

Doorwerken, pensioenopbouw na AOW-leeftijd, objectieve rechtvaardiging onderscheid naar leeftijd.

College voor de Rechten van de Mens 23-02-2016, ECLI:NL:XX:2016:12, m.nt. E. Schop CPL

Instantie	College voor de Rechten van de Mens
Datum	23 februari 2016
Magistraten	Mrs. E.J.M. Hofhuis, dr. C.M. van Eck, drs. P.H.A. van Geel
Zaaknummer	2016-12
Noot	E. Schop CPL
Vakgebied(en)	Staatsrecht / Grondrechten Ambtenarenrecht / Bijzondere onderwerpen Ambtenarenrecht / Arbeidsvoorwaarden Arbeidsrecht / Algemeen Internationaal publiekrecht / Mensenrechten
Brondocumenten	ECLI:NL:XX:2016:12, Uitspraak, College voor de Rechten van de Mens, 23-02-2016;
Wetingang	Art. 7 lid 1 onderdeel c Wet gelijke behandeling naar leeftijd bij de arbeid

Essentie

Doorwerken, pensioenopbouw na AOW-leeftijd, objectieve rechtvaardiging onderscheid naar leeftijd.

Samenvatting

Deelnemer bouwt na 65^{ste} verjaardag geen pensioen meer op, terwijl zij dan nog wel in dienst is. Zij vindt dat het pensioenfonds haar discrimineert op grond van leeftijd. Het College volgt het pensioenfonds in zijn argumenten. De deelnemer heeft over het algemeen genomen een beter pensioen kunnen opbouwen dan jongere werknemers, haar pensioenopbouw is altijd afgestemd op pensioenleeftijd 65 jaar en heeft daarom een volledig pensioen kunnen opbouwen en, zo stelt het College, heeft het fonds afdoende aangetoond dat het een verhogend effect heeft op de pensioenpremie en valt het opbouwpercentage voor alle deelnemers lager uit. Hiermee is naar het oordeel van het College voldaan aan het vereiste van proportionaliteit, en daarmee ook aan het vereiste van subsidiariteit. Het onderscheid is daarmee objectief gerechtvaardigd.

Partij(en)

Oordeel in de zaak van [...] wonende te [...], verzoekster
tegen
Stichting Pensioenfonds UWV gevestigd te Amsterdam, verweerster

Uitspraak

1. Het verzoek

Verzoekster vraagt het College voor de Rechten van de Mens te beoordelen of verweerster jegens haar (verboden) onderscheid zal maken op grond van leeftijd:

- door haar pensioen in te laten gaan als zij de leeftijd van 65 jaar bereikt en zij dit niet kan uitstellen tot haar AOW-gerechtigde leeftijd;
- doordat zij geen pensioen meer opbouwt als zij de leeftijd van 65 jaar bereikt, terwijl zij dan nog wel in dienst is.

2. Het verloop van de procedure

2.1

Het College heeft kennis genomen van de volgende stukken:

- verzoekschrift van 25 september 2015 dat op 28 september 2015 is ontvangen;
- e-mail verzoekster van 15 oktober 2015;
- verweerschrift van 21 december 2015;
- e-mail verzoekster van 28 december 2015;
- brief verweerster van 14 januari 2016;
- twee e-mails verzoekster van 16 januari 2016.

2.2

Het College heeft de zaak ter zitting behandeld op 21 januari 2016. Verzoekster is, met kennisgeving, niet verschenen. Verweerster werd vertegenwoordigd door prof. dr. E. Lutjens, advocaat, die werd vergezeld door [...], senior pensioenjurist, en [...], bestuurslid van verweerster.

3. De feiten

3.1

Verzoekster is geboren op 13 maart 1951 en bouwt vanaf 15 januari 1993 pensioen op bij verweerster, een pensioenfonds. Op 13 maart 2016 wordt verzoekster 65 jaar. Dit is tevens de ingangsdatum van haar pensioen en nadien bouwt zij geen pensioen meer op. Verzoekster is voornemens in dienst te blijven tot 13 september 2016, het moment waarop zij de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Zij heeft verweerster verzocht om de ingangsdatum van haar pensioen samen te laten vallen met haar AOW-

gerechtigde leeftijd en om tot die datum pensioen te blijven opbouwen. Verweerster heeft dit afgewezen.

