

ANNOTATIE

# De zaak Rasmussen: de verregaande invloed van Europese richtlijnen op het Nederlandse arbeidsrecht en de transitievergoeding in het bijzonder

*prof. mr. dr. F.G. Laagland*

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 19-04-2016,  
ECLI:EU:C:2016:278 (AR-2016-0445)*

## 1. Inleiding

De transitievergoeding heeft als doel de overgang naar een nieuwe baan te vergemakkelijken en dient ter compensatie voor het verlies van het dienstverband. Bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd bestaat doorgaans recht op pensioen; de werknemer is voor inkomen niet langer afhankelijk van betaald werk. Dit argument rechtvaardigt volgens de wetgever dat artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW het recht op een transitievergoeding uitsluit indien het dienstverband eindigt in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een binnen de onderneming geldende pensioenleeftijd (pensioenontslag). Maar is het plaatje wel zo zwart-wit?

In de Deense zaak die leidde tot het arrest Rasmussen van het Hof van Justitie besloot de werknemer na einde dienstverband zijn bij de werkgever opgebouwde recht op vroegpensioen uit te stellen en zijn beroepsloopbaan voort te zetten. De Deense wet bepaalde dat de werknemer geen ontslagvergoeding ontving omdat recht bestond op een door de werkgever betaald ouderdomspensioen. De wettekst werd in de Deense rechtspraak zo uitgelegd dat het er niet toe deed of de werknemer actief bleef op de arbeidsmarkt – zoals gold voor de werknemer in de zaak Rasmussen. Deze toepassing vond geen genade bij het Hof van Justitie: de Deense bepaling was in strijd met het verbod op leeftijdsdiscriminatie. In de formulering

van het Nederlandse artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW schuilt een soortgelijk gevaar. De bepaling sluit aan bij een beëindiging van het dienstverband in verband met of na het bereiken van een leeftijd waarop recht op pensioen ontstaat. Niet is vereist dat de werknemer ook daadwerkelijk aanspraak maakt op zijn pensioen en/of de arbeidsmarkt verlaat.

In deze annotatie gaat de auteur na wat het arrest Rasmussen betekent voor artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW. Voordat hiertoe wordt overgegaan, komt de betekenis van het arrest in een bredere Europese context aan de orde. Het arrest is namelijk ook om andere redenen interessant. Het is sinds 2010 de eerste keer dat de befaamde Küçükdeveci-techniek met succes is toegepast. Het Hof van Justitie verduidelijkt bovendien hoe ver de plicht tot richtlijnconform interpreteren reikt. Een belangrijk leerstuk voor de Nederlandse arbeidsrechtjurist, aangezien tal van nationale arbeidsrechtelijke regels een basis kennen in Europese richtlijnen. Denk aan de regels inzake overgang van onderneming, collectief ontslag en opvolgende arbeidsovereenkomsten.

## **2. Richtlijnconform interpreteren versus de Küçükdeveci-techniek**

Het meeste Europese arbeidsrecht is neergelegd in richtlijnen. Richtlijnen werken door in de horizontale arbeidsrelatie via implementatie in nationale wetgeving. Als Nederland een richtlijn niet tijdig of niet correct omzet, kunnen particulieren jegens elkaar geen rechtstreeks beroep doen op de bepalingen van de richtlijn. Dit is sinds 1986 vaste rechtspraak van het Hof van Justitie (HvJ EG 26 februari 1986, C-152/84): richtlijnen richten zich tot lidstaten en niet tot particulieren.

Een belangrijke nuance op het verbod van horizontale doorwerking is de techniek van richtlijnconform interpreteren. De nationale rechter is gehouden zijn nationale recht – niet slechts het implementatierecht – in het licht van de relevante richtlijn(en) uit te leggen. Richtlijnconforme interpretatie stelt de rechter in staat de volle werking van het Unierecht te verzekeren. De plicht hiertoe vloeit voort uit het loyaliteitsbeginsel. Een andere nuance blijkt uit de arresten Mangold (HvJ EG 22 november 2005, C-144/04) en Küçükdeveci (HvJ EU 5 januari 2010, C-555/07). Nationale regels die discrimineren op leeftijd blijven buiten toepassing indien de regels vallen binnen de reikwijdte van Richtlijn 2000/78/EG inzake gelijke behandeling op de werkplek (Küçükdeveci-techniek). Mocht men nog twijfelen aan de houdbaarheid van de Küçükdeveci-techniek, dan behoort die twijfel vanaf nu tot de verleden tijd. In een halfjaar tijd heeft het Hof van Justitie de techniek tweemaal toegepast: zonder succes in het arrest Bio Philippe Auguste SARL (HvJ EU 15 oktober 2015, AR 2016-0561) en met succes in het arrest Rasmussen dat in deze annotatie centraal staat.

