

Handleiding gelijke behandeling

Inhoudsopgave

Inleiding

Hoofdstuk 1 Juridisch kader gelijke behandeling in Nederland

Hoofdstuk 2 Algemene begrippen en Commissie gelijke behandeling

Hoofdstuk 3 Gelijke behandeling op grond van geslacht

Hoofdstuk 4 Gelijke behandeling op grond van burgerlijke staat

Hoofdstuk 5 Gelijke behandeling op grond van leeftijd

Hoofdstuk 6 Gelijke behandeling op grond van arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd

Hoofdstuk 7 Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte

Hoofdstuk 8 Aansprakelijkheid voor ongelijke behandeling

Bijlage: link naar wetteksten

Inleiding

Europese richtlijnen en jurisprudentie hebben de afgelopen jaren gezorgd voor een stroom van gelijke behandelingswetgeving op het terrein van arbeidsvoorwaarden, waaronder begrepen pensioenen. Dat levert bij pensioenuitvoerders vragen en soms verwarring op. Reeds lang bestaande bepalingen in het pensioenreglement blijken plotseling discriminerend te kunnen zijn. Soms kan het discriminerende karakter van een bepaling eenvoudig vastgesteld worden, maar meestal komt het aan op een nadere beoordeling. Een op het eerste gezicht neutrale bepaling kan, afhankelijk van de omstandigheden, een discriminerende werking blijken te hebben. In dat geval is sprake van indirecte discriminatie, die echter weer toelaatbaar kan zijn wanneer er voldoende rechtvaardiging is voor de betreffende bepaling.

Zowel bij het vaststellen van indirecte discriminatie als bij het concluderen tot de aanwezigheid (of afwezigheid) van een rechtvaardigingsgrond komt het aan op een weging van factoren en omstandigheden. Dat betekent dat vaak niet met zekerheid kan worden vastgesteld of sprake is van het maken van ongeoorloofd onderscheid of niet, zolang er geen rechterlijke uitspraak (in hoogste instantie) is. Niettemin proberen we in deze handleiding zo veel mogelijk potentiële knelpunten te benoemen, met waar mogelijk criteria waaraan 'verdachte' bepalingen in een pensioenreglement getoetst kunnen worden. Voorzover relevant wordt ook aandacht besteed aan de Pensioenwet, op basis van de thans beschikbare teksten. Uiteraard geeft deze handleiding ook aan op welke punten de gelijke behandeling in pensioenen inmiddels uitgekristalliseerd is, met een beschrijving van de consequenties daarvan voor de inhoud van pensioenregelingen.

De verwachting is dat er de komende jaren nog volop jurisprudentie beschikbaar zal komen over gelijke behandeling, met name waar het de betrekkelijk nieuwe wetten, zoals de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd en de Wet gelijke behandeling van gehandicapten en chronisch zieken bij de arbeid betreft. Voorzover relevant voor pensioenen zullen we u daarvan op de hoogte houden. Daartoe zal deze handleiding bij alle relevante nieuwe ontwikkelingen en inzichten zo snel mogelijk worden geactualiseerd.

Den Haag, 1 mei 2005

Hoofdstuk 1: Juridisch kader gelijke behandeling in Nederland

Artikel 1 van de Grondwet:

'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke andere grond dan ook, is niet toegestaan.'

Dit artikel in de Grondwet is in feite de moeder van de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving.

Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)

De Awgb geldt sinds 1 september 1994, en vormt de wettelijke uitwerking van artikel 1 van de Grondwet. De wet schrijft gelijke behandeling van personen voor, ongeacht hun godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Bovendien bevat deze wet definities van direct en indirect onderscheid, en bepalingen omtrent samenstelling en werkwijze van de commissie gelijke behandeling (CGB). Zie verder *hoofdstuk 2*.

Het gebod tot gelijke behandeling op grond van geslacht en op grond van burgerlijke staat heeft consequenties voor pensioenregelingen (zie *hoofdstuk 3*, respectievelijk *hoofdstuk 4*).

Naast deze algemene regelgeving, is er gelijke behandelingswetgeving specifiek op het terrein van arbeid, veelal voortgekomen uit Europese richtlijnen. Deze wetgeving is in dit kader relevant, aangezien pensioenen in de tweede pijler behoren tot de beloning voor arbeid. Het gaat om de hiernavolgende regelgeving.

Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb)

De Wgb geldt sinds 1 maart 1980¹. Deze wet verbiedt – net als de Awgb – het maken van onderscheid op grond van geslacht, maar dan meer specifiek op het gebied van arbeid.

Het gebod tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid is daarnaast ook opgenomen in artikel 646 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Zie verder *hoofdstuk 3*.

Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl)

Deze wet is in werking getreden op 1 mei 2004², en geeft invulling aan de Europese Richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep³. De Wgbl wordt behandeld in *hoofdstuk 5*.

Wet tot uitvoering van de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (gelijke behandeling tijdelijke arbeidskrachten)

Deze wet is in werking getreden op 22 november 2002 en geeft uitvoering aan de Europese Richtlijn, betreffende 'de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd'⁴.

Zie verder *hoofdstuk 6*.

¹ Wet van 1 maart 1980, Stb. 1980, 86, laatstelijke gewijzigd bij wet van 13 december 2000, Stb. 2000, 635

² Staatsblad 2004, nrs. 30 en 90

³ Richtlijn nr. 2000/78/EG van 27 november 2000, PbEG, 2000, L303

⁴ Richtlijn nr. 1999/70/EG van 28 juni 1999

Wet gelijke behandeling van gehandicapten en chronisch zieken bij de arbeid (Wgbg/chz)

Deze wet geldt sinds 1 december 2003⁵, een geeft eveneens invulling aan de Europese Richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep⁶. Zie verder *hoofdstuk 7*.

⁵ Wet van 3 april 2003, Stb. 2003, 206

⁶ Richtlijn nr. 2000/78/EG van 27 november 2000, PbEG, 2000, L303

Hoofdstuk 2: Algemene begrippen en commissie gelijke behandeling

2.1 *Direct en indirect onderscheid*

Van direct onderscheid is sprake als op grond van een met zoveel woorden genoemd kenmerk onderscheid wordt gemaakt. Volgens de systematiek van de Awgb is elk direct onderscheid verboden, tenzij de wet uitdrukkelijk bepaalt dat het onderscheid is toegestaan.

Een voorbeeld van direct onderscheid is het hanteren van verschillende pensioenleeftijden voor mannen en vrouwen.

Een voorbeeld van een wettelijke bepaling waarin direct onderscheid expliciet wordt toegestaan, is de bepaling in de Wgbl, die ontslag op de leeftijd waarop op grond van de AOW recht op ouderdomspensioen ontstaat toestaat, vanwege het feit dat die leeftijd algemeen als pensioneringsleeftijd is aanvaard.

Bij indirect onderscheid wordt, anders dan bij direct onderscheid, de ene groep personen niet anders behandeld dan de andere groep personen, maar is er toch sprake van ongelijke behandeling omdat een bepaalde maatregel of voorschrift de ene groep in de praktijk vaker treft dan de andere groep.

Een voorbeeld van indirect onderscheid is een bepaling in een pensioenregeling waarin wordt bepaald dat pas na een jaar deelnemer worden in de regeling. Op zichzelf is dit een neutrale bepaling, maar omdat vrouwen vaker dan mannen in deeltijd werken, worden zij in de praktijk vaker getroffen door deze beperkende bepaling.

Elk indirect onderscheid is verboden, tenzij dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Van een objectieve rechtvaardigingsgrond is volgens jurisprudentie van het Europese Hof sprake indien het vermoeden van indirect onderscheid kan worden weggenomen, omdat er een *gerechtvaardigd doel* nagestreefd wordt met middelen die *geschikt* en *noodzakelijk* zijn om dat doel te bereiken.

Gerechtvaardigd doel: een voldoende zwaarwegend doel dat niets te maken heeft met discriminatie.

Geschikt middel (of: passend middel): met het middel moet het beoogde doel bereikt kunnen worden.

Noodzakelijk: er mag geen ander middel voorhanden zijn dat ook geschikt of passend is, maar geen indirect onderscheid met zich brengt, dan wel minder indirect discriminerend is.

