

Vergaderjaar 2014–2015

34 073

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)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 26 juli 2012 en het nader rapport d.d. 5 november 2014, aangeboden aan de Koning door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

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

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

van oudere werknemers moet worden vergroot.² 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.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 6 juni 2012, nr. 12.001268, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 26 juli 2012, nr. W12.12.0183/III, bied ik U hierbij mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan.

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».³ 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 hebben en derhalve voor die periode met een korting op de AOW-uitkering worden geconfronteerd.⁴ 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.⁵

² Zie recentelijk: OECD, *Economic Survey the Netherlands*, June 2012, p. 22–23.

³ Kamerstukken II 2007/08, 29 544, nr. 152, blz. 8.

⁴ 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).

⁵ 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.

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.⁶

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 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.⁷

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

1. Uitgangspunten

1.2 Verbod op leeftijdsdiscriminatie

Het kabinet merkt op dat volgens de constante rechtspraak van het Hof van de Europese Unie verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁸

⁶ Toelichting 1.3.

⁷ 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.

⁸ Palacios de Villa C-411/05; Rosenblatt C-45/09; Georgiev C-250/09 en C-268/09; C-141/11 Torsten Hörnfeldt

Lidstaten beschikken over een ruime beoordelingsmarge niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt. Daarbij is het van belang dat het doel van de betrokken maatregel kan worden bepaald. De verschillende maatregelen die in dit wetsvoorstel worden getroffen en waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen AOW-gerechtigden en niet AOW-gerechtigden, beogen alle om belemmeringen voor het werken na de AOW-gerechtigde leeftijd weg te nemen. Die belemmeringen hangen samen met de verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst of regelingen die gelden voor ambtenaren. De voorgestelde maatregelen bevorderen dat de AOW-er zijn arbeidzame leven als werknemer desgewenst kan voortzetten. Bovendien wordt met het pakket van maatregelen een evenwicht beoogd tussen enerzijds maatregelen die de arbeidsdeelname van AOW-gerechtigden bevorderen en anderzijds maatregelen die mogelijke verdringing van nog niet AOW-gerechtigde werknemers tegen gaan. Daarbij zijn de belangen van de samenleving bij een goed functionerende arbeidsmarkt, de belangen van AOW-gerechtigden die wensen te werken en de belangen van de werknemers die nog niet AOW-gerechtigd zijn in ogenschouw genomen. Het kabinet meent daarom, zoals ook in de memorie van toelichting toegelicht, dat de maatregelen voor zover zij onderscheid op grond van leeftijd maken een legitiem doel dienen, noodzakelijk zijn en niet verder gaan dan passend is om het legitieme doel te bereiken. Bij de keuze van de maatregelen is rekening gehouden met resultaten van onderzoek⁹ over knelpunten met betrekking tot het werken na de AOW-gerechtigde leeftijd en het advies van de SER van 17 maart 2006 waaruit is gebleken dat onder meer de regeling van loondoorbetaling bij ziekte, de re-integratieverplichting bij ziekte en de Ragetliereguleer belemmeringen zijn om te werken na de AOW-gerechtigde leeftijd.¹⁰

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

⁹ «U hoeft toch niet meer te werken?» Onderzoek naar belemmeringen voor 65-plussers bij betaalde arbeid, onderzoek gepubliceerd door AS^{tri} op 29 mei 2006

¹⁰ SER advies 2006/03, Wegnemen belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar

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.¹¹ 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.¹² Daar komt bij dat bij een eventueel beroep op de aanvullende inkomensvoorziening ouderen¹³ 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 toelichting¹⁴ 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 dele¹⁵. 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.

¹¹ Zie SVB, De AOW, 2006, p. 303–304.

¹² Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 29 544, nr. 152, blz. 8.

¹³ De toelichting (paragraaf 1.4) wijst hier op.

¹⁴ Toelichting, paragraaf 1.4.

¹⁵ 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.

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 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.

