

Naschrift bij Vas Nunes

Mr. drs. M. Heemskerk , datum 01-02-2007

Datum	01-02-2007
Auteur	Mr. drs. M. Heemskerk M
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht / Pensioenrecht

SR 2007, 11

Het doet mij deugd dat Vas Nunes de moeite heeft genomen om te reageren op mijn artikel over verboden pensioenontslag. Ik juich academisch debat over de verhouding tussen pensioen en einde arbeidsovereenkomst - een juridisch nog nauwelijks ontgonnen terrein - van harte toe en het belang daarvan in de (rechts)praktijk neemt toe. Zie ik het goed, dan zet Vas Nunes zijn vraagtekens bij drie punten:

- 1 mijn stelling dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een pensioenontslagbeding van rechtswege eindigt;
- 2 de grondslag voor het eindigen van rechtswege; en
- 3 de sanctie in de WGBL.

Hoewel ik vrees dat Vas Nunes en ik het (op bepaalde punten) niet eens gaan worden, stelt hij legitieme vragen en ik maak graag van de gelegenheid gebruik om mijn standpunt nader toe te lichten en onduidelijkheden weg te nemen.

Ad 1 Eindigt de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met pensioenontslagbepaling van rechtswege?

Vas Nunes heeft kritiek op mijn stelling dat het in jurisprudentie en literatuur onomstreden is dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een pensioenontslagbeding van rechtswege eindigt. Het enkele feit dat hij het met de stelling niet eens is, betekent dat de stelling niet meer onomstreden is.

Duidelijk is dat hij 'tegen' is en die vrijheid heeft hij. In die zin kom ik hem graag tegemoet.

Vas Nunes' stelling dat een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst niet van rechtswege kan eindigen, bestrijd ik. Ik blijf er bij dat het staande praktijk en geldend recht is dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een pensioenontslagbeding (zoals een cao-beding inhoudend dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de 65-jarige pensioenleeftijd) van rechtswege eindigt. Discussie over pensioenontslag zonder ontslagbeding - bij afwezigheid van een aanvullend pensioen - laat ik hier buiten beschouwing. Zonder uitpuddend te zijn, verwijs ik graag naar uitspraken als het *Martinair*-arrest van de Hoge Raad inzake pensioenontslag van piloten (HR 8 oktober 2004, *JAR* 2004/258; *PJ* 2004, 138/139) en het *Folkeringa*-arrest van het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 26 mei 2005, *JAR* 2005/132, r.o. 4.6), waaruit mijns inziens blijkt dat de

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een pensioenontslagbeding van rechtswege eindigt. Overigens kan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ook van rechtswege eindigen bij toepassing van een ontbindende voorwaarde.

Ad 2 De grondslag voor het eindigen van rechtswege

Zoals Vas Nunes terecht opmerkt, meen ik dat het van rechtswege eindigen, gebaseerd kan worden op het wederzijds goedvinden van partijen. Vas Nunes meent dat dit moeilijk vol te houden lijkt. Ik ben het met hem eens dat dit een juridisch spannende redenering is die enige denkacrobatiek vergt, maar doe graag (nogmaals) een poging (zie ook M. Heemskerk, 'Doorwerken na 65?', in: E. Lutjens (red.), *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Liber Amicorum voor Leen van den Heuvel, VU Huisdrukkerij 2006). Uitgangspunt is, dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met wederzijds goedvinden beëindigd kan worden. De pensioenontslagbepaling kan gezien worden als een bijzonder beëindigingsbeding, dat inherent is aan de arbeidsovereenkomst. De werknemer die zijn handtekening zet onder de (cao-)bepaling stemt in met het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Anders gezegd: hij gaat (in ruil voor pensioen) akkoord met het aanbod van de werkgever om de arbeidsovereenkomst van rechtswege te laten eindigen bij het bereiken van de pensioenleeftijd. De beëindiging is niet eenzijdig maar tweezijdig: er is wederzijds goedvinden. Het gaat echter niet alleen om de handtekening van de werknemer. De situatie op het moment van beëindiging - het bereiken van de pensioenleeftijd - is bepalend voor de toetsing van de beëindiging. Dat er een zekere spanning bestaat met de *Hazjiani*-rechtspraak bij de beëindiging (ondubbelzinnige instemming en onderzoeksplicht werkgever), gaf ik in het artikel al aan. Ik meen - ter verduidelijking herhaal ik het hier maar - dat er goede redenen zijn om die rechtspraak niet zomaar toe te passen in het geval van pensioenontslag. De bedoeling van voornoemde rechtspraak is om de werknemer te beschermen tegen de grote (financiële) gevolgen van het verlies van de arbeid. Die gevolgen zijn met het verkrijgen van een pensioenuitkering minder groot. Daarnaast wordt aan de eisen van ondubbelzinnige instemming en onderzoeksplicht onder meer tegemoet gekomen door jaarlijkse pensioenoverzichten en (de instemming met) inhouding en betaling van pensioenpremies. Onder die omstandigheden acht ik het verdedigbaar om van wederzijds goedvinden te spreken.

Ad 3 De sanctie in de WGBL

Tot slot de WGBL. Een verbod op het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst ontbreekt in de WGBL nu art. 3 WGBL spreekt over het beëindigen van een arbeidsverhouding, aldus Vas Nunes. Die vlieger gaat niet op omdat het einde van rechtswege in casu gebaseerd is op een tweezijdige beëindiging. Beëindigen omvat eindigen van rechtswege (uitgebreid: E. Lutjens, 'Pensioenontslag, het eindigen of beëindigen van de arbeidsovereenkomst bij pensionering: kan het nog?', *Ondernemingsrecht* 2003, 6 met literatuurverwijzingen; Anders F.B.J. Grapperhaus, 'Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd in arbeid en beroep', *Ondernemingsrecht* 2002, 12) en daarom valt het pensioenontslag binnen de reikwijdte van (art. 3 van) de WGBL. Verder vindt Vas Nunes het 'vreemd' dat art. 13 (nietigheid van een beding in strijd met de WGBL) van toepassing is op pensioenontslag, in plaats van art. 11 WGBL, dat specifiek over de beëindiging gaat. Dat moge zo zijn maar nadere lezing van art. 11 WGBL kan niet tot een andere conclusie leiden. Art. 11 lid 1 WGBL luidt

namelijk als volgt: 'Beëindiging van de arbeidsverhouding *door de werkgever* (cursivering MH) in strijd met art. 3 WGBL, is vernietigbaar.' Bij het pensioenontslag is geen sprake van (eenzijdige) beëindiging door de werkgever, zodat niet art. 11 maar art. 13 van toepassing is.

Ik verwacht hiermee mijn standpunten te hebben verduidelijkt. Voor verdere discussie over de verhouding pensioen en einde arbeidsovereenkomst houd ik mij warm aanbevolen.

Voetnoten



Mr. drs. M. Heemskerk is onderzoeker Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht. Hij is tevens werkzaam als juridisch medewerker bij Houthoff Buruma.