

Korting nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil geen discriminatie: bewijs het maar

Mark Heemskerk en Suzanne Kali, actueel tot 03-03-2016

Actueel tot	03-03-2016
Auteur	Mark Heemskerk en Suzanne Kali ^[1]
Vakgebied(en)	Pensioenen (V)



In deze bijdrage analyseren wij de gevolgen van het op 18 december 2015 door de Hoge Raad gewezen arrest over de vraag of een korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil tussen partners vrouwen discrimineert.^[2] Dit arrest is niet alleen interessant voor het antwoord op de specifieke, steeds terugkerende vraag of de korting van het nabestaandenpensioen bij een groot leeftijdsverschil tussen partners discriminatie is; het bevat tevens belangrijke overwegingen over de bewijslast en de toetsing van vermeende discriminatie die veel breder toepasbaar zijn bij discriminatievraagstukken.

De Hoge Raad casseerde in het belang der wet het ING-arrest van Hof Amsterdam waarin de korting van het nabestaandenpensioen objectief gerechtvaardigd werd geoordeeld.^[3] Om de gevolgen van het arrest goed in kaart te brengen, laten we eerst zien dat:

- het nabestaandenpensioen duurder is bij een groot leeftijdsverschil met een jongere partner;
- de korting van het nabestaandenpensioen vaak is vormgegeven als kortingspercentage bij een leeftijdsverschil van meer dan 10 jaar; en
- begrenzing van de solidariteit en het voorkomen van sterfbedhuwelijken de voornaamste argumenten zijn voor het korten van het nabestaandenpensioen.

Vervolgens schetsen we het wettelijk antidiscriminatiekader. De toepassing daarvan op de concrete feiten bepaalt het verschil tussen een geoorloofd en een verboden onderscheid. Dat lichten we toe aan de hand van de oordelenlijn van het College voor de Rechten van de Mens (College) en rechtspraak. Daarna leggen we uit waarom de Hoge Raad het arrest casseerde en lichten we de bredere betekenis van het arrest toe voor de toetsing van discriminatie en de bewijslastverdeling.

Nabestaandenpensioen en de korting bij een groot leeftijdsverschil

Nabestaandenpensioen is duurder naarmate de partner (veel) jonger is. Na overlijden van de deelnemer zal de achterblijvende jongere partner immers langer een nabestaandenpensioen

genieten dan het geval zou zijn bij een partner die minder met de deelnemer in leeftijd scheidt. Actuarieel gezien krijgt de weduwe – of weduwnaar, wij discrimineren niet! – ‘te veel’ nabestaandenpensioen in relatie tot de daarvoor ingelegde premie. Dat wordt betaald door het collectief. Om de solidariteit te beteugelen die het collectief op deze manier bij een langdurig nabestaandenpensioen toont, heeft een aantal werkgevers en pensioenuitvoerders een buitengrens gemarkeerd. Bij een leeftijdsverschil van meer dan 10 jaar wordt het nabestaandenpensioen gekort, bijvoorbeeld met 3% voor elk jaar dat het verschil groter is dan 10 jaar. Bij een verschil van 23 jaar – zoals in het ING-arrest – of van 31 jaar – zoals in het ABP-arrest^[4] – zou dat een korting van het nabestaandenpensioen van 39%, respectievelijk 63% betekenen. Die korting is verdedigd door een beroep op de begrenzing van de solidariteit en met het oog op het voorkomen van sterfbedhuwelijken. Hoewel wij denken dat er weinig mensen zijn die een partner selecteren om redenen van een nabestaandenpensioen, is ons bekend dat het in de praktijk voorkomt.

Wettelijk antidiscriminatiekader

De korting van het nabestaandenpensioen oogt niet discriminatoir. Ze geldt voor zowel mannen als vrouwen die een partner hebben met een groot leeftijdsverschil. Toch kan de korting leiden tot indirect onderscheid naar geslacht. De wet omschrijft indirect onderscheid als volgt: ‘Indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald geslacht in vergelijking met andere personen bijzonder treft’ (art. 1, lid 1, onder c WGB). Met andere woorden: als de korting ertoe leidt dat in overwegende mate vrouwen worden gekort, is sprake van indirect onderscheid naar geslacht.

De kwalificatie of sprake is van indirect onderscheid of niet, is van groot juridisch gewicht. Is er geen indirect onderscheid naar geslacht, dan is er geen discriminatie. Is dat er wel, dan is er discriminatie, tenzij er een objectieve rechtvaardiging voor is. De werkgever of pensioenuitvoerder draagt bij een discriminatievermoeden de bewijslast (art. 6a WGB) en dient dan aan te tonen dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging op basis van drie wettelijk verankerde criteria, te weten:

- een legitiem doel;
- passend middel; en
- een noodzakelijk middel (proportioneel en subsidiair).

