelijkbare bepalingen in de Ambtenarenwet worden ingevoegd. Gelet op artikel 2, eerste lid, van de Ambtenarenwet zullen die voorschriften ook gelden voor de in dat artikel genoemde personen. Dit lijkt niet de bedoeling te zijn.

Wat betreft de in artikel 2, tweede lid, van de Ambtenarenwet bedoelde personen (rechterlijke ambtenaren) merkt de Afdeling op dat het gevolg van het voorstel is, dat de nieuwe Titel IIIa van de Ambtenarenwet ook op deze groep van toepassing zal zijn. Gelet op de voor deze groep geldende bijzondere regels inzake ontslag in de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren ligt zulks niet voor de hand. Bovendien sluiten Titel IIIa van de Ambtenarenwet, alsmede de voorgestelde wijzigingen in de Vierde Afdeling van de Ziektewet (overheidspersoneel) en die bepalingen inzake ontslag in de

²² Recente rechtspraak lijkt de conclusie te rechtvaardigen dat het criterium 'het gebruik' in de praktijk wel degelijk betekenis heeft. Zie bijvoorbeeld Rb Dordrecht 14 april 2011, LJN BQ2159.

Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (zie onder andere artikel 46i van die wet) niet op elkaar aan.

De Afdeling adviseert nader aandacht te besteden aan de hiervoor bedoelde bijzondere groepen personen in publieke dienst en het voorstel aan te passen.

c. *Aanpassing ontslagvolgorde*

Het voorgestelde artikel 127b van de Ambtenarenwet voorziet erin dat, wanneer sprake is van collectief ontslag, de ambtenaren die de AOW-leeftijd al hebben bereikt, eerst worden ontslagen en pas dan ambtenaren die deze leeftijd nog niet hebben bereikt. Binnen de groep ambtenaren die de AOW-leeftijd al hebben bereikt, wordt vervolgens het anciënniteitsbeginsel gehanteerd. Blijkens de toelichting²³ is de regering voornemens om een vergelijkbare regeling op te nemen in het Ontslagbesluit.

De Afdeling acht niet duidelijk waarom er voor is gekozen om deze regel in de wet op te nemen, terwijl vergelijkbare regels zowel in de sfeer van de arbeidsovereenkomst (artikel 4:2 van het Ontslagbesluit) als van het ambtenarenrecht (bijvoorbeeld artikel 49e van het Algemeen Rijksambtenarenreglement) op lager niveau of in overeenkomsten zijn geregeld.

Wat betreft de inhoud merkt de Afdeling op dat de motivering voor deze bijzondere bepalingen, namelijk dat hiermee verdringing van jongere werknemers wordt voorkomen, op gespannen voet lijkt te staan met de stelling elders in de toelichting²⁴, dat van het voorstel naar verwachting beperkte risico's op verdringing zullen uitgaan. Niet duidelijk is daarbij waarom de overheid deze vorm van leeftijdsdiscriminatie zou moeten voorschrijven. Een minder drastische maatregel zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat het de werkgever is toegestaan een AOW-gerechtigde werknemer in afwijking van de afspiegelings- en anciënniteitsregels eerder voor ontslag in aanmerking te brengen, zonder hem hiertoe te verplichten. Door het niet wettelijk regelen van deze kwestie kan de beoordeling van de rechtvaardiging van het hier gemaakte onderscheid ook worden gelegd bij de sociale partners. Zij kunnen dan de beoordeling van de opportuniteit inpassen in het geheel van maatregelen gericht op het zogeheten leeftijdsbewuste personeelbeleid en toespitsen op de concrete situatie binnen de onderneming of dienst.

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,

²³ Toelichting, paragraaf 2.4.2.

²⁴ Toelichting, paragraaf 1.4.