3.2

Per 1 januari 2014 is het pensioenreglement van verweerster gewijzigd, waarbij de pensioenleeftijd is verhoogd van 65 naar 67 jaar. Artikel 4.2, eerste lid, van het pensioenreglement bepaalt dat pensioen dat is opgebouwd tot 1 januari 2014 ingaat op de eerste dag van de maand waarin de deelnemer de 65-jarige leeftijd bereikt. Pensioen opgebouwd vanaf 1 januari 2014 gaat in op de pensioendatum, die is bepaald op 67 jaar. Artikel 4.2, tweede lid, van het pensioenreglement bepaalt dat de pensioeningangsdatum kan worden vervroegd voor zover de pensioenleeftijd 67 jaar is.

3.3

Verweerster hanteert een doorsneepremie. Dit houdt in dat de premie voor alle deelnemers is gebaseerd op een gelijk percentage van de pensioengrondslag. De pensioenopbouw stopt als de deelnemer de leeftijd van 65 jaar bereikt.

4. Juridisch kader

4.1

Artikel 3, eerste lid, aanhef en onderdeel e, van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), in samenhang met artikel 1 van deze wet, verbiedt leeftijdsonderscheid bij de arbeidsvoorwaarden, waaronder een pensioenvoorziening. Ook pensioenfondsen, zoals verweerster, vallen onder de werking van deze wet (zie Commissie Gelijke Behandeling, thans College, 24 april 2012, 2012-73, overweging 3.27). Het College zal daarom het onderhavige verzoek hieraan toetsen.

5. Uitstel van de ingangsdatum van het pensioen

Standpunt verzoekster

5.1

Verzoekster voert aan dat verweerster verboden leeftijdsonderscheid jegens haar maakt doordat zij niet de mogelijkheid heeft om de ingangsdatum van haar pensioen af te stemmen op haar AOW-gerechtigde leeftijd. In de tussentijd blijft verzoekster in dienst. Hierdoor krijgt zij een periode zowel loon als pensioen uitgekeerd, waardoor zij meer belasting moet afdragen. Daarnaast zou de waarde van haar ouderdompensioen hoger uitvallen als zij wel de mogelijkheid zou hebben om de ingangsdatum van haar pensioen uit te stellen, omdat de verwachte uitkeringsperiode wordt verkort (actuariële oprenting). Volgens verzoekster worden hierdoor de 'oudere' werknemers getroffen. Zij hebben immers in overwegende mate pensioen opgebouwd met als ingangsdatum 65 jaar, waarbij geen afstemming mogelijk is met de AOW-gerechtigde leeftijd. Dit terwijl een steeds groter wordende groep 'jonge' werknemers pensioen opbouwt met als ingangsdatum 67 jaar, waarbij dat wel kan.

Standpunt verweerster

5.2

Verweerster betwist dat zij in strijd handelt met de WGBL. Zij beroept zich erop dat niet sprake is van vergelijkbare gevallen. Het gaat om twee verschillende regelingen, waarbij de ene regeling een pensioenleeftijd van 65 jaar en de andere regeling een pensioenleeftijd van 67 jaar heeft. Pensioen opgebouwd tot 1 januari 2014 is afgestemd op de ingangsdatum 65 jaar en pensioen opgebouwd vanaf 1 januari 2014 is afgestemd op de ingangsdatum 67 jaar. Als deelnemers, voor zover zij de pensioenleeftijd van 67 jaar hebben, niet de mogelijkheid zouden hebben om het pensioen eerder in te laten gaan dan op hun 67ste, worden zij geconfronteerd met een aanvullend pensioengat, met name als hun AOW-gerechtigde leeftijd lager is dan 67 jaar. Zij hebben er dan immers mee te maken dat zij in beginsel al wel gestopt zijn met werken en AOW ontvangen, maar nog geen aanvullend pensioen. Voor zover de pensioenleeftijd 65 jaar is, doet dit zich dit niet voor.

