

Geen automatisch pensioenontslag voor Peter Vas Nunes

Mark Heemskerk

Inleiding

Peter, met genoegen schrijf ik deze bijdrage over pensioenontslag. Zelfs jouw eigen pensioen grijp ik daarvoor aan: veel persoonlijker wordt het onderwerp niet. Wij hebben meerdere malen met plezier de schriftelijke degens gekruist over de rechtsgeldigheid van pensioenontslag en discriminatie.¹ In deze bijdrage wil ik je nog één keer uitnodigen tot tegenspraak. Die tegenspraak heeft mijn geest over pensioenontslag en leeftijdsdiscriminatie jarenlang geslepen, waarvoor dank. Graag leg ik je nog enkele discriminatiedilemma's voor fijnproevers zoals jij voor.

Vas Nunes geeft tegenspraak over pensioenontslag

Als jonge onderzoeker publiceerde ik in Sociaal Recht in 2006 een artikel over de gevolgen van verboden pensioenontslag. Daarin stelde ik onder meer dat het onomstreden was dat de voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Dat heb ik geweten. Je belde mij op de Vrije Universiteit om aan te kondigen dat je een reactie had geschreven omdat je het niet met mij eens was. Ik durf nu toe te geven dat ik nerveus maar opgetogen was dat een man van jouw statuur een andere opvatting had. Zonder op de man te spelen presenteerde je waarom dat automatisch einde bij een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst discutabel was gelet op het wettelijk systeem (artikel 7:667 lid 6 BW). Die open en constructieve wijze van tegenspraak is kenmerkend voor jouw hoffelijkheid en integriteit. Ik heb daarvoor en daarna vaker reacties gehad op artikelen, maar nooit meer vooraf met een persoonlijke toelichting. Het was voor mij als wetenschapper een stimulans waarvoor ik

¹ M. Heemskerk, 'De gevolgen van verboden pensioenontslag', *SR* 2006, 74; P.C. Vas Nunes, 'Reactie op de gevolgen van verboden pensioenontslag', *SR* 2007, 11, M. Heemskerk, 'Naschrift', *SR* 2007, 12.

je nooit heb bedankt. Mijn naschrift maakte duidelijk dat en waarom we het niet met elkaar eens waren maar bracht het wetenschappelijk debat verder. Dat is zoals tegenspraak is bedoeld: een respectvolle uitwisseling van kwaliteitsargumenten.



Vas Nunes en Heemskerk: apologeten tegen en vóór pensioenontslag?

Niet eerder was ik door iemand uitgemaakt voor apologeet (van pensioenontslag). Ik heb het begrip destijds opgezocht en kan ermee leven een verdediger van pensioenontslag te zijn. Wij hebben bij de Vereniging voor Arbeidsrecht op 18 september 2008 onze standpunten tijdens een lezing uiteengezet. Ik houd het erop dat jij de aanklager en *non-believer* van het pensioenontslag bent. Waar wij elkaar vonden, was het gebrek aan duidelijkheid en de lacune die de wetgever liet liggen.

Uiteindelijk moest de Hoge Raad in het KLM-arrest de gordiaanse knoop doorhakken. Hij oordeelde dat de arbeidsovereenkomst van piloten met een in de cao opgenomen pensioenontslagbeding van rechtswege kon eindigen.² Inmiddels leven wij in de WWZ met de pensioenopzegging

² HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367.

én het pensioenontslagbeding naast elkaar. Ben je het met mij eens dat het nieuwe artikel 7:667 lid 4 BW de meest onleesbare bepaling uit het arbeidsrecht is? De verhouding tussen pensioenontslag (automatisch einde) en pensioenopzegging (eenzijdig) heeft geleid tot nieuwe rechtspraak.³

Pensioenontslag en leeftijdsdiscriminatie

Ons debat kreeg een nieuwe impuls in het Tijdschrift voor Arbeidsrecht-praktijk. Ditmaal waren de rollen omgedraaid. Jij twijfelde of pensioenontslag bij de AOW-leeftijd geen leeftijdsdiscriminatie was en strijdig met Europees recht.⁴ Ik meende dat die kans klein was.⁵ Jij reageerde in een naschrift. Waarschijnlijk vond je mij ditmaal een apologete van het niet discriminatoire pensioenontslag bij de AOW-leeftijd.

