

Verbod op onderscheid naar 'datum-in-dienst'?

Edwin Schop, datum 05-01-2017

Datum	05-01-2017
Auteur	Edwin Schop ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



Het wijzigen van arbeidsvoorwaarden kan ertoe leiden dat werknemers worden geconfronteerd met andere – veelal minder goede– arbeidsvoorwaarden dan hun collega's. Dit doet zich met name voor als de wijziging plaatsvindt voor werknemers die tot de datum van wijziging een bepaalde leeftijd nog niet hebben bereikt of na een bepaalde datum in dienst zijn getreden. In dit artikel staat deze laatste vorm van onderscheid centraal, een in de praktijk vaak voorkomend criterium op grond waarvan werknemers verschillend worden behandeld. Aanleiding voor dit artikel is het oordeel 2016-101 van 3 oktober 2016 van het College voor de Rechten van de Mens (het College).

In dienst voor of na een bepaalde datum: ongelijke gevallen? Nee

Vaak wordt op grond van indiensttreding voor of na een bepaalde datum gesuggereerd dat dit in juridisch opzicht verschillende groepen werknemers zijn. En dat er dan geen sprake is van gelijke gevallen en er geen verplichting tot gelijke behandeling van deze twee groepen bestaat. Dat uitgangspunt lijkt me in het algemeen geen stand houden. Of er sprake is van gelijke gevallen dient te worden beoordeeld aan de hand van het criterium 'gelijk loon voor gelijk(waardig)e arbeid' (waaraan ik toevoeg: 'in gelijke omstandigheden'). Genoemd criterium is in de literatuur en rechtspraak veelvuldig beoordeeld. Zo kunnen volgens de Hoge Raad bij de vraag of sprake is van gelijke arbeid, behalve de aard en omvang van de arbeid ook andere factoren een rol spelen.^[2] De Hoge Raad noemt daarbij opleiding, ervaring en geschiktheid voor een andere functie en verwijst daarvoor naar het Brunnhofer-arrest van het Europese Hof van Justitie.^[3]

Het enkele feit dat twee werknemers werkinhoudelijk dezelfde taken uitvoeren, betekent dus nog niet dat per definitie sprake is van gelijke arbeid. Er kan in ieder geval rekening worden gehouden met

(verschil in) opleiding, ervaring en geschiktheid. Maar het enkele verschil in arbeidsvoorwaarden dat tot stand is gekomen door het hanteren van een bepaalde 'datum-in-dienst' kan naar mijn mening geen rol spelen bij de vraag of sprake is van gelijke arbeid.⁴¹ Groepen worden onderscheiden naar de aard van de werkzaamheden. Wellicht is het gebruikelijk te spreken over twee groepen – een groep in dienst vóór en een groep in dienst ná de desbetreffende datum – maar in juridisch opzicht is sprake van één groep of in ieder geval van gelijk(waardig)e gevallen.

Gelijke gevallen altijd gelijk behandelen? Nee

Gesteld dat de werknemers voor en vanaf een bepaalde datum van indiensttreding in juridische zin kwalificeren als gelijke gevallen (één groep), is er dan altijd de plicht om gelijk te belonen? In het Parallel Entry-arrest heeft de Hoge Raad de wijze waarop deze gelijke behandeling in de praktijk dient te worden toegepast, als volgt uitgewerkt. Eerst moet worden beoordeeld of het onderscheid door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden. Is dat het geval, dan dient te worden bepaald of dit onderscheid objectief is te rechtvaardigen (art. 7 Wgbla). Om hierop een antwoord te kunnen geven, moet eerst sprake zijn van een legitiem doel. Daartoe kunnen de volgende deelvragen aan de orde komen:

- a. wordt door het bereiken van het doel aan een werkelijke, dat wil zeggen, een daadwerkelijk bestaande behoefte van de organisatie voldaan, dan wel wordt door het bereiken van het doel aan een noodzakelijke doelstelling van sociaal beleid van de overheid voldaan?
- b. is het nagestreefde doel niet in strijd met andere wetgeving, het recht en de maatschappelijke betamelijkheid?
- c. ontbreekt aan het nagestreefde doel ieder oogmerk van verboden onderscheid?

Vervolgens moet er sprake zijn van een passend middel. Daartoe moet de volgende deelvraag worden beantwoord:

- d. is het middel geschikt om het doel te bereiken, dat wil zeggen, wordt door het gebruik van het middel het doel gerealiseerd, dan wel bestaat de gerechtvaardigde verwachting dat door het gebruik van het middel het doel zal worden gerealiseerd?

