

JAR 2016/98, Rechtbank Amsterdam, 24-03-2016,
ECLI:NL:RBAMS:2016:1678, KK EXPL 16-200 (annotatie)

Instantie: Voorzieningenrechter Kantonrechter Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 24-03-2016
Publicatie: JAR 2016/98 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 6, 2016
Annotator: • mr. M. Faber
ECLI: <u>ECLI:NL:RBAMS:2016:1678</u>
Zaaknummer: KK EXPL 16-200
Overige publicaties: • AR 2016/882 • Prg. 2016/123 • TRA 2016/62 met annotatie van F.M. Dekker • PJ 2016/111 • AR-Updates.nl 2016-0326 • PR-Updates.nl AR-2016-0326 • XperthR.nl 2017-20000961
Rechtsgebied: Arbeidsrecht
Rechters: • mr. Lourens
Partijen: De werknemer te (...), eiser, gemachtigde: mr. J.L.W. Nillesen, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Exploitatiemaatschappij Marie Heinekenplein BV te Amsterdam, gedaagde, gemachtigde: mr. R.R.F. van der Mark.
Regelgeving: • <u>BW Boek 7 - 669 lid 4</u> • <u>BW Boek 7 - 671b</u>

Inhoudsindicatie

Opzegging tegen latere leeftijd dan AOW-leeftijd, Ontslagrecht niet van toepassing, want pensioenontslagbeding niet “gebruikt” bij AOW-leeftijd

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

De werknemer is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst van een horecabedrijf. In de arbeidsovereenkomst is bepaald dat deze eindigt zonder nadere opzegging op de dag waarop de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. De werkgever heeft geen beroep op het pensioenontslagbeding gedaan toen de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikte, maar heeft de arbeidsovereenkomst tegen een latere datum, 1 februari 2016, opgezegd. De werknemer heeft zich hiertegen verzet. Hij stelt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd toen hij de AOW-leeftijd bereikte en dat vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst is ontstaan die niet kon worden opgezegd zonder preventieve toetsing. Hij vordert in kort geding doorbetaling van loon en tewerkstelling.

De kantonrechter is, onder verwijzing naar de memorie van toelichting op het huidige art. 7:669 lid 4 BW, van oordeel dat de arbeidsovereenkomst niet op een eerder moment, namelijk bij het bereiken van de AOW-leeftijd is opgezegd. De werkgever heeft de arbeidsovereenkomst eerst opgezegd tegen 1 februari 2016. Volgens het pensioenontslagbeding eindigde de arbeidsovereenkomst op de pensioendatum van rechtswege, zonder opzegging. Partijen hebben aan dit beding geen uitvoering gegeven, maar hebben de reeds bestaande arbeidsovereenkomst stilzwijgend voortgezet. Er is dan ook geen sprake van een nieuwe arbeidsovereenkomst vanaf de AOW-leeftijd. De werknemer was zowel voor als na zijn pensioendatum bij de werkgever in dienst en de werkgever heeft slechts eenmaal gebruikgemaakt van het recht zich te beroepen op het door de werknemer bereikt hebben van de pensioengerechtigde leeftijd als grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Indien het betoog van de werknemer zou worden gevolgd, wordt voorbijgegaan aan het door de regering genoemde voordeel van de regeling dat de werkgever de pensioengerechtigde werknemer na het bereiken van de pensioendatum kan laten doorwerken in de wetenschap dat bij een ontslag geen procedure hoeft te worden gevolgd om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. De vorderingen van de werknemer worden daarom afgewezen.

NB. In «JAR» 2016/112 is geoordeeld dat de pensioengerechtigde leeftijd in het tussen partijen geldende pensioenontslagbeding de AOW-leeftijd was en dat de arbeidsovereenkomst dus op die datum is geëindigd. In die zaak had de werkgever echter, anders dan in de hier opgenomen uitspraak, een beroep gedaan op het pensioenontslagbeding. Zie over het pensioenontslagbeding ook «JAR» 2015/292 en HR, «JAR» 2012/209.

Uitspraak

Verloop van de procedure

(...; red.)