De Küçükdeveci-techniek is een noodgreep voor het ontbreken van rechtstreekse horizontale

werking van Richtlijn 2000/78/EG en de onmogelijkheid voor de rechter om het nationale recht richtlijnconform uit te leggen. Pas als richtlijnconform interpreteren niet mogelijk is, komt de Kükükdeveci-techniek in beeld. Het Hof van Justitie benadrukt deze rangorde nogmaals in het arrest Rasmussen. Belangrijk is dus de vraag tot hoever de plicht tot richtlijnconform interpreteren reikt. Hoe ver kan (of: moet) een rechter daarin gaan? Het Hof van Justitie overwoog in eerdere arresten dat de verplichting niet kan dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem*. Deze begrenzing is gebaseerd op het rechtszekerheidsbeginsel en het daarmee samenhangende verbod tot terugwerkende kracht (vgl. HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, punt 101 (Adeneler)). Een particulier moet het geldende recht kunnen kennen; hij moet kunnen weten waar hij aan toe is. Een uitleg in strijd met een duidelijke en eenduidige wettekst staat met de rechtszekerheid op gespannen voet en is niet toegestaan.

In de zaak Rasmussen zag het Deense Hooggerechtshof zich naar eigen zeggen geconfronteerd met een uitleg *contra legem*. Het Deense recht geeft een werknemer die gedurende twaalf, vijftien of achttien jaren ononderbroken bij dezelfde onderneming in dienst is geweest recht op een ontslagvergoeding bij einde dienstverband. Van het recht hierop is uitgesloten de werknemer die van zijn werkgever een ouderdomspensioen *zal* ontvangen en zich voor de leeftijd van vijftig jaar bij de betrokken pensioenregeling heeft aangesloten (cursivering: FL). Volgens vaste rechtspraak van het Deense Hooggerechtshof wordt 'zal' uitgelegd als 'kan'. Voor de uitsluiting was daarom niet relevant dat de werknemer ervoor koos tijdelijk van het pensioen af te zien om zijn beroepsloopbaan voort te zetten. Het Deense Hooggerechtshof achtte het *contra legem* om deze bestendige en duidelijke rechtspraak te wijzigen in die zin dat de werknemer zijn aanspraak op pensioen moest verzilveren. De Deense rechter stelde geen prejudiciële vragen over de grenzen van richtlijnconform interpreteren; de prejudiciële vragen richtten zich op toepassing van de Kükükdeveci-techniek. Dit weerhield het Hof van Justitie er niet van te benadrukken dat richtlijnconform interpreteren niet *contra legem* is op de enkele grond dat de bepaling in de rechtspraak tot dan toe is uitgelegd op een wijze die onverenigbaar is met het Unierecht. Met andere woorden: de rechter is verplicht tot een draai van 180 graden ten opzichte van eerdere eenduidige rechtspraak.

De overweging van het Hof van Justitie doet denken aan het arrest van de Hoge Raad inzake Albron/Roest (HR 5 april 2013, AR 2013-0276 m.nt. Even). Het Gerechtshof Amsterdam legde het begrip 'werkgever' in artikel 7:663 BW zo uit dat hieronder tevens de niet-contractuele werkgever moest worden verstaan. Het Gerechtshof Amsterdam kwam tot deze uitleg op basis van Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming na het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. De Hoge Raad verwierp de cassatieklacht dat de richtlijnconforme interpretatie van het Gerechtshof Amsterdam *contra legem* was vanwege het

feit dat in rechtspraak en literatuur van een andere uitleg werd uitgegaan dan de uitleg die het Hof van Justitie gaf. De zienswijze van de Hoge Raad is nu bevestigd door het Hof van Justitie. Het arrest Rasmussen gaat in die zin nog een stap verder omdat in dat geval de afwijkende uitleg door het hoogste rechtscollege was gegeven, terwijl het in het arrest Albron/Roest ging om lagere rechtspraak en literatuur.