Deze criteria zijn, net als veel andere gelijkebehandelingswetgeving, afkomstig uit Europese rechtspraak en regelgeving.

De vaststelling van indirect onderscheid

Uit Europese en nationale rechtspraak volgt dat statistische gegevens bepalen of sprake is van ‘overwegende benadeling’ en dus van indirect onderscheid.^[5] Het College hanteert de zogenoemde correlatietoets (ϕ -toets) om vast te stellen of er een samenhang bestaat tussen een bepaalde regeling en de benadeling van een groep. Is dat het geval, dan wordt vervolgens door middel van de chikwadraattoets berekend of de samenhang significant en niet toevallig is.^[6] Zonder daar een waardeoordeel aan te verbinden constateren wij – of beter gezegd het CBS^[7] – dat het statistisch vaker voorkomt dat een oudere heer een jongere dame als partner heeft dan omgekeerd. De Hoge Raad gaat er, evenals het hof in het ING-arrest, vanuit dat er indirect onderscheid naar geslacht is. Procureur-generaal Wuisman noemt in zijn conclusie tevens drie andere uitspraken waarin de burgerlijke rechter ervan uitgaat dat de kortingsregeling indirect onderscheid is.^[8]

Voor ons is dat geen vanzelfsprekendheid. Het College heeft in 2012 geoordeeld dat een pensioenverzekeraar, ondanks het ontbreken van de correlatie, niet had bewezen dat geen onderscheid werd gemaakt.^[9] Maar wanneer het deelnemersbestand laat zien dat er onvoldoende correlatie is, lijkt de conclusie geen onderscheid en dus geen discriminatie op zijn minst verdedigbaar. Rechtbank Midden-Nederland oordeelde over het huisartsenpensioenreglement dat geen sprake was van indirect onderscheid naar geslacht, omdat uit de correlatietoets bleek dat de kortingsregeling binnen het deelnemersbestand van het pensioenfonds niet leidde tot een (significant) onderscheid naar geslacht en er ook verder geen aanwijzingen waren dat dit wel het geval was.^[10] Evenmin werd leeftijdsonderscheid aannemelijk geacht. Wij lezen daarnaast in het arrest van Hof Den Haag eveneens kanttekeningen bij de 'zekerheid' van indirect onderscheid naar geslacht.^[11]

De vaste oordelenlijn van het College

De kans dat een werkgever of pensioenuitvoerder bij het College met succes een objectieve rechtvaardiging aanvoert, is buitengewoon klein.^[12] De vaste oordelenlijn van het College is dat de korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil vrouwen discrimineert.^[13] Zoals bekend hebben die oordelen geen juridische binding tot gevolg. Er hangt echter wel gewicht aan het oordeel, omdat een partij die van dat oordeel wil afwijken, dat moet motiveren, waarna de rechter dit moet beoordelen.^[14]

Als objectieve rechtvaardiging voor de korting wordt meestal begrenzing van de solidariteit aangevoerd. Die begrenzing ziet het College als een legitiem doel dat weliswaar passend is, maar niet altijd noodzakelijk, c.q. proportioneel.^[15] Met name de proportionaliteit – de verhouding tussen de impact van de korting en het doel – is een bottleneck. Verkort weergegeven weegt het College het nadeel voor de getroffen en de korting – af tegen de lagere uitkeringslasten van het deelnemerscollectief. Relevant is ook of de werkgever of het pensioenfonds cijfers heeft overgelegd die de verhouding tussen de korting en de (alternatieve) lastenverdeling kunnen aantonen. De uitkomst van die belangenafweging valt doorgaans uit in het voordeel van degenen van wie het nabestaandenpensioen wordt gekort.

De rechtspraak

De discriminatievraag bij de korting van het nabestaandenpensioen zorgt al meer dan tien jaar voor wisselende jurisprudentie. Hof Den Bosch oordeelde op 8 november 2005 dat de korting van het nabestaandenpensioen bij ABP discriminatoir was.^[16] De korting vond plaats bij een leeftijdsverschil van meer dan 10 jaar én wanneer het huwelijk op de dag van overlijden minder dan vijf jaar had geduurd. Dat laatste element werd verdedigd met een beroep op het tegengaan van sterfbedhuwelijken. Het hof achtte de 10-jaarseis hier echter niet geschikt voor, aangezien deze geen invloed heeft op sterfbedhuwelijken tussen personen met een kleiner leeftijdsverschil. Daarnaast werd een beroep gedaan op het begrenzen van de solidariteit. Maar ook daar ging het hof niet in mee: dit doel kon ook worden bereikt met maatregelen die geen onevenredige benadeling van de jongere vrouwelijke partner tot gevolg hebben.

