

## De (on)houdbaarheid van wachttijd en drempelperiode in de pensioenregeling

Mr. drs. Mark Heemskerk , datum 15-01-2007

Datum	15-01-2007
Auteur	Mr. drs. Mark Heemskerk <a href="#">[1]</a>
Vakgebied(en)	Pensioenen (V) Onbekend (V) Pensioenen / Algemeen

Hantering van een wachttijd of drempelperiode in de pensioenregeling is een voor veel werkgevers en pensioenuitvoerders aantrekkelijke methode om onevenredige administratieve en financiële lasten (zoals de pensioenverwerving van tijdelijk personeel of kabouterpensioenen) tegen te gaan. Die methode staat echter onder druk. De Pensioenwet [\[1\]](#) verbiedt vanaf 1 januari 2008 een wachttijd en drempelperiode voor nabestaanden- en arbeidsongeschiktheidspensioenen terwijl voor het ouderdomspensioen een maximumperiode van twee maanden geldt. Zelfs die volgens de Pensioenwet toegestane wachttijd en drempelperiode bij ouderdomspensioenen van twee maanden kan echter verboden zijn, namelijk wanneer het leidt tot indirecte discriminatie van werknemers met een tijdelijk contract. In deze bijdrage bespreek ik de juridische (on)mogelijkheden van de wachttijd en drempelperiode in de pensioenregeling en bespreek ik enkele alternatieven om administratieve lasten tegen te gaan, zoals de toetredingsleeftijd en de afkoop van kleine pensioenen.

### 1 Het concept van de wachttijd en de drempelperiode

Het concept van een wachttijd is eenvoudig. Gedurende de wachttijdverwerven [\[2\]](#) werknemers (nog) geen pensioenaanspraken. Een variant daarop is de drempelperiode. Bij een drempelperiode verwerft de werknemer met terugwerkende kracht - mits hij na de drempelperiode in dienst is - pensioenaanspraken. Totdat de drempelperiode is verstreken is er geen pensioenverwerving. Is de werknemer na afloop van de periode nog steeds in dienst, dan wordt die periode alsnog meegeteld voor pensioenverwerving en wordt er pensioen over die periode 'ingekocht'. [\[3\]](#) Is de werknemer niet meer in dienst, dan heeft hij geen pensioen verworven. Een drempelperiode is daarmee gunstiger voor werknemers dan een wachttijd. Met een drempelperiode verwerven zij immers - zo lang zij de drempelperiode maar 'overleven' - pensioen vanaf het moment dat zij werken. Een wachttijd biedt werkgevers de mogelijkheid om pensioenverwerving gedurende de wachttijd te voorkomen, onafhankelijk van de vraag of de werknemer na de wachttijd nog in dienst is. Het belang van een wachttijd of drempelperiode is met name groot in bedrijfstakken en ondernemingen die, bijvoorbeeld vanwege de aard van haar werkzaamheden, relatief veel tijdelijke krachten (denk aan seizoensmedewerkers, horecapersoneel of uitzendorganisaties) met kleine dienstverbanden in dienst hebben.

# 2 Wachtijd en drempelperiode in de Pensioenwet

## 2.1 Voorgeschiedenis

In het parlement is in de loop der jaren meermalen gediscussieerd over de toegestane wachtijd, zonder dat dit tot een eenduidig antwoord heeft geleid. Zo werd in 1994 in de Pensioennota een wachtijd van een half jaar geopperd en nam de Nota werken aan Zekerheid in 1997 een termijn van drie maanden als uitgangspunt.<sup>[4]</sup>

Vanuit internationaal oogpunt wijs ik op de concept 'Portability-richtlijn', betreffende de verbetering van de meeneembaarheid van aanvullende pensioenrechten.<sup>[5]</sup> Art. 4 van die conceptrichtlijn bepaalt dat de wachtijd niet langer mag zijn dan een jaar (behalve als de minimumleeftijd van 21 jaar niet bereikt is). De toelichting meldt dat de wachtijd verkort moet worden en dat middels de termijn van één jaar pensioenregelingen de mogelijkheid behouden om de wachtijd aan de proeftijd te koppelen. Tevens staat in de conceptrichtlijn dat een werknemer uiterlijk na twee jaar aangesloten te zijn pensioen verwerft. Het Commissievoorstel is geen geldend recht en er is nog volop communautair overleg over zowel de verwervingsperiode als de minimumleeftijd.<sup>[6]</sup> Vooralsnog gelden in Nederland andere normen, zoals degelijke behandelingswetgeving en de Pensioenwet.

## 2.2 De Pensioenwet

De Pensioenwet is in art. 14, lid 2 zeer helder over wachtijd en drempelperiode:

'Het in het eerste lid genoemde tijdstip waarop de verwerving begint kan, indien in de pensioenovereenkomst is voorzien in een wachtijd of drempelperiode, met betrekking tot ouderdomspensioen worden uitgesteld met ten hoogste twee maanden. Wachtijden of drempelperioden zijn niet toegestaan voor het nabestaandenpensioen en het arbeidsongeschiktheidspensioen.'

Het komt erop neer dat een wachtijd en een drempelperiode voor ouderdomspensioen van ten hoogste twee maanden in de pensioenovereenkomst mag worden opgenomen. Een langere wachtijd of drempelperiode is in strijd met de wet en daarom nietig, zo volgt uit art. 14 lid 4 PW. De Invoeringswet Pensioenwet <sup>[7]</sup> (IPW) hanteert voor de wachtijd en drempelperiode een overgangstermijn van één jaar, zodat per 1 januari 2008 de pensioenregeling aangepast moet zijn en de maximumduur van twee maanden geldt.<sup>[8]</sup> De nietigheid kan ook lopende wachtijden beïnvloeden. De werknemer die op 1 december 2007 (datum indiensttreding) een wachtijd van zes maanden is overeengekomen, kan vanaf 1 januari 2008 de bepaling over de wachtijd van zes maanden nietig laten verklaren. Immers, vanaf die dag mag er geen wachtijd langer dan twee maanden bestaan. Conversie van een nietige wachtijd in een geldige wachtijd van twee maanden is - net als bij een proeftijdbeding in de arbeidsovereenkomst<sup>[9]</sup> - niet mogelijk.

Wachtijden of drempelperioden zijn vanaf 1 januari 2008 sowieso verboden voor nabestaanden- en arbeidsongeschiktheidspensioen. Als reden hiervoor vermeldt de toelichting op het aangenomen amendement Omtzigt c.s.<sup>[10]</sup> - de aanleiding voor de bepaling over wachtijd en drempelperiode - dat werknemers of nabestaanden ook verzekerd moeten zijn wanneer de werknemer op de eerste dag van indiensttreding een ongeval krijgt.<sup>[11]</sup>

Bij beëindiging van de deelname vóór het verstrijken van de wachtijd voor ouderdomspensioen zal de deelnemer meestal nabestaandenpensioen verworven hebben. Bij een nabestaandenpensioen

met opbouwkarakter dient in dat geval derhalve een bijzonder kleine aanspraak geadministreerd te worden. Een oplossing daarvoor is het gedurende de wachttijd verzekeren van nabestaandenpensioen op risicobasis, zo werd geopperd in de Memorie van Antwoord. Het staat sociale partners immers vrij om te bepalen dat het nabestaandenpensioen pas na de wachttijd een opbouwkarakter krijgt. Deze constructie biedt echter geen volledige oplossing. Gedurende de WW-periode kan art. 55 lid 5PW roet in het eten gooien. Is er een partnerpensioen op risicobasis dan behoudt de deelnemer die een WW-uitkering ontvangt na beëindiging van de deelneming gedurende de periode van de WW-uitkeringaanspraak op partnerpensioen ten behoeve van zijn partner. De hoogte van dat partnerpensioen wordt vastgesteld als ware het een partnerpensioen met opbouwbasis.<sup>[12]</sup>

