

Wat vergt de WGBL?

Vereniging voor Pensioenrecht
6 december 2005

A.G. Castermans

Wat vergt de WGBL?

Een antwoord op die vraag is gemakkelijk te geven. Het is verboden onderscheid te maken op grond van leeftijd bij, grof gezegd, de arbeid (art. 3).

Uitzonderingen op dit verbod maken dat het antwoord toch lastig is te geven. Onderscheid kan toch door de beugel, onder meer (art. 7):

- als het is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet;
- als er een objectieve rechtvaardiging is voor het onderscheid.

Zowel het verbod als de uitzonderingen erop zijn begrijpelijkerwijs in algemene termen geformuleerd. Het is niet goed te doen regels te formuleren toegespitst op de concrete situaties waarin zij zouden moeten worden toegepast. Geen nood; bij de parlementaire behandeling zijn de nodige voorbeelden besproken waarin regel en uitzondering toepassing zouden kunnen vinden. Al in de MvT treft u aan overwegingen over

- de verschillende wettelijke bepalingen die dienen als grondslag voor arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid ter gelegenheid van bepaalde leeftijdscategorieën (28 170, nr. 3, p. 26 ev);
- wat als objectieve rechtvaardiging zou kunnen dienen; deze hebben betrekking op (MvT, p. 32 ev):
 - bescherming;
 - functioneel leeftijdontslag;
 - anciënniteit;
 - leeftijdsbepaalde activiteiten;
 - zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

Dat helpt. Als open normen moeten worden ingevuld, dan is het prettig te weten wat de wetgever voor ogen heeft gestaan.

In abstractere termen heeft te gelden dat leeftijd is in principe geen onderscheidend criterium in het arbeidsproces. Beeldvorming, mythes en vooroordelen ten opzichte van wat bepaalde leeftijdsgroepen wel of juist niet kunnen wordt tegengaan en daarmee dient arbeidsparticipatie van met name ouderen te worden bevorderd.

Dat zou ook zo moeten gaan bij pensioenen. De wet heeft ook op het punt van pensioenen een uitzondering geformuleerd:

Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden (art. 8 lid 3).

Helder genoeg, klaarblijkelijk, want voorbeelden in de parlementaire geschiedenis ontbreken.

“De opbouw van pensioen is duurder naarmate men ouder is, want hoe ouder is hoe korter de ingelegde premies kunnen renderen, dus hoe hoger de premies moeten zijn om toch tot een zelfde uitkomst voor alle deelnemers te kunnen komen. Overigens wordt voor het overgrote deel van de deelnemers een doorsnee premie berekend, waardoor het kostenverschil noch voor de werkgever noch voor de werknemer zichtbaar is”
(MvT, p. 38).

De premie mag dus naar leeftijd verschillen, maar in het overgrote deel van de gevallen zijn de verschillen niet *zichtbaar*.

Maar als ze er ook zijn, kunnen ze dan ook worden opgedrongen? De fractie van het CDA in de Eerste Kamer vroeg zich af of een pensioenregeling met een met de leeftijd (of met leeftijdcohort) oplopende beschikbare premie objectief gerechtvaardigd is. De regering beantwoordt die vraag niet. Zij zegt:

“(V)erschil in premie is toegestaan indien daarmee voor alle leeftijdscategorieën eenzelfde pensioen wordt bereikt. Indien het verschil in premie niet is terug te voeren op dergelijke actuariële berekeningen valt een dergelijke beschikbare premieregeling niet onder de uitzondering van artikel 8, derde lid” (MvA I, 28 170, C)

Mogen we hieruit afleiden dat de wetgever heeft beoogd onderscheid zonder meer aanvaardbaar te achten, indien de beschikbare premie zelf terug te voeren op actuariële berekeningen, ook als die premie geheel of gedeeltelijk premie voor rekening van de werknemer komt?

Bij onderscheid op grond van geslacht heeft de wetgever bij deze vraag uitdrukkelijk stilgestaan. Daar geldt dat de, tengevolge 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 (zie onder meer TK 1996/97, 22 695, nr. 12, p. 7 en TK 1999/2000, 26 711, nr. 11, p. 20).

Mag je nu zeggen: in het kader van de WGBL is dit alles niet overwogen, dus maakt het niet uit wie welk deel van de premie draagt? Of is het ontbreken van aanknopingspunten in de tekst van de WGBL en in de parlementaire geschiedenis, waaruit blijkt dat de wetgever de naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage heeft willen brengen onder de uitzondering van artikel 8 lid 3 reden om te zeggen dat de wet een leemte bevat die overeenkomstig het bepaalde bij onderscheid op grond van geslacht kan worden gevuld?

De vraag laat zich maar lastig oplossen aan de hand van de ratio van de wet. Beeldvorming is hier niet in het geding. Arbeidsparticipatie wellicht wel, maar buitengewoon speculatief. Er wordt wel gezegd dat als de werknemerspremie onder het verbod valt, werkgevers niet genegen zijn ouderen in dienst te nemen. Dan vraag ik mij af: hoe zit het met de mobiliteit? Als in de meeste gevallen sprake is van doorsnee premies, zal de neiging van werknemers naar een werkgever te gaan die de werknemer verplicht een beschikbare premie te betalen, niet groot zijn. Zo komen we niet veel verder.

De CGB heeft gekozen voor de laatste optie. Uit niets blijkt dat de wetgever kon leven met een resultaat dat ongelijke beloning tot gevolg heeft, wat weer in strijd is met een andere bepaling: artikel 3, aanhef, onderdeel e, WGBL. Een simpel rekenvoorbeeld in de parlementaire stukken had duidelijk kunnen maken of men wilde dat werknemers een substantieel hogere premie zouden moeten dragen dan hun jongere collega's. Een blik op de staffel van Financiën leert dat het kan gaan om het verschil tussen 7,6 en 37,3 %.



Ministerie van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal
Binnenhof 1a
2513 AA 's-GRAVENHAGE

Postbus 9080-1
2509 LV Den Haag
Anna van Hannoverstraat 4
Telefoon (070) 333 44 44
Telefax (070) 333 40 33

Uw brief

Ons kenmerk
AV/PB/05/27889

Doorkiesnummer
(070) 333

Onderwerp
WGBI en de werkgeversbijdrage

Datum
21 april 2005

Contactpersoon

Bij brief van 8 maart jl. heb ik toegezegd meer duidelijkheid te zullen verschaffen over de leeftijdsafhankelijke deelnemersbijdrage bij een beschikbare premieregeling. In het veld bestaat onduidelijkheid of een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage bij een beschikbare premieregeling in strijd is met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBI).

Deze onduidelijkheid is ontstaan doordat in de memorie van toelichting bij de WGBI niet expliciet is aangegeven hoe met de werknemersbijdrage omgegaan zou moeten worden. Verder is de vergelijking getrokken met een andere discriminatiegrond, te weten geslacht. Voor deze grond geldt dat de werknemersbijdrage voor elke werknemer (ongeacht geslacht) gelijk moet zijn. Dit is vastgelegd in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb) en artikel 2b Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW).

Bij de WGBI heeft de wetgever echter beoogd dat de werknemersbijdragen onder de uitzondering van artikel 8, derde lid van deze wet zouden vallen. In dit artikel staat dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Ik zal dit standpunt hieronder toelichten.

De WGBI en de Wgb zijn gelijkebehandelingswetten die beide zijn gebaseerd op Europese richtlijnen. Het gaat hier om respectievelijk Richtlijn 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep en Richtlijn 86/378 (gewijzigd door richtlijn 96/97) betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.

Richtlijn 2000/78 regelt in algemene zin dat gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen in het kader van aanvullende pensioenregelingen geen discriminatie op grond van leeftijd vormt. Richtlijn 86/378 regelt heel specifiek een verbod van differentiatie in de werknemersbijdragen bij beschikbare premieregelingen door bepalingen die direct dan wel indirect van het geslacht uitgaan. Richtlijn 86/378 richt zich op onderscheid naar geslacht en is dan ook niet van toepassing op differentiatie in de werknemersbijdragen als gevolg van het gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen.

Daar komt bij dat in zijn algemeenheid het verschil in premie juist het gevolg is van de actuariële berekeningen. Het lijkt dan ook geen zuivere redenering als het gebruik van leeftijdsriteria in actuariële berekeningen géén discriminatie oplevert, maar het gevolg van deze actuariële berekeningen, namelijk verschillende werknemersbijdragen, wel.

