

# ONTSLAGRECHT VOOR 65-PLUS-SERS IS ONDUIDELIJK

AUTEUR

Mr. drs. M. Heemsker

Het ontslagrecht voor 65-plussers lijkt toe aan een opknopbeurt. Er is weinig regelgeving en jurisprudentie over werknemers die doorwerken na 65. De meeste werknemers willen (en kunnen) vóór hun 65<sup>e</sup> met pensioen en werkgevers stemmen daar vaak mee in omdat zij de 'dure' oudere werknemer liever kwijt dan rijk zijn.<sup>1</sup> Toch komt het met enige regelmaat voor dat de arbeidsrelatie na het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer wordt voortgezet. Indien deze 65-plus-arbeidsovereenkomst<sup>2</sup> een voortzetting is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, kan dit leiden tot een conflict van rechtsregels met haaks op elkaar staande rechtsgevolgen. Waar de Ragtelregel opzegging van de voortgezette arbeidsovereenkomst voorschrijft, leidt de voortzetting op grond van art. 7:668 BW tot een einde van rechtswege. In deze bijdrage geef ik aan hoe de 65-plus-arbeidsovereenkomst beëindigd kan worden en doe ik een voorstel om de hoogte van een mogelijke ontbindingsvergoeding voor 65-plussers te reguleren.

## 1. Inleiding

De rechtspositie van 65-plussers lijkt een vacuüm in de wetgeving. Zowel arbeids-, socialeverzekerings- als pensioenwetgeving gaat er van uit dat het arbeidzame leven een einde neemt bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Zo hanteert de socialeverzekeringwetgeving 65 jaar als grens. Na 65 jaar is men voor de sociale verzekering geen werknemer meer (zie art. 3 lid 1 WAO/ZW/WAO). In de pensioenwetgeving brengt het bereiken van de AOW-leeftijd van 65 jaar mee dat een wettelijk pensioen (de AOW-uitkering) verkregen kan worden.<sup>3</sup> Arbeidsrechtelijk is pensioenontslag<sup>4</sup> bij 65 jaar toegestaan, hetgeen volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>5</sup> Ook vormt beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar geen verboden leeftijdsonderscheid, zie art. 7 lid 1 sub b WGBL.<sup>6</sup>

Het arbeidzame leven hoeft echter niet op te houden bij 65 jaar. Voortzetting van de arbeidsovereenkomst na de (wettelijke) pensioenleeftijd kan voor zowel werkgever als werknemer voordeel opleveren. De werkgever kan flink op de loonkosten besparen doordat hij geen werkgeverspremies (zoals WAO-, WW- en pensioenpremies) meer hoeft te betalen. Ook voor een werknemer kan voortzetting (financieel) aantrekkelijk zijn doordat hij naast loon tevens pensioen (een AOW-uitkering en eventueel aanvullend pensioen) ontvangt, bovendien geldt voor 65-plussers een lager belastingtarief.<sup>7</sup> Een beperkte pensioenopbouw kan een extra stimulans zijn voor werknemers om door te werken.

Werkgevers en werknemers die een arbeidsrelatie hebben na 65-jarige leeftijd van de werknemer worden geconfronteerd met een aantal arbeidsrechtelijke vragen. Ten eerste kan onduidelijk zijn hoe de arbeidsovereenkomst gekwalificeerd moet worden. Daarnaast is niet altijd helder op welke wijze een arbeidsrelatie met een 65-plusser tot een einde komt. Ten slotte is de vraag wat de (financiële) gevolgen van de beëindiging van de 65-plus-arbeidsovereenkomst zijn. Na bespreking van een tweetal 65-plus-uitspraken, waarin een werkgever de arbeidsrelatie wilde beëindigen, ga ik in op deze vragen.

## 2. Jurisprudentie

### 2.1. Ktr. Deventer 13 maart 2003, JAR 2004/195, PJ 2003, 75 (Koningin/Martens)

Deze zaak (verder: de zaak Martens) betrof een ontbindingsverzoek van 'de Koningin' (vertegenwoordigd door de Thesaurier) en haar 66-jarige werkneemster, mevrouw Martens. Wat was het geval? Martens was in 1988 in dienst getreden van de Koningin, in de functie van particulier secretaris van Prinses Margriet en Pieter van Vollenhoven. Kort voor de pensioendatum van Martens (2 september 2001) komen de Koningin en Martens overeen de arbeidsrelatie voort te zetten. De (eerste) arbeidsovereenkomst is met ingang van 1 oktober 2001 geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, zodat werkneemster vanaf haar pensioendatum pensioen kon ontvangen.

De voortzetting van de arbeidsrelatie resulteerde in een nieuwe - tweede - arbeidsovereenkomst met als einddatum de 70-jarige leeftijd van de werkneemster. Martens wilde dit niet alleen wegens haar plezier in het werk maar ook om financiële redenen (een beperkte pensioenopbouw). Vervolgens hebben Prinses Margriet en Pieter van Vollenhoven Martens medio 2002 gevraagd een opvolgster te zoeken aangezien zij streefden naar verjonging van het secretariaat. Kort daarop heeft Martens een bekende van haar voorgesteld als mogelijke opvolgster. Werkgeefster heeft daarna deze bekende per 1 februari 2003 aangesteld als opvolgster. De arbeidsovereenkomst met Martens was toen nog niet geëindigd. Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst met Martens. Martens verzet zich tegen de ontbinding en heeft aangedrongen op handhaving van de arbeidsovereenkomst zonder feitelijke tewerkstelling.

In feite komt dat neer op een vordering van loondoorbetaling tot de einddatum. De kantonrechter oordeelt dat er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. Gezien het persoonlijke en vertrouwelijke karakter van de functie van particulier secretaris is voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet zinvol. De rechter ontbindt daarom de (tweede) arbeidsovereenkomst en kent daarbij een vergoeding toe van € 45 000. De kantonrechter gaat bij het bepalen van de vergoeding niet uit van de kantonrechtformule of de door Martens gevorderde loondoorbetaling maar valt terug op de billijkheid. Een vergoeding van € 45 000 is volgens de rechter billijk gezien de opstelling van werkgeefster, die niet getuigt van goed werkgeverschap. De kantonrechter verwijt werkgeefster onder meer het benoemen van een ander zonder de arbeidsrelatie met Martens op geldige wijze te beëindigen of over de gevolgen van beëindiging een afspraak te maken.

