

# ECLI:NL:PHR:2018:158

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	09-02-2018
Datum publicatie	27-02-2018
Zaaknummer	17/03500
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2018:651
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Prejudiciële vragen (art. 392 Rv). Arbeidsrecht, Wwz. Transitievergoeding (art. 7:673 BW). Uitsluiting van werknemers die AOW-leeftijd hebben bereikt van recht op transitievergoeding (art. 7:673 lid 7, onder b, BW). Strijd met Richtlijn 2000/78/EG? Directe leeftijdsdiscriminatie; gerechtvaardigd door legitiem doel? Is de maatregel passend en noodzakelijk?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JAR 2018/129 met annotatie van mr. E.L.J. Bruyninckx

## Conclusie

Zaaknr: 17/03500  
mr. L. Timmerman  
Zitting: 9 februari 2018

Conclusie inzake:

[verzoeker]

tegen

Stichting Diakonessenhuis

### 1 Inleiding

1.1. De door de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen gaan over de kwestie of werknemers die de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt recht hebben op een transitievergoeding in de zin van artikel 7:673 BW. Meer in het bijzonder wordt de vraag opgeworpen of artikel 7:673 lid 7 sub b BW, waarin is bepaald dat de werkgever geen transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd is ingeval de arbeidsovereenkomst eindigt wegens het bereiken door de werknemer van de AOW-gerechtigde leeftijd, in strijd is met richtlijn 2000/78/EG (verder te noemen de Richtlijn).

## 2 De feiten en het procesverloop

- 2.1. Aan de beschikking van de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 30 juni 2017 ontleen ik de volgende feiten.<sup>1</sup>
- 2.2. [verzoeker] , geboren op [geboortedatum] 1951, is op 1 januari 1995 in dienst getreden van het Diaconessenhuis. De laatste functie die [verzoeker] vervulde, was die van PSA-adviseur. Het laatstgenoten brutoloon bedroeg € 3.774,-- per maand.
- 2.3. Op de arbeidsovereenkomst tussen [verzoeker] en het Diaconessenhuis is de cao Ziekenhuizen van toepassing. In artikel 3.1.6 lid 1 daarvan is bepaald dat de arbeidsovereenkomst eindigt op de dag voorafgaand aan de dag waarop de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. De definitie van de pensioengerechtigde leeftijd is conform artikel 1 onder i van de Algemene Ouderdomswet de leeftijd bedoeld in artikel 7a Algemene Ouderdomswet waarop recht op ouderdomspensioen ontstaat. De in artikel 7a lid 1 van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd is voor [verzoeker] 65 jaar en 6 maanden. Die leeftijd heeft [verzoeker] op 14 november 2016 bereikt.
- 2.4. De arbeidsovereenkomst van [verzoeker] is per 14 november 2016 geëindigd wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Met ingang van 14 november 2016 ontvangt [verzoeker] pensioen van het pensioenfonds Zorg & Welzijn en een volledige AOW-uitkering. [verzoeker] heeft bij het eindigen van zijn arbeidsovereenkomst geen transitievergoeding ontvangen.
- 2.5. Bij verzoekschrift d.d. 10 februari 2017 heeft [verzoeker] allereerst de rechtbank verzocht om zijn zaak aan te houden totdat de Hoge Raad antwoord geeft op de vragen die het hof Den Bosch voornemens was om in een soortgelijke kwestie aan de Hoge Raad voor te leggen.<sup>2</sup> Daarnaast heeft [verzoeker] verzocht om het Diaconessenhuis te veroordelen tot het betalen van een transitievergoeding ter hoogte van € 48.216,--. Ter onderbouwing van zijn verzoek heeft [verzoeker] zich op het standpunt gesteld dat de bepaling in artikel 7:673 lid 7 sub b BW een verboden onderscheid naar leeftijd oplevert. Bij toepassing van dit artikel is sprake van leeftijdsdiscriminatie.
- 2.6. Het Diaconessenhuis heeft zich tegen het verzoek van [verzoeker] verweerd en heeft verzocht om het verzoek van [verzoeker] af te wijzen. Het Diaconessenhuis voert daartoe het volgende aan. Artikel 7:673 lid 7 sub b BW bepaalt dat de transitievergoeding niet verschuldigd is indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt in verband met of na het bereiken van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd geldt, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd. De arbeidsovereenkomst is geëindigd met het bereiken van de in dat artikel bedoelde AOW-leeftijd, zodat geen transitievergoeding aan [verzoeker] verschuldigd is. De wetgever heeft daarvoor uitdrukkelijk gekozen omdat AOW-gerechtigden voor het voorzien in inkomen niet langer aangewezen zijn op het verrichten van arbeid. Van een verboden onderscheid is geen sprake omdat de doelstelling legitiem is en de wettelijke uitsluiting passend en noodzakelijk is. Voorts zal het buiten toepassing laten van de wettelijke bepaling leiden tot enorm nadelige financiële gevolgen, nu er bij het Diaconessenhuis veel oudere werknemers met lange dienstverbanden werkzaam zijn.
- 2.7. Het hof Den Bosch heeft de door hem voorgestelde prejudiciële vragen niet aan de Hoge Raad kunnen voorleggen omdat de partijen in die zaak een minnelijke regeling hebben getroffen en de zaak vervolgens hebben ingetrokken.<sup>3</sup>
- 2.8. Voor zover van belang heeft de kantonrechter in zijn beschikking van 30 juni 2017 het volgende

overwogen:

"5.4. Zoals het Hof in genoemd arrest onder 3.22 heeft overwogen, volgt uit de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 19 januari 2010 en van 19 april 2016 (C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, Küçükdeveci en C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, Rasmussen) dat, indien nodig, elke met het in artikel 1 jo. 2 lid 1 en lid 2 van richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 (de richtlijn) bepaalde verbod - voortvloeiend uit het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd - strijdige nationale bepaling buiten toepassing moet worden gelaten. Artikel 6 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat het verschil in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormt, indien dat verschil in behandeling objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

5.5. Het Hof heeft in het arrest van 2 februari 2017 geoordeeld dat artikel 7:673 lid 7 sub b BW een verschil in behandeling bevat dat rechtstreeks is gebaseerd op het leeftijdscriterium in de zin van artikel 1 jo. artikel 2 lid 1 en lid 2 van de richtlijn. Het recht op een transitievergoeding wordt een werknemer in artikel 7:763 lid 7 sub b BW ontzegd op de enkele grond dat deze op het tijdstip van het eindigen van de arbeidsovereenkomst in aanmerking komt voor een AOW-uitkering. Voor het recht op die uitkering geldt een minimumleeftijd. Artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW is dus gebaseerd op een criterium dat onlosmakelijk met de leeftijd van de werknemer is verbonden. De kantonrechter volgt dit oordeel van het Hof. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of dit verschil in behandeling objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en of de middelen passend en noodzakelijk zijn.

5.6. Bij de totstandkoming van de Wet werk en zekerheid (Wwz) heeft de regering, onder meer, het volgende overwogen:

*"De regering is van mening dat er een natuurlijk moment moet blijven waarop een arbeidsovereenkomst op latere leeftijd van de werknemer zonder inhoudelijke toets en zonder kosten voor de werkgever kan eindigen. Dit sluit ook aan bij het feit dat werknemers vanwege het bereiken van de leeftijd waarop zij een AOW-uitkering ontvangen in beginsel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid voor het voorzien in hun inkomen. Deze rechtvaardigingsgronden voor het niet verschuldigd zijn van een transitievergoeding bij ontslag in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd doen geen opgeld bij werknemers met een IVA-uitkering."* (Kamerstukken I, 33818, C, p. 96).

5.7. Voor de transitievergoeding heeft de regering erop gewezen dat deze de volgende doelstellingen heeft:

- 1) compensatie voor (de gevolgen van) het ontslag;
- 2) de werknemer in staat stellen om met behulp van hiermee gemoeide financiële middelen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.

5.8. De regering heeft voorts overwogen:

*"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."* (Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 7, p.79)

en

*"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. (...) Dit betekent dat er daadwerkelijk bescherming is, zodat er geen reden is te veronderstellen dat de regeling de noodzakelijkheidstoets niet kan doorstaan.” (Kamerstukken I, 33818, C, p. 97).*

- 5.9. Het dienstverband van [verzoeker] is op grond van artikel 3.1.6 lid 1 van de cao Ziekenhuizen geëindigd in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. [verzoeker] heeft niet gesteld dat hij de transitievergoeding nodig heeft om de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Zijn standpunt dat sprake is van niet gerechtvaardigde leeftijdsdiscriminatie, heeft hij gebaseerd op de andere door de regering geformuleerde doelstelling van de transitievergoeding, te weten compensatie voor (de gevolgen) van het ontslag. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft de regering ook met deze doelstelling van de transitievergoeding een compensatie voor de (eventuele) negatieve financiële gevolgen van een ontslag op initiatief van de werkgever voor ogen gehad. Immers, de regering wijst, bij het doel van de uitsluiting van pensioengerechtigden, op omstandigheden die een (onderliggend) financieel karakter hebben, te weten de omstandigheid dat pensioengerechtigden (in beginsel) niet langer werknemer zijn, zij zodoende niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien en zij, in de vorm van een AOW-uitkering, een vervangend inkomen ontvangen. Pensioengerechtigden worden dan ook daadwerkelijk beschermd tegen het verlies van hun inkomen.
- 5.10. Naar het oordeel van de kantonrechter wordt het verschil in behandeling in artikel 7:673 lid 7 sub b BW, gelet op de toelichting van de regering bij de totstandkoming van de Wwz en op de functie van de transitievergoeding, objectief en redelijk gerechtvaardigd door een legitiem doel. Blijkens die toelichting is het doel van het uitsluiten van pensioengerechtigden van het recht op een transitievergoeding het voorbehouden van de transitievergoeding aan personen die behoren tot de arbeidsmarkt en voor hun levensonderhoud aangewezen zijn op het verrichten van arbeid. Daarbij is mede van belang geacht dat werkgevers zonder inhoudelijke toets en zonder kosten de arbeidsovereenkomst met oudere werknemers op een natuurlijke wijze moeten kunnen beëindigen. De kantonrechter verwijst daarbij ook naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) van 26 februari 2015 (ECLI:EU:C:2015:115) waarin geoordeeld is dat het niet toekennen van een speciale ontslagvergoeding aan personen die in aanmerking komen voor een algemeen (wettelijk) ouderdomspensioen, gelet op het nagestreefde doel, objectief gerechtvaardigd is. Het nagestreefde doel betrof het bieden van bescherming (alleen) aan de werknemers voor wie de overgang naar een nieuwe dienstbetrekking wegens hun aantal dienstjaren in de onderneming moeilijk is.
- 5.11. Voorts is de vraag of de categorale uitsluiting van alle personen die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt (onafhankelijk van de beëindigingsgrond) én alle personen die de met de werkgever overeengekomen (pensioen)leeftijd hebben bereikt (onafhankelijk van het recht op AOW) van het recht op een transitievergoeding, een passend en noodzakelijk middel is. Niet iedereen wiens arbeidsovereenkomst na het bereiken van die leeftijd wordt beëindigd, kan zonder arbeid in zijn levensonderhoud voorzien. De kantonrechter verwijst daarbij ook naar de situatie zoals deze aan de orde was in het geschil dat voorlag bij het Hof, te weten een werknemer die slechts een gedeeltelijke AOW uitkering ontving en nog wél voor zijn levensonderhoud aangewezen was op het verrichten van arbeid. Het Hof vroeg zich daarbij af of bij de beoordeling van het recht op een transitievergoeding van een AOW-gerechtigde, de individuele situatie zou moeten (kunnen) worden meegewogen.
- 5.12. Hoewel de situatie in het onderhavige geval anders is, volgt uit het voorgaande dat indien de vraag of het middel passend en noodzakelijk is negatief moet worden beantwoord, ook hier de vraag zich voordoet of artikel 7:673 lid 7 sub b BW op grond daarvan buiten toepassing moet

