

Ontzegging van een transitievergoeding aan pensioengerechtigden vormt geen leeftijdsdiscriminatie: een uitgemaakte zaak na de Hoge Raad-beschikking van 20 april 2018?

TRA 2018/67

De uitsluiting van AOW-gerechtigden van een transitievergoeding vormt geen verboden leeftijdsdiscriminatie, zo besliste de Hoge Raad onlangs. Verschillende auteurs hebben in het verleden geopperd dat de regeling strijdig kan zijn met het Europese leeftijdsdiscriminatierecht, met name gezien de 'Deense' uitspraken van het Hof van Justitie over ontslagvergoedingen. Dat roept de vraag op hoe de beschikking van de Hoge Raad beoordeeld moet worden in het licht van deze jurisprudentie en of alle vragen over het onthouden van een transitievergoeding aan pensioengerechtigden nu beantwoord zijn.

1. Inleiding

De regeling van de transitievergoeding, zoals ingevoerd met de WWZ, bepaalt dat de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd is wanneer, kort gezegd, de arbeidsovereenkomst eindigt in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een andere overeengekomen pensioenleeftijd (art. 7:673 lid 7 onder b BW). Doordat de uitsluiting rechtstreeks verband houdt met leeftijd dient hiervoor op grond van art. 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG ('richtlijn') een objectief gerechtvaardigde reden te bestaan. Volgens de regering is de transitievergoeding bedoeld als compensatie voor het ontslag en om de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.² De uitsluiting van pensioengerechtigden acht de regering gerechtvaardigd omdat daarmee wordt voorkomen dat een transitievergoeding ten goede komt aan personen die niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien, omdat zij een ouderdomspensioen ontvangen.³ Op deze rechtvaardiging zou wel wat af te dingen zijn.⁴ Pensioengerechtigden met een onvolledige AOW of verwaarloosbaar bedrijfspensioen kunnen nog steeds op arbeid aangewezen blijven. Uit de Europese jurisprudentie lijkt bovendien te volgen dat het bereiken van een leeftijd waarop aanspraak op pensioen ontstaat, in bepaalde gevallen onvoldoende is om een ontslagvergoeding te weigeren.

Op 20 april 2018 heeft de Hoge Raad ('HR') prejudiciële vragen beantwoord over de mogelijke strijd van art. 7:673 lid 7 onder b BW met de richtlijn.⁵ Deze bijdrage beoogt deze beschikking te bespreken en te beoordelen in het licht van de genoemde jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie ('EU-Hof'). Daartoe wordt eerst een analyse gegeven van de Europese arresten en hun betekenis voor de Nederlandse transitievergoeding. Na een uiteenzetting van de antwoorden van de HR, wordt ingegaan op de vraag hoe deze beschikking beoordeeld moet worden afgezet tegen het Europees recht, en of met de verkregen antwoorden de discussie over leeftijdsdiscriminatie nu afgesloten kan worden.

2. Eerdere Europese jurisprudentie over ontslagvergoedingen

2.1 De 'Deense' arresten

Het EU-Hof heeft een reeks arresten gewezen over Deense ontslagvergoedingen. De regelingen zijn vergelijkbaar met de Nederlandse transitievergoeding, in die zin dat het om, bij wet, gestandaardiseerde ontslagvergoedingen gaat. Ook vergelijkbaar is dat werknemers worden uitgesloten bij een aanspraak op bedrijfspensioen of algemeen ouderdomspensioen. Dit om te voorkomen dat de vergoeding ten goede komt aan gepensioneerden die de arbeidsmarkt in de regel hebben verlaten.

In het *Andersen*-arrest uit 2010 – over een ontslagen 63-jarige werknemer die in aanmerking komt voor vervroegd bedrijfspensioen – acht het EU-Hof de uitsluiting van pensioengerechtigden van een ontslagvergoeding van drie maandsalarissen niet ongeschikt voor het legitieme doel van de regeling.⁶ Het voorkomt dat personen die in de regel de arbeidsmarkt verlaten, een vergoeding krijgen die bedoeld is om nieuw werk te vinden. Een pensioenaanspraak is evenwel een middel dat verder strekt dan noodzakelijk indien de werknemer zijn beroepsloopbaan wil voortzetten. Uitsluiting van een ontslagvergoeding bemoeilijkt in dat geval het recht op werken en kan werknemers ertoe dwingen om een lager ouderdomspensioen te accepteren, hetgeen tot aanzienlijk inkomensverlies op lange termijn leidt. Dit tast op excessieve wijze legitieme werknemersbelangen aan, aldus het EU-Hof.⁷

1 Mr. dr. A.G. Veldman is universitair docent arbeidsrecht en sociaal beleid te Utrecht.

2 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38.