## 2.2. Ktr. Zwolle 28 mei 2003, JAR 2003/186; PJ 2003, 97 (Gerrits/Bosch).

In deze zaak (verder: de zaak Gerrits) hebben partijen in het bereiken van de 65-jarige leeftijd van werknemster geen aanleiding gezien de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Zij zijn evenmin een nieuwe arbeidsovereenkomst overeengekomen, zodat sprake was van een stilzwijgende voortzetting. In maart 2002 (Gerrits was toen 68 jaar oud) wilde de werkgever de voortgezette arbeidsovereenkomst beëindigen. Hij stuurde Gerrits een brief waarin hij onder meer schreef: 'zoals gezegd hebben wij waardering voor uw inzet in ons bedrijf, maar gelet op uw respectabele leeftijd hebben wij besloten, ook ter bescherming van uwzelf (bedoeld zal zijn uzelf, MH), de arbeidsovereenkomst te beëindigen.' Gerrits wilde echter van geen beëindiging weten en wees er in een brief op dat Bosch geen ontslagvergunning had. De ontslagvergunning die Bosch vervolgens aanvraagde bij de CWI werd niet verleend. Als reden voor het aanvragen van de ontslagvergunning voerde Bosch aan dat Gerrits, gelet op haar leeftijd, steeds meer moeite had met het uitvoeren van de schoonmaakwerkzaamheden en zij daarvoor steeds meer tijd nodig had (vergelijk art. 5:1 Ontslagbesluit). De CWI oordeelde in onderhavig geval dat niet vast was komen te staan dat de werknemster gezien haar hoge leeftijd onvoldoende zou functioneren. Gerrits had zich inmiddels ziek gemeld en vroeg ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een vergoeding volgens de kantonrechtformule. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst zonder een vergoeding toe te kennen. Daarbij was van belang dat werknemster AOW en aanvullend pensioen genoot en dat Bosch een jaar lang loon had doorbetaald wegens ziekte (dus zonder dat daar arbeid tegenover stond). Bovendien trof Bosch geen verwijt en wenste Gerrits zelf ook het einde van haar arbeidzame leven.

## 3. De kwalificatie van de 65-plus-arbeidsovereenkomst

In het merendeel van de gevallen betreft een arbeidsovereenkomst voor een 65-plusser een voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien deze voorafgaande arbeidsovereenkomst niet is opgezegd en voor bepaalde tijd wordt voortgezet, schrijft de Ragetlie-regel (art. 7:667 lid 4 BW) voor dat opzegging vereist is. Haaks daarop staat de rechtsregel van art. 7:668 BW, die er toe leidt dat de stilzwijgend voortgezette arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Is de 65-plus-arbeidsovereenkomst er één voor onbepaalde tijd, dan is de Ragetlie-regel niet van toepassing. Na een bespreking van de betekenis van de Ragetlie-regel (§3.1) ga ik in op de gevolgen van de stilzwijgende voortzetting (vergelijk de zaak Gerrits) respectievelijk uitdrukkelijke voortzetting (vergelijk de zaak Martens) voor de kwalificatie van de 65-plus-arbeidsovereenkomst.

### 3.1. De betekenis van de Ragetlie-regel (art. 7:667 lid 4 BW)

De Ragetlie-regel geldt voor de 65-plus-arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien de voorafgaande arbeidsovereenkomst er één was voor onbepaalde tijd die niet is ontbonden of rechtsgeldig opgezegd. Was de voorafgaande arbeidsovereenkomst er één voor bepaalde tijd of was na het verkrijgen van een ontslagvergunning rechtsgeldig opgezegd, dan heeft art. 7:667 lid 4 BW geen betekenis. Toepassing van de Ragetlie-regel leidt er toe dat een 65-plus-arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die voorafgegaan is door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet van rechtswege eindigt maar opgezegd dient te worden. De Ragetlie-regel verzet zich niet tegen een opvolgende (65-plus) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, maar wel tegen een beëindiging van rechtswege. De Ragetlie-regel is neergelegd in art. 7:667 lid 4 BW en luidt als volgt:

'Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door rechtsgeldige opzegging of door ontbinding door de rechter is geëindigd, éénmaal of meermalen is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, is in afwijking van lid 1 voor de beëindiging van die laatste arbeidsovereenkomst voorafgaande opzegging nodig. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.'

De Ragetlie-regel komt voort uit HR 4 april 1986, NJ 1987, 678 (Ragetlie-SLM). In deze zaak was een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden

beëindigd en voortgezet als arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De Hoge Raad besliste dat de voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst in dat geval niet van rechtswege eindigt. Beëindiging van de voortgezette arbeidsovereenkomst vereist opzegging. De ratio daarvoor is dat de werknemer de ontslagbescherming behoudt die hij door de voortzetting heeft prijsgegeven. Zo wordt voorkomen dat de werknemer onder druk wordt gezet om zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd 'vrijwillig' in te ruilen voor één voor bepaalde tijd. Codificatie van de Ragetlie-regel geschiedde op uitdrukkelijk verzoek van de STAR en de Eerste Kamer via reparatiewetgeving.<sup>8</sup> Hoewel de Hoge Raad in het Thialf-arrest<sup>9</sup> in 1992 oordeelde dat opzegging ook vereist was wanneer de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een ontslagvergunning was opgezegd, werd dit niet door de wetgever overgenomen.<sup>10</sup> Uit de Kamerstukken leid ik af dat de wetgever oordeelde dat door de rechtsgeldige opzegging van de voorafgaande arbeidsovereenkomst reeds rekening is gehouden met de ontslagbescherming van de werknemer.<sup>11</sup> Dat duidt er op dat na een verkregen ontslagvergunning van de CWI wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer de voortgezette 65-plus-arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet meer opgezegd hoeft te worden.

