

dat dit bewijs
ndat het on-
rkemer had
van de ver-

dat onrecht-
edure dient
ter eerst
daadwerkelijk
arna komt
aan bod. Zie
ler Kraats,
recht, TRA

bewijs dat in
chtmatige
In deze uit-
dat geen
egen bewijs,
akelijk ge-
rastlegging
rkemer
werknemer
telkens dis-
elefoonge-
g prevaleert.
n opmerke-
n aangege-
leeft op pri-
7/233 (Cop-
5 december
IM 25 juni
dat het
het recht
oren' van
en inbreuk
overwogen
vige zaak
ing van de
in de werk-
nemer die
ument van
ou zijn van
zonder
an ook niet

telijk opne-
atig zijn.
names die
ruikt in de
blijkt dat
divieele pro-

cedure wordt toegelaten. Dit standpunt wordt juist geacht door Kremer (dissertatie, pagina 301-308, en *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, E. Verhulp en W.A. Zondag (red), Monografieën Sociaal recht, p. 244). Kremer brengt een scherpe scheiding aan tussen de materiële toets (op onrechtmatigheid van de bewijsgaring) en de processuele (op toelaatbaarheid van bewijs). Hij vindt dat er geen aanleiding is om een partij, die naar materiële maatstaven op onrechtmatige wijze bewijs heeft vergaard, daarvoor in processuele zin te straffen. Kremer ziet daarvoor alleen aanleiding wanneer de onrechtmatigheid samenvalt met een inbreuk op de processuele rechten van de andere partij. Zie tevens de conclusie van A-G Asser voor HR 7 februari 1992, NJ 1993, 78. Een rechtsgrond die de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs verbiedt, anders dan bij strijd met het procesrecht, ontbreekt in de visie van Kremer (diss., p. 304-308). Het Wennekes Lederwaren-arrest sluit hier op aan (HR 27 april 2001, «JAR» 2001/95). In dit arrest laat de Hoge Raad in het midden of sprake was van onrechtmatig verkregen bewijs, maar geeft wel aan dat, als daarvan sprake zou zijn, het bewijsmateriaal in de procedure kan worden toegelaten. Ook het Hof den Bosch heeft geoordeeld dat bewijsmateriaal dat onrechtmatig is verkregen, kan worden meege- genomen in een procedure. Het ging in deze zaak om een werkgever die een privédetective had ingehuurd om te controleren of een zieke werknemer geen ongeoorloofde werkzaamheden verrichtte, hetgeen wel het geval bleek te zijn (Hof Den Bosch 2 december 1992, «JAR» 1992/147). De kantonrechter te Breda oordeelde dat een telefoongesprek, opgenomen zonder medeweten van een werknemer, gebruikt kon worden als bewijsmateriaal, omdat het belang van de waarheidsvinding door openbaarmaking van de opname zwaarder diende te wegen dan het belang bij bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer («JAR» 2007/78). De Vries daarentegen stelt dat de rechter wel een oordeel zou moeten vellen over de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs en dat dit bewijs, anders dan Kremer stelt, niet min of meer automatisch kan worden gebruikt (*Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, E. Verhulp en W.A. Zondag (red), p. 244-245; zie ook M.M. Koevoets, *Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht*, Ara 2004/3, p. 39 e.v.).

