



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem

Vos, E.L.H. van der

Citation

Vos, E. L. H. van der. (2017). Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem. *Tijdschrift Recht En Arbeid*, 2017(6/7), 9-13. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/50166>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/50166>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem

TRA 2017/60

Het HvJ EU is kritisch over uitsluiting van ontslagvergoedingen bij ontslag op pensioenleeftijd. Analyse van die rechtspraak leert dat het daarbij om vervroegd pensioen gaat. Bij ontslag op of na de algemene wettelijke pensioenleeftijd lijkt die uitsluiting wel mogelijk. De uitspraak in de zaak Toftgaard suggereert anders, maar dat is een uitzonderlijk geval. De uitsluiting van transitievergoeding (zonder individuele hardheidstoets) bij ontslag op of na AOW-leeftijd is toelaatbaar, maar niet bij ontslag op een vervroegde pensioenleeftijd.

1. Over transitievergoeding en pensioenontslag

Onder de Wwz zijn er twee mogelijkheden tot pensioenontslag. Enerzijds is er een mogelijkheid tot pensioenontslag door het overeenkomen van een pensioenontslagbeding. De andere is het opzeggen tegen of ná de AOW-gerechtigde leeftijd ingevolge art. 7:669 lid 4 BW. De transitievergoeding is bij beide varianten – dus zowel bij de variant pensioenopzegging als de bij het pensioenontslagbeding – niet verschuldigd ingevolge art. 7:673 lid 7 sub b BW. *Zelfs* in het geval dat de leeftijd in het pensioenontslagbeding onder de AOW-gerechtigde leeftijd ligt, zo volgt uit de letterlijke wettekst. Dat deze bewoordingen ook de bedoeling van de wetgever weergeven, blijkt uit de memorie van toelichting bij de Verzamelwet SZW 2016.²

Door dit leeftijdsaspect van art. 7:673 lid 7 BW is de vraag gerezen³ of de uitsluiting van de transitievergoeding kwalificeert als leeftijdsdiscriminatie. Recentelijk heeft die vraag ook bijna de Hoge Raad bereikt. De zaak betreft een pensioenontslag na AOW-gerechtigde leeftijd. Indien art. 7:673 lid 7 sub b BW het recht op transitievergoeding niet zou hebben uitgesloten, zou de desbetreffende werknemer recht hebben gehad op € 28.000. Het Hof 's-Hertogenbosch betwijfelde of deze bepaling wel geldig is, voornamelijk omdat het leeftijds onderscheid niet goed door de wetgever gemotiveerd is. Ook gaf het Hof aan dat deze werknemer in een extra bijzondere positie verkeert, nu hij geen volle-

dige AOW-uitkering heeft opgebouwd.⁴ Maar ook los van dit gegeven, pakt het uitsluiten van de transitievergoeding wel erg nadelig voor hem uit. Zou de problematiek wellicht moeten leiden tot een individuele toetsing van de proportionaliteit van de uitsluiting? Het Hof heeft prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld, maar vervolgens is het hoger beroep ingetrokken.⁵ Deze vragen zijn niet doorgezet.

In deze bijdrage staat de vraag centraal of de uitsluiting van de transitievergoeding in strijd is met de Europese regels inzake leeftijdsdiscriminatie. De door het Hof gestelde vragen zijn dan wel ingetrokken, maar dat maakt de vraag of art. 7:673 lid 7 BW verboden leeftijdsdiscriminatie inhoudt niet minder actueel.

2. Leeftijdsdiscriminatie

Wetgeving waarin een onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, zal langs de Europeesrechtelijke meetlat van de Richtlijn 2000/78/EG⁶ moeten worden gehouden. Het moge duidelijk zijn dat werknemers uitsluiten van een transitievergoeding bij pensioenontslag neerkomt op een onderscheid naar leeftijd in de zin van art. 2 van de Richtlijn 2000/78/EG.

