

## Leeftijdscriminatie door toepassing van de kantonrechtersformule?

Prof. mr. drs. M. Heemskerk, datum 13-02-2014

Datum	13-02-2014
Auteur	Prof. mr. drs. M. Heemskerk <sup>[2]</sup>
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht (V) Arbeidsrecht / Algemeen

Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd? Dat was de titel van mijn bijdrage in Arbeidsrecht in 2006.<sup>[1]</sup> Acht jaar later is er het nodige geschreven, geadviseerd en geprocedeerd over leeftijdscriminatie en de kantonrechtersformule. In deze bijdrage analyseer ik opnieuw de verhouding tussen kantonrechtersformule en leeftijdscriminatie. Aan de hand van rechtspraak en literatuur bespreek ik de nieuwe grenzen van het verbod van leeftijdsonderscheid in verband met (1) de kantonrechtersformule; (2) het pensioenplafond (aanbeveling 3.5); en (3) varianten op de kantonrechtersformule in het sociaal plan.

## Leeftijdsonderscheid in de kantonrechtersformule/ontslagvergoeding

De kantonrechtersformule maakt onderscheid tussen jong en oud bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding. De kantonrechtersformule 'bevoordeelt' ouderen door te rekenen met het aantal gewogen dienstjaren (aanbeveling 3.2). Dienstjaren op oudere leeftijd tellen zwaarder en leiden tot een hogere vergoeding. Het zogenaamde pensioenplafond uit de kantonrechtersformule (aanbeveling 3.5) kan ouderen benadelen. Zij ontvangen een lagere ontslagvergoeding dan jongeren voor wie de reguliere kantonrechtersformule geldt.

De vraag of de maximering van de ontslagvergoeding tot € 75.000 of een jaarsalaris (indien dat hoger is dan € 75.000) uit het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid (de transitievergoeding) discriminatoir is, valt buiten het bestek van deze bijdrage.<sup>[3]</sup> De objectieve rechtvaardiging voor de uitsluiting van bepaalde 18-minners en gepensioneerden van de transitievergoeding, zoals voorgesteld in het wetsvoorstel (artikel 7:673 lid 7 BW) lijkt mij nog niet evident, met name niet voor de 18-minners.

De ontslagvergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag wordt niet vastgesteld aan de hand van de kantonrechtersformule.<sup>[4]</sup> In Rutten/Breed heeft de Hoge Raad kort gezegd geoordeeld dat de leeftijdsafhankelijke elementen bij de ontslagvergoeding niet discriminatoir zijn, nu het in algemene zin in overeenstemming is met de aard van de aansprakelijkheid en de schade dat de rechter bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding meer gewicht aan leeftijd en aantal dienstjaren toekent.<sup>[5]</sup> Dat is een aanknopingspunt voor de stelling dat meewegen van leeftijd en aantal dienstjaren bij het bepalen van de hoogte van de ontslagvergoeding objectief gerechtvaardigd kan zijn, ook bij toepassing van de kantonrechtersformule.

# Het aantal gewogen dienstjaren: bevoordeling ouderen?

De formule  $A \times B \times C$  begint met het aantal gewogen dienstjaren (factor A). De hoogte van de ontslagvergoeding is in ontbindingszaken afhankelijk van zowel het aantal dienstjaren als de leeftijd.<sup>[6]</sup> Het dienstjarencriterium levert indirect leeftijdsonderscheid op, nu oudere werknemers doorgaans meer dienstjaren hebben. De wegingsfactor vormt direct leeftijdsonderscheid, zoals blijkt uit tabel 1.

**Tabel 1 Direct leeftijdsonderscheid wegingsfactor dienstjaren**

Leeftijd	Wegingsfactor
<35	0,5
35-45	1
45-55	1,5
55+	2

In beginsel ontvangt een oudere werknemer dus een hogere ontbindingsvergoeding dan een jongere werknemer. Direct en indirect leeftijdsonderscheid in de arbeidsvoorwaarden en bij de beëindiging van een arbeidsverhouding is verboden, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Dat volgt uit artikel 3 jo. 7 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL).<sup>[7]</sup> Ook kantonrechters moeten zich houden aan de WGBL. Zoals bekend moet het leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd zijn door een legitieme doelstelling en moet het leeftijdsonderscheid passend en noodzakelijk zijn.<sup>[8]</sup>