2.2 *De Commissie Gelijke Behandeling (CGB)*

De CGB is ingesteld bij de Awgb en toetst klachten over discriminatie aan de gelijke behandelingswetgeving (Awgb, Wgb, Wgb leeftijd etc.). Na de toetsing geeft de CGB een niet bindend oordeel. Een rechter zal in voorkomend geval het oordeel van de CGB doorgaans echter wel betrekken bij zijn uitspraak in een bepaalde zaak.

De CGB kan ook gevraagd worden advies te geven aan een natuurlijke persoon, rechtspersoon of publiekrechtelijk orgaan, die wil weten of met een voornemen of handeling onderscheid wordt gemaakt in strijd met de gelijke behandelingswetgeving. De CGB kan voorts op eigen initiatief onderzoeken of stelselmatig onderscheid wordt gemaakt in de openbare dienst of binnen een of meer sectoren van het maatschappelijk leven, en haar oordeel daarover geven.

Tot slot kan de CGB de rechter vragen een gedraging die in strijd is met de gelijke behandelingswetgeving onrechtmatig te verklaren of te verbieden.

Hoofdstuk 3: gelijke behandeling op grond van geslacht

3.1 Inleiding

De gelijke behandeling van mannen en vrouwen is in algemene zin geregeld in de Awgb. Daarnaast wordt er op twee plaatsen iets gezegd over gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. In de eerste plaats in de Wgb, en in de tweede plaats in artikel 646 van boek 7 BW. De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (verder: het Europese Hof) heeft een belangrijke rol gespeeld bij de totstandkoming van de gelijkberechtiging van mannen en vrouwen bij de arbeid, en dus ook bij de pensioenen. Bij de beschrijving van deze ontwikkeling moet onderscheid gemaakt worden tussen gelijke behandeling wat betreft de toetreding tot de pensioenregeling en gelijke behandeling wat betreft de inhoud van de pensioenregeling.

3.2 Toetreding tot de pensioenregeling: gelijke behandeling deeltijdwerkers

Sinds het midden van de jaren 70 van de vorige eeuw, tot 1995, werden de EU-landen geconfronteerd met een enorme stroom jurisprudentie van het Europese Hof over de betekenis van artikel 119 (thans 141) van het EG-Verdrag voor de aanvullende pensioenen. Bedoeld artikel bepaalt dat mannen en vrouwen gelijk beloond dienen te worden voor arbeid.

Uit de jurisprudentie valt in de eerste plaats op te maken dat pensioen geacht wordt tot de beloning voor arbeid te behoren. Dit betekent onder meer dat bij het toelaten tot een pensioenregeling geen onderscheid mag worden gemaakt tussen mannen en vrouwen, noch direct, noch indirect. In het verleden werden deeltijdwerkers vaak uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling, hetgeen volgens constante Europese rechtspraak indirecte discriminatie op grond van geslacht oplevert, omdat vrouwen er vaker door worden getroffen dan mannen, vanwege het feit dat vrouwen vaker in deeltijd werken. De arresten Vroege en Fischer⁷ brachten in 1994 duidelijkheid over de terugwerkende kracht waarmee deeltijders toetreding tot de regeling konden vorderen. Dat kon met terugwerkende kracht tot uiterlijk 8 april 1976.

Sinds 1994 is het verbod tot uitsluiting van deeltijdwerkers ook neergelegd in de Nederlandse wetgeving, en wel in artikel 2a van de PSW. Behalve over de toelating tot de regeling zegt de PSW ook iets over de opbouw van pensioenaanspraken van deeltijders (artikel 2a, lid 3). De aanspraken dienen te worden verleend naar evenredigheid van de aanspraken die zouden zijn verkregen bij een volledige arbeidstijd. De bepalingen in de huidige PSW zullen, in iets andere bewoordingen, maar inhoudelijk ongewijzigd worden overgenomen in de Pensioenwet.

3.2.1 Inhaalpensioen voor deeltijders

Het verbod tot uitsluiting van deeltijdwerkers is pas in 1994 neergelegd in de wet, maar geldt dus al vanaf 1976. Dit betekent dat werknemers die in het verleden waren uitgesloten van deelneming aan de pensioenregeling, nog pensioenopbouw over dit verleden – ook wel inhaalpensioen genoemd – konden claimen. Strikt genomen diende een dergelijke claim binnen 5 jaar na 1994 te worden ingediend, maar in 2000 deed de VB de aanbeveling aan haar leden om ook claims ingediend na 1999 in behandeling te nemen. Overigens is het aantal claims op inhaalpensioen heden ten dage nog zeer gering.

Bij toekenning van inhaalpensioen kon de werknemerspremie in rekening worden gebracht bij de gerechtigde. Desgewenst kon de werknemersbijdrage ook verrekend worden met de uitkering of konden de aanspraken naar evenredigheid verlaagd worden (hetgeen materieel op hetzelfde neerkomt).

⁷ Arresten van 28 september 1994, EG 57/93 en EG 129/93

De werkgeverspremie kon uiteraard in rekening worden gebracht bij de werkgever, maar wanneer deze niet meer bestond, kwam de werkgeverspremie voor rekening van het pensioenfonds. Deze aansprakelijkheid van de pensioenuitvoerder voor de betaling van de werkgeverspremie volgt rechtstreeks uit jurisprudentie van het Europese Hof.

3.3 *Gelijke behandeling van mannen en vrouwen wat betreft de inhoud van de pensioenregeling*

De eerder al genoemde jurisprudentie van het Europese Hof en het protocol bij het Verdrag van Maastricht leidden in 1997 tot inwerkingtreding van de 'Barber-richtlijn' (gebaseerd op de zaak 'Barber')⁸, welke feitelijk een aanpassing is van de Vierde Europese richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De Barber-richtlijn was van grote betekenis voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen waar het de inhoud van de pensioenregeling betreft. De richtlijn vormde ook de basis voor de wijziging van de Wgb in 1998. Zoals wel vaker het geval bij de implementatie van EG-richtlijnen in Nederlandse wetgeving, gaat de Wgb verder dan de Barber-richtlijn vereiste. De Barber-richtlijn sloot individuele en vrijwillige pensioenvoorzieningen uit van de gelijke behandelingsvoorschriften, de Wgb doet dat niet. Concreet betekent een en ander dat een defined benefitregeling - ongeacht of het een collectieve regeling, dan wel een vrijwillige voorziening of individuele polis betreft - moet voorzien in gelijke pensioenuitkeringen (artikel 12c, lid 1, Wgb).

Sinds 1 januari 2002 is in aanvulling daarop – en als (voorlopig) sluitstuk van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen - geregeld dat ook bij *uitruil* binnen defined benefitregelingen gelijke behandeling dient plaats te vinden. De uitruil van nabestaandenpensioen voor een hoger of eerder ingaand ouderdompensioen (ingevolge artikel 2b PSW), of een andere vorm van uitruil, zoals bijvoorbeeld actuariële vervroeging van het ouderdompensioen (artikel 2c PSW) dient derhalve voor mannen en vrouwen dezelfde uitkomsten te geven, en plaats te vinden op basis van collectieve actuariële gelijkwaardigheid, dat wil zeggen met toepassing van een seksenetrale ruilvoet. Hetzelfde geldt voor interne waardeoverdracht (artikel 32ba PSW). Bij externe waardeoverdracht mag de over te dragen waarde voor mannen en vrouwen daarentegen wel verschillend zijn.

Het recht op uitruil bestaat sinds 1 januari 2002, maar inmiddels is wettelijk geregeld dat ook pensioenaanspraken opgebouwd vóór 1 januari 2002 seksenutraal uitgeruild mogen worden. Hiermee wordt voorkomen dat pensioenuitvoerders die reeds vóór 1 januari 2002 collectieve actuariële gelijkwaardigheid kenden, onbedoeld worden gedwongen tot het aanbrengen van een knip tussen pensioenaanspraken opgebouwd voor en na 1 januari 2002.

