**1. Pensioenovereenkomst**

*mr. drs. Edwin Schop CPL - Senior Consultant Pensions & Benefits (Spade & Company)*

**1.3 Ontslagvergoeding op of net voor pensioendatum**

Per 1 juli 2015 is het ontslagrecht gewijzigd. Vanaf dat moment is de werkgever aan de werknemer (onder voorwaarden) een transitievergoeding verschuldigd (artikel 7:673 BW). De **Hoge Raad (20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651)** mocht oordelen over de vraag of de wettelijke uitsluiting van een transitievergoeding voor een AOW-gerechtigde werknemer verboden onderscheid naar leeftijd oplevert. De werkgever is volgens art. 7:673 lid 7, aanhef en onder b. BW geen transitievergoeding verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd (ook genoemd pensioenontslag).

In deze zaak heeft een (ex-)werknemer zijn (ex-)werkgever gemaand tot betaling van een transitievergoeding, en wel nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het bereiken van zijn AOW-gerechtigde leeftijd. Vanaf dat moment ontvangt hij weliswaar een pensioenuitkering van het pensioenfonds en een (volledige) AOW-uitkering, maar de werknemer meent dat deze wettelijke uitsluiting een verboden onderscheid naar leeftijd maakt.

De vraag hier is met name of art. 7:673 lid 7, aanhef en onder b, BW in strijd is met Richtlijn 2000/78/EG (hierna “de Richtlijn”). De Richtlijn stelt een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. De werknemer, de werkgever en de Staat (ministerie van SZW) hebben op verzoek schriftelijke opmerkingen ingediend. De Hoge Raad overweegt dat het betreffende artikel directe discriminatie als bedoeld in de Richtlijn oplevert, omdat deze bepaling een direct op leeftijd gegrond verschil in behandeling maakt. Verschillen in behandeling op grond van leeftijd vormen echter geen verboden discriminatie, als zij in het kader van nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Uit het Landin-arrest (HvJ EU 26 februari 2015, ECLI:EU:C:2015:115) volgt dat lidstaten daarbij over een ruime beoordelingsmarge beschikken, niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstellingen kunnen worden verwezenlijkt.

De Hoge Raad overweegt dat een legitiem doel aanwezig is. Uit de wetsgeschiedenis bij de in 2015 ingevoerde Wet werk en zekerheid (hierna “Wwz”) volgt dat de uitsluiting van een transitievergoeding voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt, tot doel heeft te voorkomen dat personen die in de regel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levenshoud te voorzien, toch recht hebben op een transitievergoeding. Anders gezegd: de regel voorkomt dat de transitievergoeding toekomt aan een categorie van personen voor wie de vergoeding niet is bedoeld. Mede tegen de algemene achtergrond van de Wwz om het ontslag voor werkgevers minder kostbaar te maken, acht de Hoge Raad dit doel legitiem in de zin van de Richtlijn.

De Hoge Raad overweegt voorts dat de wettelijke uitsluiting ook passend en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel, nu de regel daadwerkelijk voorkomt dat de transitievergoeding toekomt aan de hiervoor genoemde categorie van personen. De wettelijke uitsluiting gaat volgens de Hoge Raad daarnaast niet verder dan noodzakelijk is.

Daarbij is van belang dat de uitsluiting op een bewuste keuze van de wetgever berust, die daarin een ruime beoordelingsvrijheid heeft. De wetgever heeft bij de totstandkoming van dit stelsel de belangen van de diverse te onderscheiden groepen tegen elkaar afgewogen. 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. Deze werknemer kan in het algemeen, ter compensatie van het wegvallen van zijn inkomen uit arbeid, aanspraak maken op een AOW-uitkering, die veelal wordt aangevuld met een in dienstverband opgebouwde pensioenuitkering. Dat sommige werknemers geen volledige AOW-uitkering hebben opgebouwd, brengt nog niet mee dat op de legitieme belangen van deze werknemers op excessieve wijze inbreuk wordt gemaakt, aldus de Hoge Raad.

De uitsluiting van een transitievergoeding voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt (art. 7:673 lid 7, aanhef en onder b, BW), is volgens de Hoge Raad daarom niet in strijd met de Richtlijn. De uitsluiting maakt (weliswaar) direct onderscheid op grond van leeftijd, maar van een verboden onderscheid is geen sprake. Met de doelstelling van de wetgever om met de invoering van de Wwz het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken, verdraagt zich niet dat in individuele gevallen moet worden getoetst of er toch een recht op een transitievergoeding bestaat.

Gelet op voornoemde uitspraak van de Hoge Raad zou mogelijk ook een eventuele aftopping van een transitievergoeding geen verboden onderscheid naar leeftijd opleveren. De vraag is of een dergelijke aftopping wel is toegestaan. Voor de invoering van de Wwz werd de hoogte van de ontbindingsvergoeding (doorgaans) vastgesteld aan de hand van de zogenoemde kantonrechtersformule. Daarbij gold als uitgangspunt dat rekening gehouden werd met de verwachte pensioendatum: de ontbindingsvergoeding werd afgetopt op de inkomstenderving tot aan de pensioendatum.

De wettelijke transitievergoeding daarentegen voorziet niet in aftopping van de transitievergoeding op de inkomstenderving tot aan pensioenleeftijd. Enkel werknemers die bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst de AOW-leeftijd hebben bereikt, hebben geen recht op de transitievergoeding. Dit is nog eens bevestigd in het recente arrest van de **Hoge Raad (5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845)**. De werknemer ontving geen transitievergoeding van zijn werkgever nadat zijn arbeidsovereenkomst vlak voor het bereiken van zijn AOW-leeftijd werd ontbonden.