3 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 97.

4 Zie o.m. W.C.M. Donner-Broersma, 'Opgepast bij onthouden vergoeding aan AOW- of pensioengerechtigden!', *TAO* 2016, nr. 3, p. 109-117; M.S.A. Vegter, noot bij *JAR* 2017/72; J.N. Stamhuis, noot bij *TRA* 2017/40; N. Gundt, noot bij *TRA* 2016/76; F.G. Laagland, noot bij *AR* 2016-0445.

5 HR 20 april 2018, *Verzoeker/Stichting Diakonessenhuis*, ECLI:NL:HR:2018:651; *JAR* 2018/129, m.nt. E.L.J. Bruyninckx.

6 HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600; *JAR* 2010/296.

7 De noodzakelijkheidstoets is bij leeftijdsdiscriminatie vaak geen 'minst beperkend middel-toets', zoals bij seksdiscriminatie, maar een proportionele belangenafweging, zie verder A.G. Veldman, 'Contouren van het Europees leeftijdsdiscriminatierecht', *TRA* 2012/4.

Het pensioengerechtigd-zijn is in zichzelf dus onvoldoende om werknemers die willen doorwerken, uit te sluiten van een ontslagvergoeding. Onduidelijk is echter of dit alleen opgaat bij een mogelijkheid tot vervroegde pensionering. In *Toftgaard* uit 2013 – over een 65-jarige ambtenaar die de algemeen pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt – bevestigt het EU-Hof de toepasselijkheid van *Andersen*.⁸ Toftgaard wil doorwerken na een bedrijfseconomisch ontslag op de algemeen pensioengerechtigde leeftijd (ambtenaren mogen doorwerken tot 70 jaar). Hij stelt daarom zijn algemeen ouderdomspensioenaanspraak uit, wat kan in Denemarken met een hogere opbouw als gevolg. Het EU-Hof oordeelt opnieuw dat de uitsluiting van een vergoeding, in dit geval wachtgeld gedurende drie jaar, verder strekt dan noodzakelijk omdat het ambtenaren ertoe kan dwingen een lager pensioen te accepteren dan dat waarop recht bestaat bij langer doorwerken. Ten overvloede wordt gewezen op de mogelijkheid van individuele toetsing of een pensioengerechtigde ambtenaar wel of niet beschikbaar blijft voor werk. Dit kan vanwege redenen van uitvoerbaarheid niet in zijn algemeenheid worden gevraagd van een ontslagvergoedingsregeling, zo voegt het EU-Hof hieraan toe, maar in casu deed de werkgever reeds vergelijkbaar onderzoek onder jongere ambtenaren.

In de daarop volgende zaak *Landin* uit 2015 gaat het eveneens om een werknemer die de algemeen pensioengerechtigde leeftijd al bereikt heeft.⁹ Hij is blijven werken bij dezelfde werkgever en heeft, zoals Toftgaard, zijn aanspraak op ouderdomspensioen uitgesteld. Bij zijn ontslag op 67 jaar ontvangt hij geen ontslagvergoeding omdat hij pensioengerechtigd is. Anders dan in de vorige zaken, oordeelt het EU-Hof dat de uitsluiting niet verder strekt dan noodzakelijk. Werknemersbelangen worden niet buitensporig aangetast omdat *Landin*, die de algemeen pensioengerechtigde leeftijd al is gepasseerd, niet het risico loopt op verlaging van ouderdomspensioen vanwege vervroegde pensionering. De omstandigheid dat een werknemer door na 65 jaar te blijven doorwerken zijn pensioen kan verhogen, doet daar niet aan af, aldus het EU-Hof.¹⁰