worden gelaten. De beantwoording van de vraag of sprake is van strijdigheid met de richtlijn en of een individuele toetsing nodig of mogelijk is, is daarom ook van belang voor de beoordeling van het onderhavige geschil. Het antwoord zal tevens rechtstreeks van belang zijn voor de beoordeling van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen. Bovendien zal het antwoord maatschappelijk gezien grote gevolgen kunnen hebben. Het Hof overwoog in genoemd arrest voornemens te zijn hierover prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Wegens intrekking van het hoger beroep nadien, zijn deze vragen niet gesteld.

5.13. Gelet op het voorgaande, gaat de kantonrechter voorbij aan het standpunt van [verzoeker] , dat de vraag of een individuele toets nodig of mogelijk moet zijn niet relevant is.”

2.9. De kantonrechter heeft aanleiding gezien om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad of de uitsluiting van pensioengerechtigden van een transitievergoeding (zoals die volgt uit artikel 7:673 lid 7 sub b BW) een verboden onderscheid naar leeftijd oplevert en partijen verzocht zich uit te laten over het voorstel voor de aan de Hoge Raad te stellen vragen. Partijen hebben op de door de kantonrechter geformuleerde prejudiciële vragen gereageerd. Bij beschikking van 19 juli 2017 heeft de kantonrechter de aan de Hoge Raad te stellen vragen vastgesteld.

2.10. Partijen hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om zich via schriftelijke opmerkingen uit te laten over de wijze waarop de door de kantonrechter gestelde prejudiciële vragen door de Hoge Raad zouden moeten worden beantwoord.

2.11. Op grond van artikel 393 lid 2 Rv is de Staat der Nederlanden als niet-partij in de gelegenheid gesteld om schriftelijke opmerkingen over de gestelde prejudiciële vragen in te dienen. De Staat heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en schriftelijke opmerkingen ingediend.

### **3 De gestelde prejudiciële vragen**

3.1. De door de kantonrechter gestelde prejudiciële vragen luiden als volgt:

1. Is artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW in strijd met Richtlijn 2000/78/EG?

2. Indien artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW in strijd is met richtlijn 2000/78/EG, moet de kantonrechter deze bepaling dan buiten toepassing laten?

3. Kan of dient een individuele toetsing plaats (te) vinden?

4. Welke criteria dient de kantonrechter bij deze (eventuele) individuele toetsing te hanteren?

5. Dient bij de beoordeling onderscheid te worden gemaakt naar werknemers van wie de arbeidsovereenkomst op of na de AOW-gerechtigde leeftijd eindigt en werknemers die bij de beëindiging die leeftijd nog niet hebben bereikt, maar wel recht op pensioen hebben?

6. Dient bij de beoordeling onderscheid te worden gemaakt naar werknemers van wie de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van hun pensioen- of AOW-gerechtigde leeftijd wordt beëindigd en werknemers (die genoemde leeftijd hebben maar) bij wie er een andere reden aan de beëindiging ten grondslag ligt?

7. Moet, indien individuele toetsing dient plaats te vinden, de kantonrechter bij de beoordeling van de vraag of de transitievergoeding moet worden betaald, de inkomenssituatie van de werknemer na beëindiging van de arbeidsovereenkomst vergelijken met de inkomenssituatie daarvóór? Dient daarbij ook rekening te worden gehouden met inkomen anders dan uit (pensioen)uitkeringen

(bijvoorbeeld uit vermogen)?

8. Moet de kantonrechter bij de beoordeling van de vraag of de transitievergoeding moet worden betaald dan als norm (voor afwijzing) nemen dat het inkomen na beëindiging van de arbeidsovereenkomst gelijk is aan of hoger is dan het inkomen daarvóór?

9. Indien de transitievergoeding moet worden betaald, dient deze dan te worden berekend op de in artikel 7:673 lid 2 tot en met 6 BW bepaalde wijze? Indien van deze berekeningswijze dient te worden afgeweken, hoe dient de transitievergoeding dan te worden berekend? Dient daarbij nog rekening te worden gehouden met bijvoorbeeld een vanwege het pensioen ontvangen gratificatie?

10. Dient voor werknemers van wie de arbeidsovereenkomst eindigt op of na de pensioen- of AOW-gerechtigde leeftijd tevens artikel 7:673a BW te worden toegepast?

3.2. Ik maak een paar opmerkingen bij de door de kantonrechter gestelde vragen. In het te berechten geschil ligt de vraag voor of het op grond van artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW niet-gerechtigd zijn tot een transitievergoeding strijd met de Richtlijn oplevert ingeval een werknemer na zijn ontslag recht heeft op een volledige AOW-uitkering (en een pensioenuitkering). De vragen 1, 2 en 10 zijn relevant voor de beslissing door de kantonrechter in dit te berechten geschil.

3.3. De andere vragen hebben wat men kan noemen een hypothetisch karakter. Zo gaat vraag 5 van de situatie uit dat een werknemer leeftijdsontslag krijgt terwijl hij de AOW-gerechtigde leeftijd nog niet heeft bereikt. Deze situatie doet zich in het onderhavige geval niet voor. Vraag 6 stelt het geval van een werknemer aan de orde die na de AOW-gerechtigde leeftijd ontslag krijgt. Ook deze situatie speelt niet in het te berechten geval. De vragen 3, 4, 7, 8 en 9 veronderstellen – als ik het goed

begrijp – vooral gevallen waarin de AOW-gerechtigde werknemer geen volledige AOW-uitkering ontvangt, omdat hij enige tijd in het buitenland heeft verbleven of op latere leeftijd in Nederland is komen wonen. Kennelijk is het idee achter de vragen dat het ontslag in een dergelijk geval op de AOW-gerechtigde leeftijd nadelig voor de werknemer kan uitpakken en dat nadeel (geheel of gedeeltelijk) opgevangen zou kunnen worden door een recht op een gehele of gedeeltelijke transitievergoeding. De Richtlijn zou er in die gedachtegang in zo'n situatie toe kunnen dwingen dat de rechter na vaststelling van het nadeel beslist in hoeverre er een recht op een transitievergoeding dient te bestaan. De situatie van een onvolledige AOW-uitkering doet zich in het door de kantonrechter te berechten geval niet voor. [verzoeker] heeft immers juist recht op een volledige AOW-uitkering (en een pensioen).

3.4. Ik heb moeite met een uitgebreide boodschappenlijst van vragen die niet relevant zijn voor het te berechten geval. Ik betwijfel ook of deze gang van zaken in overeenstemming is met artikel 392 lid 1 Rv. Daarin is immers bepaald dat het antwoord op een prejudiciële vraag nodig dient te zijn om in het betrokken geschil een beslissing te nemen. Ik wijs nog op een Europeesrechtelijk punt: de niet relevante vragen zijn vragen die telkens op een hypothetische situatie betrekking hebben. De problematiek van de leeftijdsdiscriminatie die in de prejudiciële vragen aan de orde wordt gesteld is geregeld in de Richtlijn. Het gaat in dit type leeftijdsdiscriminatiezaken om de vraag hoe vooral artikel 6 van de Richtlijn in het te berechten geval uitgelegd dient te worden en toegepast moet worden. Om deze uitlegvraag met voldoende zekerheid te kunnen beantwoorden kan een prejudiciële verwijzing naar het Europese Hof van Justitie nodig zijn. Hypothetische vragen kunnen niet aan het Europese Hof worden voorgelegd. Dat betekent dat prejudiciële vragen alleen betrekking kunnen hebben op de te berechten zaak. Indien het antwoord op een prejudiciële vraag niet kan bijdragen aan de beslechting van het geschil waarover een prejudiciële vraag is gesteld, wordt die vraag niet ontvankelijk verklaard. <sup>4</sup> Als aan de Hoge Raad gestelde vragen ertoe nopen het Europese Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen, dan stopt de procedure ingeval die vraag geen betrekking heeft op de concrete en te beslissen zaak. Dat kan mijns inziens een extra reden zijn om aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen die niet

relevant zijn voor het te berechten geschil niet te beantwoorden. Dat antwoord kan immers prematuur of misschien zelfs onjuist zijn, omdat het Europese Hof van Justitie zich eerst dient uit te spreken.

- 3.5. De kantonrechter heeft in rov. 5.11 en 5.12 van zijn beschikking enige aandacht gegeven aan de hierboven aangeduide problematiek. Kennelijk is hij van oordeel dat als artikel 7:673 lid 7 sub b BW in een bepaald geval in strijd is met de Richtlijn, dat artikel in zijn geheel niet geldig is. Ik meen dat dit niet juist is. Artikel 7:673 lid 7 sub b BW kan bij voorbeeld in het onderhavige te berechten geval geldig zijn, maar het is tegelijkertijd denkbaar dat het in bepaalde andere in de prejudiciële vragen aangeduide hypothetische gevallen buiten toepassing gelaten moet worden. Het is hier niet alles of niets.