De wetgever heeft dan ook beoogd dat deze werknemersbijdragen onder de uitzondering vallen van artikel 6 van Richtlijn 2000/78. Dit betreffende artikel bepaalt dat "lidstaten kunnen bepalen dat de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, en het gebruik, in het kader van die regelingen, van leeftijdsriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht." Hierbij merk ik op dat het Europese Hof van Justitie uiteindelijk het laatste woord heeft over de vraag hoe artikel 6 van Richtlijn 2000/78 gelezen moet worden. Op dit moment zijn er echter geen aanknopingspunten dat van een andere lezing uitgegaan zou moeten worden.

Dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om met artikel 8, derde lid van de WGBI gebruik te maken van de vrijheid van dit artikel uit de Richtlijn, blijkt uit de memorie van toelichting op de WGBI: "In het wetsvoorstel wordt in artikel 8 gebruik gemaakt van de mogelijkheid die deze bepaling biedt om de vaststelling van toetredingsleeftijden en leeftijden voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen (pensioengerechtigde leeftijden) in aanvullende pensioenvoorzieningen en het gebruik van leeftijden in de actuariële berekeningen in het kader van aanvullende pensioenvoorzieningen uit te zonderen van het verbod op onderscheid naar leeftijd in arbeid en beroep. (...) De bepaling in de richtlijn dat het hanteren van toetredingsleeftijden, pensioengerechtigde leeftijden het gebruik van leeftijdsriteria in actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen geoorloofd is voor zover het niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht, behoeft geen implementatie in dit wetsvoorstel. Dit is namelijk al geregeld in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb). Op grond van de Wgb is zowel direct als indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen verboden, tenzij dit laatste objectief gerechtvaardigd is. Dat betekent dat het hanteren van een leeftijds criterium er niet toe mag leiden dat personen van een bepaald geslacht hierdoor onevenredig benadeeld worden."

De conclusie is dat de bepaling van artikel 8, derde lid van de WGBI dient te worden uitgelegd in het licht van het Europese recht waardoor een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage onder de uitzondering van dit artikel valt. Ik erken dat de memorie van toelichting bij de WGBI op dit punt duidelijker had mogen zijn. Aangezien het niet mogelijk is om een toelichting aan te passen en de wettekst mijns inziens correct en in overeenstemming met de richtlijn is, zie ik geen aanleiding om tot wetswijziging over te gaan.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

(mr. A.J. de Geus)

Leeftijdonderscheid bij werknemerspremies: actuarieel toegestaan of verboden verschil in beloning?

MAG DE WERKNEMERSBIJDRAGE AAN EEN PENSIOENVOORZIENING LEEFTIJDsafhankelijk worden bepaald? BERUST DE LEEFTIJDsafhankelijke WERKNEMERSBIJDRAGE OP ACTUARIËLE BEREKENINGEN ALS BEDOELD IN ARTIKEL 8 LID 3 VAN DE WET GELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN LEEFTIJD BIJ DE ARBEID¹ (HIERNA WGB L), ZODAT HET LEEFTIJDonderscheid IS TOEGESTAAN, OF IS SPRAKE VAN EEN INVULLING VAN DE ARBEIDSVOORWAARDEN WAARVOOR INGEVOLGE ARTIKEL 3 WGB L DE GELIJKE BEHANDELING IN ACHT GENOMEN MOET WORDEN? DE COMMISSIE GELIJKE BEHANDELING (CGB) HEEFT EEN AANTAL DUIDELIJKE, MAAR DOOR DE PENSIOENSECTOR BEKRITISEERDE, OORDELEN GEGEVEN. DE MINISTER VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID FLUIT DE CGB BIJ BRIEF VAN 21 APRIL 2005 TERUG: DE CGB PAST DE BEDOELING VAN DE WETGEVER VERKEERD TOE, ALDUS DE MINISTER. IN DIT ARTIKEL ANALYSEREN WIJ DEZE KWESTIE.

Erik Lutjens is hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat bij Van Mens & Wisselink. Mark Heemskerk is promovendus aan de Vrije Universiteit Amsterdam; hij bereidt een proefschrift voor over de juridische positie van de oudere werknemer. Daarnaast is hij als juridisch medewerker verbonden aan HouthoffBuruma.

1. Introductie

De CGB zorgde met haar oordelen van 17 mei 2004² voor opschudding in de pensioensector. Zij oordeelde dat een naar leeftijd gedifferentieerde werknemerspremie niet gebaseerd is op actuariële berekeningen als bedoeld in artikel 8 lid 3 WGB L. Derhalve valt de werknemerspremie niet (op die grond) buiten toepassing van die wet. In volgende oordelen heeft de CGB voor een vrijwillige leeftijdafhankelijke werknemersbijdrage wel een objectieve rechtvaardiging aanwezig geacht als bedoeld in artikel 7, lid 1 sub c van de WGB L.³

Bij brief van 21 april 2005⁴ heeft minister De Geus van Sociale Zaken en Werkgelegenheid invulling gegeven aan zijn toezegging 'meer duidelijkheid te zullen verschaffen over de leeftijdsafhankelijke deelnemersbijdrage bij een beschikbare premiereregeling'⁵. De minister komt tot de conclusie 'dat de bepaling van artikel 8, derde lid van de WGB L dient te worden uitgelegd in het licht van het Europese recht waardoor een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage onder de uitzondering van dit artikel valt'. Dat was namelijk de 'bedoeling van de wetgever', zo weet de minister.

2. De actuariële uitzondering

2.1. DE RICHTLIJN

Op 2 december 2000 is Richtlijn 2000/78/EG in werking getreden.⁶ De implementatie van de Richtlijn heeft geleid tot de WGB L. Art. 6 lid 2 van Richtlijn 2000/78 biedt een lidstaat de mogelijkheid om te bepalen dat in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (waaronder de Nederlandse aanvullende pensioenen zijn te begrijpen) het gebruik van 'leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen' geen leeftijdsdiscriminatie vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht. Anders gezegd, er mag rekening worden gehouden met op leeftijd gebaseerde actuariële berekeningsfactoren. Opvallend is dat de leeftijdsdiscriminatie in actuariële berekeningen zonder toelichting in art. 6 lid 2 van de Richtlijn terecht is gekomen. De uitzondering stond noch in de ontwerp-richtlijn⁷, noch in het gewijzigd voorstel.⁸ Het lijkt er op dat de bepaling op het laatste moment is toegevoegd door de Raad. Aangezien de Richtlijn een raadplegingsprocedure betrof, kon de Raad van het gewijzigde voorstel afwijken met eenparigheid van stemmen.⁹ De aldus gevolgde procedure betekent dat het opnemen van de verwijzing naar actuariële berekeningen zonder debat daarover met het Europees Parlement of input van de Commissie en ook zonder verdere (openbaar kenbare) bedoeling van de Raad in de Richtlijn is opgenomen. Voor de uitleg van de Richtlijn kunnen wij dus alleen op de tekst afgaan. De Nederlandse wetgever heeft de ruimte die de Richtlijn biedt, benut door in art. 8 lid 3 WGB L. te bepalen

1 Wet van 17 december 2002, Stb. 2004, 30. In werking getreden op 1 mei 2004, Stb. 2004, 90.

2 CGB oordelen 2004-51 en 52, PJ 2004, 88 en 89.

3 CGB oordeel 24 december 2004, nr. 2004-174, PJ 2005, 21.

4 Kamerstukken II 2004-05, 29 800 XV en 28 170, nr. 82.

5 februari 2001, p. 152-163.

9 Artikel 250 lid 1 EG-Verdrag.

dat het verbod van leeftijdsonderscheid niet van toepassing is op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden.

2.2. LEEFTIJDSCRITEIA IN ACTUARIËLE BEREKENINGEN

Actuariële berekeningsfactoren zijn elementen die voor de berekening van de hoogte van de premie en de uitkering in een pensioenvoorziening in aanmerking worden genomen. Die berekening is wiskundig – of anders gezegd: actuariel – van aard en wordt (gewoonlijk) uitgevoerd en normaliter in ieder geval gecontroleerd door een actuaaris. De meest gehanteerde actuariële berekeningsfactoren zijn te verdelen in drie groepen¹⁰:

- rekenrente¹¹;
- kansstelsels zoals met name: sterfttekansen, arbeidsongeschiktheids- en revalidatiekansen, frequenties van gehuwd zijn, soms ook toekomstige salarisontwikkeling of indexatiebeleid, en ook (aanvangs)leeftijd;
- kostenopslagen.