De pensioenuitvoerder mag aan de verwerving van pensioenaanspraken op nabestaandenpensioen niet de opschortende voorwaarde verbinden dat de (risico)premie door de werkgever is voldaan, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis. Het adagium geen premie, geen recht is hier niet van toepassing. Pensioenuitvoerders hebben voldoende mogelijkheden om premiebetaling door werkgevers af te dwingen, aldus de regering.<sup>[13]</sup>

### Discussie over de termijn van twee maanden

Tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet was de regering bepaald niet happig om een maximumduur aan de wachttijd of drempelperiode te verbinden. Sterker nog, minister De Geus zwichtte pas na zware druk vanuit de Tweede Kamer. Naar aanleiding van het reeds genoemde amendement Omtzigt c.s. ging de minister uiteindelijk met frisse tegenzin akkoord met een maximumperiode van twee maanden. 'Het lijkt mij niet nodig en niet wenselijk om de wacht- en drempeltijden wettelijk te normeren. (...) Al met al lijkt mij dit echter geen halszaak te zijn. Ik vind het goed dat de Kamer kiest voor een korte periode.'<sup>[14]</sup> De bedoeling van het amendement is om werknemers zo min mogelijk uit te sluiten van pensioenverwerving. Vermeldenswaardig is ook het briefadvies dat de Commissie Gelijke Behandeling (verder: CGB of Commissie) aan de Tweede Kamer stuurde over de wachttijd. Daarin gaf zij de Kamer in overweging geen verwijzing naar een drempelperiode en wachttijden op te nemen dan wel deze te begrenzen tot beperkte drempelperioden.<sup>[15]</sup> De Commissie noemt in de brief twee argumenten daarvoor. Ten eerste is met de afkoopmogelijkheid (art. 65e.v. PW) een - volgens CGB - sluitende regeling getroffen ter voorkoming van onevenredige administratieve lasten bij kleine pensioenen. Daarnaast staat het toestaan van een wachttijd of drempelperiode op gespannen voet met de toetredingsleeftijd van 21 jaar en het voorkomen van witte vlekken, aldus CGB. In reactie op de brief deelde de minister in de nota naar aanleiding van het verslag van de Invoeringswet mede dat door aanneming van het amendement Omtzigt c.s. de tweede optie van de CGB is overgenomen.<sup>[16]</sup> Dat is niet juist nu de PW zich - anders dan CGB voorstelde - niet beperkt tot het begrenzen tot beperkte drempelperioden maar zowel een wachttijd als een drempelperiode mogelijk maakt. Aan de argumentatie van de CGB - de afkoopmogelijkheid en toetredingsleeftijd - wordt geen enkele aandacht besteed.

De discussie over wachttijd (en drempelperiode) werd bij de Invoeringswet voortgezet. Daarin werd onder meer gevraagd of de uitzendbranche kon worden uitgezonderd en voor deze sector een andere wachttijd (van zes maanden) kon gelden. Er is van de kant van de regering geen enkel bezwaar om in zijn algemeenheid naar de termijn van zes maanden te gaan, aldus minister De Geus: 'Kortom, de regering heeft geen moeite met zes maanden. Het is de Kamer die gekozen heeft voor twee maanden. De Kamer vraagt nu of er een uitzondering moet komen voor de uitzendbranche. Als de Kamer daarvoor kiest, wil ik dat verwelkomen. Als de Kamer zegt dat wij het bij twee maanden

laten, dan is het, wat mij betreft, ook akkoord.<sup>[17]</sup>

In de Memorie van Antwoord merkt de regering op dat het technisch gezien mogelijk is om de uitzendbranche uit te zonderen maar dat dit wetswijziging vereist. Aangezien wetswijziging haaks stond op de bedoeling van het aangenomen amendement, nam de regering dat niet over. Dat de termijn van twee maanden tot problemen kan leiden in specifieke sectoren, onderkende de regering. Daarom staat zij positief tegenover het voorstel van de Stichting voor Ondernemingspensioenfondsen (Opf) om twee jaar na invoering van de PW de werking van wachttijd en drempelperiode te evalueren. Zonodig kan de termijn voor de uitzendbranche verlengd worden, aldus de regering.<sup>[18]</sup> Afwijking van de door het parlement aangenomen termijn van twee maanden, vereist echter een wettelijke basis.

## 2.3 Informatieverplichtingen

In de Pensioenwet is een aantal informatieverplichtingen opgenomen die ook voor wachttijd en drempelperiode van belang kunnen zijn. De informatieverplichting van de werkgever in art. 7 lid 1 PW behelst dat de werkgever de werknemer binnen een maand na aanvang van de werkzaamheden schriftelijk informeert of deze hem een pensioenovereenkomst aanbiedt en wie de pensioenuitvoerder is. Is er een pensioenovereenkomst gesloten maar verwerft de werknemer geen pensioen, dan moet de werkgever de werknemer daarover informeren, aldus art. 7 lid 3 PW. Aangezien de werknemer tijdens de wachttijd of drempelperiode geen ouderdomspensioen verwerft, dient de werkgever de werknemer te informeren. Daar kan tegenin worden gebracht dat naar de letter van art. 7 de werknemer wel pensioen verwerft, namelijk nabestaanden- of invaliditeitspensioen. Op die manier zou de werkgever zijn informatieverplichting ten aanzien van de wachttijd of drempelperiode van het ouderdomspensioen kunnen ontgaan. Er wordt immers pensioen verworven, zij het geen ouderdomspensioen. Waar de wetgever elders onderscheid maakt tussen ouderdomspensioen en nabestaanden- of invaliditeitspensioen, laat hij dat hier na. Dit is denkkelijk een lacune in de wetgeving, mede doordat de gevolgen van het aangenomen amendement inzake wachttijd en drempelperiode voor de informatieverplichting niet goed zijn doordacht. Het standpunt dat een wachttijd of drempelperiode voor ouderdomspensioen niet hoeft te worden gecommuniceerd naar de werknemer omdat er nabestaandenpensioen wordt verworven, lijkt mij voorshands niet houdbaar. Ten eerste is het de bedoeling van de wetgever om deelnemers te informeren over het al dan niet verwerven van (ouderdoms)pensioenaanspraken. Ten tweede is de informatieverplichting er op gericht om de werknemer door middel van informatie te beschermen en is verdedigbaar dat een tekstuele uitleg op dit punt hem niet mag worden tegengeworpen.

De werkgever die standaard in zijn arbeidsovereenkomsten het pensioenreglement incorporeert waarin een wachttijd of drempelperiode is opgenomen, moet de werknemer mijns inziens dus daarover informeren. De werkgever moet daarbij aangeven aan welke voorwaarden voldaan moet worden om de verwerving van pensioenaanspraken te laten beginnen en welke diensttijd in het kader van de pensioenovereenkomst van belang is.<sup>[19]</sup> Het verschil tussen wachttijd (geen verwerving gedurende wachttijd) of drempelperiode (verwerving met terugwerkende kracht wanneer de arbeidsduur de drempelperiode te boven gaat) voor verwerving van pensioenaanspraken moet daaruit volgen. Concreet stel ik mij dat zo voor dat bij een wachttijd de werkgever de werknemer er op wijst dat hij gedurende twee maanden geen ouderdomspensioen opbouwt. Is er een drempelperiode, dan informeert de werkgever de werknemer dat hij slechts ouderdomspensioen opbouwt vanaf aanvang diensttijd indien hij na de drempelperiode nog in dienst is.