Per 1 januari 2005 tenslotte zijn de gelijke behandelingsvoorschriften ook gaan gelden voor beschikbare premieregelingen (artikel 12c, lid 2, Wgb). De gelijke behandeling kan daar op twee manieren gerealiseerd worden, namelijk via een methode waarbij gegarandeerd wordt dat de uitkeringen voor mannen en vrouwen gelijk zijn (bijvoorbeeld door de hantering van seksenetrale tarieven), of door de werkgeversbijdrage zodanig vast te stellen dat de pensioenuitkeringen voor mannen en vrouwen naar verwachting te zijner tijd gelijk zullen zijn.

Sinds 1 januari 2005 moet ook bij de afkoop van kleine pensioenen gelijk behandeld moeten worden (artikel 32, lid 7 PSW). Dat kan ook hier door hantering van seksenetrale tarieven.

⁸ Richtlijn 96/97/EG, gebaseerd op het Barber-arrest van 17 mei 1990, 262/88, NJ 1992, 436, Jur. 1990, p. I-1889

3.4 Oordelen CGB over de zogenaamde kostwinnersfranchise

Op 30 maart 2004 deed de CGB uitspraak in een drietal zaken, waarin sprake was van een pensioenregeling waarin een franchise wordt gehanteerd, gebaseerd op een AOW-uitkering van 100%. De CGB duidt een dergelijke franchise aan als de kostwinnersfranchise. De zaken waren aangespannen door werknemers die allen deel uitmaken van een tweeverdienersrelatie. Zij stellen dat nu de pensioenen van tweeverdieners tweemaal worden verminderd met de kostwinnersfranchise, gebaseerd op een AOW-uitkering van 100%, terwijl zij bij 65 jaar twee maal een AOW-uitkering van slechts 50% ontvangen, dit ongelijke behandeling op grond van geslacht oplevert. De CGB heeft de werknemers in het gelijk gesteld. Door toepassing van de kostwinnersfranchise ontstaat een pensioenhiaat ten nadele van de werknemers, het zogenaamde tweeverdienersgat. Aangezien er significant meer werkende vrouwen dan werkende mannen deel uitmaken van tweeverdienersrelaties, krijgen vrouwen vaker dan mannen te maken met dit tweeverdienersgat. De CGB concludeert daarom dat sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. De CGB beveelt de pensioenfondsen aan om de pensioenregeling zodanig te herzien dat een pensioen kan worden opgebouwd dat aansluit bij het (laatstverdiende of gemiddelde) salaris, volgens de maatschappelijke norm van wat een goed pensioen is.

De oordelen van de CGB zijn niet bindend, maar de Commissie heeft de betrokken pensioenfondsen (twee ondernemingspensioenfondsen en een bedrijfstakpensioenfonds) verzocht om een reactie op de uitspraken. De fondsen hebben de CGB inmiddels laten weten geen aanleiding te zien tot aanpassing van hun regelingen. Daarnaast hebben VB en OPF in een gezamenlijke reactie aan de CGB en in een persbericht laten weten dat zij het fundamenteel oneens zijn met de oordelen en de onderliggende argumentatie.

Onderstaand de tekst van het persbericht.

VB en OPF: Uitspraak Commissie Gelijke Behandeling over hantering franchise wekt verbazing

Op 30 maart 2004 heeft de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) uitspraak gedaan over wat zij de 'kostwinnersfranchise' noemt in drie pensioenregelingen. De zaken waren aangespannen door werknemers die allen deel uitmaken van een tweeverdienersrelatie. Zij stellen dat het hanteren van de 'kostwinnersfranchise' resulteert in ongelijke behandeling op grond van geslacht. De CGB heeft de werknemers in het gelijk gesteld. De Vereniging van Bedrijfstakpensioenfondsen (VB) en de Stichting voor Ondernemingspensioenfondsen (OPF) zijn het met dit oordeel fundamenteel oneens en hebben ernstige kritiek op de uitspraken en argumentatie van de CGB.

Werkgevers en hun pensioenuitvoerders moeten volgens de gelijke behandelingswetgeving mannen en vrouwen voor hun arbeid gelijk belonen: een vrouwelijke werknemer met een bepaald salaris moet een zelfde pensioen krijgen als haar mannelijke collega met datzelfde salaris. De AOW valt echter niet onder het begrip beloning van het EU-verdrag. De CGB gaat hier volledig aan voorbij; door de commissie wordt zelfs de AOW van de partner in de vergelijking betrokken. Het gaat echter om een vergelijking van het totale pensioeninkomen van een alleenverdiener met dat van een tweeverdiener; en dat is volledig gelijk. Het pensioeninkomen van de al dan niet verdienende partner speelt in de vergelijking geen enkele rol. Overigens ontvangt een alleenstaande een aanvullend pensioen gelijk aan dat van een kostwinner of tweeverdiener, maar hij of zij krijgt wel een andere AOW.

Geen indirecte discriminatie van vrouwen

De CBG stelt dat er sprake is van indirecte discriminatie omdat vrouwen significant vaker dan mannen deel uitmaken van een tweeverdienerrelatie dan dat ze kostwinner zijn. Dat is echter niet relevant; het gaat er om of vrouwen vaker dan mannen onderdeel zijn van een tweeverdienerrelatie. Dat is niet het geval: tweeverdieners zijn nagenoeg even vaak vrouwen als mannen.

De CGB gaat in haar oordeel uit van fulltime tweeverdieners. De door CGB geconstateerde 'benadeling' is voor parttimers kleiner dan voor fulltimers, omdat de pensioenopbouw evenredig lager is. In de praktijk zijn met name de vrouwen binnen een tweeverdienerrelatie parttimer. De vermeende 'benadeling' zal zich dan ook in relatief grotere mate voordoen bij mannelijke tweeverdieners dan bij vrouwelijke deelnemers. Pensioenfondsen behandelen fulltimers en parttimers overigens gelijk.

Oplossing?

Het gebruik van een franchise leidt niet tot onderscheid tussen tweeverdieners en kostwinners. Het ongelijke gezinsinkomen wordt niet veroorzaakt door het aanvullende pensioen, maar door de AOW-systematiek.

De oplossing kan dan ook niet gevonden worden in het door pensioenfondsen ongedaan maken van verschillen in de AOW. Dat zou leiden tot ongelijke beloning van werknemers. Het doel van het hanteren van een franchise is ook niet om bij de opbouw van het aanvullende pensioen aan te sluiten bij de AOW-uitkering op 65-jarige leeftijd, zoals de CGB beweert. Het verlagen of zelfs afschaffen van de franchise zal ofwel leiden tot grote premiestijgingen of tot een grote verschuiving van de mogelijkheid tot pensioenopbouw over de verschillende salarissen.

Conclusie

Het advies van de CGB is niet voldoende zorgvuldig zodat VB en OPF, mocht het tot een gerechtelijke procedure komen, het oordeel van de rechter vol vertrouwen tegemoet zien.

Hoe nu verder ?

Naar aanleiding van de oordelen van de CGB is een VB/OPF-werkgroep in het leven geroepen, waarin ook vertegenwoordigers van de betrokken pensioenfondsen en hun advocaten participeren, alsmede Prof. Lutjens als adviseur van de koepels. De bedoeling is zo veel mogelijk gecoördineerd en gewapend met dezelfde informatie en argumenten te opereren bij vervolgpcedures. Dat is inmiddels ook aan de orde; door een van de klagsters is inmiddels een gerechtelijke procedure gestart. Het fonds wordt in deze procedure bijgestaan door Prof. Lutjens. De uitspraak van de rechter wordt in de loop van 2005 verwacht.

Uitspraak Kantonrechter over korting op nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil

De Commissie gelijke behandeling heeft al een aantal malen geoordeeld dat een korting op het nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil indirect discriminerend wegens geslacht is, omdat er meer vrouwen dan mannen door worden getroffen. Deze oordelen hebben echter de status van een niet bindend advies.

Op 24 maart 2004 heeft de Kantonrechter Maastricht⁹ echter uitspraak gedaan in een procedure aangespannen tegen een fonds, dat een gedifferentieerde kortingsregeling toepast, in die zin dat de korting vervalt als het huwelijk of de relatie meer dan 5 jaar heeft geduurd. Ondanks deze differentiatie acht de Kantonrechter de korting niet toelaatbaar, wegens indirect onderscheid op grond van geslacht, zoals neergelegd in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De rechter overweegt hierbij dat de kortingsbepaling, die wordt toegepast bij een leeftijdsverschil van 10 jaar of meer, in overwegende mate nadelig is voor vrouwelijke partners van deelnemers aan de pensioenregeling. Dit omdat mannelijke deelnemers vaker een 10 jaar jongere partner hebben dan vrouwelijke deelnemers.