Het belang van leeftijd bij actuariële berekeningen is in de wetsgeschiedenis van de WGB L als volgt verwoord:

'Bij de berekening van premies en koopsommen die nodig zijn om pensioenen te financieren wordt gebruik gemaakt van grondslagen van de actuariële techniek. Leeftijd vormt daarbij een belangrijke grondslag in de vorm van levens- en sterfttekansen en de gemiddelde levensduur. De kosten van een pensioenvoorziening zijn mede afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer. De opbouw van pensioen is duurder naarmate men ouder is, want hoe ouder men is hoe korter de ingelegde premies kunnen renderen, dus hoe hoger de premies moeten zijn om toch tot eenzelfde uitkomst voor alle deelnemers te kunnen komen. Overigens wordt voor het overgrote deel van de deelnemers een doorsneepremie berekend, waardoor het kostenverschil noch voor de werkgever noch voor de werknemer zichtbaar is.'¹²

Een adequate financiële opzet van een pensioenvoorziening is, zo stellen wij vast, niet mogelijk zonder met de factor leeftijd rekening te houden. Dit geldt voor alle soorten pensioenregelingen, zowel voor regelingen met toegezegde pensioenuitkeringen als voor beschikbare premieregelingen en zowel voor regelingen met actuariel bepaalde premies als voor regelingen met een doorsneepremie (zie daarover par. 2.4).

2.3. BESCHIKBARE PREMIEREGELINGEN

De rol van leeftijd in actuariële berekeningen bij beschikbare premieregelingen volgt ook uit de parlementaire geschiedenis van de Wet fiscale behandeling van pensioen¹³:

'Om het pensioenresultaat in een beschikbaar-premiestelsel overeen te laten komen met het resultaat dat in een eindloot-regeling zou zijn bereikt, moet voor de bepaling van het af te storten bedrag rekening worden gehouden met een groot aantal te verwachten ontwikkelingen die invloed zullen hebben op de te verwachten uitkeringen (...). Met het oplopen van de leeftijd zal de gestorte premie minder opbrengsten genereren omdat de periode van storten tot de pensioeningangsdatum korter is. Daarom zal de beschikbare premie per leeftijdsklasse oplopen.'¹⁴

Kort gezegd wordt het voor pensioen beschikbaar komende kapitaal in een beschikbare premieregeling bepaald door premie- en beleggingsrendementen. Hoe korter de beleggingshorizon (hoe ouder de werknemer en

hoe dichter bij de pensioeningangsdatum), des te groter zal het aandeel van de premie moeten zijn om een kapitaal van een bepaalde hoogte te bereiken. Dit verklaart de met de leeftijd oplopende premie, zoals dit fiscaal is uitgewerkt in het zogenaamde Staffelbesluit.¹⁵ In het Staffelbesluit heeft de staatssecretaris van Financiën uniform toepasbare beschikbare-premiestaffels voor verschillende pensioensoorten gepubliceerd. Het Staffelbesluit is een uitwerking van het wettelijk uitgangspunt dat de premie actuariel kan worden vastgesteld per leeftijdsklassen van ten hoogste vijf jaren. De per leeftijdsklasse te bepalen beschikbare premie wordt dan afgestemd op de gemiddelde leeftijd in de klasse en stijgt met de leeftijd.¹⁶

2.4. DOORSNEEPREMIE

Veel pensioenregelingen kennen een doorsneepremie, ook wel gemiddelde premie genoemd. De premie wordt dan op voor de deelnemers in de pensioenregeling uniforme maatstaven gebaseerd, zonder dat met individuele actuariële factoren – zoals leeftijd en sterfterisico – rekening wordt gehouden.¹⁷ Verplichte bedrijfstakpensioenfondsen dienen op grond van artikel 8 lid 1 Wet Bpf 2000 voor de collectieve basisregeling (niet voor de vrijwillige pensioenvoorziening, zie artikel 8 lid 2 Wet Bpf 2000) te werken met een premie die 'voor alle deelnemers gelijk is', dan wel 'voor alle deelnemers een gelijk percentage van het loon dan wel van het gedeelte van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen' bedraagt. Hiermee is de omschrijving van de doorsneepremie gegeven, waarvoor de Wet Bpf 2000 met name opteert vanwege de aan de doorsneepremie inherente solidariteit. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet Bpf 2000 geeft de volgende toelichting:

'Onder de doorsneepremie wordt begrepen de totale pensioenpremie die door de werkgever wordt afgedragen aan het bedrijfstakpensioenfonds. De doorsneepremie wordt naar rato van de loonsom of van de som van de pensioengrondslagen verdeeld over de aangesloten werkgevers en is inclusief de eventuele werknemersbijdrage. Onderscheid in bijdrage op grond van met name leeftijd, geslacht of gezondheid is niet toegestaan.'¹⁸

Ook de Regeling Taakafbakening Pensioenfondsen¹⁹ (verder: Regeling Taakafbakening) geeft de doorsneepremie als optie voor pensioenfondsen om invulling te geven aan de met de Regeling Taakafbakening beoogde solidariteit

10 Vergelijk de op artikel 66 Wet toezicht verzekeringsbedrijf gebaseerde Actuariële principes leven, te vinden op http://www.dnb.nl/dnb/bin/doc/Act_pr_LEVEN_tcm1240708.pdf en voor pensioenfondsen de actuariële principes pensioenfondsen, binnenkort te vervangen door het Financieel Toetsingskader. Zie voor de onderverdeling in drie groepen bijvoorbeeld de website van WatsonWyatt www.watsonwyatt.com/europe/netherlands/research/grippen/a.asp.

11 De rekenrente is de factor waarbij feitelijk geanticipeerd wordt op de te verwachten rendementen, oftewel de (veronderstelde) beleggingsopbrengsten op de (toekomstige) premies. Zie par. 2.3.1, rekenrente, van Actuariële principes leven van de PVK.

12 Kamerstukken II 2001-02, 28 170, nr. 3, p. 38.

13 Wet van 29 april 1999, Stb. 1999, 211.

14 Kamerstukken II 1997-98, 26 020, nr. 3, p. 22.

15 Besluit Staatssecretaris van Financiën van 28 april 2003, nr. CPP2003/308M, VN 2003, 25.14.

16 Zie artikel 18a lid 3 Wet LB.

17 Zie H. Thierry, Pensioen- en spaarfondsen, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1955; E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, juridische beschouwingen over ouderdomspensioen, (diss. Vrije Universiteit Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 389.

18 Kamerstukken II 1999-00, 27 073, nr. 3, p. 4.

19 Regeling van 20 december 2000, Stcrt. 2000, 249.

in de pensioenregeling, zie artikel 5 onder b Regeling Taakafbakening. Deze optie van de Regeling Taakafbakening is van toepassing op 'vrijwillige' (in de zin van niet verplicht gestelde) bedrijfstakpensioenfondsen, voor ondernemingspensioenfondsen en voor de vrijwillige pensioenvoorziening binnen het kader van de verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. De omschrijving van de doorsneepremie in de Regeling Taakafbakening is overgenomen uit artikel 8 Wet Bpf 2000 en luidt als volgt:

'de door de deelnemers verschuldigde premie is voor alle deelnemers gelijk of bedraagt een gelijk percentage van het loon dan wel van het gedeelte van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking wordt genomen.'