Gronden van de beslissing

Uitgangspunten

1. Als uitgangspunt geldt het volgende.

1.1. De werknemer en Heinekenplein zijn op 2 februari 2015 een arbeidsovereenkomst aangegaan voor bepaalde tijd (hierna: de arbeidsovereenkomst). De arbeidsovereenkomst sluit aan op arbeidsovereenkomsten van de werknemer met rechtsvoorgangers van Heinekenplein. De arbeidsovereenkomst heeft daarom te gelden als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

1.2. De werknemer is werkzaam als vakkracht op basis van 69,3 uur per maand tegen een bruto maandsalaris van € 682,31.

1.3. Op de arbeidsovereenkomst is het Arbeidsvoorwaardenreglement Koninklijke Horeca Nederland van toepassing. In artikel 2.6 is het volgende bepaald:

“Voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gelden de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, tenzij daarvan in het hiernavolgende is afgeweken.

Uitzondering:

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd eindigt zonder nadere

opzegging op de dag waarop je de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.”

(hierna: het pensioenbeding).

1.4. Op (...) heeft de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.

1.5. Bij brieven van 11 oktober 2015 en 30 oktober 2015 heeft Heinekenplein zonder toestemming van de werknemer de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 februari 2016.

1.6. Bij brief van 13 november 2015 heeft de werknemer zich verzet tegen de opzegging en zich bereid verklaard zijn werkzaamheden te hervatten.

2. Het geschil

2.1. De werknemer vordert dat de kantonrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, zakelijk weergegeven:

1. Heinekenplein veroordeelt om de werknemer binnen twee dagen na betekening van het vonnis toe te laten tot zijn werkzaamheden op straffe van een dwangsom van € 250,= per dag met een maximum van € 25.000,=;

2. Heinekenplein veroordeelt om binnen twee dagen na betekening van het vonnis aan de werknemer te betalen het bruto maandloon van € 682,31 met ingang van 1 februari 2016 tot de dag dat de arbeidsovereenkomst zal zijn geëindigd, vermeerderd met de vertragingsrente ex artikel 7:625 BW en de wettelijke rente tot de dag van voldoening,

met veroordeling van Heinekenplein in de proceskosten.

2.2. De werknemer legt aan zijn vordering ten grondslag dat voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst toestemming is vereist van het UWV of de kantonrechter. Vanwege het pensioenbeding is na (...) sprake van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor de opzegging waarvan artikel 7:669 lid 4 BW niet van toepassing is.

2.3. Heinekenplein heeft de vordering van de werknemer bestreden. Daartoe heeft Heinekenplein aangevoerd dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd, omdat voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst op de voet van artikel 7:669 lid 4 BW geen toestemming is vereist.

2.4. Op de standpunten van partijen zal voor zover van belang bij de beoordeling verder worden ingegaan.

3. De beoordeling

3.1. In dit kort geding dient te worden beoordeeld of de in deze zaak aannemelijk te achten omstandigheden een ordemaatregel vereisen dan wel of de vordering van de werknemer in een bodemprocedure een zodanige kans van slagen heeft dat het gerechtvaardigd is op de toewijzing daarvan vooruit te lopen door het treffen van een voorziening zoals gevorderd. Het navolgende behelst dan ook niet meer dan een voorlopig oordeel over het geschil tussen partijen.

3.2. Partijen twisten over de toepassing van artikel 7:669 lid 4 BW.

3.3. Volgens de werknemer is voornoemde bepaling niet van toepassing op de opzegging in oktober 2015 door het pensioenbeding. Het pensioenbeding heeft ertoe geleid dat de arbeidsovereenkomst op (...) is geëindigd. Daarna is een nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan voor onbepaalde tijd. De eenmalige opzeggingsmogelijkheid in verband met de pensioenleeftijd is al gebruikt door Heinekenplein door het pensioenbeding, zo heeft de werknemer ter zitting toegelicht. Op de opzegging van de nieuwe arbeidsovereenkomst zijn de gewone regels van het ontslagrecht van toepassing zijn, aldus nog steeds de werknemer.