Interessant is het tijdstip waarop de werkgever de werknemer moet informeren. Nu de informatieverplichting over de wachttijd/drempelperiode is opgenomen in art. 7 lijkt het aannemelijk dat

voor de wachttijd en de drempelperiode dezelfde termijn geldt. Het lijkt mij ook logisch dat niet gewacht wordt met het verstrekken van informatie tot na de wachttijd of drempelperiode. De werkgever moet de werknemer dan binnen een maand na aanvang van de werkzaamheden informeren over de wachttijd of drempelperiode. Opvallend vind ik dat nergens bepaald is dat de wachttijd of drempelperiode in de startbrief moet staan. Noch in het artikel over de startbrief (art. 21 PW) noch in het besluit uitvoering Pensioenwet <sup>[20]</sup> staat dat de uitvoerder de deelnemer moet informeren over wachttijd of drempelperiode. Zo vermeldt art. 2 van voornoemd besluit een aantal weliswaar niet-limitatieve informatieverplichtingen, maar is het (ook in de nota van toelichting) vergeefs zoeken naar wachttijd of drempelperiode. Dat lijkt mij een omissie, wachttijd of drempelperiode is basisinformatie die de werknemer verstrekt moet worden. Mijns inziens is het geldend recht dat zowel de werkgever (op grond van art.7 PW) als de pensioenuitvoerder in de startbrief (art. 21 PW) de werknemer moet informeren op dit punt.<sup>[21]</sup>

Het moment waarop pensioenaanspraken verworven worden, is bepalend voor het tijdstip waarop de pensioenuitvoerder de startbrief verstuurd moet hebben. Meer precies moet de uitvoerder de werknemer binnen drie maanden na verwerving geïnformeerd hebben. Die termijn van drie maanden staat niet in de wettekst zoals die in het Staatsblad is gepubliceerd maar moet via art. 70a IPW worden 'ingelezen'.<sup>[22]</sup> De gedachte dat de wachttijd of de drempelperiode dat verstuurtijdstip doet 'opschuiven' is onjuist, tenzij de pensioenregeling alleen ouderdomspensioen kent. Hier is het oppassen geblazen. Aangezien een wachttijd voor nabestaanden- en arbeidsongeschiktheidspensioen niet is toegestaan (zie hierboven), is de wachttijd voor het ouderdomspensioen niet bepalend voor het moment waarop de startbrief verstuurd moet zijn. De werknemer verwerft doorgaans vanaf de eerste werkdag pensioenaanspraken (nabestaanden- of arbeidsongeschiktheidspensioen).<sup>[23]</sup> Dat brengt mee dat de werknemer - ondanks een wachttijd voor het ouderdomspensioen - binnen drie maanden na de eerste werkdag via de startbrief moet zijn geïnformeerd door de pensioenuitvoerder.

## 3 Het discriminatiegevaar

Het is verleidelijk - maar niet juist - om aan de hand van de Pensioenwet te concluderen dat een wachttijd of drempelperiode van twee maanden voor ouderdomspensioen zondermeer is toegestaan. Zelfs een wachttijd van twee maanden kan namelijk leiden tot discriminatie van werknemers met een tijdelijk contract, bijvoorbeeld omdat zij vaker worden getroffen door wachttijd of drempelperiode (zie 3.2). Hoewel de termijn van twee maanden enige mate van reflexwerking zal hebben, is het geen boterbriefje. Anders gezegd, een werkgever of pensioenuitvoerder kan niet volstaan met een verwijzing naar art. 14 van de Pensioenwet als rechtvaardigingsgrond voor het onderscheid.

### 3.1 Onderscheid naar tijdelijk karakter contract

Zoals vaker het geval is, vloeit het voorschrift om gelijk te behandelen (in casu bepaalde tijders en onbepaalde tijders) voort uit een Europese Richtlijn.<sup>[24]</sup> Nederland heeft de richtlijn omgezet in de Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (WOBOT). Het Burgerlijk Wetboek bepaalt in art. 7:649 lid 1 dat het verboden is onderscheid te maken op grond van het al dan niet tijdelijk karakter van de arbeidsrelatie, tenzij dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is:

'De werkgever mag geen onderscheid maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond

van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.'

Deze bepaling richt zich alleen tot de werkgever. Niettemin zijn ook pensioenuitvoerders gehouden aan de WOBOT doordat art. II van de wet een open normadressaat kent. De CGB omschrijft dat als volgt: 'Deze bepaling (art. II WOBOT, *toevoeging MH*) richt zich niet alleen tot de werkgever - zoals art. 7:649 BurgerlijkWetboek - maar ook tegen een partij die anderszins bij de arbeidsovereenkomst betrokken is, zoals de pensioenverzekeraar.'<sup>[25]</sup> Onderscheid naar de aard van de arbeidsovereenkomst is alleen toegestaan wanneer werkgever of pensioenuitvoerder daarvoor een goede reden - de wet noemt het een objectieve rechtvaardiging - heeft. De 'goede reden' heeft juridisch vorm gekregen in de objectieve rechtvaardigingstoets zoals deze is ontwikkeld in jurisprudentie van het HvJ EG.<sup>[26]</sup> Het onderscheid is objectief gerechtvaardigd wanneer er (1) een legitiem doel is, (2) het middel voor het bereiken van dat doel passend is en (3) het middel noodzakelijk is.<sup>[27]</sup> De werkgever of pensioenuitvoerder moet dus een rechtvaardig doel hebben voor de wachttijd, waarbij de wachttijd moet leiden tot dat doel. Bovendien mag er geen alternatief zijn dat minder onderscheidend is.

Zonder het volledig uit te werken, merk ik op dat het gebruik van wachttijden en drempelperioden eveneens kan leiden tot indirect onderscheid naar leeftijd.<sup>[28]</sup> Dat is het geval wanneer met name jongeren (herhaaldelijk) worden geconfronteerd met wachttijd of drempelperiode.

### 3.2 Uitsluiting bepaalde tijders

De lange tijd 'gebruikelijke' bepaling in de arbeidsvoorwaarden c.q. het pensioenreglement dat slechts werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen deelnemen aan de pensioenregeling, is mijns inziens in strijd met de wet.<sup>[29]</sup> De idee van de wet is dat werknemers met een contract voor bepaalde tijd niet ongunstiger mogen worden behandeld dan onbepaalde tijders. De achterliggende gedachte is ook dat het ongewenst is, dat werknemers met een tijdelijk contract geen pensioen kunnen verwerven. Een in dit opzicht relevant oordeel van de CGB in oktober 2006 handelde over de uitsluiting van bepaalde tijders.<sup>[30]</sup> Zowel bepaalde tijders met een vast aantal uren als werknemers met een nulurencontract werden door een openluchtmuseum uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling. Als rechtvaardiging voor de uitsluiting voerde de werkgever voorkomen van administratieve lasten (personeelsadministratie) in combinatie met een geringe pensioenopbouw aan. Vermindering van administratieve lasten staat niet in verhouding tot het nadeel van pensioenuitsluiting, aldus de Commissie. Registratie van deze deelnemers komt overeen met registratie van onbepaalde tijders en kan dus worden meegenomen in de standaardadministratie. Met andere woorden: of een werknemer nu voor bepaalde of voor onbepaalde tijd in dienst is, maakt voor het invoeren in de computer niet uit. De omstandigheid dat pensioenverzekeraars (volgens het museum) traag waren in het registreren van nieuwe deelnemers overtuigde de Commissie (terecht) niet. De stelling dat bepaalde tijders marginale pensioenen opbouwen, leidde evenmin tot succes. Ten eerste is niet duidelijk wat een marginaal pensioen is en ten tweede kunnen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd verlengd worden of leiden tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor de nulurencontracten gold naast de administratieve lasten als rechtvaardiging het voorkomen dat werknemers na afloop van het contract nog het werknemersdeel van de pensioenpremie (naheffing) moesten betalen. Kort en goed overweegt de Commissie dat uitsluiting niet noodzakelijk is omdat er een alternatief is dat minder onderscheidmakend is: 'Immers, uitsluiting is een nadeliger behandeling dan het hanteren van bijvoorbeeld een wacht- of drempeltijd.'