### 3.2. Stilzwijgende voortzetting (art. 7:668 BW)

De voortzetting van de arbeidsovereenkomst kan uitdrukkelijk of stilzwijgend plaatsvinden. Bij stilzwijgende voortzetting, zoals in de zaak Gerrits (de 68-jarige schoonmaakster), hebben partijen in het bereiken van de 65-jarige leeftijd van werknemster geen aanleiding gezien om de arbeidsrelatie te verbreken. In het geval van Gerrits lijkt dat een bewuste keuze, maar werkgevers (en werknemers) die niet opletten, kunnen de arbeidsovereenkomst ook onbewust voortzetten en daardoor vast komen te zitten aan een voortgezette arbeidsovereenkomst. Volgens art. 7:668 lid 1 BW leidt het zonder tegenspraak voortzetten van de arbeidsovereenkomst na het verstrijken van de in art. 7:667 lid 1 BW bedoelde tijd tot een voortzetting voor dezelfde tijd, doch telkens ten hoogste voor een jaar, op de vroegere voorwaarden. Doordat de arbeidsovereenkomst ten hoogste voor een jaar wordt voortgezet, eindigt de voortgezette arbeidsovereenkomst na dit jaar van rechtswege.<sup>12</sup> Art. 7:668 BW lijkt op het eerste gezicht uit te gaan van de stilzwijgende voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en geen rekening te houden met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die van rechtswege eindigt.<sup>13</sup> Verwarring ontstaat doordat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet alleen opgezegd kan worden, maar bij het bereiken van de pensioenleeftijd van rechtswege eindigt. Het kenmerk van

een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, het einde van rechtswege conform art. 7:667 lid 1 BW, is dus, opvallend genoeg, van toepassing bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, namelijk bij het bereiken van de pensioenleeftijd van 65 jaar.<sup>14</sup> Hoewel niet duidelijk is of dit de bedoeling is geweest van de wetgever, valt de 65-plus-arbeidsovereenkomst daarmee onder de stilzwijgende voortzetting van art. 7:668 BW. Dat artikel geldt dus niet alleen voor een voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, maar ook voor de voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die van rechtswege eindigt (als bedoeld in art. 7:667 lid 1 BW) wegens het bereiken van de pensioenleeftijd. Toepassing van art. 7:668 BW zou in de zaak van de schoonmaakster betekenen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de leeftijd van 66 jaar. Er wordt immers voor de maximumduur van één jaar voortgezet. Zetten partijen daarna weer stilzwijgend voort, dan eindigt de arbeidsovereenkomst bij 67 jaar. De werkgever dient te beseffen dat de vierde opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op grond van de conversie van art. 7:668a BW er één voor onbepaalde tijd is.<sup>15</sup> Dit betekent dat de stilzwijgende voortzetting van de arbeidsovereenkomst in het jaar nadat werknemster 68 is geworden, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is. De stilzwijgende voortzetting op de vroegere voorwaarden betreft mijns inziens niet de sociale lasten. Ten eerste valt te betwisten of de sociale lasten deel uitmaken van de arbeidsvoorwaarden, ten tweede eindigt de wettelijke premieplicht bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer (zie art. 3 WAO/ZW/WW). De pensioenpremies maken wel deel uit van de vroegere arbeidsvoorwaarden. In de meeste pensioenreglementen zijn de pensioenpremies na het bereiken van de 65-jarige leeftijd echter niet meer verschuldigd aangezien het pensioen al is opgebouwd en ingegaan.<sup>16</sup> Het wegvallen van de sociale lasten en pensioenpremies kan, zoals gezegd, een loonkostenreductie betekenen voor de werkgever.

#### 3.2.1. Tegenstrijdige wetgeving Ragetlie-regel en stilzwijgende voortzetting?

Zowel de Ragetlie-regel als art. 7:668 BW lijkt van toepassing op de stilzwijgend voortgezette 65-plus-arbeidsovereenkomst, tenzij de voorafgaande arbeidsovereenkomst er één voor bepaalde tijd was. Bij een voortzetting voor onbepaalde tijd is de Ragetlie-regel niet van toepassing.<sup>17</sup> Is de stilzwijgend voortgezette arbeidsovereenkomst er één voor bepaalde of één voor onbepaalde tijd? Art. 7:668 BW ziet toe op de ontbrekende keuze van partijen. Daarom lijkt het logisch voor de keuze voor de kwalificatie bepaald/onbepaald terug te grijpen naar de tekst van art. 7:668 BW. Valt de kwalificatie

onbepaalde tijd van de voorafgaande arbeidsovereenkomst onder de vroegere voorwaarden, dan lijkt sprake van een voortgezette arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die na één jaar van rechtswege eindigt.<sup>18</sup> Voorshands houd ik het er echter op dat art. 7:668 lid 1 BW leidt tot een conversie in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een einde van rechtswege.<sup>19</sup> Uit de tekst van art. 7:668 BW volgt, dat stilzwijgende voortzetting leidt tot een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ('ten hoogste voor een jaar') die van rechtswege eindigt na 1 jaar.<sup>20</sup> Maar de Ragetlie-regel is eveneens bij stilzwijgende voortzetting van toepassing. Het betreft namelijk een voortzetting voor bepaalde tijd van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die niet door ontbinding of opzegging is geëindigd.<sup>21</sup> Dat houdt in dat de voortgezette arbeidsovereenkomst opgezegd moet worden en niet van rechtswege mag eindigen. Volgens art. 7:668 lid 1 BW wordt de 65-plus-arbeidsovereenkomst verlengd met maximaal 1 jaar, hetgeen duidt op een einde van rechtswege. En dat einde van rechtswege is volgens art. 7:667 lid 4 BW (de Ragetlie-regel) niet toegestaan, want opzegging is vereist. De wetgeving blijkt op dit punt dus tegenstrijdigheden te bevatten. Wat prevaleert in dit geval: de Ragetlie-regel van art. 7:667 lid 4 BW of de stilzwijgende voortzetting van art. 7:668 BW? De wet lijkt geen uitkomst te bieden.