Beoordeling College

5.3

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd moet eerst worden beoordeeld of sprake is van vergelijkbare gevallen. Het gelijkheidsbeginsel vergt dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van hun ongelijkheid (HvJ EU 16 september 2010, nr. C-149/10, *EHRC* 2010, 132, m. nt. A.G. Veldman (*Chatzi/Ypourgos Oikonomikon*). Daarmee is niet gezegd dat slechts in identieke situaties een beroep op de gelijkebehandelingswetgeving kan worden gedaan. Wel dienen de situaties vergelijkbaar te zijn. Of sprake is van vergelijkbare situaties moet specifiek en concreet worden onderzocht (vergelijk onder meer HvJEU 10 mei 2011, nr. C-147/08, *EHRC* 2011, 96, r.o. 42 (*Römer/Freie und Hansestadt Hamburg*) en EHRM 27 september 2011, nr. 56328/07, *EHRC* 2011, 165, r.o. 36, m. nt. A.E.M. Leijten en J.H. Gerards (*Bah/Verenigd Koninkrijk*).

5.4

Het College overweegt dat alle werknemers zich in beginsel in dezelfde situatie bevinden. Zij zijn werknemer en vallen uit dien hoofde onder de pensioenregeling van verweerster en daarmee ook onder artikel 4.2, eerste lid, van dit pensioenreglement, waarin de twee verschillende pensioenleeftijden zijn opgenomen. Dat in de pensioenregeling wijzigingen zijn aangebracht waardoor de ingangsdatum van het pensioen verschilt afhankelijk van de periode waarin pensioen is opgebouwd, maakt niet dat de werknemers niet vergelijkbaar zijn.

5.5

Verzoekster wil de ingangsdatum van haar pensioen afstemmen op haar AOW-gerechtigde leeftijd. In de praktijk betekent dit dat verzoekster de ingangsdatum van haar pensioen wil kunnen uitstellen tot haar AOW-gerechtigde leeftijd. Het College stelt vast dat geen van de deelnemers de mogelijkheid heeft om de ingangsdatum van het pensioen uit te stellen. In dat opzicht wordt geen onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Verder bestaat er, om onder 5.1 aangegeven redenen, de mogelijkheid om de ingangsdatum van het pensioen te vervroegen voor zover dit is opgebouwd vanaf 1 januari 2014. Ook deze mogelijkheid geldt voor alle deelnemers. Het College is dan ook van oordeel dat verweerster jegens verzoekster geen onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt doordat zij de ingang van haar pensioen niet kan uitstellen tot haar AOW-gerechtigde leeftijd.

6. Opbouw van pensioen

Standpunt verzoekster

6.1

Verzoekster stelt dat verweerster jegens haar verboden leeftijdsonderscheid maakt doordat zij vanaf het bereiken van de leeftijd van 65 jaar geen pensioen meer opbouwt, terwijl jongere werknemers vanaf die leeftijd wel pensioen kunnen opbouwen totdat zij de AOW-gerechtigde leeftijd bereiken.

Beoordeling College

6.2

Ter zitting heeft verweerster desgevraagd verklaard dat onder de huidige pensioenregeling geen van de deelnemers pensioen opbouwt na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Het College concludeert dat dit betekent dat de stelling van verzoekster dat jongere werknemers pensioen kunnen opbouwen totdat zij de AOW-gerechtigde leeftijd bereiken, feitelijke grondslag mist. Dit neemt niet weg dat verweerster jegens verzoekster onderscheid op grond van leeftijd zal maken als zij bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar geen pensioen meer zal opbouwen, terwijl zij nog wel in dienst is, en een werknemer jonger dan 65 jaar wel pensioen opbouwt.

6.3

Leeftijdsonderscheid is niet verboden als hiervoor een objectieve rechtvaardiging is. Ingevolge artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, WGBL vereist dit dat het onderscheid wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel. Daarnaast moeten de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Het is aan verweerster om een objectieve rechtvaardiging aan te dragen voor het leeftijdsonderscheid.

