

VU Research Portal

Solidariteit in pensioenregelingen

van der Poel, M.J.C.M.

published in

De toekomst van het pensioenstelsel
2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van der Poel, M. J. C. M. (2013). Solidariteit in pensioenregelingen: Differentiatie tussen groepen belanghebbenden begrensd door het mededingingsrecht en gelijke behandelingsrecht. In E. Lutjens (Ed.), *De toekomst van het pensioenstelsel* (pp. 27-73). Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Onderscheid in werkgevers- en werknemerspremies

Toetsing aan gelijke behandeling op grond van leeftijd en geslacht.

Mr. M.J.C.M. van der Poel is promovenda bij het Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam en advocate bij EPB-law.

De vraag of differentiatie mogelijk is tussen verschillende groepen werknemers bij het vaststellen van de pensioenpremies en pensioenopbouw is relevant. Te meer daar de inrichting van de arbeidsvoorwaarde pensioen de afgelopen periode in het middelpunt van de belangstelling staat. Of het mogelijk is in pensioenregelingen met en zonder doorsneesystematiek, differentiatie in de premie en doorsneeopbouw te maken op grond van leeftijd en geslacht wordt in dit artikel behandeld. Ook wordt ingegaan op de consequenties van het recente arrest van het HvJEU van 26 september 2013 ('Kristensen/Experian') voor de mogelijkheden om leeftijdonderscheid te maken in de premie.

De arbeidsvoorwaarde pensioen en de pensioenpremie

Een werknemer die met zijn werkgever een pensioenovereenkomst sluit, maakt aanspraak op de arbeidsvoorwaarde pensioen onder de condities zoals neergelegd in de pensioenovereenkomst en het pensioenreglement. De pensioenovereenkomst is 'hetgeen tussen werkgever en werknemer is overeengekomen betreffende pensioen' (art. 1 PW) en kan vormvrij worden gesloten.¹

Een pensioenovereenkomst kan ingevolge de Pensioenwet ontstaan doordat deze contractueel is overeengekomen of door middel van materiële wetgeving wordt opgelegd door de Minister van SZW. Deelname aan een pensioenregeling op grond van contract kan voortvloeien uit de pensioenovereenkomst, het vermoeden van een onherroepelijk aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst (art. 7 lid 4 PW), lidmaatschapsbinding aan een collectieve arbeidsovereenkomst (artt. 9, 12 en 14 Wet op de CAO) of de algemeen verbindend verklaring van een collectieve arbeidsovereenkomst. Pensioenbepalingen in CAO's komen niet in aanmerking voor algemeen verbindend verklaring door de Minister van SZW (zie art. 4.3 lid 4 Toetsingskader avv).

De rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer of anders werkenden bij de verplichte deelneming in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, is in de Pensioenwet gelijkgeschakeld met een pensioenovereenkomst (art. 3 lid 1 en lid 2 PW)². Deze werknemers en anders werkenden maken van rechtswege aanspraak op de arbeidsvoorwaarde pensioen, zoals neergelegd in de statuten en reglementen van het fonds.

¹ Wettelijke schriftelijkheidsvereisten omtrent bepalingen in de pensioenovereenkomst bestaan daarentegen wel. Gedacht kan worden aan het wijzigingsbeding in artikel 19 PW.

² Een verplichtstellingsbesluit van de Minister van SZW is recht in de zin van artikel 99 Wet RO (zie HR, 16 oktober 1987, NJ 1988/117; HR, 22 oktober 1993, NJ 1994, 94 en HR, 24 november 2006, NJ 2006/644). Indien de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht is gesteld, moeten de bepalingen in de statuten en reglementen van een verplicht van rechtswege door werkgevers en werknemer die onder de reikwijdte van de werkingssfeerbepaling vallen worden nageleefd. Dit geldt ook voor de verplichtstelling tot deelneming in bedrijfspensioenregelingen die voor groepen zelfstandige beroepsgenoten en eventueel ook voor groepen beroepsgenoten in loondienst verplicht kan worden verklaard op grond van de Wet verplichte beroepspensioenregeling ("WVB"). Daarnaast kan deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (mede) verplicht zijn uit hoofde van de Wet privatisering ABP, de Wet op het Notarisambt en de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers.

De pensioenpremie kan naast een werkgeversdeel tevens bestaan uit een werknemersdeel, indien dit contractueel is overeengekomen. De pensioenpremie voor aanvullend pensioen wordt in zijn totaliteit door de werkgever voldaan aan de pensioenuitvoerder. Ik beperk mij in dit artikel tot een bespreking van toegestaan en verboden onderscheid in werknemers- en werkgeverspremies op grond van leeftijd en geslacht. De pensioenaanspraak van anders werkenden en ambtenaren laat ik buiten beschouwing.

Wettelijk kader gelijke behandeling

Rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de pensioenovereenkomst zijn in de eerste plaats opgenomen in de Pensioenwet en voorts in de Wet Bpf 2000, voor zover sprake is van een verplicht gestelde deelneming in een bedrijfstakpensioenfondsen. Ook in andere wetten zijn relevante bepalingen opgenomen. Zo is in titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek de bevoegdheid van de werkgever opgenomen om de pensioenpremie in te houden op het loon van de werknemer (art. 7:631 lid 3 sub a en b BW).

Op nationaal niveau zijn de bepalingen inzake gelijke behandeling bij pensioenen op grond van geslacht en leeftijd in verschillende wetten opgenomen. De algemene Wet gelijke Behandeling (de “**Awgb**”), vermeldt het algemene verbod op onderscheid op grond van geslacht, burgerlijke staat, seksuele geaardheid, nationaliteit, ras, godsdienst en levensovertuiging.³ In de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (de “**Wgbla**”) is het verbod op leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid opgenomen⁴. De Wet Gelijke Behandeling voor mannen en vrouwen (de “**Wgb m/v**”) en artikel 7:646 BW verbieden discriminatie op grond van geslacht bij de arbeid.⁵

Op Europees niveau is de Richtlijn 2000/78 mede bepalend voor de voorwaarden waaronder leeftijdsonderscheid bij de arbeid in werkgevers- en werknemerspremies zijn toegestaan. Voor onderscheid op grond van geslacht bij de pensioenpremie bevat de Richtlijn bepalingen. Het beginsel van non-discriminatie is voorts in het Unierecht erkend als een algemeen beginsel⁶ en verankerd in artikel 21 lid 1 van het Handvest van de Grondrechten van de EU (het “**Handvest**”). Op grond van artikel 21 lid 1 Handvest is iedere vorm van discriminatie verboden; met name wordt discriminatie op grond van leeftijd genoemd. Het beginsel voor onderscheid naar leeftijd bij de arbeid is nader geconcretiseerd in artikel 6 lid 2 en artikel 2 Richtlijn.

³ *Stb.* 1993/690; laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2011/573. Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

⁴ *Stb.* 2004/30; laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2011/573. Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid).

⁵ *Stb.* 2000/625; laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2003/544. Wet van 21 december 2000, houdende wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten (recht van keuze voor ouderdomspensioen in plaats van nabestaandenpensioen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen).

⁶ Zie HvJEU 19 januari 2010, C-555/07, Jurispr. P. I-365 (‘Küçükdeveci’), r.o. 21.

Het EU-recht vormt een autonome rechtsorde die voorrang heeft boven nationaal recht.⁷ Verdragen werken rechtstreeks door in de nationale rechtsorde. Sinds 1 december 2009 heeft het Handvest dezelfde juridische rang als de EU-Verdragen (zie art. 6 lid 1 VEU).⁸ Voor Richtlijnen geldt dat deze tijdig in de nationale rechtsorde moeten worden geïmplementeerd en dat een beroep op richtlijnconforme interpretatie mogelijk is.⁹ Lidstaten zijn bevoegd in het nationale recht een hoger beschermingsniveau op te nemen voor (gewezen) deelnemers en gepensioneerden dan geldt op grond van het Unierecht. Bij twijfel over de juiste toepassing van het EU-recht en de implementatie ervan in de nationale wet- en regelgeving kunnen nationale rechters hierover prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJEU”).

Indirect en direct onderscheid bij de beloning

Verschillende pensioenregelingen voor mannen en vrouwen en werknemers van verschillende leeftijden die arbeid van gelijke waarde verrichten is in beginsel niet toegestaan.¹⁰ Het instellen van pensioenregelingen voor verschillende functies kan wel zijn toegestaan.¹¹ Op de vraag wanneer sprake is van groepen werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten ga ik in dit artikel niet nader in.