De richtlijn staat onderscheid naar leeftijd in principe niet toe, maar laat toch enige ruimte voor lidstaten om onderscheid te maken.⁷ Het verschil in behandeling moet dan objectief en redelijk gerechtvaardigd worden door een legitiem doel. Ook moet de regeling passend en noodzakelijk zijn. Onverkort geldt in dit geval de ruime *margin of appreciation* die de lidstaten hebben bij het voeren van sociaal beleid dat zo'n legitiem doel kan vormen.

De vraag of het uitsluiten van het recht op een ontslagvergoeding voor pensioengerechtigden toegestaan is, is aan discussie onderhevig. Dit komt mede door de ietwat verwarrende 'lijn' uitgezet in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU. Dat maakt de vraag of een onderscheid naar leeftijd door de Europeesrechtelijke beugel kan lastig te beantwoorden. Zoals ik hierna onder 5 zal uiteenzetten, is die rechtspraak toch wat consistentier dan zij op het eerste gezicht lijkt. Het maakt namelijk verschil of het ontslag na de algemene pensioenleeftijd (in Nederland: de AOW-leeftijd) plaatsvindt, of daarvoor. Is voldaan aan het 'algemeenepensi-

1 E.L.H. van der Vos is promovenda bij de afdeling sociaal recht van de Universiteit Leiden en research associate bij Stibbe. Dit artikel is tot stand gekomen in het kader van een nog te verschijnen bundel van de werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht. In deze bundel zal een deel van dit artikel ook verschijnen. De auteur dankt C.J. Herman de Groot en B. Barentsen voor nuttig commentaar.

2 *Kamerstukken II* 2014/15, 34273, 3, p. 20.

3 Bijv. door W.C.M. Donner-Broersma, 'Opgepast bij onthouden vergoeding aan AOW- of pensioengerechtigden!', *TAO* 2016/3.

4 Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345, *JAR* 2017/72 r.o. 3.23.

5 Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:954.

6 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. De richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL).

7 Art. 6 Richtlijn 2000/78/EG.

oenleeftijdscriterium', dan zie ik weinig Europeesrechtelijke problemen voor de uitsluiting van de transitievergoeding.

3. Wetsgeschiedenis

Hoe is het leeftijds onderscheid nu gerechtvaardigd? Er zijn bij de totstandkoming van de Wvz door de VAAN vragen gesteld over de mogelijke strijdigheid met het Europese recht, naar aanleiding van de uitspraak inzake *Odor* (zie hierna onder 4).⁸ De regering antwoordde het volgende:

"Het volledig uitsluiten van de transitievergoeding in geval een arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet nadat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd of overeengekomen pensioenleeftijd heeft bereikt, is volgens de regering gerechtvaardigd. Het doel is te 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 nu zij een vervangend inkomen in de vorm van ouderdomspensioen ontvangen. Dit is een legitiem doel. Anders dan in het arrest *Odor*, gaat het hier weliswaar niet om verlaging, maar om uitsluiting van de vergoeding, maar een verschil is ook dat het gaat om werknemers die al een ouderdomspensioen ontvangen en niet om werknemers die daar op afzienbare termijn aanspraak op kunnen maken. Dit betekent dat er daadwerkelijk bescherming is, zodat er geen reden is te veronderstellen dat de regeling de noodzakelijkheidstoets niet kan doorstaan."⁹

Verder heeft D66 nog een vraag gesteld over de uitzondering in art. 7:673 BW. De regering antwoordde als volgt:

"De leden van de fractie van D66 vragen de regering in te gaan op de redenen waarom de transitievergoeding niet verschuldigd is als de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet nadat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere of lagere overeengekomen pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, of als de arbeidsovereenkomst niet wordt voortgezet in verband met het bereiken van die leeftijd. (...)