#### **4 Enkele bouwstenen voor de beantwoording van de prejudiciële vragen**

##### *Pensioenontslag*

- 4.1. Artikel 7:669 lid 4 BW bepaalt het volgende:

“Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst die is ingegaan voor het bereiken van een tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoeld leeftijd, eveneens opzeggen in verband met of na het bereiken van de tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd.”

Anders dan bij de overige (limitatieve) ontslaggronden die de werkgever heeft om te komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst die zijn opgenomen in artikel 7:669 lid 3 sub a t/m h BW, vindt bij een pensioenontslag op grond van artikel 7:669 lid 4 BW geen preventieve toets plaats door middel van voorafgaande toestemming voor het ontslag door het UWV of de ontslagcommissie (artikel 7:671a BW) dan wel ontbinding van de arbeidsovereenkomst via de kantonrechter (artikel 7:671b BW en artikel 7:671c BW).

##### *De transitievergoeding ex artikel 7:673 BW*

- 4.2. Met de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (Wwz) in 2015 heeft de wetgever het ontslagrecht aangepast. Het doel van deze aanpassing was het ontslagstelsel eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken voor werkgevers en het gericht te maken op het vinden van een nieuwe baan.<sup>5</sup> Onderdeel van de aanpassing van het ontslagrecht was de invoering van de transitievergoeding. Artikel 7:763 BW bepaalt dat de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd is als de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en door of vanwege de werkgever is beëindigd op grond van één van de in artikel 7:673 lid 1 BW genoemde gronden.
- 4.3. De transitievergoeding is in de plaats getreden van de onder het oude recht geldende ontslagvergoedingen van de artikelen 7:681 en 7:685 BW (oud), de schadevergoeding bij kennelijk onredelijke beëindiging en de vergoeding voor ontbinding wegens gewichtige redenen. Blijkens de memorie van toelichting is het doel van de transitievergoeding bij ontslag tweeledig.<sup>6</sup> De transitievergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor de werknemer voor (de nadelen van) het ontslag, waarbij de vergoeding in de transitievergoeding is geforfaiteerd, en anderzijds om de werknemer de financiële middelen te verschaffen om de overstap naar een nieuwe

dienstbetrekking te vergemakkelijken.<sup>7</sup> De wetgever heeft de transitievergoeding geplaatst in het kader van het goed werkgeverschap en de zorgplicht bij ontslag die daaruit voor de werkgever voortvloeit.<sup>8</sup> De termijn van twee jaar, waarna een transitievergoeding verschuldigd is, brengt volgens de wetgever tot uitdrukking dat de werkgever alleen bij langer durende arbeidsrelaties gehouden is tot het betalen van een vergoeding.<sup>9</sup>

- 4.4. De transitievergoeding is op grond van artikel 7:673 lid 2 BW gemaximeerd op een door de minister jaarlijks per 1 januari conform artikel 7:673 lid 3 BW vast te stellen bedrag of indien dit hoger is, een bedrag gelijk aan het loon over twaalf maanden. Per 1 januari 2018 bedraagt het door de minister vastgestelde maximumbedrag € 79.000,--.<sup>10</sup> De wetgever heeft de hoogte van de transitievergoeding gemaximeerd ter voorkoming van hoge ontslagkosten aan de zijde van de werkgever en omdat werknemers met een hoger inkomen over het algemeen beschikken over een betere arbeidsmarktpositie. De transitievergoeding van maximaal een jaarsalaris wordt voor deze groep werknemers afdoende geacht omdat zij vaak sneller werk vinden en eerder het verlies aan inkomen als gevolg van het ontslag kunnen opvangen. Voor werknemers met een lager inkomen is een transitievergoeding van een jaarsalaris mogelijk niet toereikend, zodat de vergoeding kan oplopen tot het door de minister vast te stellen maximumbedrag.<sup>11</sup> Voor werknemers ouder dan 50 jaar geldt (bij wijze van overgangsmaatregel) tot 1 januari 2020 een andere opbouw van de transitievergoeding (artikel 7:673a BW). Het staat werknemer en werkgever vrij om bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een hogere transitievergoeding overeen te komen. Uit de memorie van toelichting volgt dat de transitievergoeding in beginsel altijd verschuldigd is.<sup>12</sup> Ook in het geval dat transitie naar ander werk vrijwel is uitgesloten bijvoorbeeld wegens langdurige en volledige arbeidsongeschiktheid.<sup>13</sup> De transitievergoeding mag niet beschouwd worden als aanvullende inkomensvoorziening bij werkloosheid.<sup>14</sup> De artt. 7:673 t/m 673d BW geven een uitgewerkt systeem voor de berekening van de transitievergoeding, waarbij de wetgever zelf heeft aangegeven in hoeverre hij met individuele omstandigheden rekening heeft gehouden.
- 4.5. Het 'algemene recht' op een transitievergoeding lijdt slechts uitzondering in geval dat: (i) het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de kant van de werknemer (artikel 7:673 lid 7 sub c BW); (ii) het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen (artikel 7:673 lid 7 sub a BW) en (iii) het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt in verband met of na het bereiken van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd geldt, de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd (artikel 7:673 lid 7 sub b BW).<sup>15</sup>

#### *Richtlijn 2000/78/EG*

- 4.6. Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van het algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep<sup>16</sup> heeft als doelstelling voor arbeid en beroep een algemeen kader in het leven te roepen voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling kan worden toegepast (zie artikel 1 Richtlijn).
- 4.7. Artikel 2 van de Richtlijn bepaalt dat voor toepassing van de Richtlijn onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan wordt de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van de in artikel 1 van de Richtlijn genoemde gronden (godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid).
- 4.8. Ondanks het strikte verbod op ongelijke behandeling erkent de Richtlijn dat dit verbod voor wat betreft leeftijd niet absoluut is. Overweging 25 van de considerans geeft aan dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn en specifieke bepalingen nodig maken die naargelang de situatie in de lidstaten kunnen verschillen;



het is van belang onderscheid te maken tussen verschillen in behandeling die gerechtvaardigd zijn, met name door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, arbeidsmarkt en de beroepsopleiding en discriminatie die verboden moet worden.

4.9. Artikel 6 van de Richtlijn geeft de contouren aan voor gevallen waarin verschillen in behandeling op basis van leeftijd gerechtvaardigd zijn. Het artikel houdt in dat niettegenstaande artikel 2 lid 2 van de Richtlijn, waarin is bepaald wanneer sprake is van directe dan wel indirecte discriminatie, lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling geen discriminatie zijn indien zij objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

4.10. In het arrest HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07 (Age Concern) heeft het Europese Hof van Justitie aangegeven wat onder het begrip "legitieme doelstellingen" zoals bedoeld in artikel 6 van de Richtlijn moet worden verstaan. Legitieme doelstellingen betreffen doelstellingen van sociaal beleid:

"46. Uit artikel 6, lid 1 van richtlijn 2000/78 blijkt dat de doelstellingen die als "legitiem" in de zin van die bepaling zijn te beschouwen en bijgevolg kunnen rechtvaardigen dat wordt afgeweken van het principiële verbod van discriminatie op grond van leeftijd, doelstellingen zijn van sociaal beleid, zoals die in verband met het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Door hun karakter van algemeen belang onderscheiden die legitieme doelstellingen zich van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van de kosten of de verbetering van concurrentievermogen, zonder dat echter valt uit te sluiten dat een nationale regel, bij het nastreven van die legitieme doelstellingen, de werkgever een zekere mate van flexibiliteit toekent."<sup>17</sup>

4.11. Het Europese Hof van Justitie bevestigde in het Age Concern-arrest dat vanwege het bijzondere karakter van de discriminatiegrond leeftijd er ruimere mogelijkheden bestaan op grond waarvan onderscheid op leeftijd objectief gerechtvaardigd is indien er sprake is van een legitieme doelstelling:

"60. Van zijn kant voert artikel 6 van richtlijn 2000/78 voor verschillen in behandeling op grond van leeftijd een eigen uitzonderingsregeling in, wegens het bijzondere karakter van de leeftijd onder de door de richtlijn verboden discriminatiegronden. De vijftiende overweging van de considerans van deze richtlijn beklemtoont immers dat het "van essentieel belang [is] onderscheid te maken tussen verschillen in behandeling die gerechtvaardigd zijn, met name door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding, en discriminatie die verboden moet worden."<sup>18</sup>

4.12. Lidstaten beschikken over een ruime beoordelingsvrijheid bij de keuze van de maatregelen die zij geschikt vinden ter verwezenlijking van hun doelstellingen op het terrein van sociaal- en werkgelegenheidsbeleid.<sup>19</sup> Deze beoordelingsvrijheid gaat volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie niet zo ver dat deze tot gevolg mag hebben dat de toepassing van het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd zinloos wordt (zie in dit verband o.a.: HvJ EU 22 februari 2015, C-515/13 (Landin) en HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 (Andersen)).<sup>20</sup> Ook geldt dat eenvoudige algemene verklaringen die ertoe strekken dat een bepaalde maatregel geschikt is om bij te dragen aan legitieme doelstellingen van sociaal beleid, niet volstaan om aan te tonen dat de gekozen middelen passend en noodzakelijk zijn voor het bereiken van dat doel.<sup>21</sup>

#### *Jurisprudentie Europese Hof van Justitie (EG/EU)*

4.13. Na invoering van de Richtlijn heeft het Europese Hof van Justitie in de arresten Palacios de la

Villa (HvJ EG 16 oktober 2007, C-411/05) en Rosenblatt (HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09) de vraag beantwoord of het beëindigen van een arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een verboden onderscheid oplevert op grond van leeftijd en daarom in strijd is met de Richtlijn.<sup>22</sup>

