

Verschillende behandeling als gevolg van datum in dienst geen verboden leeftijdsonderscheid.

College voor de Rechten van de Mens 03-10-2016, ECLI:NL:XX:2016:120, m.nt. E. Schop

Instantie	College voor de Rechten van de Mens
Datum	3 oktober 2016
Magistraten	Mrs. E.J.M. Hofhuis, A.C.J. van Dooijeweert, P.H.A. van Geel
Zaaknummer	2016-101
Noot	E. Schop
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:XX:2016:120, Uitspraak, College voor de Rechten van de Mens, 03-10-2016;
Wetingang	Art. 7 WGBL

Essentie

Verschillende behandeling als gevolg van datum in dienst geen verboden leeftijdsonderscheid.

Samenvatting

Shell voert per 1 juli 2013 een pensioenregeling in voor nieuwe werknemers, werknemers in dienst voor 1 juli 2013 blijven deelnemen in de bestaande regeling. Het College stelt dat de nieuwe pensioenregeling nadelig is ten opzichte van de 'oude' regeling. De groep nieuwe werknemers is evident jonger dan de groep werknemers in dienst voor 1 juli 2013. Hierdoor is sprake indirect onderscheid naar leeftijd. Het College acht dit onderscheid objectief gerechtvaardigd, onder meer omdat de nieuwe regeling van zeer goede kwaliteit is.

Partij(en)

Oordeel in de zaak van Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) gevestigd te Amsterdam, verzoekster
tegen
Shell Nederland B.V. gevestigd te Den Haag, verweerster

Uitspraak

1. Verzoek

1.1

Verzoekster vraagt het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) om te beoordelen of verweerster verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt, door haar werknemers die na 30 juni 2013 in dienst zijn getreden deel te laten nemen in een individuele beschikbare premieregeling, terwijl de werknemers die voor 1 juli 2013 reeds in dienst waren deelnemen in een middelloonregeling.

2. Verloop van de procedure

2.1

Het College heeft bij de beoordeling de volgende stukken betrokken:

- verzoekschrift van 14 juli 2015, ontvangen op 16 juli 2015;
- brief van verzoekster van 2 september 2015;
- verweerschrift van 15 januari 2016;
- brief van verzoekster van 9 februari 2016;
- aanvullend verweerschrift van 18 maart 2016;
- brief van verzoekster van 11 augustus 2016.

2.2

Het College heeft de zaak ter zitting behandeld op 30 augustus 2016. Partijen zijn verschenen. Verzoekster werd vertegenwoordigd door mr. A.A.M. Broos, advocaat te Utrecht, die werd vergezeld door [...], vakbondsbestuurder, [...], kaderlid en medewerker van verweerster, en [...], actuaris te Amsterdam. Verweerster werd vertegenwoordigd door prof. mr. S.F. Sagel, advocaat te Amsterdam, die werd vergezeld door [...], HR Policy, Benefits and Services manager, [...], NL Benefits (pension) advisor, [...], former Head Actuarial Services Shell Pensioenfonds, [...], Associate General Counsel Global Functions and Head of Legal, en [...], Senior Legal Counsel.

3. Feiten

3.1

Verzoekster is een vereniging van werknemers.

3.2

Verweerster is een onderneming in de olie- en gasector.

3.3

Op 1 juli 2013 heeft verweerster een nieuwe pensioenregeling ingevoerd voor werknemers die op of na die datum in dienst treden van verweerster. Het betreft een individuele beschikbare premiereregeling.

3.4

Het personeel dat in dienst is getreden voor 1 juli 2013 bleef deelnemen in de toen geldende eindloonregeling. Per 1 januari 2015 is deze eindloonregeling omgezet in een middelloonregeling.