Wat speelde er? De arbeidsovereenkomst van de werknemer werd door zijn werkgever met toestemming van het UWV opgezegd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Zijn werkgever ziet geen reden om de wettelijke transitievergoeding uit te betalen, nu aan de werknemer een IVA-uitkering is toegekend en hij bovendien bijna AOW-gerechtigd is. De werknemer legt zich hier niet bij neer en vordert in rechte de volledige wettelijke transitievergoeding (€ 73.541 bruto). De Rechtbank oordeelt dat een gedeeltelijke transitievergoeding redelijk is. Het is niet aannemelijk is dat de werknemer nog een andere baan zal krijgen en dat zijn situatie vrijwel gelijk is aan die van de werknemer die wordt ontslagen wegens het bereiken van de AOW-leeftijd. Nu de werknemer de AOW-leeftijd nog niet heeft bereikt, ziet de Rechtbank wel aanleiding een gedeeltelijke transitievergoeding van € 25.000 bruto toe te kennen.

Het Gerechtshof stelt daarentegen dat de wetgever (bewust) heeft gekozen voor een forfaitaire vergoeding, die ook verschuldigd is indien er niet of nauwelijks sprake is van kosten in verband met een overgang naar een andere baan of inkomensverlies. Het Gerechtshof acht toekenning van een volledige transitievergoeding niet onaanvaardbaar en kent dan ook de volledige transitievergoeding toe.

De Hoge Raad mocht vervolgens oordelen of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als de volledige transitievergoeding wordt toegekend. (Het salaris dat werknemer zou hebben ontvangen als hij had gewerkt tot aan zijn AOW-leeftijd bedraagt circa € 46.000. Daar komt bij dat aan de werknemer een IVA-uitkering is toegekend, zodat zijn werkelijke schade circa € 6.000 zou bedragen. En de volledige wettelijke transitievergoeding € 73.541)

Volgens de Hoge Raad is er sprake van een abstract en gestandaardiseerd stelsel, waarin de voorwaarden voor het recht op een transitievergoeding en de regels voor de berekening van de hoogte daarvan, nauwkeurig in de wet zijn omschreven. Dit gestandaardiseerde karakter blijkt onder andere uit het feit dat voor de aanspraak niet van belang is of de werknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst werkloos is, dan wel aansluitend een andere baan heeft gevonden.

Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever onder ogen gezien dat de wettelijke regeling van de transitievergoeding ertoe kan leiden dat een werknemer die kort voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wordt ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding die hoger is dan het loon dat hij zou hebben ontvangen wanneer hij in dienst zou zijn gebleven. Desondanks is niet voor aftopping gekozen. Er is dan ook geen grond om toekenning van een volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten.

Wordt een werknemer kort voor zijn AOW-gerechtigde leeftijd ontslagen dan heeft hij recht op een volledige transitievergoeding. Daarbij maakt het niet uit of de werknemer nog aanspraak kan maken op een inkomen (bijvoorbeeld uit een baan elders of een uitkering).

**1.3 Sociaal plan en de anticumulatiebepaling**

In hetzelfde licht als wat is behandeld in 1.2 kan de vraag worden gesteld of een werkgever de ontslagvergoeding opgenomen in een sociaal plan mag maximeren op de inkomstenderving tot ‘pensioneringsdatum’. Een maximering van een ontslagvergoeding (via toepassing van een zogenaamde anticumulatiebepaling) met het oog op een naderend pensioen levert weliswaar onderscheid op grond van leeftijd op maar is niet per definitie verboden. Het maximeren van een ontslagvergoeding tot de verwachte inkomensderving tot de AOW-gerechtigde leeftijd wordt over het algemeen (met een beroep op de uitspraak van het HvJ EU van 6 december 2012, JAR 2013/19) toegestaan. Ook de Rechtbank Rotterdam 5 september 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:8801) beoordeelde de maximering van de ontslagvergoeding als passend en noodzakelijk (onderstreping ES):

*“Het is een legitiem doel te bevorderen dat de voor ontslagvergoedingen beschikbare middelen in het kader van een reorganisatie worden verdeeld onder alle bij dat ontslag betrokkenen en niet (vrijwel) geheel ten goede komen aan de oudere werknemers, terwijl bovendien moet worden voorkomen dat de ontslagvergoeding ten goede komt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken, maar een vervangingsinkomen voor ouderdomspensioen zullen ontvangen. Het gekozen middel – aftopping van de vergoeding op 65 jarige leeftijd – is geschikt om dit doel te bereiken. Dat de maatregel passend en noodzakelijk is, blijkt uit het feit dat dat de vergoeding […] gelijk is aan de inkomensderving van de werknemer tot zijn pensioenleeftijd. Met een eventuele vervroegde pensionering is (terecht) geen rekening gehouden. Daarmee blijft de werknemer op hetzelfde inkomensniveau als ware hij bij de werkgever tot zijn pensioengerechtigde leeftijd in dienst gebleven.”*

Hierbij ging het wel om de (destijds reguliere) pensioen(richt)leeftijd van 65 jaar en niet om vroegpensioen (er was wel sprake van vroegpensioen, maar daar werd bij het bepalen van de vergoeding geen rekening mee gehouden). En speelde dit in de tijd waarin de kantonrechtersformule van toepassing was (waarbij een beperking van de vergoeding tot de pensioengerechtigde leeftijd gebruikelijk was), en niet de transitievergoeding.