Het verschuldigd zijn van de transitievergoeding geeft invulling aan de zorgplicht die een werkgever heeft ten opzichte van een werknemer die wordt ontslagen of waarvan het tijdelijk contract niet wordt verlengd. Die zorgplicht reikt naar het oordeel van de regering niet zo ver dat een werkgever ook een transitievergoeding verschuldigd zou moeten zijn aan werknemers die als gevolg van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd worden ontslagen nu deze werknemers niet langer voor het voorzien in hun inkomen zijn aangewezen op het verrichten van arbeid. (...)"¹⁰

Alhoewel de boven weergegeven motivering wellicht wat summier is, betekent dat niet dat deze motivering onvoldoende draagkrachtig zou zijn.¹¹ EU-lidstaten hebben immers een ruime beoordelingsvrijheid bij het formuleren van doelstellingen van sociaal beleid die een leeftijds onderscheid kunnen rechtvaardigen.

Daaraan doet naar mijn mening niet af dat deze rechtvaardiging uitsluitend ziet op een van de doelstellingen van de transitievergoeding, namelijk het vergemakkelijken van de overstap naar nieuw werk. Volgens het Hof 's-Hertogenbosch is aldus miskend dat de transitievergoeding ook is bedoeld om (de gevolgen van) het ontslag te compenseren.¹² Er nog vanaf gezien dat die gevolgen óók ten dele door de AOW-uitkering worden opgevangen, lijkt de redenering dat een werknemer na AOW-leeftijd niet meer afhankelijk is van arbeidsinkomen en daarom niet met behulp van de vergoeding nog een transitie moet kunnen maken mij afdoende. Nogmaals: EU-lidstaten hebben een aanzienlijke vrijheid bij het formuleren van doelstellingen van sociaal beleid. Vegter legt de focus eveneens op de uitsluiting van vergoeding aan werknemers die deze niet meer nodig hebben, maar betwijfelt wel of dat bij AOW-gerechtigden altijd wel het geval is.¹³ Ook Stamhuis is kritisch.¹⁴

Wel moet worden opgemerkt dat de motivering in zoverre tekortschiet, dat er alleen is ingegaan op de situatie dat wordt opgezegd wegens pensioen op of na de AOW-leeftijd. Het onderscheid naar leeftijd is nu juist moeilijker te rechtvaardigen, indien het pensioenontslag nog voor de AOW-leeftijd plaatsvindt.

4. Rechtspraak HvJ EU

De uitspraken over leeftijdsdiscriminatie bij vergoeding pensioenontslag zijn zoals gezegd niet helemaal eenduidig. Om zicht te krijgen op het vraagstuk of leeftijds onderscheid is toegestaan, zal ik de relevante EU-uitspraken analyseren.¹⁵

4.1 Ontslag voor reguliere pensioenleeftijd

Eerst zal ik de uitspraken in de zaken *Andersen*, *Rasmussen* en *Odor* bespreken. Deze uitspraken hebben gemeen dat het ontslag van de werknemer plaatsvond terwijl de leeftijd van de werknemer onder de reguliere pensioenleeftijd lag. Hier oordeelde het hof steeds dat het uitsluiten van een ontslagvergoeding niet proportioneel was.

⁸ HvJ EU 6 december 2012, C-152/11 (*Odor/Baxter*).

⁹ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 97.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 79.

¹¹ Zie anders Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345, JAR 2017/72, m.nt. M.S.A. Vegter TRA 2017/40, m.nt. J.N. Stamhuis.

¹² Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345, JAR 2017/72, r.o. 3.17 en 3.18.

¹³ Zie de noot onder Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345, JAR 2017/72.

¹⁴ TRA 2017/40.

¹⁵ Voor een goed overzicht zie S. Burri & A.G. Veldman in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters, *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, onder 4.7.2, p. 204-205.

4.1.1 *Andersen (2010)*¹⁶ en *Rasmussen (2016)*¹⁷

Na ontslag verzocht *Andersen* (63) zijn werkgever om een ontslagvergoeding van drie maandsalarissen. De werkgever weigerde dat met een beroep op de Deense wet die het recht op een ontslagvergoeding uitsloot bij werknemers die voor 50-jarige leeftijd deelnamen aan het bedrijfspensioen. *Andersen* maakte hier in verband met zijn leeftijd aanspraak op. Het Hof oordeelde dat de richtlijn zich verzet tegen een regeling waarbij werknemers uitsluitend op de grond dat zij zich vóór hun vijftigste levensjaar hebben aangesloten bij een pensioenregeling niet in aanmerking komen voor een ontslagvergoeding. Het bijzondere van de Deense regeling is dat de enkele mogelijkheid om zich op een pensioenregeling te beroepen al tot uitsluiting van ontslagvoorzieningen kan leiden. Ook als die vervroegde pensionering tot een lager pensioen zou leiden.

