

Uitsluiten transitievergoeding vóór AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk gezien geen sinecure

ArbeidsRecht 2018/35

Drie scenario's bij pensioenontslag na antwoorden van de Hoge Raad: kan er nog sprake zijn van verboden leeftijdsdiscriminatie?

1. Inleiding

Er worden geen pensioengaten gestopt met de transitievergoeding, zo oordeelde de Hoge Raad op 20 april 2018.² De Hoge Raad beantwoordde prejudiciële vragen over leeftijdsdiscriminatie en het uitsluiten van de transitievergoeding in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd. Conclusie: het uitsluiten van deze vergoeding op of na AOW-leeftijd is niet discriminatoir³ en voor individuele toetsing is geen noodzaak.⁴

Dit antwoord was niet volgens iedereen te verwachten. Sommige auteurs hebben betoogd dat het onthouden van de transitievergoeding onder omstandigheden discriminatoir kan zijn.⁵ Nu de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan is er – vooralsnog – duidelijkheid geschapen. Er blijven echter wel vragen over: hoe werkt dit uit bij een werknemer die in dienst komt na AOW-leeftijd en hoe zit het met pensioenontslag op een eerder afgesproken leeftijd?

Tijd om de balans op te maken over het transitievergoedingsloze pensioenontslag. In deze bijdrage staan drie varianten van pensioenontslag centraal en de vraag of, met de kennis over het oordeel van de Hoge Raad, er nu toch sprake kan zijn van leeftijdsdiscriminatie bij het onthouden van de transitievergoeding. Daarbij ga ik in op de volgende situaties:

1. pensioenontslag in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd;
2. pensioenontslag na opnieuw aannemen van een AOW+'er;
3. pensioenontslag onder de AOW-leeftijd (op afgesproken lagere leeftijd).

In paragraaf 2 staan het wettelijk kader en de Hoge Raad-uitspraak van 20 april 2018 centraal. In paragraaf 3 ga ik in op de verschillende pensioenontslagscenario's. In paragraaf 4

zal ik ingaan op individuele toetsing en in paragraaf 5 sluit ik af met een conclusie.

2. Wettelijk kader en Hoge Raad-uitspraak

In artikel 7:673 lid 7 BW wordt het recht op transitievergoeding onthouden aan de werknemer die pensioenontslag krijgt:

“De transitievergoeding is niet verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst: (...)

- b. 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; (...)”

Deze bepaling heeft al vóór de uitspraak van de Hoge Raad voor een wetenschappelijke discussie gezorgd. Zou het uitsluiten van de transitievergoeding misschien in strijd zijn met Richtlijn 2000/78/EG? Is er wat dat betreft een verschil tussen werknemers die in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd worden ontslagen en werknemers die daarvoor worden ontslagen? Het Hof 's-Hertogenbosch⁶ en later de Kantonrechter Utrecht⁷ kregen te maken met deze vragen en de kantonrechter heeft in dat kader aan de Hoge Raad onder meer de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- “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?”

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het onthouden van transitievergoeding vanaf AOW-leeftijd inderdaad directe discriminatie is als bedoeld in de richtlijn, omdat er sprake is van direct op leeftijd gegrond verschil in behandeling. Dit wordt echter, gelet op de wetsgeschiedenis van de Wvz, gerechtvaardigd door een legitiem doel (vgl. art. 6 lid 1 Richtlijn). De uitsluiting van een transitievergoeding voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt, heeft tot doel te voorkomen dat personen die in de regel niet langer aangewezen zijn op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien, toch recht hebben op deze

¹ Mevr. mr. E.L.H. van der Vos is PhD-onderzoeker bij de Afdeling Sociaal Recht van de Universiteit Leiden.

² De eerste zin van dit artikel is een verwijzing naar de laatste zin van mijn vorige artikel over dit onderwerp (*TRA* 2017/60).

³ In deze bijdrage gebruik ik de begrippen leeftijdsdiscriminatie, verboden leeftijdsdiscriminatie en discriminatoir. Deze begrippen hebben in deze bijdrage dezelfde betekenis.

⁴ HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651.

⁵ W.C.M. Donner-Broersma, ‘Opgepast bij onthouden vergoeding aan AOW-of pensioengerechtigden!’, *TAO* 2016/3 & M.S.A. Vegter, ‘Transitievergoeding en AOW – prejudiciële vragen’, *ArbeidsRecht* 2018/3.

⁶ Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:954, later ingetrokken.