## Kantonrechters over leeftijdsdiscriminatie in de kantonrechtersformule

Veel jurisprudentie over de vraag of toepassing van de kantonrechtersformule door kantonrechters ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid oplevert, is er niet. De Kantonrechter Maastricht heeft in een uitvoerig gemotiveerd vonnis uit 2006 geoordeeld dat het aantal gewogen dienstjaren is gerechtvaardigd door, samengevat, beloning voor trouwe dienst (dienstjaren) en de slechtere arbeidsmarktpositie van ouderen (weging).<sup>[9]</sup> Eerder dat jaar oordeelde de Kantonrechter Deventer nog dat het zwaarder laten wegen van de dienstjaren op oudere leeftijd discriminatoir was.<sup>[10]</sup> Die kantonrechter paste de zogenaamde Groen-variant – leeftijdsonafhankelijk tellen van dienstjaren – toe, mede omdat oudere werknemers anders te duur zouden zijn. Daarbij teken ik aan dat de hoge leeftijd van de werknemer in combinatie met arbeidsongeschiktheid tot een hogere C-factor leidde. Kortom: de leeftijd en arbeidsmarktpositie van de oudere werknemer werden op andere wijze verdisconteerd in de hoogte van de vergoeding. Tegen de Groen-variant kan worden ingebracht dat het gelijke behandeling is van ongelijke gevallen nu ouderen doorgaans een andere arbeidsmarkt-, socialezekerheids- en pensioenpositie hebben. Tegelijkertijd kan betwijfeld worden of de slechte arbeidsmarktpositie als rechtvaardiging voor het wegen van dienstjaren niet een te grofmazig instrument is (in objectieve rechtvaardigingstermen: niet passend en/of niet noodzakelijk). Niet iedereen boven een bepaalde leeftijd heeft een slechtere arbeidsmarktpositie. Een argument kan zijn dat er geen objectieve rechtvaardiging is omdat aansluiting bij de individuele arbeidsmarktpositie (al dan niet via [www.hoelangwerkloos.nl](http://www.hoelangwerkloos.nl)) een alternatief is waarbij leeftijdsonderscheid wordt vermeden. De 'charme' van leeftijd als criterium –

eenvoudige toepassing, objectief vast te stellen en rechtszekerheid – lijkt het vooralsnog te winnen van de kritiek.

## De beperkte waarde van het discriminatieargument na ontbinding

Advocaten kunnen in een ontbindingsprocedure natuurlijk betogen dat de leeftijds(on)afhankelijke kantonrechtersformule tot een te hoge (werkgever) of een te lage (werknemer) vergoeding leidt. Heeft de kantonrechter eenmaal ontbonden en de kantonrechtersformule al dan niet toegepast, dan lijkt het discriminatieargument uit praktische overwegingen weinig kansrijk. Doorbreking van het appelverbod ex artikel 7:685 BW op grond van schending van discriminatieverbod als fundamenteel rechtsbeginsel is niet eenvoudig.<sup>[11]</sup>

## Is de kantonrechtersformule in strijd met Europees recht?

Volgens Hampsink bezondigt de kantonrechter zich in iedere ontbindingsprocedure door toepassing van direct leeftijdsonderscheid in de kantonrechtersformule (de wegingsfactor) aan leeftijdsdiscriminatie.<sup>[12]</sup> Hij concludeert dat uit de Europese antidiscriminatie richtlijn<sup>[13]</sup> volgt dat directe leeftijdsdiscriminatie alleen objectief gerechtvaardigd kan zijn indien sprake is van een specifieke nationale wettelijke objectieve rechtvaardiging. Ook De Wolff is kritisch.<sup>[14]</sup> Gelet op de gebrekkige formulering van de tekst van artikel 2 jo. 6 van de Richtlijn is die kritiek terecht. Dat de wetgever dit vraagstuk duidelijk zou moeten adresseren, bijvoorbeeld bij de Integratiewet, is evident. Toch ben ik (nog) niet overtuigd dat uit dit tekstueel gepeuter in de Richtlijn automatisch het stempel discriminatie volgt. Bepleitbaar is dat de algemene objectieve rechtvaardigingstoets (artikel 7 lid 1 sub c) kwalificeert als voldoende nationale wettelijke grondslag.<sup>[15]</sup> Ook het Age Concern-arrest van het HvJ EU van 5 maart 2009 laat juridische ruimte om directe leeftijdsdiscriminatie te rechtvaardigen, onder meer door de overweging dat een specifieke lijst met rechtvaardigingsgronden niet is vereist.<sup>[16]</sup> De bij wet vastgestelde algemene uitzondering in de WGBL kan uitkomst bieden, al geldt een bewijsdrempel. Hoe dan ook oogt het aansprakelijk stellen van de kantonrechter – de facto de overheid – en/of hoger beroep op grond van leeftijdsdiscriminatie weinig aantrekkelijk.