De Deense wet dient volgens het Hof wel een legitiem doel, maar is niet proportioneel omdat werkwilligen geforceerd konden worden tot vervroegde pensionering met een lager algemeen ouderdomspensioen in plaats door te werken en uit te komen op een hoger pensioen op de algemene wettelijke pensioenleeftijd. Het HvJ EU komt in 2016 in de vergelijkbare zaak *Rasmussen* tot eenzelfde oordeel als in de zaak *Andersen*.

4.1.2 *Odar (2012)*¹⁸

In verband met bedrijfseconomische omstandigheden werd de 59-jarige Duitse werknemer *Odar* ontslagen. Zijn ontslagvergoeding was ingevolge een sociaal plan afgetopt, met inachtneming van de eerst mogelijke pensioenleeftijd. *Odar* is ernstig gehandicapt en kon daarom ook al op 60-jarige leeftijd aanspraak maken op een ouderdomspensioen. Het Hof oordeelde dat de berekening van zijn ontslagvergoeding, waarbij werd opgemerkt dat de vergoeding wel ten minste de helft bedraagt van de 'gewone' ontslagvergoeding, naar de eerste mogelijke pensioendatum in principe gerechtvaardigd is. Daarbij weegt het Hof mee dat het sociaal plan een uitkomst is van een afspraak tussen sociale partners.

Het Hof achtte het echter niet gerechtvaardigd dat ook bij gehandicapten rekening wordt gehouden met hun eerdere pensioendatum. Het Hof merkte op dat gehandicapten grote kosten hebben en meer moeite hebben met nieuw werk vinden dan niet-gehandicapten. Verlaging van hun ontslagvergoeding in verband met pensioen vormt een te grote aantasting van hun belangen en gaat verder dan gerechtvaardigd is.

Het wordt uit bovenstaande uitspraken duidelijk dat het Hof belang hecht aan het beschermen van werkwilligen. Deze mogen niet zomaar vóór de reguliere pensioenleeftijd worden geforceerd tot het accepteren van een lager pensioen, zeker als er nog bijzondere omstandigheden zijn, zoals een

ernstige handicap. Ze mogen niet van ontslagvergoeding worden uitgesloten, omdat ze die nodig zouden kunnen hebben om nieuw werk te vinden of om de zoekperiode te overbruggen. Het Hof stelt in *Odar* echter wel vast, weliswaar met respect voor een sociaal plan, dat de eerst mogelijke pensioenleeftijd als ijkpunt nemen voor het ontslag niet per se strijdigheid met de richtlijn oplevert.

4.2 *Ontslag na reguliere pensioenleeftijd*

De uitspraken *Toftgaard* en *Landin* hebben gemeen dat de ontslagleeftijd op de 'reguliere' pensioenleeftijd ligt of erna.