De Kantonrechter Amsterdam oordeelde langs die lijn («JAR» 2006/1). Nadat een werknemer een dreigbrief had ontvangen is de werkgever een onderzoek gestart. Eerst heeft de werkgever de dader een periode gegund waarin hij/zij zich vrijwillig kon melden. Daarna is een onderzoeksbureau in de hand genomen. Dit onderzoeksbureau heeft een handschriftonderzoek uit laten voeren en een DNA-test (op vrijwillige basis) uitgevoerd. Nadat een van de werknemers haar toestemming om het DNA-materiaal te verwerken had ingetrokken, heeft de werkgever de uitslag van het onderzoek toch gebruikt. De uitslag was namelijk reeds bekend op het moment dat de werkgever het onderzoeksbureau belde met de mededeling dat het DNA-materiaal van een van de werknemers niet meer mocht worden meegenomen in het onderzoek. De kantonrechter vindt dit onzorgvuldig en laat om die reden het DNA-materiaal buiten beschouwing. Ook de kantonrechter Rotterdam passeerde bewijsmateriaal in een ontbindingsprocedure – een rapport opgesteld door een particulier recherchebureau – omdat dit in strijd met het goed werkgeverschap en de privacy-normen was opgesteld (Ktr. Rotterdam, 19 december 1997, Prg. 1998, 4946). Een beroep op uitsluiting van het bewijs vanwege onrechtmatigheid van vergaring ervan heeft, gezien het voorgaande, geen grote maar wel enige kans op succes.

C.M. Jakimowicz

97

Kantonrechter Maastricht
20 december 2012, nr. 501673 AZ VERZ 12-237,
LJN BY8457
(mr. Etman)
Noot mr. E.L.J. Bruyninckx

Maximering vergoeding in verband met pensioenleeftijd. Verboden leeftijdsdiscriminatie. Sociaal Plan. Aanbeveling 3.5.

[WGBLA art. 7 lid 1 onder c; BW art. 7:685]

De werknemer, 59 jaar oud, is op 16 april 1976 bij de rechtsvoorganger van de werkgever in dienst getreden. Laatstelijk was hij werkzaam als Sales Desk Representative tegen een bruto maandloon

van € 2.754,-, te vermeerderen met 8% vakantiebijslag en andere emolumenten. Tussen de werkgever en de vakbonden is een sociaal plan overeengekomen voor het jaar 2010. In het sociaal plan is bepaald dat bij ontslag vanwege boventalligheid de vergoeding wordt berekend met behulp van de formule $60\% \times A$ (aantal gewogen dienstjaren) $\times B$ (laatstverdiende maandloon $\times 1,08$). De ontslagvergoeding en de mobiliteitsvergoeding mogen samen niet hoger zijn dan het bedrag dat nodig is om tot aan het 65e levensjaar de uitkering aan te vullen tot 108% van het laatste maandloon. Als gevolg van reorganisatie is de werknemer boventallig geworden. De werkgever heeft een vergoeding aangeboden van € 70.054,54. De werknemer heeft dit aanbod niet geaccepteerd. Naar zijn mening had de vergoeding niet gemaximeerd mogen worden.

De kantonrechter wijst het ontbindingsverzoek toe. Ten aanzien van de vergoeding overweegt de kantonrechter dat er bij de vaststelling van de hoogte van de beëindigingsvergoeding in het sociaal plan 2010 sprake is van indirect onderscheid. De bepaling over maximering bevat geen leeftijds-criterium, maar is in de praktijk van toepassing op de categorie van de oudere werknemers. De vraag is dan of er een objectieve rechtvaardiging is voor dit onderscheid. Aan de maximering ligt een legitiem doel ten grondslag, namelijk het voorkomen dat werknemers door hun ontslag in een betere financiële positie komen dan waarin zij zouden hebben verkeerd indien hun dienstverband niet was beëindigd. Maximering is ook een geschikt middel om dat doel te bereiken. Het middel staat echter niet in evenredige verhouding tot het doel. De kans dat oudere werknemers hun pensioenscha- de zelf kunnen opvangen is namelijk kleiner dan bij jongere werknemers. De werknemer heeft verder onbetwist gesteld dat hij zijn vroegpensioen, dat in mindering gebracht zal worden op zijn WW-uitkering, zal moeten aanspreken, waardoor zijn ouderdomspensioen lager zal zijn. Er is derhalve sprake van een verboden onderscheid. Aan de werknemer komt een vergoeding toe zonder maximering, zijnde € 91.014,19 bruto.

NB. De meningen onder kantonrechters of maximering nu wel of niet is toegestaan, verschillen. Zie onder meer «JAR» 2012/282, «JAR» 2012/231, «JAR» 2007/57 en «JAR» 2006/161. Het HvJ EU lijkt maximering niet discriminerend te vinden. Zie «JAR» 2013/19, m.nt. M. Koster.