## Het pensioenplafond van Aanbeveling 3.5

De ontbindingsvergoeding kent een maximum. In aanbeveling 3.5 van de kantonrechtersformule staat samengevat dat de ontbindingsvergoeding is gemaximeerd tot de inkomstenderving tot de te verwachten pensioendatum.

"Indien de verwachte inkomstenderving tot aan de redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer lager is dan de uitkomst van de formule, dan wordt de vergoeding berekend aan de hand van die inkomstenderving, tenzij verwijtbaarheid, risicosfeer en de overige bijzondere omstandigheden als bedoeld in aanbeveling 3.4.4 billijkheidshalve aanleiding geven tot een andere vergoeding."

Ratio is dat de vergoeding in beginsel niet hoger is dan het inkomen tot de pensioendatum indien de arbeidsovereenkomst niet zou zijn geëindigd. De kantonrechter moet nagaan of de door de werknemer genoemde pensioendatum aannemelijk is. De gebruikelijke pensioenleeftijd binnen de branche, bedrijf of de groep kan een rol spelen, aldus de toelichting.

## Benadeelt het pensioenplafond ouderen?

Het pensioenplafond kan leiden tot een lagere ontslagvergoeding voor oudere werknemers, voor wie de pensioendatum dichterbij is, dan toepassing van de kantonrechttersformule. Dat is indirect leeftijdsonderscheid. Voor jongeren of jongere ouderen geldt immers geen korting bij toepassing van de kantonrechttersformule. De voor de hand liggende objectieve rechtvaardiging is de gedachte dat een werknemer er bij ontslag niet op vooruit mag gaan ten opzichte van de situatie waarin zijn arbeidsovereenkomst bij pensionering eindigt. Die visie voor de specifieke maximering van de vergoeding is in lijn met het schadebeginsel,<sup>[17]</sup> breed gedragen in literatuur<sup>[18]</sup> en rechtspraak.<sup>[19]</sup> Daar kan tegenin worden gebracht dat het schadebeginsel niet noodzakelijkerwijs de billijke vergoeding is die de wet tot uitgangspunt neemt. De al genoemde Kantonrechter Maastricht achtte het pensioenplafond niet discriminatoir. Ook de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) – de voorloper van het College voor de Rechten van de Mens – achtte aanbeveling 3.5 toelaatbaar.<sup>[20]</sup> Met name sinds het Andersen-arrest van het HvJ EU van 12 oktober 2010 (ik kom daar op terug) staat die opvatting ter discussie. In 2012 oordeelde de Kantonrechter Groningen het pensioenplafond dat was opgenomen in een sociaal plan discriminatoir en nietig.<sup>[21]</sup> De motivering is helaas zo beknopt dat het oordeel (mij) niet overtuigt.

## Is pensioenschade inkomstenderving?

Bij ontslag voor de pensioendatum ontstaat pensioenschade. De pensioenopbouw eindigt doorgaans. Met die pensioenschade wordt vaak geen rekening gehouden. Dat is wellicht verklaarbaar omdat het werkgeversaandeel pensioenpremie in beginsel niet is verdisconteerd in de B-factor van de kantonrechttersformule.<sup>[22]</sup> Mijns inziens is pensioenschade inkomstenderving. Dat geldt in ieder geval voor de werkgeversbijdrage.<sup>[23]</sup> Bij een interpretatie van inkomstenderving tot de pensioenleeftijd als volledige schadevergoeding moet de pensioenschade worden meegenomen. Anders is er geen volledige inkomstenderving. De tekst van aanbeveling 3.5 laat (slechts) ruimte voor een billijkheidscorrectie als uitzondering.