2 Probleem en effectiviteit; neveneffecten en opportuniteit

2.1 Probleem en effectiviteit

a. De doelgroep

Naar aanleiding van de vragen van de Afdeling over de omvang van het probleem en van de relevante groep wordt het volgende opgemerkt. In 2013 bestond de werkzame beroepsbevolking (mannen en vrouwen) in de leeftijdscategorie 65 tot 70 jaar uit 70.000 personen (bron: CBS). Dat is een netto arbeidsparticipatie van 7,4% in deze leeftijdscategorie. Ten opzichte van 2001 is de netto arbeidsparticipatie in 2013 meer dan verdubbeld (van 3,4% naar 7,4%). De gemiddelde arbeidsduur per week in de leeftijdscategorie 65 tot 70 jaar is 28,2 uren. Bij de genoemde cijfers gaat het om personen die minimaal 12 uur per week werken. Als ook de personen die minder dan 12 uur werken worden meegeteld, dan gaat het in deze leeftijdscategorie om 125.000 werkzame personen en is er sprake van een netto arbeidsparticipatie van 13,1% (bron: CBS). De gemiddelde arbeidsduur per week is dan 18,1 uur. Overigens blijkt uit de cijfers van het CBS dat het merendeel van de werkende AOW-gerechtigden (57%) als zelfstandige werkzaam is.

Een aantal ontwikkelingen heeft een opwaarts effect op het aandeel werkende AOW-gerechtigden: het feit dat werknemers steeds vaker bereid en in staat zijn om langer door te werken, en het feit dat werkgevers

steeds vaker bereid zijn om ouderen langer te laten werken. Daar staat echter tegenover dat de AOW-leeftijd de komende jaren zal stijgen. Het is onduidelijk of het aandeel werkende AOW-gerechtigden in de toekomst zal toenemen of afnemen.

Om een indicatie te geven van de behoefte bij werknemers om ook na de pensionering actief te blijven op de arbeidsmarkt verwijst het kabinet naar de gegevens van het NIDI Werk en Pensioen panel dat bestaat uit 1300 werknemers die in de periode van 2001 tot 2011 met (vervroegd) pensioen zijn gegaan. Daaruit blijkt dat 30% (weer) actief is op de arbeidsmarkt.¹⁶ Meer specifiek voor rijksambtenaren van 65 jaar en ouder blijkt dat in 2013 in totaal 204 fte nog werkzaam is, in personen komt dat neer op 255 personen. Tot 2008 was het aantal redelijk stabiel, rond de 40 fte/55 personen, vanaf 2008 is dat aantal gestaag toegenomen (vermoedelijk vanwege het vervallen van het leeftijdsontslag in de sector Rijk). Op een totaal aantal van ca 109.000 fte (2013) gaat het nog steeds om geringe aantallen, maar de toename is opvallend. Het vergemakkelijken van (door)werken na de AOW-gerechtigde leeftijd sluit tevens aan bij de naar verwachting toenemende behoefte van de individuele werknemer aan mogelijkheden om betaalde arbeid voort te zetten.

De regering onderschrijft de opmerking van de Afdeling dat het merendeel van de werkenden boven 65 jaar werkzaam is als zelfstandige. Uit de onderstaande tabel, gebaseerd op cijfers van het CBS met betrekking tot de werkzame beroepsbevolking, blijkt inderdaad dat meer AOW-gerechtigden thans werkzaam zijn als zelfstandige dan als werknemer. Er kan echter geen uitspraak gedaan worden over de vraag of werknemers boven de AOW-gerechtigde leeftijd voor het merendeel als uitzendkracht zijn tewerkgesteld.

