

Bommetje onder pensioenstaffel?

Edwin Schop, datum 23-03-2015

Datum	23-03-2015
Auteur	Edwin Schop 
Auteurprofiel	E. Schop
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)

Tot dusver was er vooral discussie over de vraag of een werknemersbijdrage kon worden afgeleid van de totale premie gebaseerd op een beschikbarepremiestaffel. Het wachten was al die tijd op een uitspraak van het Europese Hof van Justitie (EHvJ). In het arrest HK Danmark/Experian van 26 september 2013 heeft het EHvJ zich uitgelaten over de leeftijdgerelateerde, progressief stijgende werkgeversbijdrage. Het Hof stelt dat actuariële grondslagen op zichzelf geen uitzondering zijn voor het maken van leeftijdonderscheid. Dit is in de Nederlandse wet (art. 8 lid 3 WGBL) zo opgenomen. Dit artikellid zal moeten worden aangepast, een onderscheid naar leeftijd op grond van (alleen) actuariële grondslagen zal voortaan objectief gerechtvaardigd moeten zijn.

Edwin Schop 

Onderscheid naar leeftijd

(In)direct onderscheid naar leeftijd is verboden (art. 3 Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd bij de Arbeid, hierna WGBL), tenzij het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd (art. 7 WGBL). Ten aanzien van pensioenregelingen is bepaald dat dit verbod niet van toepassing is op actuariële grondslagen (art. 8 lid 3 WGBL). De fi scale wetgever past dit (onder meer) toe door voor oplopende leeftijdscategorieën een oplopend percentage toe te staan, de zogenaamde beschikbarepremiestaffels. De vaste oordelenlijn van het College van de rechten van de mens (hierna CvRM) is dat een premiestaffel op basis van minimaal 3% rekenrente valt onder de actuariële uitzondering van art. 8 lid 3 WGBL en geen verboden onderscheid naar leeftijd oplevert, indien deze stijging (het procentuele verschil tussen de leeftijdsklassen) alleen is gebaseerd op verschillen in leeftijd. Ook een premieovereenkomst waarin is bepaald dat het werkgeversdeel van de premie voor iedereen gelijk is, levert geen verboden onderscheid op. Gevolg hiervan is wel dat er verschillen in pensioenuitkeringen zullen ontstaan: een oudere werknemer kan met de toegezegde premie minder pensioenkapitaal sparen dan een jongere werknemer. Dit is echter toegestaan. De arbeidsvoorwaarde is in dit geval de toegezegde premie, en die is voor alle leeftijden gelijk.

Leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage

De vaste oordelenlijn van het CvRM is dat een werknemersbijdrage als percentage van een

premiestaffel verboden onderscheid naar leeftijd is, tenzij dit onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden. Het standpunt van de CvRM is dat de leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage niet valt onder de actuariële uitzondering van art. 8 lid 3 WGBL. Wel is toegestaan de eigen bijdrage uit te drukken in een (voor alle deelnemers) gelijk percentage van de pensioengrondslag.

De uitzondering van art. 8 lid 3 WGBL is gebaseerd op art. 6 lid 2 Europese Richtlijn 2000/78 (hierna de Richtlijn), dat – zo was altijd de lezing – nationale wetgevers de vrijheid geeft om actuariële verschillen bij pensioenregelingen toe te staan. Een toelichting in de Richtlijn en rechtspraak over de inhoud van dit art. ontbreekt. Nu in de Richtlijn geen onderscheid is gemaakt tussen de werkgeverspremie en de werknemerspremie is het volgens Minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna SZW) de bedoeling geweest om een eigen bijdrage op basis van een oplopend premiepercentage als een actuariële uitzondering mogelijk te maken. Dit standpunt van de regering is ook tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet bevestigd. Hierin heeft Minister De Geus van SZW toegezegd dit punt in de Integratiewet van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (hierna IW) te verduidelijken.

Deze argumentatie is door het CvRM meegenomen in haar latere oordelen, maar heeft niet tot een andere conclusie geleid. Het CvRM is van oordeel dat:

- de actuariële uitzondering niet ziet op de verdeling van de premie over werkgever en werknemers, omdat deze verdeling is gebaseerd op een afspraak tussen de werkgever en de werknemers. Weliswaar is de beschikbare premie zelf terug te voeren op actuariële berekeningen, hetgeen volgens het CvRM op grond van art. 8 lid 3 WGBL is toegestaan. Dit betekent echter niet dat de verdeling van de premie over de werkgever en werknemer hierop valt terug te voeren. Werkgevers en werknemers zijn tenslotte vrij om onderling te bepalen hoe hoog de werknemersbijdrage is. In de praktijk blijken deze ook zeer te verschillen, waarbij de uiteindelijke hoogte van de werknemersbijdrage niet wordt bepaald door actuariële berekeningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Het enige verband is dat de totale premie (de som van werkgevers- en werknemersbijdrage) is bepaald door actuariële berekeningen;
- met een – door de werkgever bepaalde – naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage onderscheid wordt gemaakt in beloning. Dit valt onder de arbeidsvoorwaarden als genoemd in art. 3 onder e WGBL. En de actuariële uitzondering van art. 8 lid 3 WGBL ziet alleen op pensioen en niet op verschillen in beloning;
- bij onderscheid op grond van geslacht geldt dat de, ten gevolge van actuariële factoren, verschillende beschikbare premies voor mannen en vrouwen geen verschil in de werknemersbijdrage van mannen en vrouwen tot gevolg mogen hebben. De bijdrage van de werkgever aan de beschikbare premie mag wel voor mannen en vrouwen verschillen, mits daarmee wordt beoogd de pensioenen voor mannen en vrouwen gelijk te trekken of meer met elkaar in overeenstemming te brengen. Nu in de WGBL, noch in de parlementaire geschiedenis, aanknopingspunten zijn te vinden waaruit blijkt dat de wetgever de naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage heeft willen brengen onder de uitzondering van art. 8 lid 3 WGBL, wordt dit artikel overeenkomstig het bepaalde bij onderscheid op grond van geslacht geïnterpreteerd. Dit betekent dat het slechts is toegestaan dat de beschikbare premie zelf naar leeftijd wordt gedifferentieerd.

In 2010 zijn van de IW concepten vrijgegeven. Artikel 30 onder b IW (nu art. 8 lid 3 WGBL) betreft de uitzondering voor actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen. Op basis van de toelichting bij het

wetsvoorstel is het oordeel van het kabinet dat het CvRM het niet bij het juiste eind heeft en bij het standpunt blijft dat het verschil in premie juist het gevolg is van de actuariële berekeningen. Het kabinet is van mening dat het niet is uit te leggen dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen geen discriminatie oplevert, maar het gevolg van deze actuariële berekeningen (namelijk verschillende werknemersbijdragen) wel. Artikel 30 onder b IW bevat echter geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van het huidige art. 8 WGBL en bepaalt niet dat een leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage is toegestaan.

Ook het CvRM heeft het concept wetsvoorstel IW beoordeeld. De essentie van de oordelen houden volgens het CvRM in dat *het verdelen over werkgever en werknemer* van de berekende premie niet onder de uitzondering valt, omdat de verdeling niet gebeurt op basis van een actuariële berekening, maar op basis van een partijenafpraak.

De pensioenpraktijk is dus hier dus geen stap verder gekomen. Het uitgangspunt was dan ook het wetsvoorstel zodanig dient te worden aangepast dat wèl duidelijk is dat een leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage is toegestaan. Dit door in art. 30 onder b IW op te nemen dat de leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage ook onder de uitzonderingsgrond van actuariële berekeningen valt. In een eerdere publicatie stelde ik de vraag of met een dergelijke wetsaanpassing de kous af was:

- a) kan de wetgever de wet zo wijzigen dat een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage zondermeer onder de uitzondering van art. 30 onder b IW wordt gebracht? Naar mijn mening kon dat niet zonder meer. Hiermee zou het kabinet mogelijk buiten de bevoegdheden treden die de Richtlijn aan de nationale wetgevers heeft meegegeven;
- b) ingeval het wel is toegestaan art. 30 onder b IW overeenkomstig aan te passen, is het discriminatiegevaar dan geweken? Niet zonder meer. Een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage leidt namelijk tot ongelijke beloning tussen jong en oud. Bij een gelijk brutoloon en een hogere premiebijdrage voor ouderen is het nettoloon van oudere werknemers lager. Een verschil in beloning valt onder de arbeidsvoorwaarden als genoemd in art. 3 onder e WGBL. En de actuariële uitzondering van art. 8 lid 3 WGBL (art. 30 onder b IW) ziet alleen op pensioen en niet op verschillen in beloning. Dat betekent dat het onderscheid naar loon verboden is, tenzij er in het individuele geval van een werkgeversregeling een objectieve rechtvaardiging bestaat.

Daarentegen is in art. 6 lid 2 van de Richtlijn opgenomen dat de lidstaten kunnen bepalen dat verschillen op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien de nationale wetgeving een objectieve rechtvaardiging bevat. Dit laatste is nu met het HK Danmark/Experian-arrest van het EHvJ ook de situatie. Artikel 8 lid 3 WGBLA zal (zowel voor de werknemers- en de werkgeversbijdrage) moeten worden geschrapt. Voor een toelaatbaar gebruik van leeftijdscriteria bij actuariële berekeningen in premiebijdragen zal vervolgens sprake moeten zijn van een legitiem doel waarbij de middelen voor het bereiken van dat doel dan passend en noodzakelijk moeten zijn.