2.2 Analyse

Het *Landin*-arrest is een breuk met *Toftgaard* waarin wel een risico van verlaagd pensioen wordt aangenomen nadat de normale pensioengerechtigde leeftijd al bereikt is. Het EU-Hof wijst daarbij zelfs nog op het extra belang hiervan in het geval van een onvolledige pensioenopbouw.¹¹ In *Landin* ziet het EU-Hof dan ook aanleiding om dit verschil expliciet te verklaren: in *Toftgaard* werd anders besloten aangezien daar wel sprake was een aanzienlijk inkomensverlies op lange termijn doordat de (gemiste) vergoeding bestond uit loondoorbetaling gedurende drie jaar.¹² Dit in tegenstelling tot de vergoeding van drie maandsalarissen in *Landin*.

Deze uitleg zou suggereren dat de hoogte (of duur) van de gemiste vergoeding medebepalend is voor het mogen uitsluiten van AOW-gerechtigden. In Nederland loopt men maximaal een jaarsalaris aan transitievergoeding mis, waarvan dan bepaald zou moeten worden of dit een 'aanzienlijk' verlies oplevert. Toch verwacht ik niet dat het EU-Hof met *Landin* een dergelijk aanvullend criterium heeft willen introduceren. In plaats van een verfijning van de rechtspraak, lijkt eerder sprake van een koerswijziging die noodzaakt tot het achteraf 'rechtbreien' van *Toftgaard*. In *Toftgaard* zelf, was de hoogte van de ontslagvergoeding niet relevant en draaide het uitsluitend om de pensioenschade die zou ontstaan wanneer doorwerken na de normale pensioengerechtigde leeftijd belemmerd zou worden. In *Landin* is dezelfde pensioenschade niet langer van belang. Pensioenopbouw nadat de 'op nationaal niveau vastgestelde pensioengerechtigde leeftijd is bereikt'¹³ wordt nu uitgelegd als het mislopen van (slechts) pensioenverhoging.

In de literatuur is wel gesteld dat de uitsluiting van AOW'ers van een transitievergoeding nog steeds strijdig blijft met de richtlijn wanneer het, zoals in *Toftgaard*, geen pensioenontslag betreft maar een ontslag om andere redenen.¹⁴ Ik zie, zoals gezegd, eerder een breuk met *Toftgaard*. Het is overigens ook niet duidelijk of het ontslag van de 67-jarige *Landin* wel een pensioenontslag betrof.

Mijn inschatting zou zijn dat met de nieuwe grens voor het risico van lager ouderdomspensioen, het EU-Hof alsnog aansluiting heeft gezocht bij de *eigen pensioenontslag*-arresten. Daarin is bepaald dat de lidstaat op basis van een algemene leeftijds grens een maximale duur voor het arbeidsleven mag bepalen. Voor Nederland is dat de AOW-leeftijd, wat zou betekenen dat als deze leeftijd is bereikt geen transitievergoeding meer verschuldigd is, ook niet wanneer de werknemer de arbeidsmarkt niet daadwerkelijk verlaat. Bij een pensioenaanspraak vóór deze leeftijd ligt dat anders. Het na *Landin* nog verschenen *Rasmussen*-arrest uit 2016 bevestigt *Andersen*.¹⁵ Dat wil zeggen dat een pensioenaanspraak onvoldoende grond is voor de weigering van een transitievergoeding, wanneer het risico bestaat van een lager ouderdomspensioen bij pensionering vóór de AOW-gerechtigde leeftijd.

3. Prejudiciële beslissing van de Hoge Raad¹⁶

3.1 De gestelde vragen

In navolging van de (later geschikte) zaak voor het Hof 's-Hertogenbosch,¹⁷ wil de Kantonrechter Utrecht weten of art. 7:673 lid 7 onder b BW strijdt met de richtlijn en of in dit verband een individuele toets van de inkomenssituatie van

8 HvJ EU 26 september 2013, C-546/11, ECLI:EU:C:2013:603; JAR 2013/266.

9 HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115; JAR 2015/96.

10 *Landin*, r.o. 43.

11 *Toftgaard*, r.o. 68.

12 *Landin*, r.o. 43.

13 *Landin*, r.o. 39.