Het financiële risico van naheffing is niet groot en staat, zeker in het licht van mogelijke pensioenopbouw voor werknemers, niet in verhouding tot de uitsluiting. Bovendien is ook daarvoor een alternatief. Voor werknemers met een nulurencontract kan na een jaar of na afloop van het arbeidscontractopname in de pensioenregeling gerealiseerd worden. Op dat moment kunnen deuren vastgesteld worden en kan de werknemer alsnog - ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst en het gewerkte aantal uren - met terugwerkende kracht in de pensioenvoorziening worden opgenomen. De Commissie oordeelt dat het museum verboden onderscheid naar de aard van de arbeidsovereenkomst maakt.<sup>[31]</sup> Ik stel vast dat uitsluiting van bepaalde tijders niet is toegestaan, zeker daar er een alternatief is dat minder onderscheidend is, zoals de wachttijd of drempelperiode. Daar komt nog eens bij dat uitsluiting van bepaalde tijders verboden (indirect) onderscheid naar geslacht op kan leveren.<sup>[32]</sup>

### 3.3 Wachttijd en drempelperiode en onderscheid

Het hanteren van een drempelperiode of wachttijd vormt geen *direct* onderscheid, er wordt immers niet verwezen naar de tijdelijke duur van de arbeidsovereenkomst. De kans is echter reëel dat wachttijden of drempelperioden leiden tot *indirect* onderscheid naar de aard van het contract. Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kunnen vaker getroffen worden door een wacht- of drempelperiode dan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.<sup>[33]</sup> Duidelijk is dat bij een gelijke wachttijd of drempelperiode voor bepaalde tijders en onbepaalde tijders van zes maanden bepaalde tijders met een halfjaarcontract formeel gelijk behandeld worden, maar materieel benadeeld worden omdat zij de facto uitgesloten zijn van deelname. Doordat de Pensioenwet de wachttijd of drempelperiode maximeert op twee maanden, lijkt de angel voor een groot deel uit het discriminatiegevaar te worden genomen. Slechts werknemers met een tijdelijk contract tot twee maanden zijn uitgesloten van deelname. Toch is het discriminatiegevaar voor bepaalde tijders met een langer contract hiermee niet helemaal geweken. Een tweede vorm van indirect onderscheid kan voortvloeien uit de opeenvolgende wachttijden die bepaalde tijders hebben als gevolg van repeterende arbeidsovereenkomsten. Wanneer zij na afloop van hun contract na enige tijd opnieuw een contract voor bepaalde tijd aangaan met de werkgever en opnieuw een wachttijd doorlopen leidt dit eveneens tot onderscheid naar type contract. Anders dan de onbepaalde tijders bij de werkgever kunnen zij namelijk periodiek twee maanden worden uitgesloten van deelname. Dit onderscheid kan ondervangen worden door te bepalen dat - net als bij de proeftijd in het arbeidsrecht - een werknemer die zijn arbeidsrelatie voor bepaalde tijd voortzet niet nogmaals de wachttijd of drempelperiode hoeft te doorlopen, hetgeen echter wel administratief moet worden bijgehouden (en kosten meebrengt). Bij drempelperioden vindt - zolang de contractsduur de maximumtermijn overschrijdt - geen benadeling plaats omdat de werknemers na de drempelperiode nog in dienst zijn en ook over de drempelperiode pensioen verwerven. Vanuit dat perspectief is het hanteren van een wachttijd wellicht discriminatoir omdat er een alternatief is in de vorm van de drempelperiode. Niet voor niets deed de Commissie in het al genoemde advies de suggestie de termijn te beperken tot de drempelperiode.

### 3.4 De objectieve rechtvaardigingstoets

Het indirecte onderscheid naar de aard van de arbeidsovereenkomst is alleen toegestaan indien werkgever en/of pensioenuitvoerder het onderscheid rechtvaardigen. Een indicatie voor een objectieve rechtvaardiging valt af te leiden uit de wetsgeschiedenis. Daarin merkte de regering op, dat een wachttijd objectief gerechtvaardigd kan zijn indien de tijdelijke arbeidsovereenkomst van zeer korte duur is en deelname aan een pensioenregeling grote administratieve lasten voor de werkgever

meebrengt.<sup>[34]</sup> In het bijzonder zal moeten worden nagegaan of een minder gunstige behandeling van tijdelijke werknemers voorkomen kan worden door hen een andere maar wel gelijkwaardige arbeidsvoorwaarde toe te kennen, aldus nog steeds de regering. In de parlementaire stukken merkt de regering op dat niet exact is aan te geven of en voor welke duur art. 7:649 BW juridisch nog ruimte biedt voor het hanteren van wacht- en drempeltijden om administratieve lasten te beheersen.<sup>[35]</sup> De regering voelde 'geen behoefte een uitspraak te doen over wat een acceptabele wacht- of drempeltijd is of wacht- en drempeltijden wettelijk te maximeren of te verbieden'.<sup>[36]</sup> Dat sluit aan bij de aarzeling van de regering om in de Pensioenwet een maximumduur te noemen.

## 4 De oordelenlijn van de CGB

De vraag of een wachttijd of drempelperiode is toegestaan en de termijn daarvan is enkele malen aan de orde geweest in oordelen van de Commissie. In het al aangehaalde briefadvies aan de Tweede Kamer schreef de Commissie daarover het volgende: 'CGB heeft in diverse oordelen uitgesproken dat het gebruik van wachttijden of drempelperiodes verboden onderscheid oplevert tussen vaste en tijdelijke arbeidscontracten. Slechts in een enkel (zeer uitzonderlijk) geval heeft de CGB geoordeeld dat geen sprake is van strijd met de wet.'<sup>[37]</sup> Veel van die oordelen betroffen een wachttijd of drempelperiode langer dan twee maanden, hetgeen onder de Pensioenwet nietig is. Niettemin is het waardevol om de oordelenlijn van de Commissie te bespreken omdat het inzicht geeft in de argumenten om een wachttijd of drempelperiode (van maximaal twee maanden) te rechtvaardigen en de manier waarop de Commissie de objectieve rechtvaardigingstoets hanteert.

### **CGB 2004-16 en 17: wachttijd één jaar niet toegestaan**

Een onderneming die handelde in koelvitrites voor slaggers en bakkers had in het pensioenreglement een wachttijd opgenomen van één jaar om de opbouw van marginale pensioenen tegen te gaan. Een werkneemster wiens arbeidsovereenkomst na een half jaar ontbonden werd, verzocht de werkgever hem alsnog op te nemen in de pensioenregeling. De werkgever weigerde dit onder verwijzing naar het pensioenreglement. Daarop sprak werkneemster zowel de werkgever als de pensioenuitvoerder aan. Als objectieve rechtvaardiging voerde de werkgever aan het voorkomen van de opbouw van marginale pensioenen. Dat kleine pensioenen leiden tot extra administratiekosten vormde geen objectieve rechtvaardiging omdat financiële argumenten onderscheid naar tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst niet kunnen rechtvaardigen, aldus de CGB.<sup>[38]</sup> Het doel was niet legitiem omdat ook kleine pensioenen van grote betekenis kunnen zijn voor werknemers. Een ander argument dat het niet haalde, was dat de opgebouwde pensioenen onder de afkoopgrens van art. 32 PSW bleven. De wachttijd in de pensioenvoorziening van één jaar vormde verboden onderscheid. Niet alleen de werkgever maakt verboden onderscheid, ook de verzekeraar kan aansprakelijk zijn voor niet inachtneming van gelijke behandelingsvoorschriften.<sup>[39]</sup> Omdat de verzekeraar - als deskundige bij uitstek - had nagelaten de werkgever afdoende te informeren dat de pensioenregeling had moeten worden aangepast maakte ook hij verboden onderscheid.