Cijfers werkzame beroepsbevolking¹

Werkzame beroepsbevolking	Werknemers	Zelfstandigen
2008		
65-70	21.000	27.000
70-75	3.000	9.000
75+		5.000
2013		
65-70	31.000	40.000
70-75	9.000	8.000
75+	3.000	6.000

¹ <http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=71886ned&D1=6-7&D2=0&D3=11-13&D4=45,50,55,60,69,74&HDR=G3,T&STB=G2,G1&VW=T>

Dat AOW-gerechtigde werkenden vaak als zelfstandige werkzaam zijn, kan enerzijds mogelijk worden verklaard uit hun wens onafhankelijk te zijn van anderen bij de keuze om hun werk voort te zetten na de AOW-gerechtigde leeftijd. Anderzijds door het feit dat werkgevers nu vaak huiverig zijn om AOW-gerechtigden in dienst te nemen (of te houden) op basis van een arbeidsovereenkomst vanwege de daaraan verbonden verplichtingen (zoals onder meer de loondoorbetalingsplicht bij ziekte). Met dit wetsvoorstel wordt dan ook beoogd het in dienst nemen of houden van AOW-gerechtigden op basis van een arbeidsovereenkomst te faciliteren door enkele belemmeringen in verband daarmee weg te nemen.

¹⁶ Ellen Dingemans, Kène Hankens & Hanna van Solinge, «Doorstarten na pensioen een opkomend fenomeen», Demos, september 2013

b. Inkomenspositie AOW-gerechtigden

Het kabinet wijst er in dit verband op dat het wetsvoorstel beoogt de mogelijkheden te vergroten voor AOW-gerechtigde werknemers om desgewenst een inkomen uit arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst te verwerven. Daarbij wordt meegewogen dat AOW-ers in beginsel door hun uitkering al kunnen voorzien in hun levensonderhoud en dat er geen arbeidsplicht meer is. De meeste AOW-gerechtigden werken omdat zij het leuk vinden. Financiële motieven spelen veel minder een rol als beweegredenen om ook na de AOW actief te blijven op de arbeidsmarkt.¹⁷ Voor hen die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt en niet een volledig AOW-pensioen hebben, zijn er twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is dat zij een beroep doen op een inkomensgarantie voor ouderen wanneer zij aan de voorwaarden hiervoor voldoen, te weten een bijstandsuitkering met een vermogenstoets. Een tweede optie is dat zij pogen de beperkte uitkering aan te vullen met een inkomen uit arbeid, indien zij dit wensen. De tweede optie wordt gefaciliteerd door dit wetsvoorstel.

2.2 Neveneffecten; opportuniteit

In het algemeen geldt dat oudere werkzoekenden moeilijker werk vinden dan jongere werkzoekenden. Om deze reden wordt de arbeidsmarktpositie van ouderen beleidsmatig ondersteund. Voor niet AOW-gerechtigde ouderen gebeurt dit bijvoorbeeld middels een premiekorting bij het vanuit een uitkering in dienst nemen van oudere werknemers, waarbij vanaf 1 januari 2015 een leeftijdsgrens geldt van 56 jaar. De arbeidsmarktpositie van AOW-gerechtigden wordt reeds gefaciliteerd door het wegvallen van de premies voor de werknemersverzekeringen, wat leidt tot lagere loonkosten voor de werkgever.

Ondanks dit loonkostenvoordeel voor AOW-gerechtigden stoppen nog altijd veel werknemers met werken op of kort voor de AOW-gerechtigde leeftijd. Als zij doorwerken doen zij dat veelal als zelfstandige. Dat is onder meer te verklaren uit het feit dat werkgevers niet alleen letten op de directe loonkosten, maar ook op de kosten die gemoeid zijn met een mogelijk ontslag of met ziekte en arbeidsongeschiktheid. Dit wetsvoorstel beoogt dan ook deze belemmeringen weg te nemen. Mogelijke keerzijde is dat dit leidt tot verdringing van oudere, nog niet AOW-gerechtigde werknemers. Het kabinet heeft het CPB verzocht de werkgelegenheidseffecten van het wetsvoorstel door te rekenen en daarbij tevens in te gaan op mogelijke verdringing. Het CPB concludeert dat de maatregelen uit het wetsvoorstel per saldo leiden tot een toename van de werkgelegenheid onder AOW-gerechtigden, zonder dat er op lange termijn sprake is van verdringing. Op korte termijn kan er volgens het CPB overigens wel sprake zijn van enige verdringing, maar dit risico wordt als beperkt ingeschat.