Ook hier was ons debat een voorbode van rechtspraak. Het Europees Hof voor Justitie heeft tientallen uitspraken gedaan over de vraag of pensioenontslag in vele landen en varianten toegestaan of verboden leeftijdsonderscheid was.⁶ Anno 2018 moest de Hoge Raad eraan te pas komen om uit te leggen dat het uitsluiten van de transitievergoeding voor AOW-gerechtigden geen leeftijdsdiscriminatie was.⁷

Discriminatiedilemma's ter overdenking

Ik leg jou, als *eminence grise*, graag enkele discriminatiedilemma's voor ter overdenking tijdens je pensionering. De dilemma's gaan over pensioen.

1 Is een pensioenopzegging na de AOW-leeftijd objectief gerechtvaardigd?

Van het arbeidsrecht mag pensioenopzegging in verband met *of na* de AOW-leeftijd (artikel 7:669 lid 4 BW). De WGBL bepaalt dat pensioenontslag *in verband met* de AOW-leeftijd mag. Kan een werknemer volgen

3 Zie M. Heemskerk, 'Pensioenontslagbeding of pensioenopzegging?', *TAP* 2016/7.

4 P.C. Vas Nunes, 'Is de WGBL Richtlijnconform? Kanttekeningen bij Rb. 's-Gravenhage 14 april 2008', *TAR* 2008, 108, *TAP* 2009/2.

5 M. Heemskerk, 'Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is', *TAP* 2009/5. P.C. Vas Nunes, 'Naschrift', *TAP* 2009/5.

6 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 12 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:601, *NJ* 2011/2 (Rosenblatt).

7 HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651.

jou met succes claimen dat de pensioenopzegging na de AOW-leeftijd niet objectief gerechtvaardigd is?

2 Pensioenpremies die met de leeftijd stijgen

De premieovereenkomst is nu nog de uitzondering maar is bezig aan een opmars. De pensioenpremie stijgt dan met de leeftijd. De bruikbaarheid van de oordelenlijn van het CRM daarover is na het Experian-arrest⁸ onhelder. Rechtspraak is mij niet bekend. Wat vind je van het argument dat de beloning (ex artikel 157 lid 2 VWEU) die de werkgever aan de werknemer geeft eigenlijk gelijk is omdat de pensioenaanspraak gelijk(waardig) is voor jong en oud? Is dat een objectieve rechtvaardiging?

3 Degressieve pensioenopbouw

Het regeerakkoord stelt een leeftijdsonafhankelijke premie voor en degressieve pensioenopbouw. Is dat volgens jou toegestaan in een premieovereenkomst? Is de pensioenpremie dan de beloning en de pensioenaanspraak niet? Dat zou beleidsmakers in jouw geliefde Den Haag en pensioenuitvoerders één kopzorg minder geven.

Tot slot

Geen automatisch pensioenontslag voor Peter Vas Nunes. Jij hebt als eminent jurist en advocaat de regie van jouw afscheid kunnen nemen. Daarbij heb je gehandeld volgens jouw eigen NJB-artikel: Ouderen mogen gewoon doorwerken en stoppen wanneer ze willen.⁹ Peter, ik ken weinig mensen met wie ik het op zo aangename wijze professioneel oneens kon zijn. Het ga je goed. Geniet van een welverdiend pensioen. Dat is zonder twijfel rechtsgeldig en geen leeftijdsdiscriminatie. Mocht je daar tijdens je pensionering aan toekomen, dan hoor ik graag jouw mening over de geschetste discriminatiedilemma's.

8 HvJ EU 26 september 2013, ECLI:EU:C:2013:590.

9 P.C. Vas Nunes, 'Ouderen mogen gewoon doorwerken', *NJB* 2008, 915.