Hof Amsterdam oordeelde in het ING-arrest dat de korting van het nabestaandenpensioen objectief gerechtvaardigd was om de solidariteit van het collectief te beperken. Daarbij overwoog het dat het pensioenreglement het resultaat was van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen de cao-partijen. Aangezien de mate waarin de solidariteit wordt beperkt in zekere zin arbitrair is, past het de rechter om terughoudend te zijn met een oordeel over de grenzen die het reglement aan de solidariteit stelt, aldus het hof. De Hoge Raad casseerde dit arrest (zie hierna). Ook Hof Den Haag oordeelde dat de

begrenzing van de solidariteit door middel van de korting van het nabestaandenpensioen objectief gerechtvaardigd was.^[17]

Het oordeel van de Hoge Raad

Zoals gezegd is het ING-arrest cassatie in het belang der wet (art. 78, lid 1 Wet RO). De procureur-generaal doet een verzoek tot cassatie in het belang der wet meestal in zaken met een duidelijke, overzichtelijke rechtsvraag waarover zich uiteenlopende rechtspraak ontwikkelt. Bij de korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil was de oordelenlijn van het College afwijkend van de rechtspraak. Bovendien was de uitkomst bij Hof Amsterdam en Hof Den Haag anders (geen discriminatie) dan die bij Hof Den Bosch (discriminatie). Niet voor niets had een speciale commissie die voorstellen doet aan de procureur-generaal voor zaken die zich lenen voor cassatie in het belang der wet, dit onderwerp voorgedragen. Cassatie in het belang der wet is evenwel pas mogelijk nadat er geen rechtsmiddelen meer zijn en er een geschikte zaak is. De procureur-generaal is niet aan termijnen gebonden. Daardoor was het mogelijk dat eind 2015 het ING-arrest van Hof Amsterdam uit 2006 werd gecasseerd. De vernietiging van dat arrest heeft geen gevolgen voor partijen; het brengt geen nadeel toe aan Pensioenfonds ING (art. 78, lid 7 Wet RO).

Waarom is het arrest vernietigd?

Betekent het oordeel van de Hoge Raad nu dat een korting van het nabestaandenpensioen discriminatie van vrouwen is? Die snelle conclusie is onjuist. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de objectieve rechtvaardigingstoets niet goed is doorlopen. De begrenzing van de solidariteit is een legitiem doel. Dat doel wordt bereikt door de korting (passend, vergelijk r.o. 3.3.2). De bottleneck zit, zo stelt ook de Hoge Raad vast, in de toetsing van de noodzakelijkheid van de korting: is de korting proportioneel en is er geen alternatief met minder of geen onderscheid (subsidiariteit)?

De Hoge Raad is kritisch over het gewicht dat het hof heeft toegekend aan het feit dat de kortingsregeling uit het pensioenreglement het resultaat is van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen cao-partijen. Volgens het hof paste het de rechter om terughoudend te zijn met een oordeel over de solidariteitsgrenzen in het pensioenreglement. De Hoge Raad vindt dit echter een miskennis van de noodzakelijkheidstoets. De rechter moet zich zelfstandig een oordeel vormen over de vraag of de kortingsregeling voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Daarnaast meent de Hoge Raad dat het hof ten onrechte in het midden heeft gelaten of de kosten van afschaffing van de leeftijdskortings in het niet vallen bij de totale omvang van het fonds. Hier is de Hoge Raad heel expliciet: 'Het Hof had van het Pensioenfonds moeten verlangen dat het aan de hand van door hem in het geding te brengen cijfers aantoonde dat het gemaakte onderscheid voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.' De bewijslast voor de objectieve rechtvaardiging rust immers op het pensioenfonds. In een overweging ten overvloede wijst de Hoge Raad er nog op – onder verwijzing naar het CGB-oordeel in deze zaak – dat algemene gezichtspunten over de verhouding tussen afschaffingskosten van de kortingsregeling en de omvang van het pensioenfonds niet van belang zijn. Het komt aan op de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Ook de in de hofuitspraak door het pensioenfonds genoemde globale, niet onderbouwde en ook betwiste cijfers over een eenmalige kostenverhoging van ongeveer € 10 miljoen en een jaarlijkse van € 1 miljoen voldoen niet aan de bewijslast. Bovendien waren die cijfers niet gerelateerd aan de totale omvang van het fonds en ontbrak een berekening van de premiestijging bij afschaffing van de kortingsregeling.