Het Deense Hoogerechtshof is op basis van de overweging van het Hof van Justitie strikt genomen gehouden het Deense recht alsnog richtlijnconform te interpreteren. Voor het rechtsgevolg maakt het echter geen verschil of de rechter de litigieuze bepaling richtlijnconform interpreteert dan wel buiten toepassing laat wegens strijd met het Europese verbod op leeftijdsdiscriminatie. In beide gevallen heeft de werknemer alsnog recht op de ontslagvergoeding. Het onderscheid lijkt daarom academisch geneuzel, maar is praktisch relevant omdat de Küçükdeveci-techniek tot dusver alleen is toegepast bij leeftijdsdiscriminatie in zaken die vallen onder de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG. Deze techniek staat de nationale rechter niet ter beschikking indien een nationale bepaling in strijd is met een ander rechtsbeginsel of andere richtlijn. In die situaties moet de nationale rechter het doen met de methode van richtlijnconform interpreteren. Dat deze plicht zeer ruim moet worden opgevat, betekent een toenemende invloed van Europese richtlijnen op horizontale arbeidsverhoudingen. De ruime benadering van richtlijnconform interpreteren geldt immers voor alle (arbeidsrechtelijke) richtlijnen. Het hiervoor genoemde arrest Albron/Roest illustreert hoe groot het bereik voor het Nederlandse arbeidsrecht kan zijn.

### **3. Het rechtszekerheidsbeginsel als ondergeschoven kindje**

Zoals gezegd, kent de techniek van richtlijnconform interpreteren haar grens in de rechtszekerheid. Een uitleg in strijd met de duidelijke tekst van de wet is niet toegestaan. Het arrest Rasmussen maakt duidelijk dat de nationale rechter wel gehouden is tot een draai van 180 graden ten opzichte van eerdere rechtspraak. Het Hof van Justitie besteedt geen aandacht aan de vraag hoe deze benadering zich verhoudt tot het rechtszekerheidsbeginsel. Dat doet het wel ten aanzien van de Küçükdeveci-techniek. De tweede prejudiciële vraag van het Deense Hoogerechtshof stelt aan de orde of de nationale rechter mag bepalen dat het rechtszekerheidsbeginsel prevaleert boven de rechtstreekse werking van het verbod op leeftijdsdiscriminatie. Het antwoord van het Hof van Justitie is helder en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar: dat is niet toegestaan. De rechtszekerheid moet wijken voor een Unieconforme toepassing van het recht. Dit zal bij richtlijnconform interpreteren niet anders zijn. Het buiten toepassing laten van een bepaling geldt als een verdergaande inbreuk op de rechtszekerheid dan richtlijnconform interpreteren waarbij de bepaling als zodanig in stand blijft.

Het is opmerkelijk hoe eenvoudig het Hof van Justitie het rechtszekerheidsbeginsel in de zaak

Rasmussen terzijde schuift. Verschillen beide technieken nu echt zoveel van een uitleg in strijd met de duidelijke tekst van een wet? Uiteraard bestaat een verschil tussen wetgeving en rechtspraak. In Nederland doet een rechter op basis van de wet (art. 11 Wet AB) uitspraak in een concreet geschil (art. 13 Wet AB). Men moet oppassen aan rechterlijke uitspraken algemene regels te ontleen. Aan de andere kant kan niet worden ontkend dat van uitspraken van de Hoge Raad een zekere rechtsvinding uitgaat. De werking van een arrest benadert soms dicht de werking van een wet. Dit geldt zeker als de Hoge Raad zijn eigen eerdere uitspraken volgt en een jurisprudentie lijn zichtbaar maakt door naar zijn eerdere rechtspraak te verwijzen. Precies zo'n situatie deed zich voor in de zaak Rasmussen: het Deense Hooggerechtshof legde de nationale bepaling al jaren zo uit dat het niet uitmaakte of de werknemer zijn recht op pensioen geldend maakte. De gelijkenis met een uitleg *contra legem* is mijns inziens nog sterker in de situatie dat de rechter een nationale bepaling buiten toepassing laat op basis van de Küçükdeveci-techniek. Ook dan wordt de wet in zekere zin herschreven. Toch delft ook dan de rechtszekerheid het onderspit.