⁷ Rb. Midden-Nederland 30 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3249.

vergoeding. Mede tegen de achtergrond van het algemene doel van de Wwz om het ontslag voor werkgevers minder kostbaar te maken, acht de Hoge Raad dit legitiem, alsmede het middel passend en noodzakelijk. Ook de vraag of een individuele toetsing moet plaatsvinden van de gevolgen van de uitsluiting en van de pensioenaanspraken beantwoordt de Hoge Raad ontkennend.

3. Scenario's pensioenontslag

3.1 *Pensioenontslag in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd*

De wet biedt twee opties voor pensioenontslag vanaf de AOW-leeftijd.⁸ Partijen kunnen het pensioenontslagbeding overeenkomen: de arbeidsovereenkomst eindigt dan van rechtswege op de afgesproken datum. Ook kan de werkgever de arbeidsovereenkomst van de werknemer opzeggen in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd. Of een werkgever van de tweede optie gebruik mag maken indien hij geen gebruik heeft gemaakt van een overeengekomen pensioenontslagbeding en de werknemer blijft doorwerken, staat nog ter discussie.⁹

De casus die door de Kantonrechter Utrecht is voorgelegd aan de Hoge Raad, betreft een werknemer wiens arbeidsovereenkomst is geëindigd met een pensioenontslagbeding de dag voordat zijn AOW-intreedt. De meningen over de vraag of het onthouden van transitievergoeding leeftijdsdiscriminatie is in de zin van de Richtlijn 2000/78/EG, waren verdeeld. Sommige auteurs hebben aangevoerd dat, afhankelijk van de reden van het ontslag of de individuele omstandigheden, het onthouden van de vergoeding leeftijdsdiscriminatie oplevert.¹⁰ Ik heb in 2017 betoogd dat het transitievergoedingslozepensioenontslag op of na AOW-leeftijd geen probleem oplevert in het licht van het Europese recht en dat individuele toetsing het risico van een eventueel te karige AOW ten onrechte op het bordje van de werkgever zou leggen.¹¹ De Hoge Raad heeft bij de beantwoording van de prejudiciële vragen geoordeeld dat deze personen, wier pensioenontslag plaatsvindt in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd, inderdaad geen recht hebben op een transitievergoeding en dat er geen ruimte is voor individuele toetsing. De wetgever heeft volgens de Hoge Raad voor deze uitsluiting een legitiem doel. Namelijk: voorkomen dat personen die in de regel niet langer aangewezen zijn op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien, toch recht hebben op een transitievergoeding.

3.2 *Pensioenontslag na (opnieuw) aannemen van een AOW+er*

Een casus die mij laatst is voorgehouden gaat over een werknemer bij een groot bedrijf die na zijn pensioenontslag van rechtswege op AOW-leeftijd, opnieuw in dienst was genomen. Deze werknemer deed zijn werk zo goed, dat hij na het maximale aantal bepaalde tijdcontracten zelfs een onbepaalde tijdcontract kreeg aangeboden. Mocht de werkgever op een goede dag toch afscheid van deze werknemer willen nemen, bijvoorbeeld op het moment dat deze werknemer de 75 reeds gepasseerd is, en er is geen sprake van een pensioenontslagbeding, dan kan dat alleen bewerkstelligd worden met een redelijke ontslaggrond.¹² Heeft deze werknemer bij ontslag op 75-jarige leeftijd recht op transitievergoeding?

Analoge toepassing van de Hoge Raad-uitspraak brengt volgens mij mee dat ook deze werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding. Het ontslagmoment ligt immers na het bereiken van de AOW-leeftijd. Ook al geldt er voor dergelijke werknemers wel meer ontslagbescherming – voor het ontslag moet er weer sprake zijn van een redelijke grond – het legitieme doel van dit onderscheid naar leeftijd is niet wezenlijk anders dan bij degenen die op AOW-leeftijd worden ontslagen. Ook deze werknemers worden geacht een vervangend inkomen te genieten. Ten overvloede merk ik nog op dat indien er wel recht op transitievergoeding zou bestaan, deze moet worden berekend over de periode vanaf het eerste bepaalde tijdcontract na het pensioenontslag. De opgebouwde transitievergoeding tot het pensioenontslag is immers 'vervlogen' met het pensioenontslag waarbij geen recht bestaat op transitievergoeding.