Verder wordt voorzien in vier maatregelen die eventuele verdringing van nog niet AOW-gerechtigde werknemers door AOW-gerechtigde werknemers tegengaan. Ten eerste wordt de AOW-leeftijdsgrens in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag geschrapt. Dat betekent dat het minimumloon voortaan onverkort gaat gelden voor AOW-gerechtigde werknemers. Oneerlijke concurrentie van AOW-werknemers die werken voor minder dan het minimumloon wordt hiermee voorkomen. Ten tweede is de Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA) niet van toepassing op AOW-gerechtigden. Dit betekent dat deze

¹⁷ Ellen Dingemans, Kène Hankens & Hanna van Solinge, «Doorstarten na pensioen een opkomend fenomeen», Demos, september 2013

werknemers geen recht hebben op aanpassing van de arbeidsduur op grond van de WAA wat bij een verzoek tot uitbreiding van de overeengekomen arbeidsduur ten koste kan gaan van andere (jongere) werknemers bij de werkgever. Ten derde kan de ketenbepaling alleen worden aangepast bij cao. De reden hiervoor is de wens om verdringing van jongere werknemers door AOW-gerechtigde werknemers tegen te gaan. Door uitbreiding van de ketenbepaling alleen mogelijk te maken bij cao is het aan cao-partijen om te bezien of het gevaar van verdringing zich in een bepaalde sector wel of niet voordoet en dienovereenkomstig te handelen. Tot slot is onlangs het Ontslagbesluit aangepast, waarin is geregeld dat AOW-gerechtigde werknemers bij bedrijfseconomisch ontslag als eerste in hun functiegroep worden ontslagen. Met deze wijziging wordt voorkomen dat een 57-jarige werknemer eerder voor ontslag in aanmerking komt dan een 71-jarige werknemer die hetzelfde werk verricht en dat een werknemer die voor zijn inkomen aangewezen is op het verrichten van arbeid plaats moet maken voor een AOW-gerechtigde werknemer voor wie dat niet het geval is.

2.3 Conclusie

Het kabinet heeft de aard en de omvang van het probleem verduidelijkt en is van mening dat dit voorstel geen verslechtering van de arbeidsmarktpositie van AOW-minners zal meebrengen. Ook zijn naar het oordeel van het kabinet nut en noodzaak van het voorstel aangetoond. Het neemt belemmeringen weg voor AOW-gerechtigden die willen werken na de AOW-leeftijd, waarbij het de mogelijkheden van AOW-gerechtigden om betaalde arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst te verrichten vergroot. Voor werkgevers neemt het belemmeringen weg om AOW-gerechtigden op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst te nemen of te houden.

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. Volgens de toelichting¹⁸ 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 gemaakt¹⁹, 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.²⁰ De Afdeling meent dat een verwijzing naar de rechtspraak dan ook geen argument vormt voor de gemaakte keuze.

¹⁸ Toelichting, paragraaf 1.5.

¹⁹ De literatuur is hier niet eenduidig over. De geciteerde Hoge Raadjurisprudentie handelt over een andere rechtsvraag.

²⁰ Recentelijk in deze zin nog Ktr. Haarlem 30 mei 2012, LJN BW8593.

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.²¹ 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 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.²² 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.²³

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

²¹ Toelichting, paragraaf 1.5.

²² 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.

²³ 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 de 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).

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 – 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.²⁴ 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

²⁴ 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.

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.

De Afdeling merkt tegen deze achtergrond op dat de gekozen benadering op gespannen voet staat met richtlijn 1999/70/EG²⁵, 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.²⁶

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.²⁷ De Afdeling merkt daarover het volgende op.

²⁵ 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).

²⁶ Zie hierover HvJ EU 10 maart 2011, nr. C-109/09, JAR 2011/113 (*Lufthansa/Kumpan*).

²⁷ Toelichting, paragraaf 2.2.1.