De vennootschap met beperkte aansprakelijkheid KPN Corporate Market BV te Amsterdam, verzoekende partij, gemachtigde: mr. P.W.H.M. Willems, tegen de werknemer te Maastricht, verwerende partij, gemachtigde: mr. C.H.J. Voncken-Crijns.

1. Het verloop van de procedure
(...; red.)

2. De vaststaande feiten

2.1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken, staat tussen partijen het volgende vast.

2.2. De werknemer, die 59 jaar oud is, is op 16 april 1976 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) KPN. Laatstelijk is hij werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de functie van Sales Desk Representative tegen een bruto maandloon van € 2.754,- exclusief 8% vakantiebijslag en verdere emolumenten. Op de arbeidsovereenkomst is de KPN CAO van toepassing.

2.3.1. Op 6 september 2010 is er een sociaal plan overeengekomen tussen KPN en drie vakbonden (Abvakabo FNV, Qlix en CNV Publieke Zaken) voor de periode 1 januari 2010 tot en met 31 december 2010 (verder te noemen: het Sociaal Plan 2010). De inleiding van het Sociaal Plan 2010 vermeldt dat in de nabije toekomst het aantal arbeidsplaatsen bij KPN aanzienlijk zal worden verminderd met als gevolg dat veel medewerkers hun functie zullen verliezen.

2.3.2. Het Sociaal Plan 2010 is van toepassing in geval van reorganisaties als bedoeld in artikel 25 lid 1 sub c, d, e, en f van de Wet op de ondernemingsraden en is van toepassing op werknemers op wie de KPN CAO wordt toegepast.

2.3.3. Het Sociaal Plan 2010 bepaalt in artikel 3.2 dat in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst vanwege boventalligheid de beëindigingsvergoeding berekend wordt met behulp van de formule $60\% \times A$ (aantal gewogen dienstjaren) $\times B$ (laatstverdiende maandloon maal 1,08).

Op grond van artikel 3.5 lid 1 van het Sociaal Plan 2010 zijn de beëindigingsvergoeding (artikel 3.2) en de mobiliteitsvergoeding (artikel 3.4) samen nooit hoger dan het bedrag dat nodig is om vanaf het ontslag tot de maand waarin de werknemer

65 jaar wor-
hij aanspra-
het laatste
Het Sociaal
Van het Soc-
wanneer ee-
leidt tot een
dig in zijn
2.4. Als gev-
de afgelopen
KPN, is de
werkzaam
worden v-
functie bin-
en evenmi-
van een de-
2.5. KPN
augustus
met daari-
€ 70.054,5
april 2013
op artikel
treft, uitg-
aanvulling
WW- en
jaar. De wo-
teerd.
2.6. De wo-
ber 2012 €
sule. KPN
kenbaar g-
2.7. De w-
steld van
van zijn a-
2.8. Omd-
met het b-
vember 2
binding v-
2.9. Op 2
gesloten
(Abvakal
VPP) ove-
2012 tot
Plan van
De contr-
vakorgar-
uitkomst
koppeler
decembe-
nisterie

sprakelijkheid
erdam,

as,

drijns.

zijds erkend
proken, staat

l is, is op 16
rechtsvoor-
werkzaam op
or onbepaal-
representative
4,= exclusief
menten. Op
↓ CAO van

sociaal plan
vakbonden
lieke Zaak)
met 31 de
Sociaal Plan
Plan 2010
et aantal ar-
zal worden
edewerkers

epassing in
n artikel 25
e onderne-
rknemers

i artikel 3.2
beidsover-
eëindiging-
ulp van de
nstjaren) x
,08).

ociaal Plan
artikel 3.2)
i.4) samen
s om vanaf
verknemer

65 jaar wordt de wettelijke uitkeringen waarop hij aanspraak heeft, aan te vullen tot 108% van het laatste maandloon bij KPN.