Direct onderscheid in de beloning van mannen en vrouwen voor het verrichten van arbeid mag niet worden gemaakt, tenzij sprake is van een wettelijke uitzonderingsgrond. Indirect onderscheid is slecht mogelijk ingeval sprake is van een wettelijke uitzonderingsgrond of objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. Het verbod van onderscheid bij de beloning geldt, voor zover sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid door groepen mannen en vrouwen wordt verricht (art. 12 sub a t/m f Wgb m/v) .

Bij leeftijdsonderscheid kan zowel indirect als direct onderscheid bij de beloning zijn toegestaan, als dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is (artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG en artikel 7 lid 1 sub c Wgbla). Onderscheid kan voorts mogelijk zijn, indien sprake is van een wettelijke uitzondering op het verbod van non-discriminatie op grond van leeftijd bij de arbeid (art. 6 lid 2 Richtlijn 2000/78/EG, art. 21 Handvest en art. 8 lid 2 en 3 Wgbla en voorts).

Indien geen sprake is van een wettelijke uitzonderingsgrond moet deze ingevolge de jurisprudentie van het HvJEU en het CRvM objectief worden gerechtvaardigd. De objectieve rechtvaardigingstoets houdt in dat het onderscheid in het kader van de nationale wetgeving objectief moet worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. De middelen voor het bereiken van dat moeten passend en noodzakelijk zijn, waarbij tevens geldt dat een specifieke groep werknemers niet al te zeer mag worden benadeeld (‘proportionaliteitstoets’). Het Hof mag slechts marginaal toetsen of de

⁷ HvJEU, 5 februari 1963, C-26/62, Jurispr. 1963, p. I-00003 (‘Van Gent en Loos’).

⁸ Op 1 december 2009 trad het Verdrag van Lissabon in werking. Vóór deze datum had het Handvest nog geen met het primaire recht vergelijkbare bindende rechtsgevolgen, maar kon het als ‘inspiratiebron’ worden gezien met het oog op de bescherming van de grondrechten op Unieniveau. Zie ook r.o. 28 en 29 in HvJEU, 1 maart 2011, C-236/09, Jurispr. 2011, p. I-00773 (‘Test-Aankoop’).

⁹ Zie Betlem (2007), p. 97-132 en Peeters en Beltzer (2013), p. 71.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld HR 24 april 1992, *JAR* 1992.

¹¹ Zie bijvoorbeeld HR 1 november 2002, PJ 2002, 41, *NJ* 2002, 411 (‘Souverijn’).

maatregel niet kennelijk ongeschikt is om het nagestreefde doel te verwezenlijken. Het is aan de nationale rechter om na te gaan of de maatregel het doel daadwerkelijk op coherente en systematische wijze nastreeft en niet verder gaat dan noodzakelijk.

Bij onderscheid tussen groepen werknemers waarvoor geen specifieke wettelijke bepalingen van toepassing zijn geldt de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW), die mede tot uiting komt in het goed werkgeverschap en goed werknemerschap (art. 7:611).¹²

Onderscheid in beloning

Gelijke beloning voor gelijke arbeid is verplicht gesteld op grond van artikel 157 VWEU. Dat vereiste geldt niet alleen voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregelingen, maar ook voor contractueel overeengekomen pensioenregelingen.

De vraag of onderscheid mogelijk is in de pensioenpremie hangt derhalve mede af van de vraag of het werkgeversdeel en werknemersdeel van de pensioenpremie onder het beloningsbegrip vallen in de zin van artikel 157 VWEU. Immers, indien geen sprake is van een arbeidsvoorwaarde, zijn de Wgbla en de Wgb m/v (en Richtlijn 2000/78) niet van toepassing. Pensioenuitkeringen vallen onder het gelijke beloningsbegrip, voor zover de uitkeringen door de werkgever zijn gefinancierd.¹³ Onder beloning in de zin van artikel 157 lid 2 VWEU moet worden verstaan *“het gewone basis- of minimumloon of –salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking (in)direct van de werkgever ontvangt”*. Of en zo ja in welke gevallen de werkgevers- en werknemerspremie onder het beloningsbegrip vallen, komt in onderstaand aan de orde.

Onderscheid naar geslacht bij pensioenpremie

De werknemerspremie mag voor mannelijke en vrouwelijke werknemers niet resulteren in een ongelijk nettoloon. Indien dit wel het geval is, kan sprake zijn van verboden onderscheid op grond van geslacht. In Richtlijn 86/478 is bepaald dat het vaststellen van verschillen niveaus voor de premie in strijd is met de regels inzake gelijke behandeling. Dit is tevens opgenomen in artikel 12b en 12c WGB m/v. Bij de doorsneepremie is geen sprake van ongelijk nettoloon voor mannen en vrouwen.

Het werknemersdeel van de pensioenpremie moet voor mannen en vrouwen gelijk zijn, aangezien de werknemerspremie onder het beloningsbegrip van artikel 157 VWEU valt.¹⁴ Ten aanzien van het werkgeversdeel van de premie heeft te gelden, dat er een uitzonderingsgrond is opgenomen in de wet die onderscheid naar geslacht mogelijk maakt.

Leeftijdsonderscheid in de werkgevers- en werknemerspremie

Recent is een belangwekkend arrest gewezen door het HvJEU over de uitzonderingsgronden voor het maken van direct of indirect onderscheid op grond van leeftijd in pensioenregelingen

¹² Zie HR 30 januari 2004, JAR 2004/68, r.o. 3.3 ('Parallel Entry').

¹³ HvJEU, 13 mei 1986, Jurispr. 1986, p. I-1607 ('Bilka/Weber').

¹⁴ HvJEU, 22 december 1993, C-152/92 Jur. 1993, p. I-6935 ('Neath') en HvJEU, 28 september 1994, C-2000/91, Jur. 1994, p. I-4389 ('Coloroll').

('Kristensen/Experian').¹⁵ Ik behandel dat arrest onderstaand in meer detail gezien het belang ervan, alvorens in te gaan op de vraag of onderscheid op grond van leeftijd en geslacht bij werknemerspremies, pensioenopbouw en pensioenuitkering wettelijk is toegestaan.

Kristensen/Experian-arrest HvJEU

Het Kristensen/Experian arrest betreft de uitleg van artikel 6 lid 2 van Richtlijn 2000/78. In dit artikel is omschreven welke inbreuken op het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid zijn toegestaan in pensioen- en invaliditeitsregelingen. Het is de eerste keer dat het HvJEU zich uitlaat over het aantal zelfstandige uitzonderingsgronden in artikel 6 lid 2 en de wijze waarop de genoemde uitzonderingen op het verbod van leeftijdsdiscriminatie in onderlinge samenhang moeten worden gelezen. Vóór het Kristensen/Experian-arrest, werd in Nederland in algemene zin aangenomen dat in artikel 6 lid 2 van de Richtlijn drie uitzonderingen op het verbod van leeftijdsdiscriminatie zijn opgenomen. Deze zijn ook als zodanig in de Nederlandse uitvoeringswet en de Wgbla gecodificeerd. De drie uitzonderingsgronden betreffen de vaststelling van:

- 1) de toetredingsleeftijd (art. 8 lid 2 Wgbla);
- 2) de pensioenleeftijd (art. 8 lid 2 Wgbla); en
- 3) leeftijdscriteria bij de actuariële berekeningen (artikel 8 lid 3 Wgbla).

De uitzondering voor het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen is in de Wgbla aangemerkt als een derde, afzonderlijke uitzondering, mede gelet op de plaatsing in een apart lid.¹⁶ Uit het arrest van het Hof blijkt dat in artikel 6 lid 2 van de Richtlijn geen sprake is van drie zelfstandige uitzonderingsgronden, maar slechts van twee. Onderstaand licht ik de overwegingen van het HvJEU en de consequenties van het arrest nader toe.

In het arrest Kristensen/Experian biedt werkgever Experian als onderdeel van de arbeidsovereenkomst deelname aan de ondernemingspensioenregeling aan. Deze regeling werkt met een leeftijdsafhankelijke, progressief stijgende werkgevers- en werknemersbijdrage. Werknemers worden in drie leeftijdscohorten ingedeeld. De werkgeversbijdrage en de werknemersbijdrage stijgen procentueel per cohort bij het toenemen van de leeftijd. De werkgever voldoet voor iedere werknemer 2/3^e deel van de pensioenpremie. Kristensen is een relatief jonge werknemer en ontvangt een minder hoge werkgeversbijdrage dan haar oudere collega's die zich in het derde en tevens hoogste leeftijdscohort bevinden. Nadat zij ontslag heeft genomen na een dienstverband van nog geen jaar, vordert Kristensen

¹⁵ HvJEU, 26 september 2013, C-476/11, *PJ* 2013/176 m.nt. M.J.C.M. van der Poel ('Kristensen/Experian').

