

# ECLI:NL:GHARL:2020:9672

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	24-11-2020
Datum publicatie	26-11-2020
Zaaknummer	200.220.027
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Wwz. Arbeidsrecht. Aftoppingsregeling van beëindigingsvergoeding tot leeftijd 65 jaar. Uitleg. Objectieve rechtvaardiging. Geen verboden onderscheid. Aftoppingsregeling niet in strijd met WGBLA.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2020-1441

## Uitspraak

### GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.220.027  
(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, 4921309)

### arrest van 24 november 2020

in de zaak van

**[appellant]** ,  
wonende te [A] ,  
appellant,  
hierna: [appellant] ,  
advocaat: mr. S.J.W.M. Vonken,

tegen:

de coöperatie

**Coöperatieve Rabobank U.A.,**

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

hierna: Rabobank,

advocaat: mr. O.F. Blom.

## **1 Het geding in eerste aanleg**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 8 februari 2016, 13 april 2016, 29 oktober 2016 en 29 maart 2017, die de kantonrechter (rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht) heeft gewezen.

## **2 Het geding in hoger beroep**

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 20 juni 2017,
- de memorie van grieven tevens houdende wijziging van eis,
- de memorie van antwoord in principaal hoger beroep, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep (met producties),
- de memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep,
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities, gehouden op 2 oktober 2020.

2.2 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald.

2.3 [appellant] vordert, verkort weergegeven, dat het hof, uitvoerbaar bij voorraad, het tussenvonnis van 19 oktober 2016 en het eindvonnis van 29 maart 2017 zal vernietigen en de subsidiaire vorderingen alsnog zal toewijzen door:

- voor recht te verklaren dat de clausule in de "Regeling voor EK-leden" en de Rabobank CAO, inhoudende dat "de hoogte van de beëindigingsvergoeding wordt afgetopt op het inkomen dat het EK-lid/de medewerker verdiend zou hebben als hij tot 65 jaar was blijven werken" in strijd is met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBLA), met de Richtlijn 2007/78 en met het beginsel van gelijke behandeling als algemeen beginsel van het Unirecht en daarom nietig is,
- Rabobank te veroordelen tot terugbetaling van hetgeen ter uitvoering van de bestreden vonnissen is voldaan, vermeerderd de wettelijke rente, en
- tot voldoening van de proceskosten in beide instanties.

2.4 Rabobank vordert in het incidenteel hoger beroep dat het hof de vonnissen van de kantonrechter

van 19 oktober 2016 en 29 maart 2017, zo nodig met verbetering van gronden, zal bekrachtigen.

### **3. De beoordeling van de beslissing in het principaal en incidenteel hoger beroep**

#### **Inleiding**

3.1 [appellant] , geboren [in] 1954, is [in] 1981 in dienst van Rabobank. Vanaf 1 april 2009 was hij werkzaam als [functie] van de Rabobank Hilversum-Vecht en Plassen, laatstelijk tegen een salaris van € 20.816,66 bruto per maand. Dit kantoor is in het kader van een reorganisatie samengevoegd met enkele andere kantoren tot Rabobank Gooi en Vechtstreek. [appellant] heeft gesolliciteerd op de functie van [functie] van dit kantoor maar is in die functie niet benoemd. [appellant] is in december 2015 boventallig verklaard per 1 mei 2016. Op hem is van toepassing de "Regeling voor EK-leden in geval van een reorganisatie met personele gevolgen" (hierna: de EK-regeling). Hierin is – onder meer – bepaald dat het boventallig verklaarde EK-lid gedurende maximaal 10 maanden gebruik kan maken van door Rabobank geboden begeleiding bij het vinden van ander werk. Vindt het EK-lid geen ander werk, dan ontvangt hij van Rabobank een beëindigingsvergoeding overeenkomstig de tot 1 juli 2015 in ontbindingszaken toegepaste kantonrechtर्सformule met correctiefactor 1. In de EK-regeling is bepaald dat de beëindigingsvergoeding waarop het EK-lid aanspraak heeft wordt 'afgetopt': "*De hoogte van de beëindigingsvergoeding wordt afgetopt op het inkomen dat het EK-lid verdient zou hebben als hij tot 65 jaar was blijven werken*" (hierna: de aftoppingsclausule). De arbeidsovereenkomst tussen partijen is per 1 juni 2017 met wederzijds goedvinden geëindigd. De in dat kader gemaakte afspraken zijn vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Daaruit blijkt dat [appellant] een beëindigingsvergoeding heeft ontvangen van € 595.144,35 bruto, die is gebaseerd op de kantonrechtर्सformule met correctiefactor C=1. Deze vergoeding is ingevolge de aftoppingsclausule beperkt tot de hoogte van het salaris dat [appellant] had kunnen verdienen als hij tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar zou zijn blijven werken. [appellant] bereikt per 1 maart 2021 de AOW-gerechtigde leeftijd.