Het arrest Rasmussen roept bij mij de vraag op in hoeverre het verbod tot een uitleg *contra legem* daadwerkelijk op het rechtszekerheidsbeginsel is gebaseerd. Het lijkt meer te gaan om de bevoegdheden van de rechter – wat kan hij wel en wat kan hij niet. Van de rechter kan niet worden verlangd in de plaats te treden van de wetgevende macht. Wetgeving wordt opgesteld door het democratisch gelegitimeerd gezag. Deze beperking geldt niet ten opzichte van de uitleg van wetgeving. Een draai van 180 graden ten opzichte van eerdere rechtspraak valt binnen de taakstelling van een rechter. Hetzelfde geldt voor het buiten toepassing laten van een nationale bepaling. Met andere woorden: een Unieconforme toepassing van het nationale recht staat voorop, mits de rechter daartoe de middelen heeft. Hij is tot een Unieconforme toepassing gewoonweg niet in staat bij een duidelijke wettekst. Dat heeft weinig van doen met de rechtszekerheid. Deze zienswijze wordt ondersteund door A-G Bot die in zijn conclusie de beperking van een uitleg *contra legem* enkel rechtvaardigt met verwijzing naar de taakstelling van de rechter. Zo bezien valt de uitkomst (beter) te begrijpen: de rechtszekerheid wijkt voor de wens van het Hof van Justitie om de effectieve werking van het Unierecht te verzekeren.

Het arrest is ook om een andere reden te billijken. Het is lastig hoe rechters in rechtspraak rekening moeten houden met de rechtszekerheid. Het Deense Hooggerechtshof vraagt zich af of het kan besluiten dat de rechtszekerheid prevaleert zodat de werkgever de ontslagvergoeding niet is verschuldigd. Maar hoe zit het met een volgende soortgelijke zaak? Rechtspraak wijzigt immers door rechtspraak. Een alternatief dat rekening houdt met de rechtszekerheid zou zijn dat de rechter een oordeel voor de toekomst geeft en de partijen in het concrete geval naar huist stuurt met een op de oude leest geschoeide beslissing. Het kan zijn dat het Deense Hooggerechtshof dit alternatief in gedachten had. Een dergelijke

benadering past mijns inziens niet goed binnen de context van een privaatrechtelijk geschil. Het is een schrale troost voor de partij die de zegevierende opvatting met verve in de procedure heeft verdedigd. Partijen procederen niet in het belang van *het* recht, maar in het belang van *hun* recht. Bovendien verplicht het loyaliteitsbeginsel de rechter het nationale recht Unieconform uit te leggen; de rechter heeft niet de mogelijkheid overgangsrecht op te stellen.

Rest de vraag of de gedupeerde werkgever schadevergoeding kan vorderen van de staat. De werkgever in de zaak Rasmussen paste het geldende recht toe. De ontslagvergoeding was sinds jaar en dag niet verschuldigd aan een werknemer die bij einde dienstverband recht had op pensioen, maar besloot zijn aanspraak hierop uit te stellen. Nu blijkt dat het Deense Hoogerechtshof de wet in het verleden consequent in strijd met het Unierecht heeft uitgelegd. Het is echter de werkgever die daarvan de dupe is. Hij is alsnog gehouden de ontslagvergoeding aan de werknemer te voldoen.