Anders dan bij de doorsneepremie voor een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, geldt de voorgeschreven gelijkheid van de premie op grond van de Regeling Taakafbakening alleen voor de werknemersbijdrage. Bij verplichte bedrijfstakpensioenfondsen geldt de gelijkheid voor zowel de werkgevers- als de werknemersbijdrage. De doorsneepremie als invulling van de voorgeschreven solidariteit is volgens de Regeling Taakafbakening voorts uitsluitend mogelijk bij regelingen met toegezegde pensioenuitkeringen (eind- en middelloonregelingen) – zowel de collectieve basisregeling als de vrijwillige pensioenvoorziening- en derhalve niet bij beschikbare premiereregelingen. Een voor alle deelnemers gelijke premie is bij beschikbare premiereregelingen niet verboden, maar met de keuze voor een dergelijke voor alle werknemers gelijke deelnemersbijdrage wordt dus geen invulling gegeven aan de door de Regeling Taakafbakening beoogde solidariteit. De Regeling Taakafbakening accepteert met andere woorden welbewust dat de werknemersbijdrage in een beschikbare premiereregeling vastgesteld wordt met inachtneming van actuariële berekeningsfactoren en dat kan dus ook de factor leeftijd zijn. Samenvattend is het beeld als volgt:

- bij verplichte bedrijfstakpensioenfondsen mag voor de collectieve basisregeling bij de premie geen rekening gehouden worden met de leeftijd van de deelnemer. Dit geldt zowel voor de werkgeversbijdrage als voor de werknemersbijdrage;
- bij de niet verplichte bedrijfstakpensioenfondsen en de ondernemingspensioenfondsen kan voor zowel de collectieve basisregeling als de vrijwillige pensioenvoorziening voor de werknemersbijdrage in een regeling met toegezegde pensioenuitkeringen (eind- of middelloonregeling) de doorsneepremie als solidariteitsoptie worden gekozen. De solidariteitsverplichting van de doorsneepremie geldt niet voor de werkgeversbijdrage en hoeft voor de werknemersbijdrage niet gevolgd te worden als een ander toegelaten solidariteitselement wordt gekozen (dat andere element kan zijn de 10% werkgeversbijdrage of het leggen van het inflatierisico bij het fonds²⁰);
- pensioenfondsen hebben voor beschikbare premiereregelingen niet de optie van de gelijke werknemerspre-

mie als invulling van de door de Regeling Taakafbakening voorgeschreven solidariteit. Voor beschikbare premiereregelingen ondergebracht bij niet verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen (waaronder begrepen ondernemingspensioenfondsen) is een actuariële – leeftijdsafhankelijke – werknemerspremie in overeenstemming met de Regeling Taakafbakening; voor bij verzekeraars ondergebrachte regelingen gelden op grond van de Regeling Taakafbakening geen specifieke voorschriften ten aanzien van de keuze van de premie in relatie tot de leeftijd van de deelnemer.

De omstandigheid dat een doorsneepremie geldt, wil overigens niet zeggen dat leeftijd geen invloed heeft op de hoogte van de premie. Bij een stijgende gemiddelde leeftijd zal de doorsneepremie immers stijgen.

3. De wetsgeschiedenis

Ten aanzien van de actuariële uitzondering in artikel 8 WGB L merkt de memorie van toelichting het volgende op:

'In het wetsvoorstel wordt in artikel 8 gebruik gemaakt van de mogelijkheid die deze bepaling (artikel 6 van de Richtlijn, EL/MH) biedt om (...) het gebruik van leeftijden in de actuariële berekeningen in het kader van aanvullende pensioenvoorzieningen uit te zonderen van het verbod op onderscheid naar leeftijd in arbeid en beroep. Hiermee blijft de gangbare situatie in Nederland gehandhaafd'.²¹

Een verschil in (beschikbare) premie op basis van de leeftijd van de deelnemer is hiermee toegestaan, maar uitsluitend zolang het verschil in premie is terug te voeren op actuariële berekeningen. Blijkens de wetsgeschiedenis betekent dit dat in een beschikbare premiereregeling een premieverschil is toegestaan indien daarmee voor alle leeftijdscategorieën eenzelfde pensioen wordt bereikt.²² Naar aanleiding van vragen van het CDA en de VVD merkte de regering in de memorie van antwoord in de Eerste Kamer op dat het ook is toegestaan om voor alle leeftijdscategorieën *dezelfde* premie toe te zeggen. De consequentie hiervan is dat er verschillen in pensioenaanspraken en pensioenuitkeringen kunnen ontstaan in beschikbare premiereregelingen. Met het toenemen van de leeftijd zal voor de beschikbare gelijke premie namelijk minder pensioen kunnen worden ingekocht (zie par. 2.2 hierboven). Het aldus ontstane verschil in pensioenaanspraken en -uitkeringen valt volgens de regering blijkbaar ook onder de actuariële factoren uitzondering van artikel 8 WGB L. Het is de situatie zoals die ook gold ten aanzien van de – ongelijkheid in de – pensioenuitkeringen in een beschikbare premiereregelingen in relatie tot geslacht. Bij voor mannen en vrouwen gelijke pensioenpremies liet artikel 12c Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (verder: WGB)²³ ongelijkheid in de uitkeringen uit een beschikbare premiereregeling toe. Door de wijziging van artikel 12c WGB met ingang van 1 januari 2005²⁴ is expliciet voorzien in het beginsel van gelijke uitkeringen voor mannen en vrouwen. Er is wel een belangrijk verschil tussen de situatie van de WGB en die van de WGB L. Bij de uitkeringen voor mannen en vrouwen gaat het om de (on)gelijkheid van uitkeringen bij een zelfde kapitaal voor de niet naar geslacht gedifferentieerde premie. Bij de differentiatie van uitkeringen in een regeling met niet naar leeftijd gedifferentieerde – dus gelijke – premies gaat het om ongelijkheid van uitkeringen bij een verschil-

20 Art. 5 onder a respectievelijk c Regeling Taakafbakening Pensioenfondsen.

21 Kamerstukken II 2001-02, 28 170, nr. 3, p. 8.

22 Kamerstukken I 2003-04, 28 170, nr. C, p. 2-3.

23 Wet van 1 maart 1980, Stb. 1980, 86.

24 Wet van 21 december 2000, Stb. 2000, 625.

lend kapitaal, beredeneerd vanuit de gedachte dat de op jonge leeftijd betaalde premie meer beleggingsrendement genereert vanwege de langere horizon dan de op latere leeftijd betaalde premie. De in enig jaar betaalde, voor alle leeftijden gelijke premie resulteert voor jongeren dus uiteindelijk in een hoger kapitaal en dus een hogere pensioenuitkering. Bezien in de totale deelnemingscyclus waarbij jongeren ook oud worden, zal er uiteindelijk bij pensioeningang voor alle werknemers met een zelfde deelnemingsperiode op dezelfde leeftijden een zelfde pensioenuitkering ontstaan (afgezien van verschillen die door een rendementsverschil worden veroorzaakt). De deelnemingscyclus brengt naar onze opvatting mee dat het verschil in uitkeringen veroorzaakt door niet naar leeftijd gedifferentieerde premies anders beoordeeld kan worden dan het verschil in uitkeringen op grond van geslacht en mede gezien de strekking van artikel 8 WGB L toelaatbaar moet worden geacht.

Ten overvloede wijzen wij erop dat het in de richtlijn neergelegde voorschrift dat de actuariële uitzondering niet mag leiden tot onderscheid op grond van geslacht volgens de wetgever geen implementatie in de WGB L behoeft, aangezien de WGB dit al regelt. Zonder de uitzondering van leeftijd in actuariële berekeningen zou de financiering van de aanvullende pensioenen problematisch kunnen worden, aldus de toelichting.²⁵ Op grond van de WGB L en – voor zover het niet leidt tot onderscheid op grond van geslacht – de WGB mogen voor personen met een verschillende leeftijd verschillende actuariële factoren worden toegepast. Binnen dezelfde leeftijdscategorie mogen echter geen verschillende actuariële factoren voor mannen en vrouwen worden gehanteerd. De wetsgeschiedenis verduidelijkt dit met een voorbeeld:

'(...) de toegepaste actuariële factoren voor mannen en vrouwen van dertig jaar dienen hetzelfde te zijn. De actuariële factoren voor mannen en vrouwen van vijftig jaar dienen ook hetzelfde te zijn. De actuariële factoren voor personen van dertig jaar (mannen én vrouwen) mogen daarentegen wel afwijken van de factoren voor personen van 50 jaar (mannen én vrouwen).'²⁶

4. De oordelen van de CGB

4.1. WERKGEVERS- VERSUS WERKNEMERSBIJDRAGE

De CGB komt tot de conclusie dat werkgeversbijdragen wél onder de uitzondering ter zake van actuariële berekeningen vallen en werknemersbijdragen niet.²⁷ Aangezien het verschil in beschikbare premie in het (reeds genoemde) Staffebesluit is terug te voeren op actuariële berekeningen waarbij met leeftijd rekening is gehouden, valt het beschikbaar stellen van de leeftijdsafhankelijke werkgeverspremie onder de actuariële uitzondering.²⁸ Dat geldt volgens de CGB echter niet voor de eigen bijdrage van de werknemer. De CGB had daarvoor twee argumenten. Ten eerste is de actuariële uitzondering niet van toepassing op de verdeling van de premie over werkgever en werknemer, want dit leidt tot ongelijke beloning:

'Met een – door de werkgever bepaalde – naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage, in dit geval vastgesteld op een percentage van de beschikbare premie, wordt echter

onderscheid op grond van leeftijd in de zin van artikel 3, aanhef, onderdeel e, WGB I gemaakt, aangezien dit ongelijke beloning op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Met name voor oudere werknemers met een laag inkomen zal deze werknemersbijdrage grote gevolgen hebben, omdat zij – in vergelijking tot jongere werknemers – een onevenredig groot gedeelte van hun inkomen zullen moeten aanwenden voor de bijdrage aan hun pensioenvoorziening.