#### **Het geschil en de beslissing**

3.2 Inzet van deze procedure is de vraag of Rabobank gerechtigd was de beëindigingsvergoeding van [appellant] af te toppen. [appellant] meent dat dat niet het geval is en dat hij aanspraak kan maken op de volledige vergoeding. Hij baseert zijn vordering op twee grondslagen. Allereerst stelt hij dat de aftoppingsclausule zo moet worden uitgelegd dat de beëindigingsvergoeding wordt afgetopt op het inkomen dat het EK-lid verdient zou hebben als hij tot de AOW-gerechtigde leeftijd was blijven werken (I). Hoewel dit in het petitum van de dagvaarding in hoger beroep niet is opgenomen, is ter zitting is besproken dat het zijn bedoeling is om ook in hoger beroep de op die grondslag gebaseerde, in eerste aanleg gevorderde, verklaring voor recht voor te leggen, zoals ook door Rabobank is begrepen. De tweede grondslag van zijn vordering is gebaseerd op stelling dat de aftoppingsclausule leeftijdsdiscriminatie oplevert en in strijd is met de WGBLA (II).

3.3 Het hof zal de vordering van [appellant] afwijzen. Het hof zal dit oordeel hierna toelichten, waarbij het zal ingaan op de twee genoemde grondslagen. Allereerst schetst het hof de achtergrond van de aftoppingsclausule, omdat deze voor de beoordeling van beide grondslagen van belang is.

#### **Achtergrond van de aftoppingsclausule**

3.4 Tussen partijen staat vast dat de EK-regeling weliswaar eenzijdig is vastgesteld door Rabobank, maar dat deze rechtstreeks is gebaseerd op het sociaal plan dat met ingang van 1 mei 2013 van kracht was en is opgenomen in de Rabobank CAO 2013-2015, die vanaf 1 juli 2013 gold (hierna:

het sociaal plan). Dat blijkt ook uit de inleiding van de EK-regeling ("Op een aantal plaatsen in deze regeling wordt verwezen naar specifieke bepalingen in het Sociaal Plan zoals in de Rabobank CAO"). Het sociaal plan is tot stand gekomen na onderhandelingen met de sociale partners. Het sociaal plan kent in artikel III.6.5.9 een aftoppingsclausule die vrijwel identiek is aan de aftoppingsclausule in de EK-regeling. In het "Onderhandelingsresultaat Rabobank cao 2013-2015" van 12 april 2013, waarin de resultaten van de onderhandelingen tussen sociale partners over de cao en het (bijbehorende) sociaal plan zijn vastgesteld, staat onder meer: "Dit onderhandelingsresultaat is tot stand gekomen na lang en intensief overleg, in een tijdsgewricht waarin de financiële sector zowel vanwege het economisch als het politieke en maatschappelijke klimaat sterk onder druk staat. (...) Voor een groot aantal medewerkers zal het werk vervallen. Het kostenniveau zal substantieel verlaagd worden. Een versobering van de arbeidsvoorwaarden zal voor alle medewerkers in de organisatie, ook het senior management, merkbaar zijn. (...)".

3.5 Het sociaal plan is van toepassing op medewerkers van Rabobank, inclusief de statutaire directieleden. Rabobank stelt dat zij bij de behandeling van de EK-leden in het kader van de reorganisatie geen onderscheid willen maken tussen 'gewone' statutaire directieleden, op wie de cao van toepassing is, en statutaire directieleden die EK-lid zijn. [appellant] heeft die stelling niet betwist, zodat het hof bij de beoordeling daarvan uitgaat. Deze verwevenheid brengt mee dat bij de beoordeling van de EK-regeling ook betekenis toekomt aan de tekst en achtergrond van het sociaal plan.