- 4.14. In het arrest Palacios de la Villa overweegt het Europese Hof van Justitie in een Spaanse zaak onder meer dat overweging 14 van de considerans van de Richtlijn aangeeft dat de Richtlijn nationale bepalingen waarmee de pensioengerechtigde leeftijd wordt vastgesteld onverlet laat, maar dat zich dat geenszins verzet tegen de toepassing van de Richtlijn op de nationale voorwaarden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst wanneer de pensioengerechtigde leeftijd wordt bereikt. Het Europese Hof van Justitie oordeelde dat het pensioenontslag niet kon worden aangemerkt als leeftijdsdiscriminatie in de zin van de Richtlijn. Daarbij werd door het Europese Hof van Justitie van belang geacht dat de werknemers aan het einde van hun loopbaan aanspraak hadden op een financiële vergoeding in de vorm van een ouderdomspensioen, waarvan de hoogte niet als onredelijk kon worden beschouwd.<sup>23</sup>
- 4.15. In het arrest Rosenblatt oordeelde het Europese Hof van Justitie dat het door de Duitse regering aangevoerde doel voor het leeftijdsontslag legitiem was.<sup>24</sup> De Duitse regering had aangevoerd dat de – tevens in een groot aantal andere lidstaten aanvaarde – rechtmatigheid van de clausules inzake de automatische beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, de afspiegeling is van een in Duitsland sinds vele jaren bestaande politieke en sociale consensus, die vooral berust op de gedachte van arbeidsverdeling over de generaties. De regeling kwam bovendien rechtstreeks ten goede aan jonge werknemers doordat hun integratie in het arbeidsproces in een context van aanhoudende werkloosheid werd begunstigd. Daarnaast werden de rechten van oudere werknemers adequaat beschermd doordat het pensioen hun een vervangend inkomen bood na het verlies van hun salaris.<sup>25</sup> Ook werd de maatregel als passend en noodzakelijk geoordeeld. De betreffende regeling hield rekening met de omstandigheid dat de belanghebbenden aan het einde van hun loopbaan aanspraak hebben op een financiële vergoeding door middel van een vervangend inkomen in de vorm van een ouderdomspensioen. Daarnaast gaf de regeling, die was opgenomen in een cao, een niet te verwaarlozen flexibiliteit, zodat niet alleen naar behoren rekening kon worden gehouden met de globale situatie op de betrokken arbeidsmarkt, maar ook met de kenmerken van de betrokken beroepen.<sup>26</sup>
- 4.16. Er zijn ook arresten waarin de vraag aan de orde komt of bij een ontslag vanwege het bereiken van een bepaalde leeftijd het onthouden van een recht op een wettelijke ontslagvergoeding leeftijdsdiscriminatie oplevert. Interessant is onder andere het arrest Landin (HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13). Het Europese Hof van Justitie oordeelde in deze Deense zaak over een regeling die bepaalde dat de werknemer die een (groot) aantal jaren in dienst was bij de onderneming een wettelijke ontslagvergoeding (deze is te vergelijken met de Nederlandse transitievergoeding) kreeg bij beëindiging van de arbeidsverhouding. Op grond van deze regeling verviel de wettelijke ontslagvergoeding ingeval de werknemer bij de beëindiging van de arbeidsverhouding het algemeen ouderdomspensioen (dit is een uitkering die vergelijkbaar is met onze AOW) zou kunnen ontvangen. Is dit ontzeggen van de wettelijke ontslagvergoeding een verboden onderscheid op grond van leeftijd in de zin van artikel 6 van de Richtlijn?<sup>27</sup> Landin was bij pensioenontslag 67 jaar. Er was in zijn geval geen sprake van een vervroegd pensioen. Hij kreeg onder de Deense wetgeving geen wettelijke ontslagvergoeding, omdat hij recht had op het Deense algemene ouderdomspensioen. Hij maakte echter van die regeling geen gebruik (dat kan onder het Deense recht, men kan daar het algemene ouderdomspensioen opschorten, Landin wilde doorwerken). De Deense wettelijke ontslagvergoeding had tot doel werknemers met een lang dienstverband te helpen een nieuwe baan te vinden.<sup>28</sup> Omdat werknemers die aanspraak kunnen maken op een ouderdomspensioen over het algemeen de arbeidsmarkt verlaten, probeerde de Deense wetgever met het ontzeggen van de ontslagvergoeding te verzekeren dat werkgevers ontslagen werknemers met veel dienstjaren geen onnodige vergoeding behoeven te betalen. Het Europese Hof van Justitie oordeelde dat de maatregel niet kennelijk ongeschikt was het nagestreefde

legitieme doel van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid te bereiken. De vraag was voorts of de maatregel passend en noodzakelijk was. Het Europese Hof van Justitie overwoog dat de betrokken maatregel als legitiem doel heeft te voorkomen dat de vergoeding ten goede komt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken en een vervangingsinkomen in de vorm van een algemeen ouderdomspensioen ontvangen. De maatregel leidt ertoe dat ontslagen werknemers die op de arbeidsmarkt willen blijven, de vergoeding wordt ontzegd omdat zij over een ouderdomspensioen kunnen beschikken. De werknemer loopt in een dergelijk geval niet het risico op een verlaagd pensioen, omdat hij op de pensioenleeftijd ontslagen werd. Het ontzeggen van de wettelijke ontslagvergoeding kan daardoor niet leiden tot een aanzienlijk verlies van inkomsten op de lange termijn, aldus het Europese Hof van Justitie.<sup>29</sup> Dat zou anders zijn geweest bij een vervroegd pensioen. Dan is er wel een risico van een verlaagd pensioen. Het Europese Hof van Justitie oordeelt dat de maatregel de legitieme belangen van de werknemers die de normale pensioenleeftijd hebben bereikt, niet buitensporig aantast.<sup>30</sup>

4.17. Ook in het arrest Andersen (HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08) oordeelde het Europese Hof van Justitie in een Deense zaak over de vraag of het niet gerechtigd zijn tot een wettelijke ontslagvergoeding aan pensioengerechtigde werknemers verboden leeftijdsdiscriminatie in de zin van de Richtlijn opleverde. In deze zaak draaide het om een wettelijke regeling die bepaalde werknemers het recht op een ontslagvergoeding ontzegde omdat zij op het tijdstip van hun ontslag in aanmerking kwamen voor een aanvullend ouderdomspensioen. Levert zo'n regeling ingeval de ontslagen werknemer van het aanvullend pensioen geen gebruik wil maken en op zoek gaat naar een andere baan, een verboden onderscheid naar leeftijd op in de zin van de Richtlijn?<sup>31</sup> Andersen werd voor de pensioenleeftijd ontslagen. Het gaat dus in het geval van Andersen om een vervroegd pensioen. Het Europese Hof van Justitie onderzocht of de maatregel verder ging dan nodig is om het door de wetgever nagestreefde doel te bereiken. Het Europese Hof van Justitie overwoog dat de maatregel weliswaar een legitiem doel heeft, maar ertoe leidt dat aan ontslagen werknemers die op de arbeidsmarkt actief willen blijven, de wettelijke ontslagvergoeding wordt ontzegd op de enkele grond dat zij met name wegens hun leeftijd over een aanvullend pensioen kunnen beschikken.<sup>32</sup> Het ontzeggen van de ontslagvergoeding zou werknemers ertoe kunnen dwingen een ouderdomspensioen te accepteren dat lager is dan het pensioen waarop zij aanspraak zouden kunnen maken wanneer zij tot een hogere leeftijd zouden blijven werken, hetgeen voor hen een aanzienlijk verlies aan inkomsten op de lange duur zou kunnen meebrengen. Op grond hiervan concludeerde het Europese Hof van Justitie dat de maatregel verder gaat dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen op het gebied van sociale politiek.<sup>33</sup> Er was dus sprake van verboden discriminatie op grond van leeftijd in de zin van de Richtlijn.

4.18. Het Europese Hof van Justitie heeft in de arresten Toftgaard (HvJ EU 26 september 2013, C-546/11) en Rasmussen (HvJ EU, 19 april 2016, C-441/14) in enigszins vergelijkbare gevallen beslissingen genomen die dezelfde strekking hebben als in het arrest Andersen. Deze arresten hebben gemeen dat aan het onderscheid op grond van leeftijd telkens een legitiem doel ten grondslag lag en de betreffende maatregelen als passend werden geoordeeld om het door de wetgever gewenste legitieme doel te bereiken. Het voornaamste punt in deze zaken is de vraag of de betreffende maatregel noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken. Het Europese Hof van Justitie toetst daarbij telkens of er niet een minder vergaande manier is om het doel te bereiken. De betreffende maatregel mag geen onevenredige aantasting van de belangen van de betrokken werknemer tot gevolg hebben.<sup>34</sup> Met name het gegeven dat werknemers die nog niet verplicht met pensioen hoeven, maar door het mislopen van de ontslagvergoeding daartoe wel feitelijk gedwongen worden met het gevolg dat de pensioenopbouw stopt en zij daardoor langdurig financieel benadeeld worden draagt er in de zaken Andersen, Toftgaard en Rasmussen aan bij dat de betreffende regelingen niet aan het noodzakelijkheids criterium voldeden en dus leeftijdsdiscriminatie opleverden.

4.19. Mijn conclusie uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie is dat het ontzeggen van een ontslagvergoeding aan werknemers die op de pensioenleeftijd (in Nederland is dit doorgaans de

AOW-gerechtigde leeftijd) worden ontslagen en die dan in aanmerking voor een vervangende inkomensvoorziening van een redelijke omvang geen verboden leeftijdsdiscriminatie oplevert. Er ontstaan vooral complicaties met leeftijdsdiscriminatie bij een vervroegd pensioen ingeval een ontslagvergoeding wordt ontzegd en dit een belemmering zou kunnen zijn om toe te treden tot de arbeidsmarkt of ertoe dwingt met een lager ouderdompensioen genoeg te nemen. Dit kan werknemers verhinderen om hun pensioenopbouw te verbeteren en dit leidt tot nadeel voor hen. Als ik de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie op dit punt goed uitleg, vind ik dit een redelijk systeem.