4. Ontvankelijkheid

Standpunt verweerster

4.1

Verweerster stelt zich primair op het standpunt dat het verzoek op oneigenlijke gronden is gebaseerd. Volgens verweerster is het verzoekster niet te doen om het bestrijden van onderscheid op grond van leeftijd, maar kan zij niet leven met het feit dat door verweerster de keuze is gemaakt voor een pensioenregeling in de vorm van een individuele beschikbare premiereregeling. Verzoekster heeft op allerlei manieren getracht de invoering van de individuele beschikbare premiereregeling tegen te gaan. Deze pogingen zijn tot nu toe tevergeefs geweest en verzoekster probeert de individuele beschikbare premiereregeling nu tegen te gaan door het College om een oordeel te vragen. Aangezien de bezwaren van verzoekster tegen de individuele beschikbare premiereregeling niets van doen hebben met leeftijdsdiscriminatie zou het College het onderzoek moeten beëindigen wegens kennelijk onvoldoende belang.

Standpunt verzoekster

4.2

Verzoekster erkent dat zij bezwaren heeft tegen de inhoud van de individuele beschikbare premiereregeling en dat dit ook de reden is waarom zij beoordeeld wil zien of verweerster door de invoering daarvan onderscheid op grond van leeftijd maakt. Er is geen sprake van oneigenlijke gronden en verzoekster heeft belang bij het oordeel van het College. Zij maakt gebruik van de bij wet gegeven bevoegdheid om het College om een oordeel te vragen.

Beoordeling door het College

4.3

Op grond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onderdeel e, van de Wet College voor de rechten van de mens (WCRM), in samenhang met artikel 14 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), kan een verzoek om een oordeel worden ingediend door een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid of stichting, die in overeenstemming met haar statuten de belangen behartigt van diegenen in wier bescherming de WGBL beoogt te voorzien.

Vaststaat dat verzoekster een vereniging is met volledige rechtsbevoegdheid die in haar statuten heeft opgenomen dat zij in het algemeen de materiële en immateriële belangen van werkenden wil behartigen. In dit geval wil verzoekster het belang van werknemers bij een gelijke behandeling op grond van leeftijd behartigen. Het College oordeelt dat dit voldoende belang is. Verzoekster is verder ook

bevoegd tot het vragen om een oordeel over de vraag of er sprake is van verboden onderscheid op grond van leeftijd jegens de werknemers die na 30 juni 2013 in dienst zijn getreden. Verzoekster is daarom ontvankelijk in haar verzoek. Dat verzoekster ook op andere manieren heeft getracht de invoering van de individuele beschikbare premiereregeling tegen te houden doet aan die ontvankelijkheid niet af.

5. Invoering individuele beschikbare premiereregeling

— Onderscheid?

Standpunt verzoekster

5.1

Bij de middelloonregeling liggen het beleggingsrisico, het renterisico en het langlevensrisico bij de werkgever, terwijl deze risico's bij de individuele beschikbare premiereregeling bij de werknemers liggen. Dit is nadelig voor de werknemers met een individuele beschikbare premiereregeling. Deze groep bestaat vooral uit jongere werknemers, terwijl de werknemers met een middelloonregeling vooral bestaat uit oudere werknemers. Daarom is sprake van onderscheid op grond van leeftijd.

Standpunt verweerster

5.2

Verweerster stelt dat pas sprake kan zijn van onderscheid op grond van leeftijd als er sprake is van gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld en als er sprake is van nadeel. Volgens verweerster is er bij de twee groepen werknemers geen sprake van juridisch gelijke gevallen, omdat het personeel dat op 30 juni 2013 in dienst was zich in een juridisch andere positie bevindt dan de werknemers die op of na 1 juli 2013 in dienst zijn getreden. Ook ontbreekt volgens verweerster het nadeel voor de groep die valt onder de individuele beschikbare premiereregeling, omdat deze tot dezelfde en mogelijk zelfs tot betere pensioenuitkomsten kan leiden dan de middelloonregeling. Verweerster stelt voorts dat verzoekster heeft verzuimd om met behulp van de overgelegde personeelsgegevens aan te tonen dat er tussen de twee groepen een significant leeftijdsverschil bestaat. Verweerster heeft echter ter zitting aangegeven dat zij er van uit gaat dat er een moment zal komen waarop de groepen qua gemiddelde leeftijd uiteen gaan lopen. Daarom kan volgens verweerster in het kader van de procedure bij het College worden aangenomen dat er een significant leeftijdsverschil bestaat tussen de groepen werknemers. Verweerster trekt daarom haar verweer op dit punt in.