Of bij het maximeren van de ontslagvergoeding door het hanteren van een eerdere leeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd is toegestaan, is minder duidelijk. Dit is een direct onderscheid in de zin van art. 1 onder b van de Wet Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (hierna “WGBLA”). De vraag is dan of dit een ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd oplevert of dat voor het maken van dit onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestaat (artikel 7 lid 1 sub a en c WGBLA). Voorwaarden voor die rechtvaardiging zijn (in het kort): er is sprake van een legitiem doel en de betreffende maatregel is passend en noodzakelijk (proportioneel) om dit doel te bereiken. Hoewel sociale partners een grote vrijheid hebben bij de keuze van de doelstellingen en de middelen om die te bereiken, dient de rechter bij de vraag of daarbij voldaan is aan de eisen van noodzakelijkheid (vol dus niet marginaal) alle relevante omstandigheden te betrekken (zie ook HR 18 december 2015, JAR 2016).

Uit de uitspraak van het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch (7 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2293) kan worden afgeleid dat het mogelijk is om rekening te houden met inkomen (een inkomensvervangende en/of een uitkering of een (vroeg)pensioenuitkering), mits de werkgever kan motiveren waarom ervoor gekozen is niet aan te knopen bij de AOW-gerechtigde leeftijd. Bijvoorbeeld omdat de reorganisatie vooral jongere werknemers met een slechte arbeidsmarktpositie raakt. Een gedetailleerd uitgewerkte en onderbouwde aanpak is hierbij dan wel noodzakelijk.

Wat was het geval? De betreffende bepaling in het sociaal plan strekt ertoe de vergoeding te beperken tot het bedrag aan inkomensderving, gerekend tot het moment waarop werknemer met vervroegd ouderdomspensioen kan gaan, ongeacht of hij vervroegd wil uittreden of wil doorwerken. De vergoeding waarop jongere werknemers recht hebben wordt uiteraard niet afgetopt.

Ten aanzien van de passendheid heeft het Gerechtshof geoordeeld dat het middel geschikt is om het doel te bereiken. Het Gerechtshof acht het hanteren van een vervroegde pensioenleeftijd geschikt om te bereiken dat (beperkte) financiële middelen zo eerlijk mogelijk worden verdeeld en dat aan de ontslagen werknemers een zekere inkomensbescherming wordt geboden. Kort gezegd komt het erop neer dat de werknemers die aanspraak kunnen maken op een vervroegd ouderdomspensioen, over een inkomen kunnen beschikken nadat een einde is gekomen aan de WW-uitkering, terwijl werknemers die nog geen aanspraak kunnen maken op een vervroegd ouderdomspensioen dat na afloop van de WW-uitkering niet kunnen. De ontslagvergoeding wordt voor de eerstgenoemde groep ‘afgetopt’ omdat die groep op een andere wijze in inkomen kan voorzien, welke mogelijkheid de laatstgenoemde groep niet heeft. De werknemers hebben aangevoerd dat het juist geen eerlijke verdeling van de middelen betreft, nu oudere werknemers onevenredig hard getroffen worden ten opzichte van de jongere werknemers. Het Gerechtshof acht de keuze van de sociale partners om rekening te houden met andere inkomensvoorzieningen niet oneerlijk. De arbeidsmarktpositie van oudere werknemers – en de daarmee verband houdende inkomenspositie en het risico op een terugval in inkomen, is nu eenmaal een andere dan die van jongere werknemers. De keuze om rekening te houden met de inkomensvoorziening voor oudere werknemers, leidt ertoe dat ruimer kan worden voorzien in de inkomensachteruitgang waarmee jongere werknemers te maken krijgen na het eindigen van een recht op uitkering. Voor wat betreft de achteruitgang in pensioenopbouw heeft te gelden dat deze deels is verzacht door een aanvullingsregeling, waarvan oudere werknemers wel, maar jongere werknemers geen gebruik kunnen maken. Het Gerechtshof is van oordeel dat die keuze als ‘eerlijk’ kan worden beschouwd in de zin van een passend middel om het beoogde doel te bereiken.

De vraag is dan in het kader van de noodzakelijkheid of het middel voldoet aan de eisen van proportionaliteit (dat wil zeggen dat het middel in verhouding dient te staan tot het nagestreefde doel) en subsidiariteit (is er een ander middel dat niet of in mindere mate het indirecte onderscheid oplevert). Het Gerechtshof ziet in een nieuw sociaal plan bij de werkgever (dat vanwege de looptijd niet op werknemer van toepassing is) een aanwijzing dat er ook een ander middel voorhanden was om het doel te bereiken. In het nieuwe sociaal plan worden weliswaar lagere vergoedingen toegekend, maar wordt onder pensioenrichtleeftijd de AOW-gerechtigde leeftijd verstaan. Er wordt dus nog steeds een leeftijdsonderscheid gemaakt, maar in mindere mate dan in het onderhavige sociaal plan, omdat de AOW-leeftijd minder willekeurig is dan de leeftijd waarop werknemers van werkgever gemiddeld genomen met pensioen gaan. Het Gerechtshof had echter onvoldoende gegevens om te beoordelen of het hanteren van de AOW-gerechtigde leeftijd meer geschikt zou zijn om het doel te bereiken.