#### *Doorwerking EU-recht in het nationale recht*

- 4.20. Op grond van artikel 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vereisen richtlijnen nationale uitvoeringsmaatregelen ter implementatie in het nationale recht. In beginsel komt aan een richtlijn dan ook geen directe werking toe. Op dit uitgangspunt heeft het Europese Hof van Justitie een uitzondering geformuleerd. Een richtlijn heeft directe werking in het geval dat: (a) de omzettingstermijn is verstreken en de richtlijn niet, niet tijdig of niet correct door een lidstaat is omgezet en (b) de betreffende bepaling van de richtlijn voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is.<sup>35</sup>
- 4.21. De directe werking van een richtlijn speelt slechts in verticale geschillen, dat wil zeggen in geschillen tussen de burger en de overheid. Burgers kunnen alleen jegens de Staat een beroep doen op de directe werking van een richtlijn.<sup>36</sup> Aan richtlijnen komt geen directe werking toe in horizontale geschillen. Dit betreffen geschillen tussen burgers onderling. Het Europese Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het dwingende karakter van een richtlijn slechts bestaat in relatie tot elke lidstaat waarvoor zij bestemd is. Hieruit volgt dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichting aan burgers kan opleggen.<sup>37</sup>
- 4.22. Het voorgaande laat onverlet dat een richtlijn in geschillen tussen burgers indirect kan doorwerken. De nationale rechter is verplicht om, als de termijn voor omzetting is verstreken, het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met de richtlijn uit te leggen.<sup>38</sup> De verplichting voor de nationale rechter tot een richtlijnconforme uitleg heeft betrekking op alle bepalingen van nationaal recht, ongeacht of deze dateren van eerdere of latere datum dan de betrokken richtlijn.<sup>39</sup> De verplichting van de rechter om bij de uitleg en toepassing van de relevante bepalingen van zijn nationale recht te refereren aan de inhoud van de richtlijn, wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, waarbij geldt dat richtlijnconforme interpretatie niet kan dienen als grondslag voor een uitleg contra legem van het nationale recht.<sup>40</sup>
- 4.23. Naast het voorgaande geldt dat op grond van artikel 6 lid 3 VEU de grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en zoals deze voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie. Deze bepaling is door het Europese Hof van Justitie aangegrepen om correcties uit te voeren in horizontale verhoudingen door de algemene beginselen van EU-recht te laten doorwerken.<sup>41</sup> Een Uniegrondrecht of algemeen beginsel dat deel uitmaakt van het recht van de Unie kan in een dergelijk horizontaal geval directe werking hebben zodat het rechtstreeks door de nationale rechter kan worden toegepast.<sup>42</sup>
- 4.24. Een voorbeeld van directe werking van een algemeen beginsel van het recht van de Unie is het arrest HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (Kücükdeveci). Het betrof hier een particulier geschil, waarin het draaide om een wettelijke opzegbepaling voor arbeidsovereenkomsten zoals opgenomen in het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch. Die bepaling maakte een verboden onderscheid op grond van leeftijd en was om die reden in strijd met Richtlijn 2000/78/EG.<sup>43</sup> Toepassing van de richtlijn door richtlijnconforme interpretatie door de nationale (Duitse) rechter was niet mogelijk aangezien dit contra legem zou zijn. De Duitse rechter stelde de prejudiciële

vraag aan het Europese Hof van Justitie of het eventuele bestaan van directe discriminatie op grond van leeftijd moet worden getoetst aan het primaire recht van de Unie, zoals het arrest van het Europese Hof van Justitie van 22 november 2005 C-144/04 (Mangold) lijkt te suggereren. Het Europese Hof van Justitie overwoog hierover onder meer het volgende:

“50 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd, zoals werd uiteengezet in punt 20 van het onderhavige arrest, dat richtlijn 2000/78 het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep slechts concretiseert, zonder dat dit beginsel in de richtlijn verankerd is, en bovendien dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd een algemeen beginsel van recht van de Unie is voor zover het een bijzondere toepassing is van het algemene beginsel van gelijke behandeling (zie arrest Mangold, reeds aangehaald, punten 74-76).

51 In deze omstandigheden moet de nationale rechter aan wie een geschil is voorgelegd waarbij het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, zoals geconcretiseerd in richtlijn 2000/78, aan de orde is, in het kader van zijn bevoegdheden de voor de justitiabelen uit het recht van de Unie voortvloeiende rechtsbescherming verzekeren en de volle werking daarvan waarborgen, waarbij hij indien nodig elke met dit beginsel strijdige nationale regeling buiten beschouwing moet laten (zie in die zin arrest Mangold, reeds aangehaald, punt 77). (...)

53 De noodzaak de volle werking van het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, zoals geconcretiseerd door richtlijn 2000/78, te verzekeren betekent dat de nationale rechter die meent dat een binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallende nationale bepaling onverenigbaar is met dit beginsel en niet conform dit beginsel kan worden uitgelegd, die bepaling buiten beschouwing moet laten; daarbij is hij niet verplicht het Hof vooraf om een prejudiciële beslissing te verzoeken, maar dit kan hem evenmin worden verhinderd.”<sup>44</sup>

4.25. Tevens verwijs ik naar een recenter gelijkkluidend oordeel van het Europese Hof van Justitie, HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, (Rasmussen), punt 43:

“(…) dat het Unierecht aldus moet worden uitgelegd dat een nationale rechterlijke instantie die uitspraak dient te doen in een binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 vallend geding tussen particulieren, bij de toepassing van de bepalingen van haar nationaal recht die bepalingen in overeenstemming met die richtlijn dient uit te leggen, of, wanneer een dergelijke richtlijnconforme uitlegging onmogelijk blijkt te zijn, elk met het algemene verbod op discriminatie op grond van leeftijd strijdige bepaling van dat nationale recht, zo nodig, buiten toepassing dient te laten. (...)”<sup>45</sup>

4.26. De conclusie die uit beide arresten kan worden getrokken is dat indien sprake is van een wettelijke bepaling die strijdig is met een algemeen beginsel van recht van de Unie, zoals het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, deze bepaling door de nationale rechter, in een geding tussen burgers buiten toepassing dient te worden gelaten. Dit is door de Hoge Raad onderkend in HR 13 juli 2012, NJ 2012/547 (KLM/VNV) waarin de Hoge Raad in rov. 4.1 het volgende overwoog:

“Bij de beoordeling van het middel dient tot uitgangspunt dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moet worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Dit brengt mee dat de nationale rechter aan wie een geschil is voorgelegd waarbij het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd in het geding is, in het kader van zijn bevoegdheid de voor de justitiabele uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechtsbescherming te verzekeren en de volle omvang daarvan te waarborgen, indien nodig elke met dit beginsel strijdige bepaling van nationaal recht buiten beschouwing moet laten (...)”<sup>46</sup>

4.27. Mocht artikel 7:673 lid 7 sub b BW in het te berechten geval strijdig zijn met het bepaalde in de Richtlijn, dan dient de nationale rechter deze bepaling buiten toepassing te laten.

4.28. Met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) heeft de Nederlandse wetgever uitvoering gegeven aan de Richtlijn. Anders dan de Richtlijn heeft de wetgever ervoor gekozen om in de WGBL het begrip "onderscheid" te gebruiken in plaats van het begrip "discriminatie".

4.29. Uit de WGBL volgt dat het verboden is om onderscheid te maken op grond van leeftijd. Artikel 3 sub c WGBL bepaalt dat het verboden is onderscheid naar leeftijd te maken bij het aangaan en beëindigen van arbeidsverhoudingen. Evenals de Richtlijn bevat de WGBL een uitzonderingsgrond op dit verbod. Artikel 7 lid 1 WGBL bepaalt dat het verbod van onderscheid op grond van leeftijd niet geldt indien het onderscheid: (a) gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet; (b) betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd of (c) anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

4.30. In de memorie van toelichting bij de WGBL heeft de wetgever over de discriminatiegrond leeftijd het volgende aangegeven:

"(...) Al bij de totstandkoming van de Awgb [Algemene wet gelijke behandeling, A-G] heeft de regering er op gewezen dat, in tegenstelling tot de non-discriminatiegronden die in de Awgb worden genoemd, leeftijd niet bij voorbaat als een verdacht criterium voor onderscheid kan worden aangemerkt. Een leeftijdscriterium kan een objectief element zijn en vanuit het oogpunt van rechtszekerheid ook wenselijk worden geacht. Verder is leeftijd, anders dan ras of geslacht, geen constante eigenschap of persoonlijk kenmerk. Leeftijd is een relatief begrip, iedereen die nu oud is, is daarvoor jong geweest. Bovendien heeft onderscheid naar leeftijd vaak een beschermend karakter. De maatschappelijke opvattingen op dit terrein blijven in ontwikkeling. De objectieve rechtvaardiging als algemene uitzonderingsgrond biedt de mogelijkheid om rekening te houden met de veranderende opvattingen in de samenleving omtrent het gebruik van leeftijd als onderscheidend criterium. (...)"<sup>47</sup>

4.31. Over de mogelijkheid om onderscheid te maken op grond van leeftijd merkte de wetgever in de memorie van toelichting bij artikel 7 WGBL het volgende op:

"De richtlijn staat voor direct en indirect onderscheid op grond van leeftijd de uitzonderingsgrond van de objectieve rechtvaardiging toe (artikel 6). Volgens artikel 6 van de richtlijn mogen lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen in het kader van beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. (...)

Conform artikel 6 van de richtlijn is in artikel 7 van het wetsvoorstel uitgewerkt wanneer er sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Er moet sprake zijn van een legitiem doel en de gehanteerde middelen voor het bereiken van dat doel dienen passend en noodzakelijk te zijn. De richtlijn sluit aan bij de criteria die zijn ontwikkeld in de rechtspraak van het EG-Hof inzake objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid naar geslacht (te weten: legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit). (...)

Uit EG-Jurisprudentie inzake de objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid op grond van geslacht kan worden afgeleid dat een aan te voeren rechtvaardiging steeds goed onderbouwd moet zijn. Te algemene, generaliserende argumenten zullen in het algemeen een onvoldoende rechtvaardiging opleveren (Rinner-Kühn, 171/88, 13 juli 1989)."<sup>48</sup>

- 4.32. Evenals onder de Richtlijn geldt dat onder de WGBL het maken van onderscheid op grond van leeftijd toegestaan is mits hier een legitiem doel aan ten grondslag ligt en de middelen die gehanteerd worden om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.
- 4.33. Ik kan nu overgaan tot bespreking van de gestelde prejudiciële vragen.