Beoordeling door het College

5.3

Op grond van artikel 3, aanhef en onderdeel e, van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL) is het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden verboden, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging geldt in de zin van artikel 7 WGBL. Van onderscheid op grond van leeftijd is in het onderhavige geval sprake als gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, als er sprake is van een nadeel en als er sprake is van een (significant) leeftijdsverschil tussen de twee

groepen werknemers.

5.4

Verweerster stelt dat er geen sprake is van gelijke gevallen, omdat zij voor de werknemers met een middelloon contractueel gebonden was om gedane pensioentoezeggingen gestand te doen, terwijl het verweerster wel vrij stond om met werknemers die in dienst traden nieuwe pensioenafspraken te maken. Bovendien kon verweerster bij de indiensttreding deelname aan de individuele beschikbare premieregeling als voorwaarde stellen. Bij het zittende personeel kon zij dit niet, omdat zij dan eenzijdig de arbeidsvoorwaarden zou wijzigen.

Naar het oordeel van het College is het feit dat voor de twee groepen werknemers verschillende pensioenregelingen gelden, het gevolg van het beleid waarvoor verweerster zelf heeft gekozen. Het College ziet tussen de beide groepen geen rechtens relevant verschil op grond waarvan zij als ongelijke gevallen zouden moeten worden beschouwd. Voor de beoordeling is slechts relevant dat de deelnemers aan de twee regelingen allen werknemers zijn van verweerster en op grond daarvan gelijk behandeld dienen te worden.

5.5

Ten aanzien van de vraag of er sprake is van nadeel, heeft verzoekster gesteld dat voor de werknemers met de individuele beschikbare premieregeling het beleggingsrisico (het risico dat het belegde pensioenvermogen minder waard is dan verwacht door een ongunstige ontwikkeling op de financiële markten), het renterisico (het risico dat de rente laag is op het moment van pensionering, waardoor ook de pensioenuitkering laag is) en het langlevensrisico (het risico dat op de pensioendatum minder pensioen kan worden aangekocht, omdat er vanwege de hogere levensverwachting langer moet worden uitgekeerd) bij de werknemers liggen. Bij de middelloonregeling liggen deze risico's bij de werkgever. Verweerster heeft hier tegenover gesteld dat het enkele feit dat de risico's verschuiven naar de werknemer niet per se een benadeling hoeft in te houden. Zo kan de individuele beschikbare premieregeling ook leiden tot betere pensioenresultaten, terwijl bij een middelloonregeling aan het resultaat een maximum zit. Het College stelt vast dat niet betwist wordt dat met de individuele beschikbare premieregeling het beleggingsrisico, het renterisico en het langlevensrisico bij de werknemers zijn komen te liggen. Als deze risico's zich verwerkelijken zal de werknemer een lagere pensioenuitkering ontvangen. Bij de beschikbare premieregeling is er ten aanzien van de pensioenuitkering geen minimumgarantie. Bij de middelloonregeling is die garantie er wel, doordat verweerster gehouden is bij te storten als de dekkingsgraad van het pensioenfonds onder de 105% daalt. Het College oordeelt dat er door de risico's voor de werknemers bij de beschikbare premieregeling en het gebrek aan een afdekking van de negatieve risico's sprake is van een nadeel. Het feit dat er ook een voordeel zou kunnen zijn, weegt niet op tegen het nadeel van het ontbreken van een gegarandeerde minimumdekking.

5.6

Verzoekster heeft gesteld dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd tussen de twee groepen werknemers. Verweerster heeft aangegeven dat er voor deze procedure van uit kan worden gegaan dat er sprake is van een significant leeftijdsverschil, nu het in de rede ligt dat dit leeftijdsverschil zich in ieder geval in de toekomst zal voordoen. Het College volgt verweerster hierin en gaat derhalve uit van een

significant leeftijdsverschil tussen de werknemers met een individuele beschikbare premiereregeling en de werknemers met een middelloonregeling.