Er is volgens de rechter geen sprake van een objectieve rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling. Het voorkomen van 'sterfbedhuwelijken' kan niet als rechtvaardiging gelden, omdat dergelijke huwelijken ook kunnen voorkomen bij deelnemers met een partner bij wie het leeftijdsverschil minder is dan 10 jaar. Ook het voorkomen van afwenteling van de meerkosten van een privé-keuze van de deelnemer op de collectiviteit wordt niet aanvaard als rechtvaardigingsgrond. Immers: niet duidelijk is waarom deze afwenteling wel aanvaardbaar is als het huwelijk langer dan 5 jaar heeft geduurd. Ook het beroep van het fonds op het stellen van grenzen aan de solidariteit en het behoud van een redelijke doorsneepremie kan in de ogen van de rechter geen genade vinden. Aan dit oordeel legde hij echter wel een onderzoek naar de feiten van dit geval ten grondslag; uit de cijfers van het betreffende fonds bleek bijvoorbeeld niet dat het afschaffen van de kortingsregeling zou leiden tot een relatieve premiestijging. De vordering van de nabestaande van de deelnemer – uitkering van ongekort nabestaandenpensioen – werd door de Kantonrechter toegekend voorzover het pensioen opgebouwd na 17 mei 1990 betreft. Dit in verband met de overgangsbepalingen van de Wet Gelijke Behandeling, die bepalen dat deze wet, wat betreft de opbouw van pensioenaanspraken terugwerkt tot genoemde datum, zijnde de datum van het eerder genoemde Barber-arrest.

Het pensioenfonds heeft inmiddels hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Kantonrechter.

Inmiddels is er ook een uitspraak over een leeftijdskortening op het nabestaandenpensioen in een andere zaak. Het betreft een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam van 16 juni 2004¹⁰. Ook in deze zaak doet het pensioenfonds ter rechtvaardiging van de kortingsbepaling een beroep op antiselectie – het tegengaan van sterfbedhuwelijken – en op de noodzakelijke begrenzing van de solidariteit. De rechter stelt vast dat de kortingsbepaling geschikt is om misbruik tegen te gaan, omdat het voordeel van degene die een stuk jonger is dan zijn partner, er mee wordt beperkt. Niet elke sterfbedconstructie wordt er mee voorkomen, maar dat is ook niet het doel van het pensioenfonds; het gaat het fonds om het *beperken* van het aantal sterfbedconstructies, en dat doel wordt met het middel (de kortingsbepaling) bereikt. De rechter overweegt hierbij dat de solidariteit voor het nabestaandenpensioen onder druk staat door verschillende maatschappelijke ontwikkelingen. Maatregelen ter voorkoming van het verder uitkleden van die solidariteit acht hij dan ook wenselijk. Door de kortingsmaatregel te beperken tot een leeftijdsverschil van meer dan tien jaar, heeft het pensioenfonds een evenwichtig en passend middel gevonden om sterfbedconstructies tegen te gaan en de wenselijke solidariteit te behouden. De rechter concludeert dat sprake is van objectieve rechtvaardigingsgronden voor het indirecte onderscheid tussen mannen en vrouwen dat met de kortingsbepaling wordt gemaakt.

Opmerkelijk is dat de rechter niet toetst of het passende middel ook noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. Met andere woorden: de vraag naar de aanwezigheid van (minder schadelijke) alternatieven – in de oordelen van de CGB vaak cruciaal – wordt niet gesteld.

⁹ Rechtbank Maastricht, vonnis van de kantonrechter d.d. 24 maart 2004, zaaknr. 139353 CV EXPL 03-3776

¹⁰ Rechtbank Amsterdam, vonnis van de kantonrechter d.d. 16 juni 2004, zaaknr. CV03-6422, PJ oktober 2004

Wat ook opvalt is dat naast de specifieke omstandigheden van het geval ook de presentatie van de feiten van belang lijkt te zijn voor de uitkomst van de beoordeling door de rechter. In de hierboven beschreven zaak lijkt bijvoorbeeld het feit dat het fonds zich ten doel stelde sterfbedconstructies te *beperken* in plaats van te voorkomen, van doorslaggevende betekenis voor de constatering door de rechter dat een passend middel is gebruikt.

Hoofdstuk 4: gelijke behandeling op grond van burgerlijke staat

4.1 Nabestaandenpensioen

Het beginsel van gelijke behandeling ongeacht de burgerlijke staat is opgenomen in de Awgb. Bijzonder genoeg bevat deze wet een uitzondering op het verbod op onderscheid op grond van burgerlijke staat bij arbeidsvoorwaarden, wanneer het nabestaandenpensioenvoorzieningen betreft (artikel 5, lid 6). Concreet betekent dit dat met betrekking tot het nabestaandenpensioen onderscheid mag worden gemaakt tussen gehuwden en geregistreerd samenwonenden¹¹ enerzijds, en ongeregistreerd samenwonenden anderzijds. Gehuwden en geregistreerd samenwonenden dienen dus wel gelijk behandeld te worden; de PSW stelt in artikel 1, lid 2 het geregistreerd partnerschap gelijk aan het huwelijk, hetgeen betekent dat wanneer een nabestaandenpensioen wordt toegezegd aan gehuwden, deze toezegging ook geldt voor geregistreerd samenwonenden. Dat geldt echter niet ten aanzien van ongeregistreerd samenwonenden; zij kunnen buiten de nabestaandenvoorziening gehouden worden, of er kunnen voor hen andere voorwaarden gelden voor toelating tot deze voorziening. Hierbij kan gedacht worden aan overlegging van een samenlevingsovereenkomst en/of een bewijs van inschrijving op hetzelfde adres.

Ook de bepaling in de PSW die voorziet in het bij echtscheiding toekennen van aanspraken op een bijzonder nabestaandenpensioen (artikel 8a) geldt wel bij het einde van een geregistreerd partnerschap, maar niet bij het einde van een niet-geregistreerde samenwoning. Dit wordt overigens anders als, hoogstwaarschijnlijk per 1 januari 2006, de Pensioenwet (PW) in werking treedt. De PW bepaalt namelijk dat wanneer een pensioenregeling een nabestaandenpensioen voor niet-geregistreerd samenwonenden kent, ook bij beëindiging van een dergelijke samenwoning een bijzonder nabestaandenpensioen moet worden toegekend. Dat roept voor de uitvoering wel de vraag op hoe de melding van die beëindiging effectief kan worden geregeld, aangezien een en ander, anders dan bij een huwelijk, nergens wordt vastgelegd.

4.2 Uitrust nabestaandenpensioen

Sinds 1 januari 2002 hebben werknemers het recht op een keuze tussen een ouderdomspensioen én een nabestaandenpensioen, of alleen een hoger of eerder ingaand ouderdomspensioen, waarbij het nabestaandenpensioen wordt ingeruild (artikel 2b PSW). De introductie van deze uitrustmogelijkheid werd ingegeven door het beginsel van gelijke behandeling ongeacht burgerlijke staat. Het werd maatschappelijk niet langer passend gevonden om deelnemers zonder partner mee te laten betalen aan een voorziening voor 'gepartnerden', namelijk het nabestaandenpensioen. Bij de uitwerking van de uitrustmogelijkheid in wetgeving speelde echter de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, zoals voorgeschreven door 'Europa' een steeds prominenter rol. Uiteindelijk is de wet waarin het keuzerecht wordt geregeld ook het sluitstuk geworden van de Nederlandse regelgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen (zie hoofdstuk 3).

De fondsen die een nabestaandenpensioen op basis van opbouw handhaafden, en uitrust mogelijk maakten, gingen over op het onbepaalde partnersysteem. Er wordt gereserveerd voor partnerpensioen op basis van huwelijks-/partnerfrequenties, terwijl op het moment van overlijden van de deelnemer pas wordt onderzocht of deze al dan niet een pensioengerechtigde partner achterlaat.