3.2.1 *Recht op transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen werkgever*

Stel nu eens voor dat de werkgever de werknemer besluit weg te treiteren¹³ omdat de werkgever genoeg heeft van een 70+ werknemer. Zou deze werknemer ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen vragen bij de kantonrechter én om een transitievergoeding kunnen verzoeken wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever? Een al te letterlijke interpretatie van art. 7:673 lid 1 onder b BW zou de gedachte kunnen wekken dat deze groep dan wel een recht toekomt op transitievergoeding. Ik meen dat het juist niet zou moeten kunnen. Deze transitievergoedingsbepaling, die het recht toekent aan een werknemer die wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever heeft opgezegd of een ontbindingsverzoek heeft ingediend, gaat echter uit van de situatie dat de werknemer wel eerst een recht op transitievergoeding bij onvrijwillig ontslag zou kunnen hebben. AOW-gerechtigden zijn nu eenmaal uitgesloten van de transitievergoeding, het doel en de noodzaak van deze vergoeding geldt niet voor hen, ook niet als hun werkgever ver over de schreef gaat.

⁸ Art. 7:669 lid 4 BW.

⁹ Zie Rb. Amsterdam 24 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1678, TRA 2016/2, met (kritische) noot F.M. Dekker & Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1093.

¹⁰ W.C.M. Donner-Broersma, 'Opgepast bij onthouden vergoeding aan AOW- of pensioengerechtigden', TAO 2016/3 & M.S.A. Vegter, 'Transitievergoeding en AOW – prejudiciële vragen', *ArbeidsRecht* 2018/3.

¹¹ E.L.H. van der Vos, 'Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem', TRA 2017/60.

¹² Art. 7:669 lid 4 BW.

¹³ Deze feiten zijn geen onderdeel van de vraag die mij is voorgelegd, zoals ik uiteenzet in paragraaf 3.2.

Dit betekent overigens niet dat AOW-ers geen recht kunnen hebben op een billijke vergoeding (art. 7:671c lid 2 onder b BW). Bij het bepalen van de hoogte van deze vergoeding spelen overigens juist wél altijd de individuele omstandigheden een rol.¹⁴ De billijke vergoeding komt iedere werknemer bij ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever toe.

3.3 *Afgesproken pensioenontslag onder de AOW-leeftijd*

De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak nadrukkelijk aangegeven niet te oordelen over de situatie dat werknemer en werkgever een eerdere pensioenleeftijd hebben afgesproken dan de AOW-leeftijd.¹⁵ Dit betekent dat deze vraag nog overblijft: is er wellicht toch sprake van leeftijdsdiscriminatie indien de leeftijd van het pensioenontslag onder de AOW-leeftijd ligt?

Even los van de transitievergoeding: een afspraak tot pensioenontslag vóór AOW-leeftijd is in principe nietig. Zo'n afspraak is rechtstreeks strijdig met art. 3 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en daarop staat de sanctie van nietigheid (art. 13 WGBL). Ook een pensioenontslag vóór AOW-leeftijd kan echter een gerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd zijn. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2012 onder verwijzing naar het doorstromingsargument en de interne werkgelegenheid dat het pensioenontslag van piloten op de leeftijd van 56-58 jaar objectief gerechtvaardigd was.¹⁶

3.3.1 *Is het onthouden van transitievergoeding discriminatoir?*

Dat het onthouden van transitievergoeding aan werknemers die met pensioenontslag gaan onder de AOW-leeftijd (in)direct discriminatoir is, spreekt voor zich. Door het bereiken van een bepaalde leeftijd hebben zij geen recht op transitievergoeding bij ontslag.

3.3.2 *Is er een objectieve rechtvaardiging?*

Ook wanneer het ontslag op een afgesproken eerdere pensioenleeftijd gerechtvaardigd is, is het toch nog de vraag of het onthouden van een transitievergoeding daar bij past. In mijn vorige artikel over dit onderwerp heb ik openlijk getwijfeld over de legitimiteit van een pensioenontslag zonder transitievergoeding voor de AOW-leeftijd.¹⁷

Vooropgesteld: lidstaten hebben bij het stellen van leeftijdonderscheidende normen een ruime margin of appreciation. De Hoge Raad heeft dit ook mooi belicht door in zijn uitspraak op te merken dat de wetgever bij de totstandkoming van de Wwz de belangen van de diverse te onderscheiden groepen (werkgevers, oudere werknemers, jongere werknemers) tegen heeft elkaar afgewogen.