### **Grondslag I: uitleg van de aftoppingsclausule**

#### standpunten van partijen

3.6 [appellant] stelt dat de aftoppingsclausule aldus moet worden uitgelegd dat de vergoeding moet worden afgetopt tot het inkomen op AOW-gerechtigde leeftijd in plaats van de 65-jarige leeftijd. Ter onderbouwing van de door hem bepleite uitleg stelt hij dat bedoeld is om aan te sluiten bij de AOW- en pensioengerechtigde leeftijd, zoals die indertijd gold en die ook was neergelegd in aanbeveling 3.5 bij de kantonrechttersformule. De ratio achter de aftopping is bij die lezing ook duidelijk en de rechtsgevolgen aanvaardbaar, omdat dan maximaal de inkomstenderving tot aan de AOW- en pensioengerechtigde leeftijd als vergoeding wordt uitbetaald. Die bedoeling blijkt ook uit het feit dat in het nieuwe sociaal plan, dat geldt vanaf 2017, wel is aangesloten bij de AOW-leeftijd, aldus [appellant]. Rabobank stelt daarentegen dat (hoewel ten tijde van het akkoord tussen sociale partners de wet ter verhoging van de AOW-leeftijd al was ingegaan) welbewust is gekozen voor de leeftijd van 65 jaar en dat die keuze gerechtvaardigd was in het kader van het verdelen van de totaal voor de reorganisatie beschikbare middelen. Volgens Rabobank is aangesloten bij de pensioenleeftijd zoals die destijds stond in de arbeidsovereenkomsten met EK leden. Rabobank heeft in dit verband ook gesteld dat EK leden in de praktijk veelal voor het bereiken van de leeftijd van 65 jaar met pensioen gingen. De latere aansluiting van de AOW-leeftijd in het nieuwe sociaal plan is gepaard gegaan met een aanzienlijke versobering van het pakket maatregelen, aldus Rabobank.

#### toetsingskader

3.7 Voor de uitleg van de EK-regeling geldt de zogenoemde cao-norm. Deze houdt in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevend betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen

waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken. Indien de bedoeling van de partijen bij de cao naar objectieve maatstaven volgt uit de cao-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend (zie onder meer HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR 2018:678).

#### oordeel van het hof

3.8 Toepassing van dit toetsingskader leidt tot het volgende. De tekst van de aftoppingsclausule is duidelijk: daarin staat dat de aftopping van de vergoeding plaatsvindt tot het inkomen dat het EK-lid verdient zou hebben tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. In de tekst van de EK-regeling en in de tekst van het sociaal plan waarop deze is gebaseerd ziet het hof geen aanknopingspunten voor de stelling van [appellant] dat, ondanks de duidelijke tekst in de aftoppingsclausule, bedoeld zou zijn om aan te sluiten bij de op enig moment geldende AOW-gerechtigde leeftijd. [appellant] heeft niet betwist dat ten tijde van het bereiken van het onderhandelingsresultaat op 12 april 2013 de AOW-gerechtigde leeftijd al hoger was dan 65 jaar ingevolge de Wet ter verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd van 12 juli 2012. Dat gegeven, en dat toen al duidelijk was dat er nog verdere verhogingen van de AOW-gerechtigde leeftijd in het verschiet lagen, duidt er - naast de eerdergenoemde duidelijke bewoordingen - veeleer op dat de bedoeling van de cao-partijen gericht was op het kiezen van de vaste leeftijd van 65 jaar voor de aftopping, zoals Rabobank ook stelt. [appellant] heeft geen stukken of andere kenbare bronnen aangewezen waaruit naar objectieve maatstaven blijkt dat is bedoeld om aan te sluiten bij de AOW- en pensioengerechtigde leeftijd. Dat bij aansluiting bij die leeftijd de inkomstenderving tot aan de AOW- en pensioengerechtigde leeftijd als vergoeding wordt uitbetaald en dat daarmee recht aan de ratio van de aftoppingsclausule zou worden gedaan, zoals hij stelt, is daarvoor onvoldoende, nog daargelaten dat Rabobank nu juist stelt dat de ratio was om af te toppen op het inkomen tot 65 jaar. Ook uit het feit dat bij het sociaal plan dat gold vanaf 1 januari 2017 wel is aangesloten bij de AOW-gerechtigde leeftijd kan (naar objectieve maatstaven) niet volgen dat bedoeld is dat in het eerder geldende sociaal plan en de daarop gebaseerde EK-regeling ook te doen, nu vaststaat dat de keuze in het nieuwe sociaal plan en EK-regeling vergezeld is gegaan van een aanzienlijke versobering van het voorzieningenpakket (voor [appellant] zou die erop neerkomen dat zijn beëindigingsvergoeding één jaarsalaris zou bedragen).