4.2.1 *Toftgaard (2013)*¹⁹

Deze uitspraak is een vreemde eend in de bijt, en past niet goed in de door het Hof gekozen lijn. Deze zaak betreft de ambtenaar *Toftgaard*. *Toftgaard* werd ontslagen wegens het vervallen van zijn arbeidsplaats en had in verband met zijn leeftijd (65) en daarmee behorende recht op ouderdomspensioen geen recht op wachtgeld. Het wachtgeld was bedoeld voor ambtenaren wiens functie was vervallen en zou maximaal drie jaarsalarissen bedragen. Het Hof oordeelde dat dit onderscheid naar leeftijd niet gerechtvaardigd was, omdat het middel in dit geval niet noodzakelijk was. Ook de werknemers die na ontslag wilden doorwerken en (nog) niet met pensioen gingen kregen geen wachtgeld. Daarbij lag de uiterlijke verplichte leeftijd van pensionering voor ambtenaren op 70 jaar. Een alternatief waarbij alleen 'gewenst gepensioneerden' worden uitgesloten van wachtgeld is voorhanden, aldus het Hof. Wel geeft het Hof toe, dat niet in zijn algemeenheid kan worden vereist dat 'elk geval afzonderlijk wordt onderzocht om te bepalen wat het best aan de specifieke behoeften van elke ambtenaar beantwoordt'.²⁰ Van belang in deze zaak is dat wettelijke regeling van het ambtenarenstatuut al in een dergelijk individueel onderzoek was voorzien. Dat mede in ogenschouw genomen, achtte het Hof een regeling waarbij ambtenaren die voor ouderdomspensioen in aanmerking komen zonder meer worden uitgesloten verdergaat dan noodzakelijk om de nagestreefde doelstellingen te bereiken.

4.2.2 *Landin (2015)*²¹

In de zaak *Landin* is dezelfde wettelijke regeling als in de zaak *Andersen* aan de orde, maar nu met een ontslag ná de algemene pensioenleeftijd. *Landin* werd op 67-jarige leeftijd ontslagen zonder ontslagvergoeding, omdat de Deense wet bepaalt dat aan een werknemer die bij ontslag recht heeft op Deens ouderdomspensioen (vergelijkbaar met AOW), geen ontslagvergoeding hoeft te worden betaald. *Landin* is na zijn ontslag in dienst getreden bij een nieuwe werkgever. Hij verzocht zijn vorige werkgever betaling van de ontslagvergoeding. Hij beriep zich bij de Deense rechter op verboden onderscheid naar leeftijd. De rechter stelde prejudiciële vragen aan het HvJ EU.

16 HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, JAR 2010/296 (*Andersen/Region Syddanmark*).

17 HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri/Rasmussen*).

18 HvJ EU 6 december 2012, C-152/11, RAR 2013/37 (*Odar/Baxter*).

19 HvJ EU 21 oktober 2013, C-546/11, JAR 2013/266 (*Toftgaard/Indenrigs-og Sundhedsministeriet*).

20 HvJ EU 6 december 2012, C-152/11 (*Odar/Baxter*), r.o. 70 e.v.

21 HvJ EU 8 april 2015, C-515/13 ECLI:EU:C:2015:115, (*Landin/TEKNIQ*).

Het uitsluiten van het recht op ontslagvergoeding van algemeen pensioengerechtigden achtte het Hof een gerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd. Het Hof, wellicht aanvoelend dat het onderscheid tussen de verschillende uitspraken over pensionering en ontslagvergoedingen lastig te maken is, gaat uitvoerig in op de verschillen tussen de uitspraken.

De pensioenleeftijd is in *Landin* gelijk aan die van het algemene Deense ouderdomspensioen. Dat is een verschil met de zaak *Andersen*, waarin de werknemer door met vervroegd pensioen te gaan te maken zou krijgen met een verlaagd pensioen. Het risico van een verlaagd pensioen door vervroegde pensionering speelt in deze zaak niet. Deze werknemer kan immers aanspraak maken op het algemeen ouderdomspensioen, omdat de op nationaal niveau vastgelegde pensioengerechtigde leeftijd is bereikt, aldus het Hof.

Over *Toftgaard* merkt het Hof op dat het uitgezonderd zijn van recht op wachtgeld vanaf de algemene pensioenleeftijd kan leiden tot een aanzienlijk verlies aan inkomsten op de lange termijn. Dat is anders in *Landin*, waar het gaat om een ontslagvergoeding van maximaal 3 maanden. Dit onderscheid is naar mijn mening weinig overtuigend.²² Indien de schade werkelijk doorslaggevend zou zijn, zou ook de uitsluiting van het recht op wachtgeld van een werkwillige vanaf 70 jaar ontoelaatbaar zijn. Aansluiten bij een 'aanzienlijk verlies aan inkomsten'-criterium maakt het onderscheid arbitrair. Het Hof lijkt in *Toftgaard* nu juist mee te wegen dat de uiterlijke pensioenleeftijd voor ambtenaren op 70 ligt.²³ Hiermee maskeert het Hof eigenlijk het algemene pensioenleeftijdscriterium door aan te sluiten bij de uiterlijke ambtelijke pensioenleeftijd.

