

Leeftijdsonderscheiding in de kantonrechttersformule: toegestaan of niet?

Yvette van Gemerden

- kantonrechtersformule: direct en indirect onderscheid op basis van leeftijd

Factor A – Aanbevelingen 3.1 en 3.2

1. direct onderscheid: leeftijd werknemer
2. indirect onderscheid: lengte van het dienstverband (anciënniteit)

Toelichting Aanbeveling 3.2: “De A-factor gaat uit van het beginsel dat trouwe dienst billijkheidshalve van invloed is op de hoogte van de ontbindingsvergoeding en de leeftijdscorrectie ziet op de met het ouder worden verslechterde positie op de arbeidsmarkt”

- Leeftijdsonderscheid kan objectief gerechtvaardigd zijn
- art. 6 Richtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep (Richtlijn 2000/78)
- art. 7 WGBL
- art. 7 lid 1 sub c WGBL
- legitimizeitsvereiste
- doelmatigheidsvereiste
- proportionaliteitsvereiste

- Indirect onderscheid inzake anciënniteit zonder meer gerechtvaardigd?
- Cadman-arrest Hof van Justitie EG 3 oktober 2006, JAR 2006/267
- Cadman was in dienst van Britse arbeidsinspectie (HSE)
- Beloningssysteem was afhankelijk van de lengte van het dienstverband alsmede van individuele prestaties
- Hof: werkgever mag anciënniteit in beginsel belonen zonder specifieke rechtvaardiging

- Belonen van beroepservaring mag
- Geldt dit ook voor belonen van loyaliteit in kantonrechtersformule?

- Arrest Rutten/Breed HR 12 februari 2010, JAR 2010/72
- r.o. 3.9.2: aantal dienstjaren en leeftijd werknemer in de kantonrechtersformule leveren geen verboden onderscheid naar leeftijd op; dit zijn factoren waarbij de rechter bij de begroting van de schade rekening mag houden
- Conclusie AG Spier: geen verboden onderscheid
- sprake van het creëren van bijzondere voorwaarden voor ontslag in de zin van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78
- formule biedt ruimte om in concreet geval af te wijken

Visie Europese Hof leeftijdsonderscheid

1. Mangold arrest

- Hof van Justitie EG 22 november 2005, JAR 2005/289
- Duitse wetgeving: voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor werknemers van 52 jaar en ouder geen objectieve rechtvaardiging vereist
- doel: bevorderen van opnemen oudere werknemers in arbeidsproces
- 56-jarige advocaat kreeg arbeidsovereenkomst voor 8 maanden
- Hof: legitiem doel maar:
middel niet passend en noodzakelijk want regeling geldt voor alle oudere werknemers, ongeacht werkloosheid

Uit Mangold arrest blijkt dat algemene verwijzing naar het verbeteren van arbeidsmarktpositie oudere werknemers onderscheid niet objectief gerechtvaardigd maakt. Individuele situatie van werknemer van belang

2. Küçükdeveci arrest

- Hof van Justitie EG 19 januari 2010, JAR 2010/53
- Duitse wetgeving: duur van arbeid die is verricht voor 25^{ste} levensjaar werknemer telt niet mee voor berekening opzegtermijn
- 28-jarige werkneemster: opzegtermijn bedroeg 1 maand in plaats van 4 maanden
- Hof: legitiem doel: beleid op terrein werkgelegenheid maar: middel is niet passend: geldt voor alle werknemers die voor hun 25^{ste} in dienst zijn getreden ongeacht leeftijd op datum ontslag. Regeling treft bovendien met name jongeren die zonder of na een korte beroepsopleiding zijn gaan werken

3. Technische Universiteit Sofia arrest

- Hof van Justitie EG 18 november 2010, JAR 2011/25
- Bulgaarse wetgeving
- : ambtshalve pensionering hoogleraar bij 68 jaar
: hoogleraren kunnen na hun 65^{ste} uitsluitend op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werkzaam zijn (2x verlenging)
: volgens universiteit is doel om leerstoelen optimaal over generaties te verdelen

Hof: doel is legitiem, middel is passend en noodzakelijk want:

- leeftijdsgrens ligt 5 jaar na normale pensioenleeftijd
- hoogleraren kunnen aanspraak maken op ouderdomspensioen
- tijdelijke contracten na 65 jaar worden tevens gerechtvaardigd door werkgelegenheidsbeleid (verjonging)

Het plafond van de kantonrechtersformule

- Aanbeveling 3.5: maximering kantonrechtersformule tot pensioengerechtigde leeftijd
- Region Syddan Mark arrest
- Hof van Justitie EG 12 oktober 2010, JAR 2010/296
- Deense wetgeving
- werknemers die aanspraak kunnen maken op ouderdomspensioen (60+) komen niet in aanmerking voor speciale ontslagvergoeding ter hoogte van 3 maandsalarissen bij dienstverband van meer dan 18 jaar

Hof: Doel is legitiem (bevorderen herintreding arbeidsproces)

- Regeling is passend maar:
- voldoet niet aan proportionaliteitsvereiste: ook 60+ werknemers die actief willen blijven op de arbeidsmarkt, worden hierdoor benadeeld
- Gevolgen voor art. 3.5?
- Nee: maximering ontslagvergoeding is hoofdregel, maar mogelijkheid om daar in concreet geval van af te wijken

Conclusie:

- Indirect onderscheid (anciënniteit) in kantonrechtersformule is gerechtvaardigd (Cadman-arrest)
- Direct onderscheid (leeftijd) gerechtvaardigd
- legitiem doel
- wegen van aantal dienstjaren is ook passend om doel te maken
- Doel kan niet bereikt worden op andere wijze die minder onderscheidend is (bv. bepalen arbeidsmarktpositie)

Conclusie

- proportioneel: Individuele afwijking d.m.v. C-factor mogelijk. Dit blijkt uit toelichting op Aanbeveling 3.2:
- Indien arbeidsmarktpositie afwijkt, kan door middel van C-factor afgeweken worden van de gewogen dienstjaren
- Onderscheid in aanbeveling 3.5 is gerechtvaardigd, mogelijkheid tot individuele afwijking



EVERYTHING MATTERS