5.7

Nu het College heeft vastgesteld dat sprake is van gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld, waarbij de ene groep wordt benadeeld ten opzichte van de andere groep en waarbij kan worden aangenomen dat de gemiddelde leeftijd van de benadeelde groep significant lager ligt dan die van de andere groep, komt het College tot het oordeel dat verweerster door de invoering van de individuele beschikbare premiereregeling voor werknemers die na 30 juni 2013 in dienst zijn getreden, onderscheid op grond van leeftijd maakt.

— **Objectieve rechtvaardiging?**

Beoordeling College

5.8

Op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel c WGBL geldt het verbod van onderscheid op grond van leeftijd niet, als het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

5.9

Uit hetgeen verweerster naar voren heeft gebracht maakt het College op dat verweerster, met het invoeren van de individuele beschikbare premiereregeling voor nieuwe werknemers en het tegelijkertijd handhaven van de eindloon-/middelloonregeling voor zittende werknemers, de volgende doelen voor ogen had. Allereerst wilde zij de gevolgen van sterke fluctuatie van koersen ('volatiliteit') terugdringen. Deze volatiliteit was bij de oude regeling hoog en leidde in 2008 ertoe dat verweerster 2 miljard euro moest bijstorten. Dit noodzaakte tot het terugdringen van de pensioenverplichtingen op de balans, die bij de invoering van de nieuwe regeling ongeveer 20 miljard euro bedroegen. Omdat verweerster zich bij een beschikbare premiereregeling alleen verplicht tot het betalen van premie en verder geen risico draagt, hoeven de verplichtingen van een beschikbare premiereregeling, in tegenstelling tot die van de oude regeling, niet verantwoord te worden op de balans. Voorts wilde zij de pensioentoezegging aan het zittende personeel handhaven en nam zij als uitgangspunt dat de nieuwe regeling zou leiden tot een adequaat pensioenresultaat.

5.10

Het College stelt vast dat verweerster met het onderscheid heeft beoogd enerzijds de pensioentoezeggingen voor het zittende personeel gestand te doen en anderzijds een adequate pensioenregeling in te voeren die voor verweerster minder risicovol is dan de middelloonregeling. Het College oordeelt dat verweerster voldoende heeft onderbouwd dat het respecteren van pensioenrechten voor het zittende personeel en het beperken van de risico's op het gebied van de volatiliteit en de gevolgen voor de balans, voldoende zwaarwegend is en beantwoordt aan een werkelijke behoefte van verweerster. Nu niet is gebleken van een discriminerend oogmerk, oordeelt het College dat het doel legitiem is.

5.11

Het College oordeelt dat het doel kan worden bereikt met het gekozen middel en dat daarom sprake is van een passend middel.

5.12

In het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheid van het middel dient eerst te worden beoordeeld of het doel ook kan worden bereikt met een ander middel, waarmee geen of minder onderscheid wordt gemaakt. Verzoekster heeft op dit punt betoogd dat verweerster een collectieve beschikbare premieregeling had kunnen invoeren voor alle werknemers, waardoor er volgens verzoekster geen sprake zou zijn van onderscheid op grond van leeftijd en de risico's niet bij de individuele deelnemers zouden liggen, maar collectief zouden worden gedragen door alle deelnemers. Het College stelt echter vast dat het doel ten aanzien van het respecteren van de pensioenrechten van het zittende personeel niet wordt bereikt met dit middel en dat dit derhalve geen alternatief is. Het handhaven van de oude regeling voor alle werknemers zou evenmin een mogelijkheid zijn, nu daarmee het doel ten aanzien van de beperking van de volatiliteit en de balansgevolgen niet kan worden bereikt. Het College oordeelt op grond hiervan dan ook dat niet is gebleken dat er andere middelen zijn waarmee het doel ook kan worden bereikt.