**Rechtbank Amsterdam (12 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:182)** mocht oordelen of de ‘aftopping’ van een vertrekvergoeding, tot een bedrag dat nodig is om een bepaald niveau aan vroegpensioen tot leeftijd 65 te ontvangen, in een sociaal plan leidt tot verboden onderscheid naar leeftijd. In de regeling is bepaald dat de ontslagvergoeding alleen wordt gemaximeerd voor de werknemers die met vroegpensioen (kunnen) gaan, wat alleen van toepassing is op werknemers die 60 jaar of ouder zijn. Neemt de werknemer zelf ontslag dan kan de werknemer jonger dan 60 jaar een ontslagvergoeding krijgen, gebaseerd op de oude kantonrechtersformule - naast een recht op een (bovenwettelijke) WW-uitkering. Voor de werknemer vanaf 60 jaar is de ontslagvergoeding zo gemaximeerd dat zowel bij opname van het vroegpensioen als ontvangst van een (bovenwettelijke) WW-uitkering aanzienlijke inkomensschade en pensioenschade ontstaat. Dit is een direct onderscheid in de zin van artikel 1 onder b WGBLA.

De vraag is dan of dit een ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd oplevert of dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. De maximering van de ontslagvergoeding heeft volgens de werkgever tot doel om werknemers te stimuleren tot het voortzetten van een actieve loopbaan. Voorts heeft de maximering tot doel kostenbeheersing van de gevolgen van de reorganisatie in samenhang met een rechtvaardige verdeling van de middelen. De Rechtbank oordeelt dat het doel beantwoordt aan een werkelijke behoefte binnen de organisatie en daaraan geen discriminerend oogmerk is verbonden. Voor beantwoording van de vraag of de maatregel passend en noodzakelijk is ziet de Rechtbank de volgende omstandigheden van belang. In 2015, toen de reorganisatie van start ging, waren de AOW-gerechtigde en de pensioenrichtleeftijd al aanzienlijk omhoog gegaan. Vanuit arbeidsmarktperspectief is verder van belang dat de overheidsmaatregelen, waaronder fiscale, op dat moment waren gericht op een langere deelname van de oudere werknemer aan het arbeidsproces. Anders dan de werkgever meent kan de leeftijd waarop gebruik kan worden gemaakt van vroegpensioen dan ook niet als “de gebruikelijke pensioenrichtleeftijd” worden aangemerkt. In dat kader is tevens van belang dat het een feit van algemene bekendheid is dat in de laatste jaren voorafgaand aan het bereiken van de AOW-leeftijd nog een belangrijke opbouw van het ouderdomspensioen plaatsvindt. De verwachting is dan ook dat een eventuele pensioenbreuk nog vele jaren tot aanzienlijke inkomensschade zal leiden.

Daarnaast was ten tijde van de verlenging van het sociaal plan sprake van voorgenomen en in een vergaand stadium verkerende wijzigingen in het ontslagrecht, waarin een wettelijke transitievergoeding was opgenomen die enerzijds bedoeld was als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer met de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. De transitievergoeding is uiteindelijk geregeld in artikel 7:673 lid 1 BW, dat vóór het ontslag van de werknemer, in werking is getreden. De wet voorziet niet in een aftoppingsregeling.

De vraag of het door de werkgever gekozen middel passend en noodzakelijk is dient naar het oordeel van de Rechtbank mede tegen de hiervoor geschetste achtergrond te worden beoordeeld.

De getroffen voorziening voor 60-plussers staat, aldus de Rechtbank, te ver af van de riante voorziening voor werknemers tot die leeftijd, terwijl de positie van bijvoorbeeld een 60-jarige niet zodanig verschilt van een 59-jarige waar het gaat om gerichtheid en kansen op de arbeidsmarkt en potentiële inkomensschade, dat dit verschil daardoor gerechtvaardigd wordt. De werkgever heeft ook geen concrete feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan moet worden aangenomen dat het vanuit financieel oogpunt niet mogelijk was om een eerlijker verdeling te bereiken. De Rechtbank acht daarom de gekozen regeling niet passend en niet noodzakelijk.

Dit volgt overigens ook uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU 12 oktober 2010, JAR 2010/296 (*Andersen*) en 26 september 2013, JAR 2013/266 (*Toftgaard*)). Daaruit blijkt dat het gelijk stellen van personen die voor een vroegpensioen in aanmerking komen met personen die daadwerkelijk een dergelijk pensioen ontvangen, een te vergaand middel is, omdat dit werknemers benadeelt die op de arbeidsmarkt actief willen blijven en zonder enige vergoeding voor hen de overgang naar ander werk bemoeilijkt wordt. In de arresten van het Europese Hof is expliciet overwogen dat de maatregel werknemers ertoe kan dwingen een ouderdomspensioen te accepteren dat lager is dan het pensioen waarop zij aanspraak zouden kunnen maken wanneer zij tot hogere leeftijd blijven werken, wat voor hen een aanzienlijk verlies aan inkomen op de langere duur meebrengt.

De Rechtbank komt daarmee tot conclusie dat de betreffende maximeringsregeling in strijd is met de WGBLA en derhalve als nietig buiten toepassing moet blijven.