### 3.2.2. Naar een oplossingsrichting

Hier ligt een taak voor de wetgever om duidelijkheid te scheppen bij een stilzwijgende voortzetting die leidt tot een 65-plus-arbeidsovereenkomst. Ik zie hier twee mogelijke beleidskeuzes. Indien de wetgever van oordeel is dat de 65-plus-werknemer dezelfde rechtsbescherming toekomt als vóór het bereiken van de 65-jarige leeftijd, kan hij zich uitspreken vóór handhaving van de Ragetlie-regel en het vereiste van opzegging bij stilzwijgende voortzetting. Dan dient de wetgever mijns inziens aan te geven of de stilzwijgend voortgezette arbeidsovereenkomst er één voor bepaalde of één voor onbepaalde tijd is. In beide gevallen is de 65-plus-arbeidsovereenkomst alleen te beëindigen door middel van opzegging of ontbinding. De tweede mogelijkheid is aansluiting bij de stilzwijgende voortzetting van art. 7:668 BW. De 65-plus-arbeidsovereenkomst eindigt dan na één jaar van rechtswege en de Ragetlie-regel is niet van toepassing. De wetgever zou kunnen overwegen om voor een 65-plus-arbeidsovereenkomst partijen de keuze te geven tussen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde (alleen mogelijk bij uitdrukkelijke voortzetting) en één voor bepaalde tijd (zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend mogelijk), door de Ragetlie-regel buiten toepassing te verklaren in geval het een 65-plus-arbeidsovereenkomst betreft. Enige duidelijkheid van de kant van de wetgever is wense-

lijk. Nu is sprake van een wetsconflict dat onoplosbaar schijnt.

Op korte termijn valt echter geen verlossend woord van de wetgever te verwachten. Hoe moet de rechtspraak in de tussentijd omgaan met deze tegenstrijdigheid? Een rechter die zich geconfronteerd ziet met dit vraagstuk zal de knoop moeten doorhakken. Op grond van de bedoeling van de wettelijke bepalingen meen ik dat een keuze voor toepassing van een einde van rechtswege na één jaar conform art. 7:668 BW de voorkeur verdient. In §3.1 gaf ik aan dat de ratio van de Ragetlie-regel is dat de werknemer de ontslagbescherming behoudt die hij door de voortzetting heeft prijsgegeven. Er valt volgens mij veel voor te zeggen dat bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioenleeftijd van 65 jaar reeds rekening is gehouden met de ontslagbescherming van de werknemer. Dat argument vormde aanleiding om het reeds genoemde Thialf-arrest niet te codificeren (zie §3.1).<sup>22</sup> Daarin was de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd rechtsgeldig opgezegd (na verkregen toestemming van de RDA), waarna de voortgezette voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde. De werknemer kan dan worden geacht de ontslagbescherming te hebben verbruikt bij een voortzetting van een op regelmatige wijze beëindigde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.<sup>23</sup> Voor het verbruikt zijn van de ontslagbescherming na 65 jaar heb ik de volgende argumenten. Ten eerste is pensioenontslag bij 65 jaar toegestaan. Ten tweede heeft de wetgever uitdrukkelijk bepaald dat pensioenontslag bij de AOW- of hogere leeftijd geen leeftijdsdiscriminatie vormt, zie art. 7 lid 1 sub b WGBL. Daar komt bij dat de 65-plusser reeds een inkomen geniet. Het is dus maar de vraag of de Ragetlie-regel bedoeld is voor de voortzetting van de arbeid na 65 jaar. Ik vraag me af of de Hoge Raad en later de wetgever bij de codificatie van de Ragetlie-regel rekening hebben gehouden met de 65-plus-arbeidsovereenkomst. Daarnaast kan ik me goed voorstellen dat werkgever en werknemer beiden liever de mogelijkheid hebben om na 65 jaar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een einde van rechtswege (stilzwijgend) overeen te komen.<sup>24</sup>

### 3.3. Uitdrukkelijke voortzetting

Bij uitdrukkelijke voortzetting wijst het overeenkomen van een nieuwe, tweede arbeidsovereenkomst er op dat partijen zich bewust zijn van het einde van de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In veel gevallen zal sprake zijn geweest van pensioenontslag: de arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege bij het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd. Uit het reeds genoemde Codfried-arrest<sup>25</sup> volgt dat bij afwezigheid van een aanvullend pensioen het bereiken van de AOW-leeftijd auto-

matisch de einddatum van de arbeidsovereenkomst meebrengt. De arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege op grond van art. 7:667 lid 1 BW.<sup>26</sup> Een uitdrukkelijk voor onbepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst levert geen strijd op met de Ragetlie-regel. Dat is wel het geval bij een uitdrukkelijke voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die van rechtswege eindigt. In de zaak Martens wijst de kantonrechter er op dat de tweede arbeidsovereenkomst, aangegaan na het bereiken van de algemeen aanvaarde pensioenleeftijd van 65 jaar, een uitzonderlijk karakter heeft. Hij is met partijen van mening dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een uiterste begrenzing in tijd. Dat laatste duidt op een einde van rechtswege conform art. 7:667 lid 1 BW bij het bereiken van de leeftijd van 70 jaar, hetgeen niet rijmt met de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