Het Sociaal Plan 2010 kent een hardheidsclausule. Van het Sociaal Plan 2010 kan worden afgeweken wanneer een strikte toepassing van de maatregelen leidt tot een situatie dat de werknemer onevenredig in zijn belangen wordt getroffen.

2.4. Als gevolg van één van de reorganisaties, die de afgelopen jaren hebben plaatsgevonden bij KPN, is de werknemer boventallig geworden. De werkzaamheden die de werknemer verricht, worden verplaatst naar India. Een passende functie binnen KPN is niet voorhanden (geweest) en evenmin bestaat er uitzicht op het vrijkomen van een dergelijke functie.

2.5. KPN heeft de werknemer bij brief van 17 augustus 2012 een beëindigingvoorstel gedaan met daarin opgenomen een vergoeding van € 70.054,54, uitgaande van een einddatum van 1 april 2013. KPN heeft deze vergoeding gebaseerd op artikel 3.5 van het Sociaal Plan 2010. Het betreft, uitgaande van de huidige regelgeving, een aanvulling op een in de toekomst te ontvangen WW- en IOAW-uitkering tot de leeftijd van 65 jaar. De werknemer heeft dit voorstel niet geaccepteerd.

2.6. De werknemer heeft bij brief van 27 september 2012 een beroep gedaan op de hardheidsclausule. KPN heeft bij brief van 17 oktober 2012 kenbaar gemaakt dat beroep niet te honoreren.

2.7. De werknemer is per 1 oktober 2012 vrijgesteld van werkzaamheden wegens het vervallen van zijn arbeidsplaats.

2.8. Omdat de werknemer niet heeft ingestemd met het beëindigingvoorstel heeft KPN op 1 november 2012 onderhavig verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend.

2.9. Op 27 november 2012 is een principeakkoord gesloten tussen KPN en vier vakbonden (Abvakabo FNV, Qlix, CNV Publieke Zaak en VPP) over een KPN CAO voor de periode 1 april 2012 tot en met 31 mei 2013 en over een Sociaal Plan van 1 april 2012 tot en met 31 oktober 2013. De contractspartijen zijn overeengekomen dat de vakorganisaties uiterlijk 17 december 2012 de uitkomst van hun ledenraadpleging zullen terugkoppelen vanwege de wens om de cao's voor 20 december 2012 aan te kunnen melden bij het Ministerie van SZW.

2.10. In het principeakkoord is bepaald dat de inhoud van het nieuwe Sociaal Plan gelijk is aan de inhoud van het Sociaal Plan 2010, behoudens het bepaalde in artikel 9.1 tot en met 9.5. In laatste genoemde artikelen is geen afwijking opgenomen ten aanzien van het bepaalde in artikel 3.5 van het Sociaal Plan 2010.

3. Het geschil

3.1. KPN verzoekt de arbeidsovereenkomst tussen haar en de werknemer per de eerst mogelijke datum te ontbinden onder toepasselijkheid van het Sociaal Plan 2010 en de KPN CAO, kosten rechs.

3.2. Ter onderbouwing van haar verzoekschrift voert KPN aan dat vanwege één van de reorganisaties van de afgelopen jaren de werknemer boventallig is geworden. Omdat de werknemer weigert in te stemmen met het beëindigingvoorstel, waarin een vergoeding conform het bepaalde in artikel 3.5 van het Sociaal Plan 2010 is opgenomen, verzoekt KPN thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst. KPN biedt aan in geval van ontbinding een vergoeding te betalen die gebaseerd is op artikel 3.5 van het Sociaal Plan 2010. De hoogte van deze vergoeding is afhankelijk van de einddatum van de arbeidsovereenkomst. Volgens KPN heeft de werknemer geen argumenten aangedragen die een beroep op de hardheidsclausule van het Sociaal Plan 2010 rechtvaardigen.