6.4

Verweerster voert aan dat de huidige pensioenregeling en de wijzigingen hiervan in 2014 en 2015 moeten worden gezien tegen de achtergrond van het maatschappelijk debat over 'generatie-onevenwichtigheid' van pensioenregelingen als de onderhavige en van de gewijzigde regels omtrent de fiscale behandeling van pensioenregelingen. Zo is met de invoering van de Wet Verhoging AOW- en Pensioenrichtleeftijd (VAP) de fiscale pensioenrichtleeftijd per 1 januari 2014 verhoogd naar 67 jaar. Om die reden heeft verweerster de pensioenleeftijd verhoogd naar 67 jaar. Daarnaast wordt het fiscaal toegestane opbouwpercentage geleidelijk verlaagd. Dit heeft geresulteerd in een verlaging van het opbouwpercentage. De 'versobering' van het pensioenreglement treft in overwegende mate de jongere werknemers, omdat opgebouwde aanspraken niet kunnen worden gewijzigd en deelnemers in het verleden een hogere opbouw hebben genoten dan de huidige en toekomstige deelnemers. Als werknemers ook pensioen zouden opbouwen na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar zal dit eveneens vooral de 'jongere' werknemers treffen, omdat dit een verhogend effect heeft op de doorsneepremie. Dit is nadelig voor de jongere werknemer, omdat de premie voor een oudere werknemer actuarieel gezien hoger zou moeten zijn dan voor een jongere werknemer. Hiermee 'subsidieert' de jongere werknemer dus in feite de oudere werknemer. Verweerster licht toe dat als de deelnemers pensioen zouden blijven opbouwen na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar de

doorsneepremie in 2015 zou zijn gestegen met 0,2%-punt en het opbouwpercentage zou zijn verlaagd van 1,875% naar 1,863%. Op langere termijn zou dit effect groter zijn, in die zin dat de premie verder zal stijgen, omdat de groep werknemers ouder dan 65 jaar geleidelijk zal toenemen. In dat geval zullen de jongere werknemers dus in toenemende mate de pensioenaanspraken van de oudere werknemers subsidiëren. Daarbij komt dat de pensioenopbouw is afgestemd op de voor de betreffende deelnemer geldende pensioenleeftijd. Dit betekent dat de pensioenopbouw van werknemers met een pensioenleeftijd van 65 jaar is 'voltooid' als zij deze leeftijd bereiken. Het doel van het onderscheid is dus het voorkomen van verdere generatie-onevenwichtigheid, aldus verweerster

6.5

Het College is van oordeel dat dit een legitiem doel is. Het heeft geen discriminerend oogmerk en is voldoende zwaarwegend. Het middel, dat werknemers vanaf 65 jaar geen pensioen meer opbouwen, draagt hieraan bij en is daarmee passend. Als werknemers pensioen zouden opbouwen nadat zij de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt zal immers de doorsneepremie stijgen, hetgeen naar verhouding vooral de 'jongere' werknemers raakt.

6.6

Het College beoordeelt hierna of het middel ook noodzakelijk is. Dit vereist dat het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, of minder bezwaarlijk is (subsidiariteitsvereiste). Voorts is vereist dat het middel in evenredige verhouding staat tot het doel, waarbij een afweging moet worden gemaakt tussen de betrokken belangen (proportionaliteitsvereiste). Het College zal eerst de proportionaliteit toetsen. Het belang van verzoekster is er in gelegen dat zij zes maanden langer pensioen opbouwt als zij pensioen zou kunnen opbouwen tot aan haar AOW-gerechtigde leeftijd. Dit komt volgens een berekening van verweerster neer op een extra ouderdomspensioen van € 207, — bruto per jaar. Verweerster heeft hier tegen ingebracht dat verzoekster op haar 65ste jaar een volledig pensioen heeft kunnen opbouwen, aangezien haar pensioen altijd al was afgestemd op de leeftijd van 65 jaar. Verzoekster ondervindt er in dat opzicht dus geen nadeel van dat zij geen pensioen meer opbouwt vanaf 65 jaar tot aan haar AOW gerechtigde leeftijd. Daarbij komt dat verzoekster in vergelijking met haar jongere collega's een hoger pensioen heeft kunnen opbouwen, omdat zij heeft opgebouwd onder gunstigere omstandigheden dan de jongere werknemers. Bovendien heeft zij aanspraak op een voorwaardelijk pensioen ter compensatie van het afschaffen van de fiscale faciliteiten voor VUT en prepensioen. De jongere werknemers hebben een dergelijke aanspraak niet. Verzoekster verkeert dus in een betere positie dan de jongere werknemers waarmee zij zich vergelijkt, aldus verweerster.