#### 3.3.1. Einde van rechtswege bij uitdrukkelijke voortzetting mogelijk

Indien de 65-plus-arbeidsovereenkomst een voortzetting is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is de Ragetlie-regel niet van toepassing en kunnen partijen een 65-plus-arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeenkomen die van rechtswege eindigt. Ook bij de 65-plus-arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat de mogelijkheid de voortgezette 65-plus-arbeidsovereenkomst van rechtswege te laten eindigen. Dat kan op twee manieren. Partijen kunnen de toepassing van de Ragetlie-regel voorkomen door bij 65 jaar de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig op te zeggen.<sup>27</sup> Dat bereiken partijen door een ontslagvergunning aan te vragen wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (zodat de voorafgaande arbeidsovereenkomst eenzijdig beëindigd kan worden) en vervolgens rechtsgeldig op te zeggen (zie voor het ontslagvergunningenbeleid van de CWI §4.2). Uit de arresten Codfried en Op 't Land volgt, dat eenzijdige beëindiging (door opzegging) is toegestaan. Zonder ontslagvergunning en rechtsgeldige opzegging eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege bij 65 jaar<sup>28</sup> en blijft bij (al of niet stilzwijgende) voortzetting de Ragetlie-regel gelden. Wanneer partijen bewust voortzetten bij 65-jarige leeftijd van de werknemer, kan het raadzaam zijn vooruit te denken en bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd de voorafgaande arbeidsovereenkomst na het verkrijgen van een ontslagvergunning op te zeggen. De tweede manier om de 65-plus-arbeidsovereenkomst van rechtswege te laten eindigen, is door eerst drie maanden na het einde van rechtswege van de voorafgaande arbeidsovereenkomst (wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd) de tweede arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd) te sluiten. Voor toepasselijkheid

van de Ragetlie-regel is immers vereist dat de voortzetting heeft plaatsgevonden met een tussenpoos van niet meer dan drie maanden.<sup>29</sup> Na drie maanden kunnen partijen de 65-plus-arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeenkomen, die dan van rechtswege eindigen zal.

### 4. De beëindiging van de 65-plus-arbeidsovereenkomst

Hoe eindigt de 65-plus-arbeidsovereenkomst? Het einde van de arbeidsovereenkomst hangt samen met de kwalificatie (bepaalde of onbepaalde tijd) van de 65-plus-arbeidsovereenkomst. Een (65-plus-)arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt in beginsel van rechtswege (vgl. art. 7:667 lid 1 BW) terwijl een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in beginsel opgezegd moet worden. Hieronder ga ik in op het einde van de 65-plus-arbeidsovereenkomst. Daarbij zal ik aandacht besteden aan het eindigen van rechtswege, de opzegging (inclusief het beleid van de CWI ten aanzien van het verlenen van ontslagvergunningen bij het bereiken van de AOW-leeftijd én een hogere leeftijd) en de ontbinding. Indien partijen de arbeidsovereenkomst voortzetten na het bereiken van de pensioenleeftijd, dienen zij zich goed de gevolgen daarvan te realiseren. Willen partijen tussentijds van elkaar af, dan dienen zij een daartoe strekend wederzijds geldend schriftelijk tussentijds opzegbeding te hebben opgenomen en geldt de opzegtermijn van de 'oude' arbeidsovereenkomst.

#### 4.1. Einde van rechtswege

Hiervoor heb ik uiteengezet dat de Ragetlie-regel kan conflicteren met art. 7:668 BW en dat de wet geen uitsluitel biedt omtrent welke regeling prevaleert. Zonder toepassing van de Ragetlie-regel is het mogelijk een 65-plus-arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeen te komen met een einddatum, waarbij de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Partijen die zich bewust zijn van de gevolgen van de voortzetting, kunnen, zoals gezegd, onder de Ragetlie-regel uitkomen door rechtsgeldig op te zeggen bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Daarna kunnen zij een (tweede) arbeidsovereenkomst overeenkomen voor bepaalde tijd die van rechtswege eindigt. Bij stilzwijgende voortzetting is deze constructie niet goed denkbaar. Partijen zouden dan 'bewust' stilzwijgend voortzetten. In dat geval is de arbeidsovereenkomst eerst rechtsgeldig opgezegd (nadat de CWI de ontslagvergunning heeft afgegeven). Vervolgens wordt de arbeidsovereenkomst stilzwijgend voortgezet op de voet van art. 7:668 lid 1 BW. Bewust stilzwijgend voortzetten lijkt een contradictio in terminis. Stilzwijgende voortzetting bij 65 jaar levert een arbeidsrechtelijk probleem op: enerzijds eindigt de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:668 BW bij het bereiken van de 66-jarige leeftijd

(tenzij wederom stilzwijgend wordt voortgezet) en anderzijds is op grond van art. 7:667 lid 4 BW opzegging vereist. In § 3.2.2 heb ik aangegeven waarom ik vooralsnog het standpunt inneem dat de voortgezette arbeidsovereenkomst in dat geval van rechtswege eindigt.

#### 4.2. Opzegging: ontslagvergunningbeleid CWI

Toepassing van de Ragetlie-regel vereist opzegging van de 65-plus-arbeidsovereenkomst. Voor opzegging dient de werkgever een ontslagvergunning te verkrijgen van de CWI.

##### 65-jarige werknemer

Het toetsingskader van de CWI is het Ontslagbesluit. Daarin staat niets over verlening van ontslagvergunningen bij 65-jarigen of 65-plussers. Uit het arrest Op 't Land<sup>30</sup> blijkt dat de CWI daar een ontslagvergunning verleende wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Het lijkt er op dat de Hoge Raad er van uitgaat dat een ontslagvergunning bij 65 jaar wordt verleend. Indien ondanks het eindigen van rechtswege een ontslagvergunning wordt aangevraagd (hetgeen zelden gebeurt), wordt deze praktisch altijd verleend.<sup>31</sup> Navraag bij de CWI leert dat deze bij ontslaaanvragen voor werknemers van 65 jaar de algemene redelijkheidstoets van art. 3:1 Ontslagbesluit hanteert. Daarnaast kent de CWI ook betekenis toe aan art. 7 WGBL, waarin zakelijk weergegeven staat dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de AOW-leeftijd geen verboden leeftijds onderscheid vormt. Kort gezegd acht de CWI het voorgenomen ontslag bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd redelijk. De CWI verenigt daarmee het Ontslagbesluit met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Geconcludeerd mag worden dat de CWI verzoeken om toestemming voor opzegging vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd zal toestaan.