### **CGB 2004-76: wachttijd half jaar en uitsluiting categorie werknemers toegestaan**

In oordeel 2004-76 ging het om een onderneming die rozenstruiken verpakt en distribueert. In het



hoogseizoen - van januari tot mei - werd een groot aantal seizoenmedewerkers ingeschakeld. Daarnaast schakelde de onderneming tijdelijke werknemers uit Polen in. De werkgever en de pensioenverzekeraar verzochten de CGB om een zogeheten 'oordeel omtrent eigen handelen'. Zij legden twee varianten van hun beoogde pensioenregeling voor. Ten eerste wilden zij twee categorieën werknemers (de seizoensmedewerkers en de 'Polen') uitsluiten van deelname aan de pensioenregeling. Daarnaast had de werkgever een wachttijd van zes maanden opgenomen. Als objectieve rechtvaardiging voerde de werkgever aan dat het doel is te voorkomen dat seizoenmedewerkers en de Poolse tijdelijke werknemers met de door hen zelf te betalen premie niet of nauwelijks pensioenaanspraken opbouwen alsmede het voorkomen van een onevenredig zware administratieve en financiële belasting. In dit specifieke geval achtte CGB een wachttijd van zes maanden toelaatbaar. Opneming van werknemers zou voor zowel de werkgever als de pensioenuitvoerder leiden tot onevenredig veel administratieve lasten, bestaande uit het aanmelden en kort daarna weer afmelden van de werknemers. Daarnaast zou opname de pensioenverzekeraar per werknemer ongeveer € 770 per polis kosten. Vervolgens oordeelt de CGB dat in dit specifieke geval een wachttijd van zes maanden is toegestaan, gelet op het feit dat de werknemer zelf de volledige premie zal moeten betalen en dat het bedrag van de uiteindelijke pensioenaanspraak met een aan zekerheidgrenzende waarschijnlijkheid te verwaarlozen is. In een adem door bepaalt de CGB dat de uitsluiting van seizoenmedewerkers en de Polen van de pensioenregeling op dezelfde gronden toelaatbaar is. Een afstandsverklaring van de werknemers vormde geen volwaardig alternatief, nu dat medewerking en expliciete instemming van de werknemers en hun eventuele partners vereiste. Met name voor de Poolse werknemers zou dat tot onoverkomelijke praktische problemen leiden.

#### **CGB 2004-81: uitsluiting tijdelijke Polen niet toegestaan**

Een onderneming in de logistieke dienstverlening kende twee groepen werknemers. De eerste groep bestond uit werknemers die de werkgever zelf wierf voor bepaalde tijd (kortdurende contracten tot een half jaar). De tweede groep werknemers werd extern geworven voor de piekperiodes en bestond uit Poolse werknemers. Voor alle werknemers gold een wachttijd van drie maanden. De werkgever vroeg de CGB - in wederom een oordeel omtrent eigen handelen- of het uitsluiten van de Polen van de pensioenregeling was toegestaan. Ter objectieve rechtvaardiging voerde de werkgever twee argumenten aan. Deelname aan de pensioenregeling is voor de Polen ongunstig doordat het ingelegde kapitaal opgaat aan beheerskosten van het pensioen. Daarnaast voorkomt uitsluiting administratieve kosten en rompslomp. Bovendien ontvingende werknemers een compensatie in de vorm van het werkgeversdeel van de pensioenbijdrage. Met name het voorkomen dat premie wordt betaald die op termijn niets oplevert, is een legitiem doel volgens de CGB. Het middel is niet geschikt doordat de compensatie slechts is gebaseerd op het werkgeversdeel. Werknemers die de drempeltijd overschrijden, krijgen met terugwerkende kracht ook het werknemersdeel over de wachttijd vergoed. De uitgesloten werknemers zouden derhalve benadeeld worden. Het onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd.

Ten overvloede merkt de CGB op dat allerm minst zeker is dat de wachttijd van drie maanden door de beugel kan, nu de werkgever niet inzichtelijk heeft kunnen maken waarom de wachttijd van drie maanden noodzakelijk is.

#### **CGB 2006-216: 'wachttijd' een jaar toegestaan**

Een verzekeringsmaatschappij wilde een pensioenvoorziening uitvoeren voor een werkgever waarbij

brugwachters werkzaam zijn die vrijwel allemaal een arbeidsovereenkomst hebben van drie tot zes maanden. De werkgever wilde voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na één jaar de opname in de pensioenregeling realiseren omdat hij dan pas kon vaststellen hoeveel uren de werknemer gemiddeld werkt. Na dat jaar werd iedere werknemer met terugwerkende kracht in de regeling opgenomen, ook wanneer de werknemer niet meer in dienst van de werkgever was. In een oordeel omtrent eigen handelen vroeg de verzekeringsmaatschappij of deze regeling in strijd met de WOBOT was. De Commissie oordeelt dat hier geen sprake is van (verboden) onderscheid: 'De regeling komt er op neer dat elke werknemer aanspraak heeft op dezelfde pensioenvoorziening, ongeacht de duur van het dienstverband. In de kern is slechts sprake van uitstel van de uitvoering om administratieve redenen. Van benadeling van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is dan ook geen sprake. Van indirect onderscheid is dan ook niets gebleken.'

Zoals de Commissie terecht opmerkt is hier in wezen geen wachttijd of onderscheid. Iedereen, zowel de bepaalde tijder als de onbepaalde tijder, wordt in de regeling opgenomen. Van uitsluiting is geen sprake, uit praktische overwegingen is de uitvoering slechts uitgesteld.

## 5 Tussenbalans

De Kamerstukken en de oordelen van de Commissie wijzen er op dat administratieve lasten een rechtvaardiging kunnen vormen. Het is evenwel vaste jurisprudentie van het HvJ EG en de vaste oordelenlijn van de CGB dat financieel-economische argumenten in beginsel geen rechtvaardiging voor ongelijke behandeling vormen.<sup>[40]</sup> Zelfs het antwoord op de hamvraag of een wachttijd nog is toegestaan, is daarmee onzeker want afhankelijk van de houdbaarheid van het argument van administratieve en financiële lasten. De regering verwoordt dat als volgt: 'Uit jurisprudentie van het Europese Hof bij andere antidiscriminatiewetgeving waarbij onderscheid op grond van objectieve rechtvaardiging toch mogelijk is, is bekend dat economische motieven - zoals beperking administratieve lasten - legitieme doelen kunnen zijn, zij het dat het bij deze uitspraken nooit om alleen maar bestrijding van administratieve lasten ging. In zijn algemeenheid kan geen uitspraak worden gedaan over de mogelijkheid wacht- en drempeltijden te blijven hanteren, omdat een rechter de specifieke situatie betreft bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van objectief gerechtvaardigd onderscheid. Het is niet exact aan te geven of en voor welke duur art. 7:649 BW juridisch nog ruimte biedt voor het hanteren van wacht- en drempeltijden om administratieve lasten te beheersen.'<sup>[41]</sup> De ratio achter de jurisprudentie van het HvJ EG is - volgens de vaste oordelenlijn van de CGB - dat heel veel vormen van onderscheid hun oorzaak hebben in bedrijfseconomische belangen.<sup>[42]</sup> Indien dergelijk onderscheid zou kunnen worden gerechtvaardigd door een winstoogmerk (dan wel het beperken van verliezen) zou de gelijkebehandelingswetgeving veel van haar betekenis verliezen. Een financiële rechtvaardiging is volgens de Commissie - in ieder geval bij leeftijdsonderscheid - denkbaar indien de vereiste gelijke behandeling in een concreet geval zou leiden tot een disproportionele stijging van de kosten voor de werkgever of pensioenuitvoerder.<sup>[43]</sup> Dat het aantonen van een disproportionele stijging geen sinecure is, toont de volgende overweging van de CGB aan: 'Een beroep op kostenoverwegingen kan slechts in uitzonderlijke gevallen, zoals bijvoorbeeld bij (dreigend) faillissement, leiden tot een objectieve rechtvaardiging voor een gemaakt onderscheid.'<sup>[44]</sup> Niettemin schuilt in het argument dat de gelijke behandeling niet mag leiden tot disproportionele kosten de enige 'opening' die ik zie om een kansloos beroep op financiële argumenten te voorkomen, het gaat immers om *onevenredige* administratieve lasten. Bij de

afweging van de disproportionaliteit zijn omstandigheden van feitelijke aard beslissend. Te denken valt aan:

- de hoogte van de pensioenaanspraken tijdens de wachttijd/drempelperiode (marginaal of niet);
- de hoogte van de administratieve lasten (in verhouding tot de aanspraken);
- het aandeel van de werknemerspremie.