En ten slotte moet het gebruik van dat specifieke middel ook noodzakelijk zijn om het doel te bereiken (noodzakelijkheidstoets). Daartoe dienen de volgende twee deelvragen te worden beantwoord:

- e. kan het doel niet worden bereikt met een ander middel, waarbij geen sprake is van onderscheid (subsidiariteitstoets)?
- f. kan het doel niet worden bereikt met een ander middel, waarbij sprake is van een minder vergaand onderscheid, dan wel van compensatie van de nadelen (proportionaliteitstoets)?
Waarbij zij 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.⁴²

Er is echter geen wettelijk recht op pensioen en er is ook geen wet die of een verdrag dat verschillen in arbeidsvoorwaarden tussen werknemers verbiedt. De vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dient dan, aldus de Hoge Raad, te worden beoordeeld aan de hand van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), door het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid 'slechts' mee te nemen als een van de omstandigheden. Bovendien dient de ongelijkheid in beloning onder de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te zijn

als bedoeld in art. 6:248, lid 2 BW. Deze terughoudende (onaanvaardbaarheids)toets is ook daarna bevestigd door de Hoge Raad.⁶

Op grond hiervan lijkt geen plicht tot gelijke behandeling tussen werknemers vóór en vanaf een bepaalde datum.⁷ Maar ook volgt expliciet uit rechtspraak dat een verschillende datum van indiensttreding een onderscheid tussen werknemers toestaat zolang de werkgever hiermee niet in strijd met gelijkebehandelingsvoorschriften handelt.⁸ Zo bevestigde de Hoge Raad eerder dat het een werkgever is toegestaan een bepaalde arbeidsvoorwaarde niet meer aan nieuwkomers toe te kennen en heeft ook Hof Den Haag hierover op gelijke wijze geoordeeld.⁹ Het hof overwoog dat het de werkgever vrij staat om met nieuwe werknemers arbeidsovereenkomsten aan te gaan met een inhoud die hij vrijelijk met deze werknemers mag bepalen. Er is, aldus het hof, geen rechtsregel die de werkgever verplicht om zijn werknemers voor hetzelfde werk op gelijke wijze te belonen, anders dan wanneer er sprake is van discriminatie op grond van geslacht, ras, geloofsovertuiging of seksuele geaardheid. Als in juridisch opzicht sprake is van één groep, kan het afdwingen van een gelijke pensioenregeling overigens ook nog via het zogenoemde groepsvermoeden van art. 7, lid 4 PW. Schendt de werkgever de bepalingen in art. 7, lid 1 PW daarentegen niet, dan staat een beroep op lid 4 niet open.

Leidt onderscheid naar 'datum-in-dienst' tot leeftijdsonderscheid? Kan

De essentie voor dit artikel is dat 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 (art. 3, lid 1, onder e Wgbla), tenzij dit onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd (art. 7 Wgbla). Vermeend indirect onderscheid naar leeftijd als gevolg van het criterium 'datum-in-dienst' speelde ook in Oordeel 2011-124 van het College, toen overigens nog Commissie Gelijke Behandeling geheten. 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 waren getreden (groep 2), een groter deel van de beschikbare premie als kosten ingehouden dan bij de werknemers die daarvoor al 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 had van 40,8 jaar en groep 2 van 36,5 jaar, een verschil van 4,3 jaar. Het College stelde vast dat dit verschil niet zal toenemen, gezien de per 1 maart 2010 doorgevoerde aanpassing waardoor de groepen 1 en 2 zijn 'bevroren'; er kunnen alleen nog mensen uitstromen, maar niet meer instromen. Het College gaat dan ook uit van een blijvend verschil in gemiddelde leeftijd tussen beide groepen van 4,3 jaar. In deze casus oordeelde het dat er per saldo onvoldoende aanwijzingen zijn om te kunnen concluderen dat er sprake is van onderscheid op grond van leeftijd. Het heeft hierbij in aanmerking genomen dat het gemiddelde leeftijdsverschil, mede 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 meegewogen dat elke vergelijking tussen twee werknemers uit groep 1, respectievelijk groep 2, ongeacht hun leeftijd, hetzelfde nadeel laat zien. Het College oordeelt daarom dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat de pensioenregeling personen in het bijzonder heeft getroffen in verband met hun leeftijd.

Objectieve rechtvaardiging bij onderscheid naar

‘datum-in-dienst’? Niet snel

Genoemd oordeel laat al zien dat de uitkomst anders kan zijn wanneer, 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 wél afhankelijk is van de leeftijd.

