

De ontslagvergoeding bij reorganisaties

In 2018 is er veel gebeurd met betrekking tot de juridische duiding van ontslagvergoedingen. In dit artikel behandel ik 1. de vraag in hoeverre de hoogte van een ontslagvergoeding mag worden beperkt, 2. de status van wetgeving over de transitievergoeding bij sociale plannen en 3 een overzicht van wat 2018 aan inzichten bracht met betrekking tot de Regeling vervroegde uittreding (RVU).

DOOR EDWIN SCHOP

Vraag en Antwoord:

Vergoeding kantonrechttersformule maximeren tot AOW-leeftijd? - Ja

In de praktijk komt het vaak voor dat een werkgever de ontslagvergoeding (opgenomen in een sociaal plan) maximeert op de inkomstenderving tot 'pensioneringsdatum'. De vraag is dan: mag dat wel? 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 inkomstenderving 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 (cursivering ES):



Mr. drs. Edwin Schop CPL
Consultant Pensions &
Benefits.

“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 inkomstenderving van de werknemer tot zijn pensioenleeftijd. Met een eventuele vervroegde pensionering is (terecht) geen rekening gehouden. Daarmee blijft de werknemer op hetzelfde inkomstniveau 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). Dit speelde in de tijd waarin de kantonrechttersformule van toepassing was (waarbij een beperking van de vergoeding tot de pensioengerechtigde leeftijd gebruikelijk was), en niet de transitievergoeding.

Ontslagvergoeding maximeren tot individuele pensioenleeftijd? - Nee

Of bij het maximeren van de ontslagvergoeding 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 Wet Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (hierna 'WGBL'). De vraag is dan of dit een ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd oplevert of dat voor het maken van dit onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestaat (art. 7 lid 1 onder a en c WGBL). 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. Uit de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch (7 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2293) kan wor-

den afgeleid dat het mogelijk is om rekening te houden met inkomens (een inkomensvervangende en/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 inkomensderiving, 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 hof geoordeeld dat het middel geschikt is om het doel te bereiken. Het hof 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

Het hof acht de keuze van de sociale partners om rekening te houden met andere inkomensvoorzieningen niet oneerlijk.

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 mogelijk-

heid 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 hof 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 hof 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 min-

dere mate het indirecte onderscheid oplevert). Het hof 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 leeftijds-onderscheid 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 hof 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 kantonrechtformule – 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 ontstaan. Dit is een direct onderscheid in de zin van art. 1 onder b WGBL.

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 dat 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

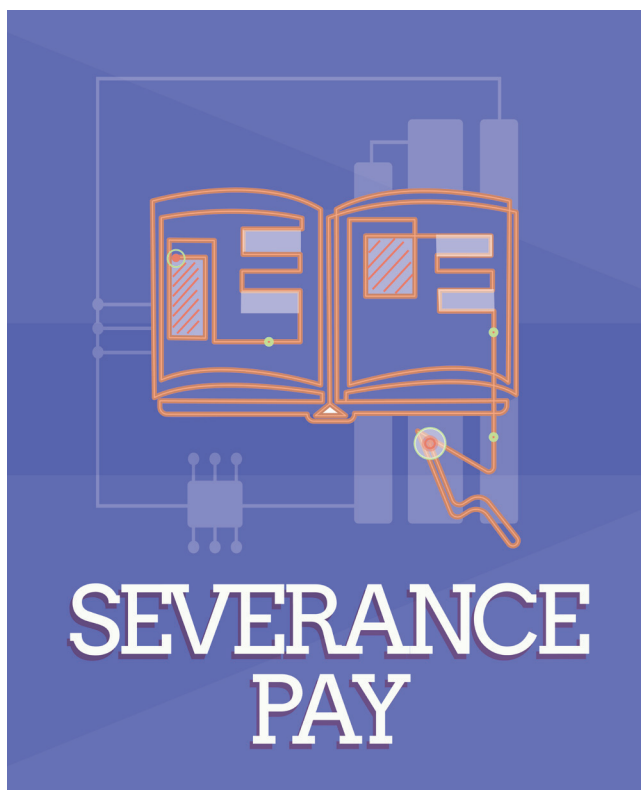
wijzigingen in het ontslagrecht, waarin een wettelijke transitievergoeding was opgenomen die enerzijds bedoeld was als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer met de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. De transitievergoeding is uiteindelijk geregeld in art. 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 riantere 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 Europees Hof van Justitie (HvJ EU 12 oktober 2010, *JAR* 2010/296 (*Andersen*) en 26 september 2013, *JAR* 2013/266 (*Toftgaard*)). De rechtbank komt daarmee tot de conclusie dat de betreffende maximeringsregeling in strijd is met de WGBL en derhalve als nietig buiten toepassing moet blijven.