3.4. Heinekenplein heeft betwist dat na (...) sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst. De bestaande arbeidsovereenkomst tussen partijen is op (...) voortgezet, zo stelt Heinekenplein. In artikel 7:669 lid 4 BW is uitdrukkelijk vastgelegd dat de opzegging ook kan na de dag waarop de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. De ratio van voornoemde bepaling is gelegen in de wens van de wetgever om het voor een werkgever aantrekkelijker te maken om een werknemer te laten doorwerken na de pensioendatum, zo heeft Heinekenplein betoogd. Volgens Heinekenplein wordt haar stellingname ondersteund door artikel 7:671 lid 1 sub g BW (opzegging ex artikel 7:669 lid 4, zijnde één van de uitzonderingen op de regel dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen zonder toestemming van de werknemer), alsmede door de artikelen 7:671b en 7:671b BW, waarin de situaties zijn opgesomd dat toestemming is vereist voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst. De pensioengerechtigde leeftijd komt in deze opsommingen niet voor.

3.5. De kantonrechter overweegt als volgt.

3.6. In artikel 7:669 lid 4 BW is het volgende bepaald:

Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst eveneens opzeggen in verband met of na de dag waarop de werknemers de in artikel 7a, lid 1, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, of, indien voor hem een afwijkende pensioenleeftijd heeft bereikt, de leeftijd heeft bereikt waarop voor hem recht op pensioen ontstaat, indien de arbeidsovereenkomst is ingegaan voor het bereiken van die leeftijd.

3.7. In de memorie van toelichting is over het toenmalige derde lid van artikel 7:669 BW onder meer het volgende opgemerkt:¹

“De werkgever kan eenmalig gebruik maken van het recht om zich te beroepen op het bereiken of bereikt hebben van de pensioengerechtigde leeftijd door de werknemer als ontslaggrond, zonder dat het UWV om toestemming hoeft te worden gevraagd of ontbinding nodig is. Wel moet de werknemer dan voor het bereiken van die leeftijd in dienst zijn geweest. Het derde lid ziet niet op de situatie waarin de werknemer pas na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd in dienst is gekomen bij de werkgever. Is de werknemer pas na het bereiken van die leeftijd in dienst gekomen, dan gelden de gebruikelijke regels voor opzegging en ontbinding.”

3.8. Gelet op het voorgaande wordt voorshands geoordeeld dat de vordering van de werknemer niet kan slagen. Heinekenplein heeft de arbeidsovereenkomst met de werknemer in verband met zijn pensioendatum eerst in oktober 2015 *opgezegd*. Volgens het pensioenbeding, dat klaarblijkelijk onder de oude regelgeving is opgenomen in de arbeidsreglement, eindigt de arbeidsovereenkomst op de pensioendatum van rechtswege *zonder opzegging*. Partijen hebben aan dit beding geen uitvoering gegeven, maar hebben de reeds bestaande arbeidsovereenkomst stilzwijgend *voortgezet*. Het betoog dat sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst na (...) kan dogmatisch misschien wel worden gevolgd, maar doet geen recht aan de feitelijk situatie, noch aan de strekking van artikel 7:669 lid 4 BW. Immers, de werknemer was voor en na zijn pensioendatum in dienst van Heinekenplein, en Heinekenplein heeft slechts eenmaal gebruik gemaakt van het recht om zich te beroepen op het door de werknemer bereikt hebben van de pensioengerechtigde leeftijd als grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Indien het betoog van de werknemer zou worden gevolgd, wordt voorbij gegaan aan het door de regering geachte voordeel van de regeling dat de werkgever de pensioengerechtigde werknemer na het bereiken van de pensioendatum kan laten doorwerken in de wetenschap dat bij een ontslag geen procedure hoeft te worden gevolgd om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.² Voorts wordt in aanmerking

genomen dat het doel van de regeling is om werken na de AOW-leeftijd voor werknemers mogelijk te maken.

3.9. De conclusie is dat de vordering van de werknemer zal worden afgewezen. De werknemer zal als de in het ongelijk gestelde partij de proceskosten moeten dragen.