Het is onduidelijk of de leer van staatsaansprakelijkheid uitkomst biedt voor de gedupeerde werkgever in de zaak Rasmussen. Wanneer een richtlijnconforme uitleg *contra legem* is, kan de gedupeerde particulier de lidstaat aansprakelijk stellen vanwege het onjuist omzetten van een richtlijn (HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en 9/90 (Francovich)). Dit is in Nederland met succes gebeurd bij de vakantiewetgeving (HR 18 september 2015, AR 2015-0898). Ook rechtspraak in strijd met Unierecht kan leiden tot staatsaansprakelijkheid (HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (Köbler)). Het gaat in de zaak Rasmussen echter om de spiegelbeeldige situatie: het recente oordeel van de Deense rechter is juist in lijn met het Unierecht. De schade is geleden vanwege eerder onzorgvuldig overheidshandelen (onrechtmatig uitgevaardigde wetgeving dan wel bestendige rechtspraak) waarop de werkgever als particulier dacht te kunnen vertrouwen. Ik ben geen Europese rechtspraak tegengekomen waarin een particulier op deze grond de staat aansprakelijk heeft gesteld. Dat het Hof van Justitie het rechtszekerheidsbeginsel in het arrest Rasmussen eenvoudig terzijde schuift, biedt weinig hoop op een succesvolle afloop. Een zelfde beeld ontstaat bij een blik naar Duitsland. In Duitsland geldt een met de K $\ddot{u}$ c $\ddot{u}$ kdeveci-techniek vergelijkbare systematiek. De rechter moet wetgeving in strijd met het Grundgesetz (de Duitse grondwet) buiten toepassing laten. Deze plicht geldt vanaf het moment dat het Bundesverfassungsgericht de strijd heeft vastgesteld en geldt voor het geschil in kwestie, alsmede voor nog niet verjaarde en toekomstige rechtsvorderingen. De gedupeerde particulier kan echter geen schadevergoeding claimen als het gaat om een algemene niet tot de betreffende particulier gerichte wet (hetgeen bij wetgeving doorgaans het geval is). Dat is vaste rechtspraak.

#### **4. De regeling van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW**

##### *4.1. Legitieme doel*

De Deense wet sluit een ontslagvergoeding bij een langdurig dienstverband uit indien de werknemer na ontslag recht heeft op een algemeen ouderdomspensioen (art. 2a lid 2 funktionærlov) dan wel een bij de werkgever opgebouwd pensioen (art. 2a lid 3 funktionærlov). Beide bepalingen zijn gebaseerd op een criterium dat onlosmakelijk met de leeftijd van werknemers is verbonden. Leeftijdsonderscheid als zodanig leidt nog niet tot leeftijdsdiscriminatie. Leeftijdsonderscheid is op grond van artikel 6 Richtlijn 2000/78/EG te rechtvaardigen door 'een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn'.

In de zaak Rasmussen ging het om een bij de werkgever opgebouwd pensioen. Dat was ook het geval in het arrest Andersen uit 2010 (HvJ EU 12 december 2010, AR 2010-0832). In het laatste arrest overwoog het Hof van Justitie dat het onderscheid naar leeftijd als zodanig niet onredelijk is in het licht van het met de ontslagvergoeding nagestreefde doel: het bieden van een betere bescherming aan werknemers voor wie de overgang naar een nieuwe dienstbetrekking wegens hun hoge aantal dienstjaren in de onderneming moeilijk blijkt te zijn. Werknemers die met pensioen gaan, verlaten doorgaans de arbeidsmarkt zodat de idee achter de ontslagvergoeding voor deze groep niet opgaat. Een soortgelijke overweging leest men terug in het arrest Landinwat betreft het niet-verschuldigd zijn van de ontslagvergoeding indien recht bestaat op een algemeen ouderdomspensioen (HvJ EU 26 februari 2015, AR 2015-0190).

Interessant is de wijze waarop het Hof van Justitie in de drie Deense zaken het legitieme doel onderbouwt. Een legitiem doel hoeft niet per definitie te zijn gericht op de bescherming van de categorie werknemers die van de regeling nadeel ondervindt. Het moet gaan om een doelstelling van sociaal beleid. Hiervan is ook sprake indien de specifieke doelstelling van een regeling voor een bepaalde categorie werknemers – zoals hier de gepensioneerden – niet opgaat (vgl. HvJ EU 6 december 2012, AR 2012-1059). Deze benadering kan men doortrekken naar het Nederlandse artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW. In Nederland is de transitievergoeding bedoeld ter compensatie voor de gevolgen van het ontslag en het vergemakkelijken van de overgang naar ander werk (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 17, p. 69). Artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW heeft als doel te voorkomen dat de transitievergoeding ten goede komt aan werknemers die niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. Gepensioneerden ontvangen immers een vervangend inkomen in de vorm van ouderdomspensioen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 40 en 112). Deze doelstelling valt binnen de categorie legitieme doelstellingen. Dat werknemers in Nederland de transitievergoeding niet hoeven in te zetten voor de transitie naar ander werk, maakt naar ik voorzie geen verschil. Uit de arresten blijkt niet dat de ontslagvergoeding in



Denemarken wel verplicht voor transitie moet worden ingezet.