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.

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.

3 De voorgestelde maatregelen

3.1 Eindigen arbeidsovereenkomst van rechtswege

Het kabinet heeft gevolg gegeven aan het advies om het einde van rechtswege bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd te heroverwegen, zij het niet in dit wetsvoorstel werken na de AOW-gerechtigde leeftijd, maar in de Wet werk en zekerheid (Wwz). Dit onderdeel was daar beter op zijn plaats nu daarin (onder meer) het ontslagrecht is aangepast. In de Wwz is geregeld dat de werkgever de arbeidsovereenkomst van een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt tegen of na die dag vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd mag opzeggen. Zoals in genoemd wetsvoorstel toegelicht is de ratio van deze regeling enerzijds dat naar het oordeel van de regering er een natuurlijk moment moet blijven waarop de arbeidsovereenkomst op latere leeftijd kan worden beëindigd, zonder het hoeven voeren van een ontslagprocedure. Dat natuurlijke moment is het bereiken of het bereikt hebben van de pensioengerechtigde leeftijd. Anderzijds geldt dat als een werkgever weet dat hij de arbeidsovereenkomst na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd zonder verdere plichtplegingen kan beëindigen (en ook geen vergoeding verschuldigd zal zijn) het voor hem niet bezwaarlijk zal zijn een werknemer (tijdelijk) te laten doorwerken na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Als werkgever en werknemer schriftelijk zijn overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst om deze reden niet kan eindigen, dan kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet op die grond opzeggen. De werkgever kan eenmalig gebruik maken van de bevoegdheid om zich te

beroepen op het bereiken of bereikt hebben van de pensioengerechtigde leeftijd zonder dat het UWV toestemming moet worden gevraagd of ontbinding door de rechter nodig is. Van deze éénmalige bevoegdheid kan alleen gebruik gemaakt worden als de werknemer reeds in dienst was van de werkgever voor het bereiken van die pensioengerechtigde leeftijd.

Treedt een werknemer in dienst bij een werkgever na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd dan blijven de regels voor opzegging en ontbinding van de arbeidsovereenkomst gelden. In deze situatie geldt dat een werkgever een nieuwe arbeidsovereenkomst met de werknemer aangaat en laatstgenoemde – net als ieder ander – erop moet kunnen vertrouwen dat deze arbeidsovereenkomst niet op elk gewenst moment door de werkgever kan worden beëindigd.

3.2 Ragetlieregel en ketenbepaling

Om de reden als hierboven genoemd is de aanpassing van de zogenoemde Ragetlieregel eveneens opgenomen in de Wwz. Daar is verduidelijkt dat de Ragetlieregel niet van toepassing is als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt op grond van een pensioenontslagbeding wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Het kabinet merkt op dat het uitzonderen van de ketenbepaling niet is ingegeven door de wens tot flexibilisering, maar om belemmeringen voor AOW-gerechtigden om te werken op basis van een arbeidsovereenkomst weg te nemen. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling, waarin wordt opgemerkt dat het buiten werking stellen van de ketenbepaling op gespannen voet staat met richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, is het voorstel heroverwogen en is gekozen voor een minder vergaande variant waarbij aan werknemers bescherming wordt geboden tegen het onbeperkt gebruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Daarbij is de suggestie van de Afdeling om het aantal te sluiten tijdelijke contracten en het aantal maanden waarin tijdelijke contracten kunnen worden aangegaan te verhogen gevolgd, zij het dat hieraan is toegevoegd dat zulks alleen kan indien dat bij cao is overeengekomen. De reden voor laatstgenoemde voorwaarde is de wens om verdringing van jongere werknemers door AOW-gerechtigde werknemers tegen te gaan. Door uitbreiding van de ketenbepaling alleen mogelijk te maken bij cao is het aan cao-partijen om te bezien of het gevaar van verdringing zich in een bepaalde sector wel of niet voordoet en dienovereenkomstig te handelen. Op grond van het aangepaste wetsvoorstel zal het mogelijk zijn om bij cao overeen te komen dat het aantal contracten en de termijn alvorens een vast contract ontstaat, te verhogen van respectievelijk drie naar zes en van 24 naar 48 maanden. Hiermee wordt aangesloten bij de in de Wwz opgenomen mogelijkheid tot afwijking van de ketenbepaling. Tevens kan hierbij worden bepaald dat voor de vaststelling of de periode van 48 maanden, dan wel of het aantal arbeidsovereenkomsten, is overschreden, alleen arbeidsovereenkomsten in aanmerking worden genomen die zijn aangegaan na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd.