## Welke pensioenleeftijd?

De werkgever zal zich op het standpunt stellen dat de vroegpensioenleeftijd de pensioendatum is. De werknemer zal aansluiten bij de fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar, zeker indien dat in het pensioenreglement is opgenomen. De pensioenleeftijd bestaat niet meer: er zijn minimaal elf AOW-leeftijden,<sup>[24]</sup> er is de fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar,<sup>[25]</sup> een pensioenleeftijd uit het pensioenreglement en de pensioenontslagleeftijd. Is de pensioendatum uit aanbeveling 3.5 de verwachte pensioendatum in de branche, de pensioenleeftijd uit het pensioenreglement of de AOW-leeftijd?<sup>[26]</sup> De jurisprudentie toont aan dat kantonrechtters daar wisselend mee omgaan.<sup>[27]</sup> Een heldere lijn kan ik er niet in ontdekken.

Mijns inziens geldt als uitgangspunt de datum waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zou zijn geëindigd, met inachtneming van de WGBL.<sup>[28]</sup> Het is aan de werkgever om aannemelijk te maken dat de werknemer eerder met pensioen zou zijn gegaan, bijvoorbeeld op de vroegpensioendatum.<sup>[29]</sup> De werknemer die langer wil doorwerken dan de pensioenontslagdatum, zal aannemelijk moeten maken dat dit is afgesproken.

## Is het pensioenplafond gebaseerd op vroegpensioen leeftijdsdiscriminatie?

Uit het Andersen-arrest van het HvJ EG volgt, vereenvoudigd weergegeven, dat het onthouden van een ontslagvergoeding aan werknemers die vervroegd met pensioen kunnen maar dat nog niet willen, leeftijdsdiscriminatie vormt.<sup>[30]</sup> Met die uitspraak in de hand staat het 'inboeken' of verrekenen van vroegpensioen met de ontslagvergoeding om de maximumvergoeding te verlagen niet alleen op gespannen voet met de tekst van aanbeveling 3.5, maar schuilt daar ook een discriminatierisico.<sup>[31]</sup> Er is dan geen inkomstenderving maar oudere werknemers moeten hun vroegpensioen verplicht 'opeten'. Vanuit gelijkebehandelingsperspectief is er wellicht nog ruimte voor een andere systematiek in een sociaal plan, die afwijkt van de tekst van de aanbeveling. Is het pensioenplafond in een sociaal plan niet gebaseerd op volledige inkomstenderving (aanbeveling 3.5) maar gegrond op een rechtvaardige verdeling van beperkte middelen, dan is een objectieve rechtvaardiging mijns inziens bepleitbaar. Het gaat dan om groepen boventallige werknemers die allemaal een vergoeding ontvangen – kantonrechttersformule, ouderenregeling en naderende pensioendatum – die niet hun volledige inkomensschade dekt. De rechtvaardiging is dan niet volledige schadeloosstelling maar inkomenszekerheid rekening houdend met de socialezekerheids-, arbeidsmarkt- en pensioenpositie van de (oudere) werknemer. Het in mindering brengen van WW en socialezekerheidsuitkeringen in het kader van de maximering oogt niet discriminatoir.<sup>[32]</sup> Zonder deze anticumulatie zouden werknemers anders meer dan de inkomstenderving kunnen ontvangen.<sup>[33]</sup> Tijdens de procedure dient ook het financiële effect van de nietigheid te worden voorgehouden aan de kantonrechter. Valt de werknemer door de nietigheid terug op de reguliere kantonrechttersformule of wordt aanbeveling 3.5 zo uitgelegd of geconverteerd<sup>[34]</sup> dat de pensioenschade wordt inbegrepen in het begrip inkomstenderving? Dat laatste lijkt mij goed verdedigbaar.