De beslissing

De kantonrechter:

- wijst het gevorderde af;
- veroordeelt de werknemer in de kosten van de procedure, aan de zijde van Heinekenplein begroot op € 400,= voor salaris van de gemachtigde, voor zover verschuldigd, inclusief BTW;
- veroordeelt de werknemer tot betaling van een bedrag van € 50,= aan nasalaris, te verhogen met een bedrag van € 68,= onder de voorwaarde dat betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden en gedaagden niet binnen 14 dagen na aanschrijving vrijwillig aan het vonnis hebben voldaan, een en ander voor zover van toepassing inclusief BTW;
- verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Sinds 1 juli 2015 geldt ingevolge artikel 7:669 lid 4 BW dat een werkgever, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, de arbeidsovereenkomst kan opzeggen in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd. Deze opzegging kan plaatsvinden zonder tussenkomst van het UWV of de kantonrechter. Hoewel de wetgever dit niet expliciet heeft genoemd, wordt aangenomen dat met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere leeftijd *an sich* een redelijke grond voor opzegging is gegeven. Hiervan gaat een stimulans uit om AOW'ers en AOW-plussers door te laten werken: de werkgever weet hierdoor immers zeker dat hij geen dure/tijdrovende procedure hoeft te volgen om hen desgewenst te ontslaan.

Van de opzegmogelijkheid in artikel 7:669 lid 4 BW kan echter slechts gebruik worden gemaakt indien de arbeidsovereenkomst is ingegaan vóór het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. In de onderhavige zaak komt de vraag aan de orde hoe

dit vereiste zich verhoudt tot een pensioenontslagbeding, waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Indien partijen de arbeidsovereenkomst na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd stilzwijgend voortzetten (zoals in deze zaak het geval was), komen partijen daarmee strikt juridisch gezien een nieuwe arbeidsovereenkomst met elkaar overeen. De oude arbeidsovereenkomst is door het intreden van de AOW-gerechtigde leeftijd immers van rechtswege geëindigd. Op de nieuwe arbeidsovereenkomst, die dus is ingegaan ná de AOW-gerechtigde leeftijd, zou artikel 7:669 lid 4 BW dan niet van toepassing zijn.

De kantonrechter Amsterdam is echter van oordeel dat in deze situatie artikel 7:669 lid 4 BW wél van toepassing is, zodat de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd zonder toestemming van het UWV of de kantonrechter. De kantonrechter erkent dat dogmatisch wellicht kan worden getwist over de vraag of sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst, maar gaat daarop verder niet in omdat hij van mening is dat dit geen recht doet aan de feitelijke situatie. Tevens zou een andersluidend oordeel volgens de kantonrechter afdoen aan het beoogde doel van de regeling, namelijk het mogelijk maken van (door)werken na de AOW-gerechtigde leeftijd.

Indien wordt gekeken naar de bedoeling die de wetgever met artikel 7:669 lid 4 BW heeft gehad, lijkt deze uitspraak mij zeker juist. Voor toepasselijkheid van dit artikel heeft de wetgever willen vereisen dat “de werknemer (...) voor het bereiken van die leeftijd in dienst [moet; MF] zijn geweest” (zie *Kamerstukken II 2013/2014*, 33818, nr. 3, p. 100). Hiervan is ook sprake indien de arbeidsovereenkomst stilzwijgend wordt voortgezet terwijl er een pensioenontslagbeding was: de werknemer was dan immers zowel voor als na de AOW-gerechtigde leeftijd (doorlopend) *in dienst* van de werkgever. De wetgever heeft de wettekst van artikel 7:669 lid 4 BW echter ‘enger’ geformuleerd en heeft hierin opgenomen dat de arbeidsovereenkomst moet zijn “ingegaan” voor de AOW-gerechtigde leeftijd. Ik heb het vermoeden dat de wetgever zich niet heeft gerealiseerd dat tussen deze twee begrippen een (beperkte) discrepantie zit, als gevolg waarvan artikel 7:669 lid 4 BW naar de letter van de wet niet van toepassing is als partijen stilzwijgend doorwerken terwijl er een pensioenontslagbeding is. Deze discrepantie heeft grote gevolgen: op de overgrote meerderheid van de werknemers is namelijk een pensioenontslagbeding van toepassing (in 2010 op ca. 96% van de werknemers, zie *Kamerstukken II 2013/2014*, 33818, nr. 4, p. 55), zodat een strikte uitleg van artikel 7:669 lid 4 BW zou betekenen dat deze opzegmogelijkheid slechts op een handjevol werknemers van toepassing zou zijn. Dit lijkt mij zeker niet de bedoeling van de wetgever, nu de ratio van artikel 7:669 lid 4 BW juist is werkgevers te stimuleren AOW’ers te laten doorwerken na de