14 W.C.M. Donner-Broersma, 'Opgepast bij onthouden vergoeding aan AOW- of pensioengerechtigden!', *TAO* 2016, nr. 3, p. 109-117.

15 HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, JAR 2016/132.

16 A-G Timmerman concludeert niet wezenlijk anders, waardoor een aparte bespreking van de conclusie (d.d. 9 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:158) kortheidshalve achterwege blijft.

17 Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345, JAR 2017/72, m.nt. M.S.A. Vegter.

de pensioengerechtigde nodig is.¹⁸ Voorts wordt gevraagd naar het belang van de ontslaggrond (pensioenontslag of andere redenen) en van de leeftijd van de pensioengerechtigde op het moment van ontslag (AOW-leeftijd of lager). Anders dan bij het Hof 's-Hertogenbosch, is in de zaak bij de kantonrechter sprake van een normaal pensioenontslag en heeft de werknemer geen AOW- of pensioentekort. Toch meent de kantonrechter dat de gestelde prejudiciële vragen relevant zijn voor het geschil, indien de regeling van art. 7:673 lid 7 onder b BW wegens strijd met de richtlijn buiten toepassing moet worden gelaten. Richtlijnen hebben geen directe, horizontale werking maar op grond van het *Küçükdeveci*-arrest dienen nationale bepalingen die strijdig zijn met het algemeen Unierechtelijk gelijkheidsbeginsel inderdaad buiten toepassing te worden gelaten door de rechter. Toch is het de vraag of het hierbij – zoals de kantonrechter lijkt aan te nemen – om een soort van 'absolute nietigheid' gaat, dat wil zeggen dat de discriminerende regel in elk geval buiten toepassing moet blijven, ook als de eiser die daar een beroep op doet zelf niet gediscrimineerd wordt. Mij lijkt dat de nationale regeling *in het te berechten geval* strijdig moet zijn met het Unierechtelijk non-discriminatiebeginsel, wil de rechter vervolgens gehouden zijn de regel buiten toepassing te laten.¹⁹ Alleen in dat geval, zo valt te beweren, is het nodig dat de justitiabele de door het Unierecht gegarandeerde rechtsbescherming krijgt.

3.2 Antwoorden van de Hoge Raad

De HR maakt direct duidelijk dat zijn uitspraak uitsluitend betrekking heeft op de regel van art. 7:673 lid 7 onder b BW voor zover die het recht op een transitievergoeding uitsluit voor werknemers die, zoals eiser, de AOW-gerechtigde leeftijd al hebben bereikt. De HR meent dat sprake is van een directe leeftijdsdiscriminatie en toetst vervolgens of hiervoor, ingevolge art. 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG, een objectieve rechtvaardiging bestaat. De HR benadrukt dat de lidstaten hierbij over een ruime beoordelingsmarge beschikken, zoals ook het Europese Hof herhaaldelijk heeft gesteld.

Tegen de achtergrond van de parlementaire geschiedenis leidt de HR af dat de transitievergoeding bedoeld is voor werknemers die zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. Daarop wijst het transitiedoel, maar ook het compensatiedoel. Het laatste moet, volgens de Hoge Raad, in verband worden gezien met de omstandigheid dat de werknemer nog is aangewezen op het verrichten van arbeid. Dit alles strookt ook met de transitievergoeding als een invulling van de zorgplicht van de werkgever.²⁰

In het licht van het voorgaande oordeelt de HR dat de uitsluiting van AOW-gerechtigden tot doel heeft te voorkomen dat personen die in de regel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid, toch recht hebben op een transi-

tievergoeding. Dit is een legitieme doelstelling. Duidelijk is daarmee ook dat de uitsluiting niet ongeschikt is om het beoogde doel te bereiken omdat de regel daadwerkelijk 'voorkomt dat de transitievergoeding toekomt aan een categorie van personen voor wie de vergoeding niet is bedoeld'.²¹

Vervolgens wordt bezien of het middel niet verder strekt dan noodzakelijk. Dat is het geval omdat de uitsluiting geen excessieve inbreuk maakt op de belangen van diegenen die geen transitievergoeding ontvangen. Het gaat om een bewuste keuze van de wetgever die, gelet op de ruime beoordelingsvrijheid, de diverse belangen tegen elkaar heeft afgewogen binnen het stelsel van het nieuwe ontslagrecht als geheel. 'De uitkomst daarvan is dat een arbeidsovereenkomst zonder inhoudelijke toets en zonder kosten voor de werkgever moet kunnen eindigen op het moment dat de werknemer de AOW-leeftijd heeft bereikt'.²² Daarbij is van belang dat deze werknemer, ter compensatie van het wegvallen van zijn inkomen uit arbeid, in het algemeen aanspraak kan maken op een AOW- en bedrijfspensioen.