## Leeftijdsafhankelijke ontslagvergoeding in sociaal plan

In veel sociale plannen wordt een variant van de kantonrechttersformule toegepast op boventallige werknemers. Vaak geldt in beginsel een variant van de kantonrechttersformule en voor boventallige werknemers vanaf een bepaalde leeftijd (bijvoorbeeld 55 jaar) een ouderenregeling met een suppletierегeling. In die ouderenregeling staat soms een variant gebaseerd op aanbeveling 3.5 (aftopping). Zowel het direct leeftijdsonderscheid uit de ouderenregeling als de variant op aanbeveling 3.5 (indirect leeftijdsonderscheid) moet objectief gerechtvaardigd zijn. Sociale partners moeten de objectieve rechtvaardiging aantonen, zo volgt uit artikel 12 WGBL. Het enkele feit dat een sociaal plan is overeengekomen met de vakbonden is geen rechtvaardiging. Afgesproken discriminatie is ook discriminatie. De WGBL is van dwingend recht. Collectieve afspraken en groot draagvlak kunnen wel meewegen bij de beoordeling van de rechtvaardiging van het leeftijdsonderscheid.<sup>[35]</sup> Rechter toetsen de rechtvaardigingsgrond – inclusief de passendheid en noodzakelijkheid – dan meestal minder strikt.<sup>[36]</sup> Populair gezegd zal een collectieve regeling minder snel discriminatoir zijn. Maar wie daarop vertrouwt, kan bedrogen uitkomen.

### Leeftijdsdiscriminatie als argument voor een hogere ontslagvergoeding

Met enige regelmaat staat er een werknemer op die onder de ouderenregeling valt maar toepassing van de kantonrechttersformulevariant eist.<sup>[37]</sup> Niet zelden is er een fors financieel verschil tussen de twee. Het beeld dat ik uit zowel nationale als Europese jurisprudentie distilleer is dat het

leeftijdsonderscheid in veel gevallen toelaatbaar wordt bevonden. Zo oordeelde het HvJ EU in het Odar-arrest dat een lagere ontslagvergoeding voor 54-plussers rekening houdend met de naderende pensioendatum uit een Duits sociaal plan objectief gerechtvaardigd is.<sup>[38]</sup> Zakelijk weergegeven was de combinatie van inkomenszekerheid voor beide groepen, rechtvaardige verdeling van de beperkte financiële middelen over de leeftijdsgroepen en de andere socialezekerheids-, arbeidsmarkt- en pensioenpositie voldoende rechtvaardiging.<sup>[39]</sup> Overigens kreeg de werkgever in het Odar-arrest alsnog een tik op de vingers op grond van handicapdiscriminatie omdat de lagere pensioenleeftijd van gehandicapten tot uitgangspunt werd genomen.

Een eerste blik op de Nederlandse literatuur en oudere jurisprudentie suggereert wellicht dat de ouderenregeling in een sociaal plan niet vaak discriminatie oplevert.<sup>[40]</sup> Zo wees ook het Hof 's-Hertogenbosch een claim van een werkneemster dat de ouderenregeling in een sociaal plan discriminatoir was op vergelijkbare gronden af.<sup>[41]</sup> Ook de oordelenlijn van de toenmalige Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en het advies over leeftijdsonderscheid in sociale plannen ademt juridische ruimte voor ouderenregelingen in een sociaal plan.<sup>[42]</sup> Maar the devil is in the details. Er is een substantieel aantal uitspraken waarin de kantonrechter tot het oordeel leeftijdsdiscriminatie kwam.<sup>[43]</sup> Zonder deze uitspraken afzonderlijk te bespreken valt op dat ouderen uitsluiten van outplacementactiviteiten of een arrangement dat de kans op doorwerken belemmert in beginsel discriminatoir is.<sup>[44]</sup> Een ander praktijkvoorbeeld van leeftijdsdiscriminatie vormde de ouderenregeling waarbij de werkgever een leeftijd van 58 hanteerde aangezien dat aansloot bij de duur van de WW. Dat was geen passend middel om de slechte arbeidsmarktpositie van ouderen te bestrijden.<sup>[45]</sup> Een sociaal plan dat verplicht om het prepensioen 'op te eten', bevindt zich in de discriminatiegevaarzone, al is de ene kantonrechter de andere niet (of zijn de feiten anders).<sup>[46]</sup> Een oplossingsrichting kan zijn om de werknemer niet te verplichten tot prepensioen maar de keuze te bieden om het bedrag van de suppletie te kapitaliseren.<sup>[47]</sup> Ook een ouderenregeling waarbij de (financiële) balans van het afvloeiingspakket tussen jong en oud disproportioneel is, kan tot het oordeel leeftijdsdiscriminatie leiden.<sup>[48]</sup> Als altijd is daar een vloeiende overgang en het risico dat kantonrechters van mening verschillen over wat proportioneel is.