6.7

Verzoekster heeft aangevoerd dat dat zij onvoldoende informatie heeft ontvangen om de cijfers van verweerster te kunnen controleren. Het College acht zich voldoende geïnformeerd en heeft overigens geen reden te twifelen aan de correctheid van deze cijfers. Het College volgt verweerster in haar standpunt dat verzoekster over het algemeen genomen een beter pensioen heeft kunnen opbouwen dan jongere werknemers. Daarbij komt dat haar pensioenopbouw altijd is afgestemd op een pensioenleeftijd van 65 jaar. In die zin heeft zij een volledig pensioen kunnen opbouwen. Bovendien heeft verweerster afdoende aangetoond dat het een verhogend effect heeft op de pensioenpremie en dat het opbouwpercentage lager zal uitvallen als werknemers pensioen blijven opbouwen nadat zij de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt. Als verzoekster pensioen zou opbouwen na het bereiken van 65 jaar

betekent dit extra pensioenaanspraken die als gevolg van de doorsneepremie voornamelijk worden gefinancierd door de jongere werknemers, terwijl zij in het verleden onder gunstiger voorwaarden pensioen heeft kunnen opbouwen dan de huidige generatie 'jongere' werknemers. Hiermee is naar het oordeel van het College voldaan aan het vereiste van proportionaliteit. Voorts is het College niet gebleken van alternatieven. Daarmee is ook voldaan aan het vereiste van subsidiariteit.

7. Oordeel

Het College voor de Rechten van de Mens spreekt als zijn oordeel uit dat Stichting Pensioenfonds UWV jegens [...]:

- geen onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd door haar pensioen in te laten gaan als zij de leeftijd van 65 jaar bereikt en zij dit niet kan uitstellen tot haar AOW-gerechtigde leeftijd;
- geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd doordat zij geen pensioen meer opbouwt nadat zij de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt, terwijl zij dan nog wel in dienst is.

Noot

Auteur: E. Schop CPL

Relevantie

1.

In een pensioenovereenkomst is veelal bepaald dat de pensioenuitkeringen ingaan bij het bereiken van een bepaalde leeftijd. Het begrip is niet wettelijk gedefinieerd, niet alle pensioenovereenkomsten hanteren hetzelfde begrip. Genoemd kan zijn onder meer de pensioengerechtigde leeftijd, de pensioenleeftijd of de pensioen(richt)datum. Niet altijd is voor partijen duidelijk wat het begrip inhoudt of wat partijen voor ogen stond bij het aangaan van de overeenkomst (zie hierover recent Hof Den Bosch 22 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1083, Hof Den Bosch 24 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1093 en Rechtbank Zeeland-West-Brabant 4 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1264). Geschillen hierover zullen toenemen nu clausules over pensioenontslag niet altijd helder zijn of ontbreken, het vaker gaat voorkomen dat werknemers willen doorwerken en werkgevers hieraan soms geen medewerking willen verlenen.

Veelal is wel de mogelijkheid opgenomen het pensioen eerder in te laten gaan of uit te stellen. Uitstel van de pensioengerechtigde leeftijd is alleen toegestaan indien de deelnemer doorwerkt (art. 18a lid 4 Wet LB 1964 en Belastingdienst V&A 08-045 d.d. 18 november 2015). Maar doorgaans is in de pensioenovereenkomst niet voorzien in pensioenopbouw bij doorwerken na de pensioendatum als genoemd of bedoeld in de pensioenovereenkomst. Een dwingend wettelijke bepaling (zoals in België; art. 13 lid 2 van de Wet op het aanvullend pensioen bepaalt — blijkens jurisprudentie van het Arbeidshof van Antwerpen, Brussel en Gent — dat de werknemer bij doorwerken deelnemer blijft en zijn pensioenopbouw wordt voortgezet) ontbreekt. Ook de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd (dossier 34 073) heeft dit onderwerp overgelaten aan sociale partners.