¹¹ Sinds 1 januari 1998 kunnen 2 personen van hetzelfde of verschillend geslacht een geregistreerd partnerschap aangaan. Met het geregistreerd partnerschap wordt in de meeste opzichten een met het huwelijk vergelijkbare status gerealiseerd.

Een groot aantal pensioenfondsen maakte, onder invloed van 'artikel 2b PSW' en het pensioenconvenant, dat pensioenuitvoerders dwong tot flexibilering én versoering van pensioenregelingen, de overstap van nabestaandenpensioen in opbouw naar nabestaandenpensioen op risicobasis. Een dergelijk nabestaandenpensioen valt buiten de voorschriften omtrent uitruil; er wordt immers geen kapitaal opgebouwd, dus er valt ook niets uit te ruilen. Vaak wordt het risico-nabestaandenpensioen gecombineerd met de mogelijkheid om op de pensioengerechtigde leeftijd een deel van het opgebouwde ouderdomspensioen aan te wenden voor de inkoop van een nabestaandenpensioen. Naar aanleiding van een toezegging aan de Tweede Kamer door de minister van SZW, zal in de PW waarschijnlijk een recht op omgekeerde uitruil opgenomen worden. Dit houdt in dat de deelnemer de mogelijkheid krijgt een deel van het ouderdomspensioen in te leveren voor de inkoop van nabestaandenpensioen na pensionering. Dat geldt alleen voor regelingen waarin een nabestaandenpensioen op risicobasis is opgenomen. Het betekent dus niet de introductie van een wettelijk verplicht nabestaandenpensioen.

Hoofdstuk 5: Gelijke behandeling op grond van leeftijd

5.1 *Inleiding*

Op 1 mei 2004 is de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl) in werking getreden. Met deze wet geeft Nederland invulling aan de kaderrichtlijn 2000/78/EG, die reeds op 2 december 2000 in werking is getreden. Het doel van deze richtlijn is om een algemeen kader te geven voor de bestrijding van discriminatie op grond van onder meer leeftijd met betrekking tot arbeid en beroep.

De Wgbl verbiedt iedere vorm van onderscheid op grond van leeftijd bij arbeid, tenzij sprake is van een wettelijke uitzonderingsgrond of van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Bepalingen met leeftijdsgrenzen in CAO's of pensioenreglementen, die in strijd zijn met de Wgbl, zijn sinds 1 mei 2004 nietig. Dat betekent dat die bepalingen geacht worden niet gegolden te hebben.

5.2 *Wettelijke uitzonderingsgronden*

De Wgbl bevat een aantal wettelijke uitzonderingen op het verbod op leeftijdsonderscheid. Daarvan zijn de hiernavolgende van belang voor pensioenen. Het verbod tot het maken van onderscheid naar leeftijd is niet van toepassing op:

- Onderscheid dat gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voorzover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens de wet (artikel 7, lid 1, onder a Wgbl).

Dit betekent bijvoorbeeld dat de facilitering van overgangsmatregelen (ten behoeve van 55+ers) in de fiscale wetgeving rondom VUT en prepensioen (VPL) zijn toegestaan. Het is nog maar de vraag of het ook sociale partners is toegestaan in pensioenregelingen leeftijdgerelateerde overgangsmatregelen op te nemen. Het is niet aannemelijk dat een beroep op de fiscale wetgeving (die ruimte biedt voor een leeftijdgerelateerde overgangsmatregel), voldoende is om het onderscheid tussen 55-ers en 55+ers te rechtvaardigen, alle gerechtvaardigde verwachtingen van oudere werknemers ten spijt. Wel aannemelijk is dat een gedifferentieerde overgangsmatregel met een glijdende schaal, iets meer kans van slagen heeft, dan een maatregel waarin 'de bijl' in een keer valt.

- Ontslag in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd (65 jaar) of een hogere leeftijd (artikel 7, lid 1, onder b Wgbl).
- In pensioenregelingen vastgelegde toetredingsleeftijden (artikel 8, lid 2 Wgbl). Zie hierna (paragraaf 5.5).
- In pensioenregelingen vastgelegde pensioengerechtigde leeftijden (artikel 8, lid 2 Wgbl).
- De vaststelling van verschillende toetredings- en pensioengerechtigde leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën van werknemers (artikel 8, lid 2 Wgbl).

Let wel: deze uitzondering betekent niet dat voor mannen en vrouwen verschillende toetredings- of pensioengerechtigde leeftijden voorgeschreven kunnen worden, dat zou immers ongelijke behandeling van mannen en vrouwen tot gevolg hebben.

- Actuariële berekeningen bij pensioenregelingen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden (artikel 8, lid 3 Wgbl).

Dit betekent bijvoorbeeld dat leeftijdsafhankelijke staffels in beschikbare premieregelingen toegestaan zijn, mits het verschil in premie voortvloeit uit actuariële berekeningen.

Naast deze specifieke uitzonderingsgronden vermeldt artikel 7, lid 1, onder c een algemene uitzondering op het gebod tot gelijke behandeling. Het maken van onderscheid is toegestaan wanneer het objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (zie ook paragraaf 2.1). Dat geldt zowel voor direct als voor indirect onderscheid. Anders dan bij andere

vormen van ongelijke behandeling, bestaat ook bij *direct* onderscheid op grond van leeftijd, de mogelijkheid dat onderscheid te rechtvaardigen.

5.3 Pensioenontslag

Uit paragraaf 5.2 blijkt dat ontslag in verband met pensioen (pensioenontslag) in beginsel slechts is toegestaan bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere leeftijd.

Ontslag in verband met een vroegere pensioengerechtigde leeftijd dan 65 (verder: richtleeftijd) is alleen toegestaan als er een objectieve rechtvaardigingsgrond als bedoeld in artikel 7, lid 1, onder c (zie hiervoor) aan te voeren valt. Is die grond er niet dan kan de arbeidsovereenkomst in beginsel alleen worden beëindigd wanneer de werknemer daarmee instemt. Op dit moment komt in veel CAO's echter nog de bepaling voor dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege (dus zonder uitdrukkelijke instemming van de werknemer) eindigt op het moment dat de richtleeftijd wordt bereikt. Met het oog hierop is in de Wgbl een overgangsbepaling opgenomen, die sociale partners en individuele werkgevers tot 2 december 2006 de tijd geeft om (individuele en collectieve) arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen aan te passen aan de wet (artikel 16). Concreet betekent dit dat bepalingen in arbeidsovereenkomsten en pensioenregelingen waarin aan het bereiken van de richtleeftijd verplicht ontslag voor de werknemer is gekoppeld, na 2 december 2006 verdwenen moeten zijn. Tot die tijd kan een werkgever een werknemer vóór zijn 65^{ste} dwingen met pensioen én uit dienst te gaan. Een lagere ontslagleeftijd dan 65 jaar hoeft in deze periode dus nog niet objectief gerechtvaardigd te worden.

Deze overgangsmaatregel geldt uiteraard alleen voor bepalingen in CAO's en pensioenregelingen die reeds voor de inwerkingtreding van de wet bestonden.

5.4 Objectieve rechtvaardiging voor pensioenontslag ?

Ontslag wegens pensionering vóór het 65^{ste} jaar kan zoals gezegd alleen wanneer er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond (tenzij de werknemer instemt met het pensioenontslag, dan is er uiteraard geen enkel probleem). Zo is in de jurisprudentie bijvoorbeeld eerder ontslag van piloten geaccepteerd, met name met een beroep op het bevorderen van doorstroming. Maar bij 'normale' beroepen wordt het doorstromingsargument niet als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd, net zo min als bijvoorbeeld het afnemen van de werkmotivatie van ouderen. Ook een vaste leeftijdsgrens (onder 65 jaar) bij functioneel leeftijdsontslag zal vrijwel nooit objectief gerechtvaardigd zijn. De reden hiervoor is dat veelal niet kan worden aangetoond dat een dergelijke leeftijdsgrens voor iedere individuele werknemer noodzakelijk is uit een oogpunt van gezondheid en veiligheid.