5.13

Voor de noodzakelijkheid van het middel is voorts vereist dat het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Het College oordeelt dat verweerster voldoende heeft onderbouwd dat de ingevoerde beschikbare premieregeling in zijn soort een ruime pensioenregeling is. Zo hanteert verweerster, in samenspraak met de fiscus, staffels die ruim uitgaan boven de staffels uit het zogenaamde staffelbesluit van 17 november 2014, nr. BLKB2014/2132M, hetgeen voordelig is voor de deelnemers. De werknemers betalen als premie 2% van de pensioengrondslag en verweerster betaalt de rest. Ter zitting heeft verweerster toegelicht dat zij voor de middelloonregeling en de beschikbare premieregeling nagenoeg evenveel inlegt. Het College hecht er waarde aan dat Mercer, een onafhankelijke pensioendeskundige, blijkens een door verweerster overgelegd rapport heeft geconstateerd dat de beschikbare premieregeling van verweerster 'fors' uitsteekt boven hetgeen in de markt ten aanzien van beschikbare premieregelingen gebruikelijk is. Volgens Mercer is sprake van een aanzienlijk hoger opbouwpercentage, een lage rekenrente, een prudente overlevingsstaffel, realistisch ingerekende salarisverhogingen en een volledig pallet van pensioensoorten. De grenzen van de fiscaliteit zijn opgezocht. Bovendien zijn alle relevante risicoverzekeringen volledig afgedekt en komen alle uitvoeringskosten voor rekening van verweerster.

Voor wat betreft de risico's voor de werknemers heeft verweerster verklaard dat deze zoveel mogelijk worden beperkt, door de laatste jaren voor de pensionering het beleggingsrisico te spreiden. Verzoekster heeft deze stellingen van verweerster niet of onvoldoende weersproken, zodat het College uitgaat van de juistheid ervan.

5.14

Het College oordeelt op grond van het voorgaande dat het weliswaar een gegeven is dat de werknemers die deelnemen aan de individuele beschikbare premieregeling meer risico lopen dan de

werknemers in de middelloonregeling, maar dat het onderscheid gezien de goede kwaliteit van de individuele beschikbare premieregeling in evenredige verhouding staat tot het doel. Het middel is naar het oordeel van het College dan ook proportioneel. Het feit dat het onderscheid op grond van leeftijd nog geruime tijd zal voortduren, doet naar het oordeel van het College niet af aan die proportionaliteit, nu dit inherent is aan het feit dat pensioen over een lange periode wordt opgebouwd (vergelijk CGB 5 augustus 2005, oordeel 2005-145).

5.15

Het College oordeelt dat het gemaakte onderscheid op grond van leeftijd objectief gerechtvaardigd is.

6. Oordeel

Shell Nederland B.V. maakt jegens haar werknemers die na 1 juli 2013 in dienst zijn getreden geen verboden onderscheid op grond van leeftijd.

Noot

Auteur: E. Schop

1.

Het hanteren van het criterium 'datum-in-dienst' kan leiden tot (indirect) onderscheid tussen jonge(re) en oude(re) werknemers. Dit indirecte onderscheid is wettelijk verboden, tenzij dit onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd (art. 7 WGBL). Waarbij opgemerkt dat bij de beoordeling of het onderscheid objectief is gerechtvaardigd meeweegt dat een onderscheid in de pensioenregeling is gebaseerd op een cao-bepaling of een verplichtstellingsbeschikking.^[1]

2.

Vermeend indirect onderscheid naar leeftijd als gevolg van het criterium 'datum-in-dienst' speelde ook in Oordeelnummer 2011-124 van (toen nog de Commissie Gelijke Behandeling nu) het College van de Rechten van de Mens (hierna: het College). Een organisatieadviesbureau had de pensioenregeling per 1 januari 2006 ondergebracht bij een andere pensioenverzekeraar. Als gevolg hiervan werd bij de werknemers die *na* 1 januari 2006 in dienst zijn getreden (groep 2) een groter deel van de beschikbare premie als kosten ingehouden dan bij de werknemers die al *vòòr* 1 januari 2006 in dienst waren (groep 1). De werknemers van groep 2 bouwen daardoor uiteindelijk minder pensioen op. Zij het tijdelijk, omdat de benadeling vanaf 1 maart 2010 is weggenomen. Uit (cijfermatige) analyse van het personeelsbestand volgde dat groep 1 een gemiddelde leeftijd heeft van 40,8 jaar en groep 2 een gemiddelde leeftijd van 36,5 jaar, een verschil van 4,3 jaar. Het College stelt vast dat dit verschil in gemiddelde leeftijd niet zal toenemen gezien de per 1 maart 2010 doorgevoerde aanpassing waardoor de groepen 1 en 2 zijn 'bevrozen'; er kunnen alleen nog mensen uitstromen, maar niet meer instromen. De Commissie gaat dan ook uit van een (blijvend, toevoeging ES) verschil in gemiddelde leeftijd van 4,3 jaar tussen beide groepen. In deze casus komt het College tot het oordeel dat er per saldo onvoldoende aanwijzingen zijn om te kunnen concluderen dat er sprake is van onderscheid op grond van leeftijd. Het