## Conclusie

Zowel Europese als nationale jurisprudentie over de toepassing van de kantonrechtersformule en varianten daarop in sociale plannen hebben geleid tot een verfijning van de juridische leeftijdsdiscriminatiegrenzen. Nadat bij de introductie van de WGBL iedere leeftijdsgrens verdacht leek, ontstond een detente waarbij de deur voor rechtvaardiging van de kantonrechtersformule en ouderenregelingen in sociaal plannen wijd open leek te staan. In deze bijdrage heb ik getracht aan de hand van rechtspraak de buitengrenzen daarvan aan te tonen. Zo zijn de toepassing van aanbeveling 3.5 (het pensioenplafond), uitsluiting van outplacement en suppletie tot de vroegpensioendatum discutabel. De discriminatiejurisprudentie over de kantonrechtersformule kristalliseert zich langzaam uit. Aanbeveling 3.5 is wat mij betreft ook los van de discriminatievraag toe aan een onderhoudsbeurt of op zijn minst verduidelijking en uniformiteit (valt pensioenschade er onder, welke pensioenleeftijd geldt?). Door de schijnbare onaantastbaarheid van ontbindingsbeschikkingen en de charme van de rechtszekerheid lijkt het leeftijdsonderscheid van de kantonrechtersformule in de ontbindingsprocedure – in ieder geval tot de herziening van het ontslagrecht – een blijvertje en zal dat reflexwerking houden in sociaal plannen. De combinatie van beloning voor trouwe dienst (criterium dienstjaren) en de gemiddeld



genomen slechte arbeidsmarktpositie van oudere werknemers (wegingsfactor) wordt gezien als objectieve rechtvaardiging voor dat leeftijdsonderscheid. Verandering in de kantonrechtformule valt eerder te verwachten van een herijking van de grondslagen voor de ontslagvergoeding en een meer accurate inschatting van de individuele gevolgen van ontslag (denk aan hoelangwerkloos.nl) dan van de WGBL. Ook in het voorgestelde ontslagrecht blijft de vraag overeind of en hoe leeftijdsonderscheid bij de (transitie)vergoeding gerechtvaardigd wordt, zowel in wetgeving als bij toepassing door sociale partners in afvloeiingsregelingen.

Voetnoten

[1]

M. Heemskerk, 'Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?', *ArbeidsRecht* 2006/23.

[2]

Prof. mr. drs. M. Heemskerk is bijzonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Blom c.s. Advocaten te Nieuwegein

[3]

*Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 2, nr. 3, p. 39. Ik volsta met de opmerking dat (1) zowel berekening als het plafond van € 75.000 of een jaarsalaris indien dat meer bedraagt indirect leeftijdsonderscheid kan meebrengen (de maximering zal doorgaans eerder ouderen treffen); en (2) ook wettelijk indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd moet worden, vergelijk HvJ EU 22 december 2005, *JAR* 2005/289 (*Mangold*). Ook de toepassing van de kantonrechtformule op gepensioneerden laat ik buiten beschouwing.

[4]

HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (*Van de Grijp/Stam*) en HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (*Rutten/Breed*); vergelijk G.J.J Heerma van Voss e.a., 'Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', *TRA* 2010/47; P. Kruit, A.A.E. van den Toren, 'Kennelijk onredelijk ontslagvergoeding: hoe (lang) werkt hoelangwerkloos.nl?', *ArbeidsRecht* 2013/48

[5]

HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72, r.o. 3.9.2 (*Rutten/Breed*).

[6]

Aanbeveling 3.2 kantonrechtformule.

[7]

Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsopleiding van 17 maart 2003, *Stb.* 2003, 90.

[8]

Uitgebreid, zie M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers*, diss. VU Amsterdam, BJU 2009.

[9]

Ktr. Maastricht 23 augustus 2006, *RAR* 2006/153. De kwestie betrof overigens een kennelijk onredelijk ontslagkwestie.

[10]

Ktr. Deventer 21 maart 2006, *JAR* 2006/89. Beide uitspraken betroffen nog de oude kantonrechtformule, die grofmaziger was

[11]

HR 29 april 1995, *NJ* 1995/727

[12]

Hampsink, 'WGBL en kantonrechtformule in strijd met Europese Richtlijn', *TRA* 2011/22.