3.3.1. De werknemer heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

De werknemer is primair van mening dat artikel 3.5 van het Sociaal Plan 2010 van KPN nietig is wegens strijd met artikel 7 lid 1 sub c van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (verder: WGBL). Immers, wanneer artikel 3.2 van het Sociaal Plan 2010 toegepast wordt, bedraagt de vergoeding € 91.014,19 bruto, terwijl aan hem op grond van artikel 3.5 van voornoemd plan slechts € 70.054,54 bruto is aangeboden. Legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit van artikel 3.5 van het Sociaal Plan 2010 ontbreken.

3.3.2. Subsidiar stelt de werknemer dat toepassing van het Sociaal Plan 2010 tot een evident onbillijke situatie leidt. Hij wijst erop dat KPN de vergoeding berekent tot de leeftijd van 65 jaar, terwijl op grond van de per 1 januari 2013 te wijzigen wetgeving de werknemer pas een AOW-uitkering zal ontvangen als hij 66 jaar wordt. Bovendien komt bij de leeftijd van 62 jaar het vroegpensioen tot uitkering. Dit zal gekort worden op zijn WW-

uitkering. Het gevolg van het tot uitkering komen van het vroegpensioen is dat hij vanaf de leeftijd van 66 jaar een lager pensioen zal ontvangen. Daar komt bij dat hij vanaf de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ook geen pensioen meer zal opbouwen. Gezien deze omstandigheden en gelet op zijn leeftijd en slechte arbeidsmarktperspectieven, waarbij hij ook melding maakt van gezondheidsproblemen (slaapapneu), is het door KPN aangeboden bedrag te laag, aldus de werknemer.

3.3.3. De werknemer betoogt primair dat aan hem een vergoeding van € 132.875,18 bruto dient te worden toegekend. Dit bedrag bestaat uit het door KPN aangeboden bedrag van € 70.054,54 bruto + € 16.820,64 bruto (een jaar extra aanvulling op IOAW-uitkering berekend tot 66 jaar) + € 46.000,= bruto aan pensioenschade.

Subsidiair vraagt de werknemer aan hem een vergoeding toe te kennen conform artikel 3.2 van het Sociaal Plan 2010 ter grootte van € 91.014,19 bruto.

De werknemer verzoekt tot slot bij het bepalen van de ontbindingsdatum rekening te houden met de fictieve opzegtermijn van zes maanden, althans bij de vaststelling van de vergoeding hiermee rekening te houden.

4. De beoordeling

4.1. De kantonrechter heeft zich er van vergewist dat het verzoek geen verband houdt met het bestaan van een opzegverbod als bedoeld in de artikelen 7:647, 7:648, 7:670 en 7:670a BW of enig ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.

4.2. De kantonrechter heeft zich op basis van de door partijen gegeven informatie er verder van vergewist dat het verzoek verband houdt met een collectief ontslag als bedoeld in artikel 3 van de Wet Melding Collectief Ontslag. Door KPN is ter zake overgelegd een schriftelijke melding van het bevoegd gezag dat aan de meldingsplicht is voldaan en KPN heeft schriftelijk verklaard dat de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad zijn geraadpleegd.

4.3. Nu vaststaat dat de werkzaamheden van de werknemer zijn komen te vervallen ten gevolge van één van de reorganisaties bij KPN, is er sprake van veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve behoort te eindigen. Het verzoek tot ontbinding zal dan ook worden toegewezen.

4.4. Partijen zijn het er over eens dat aan de werknemer in verband met de beëindiging van het dienstverband een vergoeding moet worden toegekend, echter zij verschillen van mening over de hoogte van de toe te kennen vergoeding. Tussen partijen is niet in geschil dat het Sociaal Plan 2010 van toepassing is.

4.5. KPN betwist dat er sprake is van een ongeachtvaardigd onderscheid naar leeftijd. De arbeidsmarktpositie van ouderen en jongeren is niet gelijk. Dat alleen al maakt dat er geen sprake is van een onderscheid. Zij wijst er verder op dat het Sociaal Plan 2010 en het recente principeakkoord tot stand zijn gekomen in samenspraak met representatieve vakorganisaties. De maximering die is opgenomen in artikel 3.5 van het Sociaal Plan 2010 is bovendien in lijn met Aanbeveling 3.5 van de Kring van Kantonrechters. De regeling in het Sociaal Plan 2010 zorgt ervoor dat het inkomensniveau van de werknemer gelijk blijft tot de leeftijd van 65 jaar. Vanaf 65 jaar kan bij bovendien zijn recht op aanvullend pensioen geldend maken.