College heeft hierbij in aanmerking genomen dat het gemiddelde leeftijdsverschil van 4,3 jaar, gelet op het feit dat de twee groepen elkaar qua spreiding van de leeftijden per groep in grote mate overlappen, niet substantieel is. Tevens heeft het College meegewogen dat elke vergelijking tussen twee werknemers uit groep 1 respectievelijk groep 2, ongeacht hun leeftijd, hetzelfde nadeel laat zien. Het College oordeelt dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat de pensioenregeling personen in het bijzonder heeft getroffen *in verband met* hun leeftijd.

3.

Dit oordeel laat al zien dat de uitkomst anders kan zijn indien, zoals in de praktijk regelmatig het geval is: (a) de verschillen in de toekomst blijven bestaan, (b) door tijdsverloop het verschil tussen de gemiddelde leeftijd van de 'gesloten' groep en de groep van werknemers die na de bewuste datum in dienst zijn getreden groter wordt, (c) de overlap tussen de groepen gering is en/of door tijdsverloop steeds minder wordt en (d) er mogelijk sprake is van een verschillend nadeel tussen werknemers uit groep 1 en 2 dat wèl afhankelijk is van leeftijd. Het gevolg is dat er dan wel sprake kan zijn van indirect onderscheid naar leeftijd, in welk geval de werkgever de geobjectiverde rechtvaardiging daarvan zal moeten aantonen.

4.

Het is vaste jurisprudentie van het College dat (alleen) financieel-economische overwegingen niet voldoende zijn om als objectieve rechtvaardigingsgrond te dienen. Indien een organisatie zich beroept op financieel-economische redenen om een maatregel in te voeren, beoordeelt het College of het financieel-economische belang van de organisatie in evenredige verhouding staat tot het nadeel dat het hanteren van het middel met zich meebrengt. Hierbij geldt dat het College niet snel zal concluderen dat het financieel-economische belang van een organisatie in de weg mag staan aan de op die organisatie rustende verplichting om te voorkomen dat in strijd wordt gehandeld met de gelijke behandelingswetgeving.^[2] Ook het Europese Hof en de Hoge Raad hebben eerder geoordeeld dat financiële omstandigheden op zichzelf niet snel een rechtvaardiging opleveren.^[3]

5.

Uit de VPL-rechtspraak weten we inmiddels dat grote verschillen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarde pensioen voor of na een bepaalde (*geboorte*)datum door het College niet snel gerechtvaardigd worden bevonden (disproportioneel zijn).^[4] Maar onmogelijk is het niet. De sleutel wordt dan gevonden in het feit dat het College de gelijke behandelingsnorm lijkt te toetsen aan de uitkomst van de overgangsregelingen: voor (nagenoeg) alle werknemers gelijke (pensioen)resultaten. Bij de toetsing aan de objectieve rechtvaardigingsgrond voor leeftijdsonderscheid gaat het immers om de vraag of er bij de proportionaliteitstoets een redelijk evenwicht aanwezig is tussen de belangen van de oude(re) en jonge(re) werknemers, mede gezien de beoogde doelen.^[5]

6.