[13]

Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG* 2000, L 303).

[14]

.J.B. de Wolff, 'Leeftijdscriminatie. Lastige vragen – complexe antwoorden', *ArbeidsRecht* 2010/50

[15]

Vergelijk CGB, *WGBL*, geen symbool-wetgeving. *Evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (2004-2008)*, CGB-Advies 2009/5; [Kamerstukken II 2008/09, 30 347, nr. 2](#), p. 5.

[16]

HvJ EU 5 maart 2009, *JAR* 2009/93, *NJ* 2009/299, m.nt. L. Mok, r.o. 43, 65 (*Age Concern*)

[17]

Daar kan tegenin worden gebracht dat dit beginsel niet leidend is bij de billijke vergoeding.

[18]

M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJU 2009, p. 170 met literatuur- en rechtspraakverwijzingen.

[19]

Ktr. Groningen 20 januari 2005, *RAR* 2005/269, r.o. 4.10 (*Schulte*); Ktr. Enschede 9 juni 2006, *JAR* 2006/161 (*Polaroid*); Ktr. Arnhem 15 januari 2007, *JAR* 2007/57 en CGB 2007-182.

[20]

CGB 2007-182.

[21]

Ktr. Groningen 31 mei 2012, *JAR* 2012/231 (*BAT*).

[22]

Zie voor een uitzondering Ktr. Alkmaar 16 mei 2012, *JAR* 2012/193. Dat uitsluiting van pensioenschade dogmatisch twijfelachtig is, stellen H. Uhlenbroek, 'Mijmeringen over pensioen', *ArbeidsRecht* 2009/12; E. Lutjens, 'Pensioengevolgen van een ontslag', *ArbeidsRecht* 2013/2.

[23]

Rb. Noord-Nederland 30 oktober 2013, *PJ* 2013/201.

[24]

Zie art. 7a AOW. Daarna is de AOW-leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting.

[25]

Art. 18a lid 6 Wet op de Loonbelasting 1964. Vergelijk ook de motie Noten, [Kamerstukken I 2011-12, 33 290, nr. J](#).

[26]

H. Uhlenbroek, 'Mijmeringen over pensioen', *ArbeidsRecht* 2009/12; M.D. Ruizeveld, 'De oudere werknemer en Aanbeveling 3.5', *TRA* 2009/16; H.L.A. Ko, 'Het 'plafond' van de kantonrechttersformule', *ArbeidsRecht* 2007/31.

[27]

Zie de rechtspraakverwijzingen in S.K. Schreurs & O. van der Kind, 'Het maximum van Aanbeveling 3.5', *ArbeidsRecht* 2011/46.

[28]

Ktr. Utrecht 15 december 1997, *JAR* 1998/30; Ktr. Groningen 20 januari 2005, *RAR* 2005/269 (*Schulte*). Anders, H.L.A. Ko, 'Het 'plafond' van de kantonrechttersformule', *ArbeidsRecht* 2007/31.

[29]

Rb. Dordrecht 27 september 2006, *LJN* AY 9923. A.w. H. Uhlenbroek, *ArbeidsRecht* 2009/12.

[30]

HvJ EU 12 oktober 2010, *JAR* 2010/296 (*Andersen*).

[31]

HvJ EU 12 oktober 2010, ECLI:NL:XX:2010:BO2128, *TRA* 2011/19 m.nt. C.W.G. Rayer (*Leeftijdscriminatie bij vermindering*)



*ontslagvergoeding wegens vroegpensioen*); Rb. Groningen 31 mei 2012, *LJN BX4451, TRA 2012/89, m.nt. M.S.A. Vegter (Leeftijdscriminatie in sociaal plan. Beperking vergoeding tot inkomstenderving tot aan 65e jaar)*.

[32]

Ktr. Utrecht 15 december 1997, *JAR 1998/30 (Peeters)*; Ktr. Amsterdam 4 december 1998, *JAR 1999/21 (Boujnoune)*; Ktr. Groningen 20 januari 2005, *RAR 2005/69 (Schulte)*; Ktr. Den Bosch 20 september 2005, *JAR 2006/163 (Rutten)*; Ktr. Utrecht 22 februari 2005, *JAR 2005/77*; Ktr. Delft 28 juli 2005, *JAR 2005/195*; Ktr. 's-Hertogenbosch 23 oktober 2008, *ECLI:NL:RBSHE:2008:BG1793*. Anders: Ktr. Eindhoven 12 juni 2008, *JAR 2008/284 (Zijlemans)*.