Interessant is nog dat door de werkgever tevens een beroep is gedaan op de uitspraak van het HvJ EU van 6 december 2012, JAR 2013/19 (*Odar*). Hierin stelde het Europese Hof (onderstreping ES):

*“Het is een legitiem doel te bevorderen dat de voor ontslagvergoedingen beschikbare middelen in het kader van een reorganisatie worden verdeeld onder alle bij dat ontslag betrokkenen en niet (vrijwel) geheel ten goede komen aan de oudere werknemers, terwijl bovendien moet worden voorkomen dat de ontslagvergoeding ten goede komt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken, maar een vervangingsinkomen voor ouderdomspensioen zullen ontvangen.”*

De omstandigheden van het geval in de uitspraak van het Europese Hof acht de Rechtbank echter afwijkend van de onderhavige omstandigheden; in de uitspraak van het Europese Hof werd weliswaar de ontslagvergoeding gemaximeerd, maar met de substantiële ondergrens van de helft van de volgens een standaardformule berekende vergoeding. Bovendien ging het daar om de pensioenleeftijd van 65 jaar en niet om vroegpensioen, en achtte het Europese Hof het niet gerechtvaardigd om rekening te houden met de vervroegde pensioenleeftijd van 60 jaar voor gehandicapten.

Inmiddels zijn in Nederland de omstandigheden op de arbeidsmarkt sterk gewijzigd. Het ontslagrecht is versoberd (de WW-duur is verkort en de transitievergoeding voor ouderen is in de regel lager dan de kantonrechtersformule), de pensioenrichtleeftijd en de AOW-gerechtigde leeftijd zijn gestegen, vroegpensioenfaciliteiten zijn afgebouwd en de positie van ouderen op de arbeidsmarkt is nog ongewijzigde slecht. Deze omstandigheden zullen derhalve sneller dan voorheen aanleiding zijn tot ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd. Voor zover deze er nog zijn, het beperken van de ontslagvergoeding in een sociaal plan met (mogelijke) vroegpensioenuitkeringen zal een rechterlijke toets op onderscheid nagenoeg niet meer kunnen doorstaan. Zondermeer geldt vanaf 1 juli 2015 bij de aanpassing van het ontslagrecht dat de vergoeding (ongeacht de leeftijd, resterende duur tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd en eventueel inkomensvervangende uitkeringen) minimaal gelijk is aan de wettelijke transitievergoeding (zie hierna).

**Ook het** [**Gerechtshof Amsterdam (25 september 2018**](https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2018:3495)**, ECLI:NL:GHAMS:2018:3495)** mocht zich over een soortgelijk geval buigen. **Door een reorganisatie wordt het dienstverband van twee oudere werknemers beëindigd. Zij hebben op grond van het sociaal plan recht op een vergoeding bij ontslag. Conform het sociaal plan topt de werkgever de ontslagvergoedingen van deze oudere werknemers af. De werknemers stellen dat de aftopping leidt tot een verboden onderscheid op basis van leeftijd. Hoewel de rechter de aftopping nietig verklaart, vermindert hij toch de ontslagvergoeding. Wat was hier de situatie?**

In 2016 verbreekt de werkgever het dienstverband van twee werknemers. In het sociaal plan is een regeling opgenomen die voorziet in een vergoeding bij voortijdig ontslag wegens een reorganisatie. Volgens deze regeling krijgen werknemers die boventallig zijn en worden ontslagen een ontslagvergoeding. De ontslagvergoeding bedraagt 75% van het bruto maandsalaris keer de gewogen diensttijd. De gewogen diensttijd wordt bepaald volgens de kantonrechtersformule (dienstjaren op latere leeftijd wegen zwaarder).

Volgens het sociaal plan kunnen ontslagvergoedingen worden afgetopt. De ontslagvergoedingen zijn hierdoor niet hoger dan het bruto salaris tot de “individuele pensioenleeftijd” van de werknemer. De individuele pensioenleeftijden van de werknemers liggen vóór de ontslagdatum in 2016. Daarom krijgen beiden geen ontslagvergoeding. Volgens het sociaal plan zoude ontslagvergoeding (zonder aftopping) respectievelijk circa € 230.000 en circa € 98.000 bedragen. De aftopping is volgens de werknemers ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd.

Zowel de Rechtbank als het Gerechtshof zijn van oordeel dat de aftoppingsregeling een direct onderscheid naar leeftijd maakt. Volgens de werkgever is het hoofddoel van de ontslagvergoedingsregeling het bieden van inkomensbescherming aan ontslagen werknemers. De aftopping dient volgens de werkgever om een eerlijke verdeling van de beschikbare middelen onder alle bij het ontslag betrokkenen te bewerkstelligen. Het Gerechtshof oordeelt dat dit een legitiem doel is. Het plaatst hierbij wel de kanttekening dat het doel zo algemeen is geformuleerd dat het ruimte laat voor een scala aan middelen om dat doel te bereiken.

De werkgever betoogt vervolgens dat werknemers die hun individuele pensioenleeftijd hebben bereikt (zoals de betreffende werknemers) geen behoefte hebben aan inkomensondersteuning. De individuele pensioenleeftijd wijkt af van de pensioenleeftijd in de huidige regeling. Dat komt omdat de werkgever bij wijziging van de pensioenregeling in 2006 extra pensioen heeft toegekend zodat betrokken werknemers al op 62- of 63-jarige leeftijd een volledig pensioen hebben kunnen opbouwen. Volgens de werkgever hebben sociale partners om die reden het redelijk gevonden om de ontslagvergoedingsregeling niet pas af te toppen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd (die hier ongeveer gelijk is aan de AOW-gerechtigde leeftijd en dus hoger is dan de individuele pensioenleeftijd).

De werknemers stellen weldegelijk nadeel te ondervinden van de aftopping. Als zij aanspraak zouden maken op een WW-uitkering ontvangen zij maar 70% van hun laatstgenoten salaris. Hoewel de betreffende werknemers voornemens waren door te werken tot hun AOW-gerechtigde leeftijd zien zij zich genoodzaakt ruim voor het bereiken van deze leeftijd respectievelijk pensioen op te vragen (de ene werknemer) dan wel een WW-uitkering aan te vragen ( de andere werknemer). De pensioen- en de WW-uitkering zijn veel lager dan het laatstgenoten salaris. Daardoor leiden zij inkomensschade. Ook leiden zij pensioenschade omdat zij na de ontslagdatum geen pensioen meer opbouwen.