In het onderliggende oordeel van het College biedt Shell werknemers die *na* 30 juni 2013 in dienst treden een premiereregeling aan. Werknemers die *voor* 1 juli 2013 in dienst waren, (mogen) blijven deelnemen aan een uitkeringsregeling. Shell wilde de gevolgen van sterke fluctuatie van koersen ('volatiliteit') terugdringen. Deze volatiliteit is bij de uitkeringsovereenkomst hoog en leidde er bijvoorbeeld toe dat Shell in 2008 EUR 2 miljard moest bijstorten. Dit noodzaakte aldus Shell tot het

terugdringen van de pensioenverplichtingen op de balans, die bij de invoering van de nieuwe regeling ongeveer EUR 20 miljard bedroegen. Voorts wilde Shell de pensioentoezegging aan het zittende personeel handhaven (respecteren van toekomstige pensioenaanspraken) en nam zij als uitgangspunt dat de nieuwe regeling leidt tot een min of meer gelijkwaardig pensioenresultaat.

7.

De FNV vindt dat Shell de groep nieuwe werknemers benadeelt ten opzichte van de groep werknemers die al in dienst is. Vanwege de hogere risico's op een lager pensioen vindt de FNV de premiereregeling een minder goede regeling dan de pensioenregeling voor werknemers van vóór 30 juni 2013. Volgens de FNV maakt Shell daarmee ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd. De werknemers die na 30 juni 2013 in dienst traden, zijn met name jongere mensen. Terwijl de groep werknemers die op 30 juni 2013 in dienst was vooral bestaat uit oudere werknemers.

8.

Shell stelt dat er geen sprake is van gelijke gevallen, omdat zij voor de werknemers met een uitkeringsregeling contractueel gebonden was om gedane pensioentoezeggingen gestand te doen, terwijl het Shell wel vrij stond om met werknemers die in dienst traden nieuwe pensioenafspraken te maken. Naar het oordeel van het College is het feit dat voor de twee groepen werknemers verschillende pensioenregelingen gelden, het gevolg van het beleid waarvoor Shell zelf heeft gekozen. Het College ziet tussen de beide groepen geen rechtens relevant verschil op grond waarvan zij als ongelijke gevallen zouden moeten worden beschouwd. Voor de beoordeling is slechts relevant dat de deelnemers aan de twee regelingen allen werknemers van Shell zijn en op grond daarvan gelijk behandeld dienen te worden. Er is dus wel sprake van twee groepen, maar in juridisch opzicht niet van ongelijke gevallen.

9.

Shell heeft zelf aangegeven dat er voor deze procedure van uit kan worden gegaan dat er sprake is van een significant leeftijdsverschil, nu het (gezien de gesloten karakter van de uitkeringsregeling) in de rede ligt dat dit leeftijdsverschil zich in ieder geval in de toekomst zal voordoen. Het College volgt Shell hierin. Wat overigens niet wil zeggen dat het College zelf altijd van oordeel is dat er bij het onderscheidend criterium 'datum-in-dienst' naar de toekomst toe zonder meer sprake is/zal zijn van een rechtens relevant significant leeftijdsverschil (wat uiteindelijk wel het geval zal zijn bij een gesloten regeling) en dat dit bij het invoeren van de nieuwe regeling als toets heeft te gelden (tenzij er bij de inwerkingtreding van de nieuwe regeling al sprake is van een significant leeftijdsverschil).

10.

In dit oordeel komt het College tot het oordeel dat het doel legitiem is, het middel passend is en het middel noodzakelijk is om het doel te bereiken, en dus sprake is van een objectief gerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd. Daarbij speelt in dit oordeel een belangrijke rol dat er geen minder-onderscheidend alternatief voorhanden was om het doel te bereiken (bijvoorbeeld een CDC-regeling) en de individuele premiereregeling van (zeer, toevoeging ES) goede kwaliteit is. Zo legt Shell voor de uitkeringsregeling en de premiereregeling nagenoeg evenveel in, en levert voor nieuwe werknemers de pensioenregeling min of meer het zelfde pensioenresultaat op als de pensioenregeling van de bestaande werknemers. Om dit te bereiken zijn door Shell bij de opzet van de premiereregeling alle fiscale grenzen opgezocht en betalen de werknemers als bijdrage (slechts, toevoeging ES) 2% van de

pensioengrondslag. De premiereregeling steekt daarom 'fors' uit boven hetgeen in de markt ten aanzien van premiereregelingen gebruikelijk is.