[33]

Vergelijk M.D. Ruizeveld, 'De oudere werknemer en Aanbeveling 3.5', *TRA 2009/16*.

[34]

Ex art. 3:42 BW.

[35]

HvJ EU 31 mei 1995, *NJ 1996/67 (Royal Copenhagen)*; HvJ EG 16 oktober 2007, *NJ 2008/38 (Palacios)*.

[36]

Vergelijk CGB, *Leeftijdsonderscheid in sociale plannen*, CGB-Advies 2007/5.

[37]

Andersom kan maar is minder frequent.

[38]

HvJ EU 6 december 2010, *JAR 2013/19 (Odar)*.

[39]

Vergelijk ook HvJ EG 9 december 2004, *JAR 2005/16 (Hlozek)*.

[40]

Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, *JAR 2004/262*; Ktr. Middelburg 12 september 2011, *RAR 2012/107*; Ktr. Almelo 20 augustus 2009, *PJ 2009/184*; Ktr. Amsterdam 15 oktober 2007, *RAR 2007/54*; Vergelijk reeds M. Heemskerck, Ouderenregeling sociaal plan: het mag weer, *SMA 2008*, afl. 5, p. 233, W.C.M. Broersma, Groen licht voor verplichte ouderenregeling in sociaal plan?, *ArbeidsRecht 2007/50*; C.S. Kehrer-Bot, E.L.J. Bruyninckx, Leeftijdsonderscheid in een sociaal plan: de laatste stand van zaken, *TAP special 2010*; E.L.J. Bruyninckx en C.S. Kehrer-Bot 'Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij toepassing sociaal plan', *ArbeidsRecht 2006/42*.

[41]

Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2009, *JAR 2009/125 (EMA)*.

[42]

CGB 2006-210, *JAR 2006/268 (KLM)*; CGB 6 april 2009, *JAR 2009/167* en CGB 10 augustus 2009, *JAR 2009/236*. Zie ook CGB, *WGBL, geen symbool-wetgeving. Evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (2004-2008)*, CGB-Advies 2009/5, p. 77-78 en CGB, *Leeftijdsonderscheid in sociale plannen*, CGB-Advies 2007/5.

[43]

Ktr. Middelburg 14 december 2005, *JAR 2006/6*; Ktr. Sneek 31 mei 2005, *RAR 2005/96 (CPS Color)*; Ktr. Enschede 9 juni 2006, *JAR 2006/161 (Polaroid)*; Ktr. Amsterdam 29 februari 2012, *RAR 2012/102 (DNB)*; Ktr. Breda 13 november 2009, *RAR 2010/33*; Ktr. 's-Hertogenbosch 6 mei 2010, *RAR 2010/110* (kennelijk onredelijk); Ktr. Winschoten 8 december 2009, *RAR 2010/43*.

[44]

Ktr. Amsterdam 22 oktober 2012, *RAR 2013/21*; Ktr. Breda 13 november 2009, *JAR 2010/4*; *RAR 2010/33 (Bosch)*; vergelijk ook Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2009, *RAR 2009/136 (UWV)*. A-typisch is GEA 17 januari 2013, *RAR 2013/60*.

[45]

Ktr. Enschede 9 juni 2006, *JAR 2006/161 (Polaroid)*; CGB 2006-37, *JAR 2006/85 (Polaroid)*.

[46]

Ktr. Amsterdam 29 februari 2012, *RAR 2012/102 (DNB)*; Ktr. Amsterdam 22 oktober 2012, *RAR 2013/21 (HP)*. Anders Ktr. Middelburg 12 september 2011, *RAR 2012/107*.

[47]

Ktr. Almelo 20 augustus 2009, *PJ* 2009/184.

[48]

Ktr. Sneek 31 mei 2005, *RAR* 2005/96 (*CPS Color*); Ktr. Dordrecht 27 september 2006, *NJF* 2006/579, Ktr. 's-Hertogenbosch 6 mei 2010, *RAR* 2010/110.