Betekenis voor de toetsing van discriminatie

Het ING-arrest betekent niet dat een korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil per definitie vrouwen discrimineert. Het betekent dat bij discriminatie – niet alleen bij de korting van het nabestaandenpensioen – de eisen aan de bewijslast strikt dienen te worden gehanteerd. Alle stappen van de objectieve rechtvaardigingstoets moeten worden doorlopen. De rechter moet toetsen of er een legitiem doel is dat passend en noodzakelijk is. Bij de noodzakelijkheidstoets moet de rechter zich een zelfstandig oordeel vormen over de proportionaliteit en subsidiariteit. Dat zelfstandig oordeel is alleen mogelijk na cijfermatige onderbouwing. Werkgevers en pensioenuitvoerders dienen er bij discriminatiekwesties rekening mee te houden dat rechters na dit ING-arrest meer bewijs en cijfers zullen eisen omdat ze zelfstandig de proportionaliteit en subsidiariteit moeten toetsen. Bij het 'actieve' College was het nalopen van alle stappen van de objectieve rechtvaardigingstoets al een vanzelfsprekendheid. Onze verwachting is dat de civiele rechter zich na dit arrest minder lijdelijk zal opstellen en eveneens zal (moeten) doorvragen naar cijfers en bewijzen.

Geen terughoudende toetsing door de rechter van de objectieve rechtvaardiging

Uit het arrest leiden wij kortweg af dat Hof Amsterdam wegens de bewijslast die op het pensioenfonds rust, cijfers had moeten opvragen en die ook zelfstandig had moeten toetsen. De Hoge Raad roept een halt toe aan de terughoudende opstelling van de rechter met betrekking tot het oordelen over arbitraire solidariteitsgrenzen die het resultaat zijn van collectieve onderhandelingen.

In veel pensioenreglementen is de korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil geschrapt of is aan de werkgever een vrijwaringsverklaring gevraagd. Het ING-arrest is niet alleen relevant voor bestaande gevallen. Het kan ook leiden tot een 'heropening' van claims van vrouwen die met het arrest in de hand hun korting van het nabestaandenpensioen willen terugdraaien. Saillant detail is dat de kantonrechter Midden-Nederland in de aangehaalde huisartsenzaak oordeelde dat een beroep op verjaring strandde op het equivalent van art. 59 PW.

De rol van instemming van sociale partners bij toetsing van de rechtvaardiging

De gedachte om bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging rekening te houden met collectieve afspraken – zoals het hof ook deed – is niet vreemd. Het College doet dat bijvoorbeeld bij de beoordeling van leeftijdsonderscheid in sociale plannen en seniorenregelingen. Is er een levensfasebewust personeelsbeleid, dan past het College een contextuele toets toe met, grof gezegd, meer juridische ruimte voor sociale partners.^[18] In het Royal Copenhagen-arrest heeft het Europese Hof ruimte gelaten om bij de beoordeling rekening te houden met het feit dat de afspraak het resultaat is van collectieve onderhandelingen. Het overwoog dat '(...) de omstandigheid dat de bestanddelen van de beloning via collectieve onderhandelingen dan wel via onderhandelingen op plaatselijk vlak zijn bepaald, voor de nationale rechter een gegeven kan zijn waarmee hij rekening houdt bij de beoordeling van de vraag, of de verschillen in gemiddelde beloning tussen twee groepen werknemers al dan niet het gevolg zijn van objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht'.^[19]

Cruciaal is daarbij wel dat de rechter er rekening mee *kan* houden. De terughoudende toets is dus niet afdwingbaar. Uit het KLM-arrest van de Hoge Raad blijkt daarnaast dat een groot draagvlak

– zoals een organisatiegraad van verkeersvliegers van ongeveer 90% – kan meewegen bij de beoordeling.^[20] Rekening mogen houden met collectieve afspraken betekent niet dat ze een objectieve rechtvaardiging vormen; afgesproken discriminatie is nog steeds discriminatie.^[21] Een analyse van deze jurisprudentie ontbreekt in het arrest en in de conclusie van procureur-generaal Wuisman. Wij houden het erop dat er een dunne maar zichtbare lijn is tussen de vereiste zelfstandige toetsing door de rechter op basis van concrete onderbouwing en eventuele cijfers en de mogelijkheid om rekening te houden met collectieve afspraken. Dat laatste mag, maar alleen wanneer een zelfstandig oordeel mogelijk is op basis van concrete feiten en omstandigheden. Zonder die concrete feiten en omstandigheden is niet voldaan aan de bewijslast en is de toetsing illusoir.