3.3 Loondoorbetalingsverplichting bij ziekte

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling over de beperkte mogelijkheid tot herverzekering van het ziekterisico van AOW-gerechtigde werknemers, wordt het volgende opgemerkt. Navraag bij het Verbond van Verzekeraars leert dat herverzekering afhankelijk is van de dekking die via een verzekering wordt geboden, en die in de polisvoorwaarden is uitgewerkt. In de situatie dat verzekeraars geen dekking bieden hiervoor,

zal dat worden gewijzigd wanneer de loondoorbetalingsverplichting op grond van het onderhavige wetsvoorstel op zes weken wordt gesteld.

Overigens zullen veel werkgevers het risico op loondoorbetaling van zes weken zelf kunnen dragen. Veel werkgevers kiezen immers voor een eigen risico van zes weken bij verzekering van hun loondoorbetalingsrisico. De Afdeling wijst er ook op dat de beperkte mogelijkheid tot herverzekering er vaak toe leidt dat werkgevers gepensioneerde arbeidskrachten inschakelen via uitzendbureaus. Daarover wordt opgemerkt dat het onderhavige wetsvoorstel een recht op zes weken ziekengeld introduceert voor werkende AOW-gerechtigden die bij ziekte geen of korter dan zes weken aanspraak hebben op loondoorbetaling. Hieronder vallen bijvoorbeeld uitzendkrachten voor wie een uitzendbeding geldt en werknemers van wie de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt tijdens de loondoorbetalingsperiode van maximaal zes weken. De kosten van dit ziekengeld zullen worden verhaald op de werkgever. Daarmee wordt bereikt dat geen verschil zal bestaan met werkgeverslasten voor zieke AOW-gerechtigde werknemers die op basis van een contract voor onbepaalde tijd werken. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is op dit punt aangevuld.

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.²⁸ 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 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (zie onder andere artikel 46i van die wet) niet op elkaar aan.

²⁸ 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.

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 toelichting²⁹ 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 toelichting³⁰, 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.

4. Overige opmerkingen

a. Verwijzing naar «het gebruik»

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat dit onderdeel van het voorstel geen relatie heeft met het onderwerp van dit wetsvoorstel en vanwege de verwevenheid met de ontslagregels is er voor gekozen om deze wijziging op te nemen in de Wwz. Daarin is de verwijzing naar «het gebruik» geschrapt, omdat wordt voorzien in een specifieke regeling met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer. In de literatuur en jurisprudentie zijn geen andere voorbeelden gevonden van beëindiging op basis van gebruik.

²⁹ Toelichting, paragraaf 2.4.2.

³⁰ Toelichting, paragraaf 1.4.

b. Rechterlijke ambtenaren

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is het wetsvoorstel op dit punt gewijzigd. In de rechtspositionele wet- en regelgeving van de Sector Rechterlijke Macht (Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra), het Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren en enkele andere AMvB's en ministeriele regelingen) gaat de systematiek ervan uit dat de voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren tot het bereiken van de leeftijd van 70 jaar kunnen blijven werken.

Voor deze rechterlijke ambtenaren is er sprake van een doorlopend dienstverband.

De grondslag voor deze «benoeming voor het leven» ligt besloten in artikel 117 van de Grondwet, waarin staat dat leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast en de procureur-generaal bij de Hoge Raad voor het leven worden benoemd, wegens het bereiken van een bij de wet te bepalen leeftijd worden ontslagen. Op grond van artikel 46h, tweede lid, Wrra wordt ontslag verleend met ingang van de eerste dag van de maand volgend op die waarin de rechterlijk ambtenaar de leeftijd van 70 jaar bereikt.