Niet duidelijk is hoe de rechtspraak en CGB hier exact mee omgaan. Tekenend voor de onduidelijkheid is dat het administratieve lastenargument in oordeel 2004-16 en -17 verworpen werd, terwijl het in bijvoorbeeld oordeel 2004-76 wel acceptabel was. Deze fundamentele juridische vraag omtrent wachttijd en drempelperiode 'blijft hangen' waardoor er - helaas - geen uitsluitel kan worden gegeven. Een tweede kanttekening maak ik ten aanzien van de compensatie voor de ongelijke behandeling. Is het onderscheid objectief gerechtvaardigd, dan is de werkgever niet verplicht een compensatie aan te bieden. Is het onderscheid niet gerechtvaardigd, dan is uitsluiting van de pensioenregeling niet toegestaan.<sup>[45]</sup> Daar staat tegenover dat een compensatie kan bijdragen aan het oordeel dat een ongelijke behandeling is toegestaan. De jurisprudentie van het HvJ EG inzake onderscheid naar geslacht schrijft voor dat op elk onderdeel van de beloning gelijk moet worden behandeld.<sup>[46]</sup> Compensatie van pensioenopbouw door een ander beloningselement lijkt zich daar niet toe te verhouden, hoewel het daar onderscheid naar geslacht betrof en niet tijdelijkheid van het contract.

## 6 Alternatieven

Er zijn alternatieven denkbaar om onevenredige administratieve lasten tegen te gaan. Hiervoor gaf ik aan dat de drempelperiode een alternatief kan zijn voor de wachttijd. In deze paragraaf bespreek ik in hoeverre de toetredingsleeftijd en de afkoopmogelijkheid een alternatief vormen voor wachttijd en drempelperiode. Dat is ook van belang binnen de objectieve rechtvaardigingstoets om eventueel onderscheid naar de aard van de arbeidsovereenkomst te rechtvaardigen.<sup>[47]</sup> Het nalopen van alternatieven vormt immers een vast traject in de objectieve rechtvaardigingstoets. Blijkens de brief van de Commissie is een sluitende regeling getroffen ter voorkoming van onevenredige administratieve lasten bij kleine pensioenen en staan wachttijd en drempelperiode op gespannen voet met de toetredingsleeftijd van 21 jaar.<sup>[48]</sup>

### 6.1 Toetredingsleeftijd

Art. 14 lid 1 PW beperkt de uitsluiting van pensioenverwerving door jongere werknemers door een maximale toetredingsleeftijd van 21 jaar *voor ouderdomspensioen* op te nemen: 'Het verwerven van ouderdomspensioenaanspraken op basis van een pensioenovereenkomst begint uiterlijk op de 21-jarige leeftijd van de werknemer of op de latere datum van indiensttreding, tenzij het een ouderdomspensioen betreft dat uitsluitend voorziet in een uitkering tot het bereiken van de pensioenleeftijd op grond van de Algemene Ouderdomswet of tot het bereiken van de pensioenleeftijd voor het levenslange ouderdomspensioen.'

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de motivering voor de leeftijd van 21 jaar is gelegen in het voorkomen dat vakantiewerkers en scholieren onder de 21 met kleine, tijdelijke contracten in de pensioenregeling komen waardoor geen relatief zeer kleine pensioenaanspraken die gepaard gaan met relatief hoge administratieve lasten, opgebouwd worden<sup>[49]</sup>: 'Door een toetredingsleeftijd toe te staan van 21 jaar, kan een groot deel van de vakantiewerkers en scholieren buiten de regeling blijven.'<sup>[50]</sup> Bij de keuze voor een toetredingsleeftijd van 21 jaar is meegewogen dat een lagere

maximale toetredingsleeftijd in het bijzonder in sectoren zoals de horeca en de uitzendbranche tot hoge administratieve lasten kan leiden.<sup>[51]</sup>

Het uitsluiten van pensioenverwerving kan zeker bij kort durende arbeidscontracten van jongeren administratieve lasten voorkomen. In augustus 2004 gold voor ongeveer de helft (49,1%) van het aantal deelnemers bij pensioenfondsen een toetredingsleeftijd. De meest voorkomende toetredingsleeftijd in de pensioensector was 25 jaar (59,3% van de pensioenfondsen).<sup>[52]</sup> Het gevaar van leeftijdsdiscriminatie doet zich niet voor omdat de toetredingsleeftijd in pensioenvoorzieningen expliciet is uitgezonderd in art. 8 lid 2 van de leeftijdswet (WGBL).<sup>[53]</sup> Net als de wachttijdbepaling treedt de bepaling over de toetredingsleeftijd op 1 januari 2008 in werking. Een toetredingsleeftijd van 25 jaar voor het verwerven van ouderdomspensioen is vanaf die datum nietig. De restricties inzake een toetredingsleeftijd gelden niet voor nabestaanden- en invaliditeitspensioen en tijdelijk ouderdomspensioen. De toetredingsleeftijd behoort voor die pensioensoorten tot de onderhandelingsruimte van sociale partners. Deze kunnen bijvoorbeeld een toetredingsleeftijd van 40 jaar voor het nabestaandenpensioen overeenkomen.

## Kanttekeningen

De woorden van de wetgever klinken mooi. De toetredingsleeftijd is evenwel geen Haarlemmerolie voor de problematiek van de administratieve lasten. Het meest voor de hand liggende nadeel voor werkgevers is dat de toetredingsleeftijd van 21 jaar geen oplossing biedt voor de administratieve lasten van werknemers (waaronder scholieren en vakantiewerkers) boven de 21 jaar. De toetredingsleeftijd biedt voor die groep dus geen reëel alternatief voor wachttijd of drempelperiode. Een woord van waarschuwing betreft ook hier de mogelijkheid dat een volgens de Pensioenwet toegestane toetredingsleeftijd van 21 jaar verboden onderscheid naar tijdelijkheid van het contract kan opleveren. Er zijn immers relatief veel jonge werknemers met bepaalde tijdcontracten. Wanneer blijkt dat er relatief veel bepaalde tijders worden uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling, kan dat resulteren in verboden onderscheid. Het enkele feit dat de Pensioenwet een toetredingsleeftijdmogelijk maakt, disculpeert werkgever of pensioenuitvoerder niet. Werkgevers met relatief veel bepaalde tijders onder de toetredingsleeftijd, moeten beducht zijn voor het discriminatiegevaar.

Dat men met de toetredingsleeftijd hetzelfde risico loopt als met de wachttijd en drempelperiode, is nauwelijks een verrassing te noemen. In zekere zin is de toetredingsleeftijd een bijzondere vorm van wachttijd, waarbij de wachttijd niet is gekoppeld aan diensttijd maar aan leeftijd.<sup>[54]</sup>

Opvallend aan de formulering vind ik dat de in art. 14 lid 2 genoemde maximumperiode van twee maanden voor wachttijd en drempelperiode is gerelateerd aan de toetredingsleeftijd van 21 jaar uit lid 1 ('het in het eerste lid genoemde tijdstip'). Volgens de wettekst zou het een werkgever of pensioenuitvoerder zonder toetredingsleeftijd zijn toegestaan een wachttijd langer dan twee maanden op te nemen. De beperking van de maximumduur is immers gerelateerd aan de toetredingsleeftijd, die dan ontbreekt. Anders geformuleerd, art. 14 lid 2PW is niet van toepassing op de werkgever/pensioenuitvoerder die geen toetredingsleeftijd kent. Die lijn volgend zou ook een wachttijd of drempelperiode onder de 21 jaar langer mogen zijn dan twee maanden. Ook hiervan vraag ik me af of dit de bedoeling van de wetgever is. Het strookt mijns inziens niet met de opvatting die de indieners van het aangenomen amendement voorstonden. Hun bedoeling was om elke wachttijden drempelperiode die de twee maanden overschrijdt, te blokkeren. Mocht het bovenstaande al toelaatbaar worden geacht, hetgeen ik kwestieus acht, dan geldt nog steeds het verbod van onderscheid naar aard van de arbeidsovereenkomst (de WOBOT) als corrigerend element.