De bewijslast en de vereiste onderbouwing

Een werkgever of pensioenfonds kan de korting van het nabestaandenpensioen objectief rechtvaardigen, maar moet dat bewijzen. Het argument van de begrenzing van de solidariteit alleen is hiervoor niet voldoende; er is bewijs nodig aan de hand van statistische/concrete cijfers over de korting, het effect van ongedaanmaking van de korting, het effect op de premie en de relatie tot de totale omvang. Globale cijfers en algemene argumenten vormen geen objectieve rechtvaardiging. Ook dat is overigens jurisprudentie van het Europese Hof, blijkens het Rinner/Kühn-arrest.^[22]

Conclusie

Het ING-arrest betekent niet dat de korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil discriminatie van vrouwen is. Het arrest legt de nadruk op de bewijslast die op werkgevers en pensioenuitvoerders rust om onderscheid te rechtvaardigen, alsook op de plicht van rechters om zelfstandig te oordelen. Dat oordeel moet zijn gebaseerd op concrete en toetsbare cijfers. Bovendien moeten alle stappen van de objectieve rechtvaardigingstoets – legitimiteit, passendheid en noodzakelijkheid – worden bewezen door de werkgever/pensioenuitvoerder en beoordeeld door de rechter. Een terughoudende toets van de rechter op basis van globale cijfers doorstaat de toets der kritiek niet. Het ING-arrest kan leiden tot een revival van claims van bestaande kortingsregelingen en heropening van oude kortingsgevallen. Ook voor andere discriminatiekwesties betekent het arrest een aanscherping van de bewijslast en onderbouwingsnoodzaak.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. drs. M. Heemskerk en mr. S. Kali zijn respectievelijk bijzonder hoogleraar pensioenrecht en promovenda pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Heemskerk is daarnaast advocaat bij Blom c.s. Advocaten te Nieuwegein

[2]

HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3628 (ING).

[3]

Hof Amsterdam 31 augustus 2006, *PJ* 2006, 119 (ING/Jackl).

[4]

Hof Den Bosch 8 november 2005, *PJ* 2005, 135.

[5]

HvJ EU 6 december 2007, *JAR* 2008, 19 (Voss/Berlin); HvJ EU 9 februari 1999, C-167-97 (Seymour); Hof Leeuwarden 27 januari 2009, *PJ* 2009, 51.

[6]

CGB 14 augustus 2009, zaak 2009-78.

[7]

CBS StatLine 4 juli 2014, Huwen; huwelijksluitingen en huwende personen naar diverse kenmerken, te vinden op <http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=60036NED&D1=4-16,235&D2=I&HDR=G1&STB=T&VW=T>, geraadpleegd op 29 januari 2016.

[8]

Conclusie P-G Wuisman bij HR 18 december 2015, te vinden onder ECLI:NL:PHR:2015:1970, onder 5.1.

[9]

CGB 12 januari 2012, zaak 2012-6, *PJ* 2012/80, r.o. 3.21. Anders CGB 29 oktober 2009, zaak 2009-101, *PJ* 2010/48.

[10]

Rechtbank Midden-Nederland 15 juli 2015, *PJ* 2015, 144, r.o. 4.9.

[11]

Hof Den Haag 9 juni 2015, *PJ* 2015, 119 (Bpf Waterbouw).

[12]

M. Heemskerk, Pensioenrecht, *BJU* 2015, i.h.b. par. 12.13.

[13]

Het College van de Rechten van de Mens is vanaf 1 oktober 2012 de opvolger van de Commissie Gelijke Behandeling, zie Wet van 24 november 2011, *Stb.* 2011, 573.

[14]

HR 13 november 1987, *NJ* 1989/698 (St. Bavo).

[15]

Zie onder meer CGB 15 december 2011, zaak 2011-199, *PJ* 2012, 46, r.o. 3.26-3.29 en CGB 12 januari 2012, zaak 2012-6, *PJ* 2012, 80, r.o. 3.28 en 3.32-3.35.

[16]

Hof Den Bosch 8 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6564.

[17]

Hof Den Haag 9 juni 2015, *PJ* 2015, 119.

[18]

Zie het CGB Advies 2006/4, Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid. Zie CGB 2007-97, *JAR* 2007, 165 en CGB 2007-98.

[19]

HvJ EU 31 mei 1995, *NJ* 1996, 67; *JAR* 1995, 198 (Royal Copenhagen), r.o. 46.

[20]

HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/109.

[21]

HvJ EU 7 februari 1991, *NJ* 1993, 171 (Nimz).

[22]

HvJ EU 13 juli 1989, C 171/88, *Jur.* 1989, I-2743, r.o. 14.