¹⁶ Zie voor literatuur en rechtspraak, waarin het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen als derde uitzonderingsgrond wordt beschouwd: de vaste oordelenlijn van het CRvM, waaronder CRvM oordelen 2007-146, en oordelen 2004-51 en 52 (*PJ* 2004/88 en 89); zie ook M. Heemskerk in E. Lutjens, *Analyse en Commentaar Pensioenwet*, Kluwer: Deventer 2013, p. 500-503; E. Lutjens en M. Heemskerk, *Leeftijdsdiscriminatie bij werknemerspremies: actuariel toegestaan of verboden verschil in beloning*, *TPV* 2005-3 en M.D. Vis, *De Commissie gelijke behandeling neemt de pensioenregeling onder vuur!*, *AR* 2004, 56.

in een procedure tegen Experian naast een schadevergoeding het verschil tussen de werkgeversbijdrage voor het hoogste leeftijdscohort en de werkgeversbijdrage die zij in het laagste cohort heeft ontvangen.

Centraal staat de prejudiciële vraag van de verwijzende Deense rechter of een leeftijdsafhankelijke werkgeversbijdrage onder één van de uitzonderingsgronden van artikel 6 lid 2 van de Richtlijn valt. Bij een positief antwoord is het leeftijdsonderscheid wettelijk toegestaan.

Artikel 6 lid 2 Richtlijn

Het HvJEU stelt in de eerste plaats vast dat het geschil in de hoofdzaak binnen de reikwijdte van de Richtlijn valt en dat het leeftijdsonderscheid bij de vaststelling van de werkgeversbijdrage kwalificeert als direct onderscheid bij de beloning in de zin van art. 157 VWEU: de werkgeversbijdrage van Experian is een huidig voordeel in geld, dat in het kader van de arbeidsovereenkomst wordt voldaan als tegenprestatie voor de arbeid (r.o. 30 t/m 31).¹⁷ Vervolgens bespreekt het HvJEU of het gemaakte onderscheid onder de uitzonderingen in artikel 6 lid 2 valt. Voor een goed begrip van het arrest geef ik onderstaand de Nederlandse taalversie van artikel 6 lid 2 van de Richtlijn weer, de verkorte weergave van deze bepaling door het HvJEU in r.o. 49 en de tekst van lid 2 en 3 van artikel 8 van de Wgbla, waarin artikel 6 lid 2 Richtlijn is geïmplementeerd (onderstrepingen toegevoegd door ondergetekende).

Artikel 6 lid 2 Richtlijn:

“Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, inclusief de vaststelling van verschillende leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers, in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, en het gebruik, in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht”.

Verkorte weergave Hof van artikel 6 lid 2 Richtlijn, zoals opgenomen in de Nederlandse taalversie van het arrest (r.o. 49):

“De vaststelling [...] van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen”, inclusief het gebruik [...] in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen” (onderstreping toegevoegd door ondergetekende)”.

Artikel 8 lid 3 WGBL:

“2. Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden en op pensioengerechtigde leeftijden, alsmede op de vaststelling van verschillende toetredings- en pensioengerechtigde leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën van werknemers.

3. Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden”.

¹⁷ Zie HvJEU 17 mei 1990, C-262/88, Jurispr. P. I-1889, ‘Barber’, r.o. 12; zie o.a. ook HvJEU, 26 september 2013, C-546/11 ‘Dansk Jurist – Økonomforbund’, r.o. 25 t/m 29.

Restrictieve uitleg artikel 6 lid 2 Richtlijn

Artikel 6 lid 2 Richtlijn moet ingevolge het HvJEU restrictief worden uitgelegd.¹⁸ De reden hiervoor is dat de bepaling de lidstaten de mogelijkheid biedt een uitzondering te maken op het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. Het HvJEU ziet artikel 21 lid 1 Handvest als de basis voor de beantwoording van de kernvraag in het arrest Kristensen/Experian (zie r.o. 31). Over de restrictieve uitleg van het arrest oordeelde het Hof een paar dagen eerder in het arrest 'Dansk Jurist'. Het HvJEU oordeelde in dit arrest dat de uitzonderingen in artikel 6 lid 2 Richtlijn zijn beperkt tot pensioen- en invaliditeitsregelingen. De Deense taalversie van de Richtlijn en nationale wetgeving waren hier niet mee in lijn doordat de reikwijdte van de bepaling ten onrechte was opgerekt tot regelingen van sociale zekerheid. Het HvJEU sluit bij dit oordeel aan in de onderhavige uitspraak (r.o. 44 t/m 47).

Twee zelfstandige uitzonderingen in artikel 6 lid 2 Richtlijn

Bij een grammaticale lezing van de verkorte weergave van artikel 6 lid 2 in r.o. 49 valt op dat het HvJEU twee afzonderlijke uitzonderingsgronden onderscheid: (i) bij de vaststelling van een toetredingsleeftijd en (ii) bij de vaststelling van een pensioenleeftijd. Het gebruik van leeftijdscriteria bij de actuariële factoren wordt, anders dan in bijvoorbeeld artikel 8 lid 3 WGBL, niet genoemd als zelfstandige uitzonderingsgrond, maar geschaard onder de eerste twee. Het Hof plaatst immers het woord "inclusief" direct voor "het gebruik (...) van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen". Hierdoor lijkt dit gebruik alleen onder de uitzondering op het verbod van leeftijdsdiscriminatie te kunnen vallen indien het wordt aangewend voor de vaststelling van een toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd. Dat geldt ook voor de vaststelling van verschillende leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers; maar dat is geen nieuws. Nederland heeft echter de woorden "en het gebruik van" uitgelegd als de aankondiging van een derde zelfstandige uitzonderingsgrond en deze als zodanig vastgelegd in het derde lid van artikel 8 WGBL. De Nederlandse regering voert dit in de procedure ook op consequente wijze aan in de schriftelijke opmerkingen. Onderstaand wordt op basis van de verdere overwegingen van het Hof toegelicht dat de bovenstaande uitleg van artikel 6 lid 2 Richtlijn overeenkomt met de bedoeling van het HvJEU.

Het HvJEU stelt in de overwegingen vanaf r.o. 49 vast dat de bedrijfspensioenverzekering in kwestie niet onder de twee uitzonderingsgronden valt van artikel 6 lid 2. Er is in de pensioenregeling van Experian geen sprake van een toetredingsleeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen, aangezien iedere werknemer die negen maanden werkzaam is geweest voor Experian automatisch gaat deelnemen aan de pensioenregeling. De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de werkgeversbijdrage is volgens het Hof geen vaststelling van een toetredingsleeftijd, of een vaststelling van een pensioenleeftijd (r.o. 50).

De Nederlandse regering merkt hierover op in de schriftelijke opmerkingen, dat ten onrechte wordt toegespitst op de vraag of de leeftijdsgebonden werkgeversbijdrage onder de uitzondering voor de

¹⁸ Zie HvJEU 26 september 2013, C-546/11 ('Dansk Jurist' – Økonomforbund'), en zie naar analogie HvJEU 12 januari 2010, C-341, Jurispr. P. 1-47, punt 60 'Petersen').

vaststelling van een toetredingsleeftijd valt, aangezien de uitzonderingsgrond inzake het gebruik van leeftijdscriteria bij actuariële berekeningen zou moeten worden toegepast.

Mocht er op dit punt in het arrest nog twijfel kunnen bestaan over het aantal uitzonderingsgronden in artikel 6 lid 2, dan neemt het Hof deze twijfel weg in de daarop volgende rechtsoverwegingen (r.o. 51 t/m 54). Deze overwegingen hebben betrekking op het standpunt van de AG en een aantal lidstaten, dat artikel 6 lid 2 niet alleen de vaststelling van de eerste twee uitzonderingsgronden betreft, maar ook op minder ernstige vormen van discriminatie op grond van leeftijd kan zien, zoals leeftijdsonderscheid bij actuariële berekeningen (r.o. 51 en r.o. 40 conclusie AG).

De AG had in zijn conclusie aangevoerd dat sprake is van drie uitzonderingsgronden in artikel 6 lid 2 (zie punt 36). De AG meent dat de uitzonderingen op het verbod op leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid restrictief moeten worden uitgelegd (r.o. 40), maar voegt daaraan toe, dat deze restrictieve uitleg niet in de weg staan *“aan maatregelen die minder ingrijpend zijn dan maatregelen die ook bij een strikte uitlegging zouden zijn toegestaan”*, zoals in de onderhavige procedure (r.o. 40). Het categorisch uitsluiten van groepen werknemers aan een bedrijfspensioenregeling heeft volgens de AG onmiskenbare grotere gevolgen voor de uitgesloten werknemers dan een pensioenregeling waaraan wel alle werknemers mogen deelnemen en ‘alleen’ sprake is van leeftijdsonderscheid bij de hoogte van de premie. Daar het verschil in behandeling bij de premie geringer is dan het stellen van een toetredingsleeftijd, valt het onderscheid in kwestie volgens de AG onder de uitzondering voor ‘het vaststellen van een toetredingsleeftijd’ (zie r.o. 43).