In de literatuur is eerst door Vegter²⁴ opgemerkt en later door Donner-Broersma²⁵ betoogd dat het HvJ EU onderscheid lijkt te maken tussen een regulier pensioenontslag en een ontslag wegens andere redenen dat 'toevallig' op de pensioenleeftijd plaatsvindt. Bij bedrijfseconomisch ontslag is het volgens Donner-Broersma niet zeker dat de wettelijke bepaling (art. 7:673 lid 7 BW) in overeenstemming is met de richtlijn.²⁶

Voor die opvatting bieden de oudere uitspraken wel enige steun, maar op basis van de recentere uitspraken, in het bijzonder *Landin*, zie ik geen reden om dat onderscheid te maken. Als voldaan is aan het "algemeenpensioenleeftijdscriterium" is ontslag zonder vergoeding toegestaan. Dit wordt ondersteund door de zojuist besproken Hof-uitspraken,

waarbij het Hof verwijst naar de 'nationaal vastgestelde' pensioenleeftijd.

Uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat een pensioenontslag zonder vergoeding op de algemene landelijke pensioenleeftijd geen ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid oplevert. Alleen in een uitzonderlijk geval waarin sprake is van een aanzienlijk inkomensverlies op de lange termijn én de uiterste verplichte pensioenleeftijd nog niet is bereikt op het moment van ontslag kan dat kennelijk anders liggen. *Toftgaard* is in feite een uitzondering die de regel bevestigt dat ontslag zonder vergoeding op de algemene pensioenleeftijd toelaatbaar is.

5. Betekenis uitspraken voor de Nederlandse transitievergoeding

Voor het vaststellen van de Nederlandse pensioenleeftijd kan het best worden aangeknoopt bij de AOW-leeftijd.²⁷ Deze leeftijd is immers vergelijkbaar met de leeftijd waarbij het Hof in *Landin* aansluit: de ingangleeftijd van het algemene *Folkepension*. Net als in Denemarken geldt de AOW-leeftijd namelijk voor (bijna) iedereen in Nederland. Een verschil is nog dat het recht op AOW-uitkering niet afhankelijk is van het daadwerkelijk stoppen met werken, het Deense *Folkepension* wordt juist gekort tijdens het doorwerken. Dit verschil geeft nog een extra argument voor het standpunt dat de AOW-leeftijd moet dienen als onze algemene pensioenleeftijd. Of een AOW-gerechtigde nu doorwerkt of niet, de AOW-uitkering trekt zich daar niets van aan.

Leeftijdsonderscheid is pas problematisch wanneer de pensioenontslagleeftijd beneden de AOW-gerechtigde leeftijd ligt. Dit kan voorkomen bij een pensioenontslagbeding, waar de pensioenleeftijd door (cao-)partijen wordt bepaald. Een rechtvaardiging voor de uitsluiting van een ontslagvergoeding onder de gewone pensioenleeftijd, schiet dan, gelet op bovenstaande uitspraken, al snel tekort. Daarbij komt dat bij de totstandkoming van de Wwz door de wetgever helemaal geen rechtvaardiging is gegeven voor het specifiek uitsluiten van deze groep. De uitspraken *Rasmussen* en *Andersen* leren dat deze uitsluiting naar alle waarschijnlijkheid geen stand zal houden. Daarbij is er nog de complicerende omstandigheid dat het pensioenontslag beneden de AOW-leeftijd *an sich* al gerechtvaardigd moet worden.²⁸

6. Geven onbillijke gevallen aanleiding tot individuele toetsing?

Het Hof 's-Hertogenbosch stelde als tweede vraag aan de Hoge Raad in hoeverre er een noodzaak bestaat om indivi-