#### conclusie grondslag I

3.9 Het hof verwerpt dus de door [appellant] bepleite uitleg van de aftoppingsclausule, zodat de gevorderde verklaring voor recht niet op deze grondslag toewijsbaar is.

#### **Grondslag II: aftoppingsclausule in strijd met de WGBLA**

#### toepassing WGBLA

3.10 Rabobank stelt dat de WGBLA niet van toepassing is, omdat sprake is van beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Dit verweer slaagt niet. Los van de vraag of het sluiten van de vaststellingsovereenkomst voortvloeiende uit de reorganisatie in dit concrete geval gelijk is te stellen aan een beëindiging met wederzijds goedvinden, hebben partijen in artikel 22 van de vaststellingsovereenkomst de aanspraak die [appellant] meent te kunnen maken op basis van de subsidiaire grondslag van zijn vordering (welke grondslag in dit hoger beroep ter beoordeling voor ligt) uitdrukkelijk uitgezonderd van hun regeling en de finale kwijting. Partijen hebben afgesproken dat het hen vrij staat daarover door te procederen. Daarmee staat vast dat in ieder geval op dat onderdeel geen sprake is van beëindiging van de arbeidsovereenkomst met

wederzijds goedvinden.

- 3.11 Daarmee komt het hof toe aan de vraag of de aftoppingsregeling in strijd is met de WGBLA, omdat sprake is van ongeoorloofde leeftijdsdiscriminatie.

onderscheid naar leeftijd

- 3.12 De eerste vraag is of de aftoppingsregeling direct of indirect onderscheid maakt naar leeftijd, zoals [appellant] stelt. Rabobank meent dat daarvan geen sprake is, omdat geen onderscheid is gemaakt tussen EK-leden naar leeftijd en omdat voor iedereen een aftoppingsgrens van 65 jaar geldt, terwijl de gemiddelde pensioenleeftijd voor EK leden altijd onder de 65 heeft geleeden. [appellant] is er volgens Rabobank niet slechter afgekomen dan andere groepen van haar werknemers.
- 3.13 Het hof verwerpt dit verweer van Rabobank. De aftoppingsregeling bevat een leeftijdscriterium van 65 jaar. Oudere EK-leden worden daardoor zwaarder getroffen dan jongere EK-leden, omdat voor die laatste groep de periode tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar langer is. Aftopping van de beëindigingsvergoeding van de groep jongere EK-leden zal dus minder snel aan de orde zijn of minder ingrijpende gevolgen hebben dan bij oudere EK leden. Daarmee is sprake van onderscheid naar leeftijd in de zin van artikel 3 onder c en e WGBLA. Dat is verboden, tenzij sprake is van een objectieve rechtvaardiging (artikel 7 WGBLA). Rabobank stelt, en [appellant] betwist, dat die objectieve rechtvaardiging in dit geval bestaat.

objectieve rechtvaardiging

*toetsingskader*

- 3.14 Voor het toetsingskader verwijst het hof naar het arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2020 (ECLI:NL:HR:2020:114). Daaruit blijkt, samengevat, dat de WGBLA moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van de Richtlijn 2000/78/EG, die beoogt een algemeen kader te scheppen om voor eenieder gelijke behandeling in arbeid en beroep te waarborgen door eenieder effectieve bescherming te bieden tegen discriminatie op grond van (in dit geval) leeftijd. In de artikelen 3 en 7 WGBLA is het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij het aangaan van arbeidsvoorwaarden verboden tenzij dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Een legitiem doel (uitgelegd in de zin van artikel 6 lid 1 van de hiervoor genoemde Richtlijn) wordt gevormd door doelstellingen van sociaal beleid. De sociale partners op nationaal niveau hebben een ruime beoordelingsmarge, niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstellingen kunnen worden verwezenlijkt. Indien een maatregel het resultaat is van een overeenkomst die tot stand is gekomen door onderhandelingen van (de vertegenwoordigers van) de werknemers en (de vertegenwoordigers van) de werkgevers, is het aan de sociale partners overgelaten om een evenwicht te bepalen tussen hun respectieve belangen. In dat geval dient de rechter dergelijke maatregelen terughoudend te toetsen, zij het dat de beoordelingsmarge van de sociale partners niet tot gevolg mag hebben dat toepassing van het beginsel van het verbod van leeftijdsdiscriminatie zinloos wordt. Daarbij dienen bij de beoordeling of een maatregel passend en noodzakelijk is in redelijkheid de gestelde, ter zake dienende omstandigheden te worden afgewogen.
- 3.15 Gezien de context en achtergrond van de EK-regeling, zoals hiervoor onder 3.4 en 3.5 geschetst, zal het hof de aftoppingsregeling met terughoudendheid toetsen. Daarvoor is van belang dat de aftoppingsregeling rechtstreeks is gebaseerd op de aftoppingsregeling van het sociaal plan, waarover door Rabobank en vakbonden uitgebreid is onderhandeld en waarbij de vakbonden zich ook de belangen van statutaire directieleden hebben aangetrokken, wier belangen in grote mate vergelijkbaar zijn met die van EK-leden. [appellant] heeft ook niet betwist dat een terughoudende

toets is aangewezen.