Het Hof volgt het pleidooi van de AG en de desbetreffende lidstaten voor deze (ruime) restrictieve uitleg van artikel 6 lid 2 niet en oordeelt, dat het gebruik van leeftijdscriteria bij het berekenen van de premie in de eerste plaats niet onder artikel 6 lid 2 valt, omdat:

“De pensioenbijdragen (...) vormen (...) een bestanddeel van het salaris van de werknemers van Experian. De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van deze bijdragen kan dus gevolgen hebben die verder strekken dan een eenvoudige vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen”.

Ten tweede overweegt het Hof, dat de restrictieve uitleg van artikel 6 lid 2 met zich brengt dat alle uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie uitdrukkelijk moeten worden opgenomen in de bepaling. Kenmerkende onderdelen van een pensioenregeling die niet expliciet zijn genoemd, zoals met name de vaststelling van de hoogte van de pensioenbijdrage, vallen (derhalve) niet onder de uitzondering (r.o. 52):

“Voorts moet artikel 6, lid 2 (...) restrictief worden uitgelegd. Bijgevolg kunnen binnen de werkingssfeer van deze bepaling niet alle elementen vallen die kenmerkend zijn voor een ondernemings- en sectoriële regeling inzake sociale zekerheid die de risico's van ouderdom en invaliditeit dekt, zoals met name de

vaststelling van de hoogte van de bijdragen aan die verzekering, maar enkel die elementen die uitdrukkelijk in die bepaling zijn vermeld”.

De voorgaande restrictieve uitleg is ook van toepassing bij de vraag of ‘het gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen’ onder de uitzonderingsgronden van artikel 6 lid 2 valt. Dit gebruik staat ingevolge het Hof niet op gelijke voet met de uitzonderingen betreffende de vaststelling van toetredingsleeftijden en leeftijden voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen:

“(…) aangezien deze vaststelling in ieder geval niet leidt tot een vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen”.

Het Hof overweegt bovenstaand meen ik, dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen geen afzonderlijke uitzonderingsgrond. Een uitzondering is slechts van toepassing indien het gebruik dient ten behoeve van of, in de woorden van het Hof: ‘leidt tot’, de vaststelling van een toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd. Daar is in casu geen sprake van. De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de pensioenbijdragen valt derhalve volgens het Hof niet onder artikel 6 lid 2.

Leeftijdsonderscheid mogelijk objectief gerechtvaardigd

Het Hof meent dat voor het gemaakte leeftijdsonderscheid mogelijk een objectieve rechtvaardiging aanwezig is op grond van artikel 6 lid 1 van de Richtlijn.

Het doel van de leeftijdsgebonden werkgeversbijdrage is in gevolge Experian dat alle werknemers in staat worden gesteld een redelijk pensioen bij elkaar te sparen voor de pensioengerechtigde leeftijd. Doordat de werkgevers- en werknemerspremie stijgen naarmate de leeftijd van werknemers toeneemt, kunnen ook werknemers die op latere leeftijd in dienst treden bij Experian nog in relatief korte tijd een redelijk pensioen bij elkaar sparen.

Dat oudere werknemers in de pensioenregeling van Experian in staat worden gesteld een redelijk pensioen bij elkaar te sparen, vindt het Hof op zich geen onredelijke maatregel voor het bereiken van de (legitieme) doelstellingen. Ook is een stijging van de premie voor ouderen mede vanwege de kosten van de dekking van bovengenoemde risico’s in beginsel niet kennelijk ongeschikt om de doelstelling van Experian te bereiken (r.o. 64 en 65). Voorts heeft Experian rekening gehouden met de belangen van jongere werknemers. Er is geen sprake van een toetredingsleeftijd voor deelname aan de pensioenregeling, waardoor werknemers al vanaf jonge leeftijd pensioen kunnen opbouwen. Tegelijkertijd is de financiële last van de pensioenregeling voor de jongere werknemers minder zwaar dan voor oudere werknemers. Zij betalen een relatief kleinere werknemersbijdrage en houden daardoor netto meer salaris over dat zij aan andere uitgaven kunnen besteden.

Of de leeftijd gerelateerde pensioenpremie daadwerkelijk passend is om het daarmee gestelde doel te behalen, hangt af van de vraag of met de maatregel de doelstellingen op coherente en systematische wijze worden nagestreefd (zie r.o. 67). Het valt binnen de bevoegdheden van het Hof een richtsnoer

mee te geven aan de verwijzende rechter.¹⁹ De Deense verwijzende rechter zal volgens het Hof met name moet nagaan of de middelen voor het bereiken van het (legitieme) doel van de maatregel noodzakelijk zijn, waarbij tevens geldt dat een specifieke groep werknemers niet al te zeer mag worden benadeeld ('proportionaliteitstoets'). De Deense rechter volgens het Hof in dit verband moeten bezien of de voordelen voor Kristensen bij een lagere premie – een hoger netto salaris – de nadelen – een lagere werkgeversbijdrage en een lagere pensioenopbouw op jonge leeftijd – voldoende compenseren.

Consequenties van het arrest Kristensen/Experian

Het belang van het arrest Kristensen/Experian is voor Nederland dat het gebruik in pensioenregelingen van leeftijdsriteria in actuariële berekeningen ten onrechte is beschouwd als afzonderlijke uitzonderingsgrond. Het gebruik van deze leeftijdsriteria is slechts uitgezonderd van het verbod op leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid, indien het leidt tot de vaststelling van de toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd. In alle andere gevallen dient het gebruik van leeftijdsriteria in actuariële berekeningen objectief te worden gerechtvaardigd (art. 6 lid 1 Richtlijn en art. 7 lid 1 Wgbla). De consequentie hiervan is, dat het derde lid van artikel 8 Wgbla zal moeten worden geschrapt. Een andere mogelijkheid is het aanpassen van het tweede of derde lid van artikel 8.

Een volgende consequentie van het arrest is, dat de nationale rechter artikel 6 lid 2 Richtlijn, zoals geïmplementeerd in artikel 8 lid 3 WGBLA, niet juist heeft toegepast, voor zover het gaat om het toegestane gebruik van leeftijd gerelateerde actuariële berekeningen.

In een wezenlijk aantal pensioenregelingen is onderscheid gemaakt naar leeftijd bij de actuariële berekeningen. Dit gebruik zal gezien het Kristensen/Experian arrest in het merendeel van de gevallen niet onder artikel 6 lid 2 Richtlijn vallen. Met name kan worden gedacht aan het hanteren van Fiscale Staffels in premiereregelingen, waarbij de hoogte van de premie is gekoppeld aan leeftijdscohorten. Dergelijk onderscheid is alleen nog maar toelaatbaar, indien hiervoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is (artikel 6 lid 1 Richtlijn en artikel 7 Wgbla). Zonder rechtvaardiging is het gemaakte leeftijdsonderscheid nietig (artikel 13 Wgbla). Een toename van het aantal rechtszaken op dit punt, is niet ondenkbaar.

In de volgende paragraaf worden de mogelijkheden behandeld om met het oog op de (te verdoorgesloten) solidariteit in pensioenregelingen te differentiëren tussen verschillende belanghebbenden bij de vaststelling van de premie, opbouw en uitkering. Met name worden de grenzen besproken die samenhangen met het verbod op leeftijdsdiscriminatie.

Differentiatie bij pensioenpremie, pensioenopbouw

De invloed op solidariteit tussen groepen belanghebbenden bij het gebruik van leeftijdsriteria in pensioenregelingen is met name zichtbaar bij de vaststelling van de hoogte van de pensioenpremie,

¹⁹ HvJEU 5 maart 2009, C-388/07, Jurispr. P. I-1569, 'Age Concern England', r.o. 47 en 48; en HvJEU 23 november 2006, C-238/05, Jurispr. P. I-11125, 'Asnef-Equifax en Administración del Estado', r.o. 40.

pensioenopbouw en pensioenuitkering. Ook is deze invloed zichtbaar bij het bepalen van de groep die in aanmerking komt voor deelname aan de pensioenregeling door de vaststelling van een toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd. De nadruk zal onderstaand op de eerste categorie liggen.

Voorgeschiedenis standpunten bij werkgevers- en werknemerspremies

Voorafgaand aan het Kristensen/Experian arrest bestond er al geruime tijd een verschil van inzicht tussen de Nederlandse regering en de CRvM over de vraag of zowel de werkgevers- als de werknemersbijdrage onder de reikwijdte van de uitzonderingen in artikel 6 lid 2 Richtlijn en artikel 8 lid 3 Wgbla vielen. De regering was voorafgaand aan de publicatie van het arrest Kristensen/Experian van mening dat beide bijdragen onder de reikwijdte van deze bepalingen vallen, terwijl het CRvM van mening was dat alleen de werkgeversbijdrage eronder viel.²⁰

Het CRvM oordeelde – naar thans blijkt terecht blijkt - dat er geen aanknopingspunten te vinden zijn in de Richtlijn of Wgbla voor het standpunt van de regering dat de werknemersbijdrage onder de reikwijdte van artikel 6 lid 2 Richtlijn valt. De premielasten vallen volgens het CRvM in zijn totaliteit wel onder de uitzondering in artikel 8 lid 3 Wgbla, maar de werknemersbijdrage, die daaraan parallel loopt, valt er niet automatisch onder.²¹ Het CRvM sloot aan bij de lijn van de rechtspraak over discriminatie bij de premie op grond van geslacht²² en oordeelde dat bij de werknemersbijdrage in beginsel geen differentiatie naar premie mag plaats vinden.²³

Wat betreft de werkgeversbijdrage waren zowel de regering als de CRvM van opvatting dat deze onder de actuariële berekeningen-uitzondering van artikel 8 lid 3 Wgbla valt. Dit is gelet op het arrest van het Hof niet meer vol te houden. Zowel leeftijdsonderscheid in het werknemersdeel als in het werkgeversdeel van de pensioenbijdrage zal objectief gerechtvaardigd moeten worden om toelaatbaar te zijn ex artikel 6 lid 1 Richtlijn en artikel 7 Wgbla.

Gebruik leeftijdscriteria bij actuariële berekeningen niet toegestaan

Sinds het Kristensen/Experian arrest is duidelijk dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen van het werkgevers- en werknemersdeel van de pensioenpremie niet is uitgezonderd van het verbod op leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid in artikel 6 lid 2 Richtlijn (en art. 8 lid 2 en 3 Wgbla). Dat is slechts anders deze leeftijdscriteria worden gebruikt – of in de woorden van het HvJEU' leiden tot – het vaststellen van een toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd. Het zou bijvoorbeeld kunnen gaan om berekeningen op basis waarvan een zo optimaal mogelijke minimum toetredingsleeftijd wordt vastgesteld of een leeftijd waarop de pensioenuitkeringen starten; tenzij hierdoor onderscheid op grond

²⁰ Zie voor standpunt regering o.a. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 XV, nr. 82; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 17 en *Kamerstukken II* 2008/09, 30 347, nr. 2 en voor standpunt CRvM o.a. oordeel 2009/98; zie hierover ook uitgebreid M. Heemskerk en E. Lutjens, *Leeftijdsonderscheid bij werknemerspremies: actuariëel toegestaan of verboden verschil in beloning*, *TPV* 2005-3.

²¹ Zie o.a. CRvM oordeel 2007-119.

²² Zie voor discriminatie op grond van geslacht bij de pensioenen Richtlijn 86/378 en art. 12c WGB m/v.

²³ Zie o.a. CRvM oordeel 2009/98.

van geslacht optreedt (r.o. 53). Onder de uitzonderingsgronden ‘toetredingsleeftijd’ en ‘pensioenleeftijd’ vallen ook de vaststelling van verschillende toetredings- en pensioenleeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers. Het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen moet concluderend objectief gerechtvaardigd moeten worden, tenzij deze onder deze onder de uitzonderingen in artikel 6 lid 2 Richtlijn vallen.

Leeftijdscriteria bij actuariële berekeningen van pensioenpremie, pensioenopbouw en pensioenuitkeringen kunnen zowel voorkomen in defined-benefit regelingen (middelloon en eindloonregelingen) als in defined-contribution regelingen (beschikbare premieregelingen). Pensioenuitvoerders maken bij de berekening van premies en koopsommen, die benodigd zijn voor de financiering van pensioen, gebruik van actuariële berekeningen. Leeftijd is in dit verband een belangrijke grondslag voor de berekeningen in relatie tot levens- en sterftেকansen en de gemiddelde levensduur. De kosten van een pensioenvoorziening zijn hierdoor mede afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer.

Doorsneepremie

Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen zijn gehouden een uniforme doorsneepremie te hanteren (art. 8 lid 1 Wet Bpf 2000), ongeacht of sprake is van een DB-regeling of DC-regeling. De totaal benodigde doorsneepremie wordt door een fonds berekend op basis van het aantal deelnemers dat onder de Verplichtstelling en naar rato van de loonsom of de som van de pensioengrondslagen verdeeld over de aangesloten werkgevers. De werkgevers zijn premiebetalingsplichtig en voldoen de doorsneepremie rechtstreeks aan de pensioenuitvoerder. Werkgever en werknemers kunnen met elkaar overeenkomen dat de werknemer een deel van de premie voldoet.²⁴ Indien een fonds verschillende pensioenregelingen uitvoert, die inhoudelijk in voldoende mate afwijken, mogen voor deze regelingen verschillende doorsneepremies worden vastgesteld (art. 8 lid 1 jo lid 3 en art. 4 Wet Bpf 2000).

De doorsneepremie wordt voor een individuele werkgever uniform en onafhankelijk van de (gemiddelde) leeftijd van het eigen werknemersbestand vastgesteld. Ook de hoogte van het werknemersdeel van de doorsneepremie wordt uit het oogpunt van de solidariteitsgedachte onafhankelijk van de individuele leeftijd van een werknemer vastgesteld, als percentage van de pensioengrondslag of als procentueel gelijke premie (art. 8 lid 1 Wet Bpf 2000).

Indien een werkgever met een werknemer is overeengekomen dat de werknemer een deel van de kosten van de doorsneepremie voldoet, wordt deze werknemerspremie ingehouden op het brutoloon van de werknemer. De werkgever draagt deze premie, evenals het werkgeversdeel af aan het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds. Ingeval de pensioenpremie leidt tot een verschil in beloning voor verschillende deelnemers, is sprake van een verschil in arbeidsvoorwaarden (art. 3 sub e Wgbla). De Wgbla ziet op een gelijke behandeling bij de arbeidsvoorwaarden.

²⁴ *Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 3, p. 3 en 4.*

Bij DB-regelingen met doorsneepremie is sprake van een toegezegde uitkering. Er is geen recht op een specifieke premie.²⁵ De doorsneepremie voor een specifieke werkgever en het werknemersdeel van de doorsneepremie worden onafhankelijk vastgesteld van de individuele leeftijd van de werknemer. Direct onderscheid op basis van leeftijd bij het vaststellen van de hoogte van de premie is derhalve niet aan de orde. Onderstaand wordt besproken of wel sprake kan zijn van indirect onderscheid bij de premie en aanspraak.

Het werknemersdeel van de premie

Bij de vaststelling van het werknemersdeel van de doorsneepremie kan indirect onderscheid naar leeftijd optreden. Indien de premie immers actuarieel was vastgesteld, had de premie van de oudere werkgever hoger moeten zijn dan die van de jongere werknemer, omdat premies die op latere leeftijd worden ingelegd minder lang kunnen renderen. Bij indirect onderscheid kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan onderscheid op grond van geslacht, daar de actuarieel benodigde premie voor vrouwen hoger ligt dan van mannen. Dit verschil komt niet tot uiting in het werknemersdeel van de premie. Er wordt wel gesteld dat bij de doorsneepremie voorts sprake kan zijn van indirect onderscheid in het werkgeversdeel van de premie. Dat is echter onjuist. Weliswaar legt de werkgever de premie bij, voor zover deze niet wordt gedragen door de werknemer, maar daarbij moet in de gaten worden gehouden dat het niet gaat om 'bijleggen' op individueel niveau, maar om bijleggen op het niveau van de bedrijfstak.

Indien bij het werknemersdeel van de premie sprake is van een procentuele verdeling van de premie tussen werkgever en werknemer – bijvoorbeeld 'fifty/fifty' – kan sprake zijn van een ongelijke beloning. Immers, indien de premie voor oudere werknemers stijgt en de premie wordt ingehouden op het brutoloon, ontvangen de oudere werknemers een lagere netto salaris dan jonge werknemers. Dat kan ook het geval zijn, indien het werknemersdeel van de premie een vast percentage van de pensioengrondslag bedraagt. Ongelijke beloning voor gelijke arbeid is niet toegestaan (zie art. 157 VWEU). De regering heeft ontwijkend gereageerd op de vraag of een lager nettosalaris bij de doorsneepremie leidt tot verboden leeftijdsonderscheid, door te antwoorden dat de totale loonkosten voor de werkgever bij een doorsneepremie en een leeftijdsafhankelijke werknemerspremie gelijk zijn.²⁶ Het onderscheid in beloning zal meen ik echter wel objectief gerechtvaardigd moeten worden.

Voor een objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid in beloning bij de werknemerspremie, kan worden aangesloten bij de sociale en economische doelstelling van de regering voor het vergeven van een uitsluitend recht aan verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. De solidariteit die middels de doorsneepremie wordt bereikt, vindt de Nederlandse regering belangrijk, aangezien hierdoor wordt verwezenlijkt dat een ieder, ongeacht de individuele kenmerken en het individuele risicoprofiel tegen

²⁵ Zie ook de oordelenlijn van het CRvM, waaruit blijkt dat verschillende pensioensystemen voor jonge en oudere werknemers mogen worden toegepast, voor zover zij een gelijkwaardige pensioen kunnen bereiken (o.a. oordeel 2005-219).

²⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 93. Zie ook M. Heemskerk, "Gelijke behandeling en pensioen", in Lutjens (2013), p. 503.

betaalbare kosten een pensioen kan opbouwen. Doordat de deelname in verplicht gestelde regelingen verplicht is gesteld en kan worden gehandhaafd wordt risicoselectie tegengaan en blijven niet de “slechte” risico’s met onaanvaardbare kosten alleen achter in een pensioenregeling. De solidariteit die wordt bereikt met behulp van de doorsneepremie, hangt derhalve nauw samen met de mededingingsrechtelijke rechtvaardiging voor het uitsluitende recht van bedrijfstakpensioenfondsen. Het doel voor deze verplichtstelling is door de nationale rechter en het HvJEU legitiem geacht in de arresten Brentjens c.s. Een vraag die dan nog relevant kan zijn is, of het onderscheid in beloning tussen werknemers de proportionaliteitstoets kan doorstaan. Het HvJEU zal vanwege de marginale toetsing van een dergelijk door sociaal- en arbeidsmarktbeleid ingegeven premie, hoogstens een richtsnoer meegeven aan de nationale rechter. Dit is echter nog niet gedaan door het HvJEU. Ook het CRvM heeft hier niet eerder over geoordeeld. Wel heeft het CRvM in het verleden in oordeel 2009/98 uitgesproken dat een goed alternatief voor een leeftijd gerelateerde werknemersbijdrage in een DC-regeling het hanteren van een eind- of middelloonregeling zou zijn. Oudere werknemers dienden ingevolge het CRvM in verhouding tot jongere werknemers geen (fors) groter deel van hun inkomen kwijt te zijn. Bij de doorsneepremie is van dit laatste criterium geen sprake.

Het werkgeversdeel van de premie

Kan worden gesteld dat het werkgeversdeel van de premie indirect leeftijdsonderscheid met zich brengt? Bij DB-regelingen wordt geen premie toegezegd aan de werknemers maar een uitkering. In die zin maakt het niet uit of kan worden beredeneerd dat het werkgeversdeel van de premie in de bedrijfstak gemiddeld hoger zal liggen bij oudere werknemers dan bij jongere werknemers. Er bestaat immers geen recht op deze premie. Ook is geen sprake van onderscheid bij de beloning. Hierbij is wel van belang dat de werkgever het werkgeversdeel van de doorsneepremie niet overmaakt aan de werknemer, maar rechtstreeks voldoet aan de pensioenuitvoerder. Het HvJEU heeft in het Worringham en Humphreys/Lloyds Bank arrest overwogen dat wel sprake kan zijn van ongelijke beloning indien het nettoloon van mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijk is, maar het brutoloon verschillend. Het brutoloon verschilt indien de werkgever het werkgeversdeel van de pensioenpremie overmaakt aan de werknemer, alvorens deze af te storten bij de pensioenuitvoerder. Er is in dat geval geen sprake van ongelijke behandeling vanwege de ongelijkheid van de pensioenpremies, maar vanwege de ongelijkheid die ontstaat door de aan het brutoloon gekoppelde voordelen.²⁷ Het brutoloon is immers rechtstreeks bepalend voor andere aan het loon gekoppelde voordelen, zoals afvloeiingsregelingen en werkloosheidsuitkeringen. Alhoewel werknemers met een ongelijke werkgeversbijdrage dit niet terug zien in de hoogte van het nettoloon, komt de ongelijkheid van de bijdrage dus wel tot uiting in de ander aan het loon gekoppelde voordelen. Die ongelijke beloning is niet toegestaan volgens het HvJEU.

²⁷ Zie E. Lutjens (1989), p. 439, onder verwijzing in noot 28 naar Ktr. 's-Gravenhage, 5 maart 1987, *TAR* 1987, 116; Rb. Utrecht 25 mei 1988, *TAR* 1988, 159 en Prechal, *NJCM-bulletin*, 1987, p. 158.

Op grond van Richtlijn 86/378 mag in basispensioenregelingen de werkgeverspremie voor mannelijke en vrouwelijke werknemers verschillen, zodat rekening kan worden gehouden met de verschillen in actuariële kosten, mits de uitkeringen voor mannen en vrouwen gelijk zijn (zie art. 12c WGB m/v²⁸).

Zolang de uitkeringen voor mannen en vrouwen in DB-regelingen en DC-regelingen gelijk (kunnen) zijn, is concluderend onderscheid op grond van leeftijd toegestaan, voor zover dit onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd. De nationale wet zal hierop wel moeten worden aangepast, ingeval niet langer sprake is van een doorsneepremie, maar van een sociale premie (zie art. 8 lid 1 Wet Bpf 2000).

Doorsnee-opbouw

Indien de doorsneepremie niet langer wordt toegepast binnen verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregelingen, betekent dit dat ook de doorsnee-opbouw zal moeten worden los gelaten. Doorsneepremie en doorsnee-opbouw dienen er immers tezamen voor te zorgen dat werknemers in verschillende leeftijdscohorten eenzelfde pensioenaanspraak kunnen bereiken op de pensioendatum. Hier geldt de wet van de communicerende vaten: stijgt of daalt de premie met de leeftijd van een werknemer, dan zal de opbouw zo moeten worden aangepast, dat een zelfde pensioenresultaat kan worden bereikt op de pensioendatum. Een doorsnee-opbouw is geen uitdrukkelijk vereiste om te kunnen voldoen aan het solidariteitsbeginsel, welk beginsel mede de inbreuk op het mededingingsrecht rechtvaardigt bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen.

De doorsnee-opbouw berust op het vereiste van de tijdsevenredige opbouw in artikel 17 PW en wordt onafhankelijk van de individuele leeftijd van een werknemer vast gesteld. Indien een degressieve opbouw zou worden geïntroduceerd bij wet, wordt de pensioenopbouw lager naarmate een werknemer ouder wordt. Deze opbouw is thans niet mogelijk,²⁹ maar wordt met name wel bepleit vanuit economisch perspectief, om zo tegemoet te komen aan de kritiek van jongeren dat zij de subsidie niet genieten die zij zelf aan ouderen geven door een toegenomen mobiliteit op de arbeidsmarkt van jongeren, de overstap naar het ondernemerschap tussen het 30^e en 46^e jaar, de overstap naar een buitenlandse werkgever en de demografische veranderingen, zoals de toegenomen vergrijzing en toegenomen levensverwachting van mannen en vrouwen. Het koppelen van de pensioenopbouw aan de leeftijd van werknemers, is mogelijk indien dit geschiedt in het kader van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. Door een degressieve opbouw zal de arbeidsparticipatie van ouderen mogelijk afnemen door een lagere pensioenopbouw op hogere leeftijd. De arbeidsparticipatie van jongeren zal door de maatregel naar mijn verwachting niet toenemen. Jongeren willen doorgaans al graag werken nadat zij de studie verlaten. Te meer nu in de afgelopen periode de werkloosheid is opgelopen. De degressieve opbouw beperkt de solidariteit tussen jongere en oudere werknemers. Dit staat contrair op het doel een zo hoog mogelijke mate van solidariteit te bewerkstelligen ter rechtvaardiging van het uitsluitende recht van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Er zal om die reden bij een

²⁸ Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen van 1 maart 1980, *Stb.* 1980, 86.