Hoewel in het onderliggende geschil niet aan de orde, wijst de HR er in het geval van werknemers met een onvolledige AOW nog op dat de opbouw niet afhankelijk is van het verrichten van arbeid en dat onder voorwaarden beroep mogelijk is op een vangnetvoorziening (art. 47a Participatiewet). Gelet op de door de wetgever gemaakte afweging van belangen – 'waaronder het belang van de werkgever om niet belast te worden met de financiële gevolgen van een onvolledige AOW-opbouw waarop hij geen invloed heeft gehad'²³ – geldt ook hier dat werknemersbelangen niet buitensporig worden aangetast. Daarbij is ook van belang dat een individuele toetsing van de inkomenssituatie van de AOW-gerechtigde zich niet verdraagt met de wettelijk gestandaardiseerde regeling en het doel van de wetgever om het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken. Verwezen wordt hier naar *Toftgaard*, waarin is gesteld dat vanwege praktische uitvoerbaarheid individuele toetsing niet algemeen kan worden vereist.

De HR beslist dat de bepaling die AOW-gerechtigden uitsluit van een transitievergoeding niet in strijd is met de richtlijn en dat in dit verband geen plaats is voor individuele toetsing. De overige vragen behoeven geen beantwoording.

4. Beoordeling

Interessant is waarom de kantonrechter zijn prejudiciële vragen eigenlijk niet aan het EU-Hof zelf heeft gesteld, nu het om de rechtstreekse toepassing en uitleg van een Europese richtlijn gaat. Dat veronderstelt in feite dat de uitleg van de richtlijn al duidelijk is. De HR deelt die mening blijkbaar, want vragen blijven uit.

In het licht van het voorgaande is het eerste wat opvalt het feit dat de HR nauwelijks toepassing geeft aan de jurisprudentie van het EU-Hof over de uitsluiting van pensioengerechtigden van ontslagvergoedingen. Dat is des te meer op-

18 Rb. Midden-Nederland (locatie Utrecht) 30 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3249, JAR 2017/232.

19 A-G Timmerman stelt de aanname van de kantonrechter mijns inzien dan ook terecht ter discussie (conclusie, punt 3.5).

20 R.o. 3.3.8.

21 R.o. 3.3.9-10.

22 R.o. 3.3.11.

23 R.o. 3.3.12.

merkelijk omdat de HR wel meent dat de uitsluiting exact hetzelfde doel dient als in deze arresten speelde (voorkomen dat de ontslagvergoeding toekomt aan een categorie voor wie het niet is bedoeld). Ook wordt om dezelfde reden als in deze arresten het middel geschikt geacht voor dit doel (omdat pensioengerechtigden in de regel de arbeidsmarkt verlaten/niet langer op arbeid aangewezen zijn). Maar bij de, voor leeftijdsdiscriminatie, vaak doorslaggevende toets of het middel verder strekt dan noodzakelijk, lopen de wegen uiteen.

In de Europese ontslagvergoedingszaken is sprake van een terugkerend, specifiek toetscriterium: wanneer uitsluiting van een ontslagvergoeding het risico van een lager ouderdomspensioen met zich meebrengt – en daarmee een aanzienlijk inkomensverlies op lange termijn – dan tast dat werknemersbelangen buitensporig aan. De HR past het criterium van het risico van lager ouderdomspensioen echter niet toe. In plaats daarvan wordt overwogen dat sprake is geweest van een (geoorloofde) belangenafweging door de wetgever met als uitkomst dat de arbeidsovereenkomst automatisch en kosteloos moet kunnen eindigen op de AOW-leeftijd. Hierdoor gaat de uitsluiting niet verder dan noodzakelijk. De werknemer ontvangt een vervangend inkomen in de vorm van pensioen en in het geval van een onvolledige AOW bestaat er een vangnetvoorziening en hoeft de werkgever niet op te draaien voor een onvolledige AOW waarop hij geen invloed heeft gehad.