#### *4.2. Passende en noodzakelijke maatregelen*

Naast een legitiem doel moeten de maatregelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. Volgens het Hof van Justitie voldoet de Deense regeling hieraan als de werknemer na einde dienstverband de arbeidsmarkt verlaat. Het betalen van de ontslagvergoeding aan werknemers die met pensioen gaan, dient geen enkel doel op het gebied van de werkgelegenheid. Op dit punt ging het fout in de zaak Rasmussen. De werknemer stelde zijn recht op pensioen uit en besloot zijn beroepsloopbaan voort te zetten. Hij ontving desondanks geen ontslagvergoeding. De Deense bepaling ging daarmee verder dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken. Artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW vereist evenmin dat de werknemer aanspraak maakt op zijn pensioen, dan wel de arbeidsmarkt verlaat. De bepaling sluit aan bij een beëindiging van het dienstverband in verband met of na het bereiken van de overeengekomen of bij wet vastgestelde (AOW-)leeftijd. Het gaat volgens de memorie van toelichting bij de Verzamelwet VWS 2016 om de leeftijd waarop recht op pensioen ontstaat (*Kamerstukken II 2014/15, 24273, 3, p. 20*).

Er bestaat geen gevaar wanneer de werknemer na het pensioenontslag recht heeft op een uitkering op grond van de Algemene Ouderdomswet. Hoewel wordt gediscussieerd over de mogelijkheid het recht op AOW uit te stellen, is de wetgever hiertoe vooralsnog niet overgegaan. Wel staat het Nederlandse recht toe dat de werknemer naast zijn AOW-uitkering actief blijft op de arbeidsmarkt. Ook indien de werknemer na het pensioenontslag besluit zijn beroepsloopbaan voort te zetten, heeft hij geen recht op een transitievergoeding. Ik verwacht dat artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW in deze situatie de Europese leeftijdsdiscriminatieoets doorstaat. Ik put hiervoor inspiratie uit het zojuist genoemde arrest Landin. In deze zaak ontving de werknemer geen ontslagvergoeding omdat hij recht had op een algemeen ouderdomspensioen, ook al besloot hij dit recht op te schorten en zijn beroepsloopbaan voort te zetten. Het Hof van Justitie achtte de Deense bepaling passend en noodzakelijk. Relevant was dat de werknemer aanspraak kon maken op een algemeen ouderdomspensioen zonder dat het consequenties had voor de toelage aan pensioen die hij per maand ontving. Met andere woorden: de werknemer kon beschikken over een vervangingsinkomen en ondervond geen financieel nadeel als hij zijn aanspraak daarop geldend maakte. Dat is in Nederland niet anders. Sterker nog, anders dan in het Deense recht staat het Nederlandse recht de werknemer niet toe zijn algemeen ouderdomspensioen op te schorten.

Het arrest Landin verschilt van de arresten Andersen en Rasmussen in die zin dat de werknemers in de laatste twee zaken nog niet de wettelijke pensioenleeftijd hadden bereikt (het ontslag had naar het lijkt ook niets met de pensioenleeftijd te maken). De werknemers



hadden bij einde dienstverband geen recht op een algemeen ouderdomspensioen, maar konden hun bedrijfspensioen vervroegd laten ingaan. Echter, het risico bestond dat de werknemers bij vervroegde pensionering een lager bedrag aan pensioen per maand moesten accepteren. Daarom kon niet van de werknemers worden verwacht hun aanspraak geldend te maken. Een zelfde risico bestaat bij toepassing van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW in de situatie dat het dienstverband eindigt in verband met een binnen de onderneming geldende pensioenleeftijd die lager dan de AOW-leeftijd ligt. Het Nederlandse recht sluit – anders dan het Deense recht – aan bij de pensioenleeftijd als reden voor ontslag. Dat maakt voor dit aspect geen verschil (op een ander punt is het onderscheid wel relevant; zie par. 5). Ook op basis van het Nederlandse recht gaan werknemers er als gevolg van een actuariële herrekening doorgaans financieel op achteruit als zij hun aanspraak op het bedrijfspensioen vóór de fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar laten ingaan (art. 18a lid 6 Wet op de loonbelasting). In mijn visie doorstaat artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW de Europese toets van leeftijdsdiscriminatie dan ook niet wanneer de werknemer besluit geen gebruik te maken van zijn recht op prepensioen. Dit geldt mijns inziens ook voor een regeling in een sociaal plan die inhoudt dat de ontslagvergoeding wordt afgetopt tot het moment waarop werknemers over een vervroegd pensioen kunnen beschikken (zie hierover Hof Den Bosch 7 juni 2016, AR 2016-0630).