Het gevolg is dat er dan wel sprake kan zijn van indirect onderscheid naar leeftijd, in welk geval de werkgever de geobjectiveerde rechtvaardiging daarvan zal moeten aantonen. Het is vaste jurisprudentie van het College dat uitsluitend financieel-economische overwegingen niet voldoende zijn om als objectieve rechtvaardigingsgrond te dienen. Als een organisatie zich daarop beroept 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 een dergelijk belang van de organisatie in de weg mag staan aan de op haar rustende verplichting om te voorkomen dat in strijd wordt gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving.^[10]

Ook het Europese Hof en de Hoge Raad hebben eerder geoordeeld dat financiële omstandigheden op zichzelf niet snel een rechtvaardiging opleveren.^[11] 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; daarop gebaseerde maatregelen heten dan disproportioneel te zijn.^[12] Maar onmogelijk is het niet. De sleutel wordt dan gevonden in het feit dat het College de gelijkebehandelingsnorm lijkt te toetsen aan de uitkomst van de overgangsregelingen: voor (nagenoeg) alle werknemers gelijkwaardige uitkomsten (pensioenresultaten). 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.^[13]

Het Oordeel van 3 oktober 2016

In Oordeel 2016-101 van 3 oktober 2016 van het College speelde het volgende. Shell bood werknemers die na 30 juni 2013 in dienst traden, een premiereregeling aan. Werknemers die daarvoor al in dienst waren, mochten blijven deelnemen aan een uitkeringsregeling. Shell wilde daarmee de gevolgen van sterke koersfuctuaties, de zogenoemde volatiliteit, terugdringen. Deze volatiliteit is bij de uitkeringsovereenkomst hoog en leidde er bijvoorbeeld toe dat Shell in 2008 2 miljard euro moest bijstorten. Hierdoor zag ze zich genoodzaakt tot het terugdringen van de pensioenverplichtingen op de balans, die bij de invoering van de nieuwe regeling ongeveer 20 miljard euro bedroegen. Voorts wilde ze de pensioentoezegging aan het zittende personeel handhaven – respecteren van toekomstige pensioenaanspraken – waarbij als uitgangspunt had te gelden dat de nieuwe regeling tot een gelijkwaardig pensioenresultaat als de uitkeringsregeling leidde.

De FNV stelde zich op het standpunt dat Shell de groep nieuwe werknemers benadeelde ten opzichte van de groep werknemers die al in dienst was. Vanwege de hogere risico's op een lager pensioen

vond ze de premiereregeling een minder goede regeling dan die voor werknemers van vóór 30 juni 2013.^[14] Shell maakte daarmee volgens haar een ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd; de nieuwe werknemers waren vooral jongere en de bestaande werknemers vooral oudere mensen. Volgens Shell was er geen sprake van gelijke gevallen, omdat ze voor de werknemers met een uitkeringsregeling contractueel was gebonden om gedane pensioentoezeggingen gestand te doen, terwijl het haar wel vrij stond om nieuwe pensioenafspraken te maken met werknemers die nog in dienst moesten treden. Het College ging hier echter niet in mee. Naar diens oordeel was het feit dat voor de twee groepen werknemers verschillende pensioenregelingen golden, het gevolg van het beleid waarvoor Shell zelf had gekozen. Het College zag tussen de beide groepen geen rechtens relevant verschil op grond waarvan ze als ongelijke gevallen moesten worden beschouwd. Voor de beoordeling was slechts relevant dat de deelnemers aan de twee regelingen allen werknemers van Shell waren en op grond daarvan gelijk dienden te worden behandeld. Er was dus, volgens het College en in overeenstemming met wat ik hiervoor heb opgemerkt, wel sprake van twee groepen, maar in juridisch opzicht niet van ongelijke gevallen.

Shell had zelf aangegeven dat er voor deze procedure van kon worden uitgegaan dat er sprake was van een significant leeftijdsverschil, nu het vanwege het gesloten karakter van de uitkeringsregeling in de rede ligt dat dit leeftijdsverschil zich in ieder geval in de toekomst zal voordoen. Het College volgde Shell hierin. Wat overigens niet wil zeggen dat het zelf altijd van oordeel is dat er bij het onderscheidend criterium 'datum-in-dienst' naar de toekomst toe op enig moment zonder meer sprake is, c.q. zal zijn van een rechtens relevant significant leeftijdsverschil – wat uiteindelijk wel het geval zal zijn bij een gesloten regeling – en dat dit op het moment van het invoeren van een nieuwe regeling als vaststaand heeft te gelden.

Legitiem, passend en noodzakelijk

In dit oordeel komt het College tot het oordeel dat het doel legitiem is, het middel passend en tevens noodzakelijk om het doel te bereiken, en dus dat 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 dat de individuele premiereregeling van goede, naar mijn mening zelfs van zeer goede kwaliteit is. Zo legt Shell voor zowel de uitkerings- als de premiereregeling nagenoeg evenveel in en leveren beide regelingen min of meer hetzelfde pensioenresultaat op. Om dit te bereiken heeft Shell bij de opzet van de premiereregeling alle fiscale grenzen opgezocht en bedraagt de werknemersbijdrage niet meer dan 2% van de pensioengrondslag.^[15] De premiereregeling steekt daarmee fors uit boven hetgeen in de markt ten aanzien van premiereregelingen gebruikelijk is.