Behalve dat de HR voor een andere aanpak kiest dan het EU-Hof, valt op dat er zich een subtiele verschuiving in het doel heeft voorgedaan. Bij de legitimiteits- en geschiktheidstoets was het doel van de uitsluiting van pensioengerechtigden, in de woorden van de HR, het vóórkomen dat personen die in de regel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid, toch recht hebben op een transitievergoeding. Bij de noodzakelijkheidstoets is het doel van de uitsluiting van pensioengerechtigden van een transitievergoeding (impliciet) opgeschoven naar het mogelijk maken van een automatisch en kosteloos pensioenontslag.²⁴ Of het middel 'passend en noodzakelijk is' voor het doel (art. 6 lid 1 richtlijn), lijkt dus aan twee verschillende doelen getoetst te worden. Het 'nieuwe' doel heeft als nadeel dat het ook nieuwe vragen oproept. Wanneer de uitsluiting van pensioengerechtigden van een transitievergoeding bedoeld is om een automatisch en kosteloos pensioenontslag te faciliteren, betekent dat dan dat een transitievergoeding wel verschuldigd kan zijn wanneer het niet om een pensioenontslag gaat maar een ontslag van een pensioengerechtigde werknemer om andere redenen? Dat zal niet de bedoeling zijn geweest. Toch is dit wel bepleit in de literatuur (zie boven 2.2). Ook

de kantonrechter stelde de vraag naar het belang van de ontslaggrond, maar de HR achtte beantwoording niet nodig.

Moet het voorafgaande tot de conclusie leiden dat de beschikking strijdig is met het Europese recht? Dat lijkt me niet. Door bij de noodzakelijkheidstoets in te zoomen op het door de wetgever beoogde systeem van automatisch en kosteloos pensioenontslag op latere leeftijd, wordt in feite aangesloten bij de Europese jurisprudentie over het pensioenontslag. Op basis van een marginale toets laat het EU-Hof het in deze rechtspraak aan de lidstaten of sociale partners over om een maximale duur aan het arbeidsleven te stellen. Er wordt voorbij deze grens geen excessieve inbreuk aangenomen op het eventuele belang van doorwerken, ook niet als de pensioenopbouw onvolledig is en de werknemer op werk blijft aangewezen.²⁵ Wat wel verbaast is waarom de HR de 'uitstap' naar het pensioenontslag nodig acht en niet simpelweg de lijn aanhoudt die uit de Europese rechtspraak over ontslagvergoedingen spreekt. Toepassing van deze lijn zou immers niet tot een andere uitkomst hebben geleid. De beslissing van de HR gaat alleen over werknemers die de AOW-leeftijd reeds hebben bereikt. Er bestaat derhalve geen risico op pensioenschade door vervroegde pensionering. Daarbij geldt dan ook nog eens dat de AOW-aanspraak, anders dan in Denemarken, niet uit stellen is en de opbouw van het Nederlands algemeen ouderdomspensioen sowieso niet van arbeidsjaren afhankelijk is.

De eigen benadering van de HR kan misschien nog consequenties hebben voor de toekomst. De hier besproken prejudiciële beslissing is beperkt tot de uitsluiting van de transitievergoeding voor werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd reeds hebben bereikt. Uit de Europese ontslagvergoedingszaken blijkt dat het al dan niet bereikt hebben van de algemeen pensioengerechtigde leeftijd een cruciaal verschil met zich meebrengt. Nadat de algemeen pensioengerechtigde leeftijd is bereikt, doet het risico van lager pensioen door vervroegde pensionering zich niet meer voor. Wanneer echter een pensioenontslag is overeengekomen op een lagere leeftijd, zal een aanspraak op een lager pensioenbedrag dan zou zijn ontstaan bij doorwerken tot de AOW-leeftijd, de weigering van een transitievergoeding niet langer kunnen rechtvaardigen.²⁶