Wordt doorgewerkt maar wordt geen pensioen (meer) opgebouwd dan is dit direct onderscheid op grond

van leeftijd. Op dit onderscheid naar leeftijd ga ik verder in naar aanleiding van de uitspraak van het College voor de Rechten van de Mens (verder te noemen "het College").

Casus

2.

Per 1 januari 2014 is het pensioenreglement van de Stichting Pensioenfonds UWV (hierna te noemen "het pensioenfonds") gewijzigd en is de pensioenleeftijd verhoogd van 65 naar 67 jaar. Pensioen opgebouwd tot 1 januari 2014 gaat in als de werknemer 65 jaar wordt. Pensioen dat daarna is opgebouwd gaat in als de werknemer 67 jaar is. De pensioeningangsdatum kan worden vervroegd voor zover de pensioenleeftijd 67 jaar is, maar pensioen dat ingaat bij de leeftijd van 65 jaar kan niet worden uitgesteld. Voor de vrouw betekent dit dat zij de ingangsdatum van haar pensioen (65 jaar) niet kan uitstellen tot haar AOW-gerechtigde leeftijd (65 jaar en 6 maanden). Ook bouwt zij na haar 65ste geen pensioen meer op, terwijl zij dan nog wel in dienst is. Zij vindt dat het pensioenfonds haar discrimineert op grond van leeftijd. Het pensioenfonds is het hiermee niet eens; er is sprake van twee verschillende regelingen (pensioenleeftijd 65 en pensioenleeftijd 67), waardoor zij zich niet kan vergelijken met een werknemer die een pensioenleeftijd heeft van 67 jaar.

Oordeel College

3.

Volgens het College gaat deze stelling niet op. Dat in de pensioenregeling wijzigingen zijn aangebracht waardoor de ingangsdatum van het pensioen verschilt afhankelijk van de periode waarin pensioen is opgebouwd, maakt niet dat de werknemers niet vergelijkbaar zijn. Voor alle werknemers geldt namelijk dezelfde situatie, en er is geen sprake van onderscheid naar leeftijd. Wat betreft de opbouw van het pensioen wordt wel leeftijdsonderscheid gemaakt. Als de vrouw 65 jaar wordt, zal zij geen pensioen meer opbouwen, terwijl een werknemer jonger dan 65 jaar wel pensioen opbouwt.

4.

Het onderscheid is volgens het fonds gerechtvaardigd omdat het doel ervan is verdere generatie-onevenwichtigheid te voorkomen. Volgens vaste lijn beoordeelt het College de rechtvaardiging van het onderscheid op grond van de Wet Gelijke Behandeling naar leeftijd bij de arbeid (hierna te noemen "WGBLA") art. 7 lid 1 aanhef en onderdeel c. langs de lat van legitiem, passend en noodzakelijk (subsidiar en proportioneel). Het College is van oordeel dat het doel legitiem is, en passend: als werknemers pensioen zouden opbouwen nadat zij de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt zal immers de doorsneepremie stijgen, wat naar verhouding vooral de 'jongere' werknemers raakt. Op grond van het proportionaliteitsvereiste (waarbij een afweging moet worden gemaakt tussen de betrokken belangen) volgt het College het pensioenfonds dat de vrouw over het algemeen genomen een beter pensioen heeft kunnen opbouwen dan jongere werknemers, haar pensioenopbouw altijd is afgestemd op een pensioenleeftijd van 65 jaar en daarom volledig pensioen heeft kunnen opbouwen en, zo stelt het College, heeft het fonds afdoende aangetoond dat het een verhogend effect heeft op de pensioenpremie (de doorsneepremie zou in het eerste jaar stijgen met 0,2%, en zal in de toekomst verder stijgen omdat de groep 65-plussers groter wordt, welke stijging voornamelijk wordt gefinancierd

door de jongere werknemers) en dat het opbouwpercentage lager uitvalt (van 1,875% naar 1,863%). Hiermee is naar het oordeel van het College voldaan aan het vereiste van proportionaliteit, en daarmee ook aan het vereiste van subsidiariteit (de vraag of er geen andere maatregel is die minder of niet discrimineert).

Objectieve rechtvaardiging

5.

Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna te noemen “de Kaderrichtlijn”) geeft in art. 6 lid 1 aan dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel. Deze bepaling is uitgewerkt in art. 7 lid 1 onderdeel c. WGBLA waarin als algemene rechtvaardigingsgrond voor onderscheid naar leeftijd de objectieve rechtvaardiging is opgenomen. In art. 6 lid 2 van de Kaderrichtlijn is een uitzondering voor het hanteren van een toetredingsleeftijd en de leeftijd voor het verkrijgen van het recht op een pensioenuitkering. Deze bepaling is (voor de toetredings — en pensioengerechtigde leeftijd) vertaald in art. 8 WGBLA. In deze bepalingen is daarentegen geen specifieke uitzondering opgenomen over een maximumleeftijd voor pensioenopbouw. Zonder uitzonderingsgrond kan een onderscheid in pensioenopbouw naar leeftijd dan alleen zijn toegestaan indien het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.

6.

Art. 6 lid 2 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat lidstaten kunnen bepalen dat de vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen (uit hoofde van inkomens- en sectorale regelingen inzake sociale zekerheid) en het gebruik in het kader van die regelingen van leeftijdsriteria in de actuariële berekeningen, géén discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht. Het legitieme doel van een eventuele uitsluiting zou gelegen kunnen zijn in het willen aanbieden van een inkomensverzekering die ingaat op het moment dat aanspraak bestaat op AOW. Met het aansluiten bij dit moment wordt dan voor de rechtvaardiging bij een aanvullend pensioen in feite voortgebouwd op de objectieve rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid in de AOW. Het is echter de vraag of die rechtvaardiging die voor de overheid geldt (een objectief moment creëren waarop iedereen aanspraak heeft op de voorziening alsmede de betaalbaarheid) ook voor een individuele werkgever of een pensioenfonds kan gelden. Daarbij is van belang dat de overheid fiscaal al de mogelijkheid geeft tot het uitstellen van pensioenuitkeringen tot vijf jaar na de pensioengerechtigde leeftijd als bedoeld in art. 7a lid 4 AOW (art. 18a lid 4 onder 4^o Wet LB 1964). Zolang de verdere fiscale grenzen (opbouw tot 100%; art. 18a lid 7 Wet LB 1964) niet zijn bereikt, is het mogelijk lastig(er) om een uitsluiting van een pensioenregeling objectief te rechtvaardigen tot de genoemde fiscale grens van vijf jaar na voornoemde pensioengerechtigde leeftijd. Ook lijkt een objectieve rechtvaardiging eerder mogelijk als de fiscale grenzen op een bepaald moment zijn bereikt. Pensioenopbouw is dan fiscaal niet meer toegestaan. Fiscale grenzen leveren echter niet per definitie een objectieve rechtvaardiging op.

7.

Een reden tot uitsluiting van (verdere) deelname aan de pensioenregeling kan worden gevonden in het stellen van een maximumaantal opbouwjaren in de pensioenregeling, zeker als dat wordt vastgesteld in overleg met sociale partners. In het verleden was een dergelijke maximering eerder gebruik dan uitzondering. Daarbij past wel de opmerking dat in het verleden ervan uitgegaan werd dat de pensioenregeling (met inbegrip van de AOW) voorzag in een adequaat pensioen ter grootte van 70% van het laatstverdiende loon. Inmiddels is het ambitieniveau van pensioenregelingen fors bijgesteld. Vanuit die optiek beredeneerd lijkt een maximering van het aantal opbouwjaren minder verdedigbaar dan in het verleden mogelijkerwijs het geval was.

8.

Het pensioenfonds voert met succes aan dat hij een pensioenregeling aanbiedt die leidt tot een adequaat pensioen en dat niet geveerd kan worden dat een meer dan adequaat pensioen wordt aangeboden. Indien een dergelijk argument zou gelden, moet echter worden vastgesteld dat het middel - het aan de werknemer onthouden van pensioenopbouw na de pensioengerechtigde leeftijd - niet passend is, omdat immers dan per werknemer beoordeeld zal moeten worden of de werknemer daadwerkelijk een naar objectieve maatstaven adequaat pensioen heeft. Zeker gezien de vanaf 1999 doorgevoerde neerwaartse bijstelling van het fiscale kader en wijziging van eindloon- naar middelloon is dit een wankel uitgangspunt, en zal door de tijd worden ingehaald.