3.16 [appellant] voert in dit verband ook aan dat zijn inkomensachteruitgang door toepassing van de aftoppingsregeling individueel getoetst moet worden en dat het hof prejudiciële vragen aan de Hoge Raad kan stellen over de individuele toetsingsmogelijkheden. Hij verwijst naar een vonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 30 juni 2017 (ECLI:NL:RBMNE:2017:3249), waarin hierover een prejudiciële vraag is gesteld.

3.17 Het hof deelt deze visie van [appellant] niet. De Hoge Raad heeft op de prejudiciële vraag of individuele toetsing moest plaatsvinden bij de beantwoording van de vraag of een regeling strijdig is met artikel 6 lid 1 van de Richtlijn 2000/78/EG inmiddels ontkennend geantwoord (HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651). Als [appellant] zijn situatie individueel had willen laten toetsen, had hij bovendien een beroep kunnen doen op de in de EK-regeling opgenomen hardheidsclausule.

*(i) legitiem doel*

3.18 Bij de beoordeling van de vraag of het onderscheid naar leeftijd gerechtvaardigd is gaat het er allereerst om of de aftoppingsregeling een legitiem doel dient. Rabobank stelt dat de doelstelling van de aftoppingsregeling is het zoveel mogelijk bieden van compensatie van het inkomensverlies dat de boventallige werknemers lijden door het eindigen van het dienstverband, waarbij:

- a. de voor de reorganisatie beschikbare beperkte financiële middelen op rechtvaardige wijze verdeeld worden tussen alle groepen boventallige werknemers,
- b. de boventallige werknemers er door het ontvangen van een beëindigingsvergoeding niet op vooruit gaan ten opzichte van werknemers die niet boventallig zijn en dus doorwerken, en
- c. de beëindigingsvergoeding niet bedoeld is als vermogensvorming, zodat cumulatie met andere inkomens vervangende voorzieningen (anders dan WW) moet worden voorkomen.

3.19 Dat Rabobank met de aftoppingsregeling de hiervoor weergegeven doelstellingen nastreeft is als zodanig door [appellant] niet betwist. Hij betwist wel dat toepassing van de aftoppingsregeling tot deze doelen leidt, maar die vraag komt hierna bij de passendheid en noodzakelijkheid van de regeling aan de orde. De gestelde doelen, die als doeleinden van sociaal beleid kwalificeren, beoordeelt het hof als een legitiem doel van de aftoppingsregeling.

*(ii) passend middel*

3.20 [appellant] stelt dat de aftoppingsregeling niet passend is om dit legitieme doel te bereiken. Rabobank betwist dat.

3.21 Wat de passendheid betreft, dient het hof (onder verwijzing naar het onder 3.14 genoemde arrest van de Hoge Raad) te onderzoeken of de bestreden maatregel niet kennelijk ongeschikt is om het daarmee nagestreefde legitieme doel te bereiken. In dat verband geldt dat eenvoudige algemene verklaringen van de werkgever dat een bepaalde maatregel geschikt is om bij te dragen tot het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, niet volstaan om aan te tonen dat het doel van die maatregel een afwijking van het beginsel van non-discriminatie kan rechtvaardigen en evenmin gegevens verschaffen op grond waarvan redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat de gekozen middelen geschikt waren ter bereiking van dat doel.