##### 65-plusser

Dat dit anders kan zijn indien de werknemer ouder is dan 65 jaar, toont de hierboven vermelde zaak van de schoonmaakster aan. Hier had de werkgever gesteld dat werknemster onvoldoende functioneerde. De CWI oordeelde dat niet vast was komen te staan dat werknemster, gezien haar hoge leeftijd, onvoldoende zou functioneren; een individuele beoordeling derhalve. Indien ik het goed zie, wordt in dat geval getoetst aan art. 5:1 Ontslagbesluit. Wanneer ik het voorgaande overzie, stel ik vast dat bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar normaliter een ontslagvergunning verleend wordt. Het passeren van de pensioenleeftijd wordt door CWI gezien als rechtsverwerking. Is een werknemer eenmaal ouder dan 65 jaar, dan dient de noodzaak voor ontslag per individueel geval onderbouwd en aangetoond te worden. De individuele toetsing aan het Ontslagbesluit, die bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet

meer plaatsvindt, herleeft nadat een werknemer eenmaal 65 jaar is geworden.<sup>32</sup> Een mogelijke grond voor een ontslagvergunning van een 65-plusser is de ongeschiktheid van de werknemer (vergelijk art. 5:1 Ontslagbesluit). Dat moet de werkgever dan aannemelijk maken.

In de zaak Gerrits had de werkgever volgens de Ragetlie-regel niet de bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst wegens de 68-jarige leeftijd van Gerrits te beëindigen zonder opzegging. Het stond Bosch uiteraard vrij Gerrits uit te nodigen in te stemmen met een beëindiging (met wederzijds goedvinden). Het standpunt van Gerrits, dat Bosch niet (tussentijds) kon beëindigen zonder ontslagvergunning, lijkt mij dan ook juist, temeer daar Bosch zich niet beroepen had op een eindigen van rechtswege.

#### 4.3. Ontbindingsprocedure

Naast de mogelijkheid van opzegging is het tevens mogelijk de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een gewichtige reden ex art. 7:685 BW. Door ontbinding ontlopen partijen een mogelijk conflict tussen de Ragetlie-regel en art. 7:668 BW. Het vereiste van opzegging geldt niet indien de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is ontbonden door de rechter. Zowel de arbeidsovereenkomst van de schoonmaakster als die van de particulier secretaris werd ontbonden. In de zaak van de particulier secretaris ontbond de rechter de arbeidsovereenkomst vóór de eindtermijn zodat het niet uitmaakte of de voortgezette arbeidsovereenkomst er één was voor bepaalde of één voor onbepaalde tijd en of een einde van rechtswege dan wel opzegging vereist was. Zolang niet duidelijk is of sprake is van een 65-plus-arbeidsovereenkomst die van rechtswege eindigt, is de ontbindingsprocedure een relatief veilige manier om de arbeidsovereenkomst te doen eindigen. Het nadeel kan zijn, dat er een vergoeding betaald moet worden, het voordeel is dat er snel en duidelijk rechtszekerheid verkregen kan worden, temeer daar hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten.<sup>33</sup>

#### 5. De hoogte van de ontbindingsvergoeding

Heeft een 65-plusser recht op een ontbindingsvergoeding<sup>34</sup> en welke hoogte zou deze dan moeten hebben? Normaliter vindt de berekening van de ontbindingsvergoeding plaats aan de hand van de zogenaamde kantonrechtformule A (aantal gewogen dienstjaren) x B (beloning) x C (correctiefactor). Deze formule is afkomstig van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Hoewel deze Aanbevelingen geen recht in de zin van art. 79 RO zijn, worden ze in de praktijk wel gevolgd door de kantonrechters.<sup>35</sup> De pensioengerechtigde leeftijd kan een rol spelen in de hoogte van de vergoeding. Aanbeveling 3.5 bepaalt dat de ontbindingsvergoeding niet hoger is dan de inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Dit betekent

dat een 63-jarige met 40 dienstjaren niet zijn dienstjaren 'af kan tikken'. Wat betekent dit nu voor de 66-jarige particulier secretaris? Dat de kantonrechter de kantonrechtformule niet van toepassing achtte, kan ik mij voorstellen. De motivering van de kantonrechter, dat de formule slechts werkt bij arbeidsovereenkomsten die maar kort hebben geduurd, lijkt mij kort door de bocht. Een beter argument vind ik zijn redenering, dat geen plaats is voor een volle waardering van de arbeidshistorie vóór het pensioenontslag. De kantonrechtformule lijkt niet geschreven voor 65-plussers, ook al omdat Aanbeveling 3.5 rekening houdt met de pensioengerechtigde leeftijd. Aangezien de pensioengerechtigde leeftijd achter de werknemer ligt, is Aanbeveling 3.5 voor een 65-plus-arbeidsovereenkomst een betekenisloze bepaling. De idee lijkt te zijn dat bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd dienstjaren hun betekenis verliezen omdat een 65-plusser al een inkomen heeft (AOW en meestal ook aanvullend pensioen) en daarom minder inkomensbescherming nodig heeft.

#### 5.1. Naar een aangepaste kantonrechtformule voor 65-plussers?

De rechter heeft in de kantonrechtformule geen referentiekader voor een vergoeding aan 65-plussers. Maar dat betekent mijns inziens niet, dat een 65-plusser in een ontbindingsprocedure geen recht kan hebben op een vergoeding. De kantonrechter valt bij gebrek aan duidelijke richtlijnen terug op het billijke karakter van de ontbindingsvergoeding. Ik kan mij daarin vinden. Het nadeel van het billijkheidsoordeel is evenwel dat de weg naar willekeur openligt. Een grotere discretionaire bevoegdheid brengt meer rechtsonzekerheid mee en behoeft meer verantwoording. Zonder de kantonrechter in de zaak Martens tekort te willen doen – ik kan mij met de uitkomst verenigen en de kantonrechter motiveert/geeft aan wat hij de werkgever verwijt – rijst de vraag: waarom kwam de particulier secretaris niet € 50 000 of € 30 000 toe? Voorkomen van willekeur was één van de redenen om de kantonrechtformule in het leven te roepen. Ook bij een billijkheidsoordeel moet de hoogte van de ontbindingsvergoeding gemotiveerd zijn. De motiveringseis weegt mijns inziens extra zwaar wegens de afwezigheid van hoger beroep en cassatie. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad levert een motiveringsgebrek echter geen doorbreking van het appelverbod op.<sup>36</sup> Met betrekking tot de ontbindingsvergoeding kan de formule wellicht toch een functie hebben. Een aanpassing in die zin dat de dienstjaren na pensioendatum opnieuw beginnen te tellen, zou uitkomst kunnen bieden. De 66-jarige zou dan bij een pensioenleeftijd van 65 jaar 1 dienstjaar hebben. Een volgende vraag is hoe de dienstjaren (de factor A) dienen te worden