Het Gerechtshof constateert dat door de aftoppingsregeling oudere werknemers met een lang dienstverband zonder aanwijsbare noodzaak onevenredig hard worden getroffen. Zij krijgen als zij ten tijde van hun ontslag hun individuele pensioenleeftijd hebben bereikt, geen of een relatief lage ontslagvergoeding, terwijl zij gezien hun leeftijd slechte kansen op de arbeidsmarkt hebben en - als zij niet waren ontslagen -  nog enkele jaren hadden kunnen werken. Daarbij komt dat zij, indien zij geen ander werk vinden in die jaren, in ieder geval (minimaal) 30% van hun inkomen missen en hun pensioen niet verder opbouwen. Zij hebben dus wel degelijk nadeel van de aftopping.

De extra pensioenstorting ten behoeve van alle werknemers rechtvaardigt volgens het Gerechtshof niet het aftoppen van de ontslagvergoeding van de enkele werknemers die hun individuele pensioengerechtigde leeftijd al (bijna) hebben bereikt. Het Gerechtshof is van oordeel dat de aftoppingsregeling van het sociaal plan niet een passend en noodzakelijk middel is om het door de werkgever geformuleerde doel te bereiken. Het Gerechtshof is echter wel van oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als de werknemers de volledige ontslagvergoeding ontvangen waarop zij ingevolge het sociaal plan recht hebben. Want dat zou inhouden dat zij meer inkomen zouden ontvangen dan hetgeen waarop zij recht hadden als zij tot de AOW-datum zouden blijven werken. De vorderingen van de werknemers zijn daarom slechts toewijsbaar voor zover zij ten gevolge van het ontslag door de werkgever inkomen derven tot aan de AOW-leeftijd en pensioenschade lijden als gevolg van het feit dat zij verdere pensioenopbouw missen tot die leeftijd. Daarbij mag de werkgever rekening houden met de toegekende WW-uitkering dan wel het ingegaan vroegpensioen.

*Maar minimaal de transitievergoeding?*

Het Gerechtshof staat het korten van de ontslagvergoeding dus toe. Maar dient de ontslagvergoeding niet minimaal gelijk of gelijkwaardig te zijn aan de (wettelijke) transitievergoeding? Sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz) bepaalt artikel 7:673b BW dat een werkgever geen transitievergoeding aan zijn ontslagen werknemer hoeft te betalen als er in de toepasselijke cao een “gelijkwaardige voorziening” is opgenomen. Deze cao-voorziening moet volgens de wetsgeschiedenis, om gelijkwaardig te zijn aan de transitievergoeding, in geld of natura het equivalent zijn van de transitievergoeding die aan een werknemer toekomt. Dat roept natuurlijk de vraag op wat onder gelijkwaardig kan worden verstaan. Zo overweegt het Gerechtshof in de onderliggende uitspraak dat de werknemers geen recht hebben op de (subsidiair) verzochte transitievergoeding omdat in het sociaal plan een regeling is opgenomen voor een zogenoemde “gelijkwaardige voorziening bij ontslag” als bedoeld in artikel 7:673b lid 1 BW. Dat die regeling een aftopping kent en de transitievergoeding in beginsel niet, maakt de regeling volgens het Gerechtshof niet ongelijkwaardig. Het lijkt mij echter eerder dat in dat geval het sociaal plan, anders dan het Gerechtshof aanneemt, juist niet voldoet aan de eis van gelijkwaardigheid. En de werknemer minimaal aanspraak kan maken op de wettelijke transitievergoeding toekomt. Als daarentegen uitsluitend recht bestaat op een financiële vergoeding (en er in de cao dus geen andere voorzieningen zijn overeengekomen voor werknemers) blijft een vergoeding van toepassing die gelijk is aan de wettelijke transitievergoeding.

Hierover is sinds de invoering van de Wwz per 1 juli 2015 al veel te doen geweest. Eerder waren er al twee uitspraken met ieder een andere uitkomst. Rechtbank Groningen (4 januari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:884) oordeelde dat een aanspraak in een sociaal plan op premievrije voortzetting van het ouderdomspensioen voldoet aan de eis van gelijkwaardigheid, terwijl Rechtbank Arnhem (8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079) over een zelfde voorziening juist het tegenovergestelde oordeelde.: de vergoeding dient niet globaal voor een werknemer gelijkwaardig te zijn, maar voor elke werknemer specifiek. Een voor alle werknemers gemiddeld gelijkwaardige vergoeding voldoet dus niet aan artikel 7:673b BW, aldus Rechtbank Arnhem. Dit oordeel is ook in overeenstemming met de wetsgeschiedenis.