## 5. Beoordeling artikel 7:673 lid 7 sub b BW in het licht van de Richtlijn en de WGBL

### *Vragen 1, 2 en 10*

- 5.1. De vraag of de uitsluiting van pensioengerechtigde werknemers ex artikel 7:673 lid 7 sub b BW strijd oplevert met het Europese recht is bij de parlementaire behandeling van de Wwz in de Eerste Kamer aan de orde gesteld.<sup>49</sup> In antwoord op een verzoek van de commissie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de minister gereageerd op een vraag van de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) of het niet toekennen van een transitievergoeding aan werknemers die pensioengerechtigd zijn in strijd is met Europese rechtspraak inzake gelijke behandeling op grond van leeftijd. VAAN heeft daarbij verzocht om in het bijzonder in te gaan op het arrest Odar (HvJ EU 6 december 2012, C-152/11). De minister antwoordde daarop als volgt:
- “(…) 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 om 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 Odar, gaat het hier weliswaar niet om een 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. (...)”<sup>50</sup>
- 5.2. Het is duidelijk dat artikel 7:673 lid 7 sub b BW onderscheid maakt op grond van leeftijd in de zin van artikel 2 lid 1 van de Richtlijn en artikel 3 WGBL. Immers, werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd bereiken, hebben geen recht op een transitievergoeding en worden dus vanwege het enkele feit dat zij de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt anders behandeld dan werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd nog niet bereikt hebben en die doorgaans wel recht op zo’n vergoeding hebben.
- 5.3. Uit artikel 6 van de Richtlijn, de daarop gebaseerde rechtspraak van het Europese Hof van Justitie en artikel 7 lid 1 sub c WGBL volgt dat onderscheid naar leeftijd is toegestaan indien dit objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Dit is de maatstaf aan de hand waarvan artikel 7:673 lid 7 sub b BW beoordeeld dient te worden. Bij deze toetsing dient rekening gehouden te worden met het feit dat lidstaten, gelet op vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken bij de keuze van de maatregelen die zij geschikt vinden ter verwezenlijking van hun doelstelling op het terrein van sociaal- en werkgelegenheidsbeleid.<sup>51</sup> Zie in dit verband ook het arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2012, *NJ* 2012, 547 (KLM/VNV):

“Volgens art. 6 lid 1 Richtlijn vormt een verschil in behandeling op grond van leeftijd evenwel geen discriminatie indien dit verschil in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel – doelstellingen van het beleid op het terrein van werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding daaronder begrepen – en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht beschikken de lidstaten, en in voorkomend geval de sociale partners, op

nationaal niveau over een ruime beoordelingsvrijheid, 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 (HvJEU 12 oktober 2010 (*Rosenblatt*), C-45/09, LJV BO1980, NJ 2011/2, punt 38, 41). (...)"<sup>52</sup>

- 5.4. Is sprake van een legitieme doelstelling van sociaal beleid dan zal slechts terughoudende toetsing plaatsvinden of de getroffen maatregel passend en noodzakelijk is.<sup>53</sup> De transitievergoeding heeft blijkens de memorie van toelichting een tweeledig doel. Enerzijds is de transitievergoeding bedoeld als compensatie voor het ontslag, anderzijds om de werknemer met behulp van de daarmee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de overstap naar een andere baan te vergemakkelijken.<sup>54</sup> De uitsluiting van pensioengerechtigden van een transitievergoeding die is opgenomen in artikel 7:673 lid 7 sub b BW heeft blijkens de memorie van antwoord tot doel 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.<sup>55</sup> Ik meen dat artikel 7:673 lid 7 sub b BW een legitiem doel nastreeft: het niet ten goede laten komen van een transitievergoeding aan een werknemer die niet is aangewezen op het verrichten van arbeid om in zijn levensonderhoud te voorzien. Het aan een pensioengerechtigde werknemer ontzeggen van een recht op de transitievergoeding is passend en ook "niet kennelijk ongeschikt" om het nagestreefde legitieme doel van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid in de zin van artikel 6 lid 1 van de Richtlijn te bereiken.
- 5.5. De vraag is of artikel 7:673 lid 7 sub b BW verder gaat dan noodzakelijk om het gewenste doel te bereiken. Daarbij dient volgens (vaste) jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en in navolging daarvan de Hoge Raad onderzocht te worden of de bestreden maatregel verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling en niet op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van de werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd bereiken, waarbij die maatregel in zijn regelingscontext dient te worden geplaatst en rekening moet worden gehouden met zowel het nadeel dat daaraan kleeft voor de betrokken personen als met het voordeel daarvan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaan.<sup>56</sup>
- 5.6. Uit artikel 7:673 lid 7 sub b BW volgt dat twee groepen werknemers uitgezonderd zijn van het recht op een transitievergoeding. De eerste groep betreft werknemers die de pensioengerechtigde (AOW-gerechtigde) leeftijd of een bij wet of een overeenkomst (waaronder een cao) vastgestelde hogere leeftijd hebben bereikt.<sup>57</sup> De tweede groep betreft werknemers waarvoor op grond van de wet of een overeenkomst een lagere pensioenleeftijd dan de AOW-leeftijd geldt waarop de arbeidsovereenkomst eindigt.<sup>58</sup>
- 5.7. Voor de eerste groep werknemers geldt het volgende. De wetgever heeft bij de vraag aan welke werknemers een transitievergoeding zou moeten toekomen een afweging gemaakt die ertoe leidt dat werknemers die in aanmerking komen voor een ouderdomspensioen van het recht op een transitievergoeding worden uitgesloten omdat zij voor hun inkomen niet langer afhankelijk zijn van inkomsten uit werk. Zij worden immers gecompenseerd in de vorm van een AOW-uitkering (en in het onderhavige te berechten geval een volledige AOW-uitkering en een ouderdomspensioen). Hiermee wordt gewaarborgd dat de transitievergoeding niet onnodig toekomt aan werknemers voor wie deze niet bedoeld is.
- 5.8. Dit is in overeenstemming met artikel 7 lid 1 sub b WGBL waarin is bepaald dat het verbod op onderscheid vanwege leeftijd niet geldt als het onderscheid betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd. In de memorie van toelichting bij de WGBL is over dit toegestane



onderscheid het volgende opgemerkt:

“(…) Wat betreft het proportionaliteitsvereiste wordt opgemerkt dat werknemers bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd aanspraak kunnen maken op inkomen waarvan geen arbeidsprestatie behoeft te worden geleverd. Aldus wordt de werknemer (deels) gecompenseerd voor het verlies aan arbeidsinkomen dat hij lijdt door het ontslag. In onderdeel b is rekening gehouden met de mogelijkheid dat afspraken worden gemaakt, hetzij bij cao, hetzij bij individuele overeenkomst, over continuering van de arbeidsverhouding na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Op grond van de genoemde overwegingen is de conclusie gewettigd dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste.

Onderdeel b heeft tevens betrekking op situaties waarin voor het ontslag een hogere leeftijd is vastgesteld of tussen partijen overeengekomen dan de AOW-gerechtigde leeftijd. Die hogere leeftijd kan bijvoorbeeld voortvloeien uit cao's, individuele overeenkomsten of de wet (zoals de ontslagleeftijd van rechters). Op deze wijze laat de regering aan sociale partners ruimte om desgewenst een hogere leeftijd overeen te komen tot welke werknemers door kunnen werken na hun 65e. (...) De regering is van opvatting dat ontslag vanaf het bereiken van de leeftijd van 65 jaar objectief gerechtvaardigd is. Logisch uitvloeisel van die zienswijze is dat dit dan ook geldt voor ontslag op een hogere leeftijd. (...)”<sup>59</sup>

5.9. Gelet op het voorgaande meen ik voor de eerste groep werknemers dat artikel 7:673 lid 7 sub b BW niet verder gaat dan noodzakelijk is om het doel te bereiken. Slechts die werknemers worden uitgesloten van de transitievergoeding, die doorgaans niet meer afhankelijk zijn van werk om in hun inkomen te voorzien en die de transitievergoeding dus niet nodig hebben. Hiermee wordt bovendien misbruik van de regeling voorkomen.<sup>60</sup> Deze gedachte loopt mijns inziens in de pas met hetgeen ik uit het oordeel van het Europese Hof van Justitie in de zaak Landin meen te mogen afleiden (zie onderdeel 4.16 en 4.19 van deze conclusie).<sup>61</sup> Ik meen daarom dat het niet nodig is om hierover een prejudiciële vraag aan het Europese Hof van Justitie te stellen.

5.10. Voor de tweede groep werknemers geldt dat dit werknemers betreft waarvoor de arbeidsovereenkomst eindigt vanwege het bereiken van een bij wet of (collectieve) arbeidsovereenkomst vastgestelde pensioenleeftijd die lager ligt dan de AOW-gerechtigde leeftijd. Zij kunnen geen aanspraak kunnen maken op ouderdomspensioen in de vorm van AOW-uitkering. Ik wijs erop dat zo'n geval zich in de onderhavige zaak niet voordoet. Er kan hierover geen prejudiciële vraag aan het Europese Hof van Justitie worden gesteld.

5.11. Uitgangspunt is dat een regeling waarbij is overeengekomen dat een arbeidsovereenkomst eindigt op een lagere leeftijd dan de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat in beginsel nietig is. Dit volgt uit artikel 13 WGBL waarin is bepaald dat bedingen die in strijd zijn met de WGBL nietig zijn. Dit laatste is slechts anders, blijkens artikel 7 lid sub c WGBL, indien het onderscheid gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. In de memorie van toelichting bij de WGBL wordt met betrekking tot het overeenkomen van een lagere pensioenleeftijd het volgende aangegeven:

“(…) Onderdeel b [waarin kortweg is bepaald dat een hoger overeengekomen pensioenleeftijd geen verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt in de zin van de WGBL, A-G] is niet van toepassing op ontslag wegens het bereiken van een lagere pensioengerechtigde leeftijd dan 65-jaar. Dergelijke ontslagen dienen derhalve getoetst te worden aan de algemene uitzonderingsgrond van onderdeel c. Dit betekent dat (regelingen of (cao-)afspraken ten aanzien van) ontslag wegens het bereiken van een lagere leeftijd dan 65 jaar aan criteria van objectieve rechtvaardiging moet voldoen en niet bij voorbaat objectief gerechtvaardigd is. Dit strookt met het regeringsbeleid om arbeidsparticipatie van oudere werknemers te bevorderen. Het uitgangspunt is dat ontslag wegens het bereiken van een lagere leeftijd niet toelaatbaar is, tenzij dit objectief gerechtvaardigd is. (...)”<sup>62</sup>

5.12. De lager vastgestelde of overeengekomen pensioenleeftijd zal over het algemeen verband houden met het functioneel leeftijdsontslag voor bepaalde beroepen zoals voor piloten en brandweerlieden. In de memorie van toelichting bij de WGBL heeft de wetgever hierover het volgende opgemerkt:

“(…) Regelingen inzake het zogenoemde functioneel leeftijdsontslag gelden voor bepaalde functies (zoals beroepsvlieger en brandweerman) en houden in dat aan personeel bij het bereiken van een bepaalde leeftijd (veelal 55 jaar of ouder) ontslag wordt verleend onder toekenning van een inkomensvervangende uitkering. Deze leeftijdsgrens zal in de regel zijn ingegeven door gezondheids- en veiligheidsoverwegingen of eisen die in verband met een goede vervulling van de arbeid moeten worden gesteld. Hieraan ligt de veronderstelling ten grondslag dat er een vermindering in het functioneren in deze specifieke beroepsactiviteiten optreedt bij het ouder worden. Ook deze regelingen zullen objectief gerechtvaardigd moeten worden. Het legitieme doel is aanwezig (bescherming van de gezondheid of veiligheid van de betrokkene of derden). De vraag is echter of het stellen van vaste leeftijdsgrenzen noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Deze vraag zal niet altijd bevestigend beantwoord kunnen worden. (…)”<sup>63</sup>

5.13. In de memorie van antwoord bij de behandeling van het wetsvoorstel Wwz in de Eerste Kamer heeft de minister het volgende aangegeven:

“(…) Wel wordt hierbij opgemerkt, dat als het ontslag betrekking heeft op het bereiken van een lagere pensioengerechtigde leeftijd (dan de AOW), dat alleen kan als dat niet in strijd is met de Wet gelijke behandeling bij arbeid naar leeftijd. Op grond van die wet geldt dat ontslag wegens het bereiken van een lagere leeftijd alleen is toegestaan als daar een objectieve rechtvaardiging voor is (zoals bijvoorbeeld in geval van functioneel leeftijdsontslag). (…)”<sup>64</sup>

5.14. In de memorie van toelichting bij de Verzamelwet SZW 2016 is door de minister over de toelaatbaarheid van leeftijdsontslag bij een lagere leeftijd dan de AOW-leeftijd nog het volgende opgemerkt:

“(…) Zoals in de memorie van toelichting bij de Wwz reeds is benadrukt, dient er voor opzegging wegens het bereiken van een lagere leeftijd dan de AOW-leeftijd op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid wel een objectieve rechtvaardigingsgrond te worden aangevoerd door de werkgever. (…)”<sup>65</sup>

5.15. Uit het voorgaande volgt dat ontslag wegens het bereiken van een lagere pensioenleeftijd slechts dan niet in strijd met de WGBL en de Richtlijn is, indien het onderscheid op grond van leeftijd gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Dit betekent dat aan de regeling of overeenkomst waarbij ontslag wegens het bereiken van de lagere pensioenleeftijd is vastgesteld een legitiem doel ten grondslag moet liggen en dat de betreffende regeling of overeenkomst bovendien passend en noodzakelijk moet zijn voor het bereiken van dat doel. Bij de beoordeling van een dergelijk ontslagbeding zal bij de toetsing van de noodzakelijkheid aan de orde komen of er sprake is van een adequaat vervangend inkomen op de leeftijd waarop het ontslag plaatsvindt. In dat kader verwijs ik naar het arrest HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (Rosenblatt) en het arrest HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367 (KLM/VNV). Ook de minister lijkt ervan uit te gaan dat als het ontslagbeding geen leeftijdsdiscriminatie oplevert en dus geldig is, er doorgaans sprake is van een vervangend inkomen in de vorm van een ouderdomspensioen.<sup>66</sup> Als wordt vastgesteld dat de regeling waarin de lagere pensioenleeftijd is vastgelegd geen verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt in de zin van artikel 7 lid 1 sub c WGBL, dan zal het gevolg daarvan zijn dat het niet toekennen van de transitievergoeding wegens dat leeftijdsontslag ook geen verboden onderscheid naar leeftijd oplevert. Dat geldt met name als de werkgever een adequaat vervangend inkomen in de vorm van een pensioen aanbiedt.

- 5.16. Alles overziend brengt mij dit tot de slotsom dat artikel 7:673 lid 7 sub b BW in de hierboven besproken gevallen geen verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt in de zin van de Richtlijn. Vraag 1 dient voor het berechten geval ontkennend te worden beantwoord.
- 5.17. Nu artikel 7:673 lid 7 sub b BW mijns inziens in het door de kantonrechter te berechten geval niet in strijd is met de Richtlijn, behoeft de door de kantonrechter gestelde prejudiciële vraag 2 geen beantwoording meer. Die vraag gaat over de situatie waarin dat artikel door de rechter buiten beschouwing moet worden gelaten wegens strijd met de Richtlijn. In het te berechten geval doet zich geen strijd met de Richtlijn voor en hoeft artikel 7:673 lid 7 sub b BW niet buiten toepassing gelaten te worden. Vraag 10 kan voor het te berechten geval ontkennend worden beantwoord omdat er in dat geval naar mijn mening geen recht op een transitievergoeding bestaat.

*De vragen 3 tot en met 9*

- 5.18. Prejudiciële vraag 3 stelt aan de orde of er bij leeftijdsontslag een op het individuele geval gerichte beslissing door de rechter bij toekenning van een transitievergoeding genomen dient te worden. De vragen 4 tot en met 9 borduren op die gedachte voort. Uit de memorie van toelichting van de Wwz volgt dat het doel van de wetgever was om met de aanpassing van het ontslagstelsel, dit stelsel eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken voor werkgevers en het meer te richten op het vinden van een nieuwe baan.<sup>67</sup> Hierbij past niet een toets waarbij de rechter per individueel geval dient te onderzoeken of de werknemer, die op grond van artikel 7:669 lid 4 BW wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd door de werkgever is opgezegd, recht heeft op een transitievergoeding. Artikel 7:669 lid 4 BW wil dat de arbeidsovereenkomst bij het intreden van de pensioengerechtigde leeftijd zonder inhoudelijke toets beëindigd wordt. Artikel 7:673 lid 7 sub b BW voegt hieraan nog toe dat dit kosteloos dient te gebeuren. Tegen een individuele beoordeling pleit ook artikel 7:673 lid 8 BW. Daarin is bepaald dat in bepaalde gevallen een transitievergoeding op grond van de redelijkheid en billijkheid toegekend kan worden. Van die regeling is uitgesloten het geval van leeftijdsontslag, zoals geregeld in artikel 7:673 lid 7 sub b BW. Een individuele toets met het risico dat er alsnog een gehele of gedeeltelijke transitievergoeding betaald dient te worden, doet geen recht aan de door de wetgever van belang geachte uitgangspunten van eenvoud, snelheid en kostenbesparing.
- 5.19. Ik beschik over te weinig gegevens om te kunnen beoordelen of een individuele toetsing door de rechter praktisch uitvoerbaar en kostentechnisch beheersbaar is. Het lijkt mij ver gaan dat bij voorbeeld de rechter in een nogal groot aantal gevallen de inkomenssituatie voor en na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd dient te vergelijken ten einde te beslissen of de werknemer recht heeft op de gehele of gedeeltelijke transitievergoeding (zie vraag 7). In dit verband verwijs ik naar de uitspraak Toftgaard van het Europese Hof van Justitie van 26 september 2013 waarin het Europese Hof van Justitie enkele opmerkingen maakte over de beheersbaarheid van een op de transitievergoeding lijkende regeling:
- “Stellig kan algemeen niet worden vereist dat een maatregel als aan de orde in het hoofdgeding gebiedt dat elk geval afzonderlijk wordt onderzocht om te bepalen wat het best aan de specifieke behoeften van elke ambtenaar beantwoordt. Deze regeling dient immers zowel vanuit technisch als economisch oogpunt beheersbaar te blijven.”<sup>68</sup>
- 5.20. Uit het voorgaande volgt dat de Nederlandse wetgever de keuze heeft gemaakt om de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de AOW-gerechtigde of pensioengerechtigde leeftijd te kunnen laten eindigen zonder rechterlijke toets (artikel 7:669 lid 4 BW). Hierbij past niet een complementair systeem van individuele toetsing door de rechter of een transitievergoeding geheel of gedeeltelijk verschuldigd is. Ter verdediging van deze systematiek kan worden nog aangevoerd worden dat het Nederlandse sociale zekerheidsrecht onder andere bijzondere bijstand en een toeslagensysteem kent dat een inkomensachteruitgang bij pensionering verzacht. Deze

voorzieningen leggen een bodem onder een mogelijke inkomensval bij de pensioengerechtigde leeftijd.

5.21. In de literatuur wordt betwijfeld of de door de Nederlandse wetgever uitgedachte systematiek van een van de individuele omstandigheden geabstraheerde transitievergoeding in overeenstemming is met de Richtlijn, zoals deze door het Europese Hof van Justitie wordt uitgelegd. Een ontslag op de AOW-gerechtigde leeftijd kan –zo is de gedachte– een grote inkomensval tot gevolg hebben, als de werknemer geen recht heeft op een volledige AOW-uitkering en slechts een beperkt of geen aanvullend pensioen ontvangt. Het Europese Hof van Justitie heeft in zijn uitspraken steeds benadrukt dat alleen dan geen wettelijke ontslagvergoeding bij leeftijdsontslag is verschuldigd, als er voor de ontslagen werknemer een adequaat ouderdomspensioen beschikbaar is (zie vooral de uitspraken *Palacios de la Villa*, *Rosenblatt* en *Landin*, zie hierboven de onderdelen 4.14-4.16 van deze conclusie). Er wordt dan op gewezen dat de inkomensval bij leeftijdsontslag enigszins verzacht (de Nederlandse wetgever spreekt over gecompenseerd) kan worden door een transitievergoeding, hetgeen een van de doeleinden is die de Nederlandse wetgever met de transitievergoeding wil bereiken. Daarbij wordt ook nog aangevoerd dat het voor AOW-gerechtigden inmiddels niet helemaal ongebruikelijk is om ook na de AOW-leeftijd op zoek te gaan naar een betaalde baan, zodat ook om die reden behoefte aan een transitievergoeding kan bestaan.<sup>69</sup> Die wens is te meer begrijpelijk als de ontslagen AOW-er slechts karige inkomsten heeft. Op die argumenten is mijns inziens wel wat af te dingen. Zo kan men zich afvragen of het niet in aanmerking voor een volledige AOW-uitkering iets te maken heeft met leeftijdsdiscriminatie?<sup>70</sup> Mogelijk dient het Europese Hof van Justitie na een prejudiciële verwijzing van de Hoge Raad over het antwoord op die vraag en wellicht nog andere vragen uitsluitel te geven. Hoe dit ook zij, het stellen van prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie over de materie die de vragen 3 tot en met 9 bestrijken is mijns inziens bij de huidige stand van zaken niet mogelijk, omdat deze hypothetische gevallen betreffen die het Hof niet in behandeling neemt. Ik wijs er nog eens op dat ditzelfde idee ook in artikel 392 lid 1 Rv te vinden is.

## **6 De beantwoording van de prejudiciële vragen**

6.1. Ik stel voor om de door de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden. Het antwoord op vraag 1 luidt dat artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW niet in strijd is met richtlijn 2000/78/EG, voor zover het gaat om het onderhavige te berechten geval.

6.2. Nu vraag 2 uitgaat van de premisse dat artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW in strijd is met richtlijn 2000/78/EG, heeft deze voor het onderhavige te berechten geval geen beantwoording. Vraag 10 dient voor wat betreft het te berechten geval ontkennend te worden beantwoord.

6.3. De vragen 3 tot en met 9 dienen onbeantwoord te blijven.

## **7 De conclusie**

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen als voorgesteld onder 6.

De Procureur-Generaal bij de

---

<sup>1</sup> Rb. Midden-Nederland locatie Utrecht 30 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3249, *JAR* 2017/232.

<sup>2</sup> Hof Den Bosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345, *JAR* 2017/72 m.nt. M.S.A. Vegter.

<sup>3</sup> Hof Den Bosch 9 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:954.

<sup>4</sup> Zie onder andere HvJ EG C-343/90, Lourencio Dias, HvJ EG C-293/03, My; HvJ EU C-152/11, Odar en recent HvJ EU, C-347/16, BEB, zie hierover: K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen – Cambridge: Intersentia 2017 (zesde editie), p. 647, Barents & Breese, *Remedies and procedures before the EU Courts*, European Monographs nr. 97, Wolters Kluwer 2016, nr. 10203 en M. Broberg & N. Fenger, *Preliminary references to the European Court of Justice*, OUP 2014 (second edition, p. 174-177). Deze laatste auteurs merken op: “That a question relates to acts that differ from those in the main proceedings is the most frequently used ground for holding requests inadmissible. The practice of the Court of Justice thus illustrates that there are limits to how far the preliminary ruling procedure can be used for a general challenge to national law”.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 38.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34; zie hierover ook nummer 3.13 van de conclusie van A-G De Bock ECLI:NL:PHR:2017:414 (New Hairstyle); zie ook: *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/409.

<sup>8</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 38.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 38.

<sup>10</sup> Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 oktober 2017, nr. 2017-0000145041, tot wijziging van het bedrag, genoemd in artikel 673, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met ingang van 1 januari 2018, *Stcrt.* 2017, 56938; dit bedrag bedroeg per 1 januari 2017 € 77.000,--.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3 p. 39.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, C, p. 96; zie ook nr. 3.5 van de conclusie van A-G De Bock ECLI:NL:PHR:2017:917 (AVT).

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 70.

<sup>15</sup> Naast de voornoemde gevallen is de werkgever op grond van artikel 7:673c BW niet langer een transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd in het geval hij in staat van faillissement wordt verklaard, aan hem surseance van betaling wordt verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is.

<sup>16</sup> Richtlijn nr. 2000/78/EG (*PbEG* 2000, L 303/16).

<sup>17</sup> HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07, *JAR* 2009/93 (Age Concern), punt 46; Zie in deze zin ook: HvJ EU 13 september 2011, C-447/069, *NJ* 2011/592 (Prigge), punt 81; en HvJ EG 18 juni 2009 C-88/08 (Hütter), punt 41.

<sup>18</sup> HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07, *JAR* 2009/93 (Age Concern), punt 60.

<sup>19</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld HvJ EG 16 oktober 2007, C-411/05, *JAR* 2007/288 (Palacios de la Villa), punt 68.

<sup>20</sup> HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, *JAR* 2015/96 (Landin), punt 26; HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, EU:C:2010:600, *JAR* 2010/296 (Andersen; ook wel aangeduid als: Ingeniørforeningen i

Danmark), punt 33.

<sup>21</sup> HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07, *JAR* 2009/93 (Age Concern), punt 51; zie ook HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97, ECLI:NL:XX:1999:AC0755, *NJ* 1999/692 (Seymour-Smith), punt 76.

<sup>22</sup> Zie ook HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07, *JAR* 2009/93 (Age Concern) dat hiervoor is behandeld.

<sup>23</sup> HvJ EG 16 oktober 2007, C-411/05, *JAR* 2007/288 (Palacios de la Villa), punt. 73.

<sup>24</sup> HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (Rosenblatt), *NJ* 2011/2, punt 45.

<sup>25</sup> HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (Rosenblatt), *NJ* 2011/2, punt 43.

<sup>26</sup> HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (Rosenblatt), *NJ* 2011/2, punt 49.

<sup>27</sup> HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, *JAR* 2015/96 (Landin).

<sup>28</sup> Zie over het arrest Landin (en het arrest Andersen) verhelderend: P.C. Vas Nunes, 'Doelgericht denken in gelijke behandelingszaken', *ArbeidsRecht* 2016/1.

<sup>29</sup> HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, *JAR* 2015/96 (Landin), punt 37-41.

<sup>30</sup> HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, *JAR* 2015/96 (Landin), punt 44.

<sup>31</sup> HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08; *JAR* 2010/296 (Andersen).

<sup>32</sup> HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, *JAR* 2010/296 (Andersen), punt 44.

<sup>33</sup> HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, *JAR* 2010/296 (Andersen), punt 47.

<sup>34</sup> Zie de noot van M.S.A. Vegter bij HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, *JAR* 2015/96 (Landin).

<sup>35</sup> Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 4 december 1974, 41/74 (Van Duyn), punt 11-15; en HvJ EG 26 februari 1986, C-152/84 (Marshall), punt 46-48.

<sup>36</sup> F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters, *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 34-35.

<sup>37</sup> HvJ EG 26 februari 1986, C-152/84 (Marshall); zie ook: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters, *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 34-35; en A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: BJU 2015, p. 1227-1228.

<sup>38</sup> Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (Adeneler), *NJ* 2006/593, rov. 108.

<sup>39</sup> Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (Adeneler), *NJ* 2006/593, rov. 108.

<sup>40</sup> Zie: HvJ 4 EG juli 2006, C-212/04 (Adeneler), *NJ* 2006/593, punt 110; en HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, *NJ* 2006/100 (Pupino), punt 44 en 47.

<sup>41</sup> A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: BJU 2015, p. 1233.

<sup>42</sup> F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters, *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 69.

<sup>43</sup> HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, *JAR* 2010/53 (Kücükdeveci).

<sup>44</sup> HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, *JAR* 2010/53 (Kücükdeveci).

<sup>45</sup> HvJ EU 19 april 2016, zaak C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, *JAR* 2016/132 (Rasmussen).

<sup>46</sup> HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ* 2012/547 (KLM/VNV), rov. 4.1.

<sup>47</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28170, nr. 3, p. 12.

<sup>48</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28170, nr. 3, p. 24-25, 30.

<sup>49</sup> *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 97.

<sup>50</sup> *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 97.

<sup>51</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld HvJ 16 oktober 2007, C-411/05, *JAR* 2007/288 (Palacios de la Villa), punt 68.

<sup>52</sup> HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ* 2012/547 (KLM/VNV), rov. 4.1.

<sup>53</sup> Zie in deze zin: M. Heemskerk, 'Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is', *TAP* 2009, nr. 5, p. 189.

<sup>54</sup> *Kamerstukken II* 2013/13, 33818, nr. 3, p. 38.

<sup>55</sup> *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 85 en 97.

<sup>56</sup> Zie: HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09; ECLI:EU:C:2010:601; *NJ* 2011/2 (Rosenbladt); en HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ* 2012/547 (KLM/VNV), rov. 5.8.

<sup>57</sup> Zie hierover: *Kamerstukken II* 2014/15, 34273, nr. 3, p. 20.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34273, nr. 3, p. 20.

<sup>59</sup> *Kamerstukken I* 2001/02, 28170, nr. 3, p. 31.

<sup>60</sup> *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 97.

<sup>61</sup> HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13, *JAR* 2015/96 (Landin).

<sup>62</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28170, nr. p. 32.

<sup>63</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28170, nr. 3, p. 33.

<sup>64</sup> *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 7.

<sup>65</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34273, nr. 3, p. 18.

<sup>66</sup> *Kamerstukken I* 2013/14, 33818 C, p. 97. Zie het citaat bij nr. 5.1 van de conclusie.

<sup>67</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3 p. 5.

<sup>68</sup> HvJ EU 26 september 2013, C-546/11, *JAR* 2013/266 (Toftgaard), punt 70.

<sup>69</sup> Zie over deze kwesties: W.C.M. Donner-Broersma, 'Opgepast bij onthouden vergoeding aan AOW- of pensioengerechtigden!', *TAO* 2016, nr. 3 p. 109-117 en de noot van M.S.A. Vegter bij Hof Den Bosch 2 februari 2017, *JAR* 2017/72. Zie ook: C. Donner-Broersma en I. Vermeeren-Keijzers, Ontslag oudere werknemers anno 2017 nader bezien, *TvO* 2017, p. 127-131.

<sup>70</sup> Zie over deze materie onder andere Gundt in *TRA* 2016/76 die meent dat bij een onvolledige AOW-uitkering niet van benadeling sprake kan zijn, omdat na de AOW-leeftijd geen AOW-opbouw meer mogelijk is.

---