3.22 Het hof oordeelt dat de aftoppingsregeling niet kennelijk ongeschikt is om het hiervoor onder 3.15 genoemde legitieme doel te bereiken. Door de aftoppingsregeling wordt voorkomen dat boventallige werknemers financieel beter af zijn in vergelijking met hun doorwerkende collega's, die niet door de reorganisatie getroffen zijn (waarmee het hiervoor in 3.18 onder b. genoemde doel wordt bereikt) en het op deze wijze aftoppen van de beëindigingsvergoeding leidt tot een rechtvaardige verdeling van de beschikbare middelen over alle door de reorganisatie getroffen

werknemers (waarmee het hiervoor in 3.18 onder a genoemde doel wordt bereikt). [appellant] stelt dat de EK-regeling geen legitiem doel dient, omdat die clause in zijn geval niet objectief en redelijk gerechtvaardigd is. Het hof is van oordeel dat bij de beantwoording van de vraag of de aftoppingsregeling passend is om het legitieme doel te bereiken, naar de regeling als geheel moet worden gekeken en niet naar de uitwerking daarvan in individuele gevallen (zie daarvoor ook 3.17 van dit arrest). Zelfs als door de feitelijk gemiddelde lagere pensioenleeftijd er wel cumulatie van de beëindigingsvergoeding en pensioenuitkering zou plaatsvinden (waarover het hof bij de noodzakelijkheidstoets verder zal oordelen) en in zoverre aan doelstelling (c) in individuele gevallen niet (volledig) is voldaan, maakt dit de regeling als zodanig niet kennelijk ongeschikt om het legitieme doel te bereiken. [appellant] heeft in dit verband ook nog aangevoerd dat de leeftijd enerzijds een rol speelt in de weging van dienstjaren in de A-factor en anderzijds in het kader van de vraag of bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar al dan niet aanspraak kan worden gemaakt op een AOW-uitkering. [appellant] heeft niet voldoende uitgewerkt hoe dit argument ertoe leidt dat de EK-regeling kennelijk ongeschikt is om het legitieme doel te bereiken, zodat het hof hieraan voorbijgaat.

*(iii) noodzakelijk middel*

- 3.23 [appellant] meent dat de aftoppingsregeling ook niet een noodzakelijk middel is om de nagestreefde doelen te bereiken. In dat verband beroept hij zich er vooral op dat, naar de stellingen van Rabobank, de feitelijke gemiddelde pensioenleeftijd (ruim) lager is dan 65 jaar. Voor de EK-leden die vóór het bereiken van de 65-jarige leeftijd met pensioen gaan kan de beëindigingsvergoeding cumuleren met hun pensioenuitkering, terwijl EK-leden die tot of na hun 65-jarige leeftijd doorwerken én geen pensioenuitkering én geen volledige beëindigingsvergoeding ontvangen. [appellant] meent dat hij tot die laatste groep behoort, omdat hij zonder boventalligheid van plan was door te werken tot zijn AOW-gerechtigde leeftijd. De aftoppingsclause is volgens hem niet proportioneel; hij loopt door de aftopping een bedrag van ruim € 450.000,- (exclusief toeslagen) en jaarlijks € 11.200,- aan ouderdomspensioen mis. Daarnaast stelt [appellant] dat Rabobank gebruik had kunnen maken van andere, voor hem minder ongunstige middelen om de doelstellingen te bereiken.
- 3.24 Wat de noodzakelijkheid betreft, dient het hof te onderzoeken of de bestreden maatregel verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelen en op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van de werknemers die op 65-jarige leeftijd of later met pensioen (willen) gaan, waarbij de maatregel in zijn eigen regelingscontext dient te worden geplaatst en rekening moet worden gehouden met zowel het nadeel dat daaraan kleeft voor de betrokken personen als met het voordeel daarvan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat (zie het arrest van de Hoge Raad genoemd onder 3.14).
- 3.25 Rabobank heeft berekend dat de gemiddelde pensioenleeftijd van EK-leden 63 jaar is. Daarvan uitgaande heeft [appellant] een punt waar hij stelt dat er bij EK-leden die eerder met pensioen gaan cumulatie van de beëindigingsvergoeding en de pensioenuitkering plaatsvindt en dat in die gevallen in zoverre niet aan doelstelling c wordt voldaan. De beëindigingsvergoeding van een EK-lid dat eerder met pensioen gaat wordt namelijk afgetopt tot het niveau van het inkomen dat hij verdient zou hebben als hij zou hebben doorgewerkt tot het bereiken 65-jarige leeftijd, terwijl hij in werkelijkheid vóór dat moment, vanaf het ingaan van zijn pensioen, naast de beëindigingsvergoeding een pensioenuitkering ontvangt. Omdat de EK-leden gemiddeld eerder dan 65 jaar met pensioen gaan, zit deze cumulatie ingebakken in het systeem, waarbij wordt afgetopt op 65 jaar. Dat maakt echter niet dat de aftoppingsregeling niet voldoet aan het noodzakelijkheids criterium, omdat daarmee nog niet is gegeven dat de regeling op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van de EK-leden, zoals [appellant], die zonder boventalligheid (mogelijk) zouden hebben doorgewerkt tot en zelfs na het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Daarbij is van belang dat de (daadwerkelijke) ingangsdatum van het pensioen een individuele keuze van ieder EK-lid is en dat Rabobank EK-leden financiële vergoedingen heeft verstrekt om een eerdere pensioendatum mogelijk te maken ( [appellant] heeft daarvoor in totaal