*Wijziging wet transitievergoeding bij reorganisatie*

Op dit moment dient een gelijkwaardige voorziening dus nog individueel gelijkwaardig te zijn; de contante waarde van de voorziening dient minimaal gelijk te zijn aan de hoogte van de wettelijke transitievergoeding waar de betreffende werknemer recht op heeft. Het voorschrift dat op het niveau van de individuele werknemer sprake moet zijn van een aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening kan een belemmering zijn om te komen tot collectieve (sectorale) afspraken over van werk naar werk. De zogenoemde gelijkwaardige voorziening kan namelijk bestaan uit een eigen vergoedingsregeling, scholingsfaciliteiten, outplacement of een bovenwettelijke WW-uitkering. Daarom is inmiddels is het Staatsblad gepubliceerd de Wet wijziging transitievergoeding (Stb. 234, Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid; Kamerstukken 34699). Deze wet maakt het, via wijziging van artikel 7:673b lid 1 BW, mogelijk om een collectief gelijkwaardige voorziening af te spreken waarvan de (gekapitaliseerde) waarde van dergelijke voorzieningen niet gelijkwaardig is aan de transitievergoeding waar een individuele werknemer recht op zou hebben gehad.

Wel blijft gelden dat in het geval uitsluitend recht bestaat op een financiële vergoeding (en er in de cao dus geen andere voorzieningen zijn overeengekomen voor werknemers) een vergoeding van toepassing blijft die gelijk is aan de wettelijke transitievergoeding. Onder omstandigheden kan echter ook een lagere financiële vergoeding redelijk zijn, namelijk wanneer naar het oordeel van cao-partijen de financieel-economische situatie zodanig is dat het omwille van de continuïteit van een bedrijf of van bedrijven in een sector niet verantwoord is om vergoedingen van het niveau van de transitievergoeding te verstrekken, of als door cao-partijen een deel van de beschikbare middelen is aangewend voor de financiering van andere voorzieningen. Dat kan bijvoorbeeld zijn de inrichting van een mobiliteitscentrum of scholingstrajecten voor werknemers die gelet op hun kennis en ervaring niet gemakkelijk een andere baan zullen vinden.

Ook is het mogelijk dat recht bestaat op een combinatie van voorzieningen die kunnen bijdragen aan het beperken van werkloosheid en een – in dat geval veelal aanvullende – financiële vergoeding. Ook dan zal de financiële vergoeding lager kunnen zijn (en naast een eenmalig bedrag bijvoorbeeld kunnen bestaan uit een suppletieregeling op een uitkering of op het loon bij het aanvaarden van lager betaalde arbeid) gelet op de kosten gemoeid met de voorzieningen die kunnen bijdragen aan het beperken van werkloosheid. Dat is bij de huidige wettelijke regeling van de transitievergoeding niet anders nu hierop (met instemming van de werknemer) zogenoemde inzetbaarheids- en transitiekosten in mindering kunnen worden gebracht.

De verwachte inwerkingtredingsdatum van de wet is 1 januari 2020.

**4. Ontslagvergoeding en reorganisatie: wel of geen RVU**

Bij het vormgeven van ontslagvergoedingen bij reorganisaties blijft de Regeling Vervroegde Uittreding (RVU) de gemoederen bezig houden. Omdat de Belastingdienst er in de praktijk van uitging dat het feitelijk gebruik van de regeling bepalend is voor de kwalificatie als RVU, Of omdat de RVU mogelijk één van de redenen is waarom de onderhandelingen tussen het kabinet en de sociale partners over een nieuw pensioenstelsel zijn geklapt.

Van een RVU is sprake bij een regeling of gedeelte van een regeling, die (nagenoeg) uitsluitend het doel heeft een financiële overbrugging te geven voor de periode van ontslag tot aan de ingangsdatum van het pensioen of AOW. Of er sprake is van een RVU toets de Belastingdienst eerst op grond van het zogenoemde kwalitatieve besluit (van 26 mei 2005, nr. DGB2005/3299M) en vervolgens, mocht uit de kwalitatieve toets komen dat de van toepassing is, op grond van het zogenoemde kwantitatieve besluit (8 december 2005, nr. DGB2005/6722M). Op grond van het kwalitatieve besluit is in ieder geval geen sprake van een RVU, als de werkgever voor het ontslag een objectief criterium hanteert en het ontslag niet leeftijdsgerelateerd is. Er mag niet de intentie bestaan oudere werknemers met het oog op vervroegd uittreden te ontslaan. Afspiegelen en lifo (‘*last in, first out’*) zijn voorbeelden van een objectief criterium bij collectief ontslag die in het besluit worden genoemd. Daarnaast noemt het besluit een aantal voorbeelden van niet-leeftijdsgerelateerd ontslag in individuele situaties, zoals aantoonbaar disfunctioneren of onverenigbaarheid van karakters. ln die gevallen is geen sprake van een leeftijdsgerelateerd ontslag.

Als er sprake is van een RVU, wordt bij de werkgever een pseudo-eindheffing van 52% geheven (artikel 32ba Wet op de Loonbelasting 1964), naast de belasting die de werknemer verschuldigd is over de ontvangen ontslaguitkering.

Het onderscheid tussen een RVU en een voor alle werknemers toegankelijke ontslagregeling is niet altijd helder. Dat blijkt uit de dagelijks praktijk met afstemming met de Belastingdienst als uit de rechtspraak hierover. Recent heeft de Hoge Raad een belangrijk vonnis gewezen. Bij de beoordeling of wel of geen sprake is van een RVU heeft de Hoge Raad op 22 juni 2018 (**HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:958**) duidelijk gemaakt dat het gaat om de objectieve voorwaarden en kenmerken van de regeling, de RVU-toets vooraf moet plaatsvinden en dat het niet gaat, in tegenstelling tot wat de Belastingdienst veelal als uitgangspunt hanteerde) om de (pas achteraf vast te stellen) feitelijke uitwerking ervan (hoeveel ouderen zijn er vertrokken en welke vergoeding is, nadat de reorganisatie is voltooid, aan wie toegekend?). In cassatie betoogde de Staatssecretaris van Financiën dat (de achteraf pas vast te stellen) feitelijke uitstroom van werknemers en de hoogte van de feitelijk overeengekomen beëindigingsvergoedingen doorslaggevend moeten zijn bij de beoordeling van een regeling. En daarom deze (vertrek)regeling wél een RVU zou zijn. De Hoge Raad was het hier dus niet mee eens. [[1]](#footnote-1) Voor de praktijk is dat een welkome verduidelijking.