Een tweede argument ontleent de CGB aan het feit dat ten aanzien van geslacht is bepaald dat een geslachtsafhankelijke werknemersbijdrage niet is toegestaan:

'Nu noch in de WGB I, 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 artikel 8, derde lid, WGB I, wordt dit artikel overeenkomstig het bepaalde bij onderscheid op grond van geslacht geïnterpreteerd.'³⁰

Op grond van de WGB moet de werknemersbijdrage voor mannen en vrouwen gelijk zijn. De werkgeversbijdrage voor mannen en vrouwen mag verschillen, ook in een beschikbare premiereregeling, mits daarmee wordt beoogd de pensioenen van mannen en vrouwen gelijk te trekken.³¹

4.2. CGB DIFFERENTIEERT VERDER: VRIJWILLIGE VS. VERPLICHTE BIJDRAGE

De splitsing tussen werkgevers- en werknemerspremie is de vaste lijn van de CGB.³² Doordat de werknemersbijdrage niet onder de uitzondering valt, blijft de vraag bestaan of er een objectieve rechtvaardiging is voor leeftijdsgeïntegreerde werknemersbijdragen. Het laten meebetalen van werknemers aan de totale pensioenlasten c.q. het op een aanvaardbaar niveau houden van de kosten van de pensioenvoorziening is een legitiem doel dat passend is, maar niet noodzakelijk volgens de CGB:

'Het doel dat verzoekster beoogt zou ook kunnen worden bereikt met een middel waarbij geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, zoals het vaststellen van een eigen bijdrage van de werknemers op een bepaald percentage van de pensioengrondslag. Of dit middel leidt tot versobering van de pensioenvoorziening, zoals verzoekster stelt, zal onder meer afhangen van de pensioenvoorziening die een werkgever zijn werknemers wenst te bieden. Het vaststellen van een eigen bijdrage op een bepaald percentage van de pensioengrondslag hoeft derhalve niet noodzakelijkerwijs te leiden tot een versobering van de pensioenvoorziening.'³³

Deze redenering kunnen wij niet goed volgen indien het beperken van de werkgeverslasten een legitiem doel wordt gevonden en tevens een versobering van het pen-

25 Kamerstukken II 2001-02, 28 170, nr. 3, p. 36.

26 Kamerstukken II 2001-02, 28 170, nr. 3, p. 38.

27 CGB oordelen 17 mei 2004, nrs. 2004-51 en 52, PJ 2004, 88 en 89.

28 Het rekening houden met actuariële factoren betekent niet dat alle actuariële factoren zijn toegestaan. Oordelen van de CGB tonen aan dat een aansluiting bij de fiscale staffel is toegestaan. Wat fiscaal is toegestaan, hoeft echter niet te betekenen dat het civielrechtelijk is toegestaan. Fiscale regelgeving kan in strijd zijn met WGBL. Zo is de gemitigeerde eindloosregeling in art. 61 UBLB civielrechtelijk niet toegestaan (zie CGB oordeel 2004-122, PJ 2004, 150).

29 CGB oordeel 2004-51, r.o. 4.4.

30 CGB oordeel 2004-51, r.o. 4.4.

31 Artikel 12c, lid 1 en 2 WGB. Zie voor de toelichting Kamerstukken II 1996-97, 22 695, nr. 12, p. 7; Kamerstukken II 1999-2000, 26 711, nr. 11, p. 20.

32 Zie CGB oordeel 2004-174, PJ 2005, 21.

33 CGB oordeel 2004-51, r.o. 4.9.

sioenresultaat voorkomen moet worden. De werknemersbijdrage als (vast) percentage van de premie volgens het Staffelbesluit leidt tot een met de leeftijd stijgende werknemerspremie omdat immers die gestaffelde premie met de leeftijd oploopt. Een premie als vast percentage van de pensioengrondslag zal gezien de eisen van de fiscale behandeling, op het laagste percentage – behorend bij de jongste leeftijd – bepaald moeten worden om ook voor de jongeren fiscaal toelaatbaar te blijven. Voor de ouderen – alle werknemers boven de jongste leeftijd volgens het Staffelbesluit – zal de totaal beschikbare premie dan (aanzienlijk) lager uitvallen dan bij een met de leeftijd stijgende werknemerspremie.

Een voorbeeld verduidelijkt dit. De Staffel voor leeftijdsklassen tot 65 jaar kent voor een ouderdomspensioen en direct ingaand nabestaandenpensioen een premie die oploopt van 7,6% bij 15-19 jarigen tot 37,3% bij 60-64 jarigen. Stel dat de werkgever 50% van de premie volgens de Staffel betaalt, dus 3,8% voor 15-19 jarigen en 18,65% voor 60-64 jarigen in het voorbeeld. Een gelijke werknemersbijdrage mag dan – wat eenvoudig gezegd – gebaseerd zijn op de ruimte van 3,8% bij de jongste leeftijd van 15-19 jarigen, waarbij de werknemerspremie voor een 'volledige' pensioenopbouw bij 60-64 jarigen 18,65% zou moeten zijn. In schema:

Leeftijd	15-19	60-64
Werknemersbijdrage		
- 50% volgens Staffel	3,8%	18,65%
- op grond van WGB L	3,8%	3,8%
Werkgeversbijdrage		
	3,8%	18,65%
Totale premie		
- volgens Staffel	7,6%	37,3%
- op grond van WGB L	7,6%	22,45%

Die oudere werknemers komen dan 14,85% aan premie tekort voor een 'volwaardig' pensioen. Een hogere bijdrage voor de jongeren is fiscaal niet toegestaan binnen het kader van het Staffelbesluit en gelijkheid betekent hier dus gelijkheid op het laagste niveau. Anders dan de CGB zijn wij daarom van mening dat een gelijke werknemerspremie in beginsel tot een versoering van de pensioenregeling leidt. Daarbij plaatsen wij meteen de kanttekening dat – indien het zo is, dat de beschikbaar te stellen premie bij elke leeftijd in eenzelfde pensioen moet resulteren (zie par. 3) – de totale premie (werkgevers- en werknemerspremie tezamen) aan de norm van artikel 8 WGB L moet voldoen. Bij een verplichte werknemersbijdrage zal een lagere werknemerspremie ten opzichte van de Staffel dan gecompenseerd moeten worden door een hogere werkgeverspremie. Wij komen op dit aspect nog terug (zie par. 7). Het mag duidelijk zijn dat in het geval van deze compensatie het doel van kostenbeheersing niet bereikt wordt, tenzij het ambitieniveau van de pensioen-

regeling (aanzienlijk) neerwaarts wordt bijgesteld en er dus een pensioenversoering optreedt.