## 6.2 Afkoop kleine pensioenen

Een tweede manier om onevenredige administratieve lasten van deelnemers die kort pensioen opbouwen tegen te gaan is de afkoop van kleine pensioenen (ook wel kabouterpensioenen genoemd). Normaliter mogen pensioengelden hun pensioenbestemming niet verliezen. Art. 66 Pensioenwet geeft pensioenuitvoerders evenwel een eenzijdig recht om twee jaar na beëindiging van de deelneming pensioenaanspraken die € 400 per jaar op pensioendatum niet te boven gaan, af te kopen.<sup>[55]</sup> Dat is slechts anders wanneer de gewezen deelnemer binnen die twee jaar een proces tot waardeoverdracht is gestart. Het artikel heeft onmiddellijke werking en is op 1 januari 2007 in werking getreden.<sup>[56]</sup>

Onder de PSW was afkoop van kleine pensioenen slechts mogelijk op de pensioendatum. Daarnaast bestond de mogelijkheid de premies te restitueren van deelnemers die minder dan een jaar hadden deelgenomen. De faciliteit van art. 66 PW komt daarvoor in de plaats. Een belangrijk argument om de afkoop te baseren op basis van de hoogte van het pensioen in plaats van premierestitutie na een periode van één jaar vormde de aanname dat dit waarschijnlijk minder snel strijdigheid opleverde met het verbod om onderscheid te maken tussen werknemers met contracten voor bepaalde en onbepaalde tijd.<sup>[57]</sup> Het primaire doel van de afkoopregeling is het bieden van een mogelijkheid voor pensioenuitvoerders om administratieve lasten te beheersen.<sup>[58]</sup> Kleine pensioenaanspraken brengen voor pensioenuitvoerders relatief hoge administratieve lasten (zoals administratie-, informatie- en excassokosten) met zich mee vergeleken met de uitkeringen. Te denken valt bijvoorbeeld aan het administreren en bijhouden van indexeringen, of toeslagen zoals de Pensioenwet het noemt.

### Kanttekeningen

Ook de afkoopmogelijkheid kent beperkingen. Zo vormt zij geen oplossing voor de administratieve kosten die gepaard gaan met aan- en afmelding van deelnemers. Een ander vraagpunt is, of de pensioenen van deelnemers met korte dienstverbanden cumuleren. Met andere woorden, dienen de pensioenaanspraken van werknemers per dienstverband boven de € 400 te zijn of dient gekeken te worden naar de som van de pensioenaanspraken gedurende de verschillende arbeidscontracten binnen twee jaar? Ik denk daarbij aan seizoenmedewerkers, horecapersoneel of vakkenvullers met contracten voor bepaalde tijd die - de Wet flexibiliteit zekerheid indachtig - soms drie maanden niet worden ingezet. Deze werknemers kunnen afwisselend wel en niet deelnemen aan de regeling. Cumulatie zou de afkoopbaarheid belemmeren. Afgaande op de tekst van art. 66 PW meen ik dat er van cumulatie van de pensioenaanspraken geen sprake is. Ijkpunt is de beëindiging van de deelneming en beslissend is de tot het tijdstip van beëindiging opgebouwde aanspraak. De pensioenuitvoerder kan daarom twee jaar na iedere beëindiging de pensioenaanspraak kleiner dan € 400 afkopen.<sup>[59]</sup>

## 6.3 De alternatieven getoetst

Een toetredingsleeftijd vormt mijns inziens geen reëel alternatief voor wachttijd of drempelperiode omdat zij geen oplossing biedt voor administratieve lasten van deelnemers boven de 21 jaar. De afkoopmogelijkheid bij beëindiging lijkt daarentegen een serieus alternatief voor wachttijden drempelperiode. Werkgevers en pensioenuitvoerders met een wachttijd of drempelperiode die onderscheid naar type contract tot gevolg heeft, moeten kunnen aangeven waarom niet gekozen is voor de afkoopmogelijkheid. Beide faciliteiten hebben als doel om administratieve lasten te beperken

en beide kunnen indirect bepaalde tijders benadelen. Wanneer de ene methode minder onderscheidend is dan de andere, gaat daar volgens de objectieve rechtvaardigingstoets de voorkeur naar uit. Het komt mij voor dat het hanteren van een afkoopbedrag minder onderscheidend is dan het hanteren van een periode. Dat vormde - zoals ik hierboven beschreef - voor de regering ook de aanleiding om een afkoopbedrag te hanteren in plaats van een restitutieperiode. Bovendien krijgt een deelnemer bij afkoop iets (of kan hij waardeoverdracht initiëren) en bij een wachttijd niets en is er enige binding met de werkgever door verwerving van de pensioenaanspraken. Een en ander kan betekenen dat de afkoop van kleine pensioenen als middel om administratieve lasten te bestrijden de voorkeur dient te krijgen wanneer er onderscheid is naar de aard van het arbeidscontract. De CGB lijkt daar ook op te wijzen in het briefadvies inzake wachttijd en drempelperiode. Wellicht kan daartegen nog worden ingebracht dat de afkoopmogelijkheid anders dan drempelperiode of wachttijd geen oplossing biedt voor de kosten van aan- en afmelding van kortdurende contracten en het gedurende twee jaar bijhouden van indexeringen e.d. Daarnaast houdt de afkoopmogelijkheid rekening met de aanspraken, zonder de lasten daarbij te betrekken. De werkgever of pensioenuitvoerder die kan aantonen dat bij de drempelperiode en wachttijd rekening is gehouden met de verhouding tussen aanspraken en lasten, kan daaraan een argument ontleen. Hij zal moeten aantonen dat de gelijke behandeling leidt tot een disproportionele stijging van de kosten, waarvoor het belang van gelijke behandeling moet wijken. Dat is volgens CGB slechts in uitzonderlijke gevallen toegestaan.<sup>[60]</sup> Of deze argumenten toereikend zijn om wachttijd en drempelperiode overeind te houden, staat nog te bezien en is deels afhankelijk van de feitelijke situatie.

## 7 Conclusie

Vanaf 1 januari 2008 is een wachttijd of drempelperiode voor nabestaanden-en invaliditeitspensioen niet meer toegestaan en mag een wachttijd of een drempelperiode voor ouderdomspensioen op straffe van nietigheid niet meer dan twee maanden bedragen. Die duidelijkheid betekent evenwel geen zekerheid dat een wachttijd van twee maanden is toegestaan. Zelfs die korte wachttijd of drempelperiode kan nog steeds bepaalde tijders benadelen doordat zij uitgesloten zijn van deelname (bepaalde tijders met contracten tot twee maanden) of bij langere contracten vaker de wachttijd moeten doorlopen bij dezelfde werkgever. Bij een contract langer dan twee maanden is de drempelperiode wellicht een reëel alternatief voor de wachttijd, waarbij bepaalde tijders geen nadeel ondervinden. In hoeverre het financiële argument van onevenredig administratieve lasten wachttijd (of drempelperiode) kan rechtvaardigen is, gelet op HvJ EG jurisprudentie, onzeker. De regering laat zich daarover niet uit en de oordelenlijn van de CGB biedt slechts aanknopingspunten. Werkgevers en pensioenuitvoerders die een wachttijd of drempelperiode hanteren moeten kunnen aantonen dat de gelijke behandeling leidt tot een disproportionele stijging van de kosten, waarvoor het belang van gelijke behandeling moet wijken. Bovendien moet hard gemaakt worden waarom afkoop van kleine pensioenen en toetredingsleeftijd geen reëel alternatief is. Een en ander kan een streep halen door de toch al beperkte mogelijkheden om een wachttijd of een drempelperiode te hanteren. De al vóór inwerkingtreding van de Pensioenwet aangekondigde evaluatie van wachttijd en drempelperiode zou zich wat mij betreft niet moeten beperken tot de (termijn uit de) Pensioenwet maar ook de gelijkebehandelingsvoorschriften daarbij moeten betrekken.

