

Pensioen bij doorwerken: uitsluiten is niet eenvoudig

Edwin Schop, datum 23-05-2016

Datum	23-05-2016
Auteur	Edwin Schop ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

Geschillen over pensioenopbouw bij doorwerken nadat een werknemer de pensioenleeftijd heeft bereikt, zullen in de toekomst steeds vaker voorkomen. Dat heeft niet alleen te maken met het feit dat steeds meer werknemers doorwerken en het logisch vinden dat hun pensioenopbouw dan ook gewoon doorgaat, maar ook met begripsverwarring over de inhoud van ogenschijnlijk synonieme begrippen als pensioen(richt)leeftijd, pensioendatum en pensioengerechtigde leeftijd.

Geschillen hierover zullen ook toenemen omdat clausules over pensioenontslag niet altijd helder zijn of zelfs geheel ontbreken en werkgevers niet in alle gevallen medewerking verlenen aan voortzetting van de pensioenopbouw. Recente uitspraken van het Hof Den Bosch en de Rechtbank Zeeland-West-Brabant werpen hier een nieuw licht op (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). Maar of dat in alle gevallen duidelijkheid verschaft?

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 *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 moet worden voortgezet) ontbreekt.

Ook de *Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd* (dossier 34 073) heeft dit onderwerp overgelaten aan sociale partners. De vraag is in hoeverre er sprake is van een verboden onderscheid naar leeftijd.

Deze vraag zal zich met 'doorwerken' vaker voordoen en is daarmee van praktisch belang.

Leeftijdsdiscriminatie?

Wordt doorgewerkt maar wordt geen pensioen (meer) opgebouwd dan is dit direct onderscheid op grond van leeftijd. Over deze situatie oordeelde d.d. 23 februari 2016 het College voor de Rechten van de Mens (verder te noemen "het College", Oordeel 2016-12).

Wat was het geval? 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 alle deelnemers geldt dat de pensioenopbouw tot 65 jaar plaatsvindt en daarna stopt.

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) en dat zij na haar 65ste geen pensioen meer opbouwt, 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

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 leeftijds onderscheid gemaakt. Na 65 jaar zal de deelnemer bij voortzetting van het dienstverband geen pensioen meer opbouwen, terwijl een werknemer jonger dan 65 jaar wel pensioen opbouwt.

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 een 'adequaat' 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).

Samengevat: het onderscheid is toegestaan (objectief gerechtvaardigd) omdat:

- de doorsneepremie zal stijgen;

- de opbouw moeten worden verlaagd, en daarmee vooral jongeren raken;
- de deelnemer heeft al een adequaat pensioen kunnen opbouwen.

Objectieve rechtvaardiging?

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 door Nederland 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.

Artikel 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 leeftijdscriteria 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 leeftijds onderscheid in de AOW (wat in onderliggende casus niet eens het geval is, want 65 jaar ligt voor de AOW-datum).

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 het naar mijn mening 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 40 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.

Een reden tot uitsluiting van (verdere) deelname aan de pensioenregeling kan worden gevonden in het stellen van een maximum aantal 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 mogelijkwerwijs het geval was.

Het pensioenfonds voert met succes aan dat hij een pensioenregeling aanbiedt die leidt tot een adequaat pensioen en dat niet gevegd 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.

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. Het aanpassen van het opbouwpercentage volgt uit de bepaling in het reglement waarin is bepaald dat sprake is van een jaarlijks vast te stellen opbouwpercentage als zijnde 1,875% maal (de voor opbouw beschikbare premie gedeeld door de benodigde kostendeckende premie). 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. Dit standpunt gaat op nu sprake is van een maximale beschikbare premie (CDC).

Is er geen sprake van een maximale beschikbare premie (CDC) dan wordt de premiestijging betaald door de werkgever. De premie voor werknemers is (veelal) een percentage onafhankelijk naar leeftijd. De werkgeverspremie is de actuarieel 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 gaat dan niet meer op.

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 overweging 3.13 en CRvM 7 augustus 2012, oordeel 2012-137, overweging 3.8).

Conclusie

Het College oordeelt dat er sprake is van onderscheid maar dat dit objectief is gerechtvaardigd vanwege stijging van kosten voor de werkgever en vanwege het feit dat jongeren onevenredig worden benadeeld

ten opzichte van ouderen. Dit laatste omdat er – vanwege het CDC-karakter van de regeling – een lager opbouwpercentage moet worden toegepast wat voor jongeren langer doorwerkt en omdat ouderen al een adequaat pensioen hebben opgebouwd. Deze rechtvaardiging kan echter niet zonder meer worden vertaald naar algemene toepassing in de praktijk. Is geen sprake van een CDC-regeling (vast budget), een werknemer die de reglementaire pensioen-(richt)leeftijd (inmiddels vaak 67 jaar) heeft bereikt, doorwerkt en pensioen wil blijven opbouwen dan blijven kostenstijging en ‘adequaate’ pensioen over als argument.

Kostenstijging op zichzelf zal niet snel een rechtvaardiging opleveren. En een ‘adequaate’ pensioen zal als rechtvaardiging door de tijd worden ingehaald.

Na analyse van de uitspraak lijkt de conclusie dat het nog geen eenvoudige opgave is om bij doorwerken het uitsluiten van werknemers van deelname aan de pensioenregeling objectief te rechtvaardigen.

Voetnoten

[1]

Partner Flexis Groep.