9.

Het College stelt dat het fonds afdoende heeft aangetoond dat de doorsneepremie in het eerste jaar zou stijgen met 0,2%, in de toekomst verder zal stijgen en dat het opbouwpercentage moet worden verlaagd (van 1,875% naar 1,863%). Wat vooral van effect zal zijn op de jongere deelnemers. Waarom het noodzakelijk is het percentage aan te passen is mij niet helder, ook niet na raadpleging van het reglement. Naar mijn mening is dat er niet. Met het wegvallen van deze noodzaak houdt het argument dat de verlaging vooral effect heeft op jongere deelnemers geen stand, het is niet passend en er is een niet-discriminerend alternatief is voorhanden. Natuurlijk zal instandhouding van de 1,875% (in plaats van de 1,863%) leiden tot een premiestijging. Maar daarmee resteert vooralsnog alleen de stijging van de kosten als argument.

10.

De premie zal in de toekomst verder stijgen omdat de groep 65-plussers groter wordt, welke stijging aldus het College voornamelijk wordt gefinancierd door de jongere werknemers. (Ook) dit standpunt wringt. De doorsneepremie wordt betaald door de werkgever en de werknemers. De premie voor werknemers is een percentage onafhankelijk naar leeftijd. De werkgeverspremie is het gemiddelde van de actuariële benodigde premie voor het collectief. Een kostenstijging zal dan in beginsel door de werkgever worden gedragen, bij herverdeling van de premie(stijging) zullen werknemers onafhankelijk naar leeftijd een hoger (maar gelijk) percentage betalen. De stelling dat de stijging voornamelijk wordt gefinancierd door de jongere werknemers kan ik daarom niet volgen.

11.

Dat brengt mij bij het kostenargument als enige (of voornaamste) rechtvaardigingsgrond. Het maken van onderscheid op grond van leeftijd kan in zijn algemeenheid niet worden

gerechtvaardigd uitsluitend met een beroep op budgettaire overwegingen. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, sinds 1 december 2009 Hof van Justitie van de Europese Unie (verder te noemen "EHvJ"), van de Hoge Raad en het College volgt dat een beroep op kostenoverwegingen slechts in uitzonderlijke gevallen kan leiden tot een objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid (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 r.o. 3.13 en CRvM 7 augustus 2012, oordeel 2012-137, overweging 3.8).

12.

Tevens is interessant de uitspraak van het EHvJ over het niet meetellen van studietijd voor het 18^e levensjaar voor pensioenopbouw (EHvJ 21 januari 2015, C-529/13 (*Felber*)). Het EHvJ oordeelde dat er in dit geval sprake was van een objectieve rechtvaardiging, waarbij het EHvJ mede in acht nam dat betrokkene gedurende de tijdvakken vóór 18 jaar geen beloonde arbeid verrichtte. Het niet meetellen van studietijdvakken voor de 18-jarige leeftijd was volgens het EHvJ onderdeel van het Oostenrijkse werkgelegenheidsbeleid om alle personen die deelnemen aan de pensioenregeling gelijk te behandelen. Dit beleid werd gelegitimeerd door ambtenaren met een hogere opleiding die niet vanaf 18 jaar in dienst traden niet te benadelen in hun pensioenopbouw. Met dit arrest in de hand zou *a contrario* geredeneerd kunnen worden dat het vanaf een bepaalde leeftijd uitsluiten van werknemers van (voortgezette) pensioenopbouw niet kan worden gerechtvaardigd. Temeer, indien de betrokken werknemer/s — bijvoorbeeld als gevolg van een langere opleiding — later aan het arbeidsproces is/zijn gaan deelnemen en derhalve vanaf een latere leeftijd pensioen heeft/hebben kunnen opbouwen.

13.

Het voorgaande samengenomen lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het nog geen eenvoudige opgave is om bij doorwerken het uitsluiten van werknemers van deelname aan de pensioenregeling objectief te rechtvaardigen. En waar rechtvaardiging wordt aangenomen zal deze rechtvaardiging door de tijd worden ingehaald.