22 Zie ook de kritische noot van Vegter onder HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115, JAR 2015/96.

23 HvJ EU 21 oktober 2013, C-546/11, r.o. 65.

24 HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115, JAR 2015/96, m.nt. M.S.A. Vegter.

25 W.C.M. Donner-Broersma, 'Opgepast bij onthouden vergoeding aan AOW-of pensioengerechtigden!', TAO 2016/3.

26 Zie anders: I. Zaal, J.M. van Slooten & J.P.H. Zwemmer, in: *Handboek Nieuw Ontslagrecht*, onder 9.4.6: "Artikel 7:673 lid 7 sub b BW vermoedelijk op hoofdlijnen niet in strijd met Richtlijn 2000/78/EG".

27 Zie ook Rb. Gelderland 14 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2395. Een ambtenaar van 65 was uitgesloten van de wachtgeldregeling. De kantonrechter oordeelt dat een wachtgeldregeling die de stopleeftijd op een andere leeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd heeft gesteld, een verboden onderscheid naar leeftijd oplevert in het licht van de Richtlijn 2000/78/EG.

28 HR 13 juli 2013, ECLI:NL:HR:2012:BW3367 (*KLM/VNV*) en HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0424 (*Vliegers/KLM*).

duel te toetsen of het onthouden van transitievergoeding in een individueel geval onbillijk kan uitpakken. Het hof merkte op dat de situatie voor de werknemer extra bijzonder is omdat hij geen volledige AOW-uitkering heeft opgebouwd.²⁹

Eerder heeft Lutjens³⁰ hier al aandacht aan besteed. Volgens Lutjens is het maar zeer de vraag of het uitsluiten van het recht op de transitievergoeding gerechtvaardigd is, gezien de mogelijke grote individuele gevolgen. Hij betoogt dat de AOW-uitkering een lage uitkering is die de inkomensbehoefte slechts ten dele afdekt en dat er soms sprake kan zijn van een gekort AOW-pensioen wegens onverzekerde jaren. Het gemis van een ontslagvergoeding komt dan extra hard aan.

Toegegeven: dit is een reëel en pijnlijk punt. Het is zeer onwenselijk indien een groep ouderen zo tussen het schip en wal raken. Ik denk alleen niet dat deze problematiek goed wordt opgelost door in individuele gevallen de werkgever toch de transitievergoeding te laten betalen. Het doet denken aan symptoombestrijding van een (schrijnende maar bewuste) keuze van de AOW-wetgever, waarbij het risico op de verminderde of zelfs sowieso karige AOW op het bordje van de werkgever wordt gelegd.

Bovendien heeft het Hof zelfs in de uitzonderlijke Toftgaard-casus benadrukt dat niet in alle gevallen zo'n individuele toets kan worden verlangd.

Daarbij komt dat, wanneer werkgevers inderdaad verplicht zouden zijn om individueel te toetsen bij pensioenontslag, dat zou betekenen dat werkgevers er baat bij hebben om geen werknemers aan te nemen die onverzekerde jaren hebben in verband met het werken in het buitenland, of op een andere manier slecht uitkomen met een vergoedingsloze pensioenontslag. Dit zou een onwenselijk en onbedoeld effect zijn van zo'n individuele toetsing.

7. Conclusie

Het niet betalen van een transitievergoeding bij pensioenontslag kan door de Europeesrechtelijke beugel, mits dit ontslag voldoet aan het algemeenepensioenleeftijdscriterium, in ons geval: de AOW-leeftijd. Een pensioenontslag op een eerdere pensioenleeftijd dan die van de AOW geeft naar mijn mening meer problemen. Het niet uitbetalen van een transitievergoeding zal in zo'n geval al snel oplopen tegen de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets.

Tot slot moet de problematiek van werknemers met onverzekerde AOW-jaren serieus worden genomen, maar dit oplossen met een individuele toets komt neer op *het ene (pensioen)gat met het andere stoppen*.

29 Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345, JAR 2017/72, r.o. 3.23.

30 E. Lutjens, 'Pensioengerechtigde leeftijd en einde arbeidsovereenkomst onder de WWZ', TPV 2015/4, onder 7.