De CGB verfijnde de toelaatbaarheid van de leeftijdsafhankelijke werknemersbijdragen door in oordeel 2004-174 verschillend te oordelen over een verplichte werknemersbijdrage en een vrijwillige werknemersbijdrage. Kort gezegd oordeelt de CGB dat leeftijdsonderscheid bij een verplichte werknemersbijdrage niet objectief gerechtvaardigd is. Een vrijwillige leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage kan objectief gerechtvaardigd zijn.³⁴ Het bewerkstelligen dat werknemers naar mate zij ouder worden voldoende mogelijkheden behouden om door middel van vrijwillig bijsparen tot de opbouw van een adequaat pensioen te komen, vond de CGB een legitiem doel.³⁵ Alternatieven als het hanteren van leeftijdsafhankelijke tarieven en een vrijwillige voorziening in de vorm van een middelloonregeling met gelijke premies en gelijke uitkeringen voor alle leeftijdsgroepen leiden ertoe dat jonge werknemers afzien van de vrijwillige regeling en hun pensioen liever in de lijfrentesfeer zullen willen verzekeren, waardoor dit zou leiden tot antiselectie. Het ontbreken van een alternatief om tot een adequaat pensioen te komen, leidt de CGB er toe te oordelen dat een vrijwillige werknemersbijdrage objectief gerechtvaardigd is. Werknemers worden niet verplicht om op hogere leeftijd een groot gedeelte van hun inkomen te spenderen aan hun pensioenpremie, maar kunnen – nog steeds volgens de redenering van de CGB – zelf de afweging maken of zij willen bijsparen.³⁶

5. De brief van de minister

5.1. DE UITLEG VAN DE WET

In de brief van 21 april 2005 laat minister De Geus weten dat 'de wetgever' heeft beoogd de werknemersbijdragen onder de uitzondering van art. 6 van Richtlijn 2000/78 te brengen. De bedoeling van de wetgever blijkt volgens De Geus uit de memorie van toelichting. De minister erkent wel dat de memorie op dat punt 'duidelijker had mogen zijn'. Dat is een understatement van het niveau waarop de Britten het alleenrecht hebben, dachten wij tot 21 april 2005. De memorie van toelichting zegt namelijk helemaal niets – niet woordelijk en naar onze mening zelfs bij welwillende lezing niet naar de (impliciete) bedoeling – over het karakter van de werknemerspremie. Dat het gebruik van leeftijd in actuariële berekeningen buiten toepassing van de WGB L is geplaatst – dat is het enige wat in de toelichting staat – is wel duidelijk. Dit is namelijk een weergave van de tekst van artikel 8 lid 3 WGB L. Of (ook) de werknemersbijdrage gebaseerd is op het gebruik van actuariële berekeningen is daarmee nog geenszins beantwoord. In ieder geval is duidelijk dat de CGB het er niet in gelezen heeft, dus zo eenduidig als de minister het nu wil doen voorstellen zal de wetgeschiedenis toch niet zijn geweest.

5.2. DE STATUS VAN DE BRIEF

De minister ziet geen aanleiding om tot wetwijziging over te gaan 'aangezien het niet mogelijk is om een toelichting aan te passen en de wettekst mijns inziens (volgens de minister, EL/MH) correct en in overeenstemming met de richtlijn is (...)'. De minister kan wellicht de wetgeschiedenis interpreteren, zijn uitleg heeft niet de status van (onderdeel van de) wetgeschiedenis. Voor zover de

34 CGB oordeel 2004-174, PJ 2005, 21.

35 CGB oordeel 2004-174, r.o. 3.20, PJ 2005, 21.

36 CGB oordeel 2004-174, r.o. 3.27, PJ 2005, 21.

minister beoogt de wetsgeschiedenis aan te vullen, gaat hij zijn bevoegdheid te buiten. De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk (art. 81 Gw) en de onderlinge gedachtewisseling tussen deze lichamen is relevant voor uitleg van de bedoeling van de wetgever. De minister is de wetgever echter niet. De minister kan het parlement niet bij brief buitenspel zetten door achteraf namens de wetgever te spreken. Een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep ondersteunt deze gedachte. De CRvB achtte zich niet gebonden aan een na het totstandkomen van een wet gegeven toelichting van de toenmalige staatssecretaris van SZW: 'Want ook indien de staatssecretaris die mening wel zou zijn toegedaan, acht de raad zich niet gebonden aan die uitleg, die is gegeven na de totstandkoming van de onderhavige wettelijke bepaling en dan ook niet als de bedoeling van de wetgever valt aan te merken.'³⁷ Dat de inhoud van de brief aldus formeel niet relevant moet worden geacht bij het opsporen van de bedoeling van de wetgever, wil niet zeggen dat de minister het materieel bij het verkeerde eind heeft. Om dat te beoordelen, zullen wij nader op de argumenten van de minister ingaan.

5.3. DE ARGUMENTATIE VAN DE MINISTER

Minister De Geus concludeert dat art. 8 lid 3 WGB L dient te worden uitgelegd in het licht van het Europese recht, waardoor de naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage uitgezonderd is van de toepassing van het verbod van leeftijdsonderscheid. Hij betoogt dat het de bedoeling is geweest van de wetgever om met art. 8 lid 3 WGB L gebruik te maken van de vrijheid die art. 6 lid 2 van de Richtlijn biedt. Dat een geslachtsafhankelijke werknemersbijdrage niet is toegestaan, brengt volgens hem niet mee dat een leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage verboden is. Het verbod van geslachtsafhankelijke werknemersbijdrage bij beschikbare premiereregelingen is specifiek neergelegd in Richtlijn 86/378 WGB L. Deze Richtlijn richt zich op onderscheid naar geslacht en is in de visie van de minister dan ook niet van toepassing op differentiatie in de werknemersbijdragen als gevolg van het gebruik van leeftijdsriteria in de actuariële berekeningen. Richtlijn 2000/78 regelt – zo verwoordt de brief – in algemene zin dat gebruik van leeftijdsriteria in de actuariële berekeningen in het kader van aanvullende pensioenregelingen geen leeftijdsdiscriminatie vormt. Een ander argument van de minister is dat actuariële berekeningen automatisch leiden tot een verschil in premie. Daarom is het niet logisch wanneer het één (actuariële berekeningen) wél is toegestaan, maar het gevolg daarvan (verschillende werknemersbijdragen) niet. Bij de door de CGB georganiseerde bijeenkomst op 26 april 2005 ter gelegenheid van de eerste verjaardag van de WGB L liet de minister bij monde van een van zijn ambtenaren weten dat de toelaatbaarheid van leeftijdgedifferentieerde werknemerspremies (mede) is ingegeven door de wens om de arbeidsparticipatie van oudere werknemers te bevorderen. Een verbod op de leeftijdsafhankelijke werknemerspremie heeft tot gevolg dat een oudere werknemer voor een werkgever duurder wordt, hetgeen leidt tot een slechtere arbeidsmarktpositie voor de oudere werknemer omdat de werkgever hem vanwege de kosten minder snel zal willen aannemen.³⁸

6. Analyse

6.1. ONDERSCHIED WERKNEMERSBIJDRAGE- WERKGEVERSBIJDRAGE

Wij menen dat er geen juridische grondslag is voor het oordeel van de CGB dat een leeftijdsafhankelijke werknemersbijdrage niet onder de uitzondering van artikel 8 WGB L valt.³⁹ Ten aanzien van geslacht verbiedt artikel 6 lid 1 onder i van richtlijn 86/378/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 96/97⁴⁰ (verder: de pensioenrichtlijn) en uitgewerkt in de WGB specifiek een verschil in werknemersbijdrage voor mannen en vrouwen. Zowel Richtlijn 2000/78 als de WGB L spreken over actuariële berekeningen in het algemeen en verbieden niet met zoveel woorden leeftijdsonderscheid in de werknemersbijdrage. Met andere woorden, er is – in tegenstelling tot geslacht – voor leeftijd geen onderscheid gemaakt tussen werkgevers- en werknemersbijdragen.

De nationale rechter moet volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG (verder: HvJ EG) bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, ongeacht of zij van eerdere of latere datum dan de richtlijn zijn, deze zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen.⁴¹ Hij dient de nationale bepalingen die hij moet toepassen zoveel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen.⁴² Aangezien Richtlijn 2000/78 geen specifieke voorschriften biedt voor de werknemerspremie en de parlementaire geschiedenis aansluit bij de richtlijn, volgt hieruit ons inziens dat het de bedoeling is geweest de totale actuariële premie (dus zowel het werkgevers- als het werknemersdeel) uit te zonderen van toepassing van de WGB L.⁴³ Was het de bedoeling geweest om net als bij geslacht de werknemersbijdrage niet uit te zonderen, dan had het op de weg van de Europese (of nationale) wetgever gelegen om (net als bij geslacht) dit duidelijk te maken in tekst of toelichting van Richtlijn 2000/78 of de WGB L.