Wanneer de HR in de toekomst vragen moet beantwoorden over de uitsluiting van een transitievergoeding bij vervroegde pensionering, moet dan op de rechtvaardiging in het kader van het stelsel van pensioenontslag worden doorgeborduurd? Uit art. 7:673 lid 7 onder b BW blijkt dat ook een ontslag wegens of na een overeengekomen vervroegde pensioenleeftijd geen recht op transitievergoeding geeft. Berust dit dan niet ook op een (evenwichtige) belangenafweging door de wetgever met als uitkomst dat een automa-

24 In de parlementaire stukken wijst de regering niet expliciet op dit doel bij de rechtvaardiging van de uitsluiting van pensioengerechtigden van een transitievergoeding (*Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 97*). Wel wordt de noodzaak van een automatisch en kosteloos pensioenontslag als argument aangevoerd om te verklaren dat een pensioengerechtigde werknemer die wil doorwerken geen transitievergoeding krijgt en een IVA-gerechtigde werknemer die niet zal doorwerken, wel (*Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 96*).

25 *Rosenblatt*, C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601.

26 Dit kan zich voordoen bij functioneel leeftijdsontslag wanneer tijdens de overbruggingsregeling geen (volledige) pensioenopbouw plaatsvindt. Ook kan gedacht worden aan het financieel nadeel door actuariële herrekening wanneer de aanspraak op het bedrijfspensioen ingaat vóór de fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar, zie F.G. Laagland, noot bij AR 2016-0445.

tisch en kosteloos pensioenontslag mogelijk moet zijn? Een positief antwoord hierop, zo mag duidelijk zijn, zal in strijd kunnen zijn met het Europese recht.

Een handvat biedt wellicht nog de WGBL waarin de wetgever, buiten het stelsel van de WWZ om, tot uitdrukking heeft gebracht dat een pensioenontslag vóór de AOW-leeftijd wel een rechtvaardiging behoeft.²⁷ Maar het eerdere *KLM*-arrest gunt weinig ruimte.²⁸ De HR oordeelde zelf dat een vervroegd pensioenontslag op 56 jaar gerechtvaardigd was op basis van doelstellingen van sociaal beleid (doorstroming). De marginale toets uit de Europese jurisprudentie over het pensioenontslag werd ongewijzigd toegepast, hoewel in deze Europese zaken zelf tot nu toe geen pensioenleeftijd is beoordeeld die aanzienlijk vroeger ligt dan de nationaal gebruikelijke. *Landin* zou misschien een voorbode kunnen zijn van een andere afweging door het EU-Hof in dat geval. Hoewel pensioenontslag en de ontslagvergoeding verband met elkaar houden, is het al met al toch de vraag of het handig is de uitsluiting van een transitievergoeding uiteindelijk te koppelen aan de wenselijkheid van een automatisch en kosteloos pensioenontslag, nu een dergelijk pensioenontslag volgens de wetgever en ook de HR zelf, niet noodzakelijkerwijs op of na de AOW-leeftijd dient plaats te vinden.

5. Ten slotte

De transitievergoedingsregeling is bedoeld voor werknemers die op arbeid aangewezen blijven en trekt hierom een maximale grens bij de AOW-leeftijd. Uiteraard is dat een generalisatie omdat er een (kleine) groep zal zijn van wie het pensioen onvoldoende is om zich (geheel) uit de arbeidsmarkt terug te trekken. Gezien het feit dat deze groep wel daadwerkelijk een sociaal minimuminkomen zal ontvangen en het niet geveerd kan worden om per persoon te onderzoeken of al dan niet aanvullende inkomsten uit arbeid nodig zijn, is de uitkomst van de HR-beslissing te billijken. Het systeem van de transitievergoeding in het geval van AOW-gerechtigden ligt bovendien in het verlengde van dat van de mogelijkheid tot gedwongen pensioenontslag op die leeftijd. Het ene ter discussie stellen, zou consequenties moeten hebben voor het andere omdat beide systemen berusten op de aanname dat het arbeidsleven van de werknemer eindigt voorbij een algemeen vastgestelde leeftijds-grens.