Lastig vind ik de situatie dat de werknemer besluit wel vervroegd aanspraak te maken op het bedrijfspensioen, maar *ook* besluit zijn beroepsloopbaan voort te zetten. Deze constructie is in Nederland fiscaal toegestaan voor zover de werknemer vijf jaar vóór de AOW-leeftijd zit (zie Besluit van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 6 november 2015, nr. BLKB2015/830M). De werknemer beschikt in deze situatie enerzijds over een vervangingsinkomen, maar ondervindt anderzijds negatieve financiële consequenties vanwege de actuariële herrekening; hij financiert het vervangingsinkomen in feite zelf. De Deense zaken geven op dit punt geen uitsluitsel. In geen van de drie zaken maakte de werknemer daadwerkelijk aanspraak op het bedrijfs- dan wel algemeen ouderdomspensioen. Ik verwacht dat het financieel nadeel de doorslag geeft en de uitkeringen van een vervroegd pensioen niet kunnen worden beschouwd als een vervangingsinkomen dat uitsluiting van de transitievergoeding rechtvaardigt. Ook in deze situatie bestaat daarom hoogstwaarschijnlijk strijd met het Europese verbod op leeftijdsdiscriminatie.

## **5. Leefijdscriminatie en wat nu?**

Ontvangt de werknemer na zijn pensioenontslag AOW, dan houdt artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW stand en bestaat geen recht op een transitievergoeding. Dit geldt ook indien bij overeenkomst een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd is overeengekomen. Problemen doen zich voor bij een pensioenontslag wegens een binnen de onderneming geldende

pensioenleeftijd die lager dan de AOW-leeftijd ligt. Zet de werknemer zijn beroepsloopbaan voort (eventueel naast zijn prepensioen), dan is toepassing van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW in strijd met het Europese verbod op leeftijdsdiscriminatie. Hoewel het arrest Rasmussen laat zien hoe ver de plicht tot richtlijnconform interpreteren reikt, biedt deze techniek geen uitkomst in de Nederlandse context. In de tekst van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW valt niet te lezen dat is vereist dat de werknemer zijn recht op het bij zijn werkgever opgebouwde pensioen daadwerkelijk verzilvert en bovendien de arbeidsmarkt verlaat. De rechter dient artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW daarom buiten toepassing te laten, met als gevolg dat de werknemer bij einde dienstverband alsnog recht op de transitievergoeding heeft.

De rechter zal de Küçükdeveci-techniek in bovengenoemde situatie overigens niet vaak hoeven toe te passen. Zoals gezegd, is bij toepassing van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW de ontslaggrond relevant. Centraal staat een ontslag tegen (in dit geval) een lagere leeftijd dan de AOW-leeftijd. Eindigt het dienstverband voor de AOW-leeftijd om een andere reden (bijv. disfunctioneren) dan gaat artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW niet op, zelfs niet indien de werknemer aanspraak maakt op vervroegd pensioen en besluit de arbeidsmarkt te verlaten. Hoewel de tekst van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW doet voorkomen alsof een ondernemer alle vrijheid heeft bij het bepalen van de binnen zijn onderneming geldende pensioenleeftijd, is dat schone schijn. Een pensioenleeftijd lager dan de wettelijke pensioenleeftijd is slechts toegestaan bij het bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Hieraan is bijvoorbeeld voldaan bij de pensioenleeftijd van 55 jaar voor piloten. Is de lagere pensioenleeftijd binnen de onderneming niet toegestaan, dan is het pensioenontslagbeding onrechtmatig en komt men aan artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW in het geheel niet toe.