²⁹ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 413, nr. 3, p. 186; nr. 17, p. 36; *Kamerstukken II* 1989-1999, 26 415, nr. 3, p. 31-32.

degressieve opbouw sterker moeten worden gestuurd op een rechtvaardiging op basis van het beleid van de overheid om de arbeidsvoorwaarden voor jongeren te verbeteren. Het is echter niet aangetoond dat de boven besproken ontwikkelingen waardoor jongeren mogelijk minder pensioen opbouwen tijdens hun werkzame leven in ieder bedrijfstak nodig zou zijn. Bovendien hebben zij, bij een blijvende deelname aan de bedrijfstakpensioenregeling, net als de oudere werknemers de mogelijkheid om een redelijk pensioen op te bouwen. Ontwikkelingen zoals de neerwaartse (fiscaal gefacilieerde) bijstelling van het opbouwpercentage mogelijk zal resulteren in lagere pensioenen voor de huidige jongeren dan voor de huidige ouderen, is een ontwikkeling die los staat van de vraag of de doorsneepremie voor jongeren en ouderen onder dezelfde omstandigheden in een zelfde pensioenuitkering kan resulteren. De rechtvaardiging voor het introduceren van een degressieve opbouw is daarmee meen ik nog niet gegeven. Mocht deze er wel zijn, dan meen ik dat de aanpassing van artikel 17 PW binnen de geest van de wet te realiseren is. Een minder ingrijpend alternatief voor de degressieve opbouw zou zijn om deze los te laten en daarmee ook de Verplichtstelling. Zover is het echter nog niet.

DC-regelingen zonder doorsneepremie

Leeftijd speelt in de actuariële berekeningen van DC-regelingen een grote rol. Hoe dichter een werknemer bij de pensioendatum in de buurt komt, hoe kostbaarder de premie wordt die de werknemer voldoet. In beschikbare premiereregelingen wordt gebruik gemaakt van cohortsgewijze leeftijd gerelateerde staffels voor de vaststelling van de hoogte van de pensioenpremie. Deze fiscale staffels zijn door de Belastingdienst vastgesteld. De equivalentie tussen premie, risico en uitkering is door de koppeling tussen leeftijd en premie bij beschikbare premiereregelingen groter dan bij de doorsneepremie.

De premie voor een individuele werknemer wordt bij DC-regelingen niet uitsluitend bepaald door de individuele omstandigheden van een werknemer. Er mag geen rekening worden gehouden bij de hoogte van de individuele premie met elementen als geslacht, aard van het dienstverband, burgerlijke staat en leefsituatie. Voorts ontbreekt directe equivalentie tussen premie, risico en aanspraak indien de pensioenverzekering specifieke risico's dekt voor het gehele deelnemersbestand van een werkgever, zoals de dekking van het risico op premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid en het uitbetalen van nabestaandenpensioen op risicobasis, waarbij naar het gehele deelnemersbestand van een werkgever zal worden gekeken.

De rechter heeft zich de afgelopen jaren al vaker gebogen over vermeend leeftijdsonderscheid in beschikbare premiereregelingen ex artikel 8 lid 3 WGBL. Het is vaste rechtspraak van het CRvM dat het hanteren van een voor iedereen gelijke premie (percentage van de pensioengrondslag) of een actuariel gelijke premie, resulterend in een voor iedereen gelijk pensioenuitkering, is toegestaan, als daarvoor een koppeling tussen leeftijd en premie nodig is. Het CRvM heeft overwogen, dat dan wel het toepasselijke fiscale staffelbesluit moet worden gevolgd of daaraan parallel moet lopen. Een rekenrente tussen de 3% en 4% valt volgens het CRvM ook onder de uitzondering van artikel 8 lid 3 Wgbla. Het gemaakte onderscheid valt echter, anders dan de Nederlandse regering veronderstelde, niet onder de uitzondering van artikel 6 lid 2 Richtlijn en zal derhalve objectief gerechtvaardigd moeten worden. Het

doel voor het onderscheid is, dat de ongelijke behandeling bij de premie – die mede valt terug te voeren op actuariële verschillen vanwege leeftijd en geslacht – onder gelijke voorwaarden resulteert in gelijke of gelijkwaardige aanspraken voor de verschillende leeftijdscohorten.

Een werknemersbijdrage die bestaat uit een percentage van de (met de leeftijd) oplopende beschikbare premie vormt direct onderscheid op grond van leeftijd en wordt niet altijd gerechtvaardigd geacht door het CRvM.³⁰ Een oordeel van het CRvM waarin sprake was van zo'n met de leeftijd progressief stijgende werknemerspremie is oordeel 2004/174.³¹ De werknemersbijdrage bedroeg 40% van de gestaffelde premie uit het Staffelbesluit en had onderscheid op grond van leeftijd ten gevolge. Het gemaakte onderscheid was niet objectief gerechtvaardigd ingevolge het CRvM. Interessant zijn de overwegingen van het CRvM in oordeel 2005/174 inzake de beoordeling van de door de werkgever aangedragen doelen voor de ongelijke behandeling (zie r.o. 3.5 t/m 3.16). De eigen bijdrage als percentage van de beschikbare premie heeft vier doelen: 1. Het binden van werknemers aan de werkgever. 2. Het voorkomen dat jongere werknemers afstand doen van het recht op pensioenopbouw. 3. Het voorkomen dat oudere werknemers minder snel worden aangenomen of sneller moeten afvloeien. 4. Het voorkomen dat werkgevers zullen afzien van de beschikbare premieregeling als pensioenvoorziening. Doel 1 is legitiem volgens het CRvM maar ketst af op de proportionaliteitstoets. Het doel kan met minder ingrijpende middelen worden bereikt, zoals het bieden van een goed pensioen of fijne werkomgeving. Ook middel 2 voldoet niet aan het proportionaliteitsvereiste. Lutjens, die in deze zaak als deskundige optrad, had aangegeven dat een werkgever ook kan zonder het maken van leeftijdonderscheid kan voorkomen dat werknemers afstand doen van het recht op pensioenopbouw door de deelname in de pensioenregeling contractueel verplicht te stellen, waardoor het niet langer mogelijk is afstand te doen. Ook het derde en vierde doel waren legitiem, maar niet passend om het doel te bereiken. Met name valt op dat bij het CRvM accepteert bij het derde doel dat sprake is van bescherming van de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers. Bij de door werkgever gehanteerde premiebijdrage hoeft deze minder kosten te maken voor oudere werknemers dan bij een premie die is gebaseerd op een percentage van de pensioengrondslag. Dit legitieme doel sneuvelt achter op proportionaliteit.

Voor differentiatie in de werkgeversbijdrage is het volgende relevant. Sinds 1 januari 2005 moeten pensioenuitkeringen onafhankelijk van het geslacht van de verzekerden gelijk zijn bij DC-regelingen (art. 12c Wgb m/v). Dit doel kan worden bereikt door gebruik te maken van een gedifferentieerde werkgeversbijdrage of uit te gaan van een gelijke uitkering. Bij gedifferentieerde werkgeversbijdragen worden in feite een staffel voor mannen en een staffel voor vrouwen gebruikt, die beide van hetzelfde ambitieniveau uitgaan. Vrouwen leven gemiddeld langer dan mannen en dus is voor hen een groter pensioenkapitaal nodig dan voor mannen. Dat gegeven komt tot uiting in de staffel voor vrouwen.³² Ingeval wordt gekozen voor gelijke uitkeringen zijn de staffels gelijk en wordt gebruik gemaakt van gelijke winstbischrijvingen. Hiervoor worden sekseneutraletarieven gemaakt. Bij een sekseneutraal

³⁰ CRvM 17 mei 2004, oordeel 2004-51; en CRvM 17 mei 2004, oordeel 2004-52.

³¹ CRvM, 1 januari 2004, oordeel 2004/174.

³² Zie Burggraaf (2009), p. 119.

tarief wordt gekeken naar het gemiddelde van de premies die voor vrouwen en mannen nodig zijn. Verschuift de personeelssamenstelling, dan kunnen de lasten hierdoor flink stijgen (meer vrouwen) of juist dalen (meer mannen).³³

De lijn waarlangs het CRvM redeneert zal bij het beoordelen van leeftijdscriteria in berekeningen van de werkgeverspremie in de toekomst (moeten) wijzigen vanwege het arrest Kristensen/Experian. Dat geldt ook voor het standpunt van de Nederlandse regering dat zowel de werkgeverspremie als de werknemerspremie onder de uitzonderingsgronden van artikel 6 lid 2 Richtlijn en artikel 8 lid 3 Wgbla vallen. Het gebruik van cohortsgewijze leeftijd gerelateerde staffels zal steeds objectief gerechtvaardigd moeten worden. Indien tijdens de deelname aan de pensioenregeling sprake is van het toetreden tot een nieuw leeftijdscohort, waarbinnen geen leeftijdsonderscheid wordt gemaakt, kan mijns inziens niet met succes worden betoogd dat de vaststelling van de toetredingsleeftijd voor dit nieuw leeftijdscohort gelijk is aan de vaststelling van de toetredingsleeftijd voor de pensioenregeling, die recht geeft op gebruikmaking van de uitzondering in artikel 6 lid 2 Richtlijn en artikel 8 lid 2 Wgbla.