Vanwege het laatste is het misschien ook niet onbegrijpelijk dat de HR de rechtvaardiging van de ontzegging van

een transitievergoeding vooral in de regelingscontext van het pensioenontslag plaatst. Maar de HR maakt het zichzelf niet gemakkelijk door de link tussen beide niet te zoeken in het gestandaardiseerde systeem voor het bepalen van de maximale duur van het arbeidsleven, maar in het feit dat de wetgever heeft aangegeven dat er een mogelijkheid moet bestaan tot een automatisch en *kosteloos* pensioenontslag op latere leeftijd. Ten eerste lijkt dit onnodig de vraag op te roepen of de ontzegging van een transitievergoeding aan een pensioengerechtigde werknemer in het geval het niet om een pensioenontslag gaat maar om een ontslag om andere redenen, wel tot leeftijdsdiscriminatie kan leiden. Ten tweede roept het ook vragen op over de wijze waarop de HR in de toekomst zal oordelen over de uitsluiting van pensioengerechtigden die de AOW-leeftijd nog niet hebben bereikt. De Europese jurisprudentie wijst uit dat de ontzegging van een ontslagvergoeding juist bij een vervroegde pensioenaanspraak strijdig kan zijn met de richtlijn. De HR maakt het door het benadrukken van de verbinding tussen (g)een transitievergoeding en de mogelijkheid van automatisch en kosteloos pensioenontslag dan ook spannend voor de toekomst. Eerder oordeelde de HR immers dat verplicht pensioenontslag op een leeftijd lager dan de AOW-leeftijd geoorloofd kan zijn.

Duidelijk mag zijn dat de discussie over de transitievergoeding en leeftijdsdiscriminatie voorlopig niet ten einde is. Behalve de uitsluiting van pensioengerechtigden, is er ook nog de uitsluiting van jongeren onder de 18 jaar.²⁹ En de VAAN-VvA wierp in het kader van de aangekondigde wijziging van de WWZ nog een nieuwe vraag op; moet de hoogte van de transitievergoeding niet afgetopt worden wanneer de pensioengerechtigde leeftijd nadert?³⁰ Ik denk dat voor het laatste weinig animo bestaat. Naast dat de transitievergoeding al gemaximeerd is, sluit de HR in de hier besproken beschikking individuele beoordeling van de vergoeding uit. Voorts dreigt ook op het onderwerp van aftopping weer strijd met de richtlijn.³¹

27 Ook A-G Timmerman wijst hierop (conclusie punt 5.15). Volgens de A-G zal in het geval dat een vervroegd pensioenontslag gerechtvaardigd is, ook het niet toekennen van de transitievergoeding in dat geval gerechtvaardigd zijn. Daarbij gaat de A-G er wel vanuit dat voor een gerechtvaardigd, vervroegd pensioenontslag een 'adequaat' pensioen nodig is. Of hiermee de Europese rechtspraak over ontslagvergoedingen wordt gevolgd (waar het gaat om een risico op lager pensioen), is niet helemaal duidelijk. De A-G acht het systeem dat uit de Europese rechtspraak spreekt 'redelijk' (punt 4.19), maar concludeert desalniettemin dat art. 7:673 lid 7 onder b BW geen verboden onderscheid maakt, zowel in het geval van AOW'ers als in het geval van pensioengerechtigde werknemers die deze leeftijd nog niet hebben bereikt (punt 5.16).

28 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *JAR* 2012/209, m.nt. E.L.J. Bruyninckx.

29 Hiernaast geldt een criterium van arbeid van maximaal 12 uur per week (art. 7:673 lid 7 onder a BW). Enerzijds vormt dit een extra discriminatie naar arbeidsduur, anderzijds kan het wijzen op bijkomstige arbeid. In *O/Bio Philippe Auguste SARL* vormde het laatste een geoorloofde reden voor de uitsluiting van een ontslagvergoeding. Het betrof wel een uitsluiting van jongeren die gelijktijdig een school of universiteit volgen (HvJ EU 1 oktober 2015, C-432/14, ECLI:EU:C:2015:643).

30 Rapport VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie Wab, 4 mei 2018, p. 47.

31 Hierover uitgebreid A.G. Veldman, 'Leeftijdsdiscriminatie, ontslagvergoedingen en pensioenplafonds', in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke Reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 279-296.