Omdat dat voor de uitkomst van het vonnis van belang is ga ik hierna in op de feitelijke omstandigheden en het voorafgaande oordeel van het Gerechtshof (**18 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5158**). Wat was hier geval? De werkgever was in verband met reorganisatie een sociaal plan overeengekomen met de vakbonden. Dit plan bevatte ook een vertrekregeling voor boventallige werknemers, onafhankelijk van leeftijd. De werknemers die de regeling wilden gebruiken als overbrugging tot hun pensioen ontvingen een beëindigingsvergoeding die maximaal de te verwachten inkomensderving tot het bereiken van de AOW‑gerechtigde leeftijd bedroeg. Hierin zijn boventallige werknemers aangewezen volgens het afspiegelingsbeginsel bij onderling uitwisselbare functies. Het plan bevat ook een vrijwilligers- en plaatsmakersregeling. De werkgever kan een verzoek van een werknemer om gebruik te maken van één van deze regelingen weigeren. De werkgever verzoekt de Belastingdienst een beschikking af te geven dat er geen sprake is van een RVU. De Belastingdienst weigert dit, omdat naar zijn mening wel degelijk sprake is van een RVU. De werkgever stapt daarop naar de rechter en wordt door zowel de Rechtbank als het Gerechtshof in het gelijk gesteld. Volgens het Gerechtshof gaat het bij de RVU-toets om de vraag of de uitkeringen en verstrekkingen *bedoeld zijn om* het inkomen van de werknemer tot de pensioendatum te overbruggen of aan te vullen. De beweegreden van de werkgever om de uitkeringen en verstrekkingen aan te bieden, doet niet ter zake . De subjectieve reden van de werkgever om de regeling aan te bieden, namelijk reorganisatie, is niet relevant. Ook niet relevant is de keuze van de individuele werknemer om van de regeling gebruik te maken en, als de werknemer dit doet, wat daarvan het (financiële) effect op hem is. Dat wil zeggen of de regeling overbrugging tot aan het pensioen of AOW mogelijk maakt. Het gaat bij de RVU-toets, aldus het Gerechtshof, om de vraag of de regeling en de daarin opgenomen voorwaarden ertoe strekken, dat een overbrugging wordt geboden tot de pensioendatum van de werknemer.

Volgens het Gerechtshof gaat het in deze casus om een regeling die alle medewerkers, ongeacht hun leeftijd, een mogelijkheid biedt om vrijwillig het dienstverband te beëindigen tegen een vertrekvergoeding op basis van de kantonrechtersformule. De hoogte van de beëindigingsvergoeding is afhankelijk van het bruto maandinkomen van de betrokken werknemer en het aantal dienstjaren. De uitkering houdt geen (direct) verband met de leeftijd van de werknemer en ook niet met de pensioendatum van de werknemer. Het feit dat in de regeling de hoogte van de vergoeding in verband met de pensioengerechtigde leeftijd van de betrokken medewerker werd beperkt (aftopping) en dat rekening werd gehouden met de inbouw van sociale zekerheidsuitkeringen, zoals de WW, de lO(A)W en dergelijke, maakt de regeling niet alsnog leeftijdsgerelateerd. De bedoeling van de werkgever bleek in dit geval uit objectieve criteria, zoals het baseren van de hoogte van de ontslagvergoeding op het aantal dienstjaren en het buiten beschouwing laten van de pensioendatum van de betrokken werknemer.

Het plan bevat geen voor een RVU kenmerkende bepalingen, bijvoorbeeld dat het een medewerker niet is toegestaan andere werkzaamheden te verrichten na beëindiging van het dienstverband of dat inkomsten van andere werkzaamheden in mindering komen op de beëindigingsvergoeding.

Naar aanleiding van het arrest zijn de besluiten van 26 mei 2005, nr. DGB2005/3299M en 8 december 2005, nr. DGB2005/6722M en van 18 december 2013, nr. BLKB2013/2200M bij het besluit van 11 december 2018, nr. 2018-28514 ingetrokken. In een Handreiking RVU d.d. 28 december 2018 wordt uiteengezet op welke wijze de Belastingdienst voortaan invulling geeft aan de RVU-toets.[[2]](#footnote-2)

Edwin Schop

14 januari 2019

1. Zie ook het vonnis van de Hoge Raad op 13 mei 2016 (HR 13 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:827). ln die procedure stelde de Hoge Raad vast dat er wel sprake was van een RVU. Dat is, gezien het bovenstaande, niet opvallend. Er was sprake van een non-activiteitsregeling waarvan enkel werknemers van 57 jaar en ouder gebruik konden maken en een uitkering werd aangeboden tot het ingaan van het pensioen of van de AOW-uitkering. De Hoge Raad oordeelde dat de beweegredenen (het doel en de intentie) van de werkgever om uitkeringen of verstrekkingen aan te bieden niet ter zake doen (in gelijke zin: HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8935). [↑](#footnote-ref-1)
2. https://www.belastingdienstpensioensite.nl/Handreiking%20RVU%20v281218.pdf [↑](#footnote-ref-2)