Voor de voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren is er dan ook geen aanleiding aansluiting te zoeken bij de voorgenomen wetgeving om belemmeringen weg te nemen voor (door)werken na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Daar komt nog bij, dat zonder wijziging van de wet (Grondwet en Wrra) de leeftijds grens is bepaald op 70 jaar. Er is geen mogelijkheid langer door te werken.

Niet alleen is er geen noodzaak voor aansluiting bij dit wetsvoorstel, ook zijn rechters en raadsheren deel van de derde staatsmacht en daarmee een bijzondere beroepsgroep. Dit is ook aanleiding de rechterlijke macht uit te zonderen van de voorgenomen wijziging in het initiatiefwetsvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren.³¹

In het licht van het vorengaande mag duidelijk zijn dat op principiële en staatsrechtelijke gronden de voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren geen onderdeel moeten worden van de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd en dat gezien het eigen systeem op pragmatische gronden de niet voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren evenzeer buiten de werkings sfeer gehouden moeten worden. De Minister van Veiligheid en Justitie zal met de Sectorcommissie Rechterlijke Macht besprekingen openen om te bezien op welke wijze voor de niet voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren aansluiting gevonden kan worden bij de inhoud en strekking van de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd binnen de eigen kolom, te weten wet- en regelgeving voor de Sector Rechterlijke Macht. Dit sluit ook aan bij de huidige systematiek van de Ambtenarenwet, waarin de voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren volledig zijn uitgezonderd van titel III van deze wet en de niet voor het leven benoemde rechterlijke ambtenaren voor het merendeel van de bepalingen uit titel III van deze wet.

c. Aanpassing ontslagvolgorde

Met artikel 127b van de Ambtenarenwet is de ontslagvolgorde in relatie tot AOW-gerechtigde ambtenaren die doorwerken na de pensioengerechtigde leeftijd, dwingend neergelegd, net zoals die in het Ontslagbesluit is neergelegd voor de marktsector. Deze ontslagvolgorde komt erop neer dat AOW-gerechtigden als eersten bij reorganisaties en collectieve ontslagen

³¹ Kamerstukken 32 550

zullen worden voorgedragen voor ontslag. Artikel 127e van de Ambtenarenwet biedt de mogelijkheid aan sectoren, indien men daarover overeenstemming bereikt, om in hun rechtspositieregeling van – onder meer- artikel 127b af te wijken in voor de ambtenaar gunstige(re) zin. Zo bezien kan de norm in het ARAR dienen als een eigen invulling die boven 127b Ambtenarenwet uitgaat.

5. Aanpassing wetsvoorstel

a. Uitbreiding ziekwet

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om het voorstel aan te vullen met een bepaling in de Ziekwet dat werkende AOW'ers die geen recht meer hebben op loondoorbetaling bij ziekte voor een periode van maximaal 6 weken recht hebben op een Ziekwetuitkering. Zo worden ook deze werknemers beschermd tegen een abrupte teruggang in inkomen.

b. Opvolgend werkgever

Verder is in aanvulling op het oorspronkelijke voorstel bepaald dat wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij een opeenvolgende werkgever, in de zin van de ketenbepaling, volgt op een arbeidsovereenkomst die is geëindigd wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, of een andere pensioengerechtigde leeftijd, laatstgenoemde overeenkomst buiten beschouwing wordt gelaten bij de vaststelling of de (wettelijke) periode van 24 maanden (of een bij cao te bepalen langere periode) is overschreden. Dit vergemakkelijkt het in dienst nemen van pensioengerechtigden op basis van een contract voor bepaalde tijd na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een andere pensioengerechtigde leeftijd.

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,
P. van Dijk*

Ik moge U, mede namens mijn ambtsgenoten van Veiligheid en Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher