

## Essentie

### Leeftijdsdiscriminatie bij vermindering ontslagvergoeding wegens vroegpensioen

## Feiten

Andersen is in 1979 in dienst getreden bij de werkgever die thans Region Syddanmark heet. Region Syddanmark heeft aan Andersen haar besluit meegedeeld om hem per eind augustus 2006 te ontslaan. Na de beëindiging van zijn arbeidsverhouding met Region Syddanmark heeft Andersen (63 jaar) ervoor gekozen niet met pensioen te gaan, maar zich als werkzoekende te registreren. De Deense wetgeving kent bij dienstverbanden van meer dan 12, 15 of 18 jaar bij dezelfde werkgever de regeling dat een ontslagvergoeding wordt betaald van respectievelijk 1, 2 of 3 maandsalarissen (lid 1 van de wettelijke bepaling). In die wetgeving is voorts bepaald:

'(...)

2. *Lid 1 is niet van toepassing indien de werknemer bij beëindiging van de arbeidsverhouding een ouderdomspensioen zal ontvangen.*

3. *Geen ontslagvergoeding wordt betaald indien de werknemer bij beëindiging van de arbeidsverhouding een ouderdomspensioen van de werkgever zal ontvangen en indien de werknemer zich vóór de leeftijd van 50 jaar bij de betrokken pensioenregeling heeft aangesloten.'*

De verwijzende rechter preciseert dat volgens vaste rechtspraak geen recht op de speciale ontslagvergoeding bestaat indien bij beëindiging van de arbeidsverhouding een ouderdomspensioen kán worden genoten. Dit geldt zelfs wanneer de werknemer dit recht op pensionering niet wil uitoefenen en ook wanneer de hoogte van de pensioenaanspraak wegens vervroegde pensionering wordt verminderd. De prejudiciële vraag betreft hier kortweg: is een nationale regeling om een op anciënniteit gebaseerde ontslagvergoeding niet uit te betalen indien de werknemer de mogelijkheid heeft met ouderdomspensioen te gaan, strijdig met het verbod op leeftijdsdiscriminatie?

## Oordeel

Het Hof van Justitie stelt dat het vervroegde pensioen in kan gaan vanaf 60-jarige leeftijd. Nu de regeling omtrent de ontslagvergoeding op die manier *'onlosmakelijk'* is verbonden met de leeftijd van de werknemer, maakt de Deense regeling direct onderscheid. Het Hof toetst vervolgens of het directe onderscheid objectief en redelijk kan worden gerechtvaardigd aan de hand van een legitiem doel alsmede de passendheid en noodzakelijkheid van het middel. Het Hof oordeelt dat de doelen van bescherming van de werknemers met een groot aantal dienstjaren in de onderneming en van hulp bij herintreding in het arbeidsproces vallen onder de legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid en de arbeidsmarkt in de zin van art. 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG. Het betreft voorts een geschikt middel, dat echter niet noodzakelijk wordt geoordeeld. De maatregel leidt ertoe dat *'ontslagen werknemers die op de arbeidsmarkt willen blijven, voornoemde vergoeding wordt ontzegd op de enkele grond dat zij met name wegens hun leeftijd over een dergelijk pensioen zouden kunnen beschikken.'* Hieruit volgt dat de Deense regeling verder gaat dan voor het bereiken van het doel noodzakelijk is en het onderscheid daardoor verboden is.

## Commentaar

Het onderwerp van leeftijdsdiscriminatie en pensioen is tot nu toe in de jurisprudentie van het Hof naar voren gekomen voor wat het verplichte pensioenontslag op 65-jarige leeftijd betreft. Hieronder zal ik eerst bezien of het onderhavige arrest bij de lijn in deze jurisprudentie aansluit. Vervolgens ga ik in op de betekenis van het arrest voor Nederlandse ontslagvergoedingsregelingen. In het arrest *Palacios de Villa* (C- 411/05) heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat verplicht pensioenontslag met 65 jaar direct leeftijdsonderscheid betreft. Hiervoor kan een legitieme doelstelling bestaan, bijvoorbeeld wanneer het doel is gelegen in de bestrijding van werkloosheid.

Volgens het Hof is het voorts '*niet onredelijk*' het middel van verplicht pensioenontslag passend en noodzakelijk te achten. In *Age Concern* (C- 388/07) en het recente arrest *Rosenblatt* (C-45/09) bevestigt het Hof dat het directe leeftijdsonderscheid bij een verplicht pensioenontslag objectief kan worden gerechtvaardigd. In de zaak *Petersen* (C-341/08) oordeelt het Hof anders. Het verplichte pensioenontslag van tandartsen, in die zaak op 68-jarige leeftijd, kent weliswaar de legitieme doelstelling van de bescherming van de patiënt, maar de regel geldt slechts voor een bepaald deel van de Duitse tandartsen. De regels zijn incoherent in het licht van het doel: immers een dergelijk verplicht ontslag ontbreekt voor een ander deel van de tandartsen. Om die reden wordt de maatregel niet noodzakelijk geacht.

De zaak *Andersen* onderscheidt zich van de hierboven genoemde jurisprudentie qua onderwerp op twee punten: het gaat hier om vervroegd pensioen en om de ontslagvergoeding. Het Hof maakt in *Andersen* duidelijk dat ook al kan de werknemer kiezen voor vervroegde pensionering, vergoedingen ter overbrugging naar nieuw werk hem niet mogen worden afgenomen. Dat zou immers deze werknemers mogelijk dwingen te kiezen voor vervroegde pensionering in plaats van voortzetting van het arbeidszame leven. Net als in bovenstaande arresten neemt het Hof ook in *Andersen* aan dat het gaat om direct leeftijdsonderscheid, hier omdat een bepaalde leeftijdscategorie wordt getroffen. In tegenstelling tot de A-G stelt het Hof stelt zich daarbij – mijns inziens ten onrechte - niet de vraag of het onderscheid ook als indirecte discriminatie had kunnen worden gekwalificeerd. Een legitiem doel is in *Andersen* de bevordering van de voortzetting van de deelname aan het arbeidsproces. Deze voortzetting, zo is de aanname door de Deense wetgever, zou voor pensioengerechtigden niet aan de orde zijn. Nu die aanname niet altijd opgaat, wordt het middel begrijpelijkerwijs door het Hof als niet proportioneel en dus als niet noodzakelijk aangemerkt. De zaak lijkt daarmee het spiegelbeeld van *Petersen*. In *Petersen* gold een bepaling slechts voor een deel van de gehele tandartspopulatie hetgeen gezien het legitieme doel incoherent was, hier geldt de maatregel voor de gehele groep daar waar juist een uitzondering voor een bepaalde categorie op zijn plaats was geweest.

Het arrest *Andersen* leert dat het met de verbinding tussen ontslagvergoedingen en vroegpensioen oppassen is geblazen. Het Nederlandse ontslagrecht kent twee belangrijke wettelijke ontslagvergoedingen: de vergoeding bij kennelijke onredelijke opzegging en de ontbindingsvergoeding. Daarnaast komen ontslagvergoedingen ook in sociale plannen voor. Heerma van Voss en anderen stellen dat bij een kennelijk onredelijke opzegging vlak voor de pensioengerechtigde leeftijd het voor de hand ligt de inkomensschade tot aan de pensioendatum te berekenen (G.J.J. Heerma van Voss, J.J. M. de Laat, S.F. Sagel, E. Verhulp, 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *TRA* 2010, 47). Op grond van *Andersen* is duidelijk dat hierbij de datum van *vervroegde* pensionering alleen een rol mag spelen wanneer vaststaat dat de werknemer in vrijheid tot vervroegde pensionering heeft besloten.

Bij de ontbindingsvergoeding wordt bijna altijd de kantonrechttersformule toegepast. Deze bevat (ten minste) twee soorten van leeftijdsonderscheid. Ten eerste speelt leeftijd natuurlijk in de A-factor een rol bij de anciënniteit en weging daarvan op grond van leeftijd. Over dit leeftijdsonderscheid bestaat discussie (bijvoorbeeld HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 72 (Rutten/Breed) rov. 3.9.1 en 3.9.2, onlangs bevestigd in Hoge Raad 15 oktober 2010, *JAR* 2010, 292) De Deense ontslagvergoeding is op anciënniteit gebaseerd. De prejudiciële vraag is hierop echter niet toegespitst. Zodoende brengt het arrest op dit punt geen nieuws. Het tweede leeftijdsaspect bij de ontbindingsvergoeding betreft de maximering van de vergoeding tot de datum van het pensioen of het *vervroegde* pensioen (kantonrechttersformule aanbeveling 3.5). Vanwege de meerduidige doelen van de ontbindingsvergoeding is een beoordeling van dit leeftijdsonderscheid lastig te maken, maar mogelijk schuilt in de aanbeveling toch wel een '*Andersen-probleem*'. Als de maximering van de ontbindingsvergoeding vanwege vervroegd pensioen in rechte aan de orde is -hetgeen in praktijk niet vaak meer het geval zal zijn-, en dat vervroegde pensioen wordt door de werknemer betwist, dan kan de kantonrechter verboden leeftijdsdiscriminatie voorkomen door de maximering van de vergoeding op de AOW-leeftijd vast te stellen.

Sociale plannen kennen zoals gezegd ook ontslagvergoedingen. Zij beogen daarmee de financiële gevolgen van het ontslag te beperken. In sommige sociale plannen wordt een koppeling tussen de ontslagvergoeding en het vervroegd pensioen gemaakt. Deze neemt verschillende vormen aan. Het komt voor dat de ontslagvergoeding in het sociaal plan wordt gemaximeerd tot aan de AOW-leeftijd. Voor werknemers geboren vóór 1950 wordt deze leeftijd soms echter lager gesteld. Deze werknemers kunnen namelijk aanspraak maken op vervroegde pensionering. In het licht van Andersen betekent een dergelijk onderscheid in het sociaal plan mijns inziens ongerechtvaardigd direct leeftijdsonderscheid. Een oplossing kan worden gevonden door een uitzondering in het sociaal plan op te nemen voor diegenen die ervoor kiezen te blijven werken. Ik verkies zo'n oplossing boven een uitweg via een hardheidsclausule in het sociaal plan. Dit omdat het Hof in Andersen een te ruim middel duidelijk bestempelt als verboden onderscheid. Waar een ontslagvergoeding in het sociaal plan (vooral) is bedoeld als beloning voor werknemers die vrijwillig vertrekken, lijkt uitsluiting van werknemers die met (vervroegd) pensioen gaan, ongeoorloofd. Voor de beloning van vrijwillig vertrek, maakt het immers geen enkel verschil of een werknemer op het moment van beëindiging van de arbeidsverhouding al dan niet recht heeft op (vervroegd) pensioen. Verder wordt soms voor werknemers boven een bepaalde leeftijd in plaats van de normale vergoeding op basis van de kantonrechtersformule, een ontslagvergoeding verstrekt als aanvulling op inkomen uit arbeid of een uitkering. Bij deze verschillende vergoedingen voor verschillende leeftijdscategorieën kunnen op zichzelf al vragen worden gesteld, hier wil ik slechts wijzen op het feit dat onduidelijk is of de aanvulling ook geldt in het geval van vroegpensioen. Zo niet, dan levert dat, afhankelijk van het doel van de vergoeding, mogelijk ook een verboden onderscheid op. Ten slotte, mijns inziens kan het Andersenarrest analoog worden toegepast op de begeleidingstrajecten waarin de sociale plannen doorgaans voorzien. Een werknemer kan het begeleidingstraject niet worden ontzegd vanwege de mogelijkheid met vervroegd pensioen te gaan als de werknemer zelf actief wil blijven in het arbeidsproces. Al met al moet dus naar aanleiding van het arrest Andersen vooral in sociale plannen beter worden opgelet om verboden leeftijdsonderscheid te voorkomen.

Mw. mr. C.W.G. Rayer (docent sociaal recht Radboud universiteit)