11.

Op grond van *deze* specifieke omstandigheden dient het oordeel (de uitkomst van de objectieve rechtvaardigingstoets) te worden gezien. Omstandigheden waaraan in veel wijzigingstrajecten niet snel zal worden voldaan. Zeker niet, zoals doorgaans in de praktijk, het versoberen van de pensioenregeling (beheersen/verlagen van toekomstige kosten) de voornaamste reden (of zelfs het enige doel) is om nieuwe werknemers een minder goede pensioenregeling aan te bieden. In het licht van voornoemde oordelen en eerdere rechtspraak zal dan, als bij een onderscheid naar 'datum-in-dienst' sprake is van een (toekomstig) evident leeftijdsverschil, niet snel sprake zijn van een objectieve rechtvaardiging. De oplossing kan dan (zie randnummer 5) worden gevonden in het feit dat het College de gelijke behandelingsnorm lijkt te toetsen aan de uitkomst van de overgangsregelingen: voor alle werknemers gelijkwaardige pensioenresultaten. Maar deze voorwaarde zal voor veel werkgevers het doorvoeren van een nieuwe pensioenregeling voor nieuwkomers juist blokkeren. Dat betekent dat wijzigingen niet (lees: nooit) effectief tot stand kunnen komen. Mogelijk dat de werkgever een objectieve rechtvaardiging kan vinden in (een combinatie van) aangetoonde financiële omstandigheden (boekhoudkundig (IFRS) dan wel *cash*), goed werkgeverschap (de zorgplicht of de wens om gewekte verwachtingen niet te schaden), de wens om 'afpraak is afspraak' in stand te houden en de wens een wijziging van de pensioenregeling (gefaseerd) door te voeren. Maar de uitkomst van de rechtvaardigingstoets zal sterk afhangen van de feitelijke omstandigheden.

12.

De werkgever (alsmede de adviseur) is dus gewaarschuwd: het zonder meer doorvoeren van een nieuwe regeling voor nieuwe werknemers kan achteraf leiden tot grote nadelige financiële consequenties. Het advies is het op voorhand zorgvuldig formuleren van het doel en vooraf kritisch (laten) beoordelen of sprake zal zijn van een objectieve rechtvaardiging.

Voetnoten

[1]

Zie HvJ EG 31 mei 1995, zaak C-400/93 (*Royal Copenhagen*), Jur. 1995, p. I-1275; HR 18 december 2015 ECLI:NL:HR:2015:3628.

[2]

Zie onder meer Oordeelnummers 2015-52, 2012-137, 2011-117, 2011-107, met verwijzing naar Oordeelnummers 2005-81 en 2010-151.

[3]

Zie onder meer HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92 (*Roks e.a.*), HvJ EG 21 juli 2011, nr. C-159/10 en C-160/10, r.o. 74 (*Fuchs en Köhler*), en HR 24 april 1992, NJ 1992, 689 (*Bouma/KLM*).

[4]

Zie bijvoorbeeld Oordeelnummer 2006-187.

[5]

Zie noot E. Lutjens bij Oordeel 2010-6 in: *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2010*. Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2011.

[6]

Ook het College is van oordeel dat sprake is van benadeling en wel omdat er sprake is van kans op minder zonder de kans op meer te waarderen. Daar valt (in dit geval) het een en ander tegenin te brengen. Gezien die veronderstellingen (rekenrente,

levensverwachtingen e.d.) kan worden gesteld dat de kans op meer groter is dan de kans op minder. Daarnaast is alleen sprake van (kans op) nadeel als de werkgever in de huidige regeling een (keiharde) bijstortingsplicht kent (pensioenfonds) of de aanspraken zijn gegarandeerd (verzekerde regeling).

[7]

In overleg met het Ministerie van Financiën wordt gebruik gemaakt van staffels die ruim uitgaan boven de staffels uit het zogenaamde staffelbesluit van 17 november 2014, nr. BLKB2014/2132M,