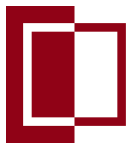




GELIJKE BEHANDELING



Edwin Schop

28 september 2016, *Vrije Universiteit Amsterdam*



GELIJKE BEHANDELING

- WETTELIJK KADER
- COMPENSATIE VOOR VERSOBERING
- DOORWERKEN EN PENSIOENOPBOUW
- KORTING NABESTAANDENPENSIOEN



WETTELIJK KADER



- Wettelijk beschermd persoonskenmerk
- Direct en indirect onderscheid
- Verboden tenzij objectief gerechtvaardigd (EHvJ 20 mei 1986 *Bilka*):
 - legitiem doel?
 - passend middel?
 - noodzakelijk middel?



- Wettelijk beschermd persoonskenmerk
- Direct en indirect onderscheid
- Verboden tenzij objectief gerechtvaardigd (EHvJ 20 mei 1986 *Bilka*):
 - legitiem doel?
 - passend middel?
 - noodzakelijk middel?
- Bepaling door sociale partners: moeten ook voldoen aan voorschriften, kan een gezichtspunt zijn bij oordeel objectieve rechtvaardiging, maar is niet van doorslaggevend belang (EHvJ 31 mei 1995 *Royal Copenhagen*)



- Wettelijk beschermd persoonskenmerk
- Direct en indirect onderscheid
- Verboden tenzij objectief gerechtvaardigd (EHvJ 20 mei 1986 *Bilka*):
 - legitiem doel?
 - passend middel?
 - noodzakelijk middel?
- Bepaling door sociale partners: moeten ook voldoen aan voorschriften, kan een gezichtspunt zijn bij oordeel objectieve rechtvaardiging, maar is niet van doorslaggevend belang (EHvJ 31 mei 1995 *Royal Copenhagen*)
- Als onderscheidend criterium niet wettelijk beschermd:
 - goed werkgeverschap (7:611 BW), gelijke behandeling gelijke gevallen uitgangspunt
 - alle omstandigheden van het geval
 - terughoudende toets 6:248 lid 2 BW (HR 30 januari 2004 *Parallel Entry*)



COMPENSATIE VERSOBERING



Hof Amsterdam 27 januari 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:188)

- Casus:
 - VPL: VUT-regeling (61 jaar, 75% eindloon) voor deelnemers ouder dan 1 januari 1950 in stand gelaten, maar wel naar leeftijd 62 en 63
 - compensatie 2007 t/m 2010 (tenzij) 5% eindejaarsuitkering (EJU):
 - besparingswaarde
 - voor jongere deelnemers en ouderen die niet met VUT gaan/zijn
 - 39 deelnemers niet akkoord, 644 (95%) wel
 - CRvM Oordeel 2007-216: geen leeftijdsonderscheid



Hof Amsterdam 27 januari 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:188)

- Casus:
 - VPL: VUT-regeling (61 jaar, 75% eindloon) voor deelnemers ouder dan 1 januari 1950 in stand gelaten, maar wel naar leeftijd 62 en 63
 - compensatie 2007 t/m 2010 (tenzij) 5% eindejaarsuitkering (EJU):
 - besparingswaarde
 - voor jongere deelnemers en ouderen die niet met VUT gaan/zijn
 - 39 deelnemers niet akkoord, 644 (95%) wel
 - CRvM Oordeel 2007-216: geen leeftijdsonderscheid
 - Hof Amsterdam 27 juli 2010 (ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9262):
 - uitgangspunt is kostenneutraliteit tussen oude en nieuwe regeling, niet meer
 - compensatie voor jongeren onvoldoende versus in stand laten VUT
 - instemming OR niet doorslaggevend
 - regeling doorstaat rechtvaardigingstoets niet



- Casus (vervolg 1):
 - werkgever verhoogt daarop compensatie (Afhandelingsregeling), niet alleen voor niet-akkoorders maar, omdat dit eerlijker is, voor alle deelnemers jonger dan 1950, wederom na instemming OR
 - geboorteaarafhankelijke extra EJU + voortzetting EJU 5% na 2010
 - gold niet voor ouderen, gevolg: bij doorwerken alleen salaris plus 5%
 - uitkomst: voor iedereen nagenoeg 150% voor periode 63-65 jaar
 - reactie ouderen: regeling jongeren is dus beter, is verboden leeftijdsonderscheid en vorderen ook toepassing Afhandelingsregeling (zolang arb. ovkmst voortduurt, max 65 jaar)



- Casus (vervolg 2):
 - Hof:
 - oudere werknemers bevinden zich niet in een geheel andere positie (VUT-regeling is ook versoberd, van 61 naar 62/63)
 - verschil in eventueel wel/niet doorwerken meewegen, namelijk geen plicht om van VUT gebruik te maken, verschil is te groot
 - werkgever had op eenvoudige wijze discriminerende karakter kunnen vermijden.



-
- Kortom:
 - houding collegae niet doorslaggevend, slechts een gezichtspunt
 - instemming(sproces) OR niet doorslaggevend, slechts een gezichtspunt



- Kortom:
 - houding collegae niet doorslaggevend, slechts een gezichtspunt
 - instemming(sproces) OR niet doorslaggevend, slechts een gezichtspunt
 - overgangs-/compensatieregeling:
 - kostenneutraliteit is uitgangspunt
 - verschil in karakter regelingen (omslag vs kapitaal)
 - zelfde einddatum regeling met gelijkwaardige uitkomst



- Kortom:
 - houding collegae niet doorslaggevend, slechts een gezichtspunt
 - instemming(sproces) OR niet doorslaggevend, slechts een gezichtspunt
 - overgangs-/compensatieregeling:
 - kostenneutraliteit is uitgangspunt
 - verschil in karakter regelingen (omslag vs kapitaal)
 - zelfde einddatum regeling met gelijkwaardige uitkomst
 - staffel voor looncomponent gerechtvaardigd?
 - ongelijke behandeling legitiem voor gelijkwaardig resultaat
 - pakketvergelijking
 - compensatie is loon, geen pensioen, dus geen gelijk pensioenresultaat (Oordeel CGB 2006-62, 2007-64, 2007-94)



DOORWERKEN EN PENSIOENOPBOUW



- Diverse uitspraken inmiddels over (nieuw) pensioenontslag
- Inmiddels *Wet werken na AOW-gerechtigde leeftijd*
- Dwingendrechtelijk bepaling ontbreekt, bij *Wet werken na AOW-gerechtigde leeftijd* is dit overgelaten aan sociale partners (vgl. België: art. 13 lid 2 *Wet op het aanvullend pensioen*)
- Vaker gaat voorkomen: doorwerken na pensioenleeftijd (reglementaire pensioendatum of AOW-leeftijd)
- Pensioenopbouw (en overige arbeidsvoorwaarden)?



- CRvM Oordeel 2016-12 d.d. 23 februari 2016
 - pensioenfonds, doorsneepremie, CDC-karakter
 - opbouw tot 2014 pensioendatum 65 jaar, daarna 67 jaar
 - opgebouwd pensioen ingaande 65 jaar kan niet worden uitgesteld
 - voor alle deelnemers stopt pensioenopbouw op 65 jaar
 - er is geen sprake van ongelijke gevallen
 - doorwerken (na 65 jaar) en uitsluiten van pensioenopbouw is direct onderscheid naar leeftijd
 - doel: voorkomen van generatie-onevenwichtigheid



- **CRvM Oordeel 2016-12 d.d. 23 februari 2016**
 - pensioenfonds, doorsneepremie, CDC-karakter
 - opbouw tot 2014 pensioendatum 65 jaar, daarna 67 jaar
 - opgebouwd pensioen ingaande 65 jaar kan niet worden uitgesteld
 - voor alle deelnemers stopt pensioenopbouw op 65 jaar
 - er is geen sprake van ongelijke gevallen
 - doorwerken (na 65 jaar) en uitsluiten van pensioenopbouw is direct onderscheid naar leeftijd
 - doel: voorkomen van generatie-onevenwichtigheid
 - onderscheid is volgens CRvM toegestaan (objectief gerechtvaardigd, artikel 7 lid 1 sub c. WGBLA):
 - de doorsneepremie zal moeten stijgen (0,02%-punt)
 - opbouw moeten worden verlaagd (0,012%-punt), daarmee vooral jongeren de klos
 - versus extra OP deelnemer van EUR 207 bruto/jaar
 - deelnemer heeft al een adequaat pensioen kunnen opbouwen, betere positie dan jongeren



- maar.....
 - wanneer is (nog) sprake van adequaat pensioen?
 - als geen CDC dan geen direct gevolg opbouw jongeren
 - kostenoverwegingen in zijn algemeenheid (en als enige reden) geen rechtvaardigingsgrond (zie onder meer: EHvJ 21 juli 2011, nr. C-159/10 en C-160/10, r.o. 74 (*Fuchs en Köhler*), HR 24 april 1992, NJ 1992, 689 (*Bouma/KLM*), CRvM 11 december 2015, oordeel 2015-52 overweging 3.13 en CRvM 7 augustus 2012, oordeel 2012-137, overweging 3.8)



- maar.....
 - wanneer is (nog) sprake van adequaat pensioen?
 - als geen CDC dan geen direct gevolg opbouw jongeren
 - kostenoverwegingen in zijn algemeenheid (en als enige reden) geen rechtvaardigingsgrond (zie onder meer: EHvJ 21 juli 2011, nr. C-159/10 en C-160/10, r.o. 74 (*Fuchs en Köhler*), HR 24 april 1992, NJ 1992, 689 (*Bouma/KLM*), CRvM 11 december 2015, oordeel 2015-52 overweging 3.13 en CRvM 7 augustus 2012, oordeel 2012-137, overweging 3.8)
- Kortom:
 - in *dit* geval gerechtvaardigd onderscheid
 - in andere gevallen niet vanzelfsprekend dat voor uitsluiten van pensioenopbouw een rechtvaardiging kan worden gevonden



KORTING NABESTAANDENPENSIOEN



- Korting nabestaandenpensioen bij groot leeftijdsverschil blijft spelen
- Veelal reglementair bepaald: korting 2-3% per jaar vanaf 10 jaar verschil in leeftijd
- Indirect onderscheid naar leeftijd (naarmate leeftijd stijgt is leeftijdsverschil groter)
- Indirect onderscheid naar geslacht (korting treft vrouwen vaker dan mannen)
- Objectieve rechtvaardiging?



- Korting nabestaandenpensioen bij groot leeftijdsverschil blijft spelen
- Veelal reglementair bepaald: korting 2-3% per jaar vanaf 10 jaar verschil in leeftijd
- Indirect onderscheid naar leeftijd (naarmate leeftijd stijgt is leeftijdsverschil groter)
- Indirect onderscheid naar geslacht (korting treft vrouwen vaker dan mannen)
- Objectieve rechtvaardiging?



- Korting nabestaandenpensioen bij groot leeftijdsverschil blijft spelen
- Veelal reglementair bepaald: korting 2-3% per jaar vanaf 10 jaar verschil in leeftijd
- Indirect onderscheid naar leeftijd (naarmate leeftijd stijgt is leeftijdsverschil groter)
- Indirect onderscheid naar geslacht (korting treft vrouwen vaker dan mannen)
- Objectieve rechtvaardiging?

(a) oordelenlijn CRvM afwijkend van rechtspraak (selectie):

- **2003-58**: verboden onderscheid naar geslacht (kostenstijging niet aangetoond)
- **2009-54**: verboden onderscheid naar geslacht (minder discriminerende alternatieven zijn voorhanden, kosteneffect is gering)
- **2012-6**: verboden onderscheid naar geslacht (vanaf 2004 niet korten t.b.v. kostenbeheersing was blijkbaar een haalbaar alternatief)



(b) rechterlijke uitspraken niet in lijn met elkaar

- Hof Den Bosch 8 november 2005 (ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6564):
 - onderscheid naar geslacht
 - kostenstijging niet aangetoond
 - alternatieve minder-discriminerende maatregelen voorhanden
 - dus niet noodzakelijk, verboden onderscheid



(b) rechterlijke uitspraken niet in lijn met elkaar

- Hof Den Bosch 8 november 2005 (ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6564):
 - onderscheid naar geslacht
 - kostenstijging niet aangetoond
 - alternatieve minder-discriminerende maatregelen voorhanden
 - dus niet noodzakelijk, verboden onderscheid
- Hof Amsterdam 31 augustus 2006 (ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ0535):
 - 2003-58: verboden onderscheid naar geslacht
 - rechterlijke noodzakelijkheidstoets moet terughoudend i.v.m. betrokken vakorganisaties
 - geen andere alternatieven die minder discriminerend zijn
 - maatregel evenwichtig
 - geen verboden onderscheid

- Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1284
 - geen vermoeden indirect onderscheid naar geslacht
 - zou al onderscheid naar geslacht zijn dan in dit geval objectief gerechtvaardigd:
 - fonds mag grenzen aan solidariteit stellen
 - grens is uitkomst arbeidsvoorwaardenoverleg Cao en tot op zekere hoogte arbitrair, daarom past terughoudende toets
 - onderscheid naar leeftijd kent actuariële grondslag (art. 8 lid 3 Wgbla): jongere nabestaanden leeft langer
- Rechtbank Midden-Nederland 15 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5377
 - geen onderscheid naar geslacht, komt niet aan toets toe
 - geen onderscheid naar leeftijd, wel verwijzing naar EHvJ 26 sept 2013 *Danmark/Experian*



- Hoge Raad 18 december 2015 ECLI:NL:HR:2015:3628
 - CGB Oordeel 2003-58: verboden onderscheid naar geslacht, onredelijke kostenstijging niet aangetoond
 - Hof Amsterdam 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ0535, geen verboden onderscheid i.v.m. grens aan solidariteit
 - verzoek PG tot cassatie in naam der wet



- Hoge Raad 18 december 2015 ECLI:NL:HR:2015:3628
 - CGB Oordeel 2003-58: verboden onderscheid naar geslacht, onredelijke kostenstijging niet aangetoond
 - Hof Amsterdam 31 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ0535, geen verboden onderscheid i.v.m. grens aan solidariteit
 - verzoek PG tot cassatie in naam der wet
 - Hoge Raad: korting niet toegestaan
 - objectieve rechtvaardigingstoets door Hof niet goed toegepast
 - is grens aan solidariteit noodzakelijk?
 - terughoudendheid Hof is miskenning van noodzakelijkheidstoets
 - zelfstandig oordeel over eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, bij onderscheid naar geslacht niet (zonder meer) verlaten op resultaat van overleg sociale partners
 - Hof heeft ten onrechte de kosten van afschaffing in relatie tot totale omvang van het fonds niet betrokken in het oordeel
 - concrete cijfermatige onderbouwing (door fonds) is vereist



- Kortom:
 - doorlopen van de drie stadia was al standaard bij CRvM, civiele rechter zal voortaan gedetailleerd (moeten) ingaan op onderbouwing grens
 - concrete cijfers over korting, het effect van ongedaanmaking van korting, effect op premie en relatie tot totale omvang. Globale cijfers en algemene argumenten vormen geen objectieve rechtvaardiging
 - overleg sociale partners kan een gezichtspunt zijn dat meeweegt, geen rechtvaardiging
 - minder snel noodzakelijk



- Kortom:

- doorlopen van de drie stadia was al standaard bij CRvM, civiele rechter zal voortaan gedetailleerd (moeten) ingaan op onderbouwing grens
- concrete cijfers over korting, het effect van ongedaanmaking van korting, effect op premie en relatie tot totale omvang. Globale cijfers en algemene argumenten vormen geen objectieve rechtvaardiging
- overleg sociale partners kan een gezichtspunt zijn dat meeweegt, geen rechtvaardiging
- minder snel noodzakelijk
- arrest opening claims bestaande kortingsregelingen? Heropening oude kortingsgevallen?
- mogelijke ook voor andere discriminatiekwesties aanscherping van bewijslast en onderbouwingsnoodzaak