Objectieve rechtvaardiging

Indien leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen ten behoeve van pensioenpremies, pensioenopbouw of pensioenuitkeringen worden gebruikt die niet leiden tot de vaststelling van een toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd, zal dit onderscheid objectief gerechtvaardigd moeten worden (art. 6 lid 1 Richtlijn en art. 7 Wgbla). In veel gevallen verwacht ik dat een aangevoerde objectieve rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid bij de actuariële berekeningen stand zal kunnen houden. Te meer indien deze vallen binnen de doelstellingen van de Richtlijn en de nationale doelstellingen inzake arbeidsmarkt en arbeidsvoorwaarden. Het HvJEU toetst de nationale doelstellingen marginaal.³⁴

In Nederland wordt met het gebruik van de fiscale staffels ernaar gestreefd om ofwel voor iedereen een gelijke premie te hanteren, ofwel een actuariële gelijke premie te hanteren die voor deelnemers die in dezelfde omstandigheden verkeren leiden tot gelijke pensioenuitkering. Dat is een andere situatie dan in het arrest Kristensen/Experian. In dat arrest waren de premies niet voor alle leeftijdscohorten gelijk. Ook was geen sprake van een actuariële gelijke premie, resulterend in gelijke pensioenuitkeringen voor verschillende leeftijdscategorieën. Bij de laatste optie bouwt een 25-jarige evenveel pensioen op als een 60-jarige, indien deze hetzelfde salaris verdienen. In het Kristensen/Experian arrest gaf het HvJEU aan dat sprake was van een legitiem doel voor het onderscheid – redelijke pensioenen voor een ieder, ook voor ouderen die op relatief late leeftijd gingen deelnemen – en dat de maatregel – te weten: de op het oog enigszins willekeurig gekozen werkgevers- en werknemersbijdragen – waarschijnlijk passend en noodzakelijk was. De nationale rechter moest de noodzaak van de regeling nog wel onder de loep nemen en kijken of er maatregelen zijn die minder ingrijpend zijn ('proportionaliteitstoets'). De kans dat de Nederlandse rechter het gebruik van de fiscale staffels objectief gerechtvaardigd acht lijkt mij

³³ Zie Burggraaf (2009), p. 120.

³⁴ Leeftijdsonderscheid in pensioenregelingen van individuele werkgevers, werknemers ?? dat niet in lijn is met het nationale beleid op het terrein van de arbeidsvoorwaarde pensioen, zal minder snel gerechtvaardigd zal zijn dan wanneer dat wel het geval is.

hierdoor zeer wel aanwezig, gezien het streven naar gelijkheid van premies of uitkeringen voor een ieder, waarbij ik meen dat gelijke uitkeringen eenvoudiger objectief te rechtvaardigen zijn dan gelijke premies. Zekerheid is er echter niet.

Een voorbeeld van een oordeel van het CRvM waarin geen sprake was van een objectieve rechtvaardiging voor een werknemersbijdrage die leeftijdsafhankelijk is oordeel 2009/98 van het CRvM. In dit oordeel overwoog het CRvM dat het bedrijf met leeftijd gerelateerde werknemersbijdragen twee legitieme doelen nastreefde: het bereiken van een pensioenvoorziening van een adequaat niveau en voorkomen dat de kosten van het werkgeversdeel van de premie zo hoog oplopen dat het (te) onaantrekkelijk wordt om oudere werknemers in dienst te nemen of te houden. Deze doelstellingen komen in redelijke mate overeen met de doelstellingen zoals genoemd in het Kristensen/Experian arrest. Het CRvM meende echter dat het middel disproportioneel was aan het doel en dat het doel ook kon worden bereikt door te kiezen voor een eind- of middelloonregeling waarbij geen sprake is van leeftijdsonderscheid. Indien de werkgever de premiereregeling wilde behouden, moest deze er voor zorgen dat oudere werknemers in verhouding tot jongere werknemers geen (fors) groter deel van hun inkomen kwijt zijn, aldus het CRvM (r.o. 3.17).³⁵

Verschillende pensioensystemen voor jong en oud

De vaste oordelenlijn van het CRvM is, dat verschillende pensioensystemen voor jong en oud mogen worden toegepast, zolang zij maar alleen een gelijk of gelijkwaardig pensioen kunnen ontvangen op de pensioendatum. Een interessant oordeel werd in dit verband uitgesproken ten aanzien van de wijziging van de pensioenregeling van het ABP van een eindloonregeling in een middelloonregeling.³⁶ Het ABP koppelde de pensioenopbouw en hoogte van de franchise aan drie verschillende leeftijdscohorten, die gekoppeld waren aan de geboortedatum van de deelnemers. Er werd met deze opzet gestreefd naar redelijke pensioenen, die onderling vergelijkbaar zouden zijn. Ook was het doel te voorkomen dat groepen werknemers een gunstiger resultaat zouden behalen dan onder de oude eindloonregeling en dat de kosten voor de werkgever zouden stijgen. Solidariteit werd expliciet als reden voor deze inrichting van de pensioenregeling genoemd. Immers, indien de eindloonregeling voor de oude werknemers in stand was gebleven en de nieuwe werknemers waren gaan deelnemen aan de middelloonregeling, zouden de pensioenverschillen nog heel lang in stand blijven. Alternatieven die beter zouden uitwerken had het ABP niet kunnen vinden. Het CRvM achtte het onderscheid objectief gerechtvaardigd. Ingeval een werkgever een nieuwe pensioenregeling zou willen introduceren voor werknemers, kan het maken van leeftijdsonderscheid derhalve objectief gerechtvaardigd zijn, als de oude en nieuwe werknemers uitzicht op een zelfde pensioenresultaat worden geboden.

Consequentie ongerechtvaardigde inbreuk

De consequentie van ongerechtvaardigde inbreuk op het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd is nietigheid. De vraag luidt vervolgens hoe de benadeling ongedaan kan worden gemaakt. Uit

³⁵ [noot]

³⁶ [noot]

vast rechtspraak van het Hof blijkt, dat werknemers die zijn benadeeld het voordeel dienen te ontvangen dat de bevoordeelde werknemers hebben ontvangen. Het voordeel van de bevoordeelden wegnemen, wordt door het Hof in beginsel niet als juist beoordeeld. Het nadeel van de benadeelden moet ongedaan worden gemaakt.

Conclusie

De mogelijkheden om tussen groepen belanghebbenden te differentiëren naar leeftijd en geslacht bij de vaststelling van pensioenpremies, pensioenuitkeringen en de waarde van pensioenopbouw zijn beperkt. In zijn algemeenheid geldt dat de mogelijkheid om indirect of direct onderscheid te maken op grond van leeftijd bij de vaststelling van de premie en prestatie, uitdrukkelijk in de wet moet zijn vastgelegd of objectief moet worden gerechtvaardigd. Direct onderscheid op grond van geslacht is niet mogelijk ingeval geen sprake is van een wettelijke uitzonderingsgrond. Bij de objectieve rechtvaardiging van onderscheid is het onder meer van belang dat deelnemers aan een pensioenregeling niet mogen worden beperkt in hun mogelijkheden om een zelfde pensioenuitkering te kunnen bereiken en dat er geen andere maatregel is die minder ingrijpend is en tot hetzelfde doel leidt.

Direct onderscheid bij de beloning tussen mannen en vrouwen is niet toegestaan, tenzij daar een wettelijke uitzonderingsgrond voor bestaat. In artikel 12 sub c Wgb m/v is een uitzondering opgenomen voor het gebruik van actuariële factoren in de pensioenberekeningen. Dat gebruik moet leiden tot een zelfde pensioenuitkering. Uit het recente arrest Kristensen/Experian van het HvJEU is gebleken dat de mogelijkheid om leeftijdscriteria te gebruiken bij actuariële berekeningen in pensioenregelingen beperkter is, dan werd verondersteld door de Nederlandse regering (zie artikel 6 lid 2 Richtlijn. Het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen is niet uitgezonderd van het verbod op leeftijdsdiscriminatie in artikel 6 lid 2 Richtlijn. Dit is slechts anders als deze criteria zijn gebruikt voor het vaststellen van de toetredingsleeftijd of pensioengerechtigde leeftijd. Dit betekent dat artikel 8 lid 3 Wgbla moet worden geschrapt of aangepast, aangezien de Nederlandse regering ten onrecht heeft aangenomen dat sprake was van een zelfstandige uitzonderingsgrond bij het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen. Ook een progressieve premie of degressieve premie valt niet onder de reikwijdte van artikel 6 lid 2 Richtlijn.