AOW-gerechtigde leeftijd. De kantonrechter heeft dan ook terecht de bedoeling van de wetgever laten prevaleren boven deze ‘slordigheid’.

Het uiteindelijke oordeel van de kantonrechter had echter anders kunnen uitpakken als de werknemer zich had beroepen op de WGBL. Het opzeggen van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van een bepaalde leeftijd wordt immers op grond van artikel 3 sub c WGBL aangemerkt als een verboden onderscheid. Weliswaar geldt op grond van artikel 7 lid 1 sub b WGBL dat het verbod niet geldt indien sprake is van beëindiging in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd, maar daarvan is hier in mijn ogen geen sprake. De werknemer in deze zaak werd immers ontslagen omdat hij een leeftijd *hoger* dan de AOW-gerechtigde leeftijd had bereikt. Partijen zijn deze hogere leeftijd niet met elkaar overeengekomen en de opzegmogelijkheid van artikel 7:669 lid 4 BW kan in mijn ogen niet worden gezien als een “bij of krachtens wet vastgestelde hogere leeftijd”. Hiermee doelde de wetgever bijvoorbeeld op de wettelijke ontslagleeftijd van rechters van 70 jaar (zie *Kamerstukken II* 2001/2002, 28170, nr. 3, p. 31), en daarmee dus op een *gefixeerde* leeftijd. Artikel 7:669 lid 4 BW geeft de mogelijkheid op te zeggen wegens een ‘vanaf-leeftijd’ en dat is bepaald wat anders. De werknemer was vanaf het moment dat hij AOW-gerechtigd werd in wezen ‘vogelvrij’ en dat valt in mijn optiek buiten de grenzen van artikel 7 lid 1 sub b WGBL. Indien de opzegging ook niet onder de algemene objectieve rechtvaardigingsgrond zou vallen (en die kans acht ik groot, gelet op de strenge eisen die daarvoor gelden), dan had de kantonrechter de opzegging dus alsnog moeten vernietigen.

De werknemer had tot slot ook nog kunnen aanvoeren dat het pensioenontslagbeding kan worden gezien als een andersluidende afspraak (“tenzij schriftelijk anders is overeengekomen”), zodat de werkgever dus helemaal geen gebruik kon maken van artikel 7:669 lid 4 BW. In het pensioenontslagbeding komen partijen immers overeen dat de arbeidsovereenkomst eindigt per de AOW-gerechtigde leeftijd en dit zou je (weliswaar *a contrario*) zo kunnen uitleggen dat zij dus de (in artikel 7:669 lid 4 BW opgenomen) mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst op te zeggen ná het bereiken van de AOW-leeftijd hebben willen uitsluiten. In die opvatting zou artikel 7:669 lid 4 BW dus alsnog niet van toepassing zijn op het overgrote deel van de werknemers. Zoals gezegd denk ik dat dit niet de bedoeling van de wetgever is geweest, maar in strikt juridische zin vind ik wel iets voor dit argument te zeggen. Kortom: een uitspraak die op zich juist is, maar die ook zeker anders had kunnen uitvallen als de werknemer anders had geprocedeerd. Wellicht dat dat in de bodemprocedure of in hoger beroep alsnog zal gebeuren.

mr. M. Faber

Voetnoten

1

Kamerstukken II 2013/2013, 33818, 3, p. 98-101.

2

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