HvJ HK Danmark/Experian

EHet wachten was al die tijd op een procedure die door een Deense werknemer (Kristensen) aanhangig was gemaakt tegen haar werkgever (Experian) waarbij de Deense rechter zich voor een juiste interpretatie van de Richtlijn heeft gericht tot het EHvJ.

In dit arrest *HK Danmark/Experian* van 26 september 2013 heeft zich uitgelaten over de leeftijdsgerelateerde, progressief stijgende werkgeversbijdrage:

Leeftijdscategorie	Werkgeversbijdrage
tot 35 jaar	6%
35-45 jaar	8%
vanaf 45 jaar	10%

De werknemersbijdrage bedraagt de helft van de werkgeversbijdrage (dus eenderde van de totale premie). Van groot belang voor Nederland is, dat uit dit arrest volgt, dat het gebruik van actuariële berekeningen op grond van de Richtlijn beperkter is dan vooralsnog werd verondersteld. De Nederlandse regering is er bij de implementatie uitgegaan van het bestaan van drie zelfstandige uitzonderingsgronden op het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid:

bij de vaststelling van een

- (a) toetredingsleeftijd,
- (b) pensioenleeftijd en
- (c) bij het gebruik van actuariële berekeningen.

Uit de overwegingen van het EHvJ in dit arrest volgt echter dat er geen drie, maar twee zelfstandige uitzonderingsgronden zijn: de vaststelling van toetredingsleeftijden en pensioenleeftijden. Het EHvJ legt, anders dan de AG, art. 6 lid 2 van de Richtlijn beperkt uit en stelt dat de leeftijdsafhankelijke premiestaffel hier niet onder valt. Het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen is daarmee dus niet te allen tijde toegestaan maar slechts indien dit leidt tot de vaststelling van een toetredings- of pensioenleeftijd. De conclusie is in ieder geval dat Nederland met art. 8 lid 3 WGBLA art. 6 lid 2 van de Richtlijn niet juist heeft geïmplementeerd.

Gevolgen Nederland

Artikel 8 lid 3 WGBLA moet worden geschrapt. Voor een toelaatbaar gebruik van leeftijdscriteria bij actuariële berekeningen in bestaande en toekomstige pensioenregelingen zal vervolgens sprake moeten zijn van een wet die is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën (art. 7 lid 1 onder a. WGBL), of er zal een objectieve rechtvaardiging moeten bestaan (art. 7 lid 1 onder c. WGBL). Er moet dan sprake zijn van een legitiem doel, de middelen voor het bereiken van dat doel moeten dan passend en noodzakelijk zijn.

De Richtlijn verklaart dat verschillen op grond van leeftijd “specifieke bepalingen nodig maken die naar de situatie in de lidstaten kunnen verschillen”. En wat het doel van een maatregel betreft, heeft het EHvJ eerder en ook in dit arrest geoordeeld dat de lidstaten, en in voorkomend geval de sociale partners, op nationaal niveau over een ruime beoordelingsmarge beschikken bij de beslissing welke doelstellingen van werkgelegenheids- en sociaal beleid zij specifiek willen nastreven. Het moet daarbij echter hoe dan ook gaan om doelstellingen van sociaal beleid, zoals die in verband met het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. In het licht van deze ruimte beoordelingsbevoegdheid vindt het EHvJ de door de Deense overheid en Experian gevoerde argumentatie ‘niet onredelijk’. Het EHvJ verwijst, juist gezien de ruimte beoordelingsvrijheid, voor de noodzakelijkheidstoets terug naar een Deense rechtbank om uitspraak te doen. Het Hof geeft de

Deense rechtbank nog een richtsnoer mee: in het bijzonder moet de nationale rechter rekening houden met de omstandigheid dat, aan de ene kant deze verzekering voordelig was voor Kristensen aangezien Experian bijdragen voor haar heeft betaald. Aan de andere kant stemmen de lagere werkgeversbijdragen met de lagere werknemersbijdragen overeen, zodat het percentage van het basissalaris dat Kristensen zelf op haar pensioenspaarrekening moest storten, lager was dan het percentage van een werknemer die ouder is dan 45. Het staat aan de verwijzende rechter om deze elementen tegen elkaar af te wegen.

Wanneer kan er sprake zijn van een dergelijke rechtvaardiging? De lat bij een dergelijke toets ligt hoog. Vooral het noodzakelijkheidsvereiste is blijkens rechtspraak een niet te onderschatten drempel.