4.6. Geoordeeld wordt dat er in het Sociaal Plan 2010 bij de vaststelling van de hoogte van de beëindigingvergoeding sprake is van indirect onderscheid. Artikel 3.5 lid 1 van het Sociaal Plan bevat geen leeftijds criterium, maar is in de praktijk van toepassing op de categorie van de oudere werknemers. Zij worden op grond van dit artikel, in tegenstelling tot jongere collega's, geconfronteerd met een maximering van de vergoeding.

4.7. Krachtens artikel 7 lid 1 onder c van de WG-GBL geldt het verbod van onderscheid niet indien het objectief is gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. De bewijslast op dit punt rust op grond van artikel 12 lid 1 WGBL op KNP.

4.8. De enkele stelling van KPN dat het Sociaal Plan 2010 en het principeakkoord in overleg met representatieve vakorganisaties tot stand zijn gekomen, betekent niet dat aan de normen van artikel 7 lid 1 sub c WGBL is voldaan.

4.9. KPN stelt dat het doel van artikel 3.5 van het Sociaal Plan 2010 is om zoveel mogelijk het inkomensverlies op te vangen tot de leeftijd van 65 jaar en om een goede balans te verzekeren tussen de jongere werknemers met een kort dienstverband die relatief snel kunnen terugkeren in het arbeidsproces en oudere werknemers met een lang dienstverband die mogelijk minder snel

kunnen terugkeren in het arbeidsproces. Het Sociaal Plan 2010 voorziet in een maximering van de vergoeding voor de werknemer met een lang dienstverband. Dit kan tot een betere financiële situatie leiden. Het Sociaal Plan 2010 voorziet in een maximering van de vergoeding voor de werknemer met een lang dienstverband. Dit kan tot een betere financiële situatie leiden. Het Sociaal Plan 2010 voorziet in een maximering van de vergoeding voor de werknemer met een lang dienstverband. Dit kan tot een betere financiële situatie leiden.

dat aan de
ndiging van
oet worden
nening over
eding, Tus-
Sociaal Plan

r een onge-
tijd. De ar-
geren is niet
n sprake is
rder op dat
principeak-
ispraak met
naximering
het Sociaal
anbeveling
De regeling
at het inko-
blijft tot de
bij boven-
en geldend

ociaal Plan
van de be-
rect onder-
Plan bevat
raktijk van
dere werk-
artikel, in
nfronteerd
ig.

in de WG-
niet indien
n legitiem
n van dat
bewijslast
l 12 lid 1

iet Sociaal
verleg met
id zijn ge-
n van arti-

.5 van het
het inko-
jd van 65
en tussen
dienstver-
en in het
met een
rder snel

kunnen terugkeren in het arbeidsproces. Een meer specifieke toelichting op gemaakte keuzes in het Sociaal Plan 2010 heeft zij niet gegeven.

De kantonrechter begrijpt dat het doel van de maximering gelegen is in het voorkomen dat werknemers als gevolg van hun ontslag in een betere financiële positie komen dan waarin zij zouden hebben verkeerd indien hun dienstverband niet was beëindigd. Dit doel is voldoende zwaarwegend en niet discriminerend en daarmee legitiem. Maximering is een middel om dat doel te bereiken. De vraag is alleen of dit middel in evenredige verhouding staat tot het doel.