De conclusie is derhalve dat niet snel sprake zal zijn van een rechtvaardigingsgrond voor een ontslag wegens pensionering vóór 65 jaar. Is die er inderdaad niet, dan kan in de praktijk de situatie ontstaan dat een deelnemer die met vroegpensioen gaat, inkomen uit arbeid geniet en daarnaast een pensioenuitkering. Immers: de werkgever mag de werknemer op grond van de Wgbl niet ontslaan, en de pensioenuitvoerder is gehouden het pensioen uit te gaan betalen wegens het bereiken van de tussen sociale partners afgesproken richtleeftijd. Wanneer deze situatie – om welke reden dan ook – onwenselijk wordt geacht, is het zaak een duidelijk en voor de werknemer kenbaar verband te leggen tussen pensioen en ontslag. Dat kan door in het pensioenreglement te bepalen dat het pensioen niet eerder ingaat dan nadat de arbeidsovereenkomst is beëindigd.

Overigens bestaan er zowel civiel- als fiscaalrechtelijk geen bezwaren tegen het doorwerken van de werknemer na het ingaan van het pensioen wegens het bereiken van de richtleeftijd. Fiscaal gezien is ook de pensioenregeling van de werknemer die

doorwerkt na pensionering op de richtleeftijd een inkomensvoorziening in de zin van artikel 18 van de Wet op de loonbelasting 1964.

5.4 Gemitigeerde eindloonregelingen

Mitigering van een eindloonregeling via een middeling van de laatste pensioengrondslagen of via knipregelingen, gaat vaak gepaard met een onderscheid naar leeftijd. Vanaf een bepaalde leeftijd tellen salarisverhogingen niet of slechts in beperkte mate mee voor de berekening van het pensioen. Dit onderscheid valt niet onder de uitzondering in artikel 8, lid 3 van de wet, waarin wordt bepaald dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen, waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. De vraag is dan of het onderscheid objectief te rechtvaardigen valt. Daarvoor is vereist dat er sprake is van een legitiem doel en passende en noodzakelijke middelen om dit doel te bereiken. Het doel van mitigering is het beperken van pensioenkosten en het voorkomen van pensioenpromotie. Hiermee wordt tevens een onevenredig beroep op de solidariteit tegengegaan. De kans is groot dat de rechter in voorkomend geval zal oordelen dat hantering van het criterium leeftijd bij mitigering van eindloonregelingen geen noodzakelijk middel is om het doel te bereiken. Het doel kan namelijk ook bereikt worden door in plaats van aan te sluiten bij een bepaalde leeftijd, aan te sluiten bij een bepaald niveau van salarisstijgingen. Bijvoorbeeld door in de pensioenregeling op te nemen dat salarisstijgingen die meer dan x% boven de jaarlijkse CAO-stijging uitkomen niet meetellen voor de berekening van het pensioen. Afhankelijk van de hoogte van het gekozen maximale percentage van stijging bestaat uiteraard de kans dat (onbedoeld) ook jongere deelnemers worden getroffen door een dergelijke maatregel. In hoeverre de rechter zich daar iets aan gelegen zal laten liggen, valt moeilijk te voorspellen. Een interessante kwestie is ook of de rechter onderscheid zal maken tussen pensioenregelingen die gelden voor één onderneming, en bedrijfstakpensioenregelingen. In die laatste regelingen wordt een doorsneepremie gehanteerd en is het van belang dat pensioenpromoties niet (geheel) voor rekening van de collectiviteit komen en te zwaar drukken op de solidariteit. Dit solidariteitsaspect kan naar onze mening doorslaggevend zijn bij het al dan niet concluderen tot aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

Inmiddels heeft de CGB al wel een (niet bindend) oordeel gegeven over een gemitigeerde eindloonregeling waarin salarisverhogingen vanaf de leeftijd van 57 jaar niet meetelden voor de pensioengrondslag¹². Deze regeling werd – op verzoek van de werkgever – door de CGB getoetst aan de op 1 mei jl. in werking getreden Wet Gelijke Behandeling op grond van leeftijd (WGB leeftijd).

De werkgever wilde met de genoemde vorm van mitigering de pensioenlasten beheersbaar en betaalbaar houden. Bovendien voerde hij aan dat de mitigering in de praktijk zelden toegepast wordt, omdat iemand van 57 jaar of ouder nog slechts bij uitzondering een carrieresprong maakt. Dit laatste argument wordt door de CGB tegen de werkgever gebruikt; als een carrieresprong op latere leeftijd nauwelijks voorkomt, is de getroffen maatregel dus ook niet noodzakelijk om de pensioenlasten te beheersen. Bovendien is er een alternatief voorhanden om een stijging van de pensioenlasten te voorkomen, bijvoorbeeld door voor alle deelnemers slechts een bepaald percentage van de salarisverhoging mee te nemen in de pensioenopbouw. De CGB oordeelt daarom dat sprake is van verboden onderscheid op grond van leeftijd.

In een recenter oordeel¹³ oordeelt de CGB opnieuw dat in een eindloonregeling waarbij salarisverhogingen vanaf een bepaalde leeftijd niet of slechts in beperkte mate meetellen voor de berekening van het pensioen, er een direct onderscheid wordt gemaakt, in strijd met de WGBI. Daarnaast werd ook een oordeel gegeven over een eindloonregeling waarbij vanaf een bepaalde leeftijd van een eindloonsysteem wordt overgegaan op een

¹² CGB, 2004-46, 4 mei 2004,

¹³ CGB, 2004-122, 28 september 2004

geïndexeerd middelloonsysteem. Ook in deze regeling wordt een direct onderscheid op grond van leeftijd gemaakt, vindt de CGB.

In beide regelingen is het doel van de mitigering tweeledig, te weten het voorkomen van onnodig hoge pensioenlasten en het voorkomen van pensioenpromotie. De CGB acht beide doelen *legitiem*, aangezien ze beide zwaarwegend zijn, een wezenlijk belang van de pensioenverzekeraar dienen, en bovendien beantwoorden aan de werkelijke behoefte van een organisatie. De toegepaste middelen zijn bovendien *passend* om de doelen te bereiken. Ze zijn echter niet *noodzakelijk*. De CGB overweegt hierbij dat de pensioenverzekeraar er niet in is geslaagd aan te tonen dat een alternatieve pensioenregeling, waarbij de maximum hoogte van de pensioengrondslag wordt gekoppeld aan een bepaalde functie(groep), bezwaarlijk zou zijn. Met andere woorden: er is een alternatief waarmee de doelstellingen ook kunnen worden verwezenlijkt, zonder onderscheid op grond van leeftijd te hoeven maken.

Uit deze oordelen blijkt dat het de taak is van degene die een onderscheid op grond van leeftijd maakt, om de mogelijke alternatieven te onderzoeken, en zo mogelijk gemotiveerd aan te tonen waarom met die alternatieven de doelen niet kunnen worden bereikt.

Overigens wacht de wetgever ook nog een taak. Het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 bepaalt in artikel 10b, lid 1, dat in geval van eindloonregelingen gedurende de vijf jaren voorafgaande aan de in de pensioenregeling vastgestelde pensioendatum, loonstijgingen tot ten hoogste 2% boven de gemiddelde loonindex voor de CAO-lonen per maand in aanmerking komen als loonbestanddelen waarover pensioen wordt opgebouwd. Hier wordt door de overheid een onderscheid naar leeftijd gemaakt, dat zich niet goed verdraagt met de WGBl. Bij de behandeling van de Wet VPL in de Eerste Kamer is gesuggereerd dat fiscale maatregelen niet onder de reikwijdte van de WGBl vallen¹⁴. De Richtlijn 200/78/EG bepaalt echter in artikel 16 dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om er voor te zorgen dat alle wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijn, afgeschaft worden. Dat geldt dus ook voor het genoemde artikel in het Uitvoeringsbesluit.