gewogen voor 65-plus werknemers. Volgens de 'normale' kantonrechtformule tellen dienstjaren voor het 40<sup>e</sup> levensjaar voor 1, van het 40<sup>e</sup> tot het 50<sup>e</sup> voor 1,5 en elk dienstjaar vanaf het 50<sup>e</sup> telt voor 2. Een toelichting voor de leeftijdscesuur valt niet te ontdekken in de Aanbevelingen. Ik vermoed dat de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers hier een rol speelt. Overigens is het interessant na te gaan of toepassing hiervan verboden onderscheid naar leeftijd kan opleveren in de zin van de 1 mei 2004 in werking getreden WGBL.<sup>37</sup> Hoewel gediscussieerd kan worden over de wegingsfactor voor 65-plussers, lijkt het mij niet onredelijk om elk 65-plus-dienstjaar als 1 te tellen. Na 65 jaar beginnen partijen met een schone lei en is de werknemer al verzekerd van een pensioeninkomen. De rechter behoudt een zekere mate van flexibiliteit bij het bepalen van een billijke vergoeding door middel van de correctiefactor (C).

#### 6. Samenvatting

De voortzetting van de arbeidsovereenkomst na het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer kan uitdrukkelijk en stilzwijgend plaatsvinden. De stilzwijgend voortgezette 65-plus-arbeidsovereenkomst herbergt een wetsconflict doordat zowel de Ragetlie-regel als art. 7:668 BW van toepassing is. De stilzwijgend voortgezette arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege op grond van art. 7:668 lid 1 BW, terwijl art. 7:667 lid 4 BW opzegging voorschrijft.<sup>38</sup> Aangezien er bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioenleeftijd van 65 jaar reeds rekening is gehouden met de ontslagbescherming van de werknemer, meen ik dat de stilzwijgend voortgezette (65-plus-)arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Een uitdrukkelijk voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, kan op grond van de Ragetlie-regel niet van rechtswege eindigen, tenzij rechtsgeldig is opgezegd. Zonder rechtsgeldige opzegging van de voorgaande arbeidsovereenkomst – en dat gebeurt zelden – leidt de Ragetlie-regel ertoe dat slechts opzegging en ontbinding als beëindigingswijzen van de tweede arbeidsovereenkomst resteren. Bij uitdrukkelijke voortzetting kunnen partijen een einde van rechtswege bereiken door toepassing van de Ragetlie-regel te voorkomen (zie §3.3.1). Zolang niet duidelijk is of een 65-plus-arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, is de ontbindingsprocedure een relatief veilige manier om de arbeidsovereenkomst te doen eindigen. De ontbindingsprocedure kan ook bij een 65-plus-arbeidsovereenkomst leiden tot een ontbindingsvergoeding. De kantonrechtformule lijkt evenwel niet geschreven voor de 65-plus-arbeidsovereenkomst, ook al omdat in Aanbeveling 3.5 rekening is gehouden met de inkomens-



schade tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. In de praktijk valt de kantonrechter terug op het billijke karakter van de vergoeding. Dat is een juiste gedachte, maar zij bevat het risico van willekeur. Daarom valt te overwegen om de formule in aangepaste vorm te hanteren. Een formule waarbij de dienstjaren na pensioendatum opnieuw beginnen te tellen, zou uitkomst

kunnen bieden. Meer duidelijkheid in het ontslagrecht voor 65-plussers is gewenst.

*Mr. drs. M. Heemskerk is werkzaam als promovendus bij de sectie Sociaal Recht van de Vrije Universiteit te Amsterdam. Daarnaast is hij als juridisch medewerker verbonden aan de sectie Arbeid en Pensioen van Houthoff-Buruma te Amsterdam.*