Werkgeversbijdrage

De Deense overheid en Experian droegen de volgende argumenten aan om een stijgende werkgevers- en werknemersbijdrage te rechtvaardigen:

- oudere werknemers kunnen met de voor hen geldende hogere werkgeversbijdragen een redelijk pensioenbedrag bijeen sparen, ook wanneer zij pas op latere leeftijd gaan deelnemen;
- hogere werkgevers voor oudere werknemers zijn passend vanwege de verzekering van de risico's van overlijden en arbeidsongeschiktheid. De kosten zijn voor ouderen hoger dan voor jongeren.

Het eerste argument is sterk, en met name voor Nederland van belang. De premiestaffel die door Experian is/wordt gehanteerd is een willekeurige, en is in Nederland niet toegestaan. Premiestaffels in Nederland zijn gebaseerd op de ministeriële staffels. De beschikbare premie is daarbij zo vastgesteld dat de (geprognosticeerde) pensioenuitkomst op de pensioendatum voor iedere leeftijdscategorie dezelfde is. Dat lijkt mij een belangrijke objectieve rechtvaardigingsgrond voor een stijgende werkgeversbijdrage. Er is immers geen andere manier om ervoor te zorgen dat in een beschikbare premiereregeling iedere werknemer een gelijk(waardig) pensioen opbouwt. Aanvullende argumenten kunnen zijn:

- bescherming van de werknemer om een adequaat pensioenniveau te bereiken;
- de pensioenwaarde kan mogelijk als beloningsvoordeel worden gezien in de zin van art. 157 lid 2 VWEU. Bij een gelijke pensioenpremie is de pensioenwaarde (de contante waarde van de toekomstige uitkering) ongelijk, en andersom;
- bij het doorlopen van de staffel is de pensioenuitkomst voor iedereen (jong en oud) dezelfde. En wie ooit jong is wordt ook oud(er). Echter, het is – voor het gebruik van gelijke behandelingsvoorschriften – de vraag of vergelijking in de tijd is toegestaan. Wellicht niet zonder meer, maar de objectieve rechtvaardiging is mogelijk hierdoor wel sneller aanvaardbaar te maken. Aandachtspunt hierbij is nog wel dat de pensioenuitkomst tussen jong en oud nog steeds (sterk) kunnen verschillen. Voor jonge medewerkers is een carrièrecurve verdisconteerd en gelden andere tarieven (levensverwachting) op de datum van aankoop pensioenuitkeringen.

Gegeven de ruime beoordelingsruimte en de specifieke kenmerken van de Nederlandse pensioenstaffel lijkt mij een objectieve rechtvaardiging hiervan niet het probleem.

Werknemersbijdrage

De Deense overheid en Experian droegen de volgende argumenten aan om een stijgende werknemersbijdrage te rechtvaardigen:

- oudere werknemers kunnen met de voor hen geldende hogere werknemersbijdragen een redelijk pensioenbedrag bijeen sparen, ook wanneer zij pas op latere leeftijd gaan deelnemen;
- de financiële last voor jongere werknemers is beperkter omdat de door hen te betalen bijdragen lager zijn dan de door oudere werknemers te betalen bijdragen;
- hogere werknemersbijdragen voor oudere werknemers zijn passend vanwege de verzekering van de risico's van overlijden en arbeidsongeschiktheid. De kosten zijn voor ouderen hoger dan voor jongeren.

Deze argumenten vind ik minder sterk. Een beperkte financiële last voor jongere werknemers kan namelijk ook (minder ingrijpend) worden gerealiseerd door (in ruil voor een lagere werkgeversbijdrage voor alle werknemers) bijvoorbeeld een leeftijdsonafhankelijke eigen bijdrage (percentage van de grondslag). En de risicopremies kunnen buiten de netto staffelbijdrage voor het ouderdomspensioen om door de werkgever worden betaald (in ruil voor een lagere werkgeversbijdrage voor alle werknemers). Ook hier geldt dat in de tijd de bijdrage van iedereen (jong en oud) dezelfde is, maar (minder discriminerende) alternatieven zijn voorhanden.

Conclusie

De discussie gaat niet (alleen) meer over de leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage, maar nu ook over de vaststelling van de totale premie bij een leeftijdsafhankelijke beschikbarepremieregeling. Voor leeftijdonderscheid bij de werknemersbijdrage zie ik minder snel een objectieve rechtvaardiging. Voor een premiestaffel zal de objectieve rechtvaardiging waarschijnlijk kunnen worden gevonden in het feit dat een gelijk pensioen voor alle leeftijden op geen andere wijze kan worden gerealiseerd. Daarbij zal tevens kunnen meewegen dat leeftijd een minder discriminatoir is dan andere grondslagen. Wie jong is wordt ooit oud, maar een vrouw wordt nooit een man (uitzonderingen daargelaten).

Met belangstelling wacht ik in ieder geval de weging van de argumenten in de toets voor een objectieve rechtvaardiging door de Deense rechter af. Alsmede het vervolg van dit arrest voor de Nederlandse staffel.

Voetnoten



Flexis Groep