4.10. Voor alle werknemers van KPN – jong en oud – geldt dat zij niet gecompenseerd worden voor pensioenschade tijdens de duur van hun werkloosheid en eventueel daarna. De kans dat oudere werknemers deze schade zelf kunnen opvangen is kleiner dan bij jongere werknemers aangezien de kansen van oudere werknemers op de arbeidsmarkt beperkter zijn. De werknemer heeft verder onbetwist gesteld dat hij zijn vroegpensioen, dat in mindering gebracht zal worden op zijn WW-uitkering, zal moeten aanspreken, waardoor het pensioen dat op de leeftijd van 65 jaar tot uitkering zal komen, lager zal zijn. Hoewel de werknemer bij voortdurende werkloosheid tot de leeftijd van 65 jaar dus een gelijk inkomen zal ontvangen, zal hij bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar nog geconfronteerd worden met een verlies aan inkomen dat hij niet gehad zou hebben als hij tot die leeftijd door had kunnen werken. Onder die omstandigheden wordt geoordeeld, dat het middel van maximering niet in evenredige verhouding staat tot het legitieme doel. Het beding wordt dan ook nietig geacht.

4.11. De kantonrechter zal de werknemer niet volgen in zijn verzoek om € 132.875,18 bruto toe te kennen als vergoeding. Toewijzing van dit verzoek zou er op neer komen dat het verlies aan inkomen tot de leeftijd van 66 jaar en zijn pensioenschade volledig vergoed wordt. De werknemer zou dan beter af zijn dan zijn jongere collega's waarvoor evenmin een rechtvaardiging bestaat.

4.12. KPN wordt gevolgd in haar betoog dat het in beginsel niet aan KPN is de werknemer te compenseren voor de keuze van de overheid om de AOW-leeftijd te verhogen, nu onbetwist vast staat dat hij op basis van het huidige pensioenreglement op 65 jarige leeftijd pensioen zal ontvangen.

4.13. Er is geen aanleiding rekening te houden met de zogenaamde fictieve opzegtermijn, aangezien deze naar vaste rechtspraak voor rekening van de werknemer komt. Wel zal de ontbinding worden uitgesproken per 1 april 2013 omdat in het beëindigingvoorstel ook van deze datum is uitgegaan.

4.14. Gelet op de omstandigheden zoals genoemd onder 4.10 enerzijds en de hoogte van de C-factor die in artikel 3.2 van het Sociaal Plan 2010 genoemd is anderzijds, zal aan de werknemer een vergoeding toegekend worden conform artikel 3.2 van het Sociaal Plan 2010, hetgeen neerkomt op 51 gewogen dienstjaren x € 2.974,32 bruto x 0,6 = € 91.014,19 bruto.

4.15. Nu de kantonrechter voornemens is aan KPN een vergoeding toe te kennen in verband met de ontbinding, zal KPN in de gelegenheid gesteld worden haar verzoek in te trekken. Daartoe zal haar een termijn worden gegeven.

4.16. De kantonrechter ziet in de omstandigheden van het geval aanleiding om de proceskosten te compenseren. Dit is slechts anders in het geval KPN haar verzoek intrekt. Voor het geval die situatie zich zal voordoen, zal zij in de proceskosten worden veroordeeld.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. stelt partijen in kennis van het voornemen te beschikken als hierna onder 5.4. en 5.5. wordt vermeld;

5.2. stelt KPN in de gelegenheid haar verzoek uiterlijk 15 januari 2013 in te trekken door middel van een daartoe strekkende schriftelijke mededeling aan de griffier met gelijktijdig afschrift aan de gemachtigde van de werknemer, waarbij de datum en het tijdstip van de ontvangst van die mededeling door de griffier beslissend zal zijn;

Wanneer het verzoek tijdig wordt ingetrokken:

5.3. veroordeelt KPN in de kosten van deze procedure aan de zijde van de werknemer tot op heden begroot op € 500,= aan salaris voor de gemachtigde;

Wanneer het verzoek niet tijdig wordt ingetrokken:

5.4. ontbindt de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst per 1 april 2013;

5.5. kent aan de werknemer ten laste van KPN een vergoeding toe van € 91.014,19 bruto en veroordeelt KPN – voor zover nodig – tot betaling van die vergoeding aan de werknemer.