5.5 Toetredingsleeftijden

Toetredingsleeftijden in pensioenregelingen vormen geen verboden onderscheid naar leeftijd (artikel 8, lid 2). Dat geldt ook voor de toetredingsleeftijden in prepensioenregelingen. De bepaling dat de opbouw van een prepensioen aanvangt op een leeftijd gelegen 10 jaar voor de prepensioendatum is in feite een toetredingsleeftijd, die derhalve is toegestaan. Dit neemt niet weg dat er ook maatschappelijke opvattingen bestaan over de (on)wenselijkheid van (hoge) toetredingsleeftijden. Dat leidt er toe dat in de PW, die op 1 januari 2006 in werking moet treden, waarschijnlijk alleen een toetredingsleeftijd zal worden toegestaan wanneer deze niet hoger is dan 18 jaar.

5.6 Franchise

Een hoge franchise kan voor (vaak laagbetaalde) jongeren de pensioenopbouw belemmeren. De kans bestaat dat een rechter zal oordelen dat een hoge franchise een (indirect) leeftijdsonderscheid oplevert, waarvoor geen objectieve rechtvaardigingsgrond als bedoeld in de Wgbl kan worden aangewezen. Er is immers een alternatief beschikbaar, namelijk een lage franchise, hoewel dat uiteraard wel een herschikking van de pensioenmiddelen vergt. Ondanks het feit dat de Regering in de kamerstukken de franchise niet als knelpunt aanmerkt, is er, ook om andere redenen, wel aanleiding na te denken over de toekomst van een hoge franchise.

¹⁴ Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29760 D, pag. 11

5.7 Beschikbare premiereregelingen

Als in een beschikbare premiereregeling de beschikbare premie oploopt bij het toenemen van de leeftijd (cohortsgewijs), dan is dat alleen toegestaan als daarmee voor alle leeftijdscategorieën eenzelfde pensioen wordt bereikt. Het verschil in premie valt in dat geval terug te voeren op actuariële berekeningen die vallen onder de eerdergenoemde uitzondering van artikel 8, lid 3 (zie ook hiervoor in paragraaf 5.2).

De vraag is, hoe geoordeeld moet worden over de eigen bijdrage van de werknemer aan de premie voor een beschikbare premiereregeling. Op 17 mei 2004 sprak de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) een oordeel uit in een tweetal zaken, die waren voorgelegd door verzekeraars, ter toetsing aan de Wgbl¹⁵. Het betrof beschikbare premiereregelingen, waarin de eigen bijdrage van de deelnemer is vastgesteld als een percentage van de naar leeftijd gedifferentieerde beschikbare premie als genoemd in het zogenoemde Staffelbesluit van Financien. Op basis van dit Staffelbesluit stijgt de beschikbare premie naarmate de werknemer ouder wordt. Deze differentiatie in de werkgeversbijdrage is terug te voeren op actuariële berekeningen, en is om die reden wettelijk toegestaan, zo meent ook de CGB.

Het vaststellen van een eigen bijdrage van de werknemer, die verschilt per leeftijdscategorie valt volgens de CGB echter niet onder de wettelijke uitzonderingsbepaling in artikel 8, lid 3, en leidt tot ongelijke behandeling van werknemers die hetzelfde verdienen, maar in leeftijd verschillen. De oudere werknemer houdt meer van zijn salaris over dan de jongere werknemer. Voor dit onderscheid valt volgens de CGB geen objectieve rechtvaardigingsgrond aan te wijzen, omdat een werknemersbijdrage waarbij geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt ook tot de mogelijkheden behoort. Met andere woorden; er was een alternatief voorhanden dat niet geleid zou hebben tot ongelijke behandeling. Een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage bij een beschikbare premiereregeling is derhalve in strijd met de WGB leeftijd, aldus de CGB. Dit oordeel heeft in de pensioenwereld veel commotie veroorzaakt, hetgeen heeft geleid tot een interventie van de wetgever (zie hierna onder paragraaf 5.8). De CGB overweegt in aanvulling op de overwegingen met betrekking tot de verplichte basisregeling nadrukkelijk dat het oordeel ook geldt voor vrijwillige voorzieningen die de werkgever als aanvullende pensioenvoorziening aanbiedt aan zijn werknemers.

Op dit laatste is de CGB inmiddels teruggekomen. In oordeel 2004-174¹⁶ laat zij zich uit over een vrijwillige beschikbare premiereregeling, ter aanvulling op een verplicht gestelde pensioenregeling, waarbij werknemers de mogelijkheid wordt geboden de premie aan te vullen tot 100% van de fiscaal maximale staffel. In deze regeling is het doel van de leeftijdsafhankelijke premie om te voorkomen dat de mogelijkheden om bij te sparen afnemen naarmate de werknemer ouder wordt. Indien bij de vrijwillige regeling leeftijdsonafhankelijke tarieven zouden worden gehanteerd, is het niet reëel te veronderstellen dat een jonge werknemer bereid zou zijn vrijwillig een bijspaarpremie te betalen, die vele malen hoger ligt dan de premie die nodig zou zijn om dezelfde voorziening in de lijfrentesfeer in te kopen.

5.8 Brief van de STAR aan SZW over de Wgbl

Op 13 augustus 2004 heeft de STAR een brief geschreven aan het Ministerie van SZW over de gevolgen van de WGBI voor pensioenregelingen¹⁷. In deze brief wordt een aantal vragen aan het ministerie voorgelegd, met de bedoeling een bijdrage te verkrijgen aan een duidelijker interpretatie van de wetgeving en aan de vorming van jurisprudentie. Aanleiding voor deze brief vormde de constatering vanuit de praktijk dat de wet zeer

¹⁵ CGB, 2004-51 en 2004-52, 17 mei 2004

¹⁶ CGB, 2004-174, .. december 2004

¹⁷ www.stvda.nl, pens./1783 en pens./1784

aanzienlijke, en vermoedelijk niet altijd voorziene, gevolgen heeft voor aanvullende pensioenregelingen, en met name voor beschikbare premiereregelingen.

De STAR bepleit voorts een wettelijke uitzondering voor leeftijdsgrenzen in overgangsmaatregelen, zoals die ten behoeve van 55+ers in het kader van VPL (zie eerder).

De STAR vraagt in de brief bovendien nadrukkelijk aandacht voor het feit dat de non-discriminatiegrond 'leeftijd' wezenlijk verschilt van de andere non-discriminatiegronden, zoals deze worden genoemd in de Awgb.

In de beantwoording¹⁸ benadrukt SZW dat het aan de rechter is om te oordelen of een pensioenregeling of een element daaruit in strijd is met de WGBI. SZW wijst er voorts op dat het leeftijdscriterium in overgangsbepalingen een absoluut karakter heeft, vergelijkbaar met ras of geslacht. Diegenen die op het moment van invoering van een nieuwe regeling een bepaalde leeftijd hebben bereikt, kunnen een beroep doen op een overgangsmaatregel, degenen die deze leeftijd later bereiken kunnen dat niet. De wetgever ziet dan ook geen aanleiding om voor leeftijdsgrenzen in overgangsrecht een wettelijke uitzondering op het verbod van discriminatie op te nemen. Ook overigens ziet SZW – afgezien van aanpassing van het eerdergenoemde Uitvoeringsbesluit 1965 – geen aanleiding om de wetgeving, en in het bijzonder de WGBI, aan te passen.

In een brief aan de Tweede Kamer van 21 april 2005 heeft de minister van SZW meer duidelijkheid verschaft over de WGBI en beschikbare premiereregelingen. De minister geeft in deze brief aan dat de wetgever beoogd heeft de werknemersbijdragen aan een beschikbare premiereregeling onder de uitzondering van artikel 8, derde lid van de WGBI te laten vallen. In dit artikel staat dat het verbod op onderscheid niet van toepassing is op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. De minister redeneert dat het niet logisch is dat het gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen geen discriminatie oplevert, maar het gevolg van deze actuariële berekeningen, namelijk verschillende werknemersbijdragen, wel. Kortom: een leeftijdafhankelijke werknemersbijdrage aan een beschikbare premiereregeling is toegestaan, omdat het onder de uitzonderingsgrond van artikel 8, derde lid van de WGBI valt. Hiermee worden de oordelen van de CGB, waarin leeftijdafhankelijke werknemersbijdragen als strijdig met de wet worden aangemerkt, door de minister in een klap van tafel geveegd.