ruim € 370.000,- ontvangen). Als een EK-lid die keuze maakt zal hij (net zoals [appellant] stelt dat bij hem het geval is) daar tegenover een lagere pensioenuitkering ontvangen dan de uitkering die hij bij een pensioenleeftijd van 65 of later zou ontvangen. [appellant] heeft niet onderbouwd dat de cumulatie van de beëindigingsvergoeding van de EK-leden die vóór hun 65ste met pensioen gaan, mede gelet op hun lagere pensioenuitkering, ertoe leidt dat zij financieel beter af zijn dan de EK-leden die hun pensioen later (zouden) laten ingaan. Daarom is, tegen de achtergrond van het legitieme doel dat door de aftoppingsregeling wordt nagestreefd, niet komen vast te staan dat sprake is van een excessief nadeel van die laatste groep en dat de aftoppingsregeling voor die groep disproportioneel is.

- 3.26 [appellant] heeft wel een uiteenzetting gegeven over zijn eigen financiële situatie in nummer 5 en nummer 31 van de akte na tussenvonnissen in eerste aanleg, waarnaar hij in hoger beroep verwijst. Hij stelt dat als hij met 65 met pensioen gaat hij een jaarlijkse uitkering krijgt van circa € 83.500,- bruto en dat die uitkering op 67 circa € 95.000,- bruto is, waardoor hij jaarlijks € 11.190,28 meer aan pensioenuitkering zou krijgen. Daarnaast mist hij volgens hem twee jaarsalarissen (tussen 65 en 67 jaar) en 24 maanden individuele pensioenbijdrage. Dat is in totaal € 457.356,04 bruto, aldus [appellant]. Rabobank bestrijdt deze berekening en stelt dat [appellant] wel degelijk met 65 jaar met pensioen zou kunnen, omdat hij daarvoor voldoende pensioen heeft opgebouwd (slechts 3 van de 35 jaar pensioenopbouw ziet op de pensioenleeftijd van 67 jaar) en dat de totale pensioenopbouw (inclusief circa € 58.000,- verevend pensioen) met pensioenleeftijd 65 jaar € 153.792,- bedraagt.
- 3.27 [appellant] heeft met zijn berekening niet aangetoond dat hij in vergelijking met de boventallige EK-leden met een vroegere pensioendatum nadeel lijdt. Hij maakt in reactie op de stellingen van Rabobank en in antwoord op de vragen van de kantonrechter in het tussenvonnissen van 19 oktober 2016 een vergelijking tussen zijn inkomen uit pensioen als hij op 65 jarige leeftijd met pensioen zou gaan en de situatie als hij op 67 jarige leeftijd met pensioen zou gaan. Voor zover [appellant] betoogt dat dit inkomensverschil het nadeel is dat hij door aftopping leidt, heeft hij geen cijfermatige vergelijking gemaakt met de gevolgen van de aftoppingsregeling bij werknemers die vóór hun 65ste met pensioen gaan, nog daargelaten dat het bij deze toets niet gaat om een toetsing van het individuele geval.
- 3.28 [appellant] stelt daarnaast dat Rabobank andere, minder ongunstige, middelen had kunnen inzetten om de door Rabobank nagestreefde doelen te behalen. Hij noemt in dat verband verlaging van de C-factor of het opnemen van de AOW-gerechtigde leeftijd in plaats van 65 jaar. [appellant] heeft deze beide opties niet uitgewerkt en daarmee niet aangetoond dat de door hem gestelde middelen voor hem tot een minder nadelig resultaat zouden hebben geleid. [appellant] heeft niet toegelicht waarom verlaging van de C-factor zou meebrengen dat van de beweerdelijke begunstiging van de EK-leden met een eerdere pensioendatum geen of minder sprake zou zijn. In zijn algemeenheid kan door verlaging van de C-factor mogelijk het onder 3.18 onder (a) gestelde doel beter worden bereikt, maar [appellant] heeft onvoldoende toegelicht dat hiermee (ook) wordt bereikt dat de werknemers die vóór het bereiken van de leeftijd van 65 jaar met pensioen gaan door toepassing van de aftoppingsregeling met een lagere C-factor niet in een betere positie komen te verkeren dan werknemers die tot of na hun 65ste (willen) doorwerken. Daardoor kan het hof niet vaststellen dat verlaging van de C-factor een beter passend middel zou vormen. Daarnaast merkt het hof op dat bij het tweede door [appellant] gestelde middel (AOW-leeftijd in plaats van 65 jaar) nog steeds onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Het hof onderschrijft niet [appellant]'s stelling dat de AOW-leeftijd wel, en de leeftijd van 65 geen, althans niet langer een objectieve maatstaf zou zijn. De sociale partners hebben, wetende dat de feitelijke pensioenleeftijd in veel gevallen lager was dan 65 jaar en dat de AOW-leeftijd al iets hoger was en ook de komende jaren verder omhoog zou gaan, in de cao welbewust de keuze voor aftopping van het inkomen tot 65 jaar gemaakt en kennelijk niet willen aanknopen bij de AOW-gerechtigde leeftijd. In de EK-regeling is bij de cao aangesloten. Overigens was ten tijde van het tot stand komen van de EK-regeling de pensioenleeftijd 65 jaar en één maand en liep deze in 2014 op naar 65 jaar en twee maanden en in 2015 naar 65 jaar en 3 maanden. In zoverre sloot de gekozen