De regering heeft in de parlementaire geschiedenis van de Wwz de volgende rechtvaardiging gegeven voor het onthouden van de transitievergoeding:

“Het volledig uitsluiten van de transitievergoeding in geval een arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet nadat de werknemer de AOW-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.”¹⁸

De regering gaat er dus vanuit dat de werknemers met een afgesproken pensioenleeftijd ook een vervangend ouderdomspensioen ontvangen. Dit zal in de regel ook kloppen. Om de piloten weer als voorbeeld te nemen: de vliegmaatschappij zal het gebrek aan transitievergoeding onder meer kunnen rechtvaardigen door te wijzen op de riante pensioenregeling. Deze werknemers zijn dus niet langer aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. Ook staat de eerdere pensioenleeftijd in de regel in de cao, de sociale partners hebben hier dus over onderhandeld en meebeslist. Zoals algemeen bekend is een zeer hoog percentage van de piloten lid van een vakbond. Het Hof van Justitie EU heeft eerder veel waarde gehecht aan de rol van sociale partners bij leeftijdsdiscriminatiezaken.¹⁹ Het middel – het onthouden van transitievergoeding aan werknemers die met pensioen gaan – is in wezen geschikt om het beoogde doel te bereiken, mits er wel sprake is van een pensioenregeling die tot uitkering komt. Of de maatregel proportioneel is, is de vraag. Werknemers die bijvoorbeeld op hun 62ste met pensioenontslag gaan worden op die manier gedwongen om vóór het recht op de wettelijke AOW te stoppen met werken.

Ik zie een drietal problematische verschillen tussen het onthouden van transitievergoeding aan AOW-gerechtigden en degenen met een eerdere pensioendatum.

3.3.3 *Vervangend inkomen*

Het staat vast dat er in ieder geval een (deugdelijk) vervangend inkomen moet zijn voor de werknemers met een eerdere pensioenontslagdatum. Dit is ook waar de regering in de parlementaire geschiedenis vanuit is gegaan.²⁰ Mocht er voor deze groep geen pensioen geregeld zijn, is het onthouden van de transitievergoeding hoe dan ook ongerechtvaardigd. Er zal dan sprake zijn van verboden leeftijdsdiscriminatie in de zin van de Richtlijn 2000/78/EG.

Eén van de belangrijkste argumenten om uitsluiting van de transitievergoeding voor de groep vanaf AOW-leeftijd toe-

14 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*).

15 HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, r.o. 3.3.2.

16 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367 (*KLM/VNV*).

17 E.L.H. van der Vos, 'Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem', TRA 2017/60.

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

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

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

laatbaar te achten, lag er volgens de Hoge Raad in dat deze personen geacht worden niet langer te zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien.²¹ De hier centraal staande groep heeft geen recht op AOW, maar in de regel wel pensioen opgebouwd via de werkgever. Een vlieger die zijn leven lang heeft gewerkt bij zijn vliegmaatschappij zit al snel financieel goed, maar ik sluit niet uit dat er piloten tussen zitten met een minder riant pensioen. Bijvoorbeeld piloten die als gevolg van het pilotenoverschot een tijd als zelfstandige hebben gewerkt. Bij de prijsvechtersluchtvaartmaatschappijen is de pensioenregeling wellicht helemaal niet zo riant.

3.3.4 Geen algemene pensioenleeftijd

Het Hof van Justitie EU is kritisch over het uitsluiten van ontslagvergoedingen vóór de algemene nationaal gehanteerde pensioenleeftijd. In alle uitspraken waarin er sprake was van een pre-AOW-leeftijd ontslag heeft het Hof geoordeeld dat er sprake is van leeftijdsdiscriminatie.²² Ik heb eerder bepleit dat uitsluiting van de transitievergoeding vanaf en na AOW-leeftijd de discriminatietoets in de regel wel zal doorstaan, maar dat het moeilijker wordt als de pensioenleeftijd onder de AOW-leeftijd ligt. Dan is het lastig(er) te rechtvaardigen waarom deze groep, die nog geen recht heeft op AOW, toch is uitgesloten.²³ In de uitspraken *Andersen* (2010) en *Rasmussen* (2016) was het Hof van Justitie EU kritisch in gevallen waarin werknemers noodgedwongen een lagere pensioenuitkering hadden als gevolg van het eerdere ontslag. Het doel van de Deense wet die ten grondslag lag aan deze uitsluiting werd wel gestaafd door een legitiem doel, maar was niet proportioneel omdat werkwilligen geforceerd konden worden tot vervroegde pensionering met een lager algemeen ouderdomspensioen, in plaats van te kunnen doorwerken en uit te komen op een hoger pensioen op de algemene wettelijke pensioenleeftijd.²⁴ In Nederland speelt dit probleem overigens minder, omdat de opbouw van AOW-pensioen niet afhankelijk is van gewerkte jaren, maar van ingezetenschap.