Inmiddels zijn in Nederland de omstandigheden op de arbeidsmarkt sterk gewijzigd. Het ontslagrecht is versoerd (de WW-duur is verkort en de transitievergoeding voor ouderen is in de regel lager dan de kantonrechtformule), de pensioenrichtleeftijd en de AOW-gerechtigde leeftijd zijn gestegen, vroegpensioenfaciliteiten zijn afgebouwd en de positie van ouderen op de arbeidsmarkt is nog ongewijzigd slecht. Deze omstandigheden zullen derhalve sneller dan voorheen aanleiding zijn tot onge-rechtvaardigd onderscheid naar leeftijd. Voor zover deze er nog zijn, zal het beperken van de ontslagvergoeding in een sociaal plan met (mogelijke) vroegpensioenuitkeringen een rechterlijke toets op onderscheid nagenoeg niet meer kunnen doorstaan. Zonder meer 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 Hof Amsterdam (25 september 2018, 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 boventalig 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 kantonrechtformule (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 zou de ontslagvergoeding (zonder aftopping) respectievelijk circa € 230.000 en circa € 98.000 bedragen. De aftopping is volgens de werknemers onge-rechtvaardigd onderscheid naar leeftijd.

Zowel de rechtbank als het hof 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 hof oordeelt dat dit een legitiem doel is. 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 wel degelijk 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 hof 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 hof niet het aftoppen van de ontslagvergoeding van de enkele werknemers die hun individuele pensioengerechtigde leeftijd al (bijna) hebben bereikt. Het hof 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 hof 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 ingegane vroegpensioen.

Minimaal de transitievergoeding? - Ja

Het hof 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 art. 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 hof in de onderliggende uitspraak dat de werknemers geen recht hebben op de (subsidiar) verzochte

De vergoeding dient niet globaal voor een werknemer gelijkwaardig te zijn, maar voor elke werknemer specifiek.

transitievergoeding omdat in het sociaal plan een regeling is opgenomen voor een zogenoemde 'gelijkwaardige voorziening bij ontslag' als bedoeld in art. 7:673b lid 1 BW. Dat die regeling een aftopping kent en de transitievergoeding in beginsel niet, maakt de regeling volgens het hof niet ongelijkwaardig. Het lijkt mij echter eerder dat in dat geval het sociaal plan, anders dan het hof aanneemt, juist niet voldoet aan de eis van gelijkwaardigheid. De werknemer kan dan minimaal aanspraak maken op de wettelijke transitievergoeding. 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 ouderdompensioen 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 art. 7:673b BW, aldus Rechtbank Arnhem. Dit oordeel is ook in overeenstemming met de wetsgeschiedenis.

Minimaal de transitievergoeding vanaf 2020? - Nee

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 in het *Staatsblad* gepubliceerd de Wet wijziging transitievergoeding (*Stb.* 2018, 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 art. 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 suppletierегeling 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

De Regeling Vervroegde Uittreding (RVU) blijft de gemoederen bezig houden. Misschien is daarom de onderhandeling over het pensioenakkoord geklapt.

Regeling Vervroegde Uittreding (RVU) de gemoederen bezig houden. Dit is omdat de Belastingdienst er in de praktijk van uitging dat het feitelijk gebruik van de regeling bepalend is voor de kwalificatie als RVU. Maar ook 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

transitievergoeding niet anders nu hierop (met instemming van de werknemer) zogenoemde inzetbaarheids- en transitiekosten in mindering kunnen worden gebracht.

De verwachte inwerking-tredingsdatum van de wet is 1 januari 2020.

Ontslagvergoeding en reorganisatie: wel of geen RVU?

Bij het vormgeven van ontslagvergoedingen bij reorganisaties blijft de

RVU toetst de Belastingdienst eerst op grond van het zogenoemde kwalitatieve besluit (van 26 mei 2005, DGB2005/3299M) en vervolgens, mocht uit de kwalitatieve toets komen dat deze van toepassing is, op grond van het zogenoemde kwantitatieve besluit (8 december 2005, 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. In 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 (art32ba Wet LB 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 zowel uit de dagelijkse praktijk van 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 dat daarom deze (vertrek)regeling wél een RVU zou zijn. De Hoge Raad was het hier dus niet mee eens. Voor de praktijk is dat een welkome verduidelijking.

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