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 wanneer het versoberen van de pensioenregeling de voornaamste reden of zelfs het enige doel is, zoals in de praktijk doorgaans het geval is. In het licht van genoemde oordelen en eerdere rechtspraak zal bij een onderscheid naar 'datum-in-dienst' en een evident leeftijdsverschil niet snel sprake zijn van een objectieve rechtvaardiging. De oplossing kan dan worden gevonden in het feit dat het College de gelijkebehandelingsnorm lijkt te toetsen aan de uitkomst van de overgangsregeling: voor alle werknemers gelijkwaardige pensioenresultaten.

Maar daar schuilt nu juist het probleem: deze voorwaarde zal voor veel werkgevers het doorvoeren van een nieuwe pensioenregeling voor nieuwkomers blokkeren. Dat betekent dat wijzigingen vrijwel nooit effectief tot stand kunnen komen. Wellicht kan de werkgever een objectieve rechtvaardiging vinden in

aangetoonde financiële omstandigheden, goed werkgeverschap, de wens om 'afpraak is afspraak' in stand te houden en de wens om een wijziging van de pensioenregeling al dan niet gefaseerd door te voeren. Maar de uitkomst van de rechtvaardigingstoets zal sterk afhangen van de feitelijke omstandigheden.

Conclusie

Een gevoelsmatig voor de hand liggend verschil in arbeidsvoorwaarden kan leiden tot verboden onderscheid. De werkgever, alsmede diens adviseur, is gewaarschuwd: het zonder meer doorvoeren van een nieuwe regeling voor nieuwe werknemers kan achteraf leiden tot groot financieel nadeel. 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]

Mr. drs. E. Schop CPL is consulting partner bij Flexis Groep, adviseurs collectieve arbeidsvoorwaarden.

[2]

HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68 (Parallel Entry/KLM en VNV).

[3]

HvJ EG 26 juni 2001, *JAR* 2001, 159.

[4]

Ook: M. van Eck, Gelijke arbeid, gelijk loon. HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68 (Parallel Entry/KLM en VNV), *ArA* 2004 nr. 2, p. 63.

[5]

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.

[6]

HR 11 juli 2008 (Mammoet/Stoof), in het bijzonder r.o. 3.12 AG Keus. Zie ook: Gem. HvJ Ned. Antillen en Aruba 22 april 2008, ECLI:NL:OGHNA:2008:BD9042, r.o. 3.14.

[7]

Naar aanleiding van HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07, *JAR* 2010/53 (Kücükdeveci) en HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04, *JAR* 2005/289 (Mangold), punt 77 zou voor deze redelijkheidstoets geen ruimte meer zijn en moet het verbod op leeftijdsdiscriminatie worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht: P.C. Vas Nunes, Kücükdeveci: een wake-up call, TAP juni 2010, p. 147 e.v. en D.F. Berkhout, Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen, *ArA* 2010/2, p. 70 e.v., door velen niet gedeeld, zie onder meer A.G. Veldkamp, Gelijke behandeling in de arbeid als algemeen beginsel van Unierecht, in: A.W. van Leeuwen, M. Westerbeek & L. Nekeman (e.a.), Eenheid in verscheidenheid. Kluwer: Deventer 2011.

[8]

HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 689 (KLM/Bouma); HR 4 februari 2005, *JAR* 2005, 51 (FNV/Frans Maas II); CRvM Oordeelnummer 2001-130.

[9]

Hof Den Haag 4 februari 2005, *JAR* 2005, 113 (Ktr. Rotterdam, 13 februari 2003, *JAR* 2003, 82).

[10]

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

[11]

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).

[12]

Zie bijvoorbeeld Oordeelnummer 2006-187.

[13]

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

[14]

Ook het College is van mening 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 de gehanteerde 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 als de aanspraken zijn gegarandeerd (verzekerde regeling).

[15]

In overleg met het ministerie van Financiën wordt gebruik gemaakt van staffels die ruim uitgaan boven die uit het zogenoemde staffelbesluit van 17 november 2014, nr. BLKB2014/2132M; de premiestaffel is gebaseerd op een lagere rente dan een rekenrente van 3 of 4%. Deze ruimere toepassing is er voor verzekeraars (Bijlage IV en V bij het besluit), maar niet voor pensioenfondsen en PPI's.