[\*]

Mr. drs. Mark Heemskerk werkt als onderzoeker Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en is verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht. Hij is tevens werkzaam als juridisch medewerker bij Houthoff Buruma.

[1]

*Wet van 7 december 2006 houdende regels betreffende pensioenen (Pensioenwet), Stb. 2006, 705.*

[2]

*Pensioenverwerving is ruimer dan pensioenopbouw doordat ook pensioen met een risicokarakter daaronder valt, zie Kamerstukken II 2005-0630 413, nr. 3, blz. 164. Aangezien de wachttijd volgens de Pensioenwet alleen bij ouderdomspensioenen is toegestaan, kan in dit geval gesproken worden van pensioenopbouw.*

[3]

*Kamerstukken II, 2005-06, 30 413, nr. 3, p. 103, 185; Kamerstukken II, 2005-06, 30 413, nr. 17, blz. 92; Kamerstukken II2001-01, 27 661, nr. 10, blz. 10.*

[4]

*Kamerstukken II 1993-94, 23 123 (Pensioennota); Kamerstukken II 1996-97, 25 010, nrs. 1-2, blz. 24 (Nota werken aan Zekerheid).*

[5]

*Richtlijn van 20 december 2005 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de meeneembaarheid van aanvullende pensioenrechten, COM 2005, 507 (def) /2005/0214 (COD).*

[6]

*Zie Kamerstukken II 2006-07, 21 501, nr. 117, blz. 5-6. Voorgesteld is een verlenging van de minimumperiode van twee naar vijf jaar en een verhoging van de minimumleeftijd van 21 naar 25 jaar.*

[7]

*Wet van 7 december 2006 houdende invoering van de Pensioenwet(Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet), Stb. 2006, 706.*

[8]

*Kamerstukken II 2006-07, 30 655, nr. 7, blz. 35.*

[9]

*HR 27 februari 1930, NJ 1930, 977; HR 18 oktober1991, NJ 1992, 3.*

[10]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 39.*

[11]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 39.*

[12]

*Hoe de omvang daarvan berekend moet worden, is (mij) vooralsnog niet duidelijk; zie ook E. Lutjens, Amdendementen Pensioenwet, onduidelijkheid troef, P&P redactioneel 2006-11.*

[13]

*Kamerstukken I 2006-07, 30 413, C, blz. 8.*

[14]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 62, blz. 32.*

[15]

*CGB Advies 2006/12 inzake wetsvoorstel Pensioenwet.*

[16]

*Kamerstukken II 2006-07, 30 655, nr. 7, blz. 7.*

[17]

Handelingen 2006-07, nr. 15, blz. 1057.

[18]

Kamerstukken I 2006-07, 30 413, C, blz. 7.

[19]

Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, p. 30, 42.

[20]

Besluit uitvoering pensioenwet van 18 december 2006, Stb. 2006, 709.

[21]

*Er kunnen hooguit vraagtekens geplaatst worden bij het nut om deelnemers via de startbrief na afloop van de drempelperiode te informeren dat voor hen een drempelperiode heeft goldeden.*

[22]

*Stb. 2006, 705, blz. 10. De tekst van art. 70a IPW die de Pensioenwet wijzigt, is te vinden in Stb. 2006, 706, blz. 24.*

[23]

*Tenzij er alleen ouderdomspensioen is overeengekomen met een wachttijd of de werknemer anderszins geen aanspraken verwerft, bijvoorbeeld omdat hij onder de franchise zit of hij de toetredingsleeftijd nog niet heeft bereikt.*

[24]

*Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, Pb EG 1999, L 175.*

[25]

*CGB-oordeel 2006-216.*

[26]

*HvJ EG 13 mei 1986, C- 170/84, Jur. 1986, blz. 1607(Bilka/Weber).*

[27]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, blz. 103; Kamerstukken II 2001-02, 27 661, nr. 3, blz. 13.*

[28]

*In gelijke zin CGB Advies 2006/12 inzake wetsvoorstelPensioenwet.*

[29]

*In dezelfde zin E.M.F. Schols-Van Oppen, H.W.L.A. de Lange, Verboden onderscheid in pensioenregelingen, Amersfoort: SDU 2003; E. Lutjens, Verbod onderscheid tijdelijk contract. Vast dienstverband als voorwaarde voor toetreding tot pensioenregeling niet meer toegestaan, P&P 2001/10, blz. 8-10.*

[30]

*CGB 2006-211.*

[31]

*Vergelijk CGB 2006-211.*

[32]

*CGB 2004-27.*

[33]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, blz. 103, V.D.M. Smeets, Wetsvoorstel Verbod onderscheid tijdelijk arbeidscontract, P&P 2002-11, blz.5-9.*

[34]

*Kamerstukken II 2001-02, 27 661, nr. 3, blz. 9; Kamerstukken I 2001-02, 27 661, nr. 322b, blz. 5.*

[35]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, blz. 103-104.*



[36]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 24, blz. 8.*

[37]

*CGB Advies 2006/12 inzake wetsvoorstel Pensioenwet, blz. 2.*

[38]

*CGB 2004-16 en 17, PJ 2004, 61 en 62.*

[39]

*HvJ EG 9 oktober 2001, PJ 2001, 101 (Menauer).*

[40]

*HvJ EG 24 februari 1994, NJ 1995, 1 (Roks); CGB2005-179; CGB 2006-12.*

[41]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, blz. 103-104.*

[42]

*CGB 2006-125, CGB 2006-86.*

[43]

*CGB 2005-215, PJ 2006, 5.*

[44]

*CGB 2006-102, overweging 3.11.*

[45]

*Kamerstukken I 2001-02, 27 661, nr. 322b, blz. 5.*

[46]

*HvJ EG 17 mei 1990, NJ 1992, 436 (Barber).*

[47]

*Wellicht ten overvloede wijs ik er op dat het ingevolge jurisprudentie van de Hoge Raad mogelijk is om in de pensioenregeling bepaalde functies van deelname uit te sluiten, HR 12 april 2002, PJ 2002, 41; NJ 2002, 411 (Souverijn). De beginselen van gelijke behandeling blijven onverminderd gelden.*

[48]

*CGB Advies 2006/12 inzake wetsvoorstel Pensioenwet.*

[49]

*Kritisch daarover E. Lutjens, 21 jaar (1) en (2), redactioneel PJ 2006-5 en 2006-6.*

[50]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, blz. 29.*

[51]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, blz. 6.*

[52]

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, blz. 29.*

[53]

*Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs, Stb. 2004, 30.*

[54]

*In gelijke zin L. Roos, Lange wachttijden, PJ 2004-9, blz. 10-18.*

[55]

*De uitvoerder dient de gewezen deelnemer daarover binnen zes maanden na de termijn van twee jaar te informeren.*

[\[56\]](#)

*Kamerstukken II 2006-07, 30 655, nr. 7, blz. 36.*

[\[57\]](#)

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, blz. 104.*

[\[58\]](#)

*Kamerstukken II 2005-06, 30 413, nr. 3, blz. 104.*

[\[59\]](#)

*Tenzij de werknemer een procedure tot waardeoverdracht is gestart.*

[\[60\]](#)

*CGB 2006-46, overweging 3.21, zie ook CGB 2006-102, overweging 3.11.*