leeftijd in de aftoppingsregeling gedurende de looptijd van het sociaal plan daar redelijk bij aan. Het hof begrijpt dat de verdere verhoging van de AOW- en pensioengerechtigde leeftijd voor [appellant] , die stelt dat hij om hem moverende redenen zonder boventalligheid tot die leeftijd zou zijn blijven doorwerken, een tegenvaller is, maar de aftoppingsregeling geeft, gezien in de context van de gehele regeling, geen aanknopingspunten om dat op Rabobank af te wentelen.

- 3.29 Het hof komt dan ook tot het oordeel dat de aftoppingsregeling noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelen en dat deze, gelet op de eigen regelingscontext, niet op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van werknemers zoals [appellant] , die (als zij niet boventallig waren geworden) op of na hun 65ste leeftijd met pensioen zouden zijn gegaan.

#### conclusie grondslag II

- 3.30 Uit het voorgaande volgt dat voor het maken van onderscheid naar leeftijd in aftoppingsregeling van de EK-regeling een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat, zodat van verboden leeftijdsdiscriminatie geen sprake is.

### **4 De slotsom**

- 4.1 De beide grondslagen kunnen de gevorderde verklaringen voor recht niet dragen. De grieven in het principaal hoger beroep falen.
- 4.2 Omdat Rabobank in eerste aanleg volledig in het gelijk was gesteld, heeft zij voldoende haar bezwaren tegen de vonnissen van de kantonrechter in het (principaal) hoger beroep naar voren kunnen brengen. Een incidenteel hoger beroep was daarvoor niet nodig. Dit beroep wordt verworpen.
- 4.3 [appellant] wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van de procedure in het principaal hoger beroep, aan de zijde van Rabobank vastgesteld op € 5.200,- aan griffierecht en op € 16.503,- (3 punten x tarief VIII) aan salaris voor haar advocaat. Naar vaste jurisprudentie kan de omstandigheid dat de in eerste aanleg gevoerde verweren in de vorm van een incidenteel hoger beroep onder de aandacht van het hof worden gebracht niet ertoe leiden dat verwerping van die verweren - en diensengevolge de verwerping van het incidenteel hoger beroep - de incidenteel appellant op een kostenveroordeling komt te staan (HR 3 oktober 2008, ECLI:HR:2008:BD7478). Geen der partijen zal dus in de proceskosten van het incidenteel hoger beroep worden veroordeeld.

### **5 De beslissing**

Het hof, recht doende,

*in het principaal hoger beroep:*

bekrachtigt de vonnissen van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 19 oktober 2016 en 29 maart 2017;

veroordeelt [appellant] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Rabobank vastgesteld op € 5.200,- voor verschotten en op € 16.503,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt [appellant] in de nakosten, begroot op € 157,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82,- in geval [appellant] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

*in het incidenteel hoger beroep:*

verwerpt dit beroep;

*in het principaal en incidenteel hoger beroep:*

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.E.F. Hillen, W.C. Haasnoot en R.S. de Vries, is ondertekend door de rolraadsheer, en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 24 november 2020.