3.3.5 Geen invloed op een karige AOW, maar wel op weinig pensioen?

Een ander argument dat de Hoge Raad belangrijk achtte bij leeftijdsdiscriminatie was dat de werkgever een belang heeft om niet belast te worden met de financiële gevolgen voor een werknemer die het gevolg zijn van onvolledige AOW-opbouw van de werknemer. Hier heeft de werkgever immers geen invloed op.²⁵ Bij een bedrijfspensioenregeling gaat die vlieger niet geheel op. De werkgever heeft in de regel meer invloed op de pensioenregeling gehad. Hij was

immers betrokken bij de onderhandelingen en de totstandkoming ervan. Op de noodzaak van de individuele toets ga ik daarom hierna nader in.

4. Individuele toetsing bij pensioenontslag onder AOW-leeftijd

De laatste vraag die rest is of werkgevers ook verplicht zijn om bij vroegpensioeners individueel te toetsen of de uitsluiting van de transitievergoeding niet té nadelig uitpakt. Is het onthouden van de transitievergoeding aan deze individuele werknemer wel geschikt en noodzakelijk? Is de betrokken werknemer niet excessief de dupe van de uitsluiting?

De Hoge Raad heeft ten aanzien van werknemers die te maken krijgen met pensioenontslag vanaf AOW-leeftijd argumenteerd dat voor individuele toetsing geen noodzaak bestaat. Deze werknemers mogen immers in principe geacht worden een vervangend inkomen te verkrijgen in de vorm van een AOW. Bovendien zou individueel toetsen de deur openen voor procedures, terwijl de wetgever met de invoering van de Wwz heeft beoogd het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken. Met deze doelstelling en met het abstracte en gestandaardiseerde karakter van de transitievergoeding verdraagt zich volgens de Hoge Raad niet dat de werkgever, dan wel de rechter, in individuele gevallen zou moeten toetsen of, in afwijking van deze regels, toch (geheel of gedeeltelijk) recht op een transitievergoeding bestaat.²⁶

Het kan zijn dat de uitsluiting bij een op zichzelf riant pensioenregeling toch individueel excessief nadelig uitpakt. Analoge toepassing van de uitspraak van de Hoge Raad brengt mee dat wellicht ook hier niet individueel hoeft te worden getoetst. Toch denk ik dat er goede argumenten zijn om dat bij deze groep wel te doen. Het Hof van Justitie heeft ook gekozen voor individuele toetsing in *Toftgaard*.²⁷ Het argument dat het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en minder kostbaar zou moeten zijn, is voor deze groep werkgevers minder relevant. Zij hebben zelf gekozen voor een eerdere pensioenleeftijd, dit komt nou eenmaal met gebreken. Ook omdat de werkgever in de regel zelf betrokken is geweest bij (de hoogte van) de pensioenregeling, rust mijns inziens op de werkgever de zorgplicht om dit voor individuen niet extra nadelig te laten uitpakken. De situatie is dusdanig anders dan bij pensioenontslag vanaf AOW-leeftijd, dat ik ruimte zie voor een verplichting tot individuele toetsing.

5. Mogelijk verboden leeftijdsdiscriminatie onder AOW-leeftijd

De Hoge Raad heeft een duidelijk oordeel gegeven over het uitsluiten van transitievergoeding vanaf AOW-leeftijd. De eerste helft van art. 7:673 lid 7 onder b BW is een gerecht-

21 HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, r.o. 3.3.9.

22 HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, *JAR* 2010/296 (*Andersen/Region Syddanmark*) en HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri/Rasmussen*).

23 HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, *JAR* 2010/296 (*Andersen/Region Syddanmark*) en HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri/Rasmussen*).

24 Zie ook E.L.H. van der Vos, 'Uitsluiten transitievergoeding bij AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk geen probleem', *TRA* 2017/60, onder 4.1.1.

25 HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, r.o. 3.3.12.

26 HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, r.o. 3.3.8, slotalinea.

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

vaardigd en geschikt middel om het beoogde doel mee te bereiken. Er blijven vragen over de uitsluiting van de transitievergoeding bij een afgesproken pensioenleeftijd vóór de AOW-leeftijd. Zelfs wanneer er sprake is van een goudgerande pensioenregeling valt niet uit te sluiten dat het tweede deel van art. 7:673 lid 7 onder b BW als verboden leeftijdsdiscriminatie wordt beoordeeld. Het is ook goed mogelijk dat het doel wel als legitiem wordt bestempeld, maar dat op de werkgever (en daarmee de lidstaat) de zorgplicht rust de onthouding van de transitievergoeding niet excessief ingrijpend te laten werken op individuele werknemers. Ik zie dan argumenten om in deze gevallen individueel te toetsen. Oftewel: bij een overeengekomen pensioenontslag onder de AOW-leeftijd, *moet wellicht het ene pensioengat met de transitievergoeding worden gestopt.*