Daar komt bij dat leeftijd niet hetzelfde kan worden benaderd als geslacht:

'Al bij de totstandkoming van de Awgb heeft de regering er op gewezen dat, in tegenstelling tot de non-discriminatiegronden die in de Awgb worden genoemd, leeftijd niet bij voorbaat als een verdacht criterium voor onderscheid kan worden aangemerkt.'⁴⁴

37 CRvB 8 december 1994, AB 1994, 440. In deze richting lijkt ook HR 5 januari 2001, PJ 2001, 4; NJ 2001, 661 te wijzen.

38 Zie het verslag van de bijeenkomst bij de CGB, <http://www.cgb.nl/asp/nieuws.asp>.

39 In gelijke zin M.D. Vis, De Commissie gelijke behandeling neemt de pensioenregeling onder vuur!, AR 2004, 56.

40 Richtlijn betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling mannen en vrouwen in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, Richtlijn 86/378/EG van de Raad van 24 juli 1986, PbEG 1986, L 225, gewijzigd bij Richtlijn 96/97/EG van 20 december 1996, PbEG 1997, L 046 (Pensioenrichtlijn).

41 Zie HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8; NJ 1993, 163 (Marleasing); HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, Jurispr. blz. I-6911 punt 20 (Wagner Miret); HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 26, NJ 1995, 321 (Faccini Dori).

42 HvJ EG 26 september 2000, zaak C-262/97, Jurispr. blz. I-7321, NJ 2001, 156; PJ 2001, 4 (Engelbrecht).

43 In gelijke zin antwoordde minister De Geus op vragen van het Kamerlid De Vries, zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, Aanhangsel, p. 3790.

44 Kamerstukken II 1991–92, 22 014, nr. 5; zie ook Kamerstukken II 2001–02, 28 170, nr. 3, p. 12.

Ook de Hoge Raad oordeelde dat 'niet uit het oog mag worden verloren dat het bij het maken van onderscheid naar leeftijd niet gaat om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals bijvoorbeeld op grond van ras en geslacht.⁴⁵ Wij zijn van oordeel dat de CGB ten onrechte aan deze verschillen tussen geslacht en leeftijd geen betekenis heeft toegekend. Op grond van het voorgaande menen wij dat de bewoordingen en het doel van de Richtlijn aan de wetgever de ruimte bieden c.q. zo uitgelegd kunnen worden dat de werknemersbijdrage onder de uitzondering van de actuariële factoren valt. In die zin kunnen wij de minister volgen in zijn betoog.

6.2. ONGELIJKE BELONING

Met het plaatsen van de werknemersbijdrage onder de actuariële uitzondering is de kous echter niet af. De (van de WGB L uitgezonderde) naar leeftijd gedifferentieerde werknemerspremie leidt namelijk tot een ongelijke beloning tussen werknemers met een ongelijke leeftijd. Ook de CGB wees hier in haar oordelen op.⁴⁶ Opvallend is dat de minister in zijn brief met geen woord rept over ongelijke beloning.

De werknemerspremie behoort tot het brutoloon⁴⁷ en wordt rechtstreeks op het loon ingehouden. Een gelijk brutoloon met een (op leeftijd gebaseerd) verschil in werknemerspremie zal leiden tot een ongelijke nettobeloning van werknemers in verschillende leeftijdsklassen. Bij een gelijk brutoloon en een hogere premie voor ouderen zal het nettoloon van ouderen lager zijn dan dat van jongeren. Dit loonverschil is niet terug te voeren op een door de werkgever betaald voordeel, maar op de omstandigheid dat oudere werknemers een hogere werknemerspremie betalen dan jongere werknemers. Het pakt dus zo uit dat het toegestane verschil in werknemersbijdrage doorwerkt in één van de voornaamste arbeidsvoorwaarden: de beloning. Er ontstaat wat wij noemen gevolgongelijkheid. Artikel 3 onder e WGB L brengt arbeidsvoorwaarden onder het verbod van onderscheid op grond van leeftijd. Aangezien artikel 8 WGB L het op leeftijd gebaseerde verschil in beloning niet expliciet uitzondert, is de vraag of het door het premieverschil veroorzaakte verschil in nettoloon geabsorbeerd wordt door de actuariële factoren uitzondering van artikel 8 WGB L of dat de uitzondering van artikel 8 WGB L zich beperkt tot onderscheid binnen de pensioenregeling als zodanig.

Hierbij nemen wij tot uitgangspunt dat de in artikel 8 lid 3 gebezigde terminologie actuariële berekeningen 'bij' pen-

sioenvoorzieningen, niet meebrengt dat de uitzondering van artikel 8 lid 3 ook betrekking heeft op de gevolgen die het gebruik van actuariële berekeningen heeft voor buiten de pensioenvoorziening vallende andere prestaties, zoals in dit geval het nettoloon. Wij signaleren dit aspect omdat artikel 8 lid 2 spreekt over het niet van toepassing zijn van het verbod van leeftijdonderscheid op toetredings- en pensioenleeftijden 'in' pensioenvoorzieningen.⁴⁸ De keuze voor het woord 'bij' kan volgens ons worden verklaard doordat actuariële berekeningen niet zijn opgenomen 'in' de pensioenvoorziening. Het resultaat daarvan, de verschillende premie, is dat wel. De uitzondering van artikel 8 is naar ons oordeel beperkt tot de pensioenvoorzieningen als zodanig en heeft geen betrekking op de arbeidsvoorwaarden in ruimere zin. Voor deze opvatting vinden wij steun in het feit dat Richtlijn 2000/78 – en in het verlengde daarvan de WGB L – geen expliciete uitzondering maakt voor bedoelde andere prestaties, waar in Richtlijn 79/7⁴⁹ wel uitdrukkelijk is gebeurd (zie § 6.2.2).

Blijkens de wetsgeschiedenis dient voor de interpretatie van het begrip arbeidsvoorwaarden – waaronder beloning – te worden aangesloten bij de jurisprudentie van het HvJ EG op grond van artikel 141 (119 oud) EG Verdrag.⁵⁰ De inhoud en uitleg van het begrip beloning in artikel 141 EG is daarom mede bepalend voor de interpretatie van de WGB L. Het begrip beloning in de zin van artikel 141 EG omvat alle huidige of toekomstige voordelen in geld of in natura, mits deze, zij het ook indirect, door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking worden betaald. Voor het begrip beloning is bepalend dat de werkgever zich (zelfs eenzijdig) verbindt om aan zijn werknemers bepaalde uitkeringen te betalen of specifieke voordelen toe te kennen, terwijl de werknemers op hun beurt erop rekenen, dat de werkgever hun die uitkeringen zal betalen of die voordelen zal toekennen. Alles wat niet uit die verbintenis voortvloeit en ten aanzien waarvan de werknemers dus geen overeenkomstige verwachtingen koesteren, valt buiten het beloningsbegrip.⁵¹ In het Worringham arrest oordeelde het HvJ EG dat de werknemersbijdrage een bestanddeel vormt van de beloning, aangezien zij rechtstreeks wordt ingehouden op het salaris, dat per definitie onder het begrip beloning valt.⁵² Uit het Worringham arrest volgt mitsdien dat de naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage leidt tot een ongelijke beloning tussen jongeren en ouderen. Het maakt hierbij niet uit of er sprake is van werknemerspremie voor een collectieve basisregeling, zonder vrije keuze voor de werknemer om deel te nemen, dan wel een vrijwillige pensioenvoorziening. In beide gevallen is er sprake van een pensioentoezegging van de werkgever, zoals blijkt uit artikel 2, lid 1 PSW jo. artikel 1 Regeling Taakafbakening Pensioenfondsen. In beide gevallen is de deelneming in en premiebetaling aan de pensioenregeling gebaseerd op de arbeidsverhouding en derhalve aan te merken als een uit de arbeidsverhouding voortvloeiend voordeel. Uit het Coloroll-arrest van het HvJ EG blijkt dat slechts vrijwillige premiebetalingen die niet op de arbeidsverhouding gebaseerd zijn, buiten het beloningsbegrip vallen.⁵³ Wij concluderen derhalve dat zowel de premiebetaling voor een collectieve basisregeling als premiebetaling voor een vrijwillige voorziening onder het arbeidsvoorwaardenbegrip van de WGB L valt.⁵⁴

45 HR 8 oktober 2004, PJ 2004, 138/139 (KLM en Martinair), r.o. 3.4.2.

46 Zie bijvoorbeeld CGB oordeel 2004-51, r.o. 4.4.

47 HR 22 januari 1971, NJ 1971, 179; HR 17 november 1978, NJ 1979, 149.

48 De richtlijn spreekt in artikel 6 over "in" regelingen resp. over – in relatie tot actuariële berekeningen – "in het kader van" regelingen.