## Noten

1. Dat verklaart ook deels het 'succes' van uittredingsregelingen als VUT en prepensioen en (oneigenlijk) gebruik van socialezekerheidsregelingen als WW en WAO.
2. Wanneer ik in deze bijdrage spreek van een 65-plus-arbeids-overeenkomst doel ik op de na het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de werknemer voortgezette arbeidsovereenkomst met dezelfde inhoud/identiteit.
3. De Hoge Raad lijkt in navolging van A-G Koopmans er van uit te gaan dat de AOW pensioenwetgeving is, vergelijk HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (Cofried), r.o. 3.5 en conclusie A-G Koopmans onder punt 8. Daar kan tegenin worden gebracht dat de AOW het risico van ouderdom verzekert en daarom socialeverzekeringswetgeving is. Overigens geldt fiscaal een maximumpensioenleeftijd van 70 jaar, zie art. 18a lid 4 sub 5 Wet LB.
4. Hoewel duidelijk, is het begrip pensioenontslag arbeidsrechtelijk gezien niet geheel zuiver. Ontslag duidt immers op een eenzijdige beëindigingshandeling terwijl het hier een overeengekomen einde betreft. Niettemin hanteer ik vanwege de praktische bruikbaarheid het begrip pensioenontslag. Daaronder versta ik het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de overeengekomen pensioenleeftijd.
5. HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (Cofried) en HR 1 november 2002, NJ 2002, 622; PJ 2002, 123 (Op 't Land).
6. Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. Wet van 17 december 2002, Stb. 2004, 30. In werking getreden op 1 mei 2004, Stb. 2004, 90.
7. Een mogelijk nadeel voor 65-plus-werknemers is dat zij niet meer onder de werknemersverzekeringen vallen.
8. Zie Handelingen I 29, 1997/98 p. 1488 en 1516-1520.
9. HR 26 juni 1992, NJ 1992, 654 (Thialf).
10. Het amendement Balkenende (Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 10) dat er toe strekte ook het Thialf-arrest te codificeren, werd verworpen (zie Handelingen II 1998/99, p. 2147).
11. Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 4-5.
12. Het maximeren van de duur van één jaar leidt mijns inziens tot een einde van rechtswege. Het bepalen van de duur brengt deze wijze van eindigen mee.
13. Luttmmer-Kat stelt dat art. 7:668 BW de gevolgen van stilzwijgende voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd regelt. A.M. Luttmmer-Kat, aant. 1 bij art. 7:668 BW, Tekst en Commentaar Arbeidsrecht, derde druk, Deventer: Kluwer 2004.
14. Zie over het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, r.o. 3.5 (Cofried); HR 1 november 2002, NJ 2002, 622; JAR 2002/279; PJ 2002, 123. De grondslag voor het van rechtswege eindigen is art. 7:667 lid 1 BW, Zie reeds E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, juridische beschouwingen over ouderdomspensioen, (diss. Vrije Universiteit Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 696-697; E. Lutjens, Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?, Ondernemingsrecht 2003, p. 217-221; zie ook M. Heemskerk, Vervroegd pensioen zonder dat de arbeidsovereenkomst eindigt?, SR 2003, 70, p. 297-304.
15. Art. 7:668a BW geldt niet indien de voortgezette (65-plus-)arbeidsovereenkomst aangemerkt wordt als één voor onbepaalde tijd. Zie noot 18.
16. Een interessante vraag is of een werknemer aanspraak kan maken op de (waarde van de) pensioenpremie.
17. Er is immers geen sprake van een geëindigde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die wordt voortgezet voor bepaalde tijd.
18. Een 65-plus-arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een einde van rechtswege van één jaar leidt er toe dat art. 7:668a BW geen betekenis meer heeft. De arbeidsovereenkomst is dan reeds voor onbepaalde tijd aangegaan, ook al eindigt hij van rechtswege.
19. De conversie leidt ik af uit de formulering van art. 668 BW: '(...) dezelfde tijd, doch telkens ten hoogstens voor een jaar (...)';
20. Ik wijs er op dat een andere interpretatie van art. 7:668 BW kan leiden tot het standpunt dat de stilzwijgende voortzetting leidt tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een einde van rechtswege na één jaar. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan namelijk van rechtswege eindigen, zoals bij het bereiken van de pensioenleeftijd.
21. Voor de duidelijkheid herhaal ik hier dat de Ragettie-regel zich niet verzet tegen het overeenkomen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd maar wel tegen het rechtsgevolg daarvan, het einde van rechtswege.
22. Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 4-5.
23. Zie HR 26 juni 1992, NJ 1992, 654 (Thialf); Zie ook S.W. Kuip en C.G. Scholtens, Flexibiliteit en zekerheid: Parlementaire geschiedenis, Deventer: Kluwer 1999, p. 426 met verwijzing naar M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 107.
24. Tussentijdse opzegging is niet mogelijk. Een tussentijdse opzegbeding zal geen deel hebben uitgemaakt van de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Willen partijen tussentijds van elkaar af, dan resteert de ontbindingsprocedure.
25. HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (Cofried).
26. Saillant detail is dat de Hoge Raad het einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioenleeftijd wel omschrijft (zie r.o. 3.5), maar de grondslag van art. 7:667 lid 1 BW niet noemt.
27. In deze bijdrage ga ik verder niet in op de interpretatie van de term rechtsgeldige opzegging. Zie daarover K. Ostendorf, 'De Ragettie-regel: wat is rechtsgeldige opzegging?', AR 2004, 51, p. 3-7; Hof Arnhem 11 maart 2003, JAR 2003/104; E. Verhulst, Flexibiliteit en zekerheid, Den Haag: SDU Uitgevers 2001, met name p. 170-171.
28. Zie HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430 (Cofried), r.o. 3.5.
29. Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 3, p. 5.
30. HR 1 november 2002, NJ 2002, 622; PJ 2002, 123 (Op 't Land).
31. Zie ook A.T.M.J. Jacobs, 'Leeftijdscriminatie in de arbeid', in: Arbeid en discriminatie, Deventer 1992, p. 189.
32. Ik ga in dit artikel niet in op de vraag hoe de werknemer de voortgezette arbeidsovereenkomst kan beëindigen, ingeval zijn lichamelijke of geestelijke krachten het werk niet meer toestaan.
33. Zie art. 7:685 lid 11 BW. Doorbreking van het appèl- en cassatieverbod is in bijzondere gevallen toegestaan.
34. De vergoedingsmogelijkheid op grond van kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW laat ik hier achterwege.
35. Zie H.T. van der Meer, 'Kantonrechters tevreden over kantonrechtersformule. Een evaluatie door de Kring van Kantonrechters', AR 2003, 1, p. 3-7.
36. Kritisch hierover M. Kuijer en S.F. Sagel, 'Doorbreking van het appèlverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', SR 2001, p. 50-57; M. Heemskerk, 'De ontbindingsprocedure is aan herziening toe', AI 2002, p. 217-222. Zij wijzen er op dat het ontbreken van wezenlijke bestanddelen in de motivering onder omstandigheden strijd op kan leveren met art. 6 EVRM.
37. Beantwoording van deze vraag valt buiten het bestek van dit artikel.
38. Wellicht ten overvloede merk ik op dat het wetsconflict niet geldt indien men aanneemt dat de stilzwijgende voortzetting er één is voor onbepaalde tijd (zie noot 20). De Ragettie-regel blijft dan buiten toepassing doordat de van rechtswege geëindigde arbeidsovereenkomst (wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar) stilzwijgend is voortgezet voor onbepaalde tijd.