

AR-Nummer	AR 2017-0130
Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
datum	02-02-2017
trefwoorden	transitievergoeding; AOW-leeftijd; discriminatie; vakantiedagen; verval; anti-oppotbeding
wetsartikelen	7:640a BW; 7:645 BW; 7:673 lid 7 onderdeel b BW; WGBL

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 02-02-2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345, (werknemer/X Dairy Industry B.V.)

Prejudiciële vragen aan Hoge Raad over richtlijnconformiteit uitsluiting AOW-leeftijd met EU-recht. Bovenwettelijke vakantiedagen komen niet te vervallen door anti-oppotbeding.

Feiten

Werknemer (geboren 1944) is op 1 januari 2000 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Dairy. De laatste functie die werknemer vervulde was die van technisch projectmedewerker/bedrijfsleider. Werknemer verdiende € 1776,25 bruto per maand (exclusief emolumenten) op basis van een twintigjarige werkweek. Bij besluit van 24 november 2015 heeft het UWV aan Dairy toestemming gegeven voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dairy heeft de arbeidsovereenkomst bij brief van 27 november 2015 opgezegd met ingang van 1 april 2016. Werknemer heeft in eerste aanleg onder meer betaling van de transitievergoeding verzocht (naast herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:682 BW). De kantonrechter heeft alle verzoeken afgewezen.

Oordeel gerechtshof

Het hof oordeelt als volgt.

Vakantiedagen - oppotbeding is nietig

Tussen partijen staat vast dat werknemer jaarlijks 96 vakantie-uren opbouwde, waarvan 80 uur wettelijk verlof en 16 uur bovenwettelijk verlof. Werknemer vordert betaling van deze dagen. Dairy heeft zich verweerd met een beroep op artikel 4.4 van de arbeidsovereenkomst. Daarin is bepaald dat indien werknemer de hem toekomende vakantiedagen niet heeft opgenomen voor 1 januari volgende op het kalenderjaar, iedere aanspraak daarop vervalt. Het hof is van oordeel dat de kantonrechter in de bestreden beschikking terecht heeft overwogen dat deze bepaling op grond van artikel 7:645 BW nietig is (bedoeld zal zijn: vernietigbaar). De kantonrechter heeft echter overwogen dat, omdat partijen dit beding wel hebben uitgevoerd, de vordering van werknemer moet worden afgewezen. Het hof kan die redenering niet volgen en is van oordeel dat werknemer in hoger beroep terecht daartegen opkomt. Dat het beding vernietigd is geldt zowel voor de wettelijke als voor de bovenwettelijke verlofdagen. Immers, in artikel 7:640a BW is specifiek bepaald wanneer wettelijke vakantiedagen komen te vervallen. Van deze bepaling kan slechts ten gunste van de werknemer worden afgeweken, terwijl met het onderhavige beding ten nadele van de werknemer wordt afgeweken. De verlofdagen vervallen immers volgens artikel 4.4 van de arbeidsovereenkomst op een eerder moment dan op grond van artikel 7:640a BW. Voor wat betreft de bovenwettelijke verlofdagen is van belang dat in artikel 7:640 BW is bepaald dat een werknemer tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst geen afstand kan doen van zijn aanspraak op vakantie tegen schadevergoeding, maar dat daarvan kan worden afgeweken voor bovenwettelijke vakantiedagen bij schriftelijke overeenkomst. Het hof is van oordeel dat daaruit volgt dat tijdens de arbeidsovereenkomst wel afstand kan worden gedaan van vakantiedagen wanneer het gaat om bovenwettelijke vakantiedagen en dat dit dan tegen schadevergoeding mogelijk is, maar niet, zoals in dit geval, om niet.

Transitievergoeding en AOW - prejudiciële vragen aan Hoge Raad over leeftijdsdiscriminatie

Werknemer heeft op grond van artikel 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel b BW geen recht op de transitievergoeding. Volgens die bepaling is de transitievergoeding immers niet verschuldigd indien het eindigen van de arbeidsovereenkomst geschiedt na het bereiken van, kort gezegd, de AOW-gerechtigde leeftijd. Volgens werknemer levert deze uitsluiting een verboden onderscheid op naar leeftijd. Werknemer heeft verwezen naar de gelijkenis met de Deense regeling en hij heeft een beroep gedaan op meerdere arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Daarbij heeft werknemer uitdrukkelijk een beroep gedaan op het karakter van de transitievergoeding die volgens hem ook is bedoeld om de gevolgen van het ontslag te compenseren of te verzachten. Deze compensatie wordt hem onthouden door de hiervoor genoemde bepaling. In dit verband heeft werknemer erop gewezen dat het een bewuste keuze is geweest voor Dairy om de arbeidsovereenkomst met hem voort te zetten toen hij de AOW-gerechtigde leeftijd had bereikt. Het hof constateert dat de regering bij herhaling erop heeft gewezen dat de transitievergoeding een tweeledige doelstelling heeft, te weten:

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.

De regering heeft daarover opgemerkt: 'Dit tweeledige doel geeft de transitievergoeding dan ook een eigen, hybride, karakter' (zie o.m. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 69).

Het hof ziet zich hierdoor gesteld voor de vraag of de uitsluiting van alle AOW-gerechtigden zich wel verdraagt met de eerstgenoemde doelstelling die de transitievergoeding heeft volgens de regering. Ook ziet het hof zich hierdoor gesteld voor de vraag of voldoende is dat aansluiting wordt gezocht bij slechts de tweede doelstelling van de transitievergoeding. Anders gezegd: door de hier aan de orde zijnde uitsluiting, ontvangen AOW-gerechtigden geen compensatie voor hun ontslag, terwijl dat wel een van de doelstellingen is van de transitievergoeding volgens de regering. Het HvJ EU heeft bij herhaling geoordeeld dat een uitleg van het nationale recht contra legem niet mogelijk is. Uit de arresten van het HvJ EU 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)) volgt echter dat, indien nodig, elke met het hier aan de orde zijnde verbod – voortvloeiend uit het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, zoals geconcretiseerd in de richtlijn – strijdige nationale bepaling buiten toepassing moet worden gelaten. Het hof is voorshands van oordeel dat het dan ook artikel 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel b BW buiten toepassing moet laten wanneer deze bepaling in strijd blijkt te zijn met de richtlijn. Het hof is voornemens prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Het hof heeft al ter gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep met partijen gesproken over de mogelijkheid dat het hof prejudiciële vragen zal stellen aan de Hoge Raad. Ook is de mogelijkheid besproken om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU. Partijen hebben geen bezwaren geuit tegen het stellen van vragen aan de Hoge Raad. Uit het arrest van het HvJ EU van 8 april 2015 (C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115 (Landin)) lijkt te volgen dat het in de eerste plaats aan de nationale rechter is om te beoordelen of een verschil in behandeling op grond van leeftijd objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Om die reden is het hof voornemens om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad en niet aan het HvJ EU. Het hof is van plan de volgende vragen te stellen aan de Hoge Raad:

1. Is artikel 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel b BW in strijd met Richtlijn 2000/78 EG?
2. Dient/kan een individuele toetsing plaats (te) vinden?
3. Indien artikel 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel b BW in strijd is met Richtlijn 2000/78/EG, moet het hof dan – zoals zij voorlopig meent – eerstgenoemde bepaling buiten toepassing laten?

Het hof zal partijen in de gelegenheid stellen om zich uit te laten over de voorgestelde vragen en op elkaars reactie.