49 Richtlijn betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, Richtlijn 79/7/EG van 19 december 1978, PbEG 1979, L6.

50 Kamerstukken II 2001-02, 28 170, nr. 3, p. 21.

51 HvJ EG 22 december 1993, C-152/91, Jur. 1993, p. I-6395 (Neath).

52 HvJ EG 11 maart 1981, C-69/80, Jur. 1981, p. 767, r.o. 15 (Worringham).

53 HvJ EG 28 september 1994, C-200/91, Jur. 1994, p. I-4385, r.o. 92 (Coloroll).

54 Anders M.D. Vis, De Commissie gelijke behandeling neemt de pensioenregeling onder vuur!, AR 2004, 56.

6.2.1. DE BETEKENIS VAN HET NEWSTEAD ARREST

Uit het door het HvJ EG gewezen arrest Newstead volgt eveneens dat een verschil in premie dat wordt veroorzaakt doordat mannelijke werknemers wel, maar vrouwelijke werknemers geen premie voor een nabestaandenpensioen moeten betalen, kan leiden tot ongelijke beloning.⁵⁵ In Newstead betrof het de premiebetaling voor een nabestaandenpensioen en ten tijde van het arrest lieten richtlijnen 79/7 en 86/379 toe dat lidstaten het nabestaandenpensioen uitzonderden van de werkingssfeer van het gelijke behandelingsbeginsel.⁵⁶ Het gevolg van een – op zichzelf toelaatbare – geslachtsafhankelijke werknemersbijdrage voor de pensioenregeling was dat er ongelijkheid in het nettoloon tussen mannen en vrouwen ontstond. In casu achtte het HvJ EG het loonverschil toegestaan. De zaak Newstead verschildt op twee punten van de situatie die wij bij leeftijd aantreffen. Ten eerste viel het loonverschil buiten de reikwijdte van artikel 141 (artikel 119 oud) EG-verdrag:

'Het gewraakte onderscheid (in nettosalaris, EL/MH) is derhalve niet terug te voeren op een aan de werknemers betaalde prestatie of op een door de werkgever namens de werknemer aan een pensioenregeling betaalde bijdrage, die zou kunnen worden beschouwd als een voordeel dat direct of indirect aan de werknemer wordt betaald, als bedoeld in artikel 119 EEG-verdrag.'⁵⁷

Het HvJ EG overweegt even later:

'De bestreden inhouding leidt tot een vermindering van het nettosalaris, omdat een bijdrage wordt betaald aan een socialezekerheidsregeling, maar zij heeft hoegenaamd geen invloed op het brutosalaris op grond waarvan normaliter de andere bovengenoemde aan het salaris gekoppelde voordelen worden berekend.'⁵⁸

Ten tweede bepaalde Richtlijn 79/7 in artikel 3 lid 1 expliciet dat de richtlijn 'niet van toepassing (is) op bepalingen betreffende de prestaties aan nagelaten betrekkingen'. Anders dan bij Newstead valt het loonverschil veroorzaakt door naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdragen voor pensioenregeling binnen het kader van artikel 141 EG. Bovendien is in richtlijn 2000/78 geen uitzondering opgenomen voor leeftijdsafhankelijke premies en gevolgen voor de pensioenuitkeringen. De in de richtlijn en de WGB L toegestane leeftijdsafhankelijke werknemerspremie kan niet worden gehanteerd omdat het leidt tot een verboden onderscheid in de arbeidsvoorwaarden, namelijk in het nettoloon. Wij zijn van oordeel dat deze 'gevolgongelijkheid' in het nettoloon zelfstandig getoetst moet worden op overeenstemming met de WGB L en niet 'meegezogen' wordt in de uitzondering van artikel 8 WGB L.

6.2.2. OBJECTIEVE EN NOODZAKELIJKE BAND?

Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EG kan een geïsoleerd gezien verboden onderscheid naar geslacht in aanvullende pensioenleeftijd dat een objectieve en noodzakelijke band heeft met een toegestaan verschil in wettelijke pensioenleeftijd toch zijn toegestaan.⁵⁹ Dat werpt de vraag op of het verboden verschil in beloning toegestaan is omdat het een objectieve en noodzakelijke band heeft met de toegestane leeftijdsafhankelijke werknemerspremie. Wij lichten dit hieronder toe.

Artikel 7 lid 1 sub a van Richtlijn 79/7 (verder: de sociale zekerheidsrichtlijn) inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de wettelijke sociale zekerheid luidt als volgt:

'Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de Lid-Staten om van haar werkingssfeer uit te sluiten:

a) de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties.'

De sociale zekerheidsrichtlijn laat een ongelijke pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen (in de wettelijke sociale zekerheid) toe. Daarnaast kunnen ook 'de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties' zijn toegestaan. In de rechtspraak is dat als volgt uitgewerkt: de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen is in beginsel verboden, tenzij het verbod een 'objectieve en noodzakelijke band' heeft met de toegestane ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in de wettelijke sociale zekerheid. In dat geval is ook het onderscheid in de aanvullende regelingen toegestaan. Het verschil in behandeling moet objectief noodzakelijk zijn om te vermijden dat het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel wordt verstoord, of om de samenhang tussen het stelsel van ouderdomspensioenen en andere uitkeringsregelingen te bewaren.⁶⁰ Hieruit vloeit de vraag voort of deze benaderingswijze betekenis kan hebben voor het verboden beloningsverschil dat veroorzaakt wordt door de aan de loonsystematiek inherente koppeling van de toegestane leeftijdsafhankelijke werknemerspremie aan de beloning? Wij menen van niet. De sociale zekerheidsrichtlijn biedt expliciet de mogelijkheid om de gevolgen voor andere prestaties van toegestane ongelijke behandeling uit te zonderen. Hier is dus sprake van een expliciet in de richtlijn toegelaten uitzondering op het gelijke behandelingsbeginsel. Richtlijn 2000/78 bevat deze mogelijkheid niet. Indien deze uitzondering gewenst was, had de gemeenschapswetgever dit – gelet op het fundamentele belang van het beginsel van gelijke behandeling⁶¹ in het algemeen en gelijke beloning in het bijzonder – behoren te reguleren. Nu dit niet is gebeurd, is er door de leeftijdsafhankelijke werknemerspremie sprake van ongelijke beloning tussen jongeren en ouderen, die behoudens aanwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond strijdig is met de WGB L.

55 HvJ EG 3 december 1987, C 192/85, Jur. 1987, 4753 (Newstead).

56 Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 en het daarop gebaseerde art. 1637ij BW strekten zich niet uit tot de arbeidsvoorwaarde pensioen. Inmiddels is een ongelijke behandeling man/vrouw ook ten aanzien van pensioen verboden, zie art. 7:646 BW en de WGB.

57 HvJ EG 3 december 1987, C 192/85, Jur. 1987, 4753 (Newstead), r.o. 14.

58 HvJ EG 3 december 1987, C 192/85, Jur. 1987, 4753 (Newstead), r.o. 18.

59 HvJ EG 30 maart 1993, C-328/91, Jur. 1993 I-1247 (Thomas); HvJ EG 11 augustus 1995, C-92/94, Jur. 1995, I-2521 (Graham); HvJ EG 30 januari 1997, C 139/95 Jur. I-549 (Balestra); HvJ EG 23 mei 2000, PJ 2000,59 (Hepple) HvJ EG 23 mei 2000, PJ 2000, 60 (Buchner).

60 HvJ EG 30 maart 1993, C-328/91, Jur. 1993 I-1247, r.o. 12 (Thomas); HvJ EG 23 mei 2000, PJ 2000, 60, r.o. 26 (Buchner); HvJ EG 4 maart 2004, C 303-02, Jur. I 2004, r.o. 18-19, PJ 2004, 135 (Haackert).

61 Zie HvJ EG 30 maart 1993, C-328/91, Jur. 1993 I-1247, r.o. 8 (Thomas); HvJ EG 23 mei 2000, PJ 2000, 60, r.o. 21 (Buchner); HvJ EG 4 maart 2004, C 303-02, Jur. I 2004, r.o. 26, PJ 2004, 135 (Haackert).