De minister erkent in zijn brief dat de toelichting bij de wet op dit punt duidelijker had gekund. Er is echter geen aanleiding om tot wetswijziging over te gaan; een toelichting kan niet aangepast worden, en de wettekst is correct en in overeenstemming met de richtlijn waarop de wet is gebaseerd.

¹⁸ brief SZW d.d. 28 september 2004, kenmerk AV/PB/04/58372

Hoofdstuk 6: Gelijke behandeling op grond van arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd

Op 22 november 2002 trad in werking de 'Wet tot uitvoering van de richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd'. Bij deze wet is artikel 649 aan het Burgerlijk Wetboek (BW) toegevoegd, dat bepaalt dat een werkgever in de arbeidsvoorwaarden geen onderscheid mag maken tussen werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

Over de betekenis van dit gebod tot gelijke behandeling voor aanvullende pensioenregelingen bestaat nog geen volledige duidelijkheid. Zijn wacht- en drempeltijden in de pensioenregeling (die in de praktijk vooral tijdelijke arbeidskrachten treffen) nog toegestaan? Mag er nog een toetredingsleeftijd gehanteerd worden, er van uitgaande dat hoe hoger de toetredingsleeftijd is, hoe minder tijdelijke arbeidskrachten de gelegenheid krijgen pensioen op te bouwen? En: strekt afkoop van pensioen bij deelname korter dan een jaar niet voornamelijk tot nadeel van tijdelijke arbeidskrachten?

De genoemde voorbeelden betreffen alle vormen van indirect onderscheid. Dit betekent dat de bedoelde beperkingen alleen kunnen worden gehandhaafd, wanneer er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor kan worden aangewezen. Helaas is hierover geen richtinggevende jurisprudentie voorhanden. In de literatuur wordt wel aangenomen dat er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond wanneer beperkingen als drempel- en wachttijden noodzakelijk zijn om de administratieve lasten voor de pensioenuitvoerder enigszins in redelijke verhouding te doen staan tot de 'opbrengst' voor de deelnemer, wanneer de beperking niet gegolden zou hebben (proportionaliteit).

Dat zal met name het geval zijn als de tijdelijke arbeidsovereenkomst van zeer korte duur is (bijvoorbeeld vakantiewerk), en deelname in de pensioenregeling gedurende deze korte tijd grote administratieve lasten met zich brengt voor pensioenuitvoerder en werkgever, die in geen verhouding staan tot de 'opbrengst' in termen van pensioenopbouw. Leiden wacht- en drempeltijden, afkoopbepalingen en toetredingsleeftijden er toe dat ook andere tijdelijke arbeidskrachten dan vakantiewerkers buiten de regeling worden gehouden, dan kan niet worden uitgesloten dat dit ongelijke behandeling in de zin van artikel 649 BW oplevert.

In de PW (voorzover nu bekend) wordt op een aantal punten rekening gehouden met het risico van discriminatie van tijdelijke arbeidskrachten. Zo mag in pensioenregelingen geen hogere pensioenleeftijd dan 18 jaar worden gehanteerd, en komt de mogelijkheid tot afkoop bij deelneming korter dan een jaar te vervallen. Deze wordt vervangen door de mogelijkheid om binnen twee jaar na beëindiging van de deelneming een opgebouwde aanspraak af te kopen wanneer deze minder bedraagt dan 400 Euro op jaarbasis.

Hoofdstuk 7: Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/chz)

7.1 Inleiding

Op 1 december 2003 is de Wgbh/chz in werking getreden¹⁹. Deze wet verbiedt direct onderscheid tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte. Ook indirect onderscheid is verboden, tenzij een beroep kan worden gedaan op een objectieve rechtvaardigingsgrond.

De wet is mede van toepassing op pensioenen; artikel 4, onder e van de wet bepaalt dat onderscheid is verboden bij de arbeidsvoorwaarden, waaronder begrepen pensioen.

7.2 Premievrijstelling, aanvullend arbeidsongeschiktheidspensioen etc.

Gesteld zou kunnen worden dat een bepaling in een pensioenreglement waarin wordt bepaald dat slechts recht bestaat op premievrijstelling (of andere voorzieningen bij arbeidsongeschiktheid, zoals een aanvullend arbeidsongeschiktheidspensioen), wanneer sprake is van een ziekte ontstaan tijdens de deelneming, discriminatie van chronisch zieken oplevert. Zo'n bepaling betekent immers dat de chronisch zieke die al gedeeltelijk arbeidsongeschikt was bij aanvang deelneming, anders dan andere arbeidsongeschikten, geen aanspraak kan maken op premievrijstelling e.d. Voor dit onderscheid lijkt geen objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig te zijn, of het zou een beroep op het beginsel dat brandende huizen niet verzekerd hoeven worden moeten zijn. De VB adviseert niettemin te overwegen dergelijke bepalingen af te schaffen. Daarmee zou tevens een einde komen aan in de praktijk nog al eens voorkomende 'tussen wal en schip'-situaties ten nadele van de arbeidsongeschikte. Een voorbeeld daarvan is de situatie dat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte met premievrijstelling bij pensioenfonds A, met benutting van zijn restcapaciteit gaat werken bij een werkgever die is aangesloten bij pensioenfonds B. De arbeidsongeschikte wordt na enige tijd volledig arbeidsongeschikt verklaard. Pensioenfonds B verleent geen premievrijstelling, omdat niet is voldaan aan de voorwaarde in de regeling dat de arbeidsongeschiktheid moet zijn ontstaan tijdens de deelneming bij dit fonds. Pensioenfonds A breidt de premievrijstelling niet uit, omdat de regeling van dit fonds bepaalt dat de consequenties van wijzigingen in het arbeidsongeschiktheidspercentage voor rekening van komen van het fonds waar betrokkene premie betaalt/voor betrokkene premie wordt betaald.

7.3 Nabestaandenpensioen

Sommige pensioenregelingen kennen een bepaling die het recht op nabestaandenpensioen uitsluit indien de deelnemer binnen een jaar na aanvang van het huwelijk overlijdt, en dit overlijden was te verwachten, gezien de gezondheidstoestand van de deelnemer bij aanvang huwelijk. Dit zou in strijd met de Wgbh/chz kunnen zijn, wanneer de deelnemer een chronisch zieke of gehandicapte was. De vraag is of hier ter rechtvaardiging een beroep kan worden gedaan op het eerder al genoemde beginsel dat brandende huizen niet verzekerd hoeven te worden, dan wel op het anti-selectierisico. Op dit moment beschikken we niet over richtinggevende jurisprudentie of literatuur op dit punt.

7.4 Vrijwillige voortzetting

Sommige pensioenregelingen kennen een bepaling op grond waarvan een medische keuring voorgeschreven kan worden bij het afsluiten van een vrijwillige voortzetting van de deelneming. De uitkomsten van de keuring kunnen bepalend zijn voor de hoogte van de premie, hoewel dat meestal niet in de regeling is terug te vinden. De vraag is of er een objectieve rechtvaardiging is voor deze vorm van indirecte ongelijke behandeling van chronisch zieken en gehandicapten.

¹⁹ Wet van 3 april 2003, Stb. 2003, 206

Hoofdstuk 8: Aansprakelijkheid voor ongelijke behandeling

Wanneer sprake is van verboden onderscheid, kunnen in principe zowel de werkgever als de pensioenuitvoerder aansprakelijk worden gesteld voor de gevolgen. De aansprakelijkheid kan zich ook over het verleden uitstrekken, zoals het geval was bij de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, wat betreft de deeltijdgrens (inhaalpensioen met terugwerkende kracht tot 1976) en zoals volgens de CGB ook het geval zou moeten zijn bij de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, wat betreft de kostwinnersfranchise (de CGB bepleit aanpassing van de franchise met terugwerkende kracht tot 17 mei 1990, de datum van het Barber-arrest).

De mogelijke terugwerkende kracht betekent dat de financiële gevolgen voor een pensioenfonds zeer aanzienlijk kunnen zijn, terwijl de inkomsten niet met terugwerkende kracht kunnen worden verhoogd.

Bijlage

De meest recente teksten van de wetten met betrekking tot gelijke behandeling zijn te vinden op de site van de Commissie Gelijke Behandeling:

<http://www.cgb.nl/asp/wetgeving.asp>