

Cassatie in belang der wet. Kortingsregeling nabestaandenpensioen waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen mannen en vrouwen discriminerend in zin ar...

HR 18-12-2015, ECLI:NL:HR:2015:3628, m.nt. M. Heemskerk

Instantie	Hoge Raad (Civiele kamer)
Datum	18 december 2015
Magistraten	Mrs. F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, G. Snijders, G. de Groot, T.H. Tanja-van den Broek
Zaaknummer	15/04170
Conclusie	A-G mr. J.B.M.M. Wuisman
Noot	M. Heemskerk
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht / Pensioenrecht Staatsrecht / Grondrechten Ambtenarenrecht / Bijzondere onderwerpen Ambtenarenrecht / Arbeidsvoorwaarden Bestuursrecht algemeen / Algemeen Arbeidsrecht / Algemeen Internationaal publiekrecht / Mensenrechten
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2015:3628, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 18-12-2015; ECLI:NL:PHR:2015:1970, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 11-09-2015; Beroepschrift, Hoge Raad, 11-09-2015;
Wetingang	Art. 1, 6a WGB

Essentie

Cassatie in belang der wet. Kortingsregeling nabestaandenpensioen waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen mannen en vrouwen discriminerend in zin art. 1 lid 1 Wet Gelijke behandeling (WGB)?; beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit; bewijslast objectieve rechtvaardigingsgrond; art. 6a WGB.

Ingevolge art. 1 lid 1, aanhef en onder c, WGB is sprake van indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen, indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, personen van een bepaald geslacht in vergelijking met andere personen bijzonder treft. Indirect onderscheid is ingevolge art. 6 WGB niet verboden als dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en

de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Onder 'noodzakelijk' is te verstaan dat die middelen voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De rechter dient zich over de vraag of de kortingsregeling (mede) voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit zelfstandig een oordeel te vormen en daarin alle relevante omstandigheden van het geval te betrekken. Gelet op het fundamentele belang van een gelijke behandeling naar geslacht, wordt de rechter bij die beoordeling niet beperkt door de in beginsel aan cao-partijen toekomende onderhandelingsvrijheid.

Uit art. 6a WGB volgt dat het Pensioenfonds dient te bewijzen dat voor het gemaakte onderscheid een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Het hof had dan ook van het Pensioenfonds moeten verlangen dat het aan de hand van door hem in het geding te brengen cijfers aantoonde dat het gemaakte onderscheid voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Bij de beoordeling of een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat voor een op zichzelf vaststaand indirect onderscheid in de zin van art. 1 lid 1, onder c, WGB, zijn algemene gezichtspunten, zoals de verhouding tussen de kosten van afschaffing van de kortingsregeling en omvang van het desbetreffende fonds, niet van belang. Het komt aan op de feiten en omstandigheden van het concrete geval.

Samenvatting

In het arrest dat is voorgedragen voor cassatie in het belang der wet, is de vrouw gehuwd geweest met een 23 jaar oudere man. De man was deelnemer bij het Pensioenfonds en heeft uit dien hoofde rechten op een ouderdoms- en nabestaandenpensioen opgebouwd. In de toepasselijke pensioenreglementen was met betrekking tot het nabestaandenpensioen voorzien in een kortingsregeling voor het geval dat de echtgeno(o)t(e) of partner van de deelnemer meer dan tien jaren jonger zou zijn dan de deelnemer. De vrouw heeft bij het Pensioenfonds bezwaar gemaakt tegen de toepassing van de korting op de aan haar gedane betalingen omdat de kortingsregeling een in de Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) verboden indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen inhoudt. In dit geding heeft de vrouw gevorderd dat het Pensioenfonds wordt veroordeeld haar nabestaandenpensioen uit te betalen zonder toepassing van de kortingsregeling. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd en daartoe overwogen dat de kortingsregeling indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen in de zin van art. 1 lid 1, onder c WGB maakt, maar dat het doel van de regeling gerechtvaardigd en niet discriminerend is omdat de kortingsregeling een noodzakelijk middel is om het beroep op de onderlinge solidariteit te begrenzen. Hiertegen richt zich het onderhavige cassatieberoep in het belang der wet.

Bij beoordeling van het middel wordt vooropgesteld dat ingevolge art. 1 lid 1, aanhef en onder c, WGB sprake is van indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen, indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, personen van een bepaald geslacht in vergelijking met andere personen bijzonder treft. Indirect onderscheid is ingevolge art. 6 WGB niet verboden als dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Onder 'noodzakelijk' is te verstaan dat die middelen voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het hof heeft miskend dat de rechter zich over de vraag of de kortingsregeling (mede) voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zelfstandig een oordeel dient te vormen en daarin alle relevante omstandigheden van het geval dient te betrekken. Gelet op het fundamentele belang van een gelijke behandeling naar geslacht, wordt de rechter bij die

beoordeling, anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, niet beperkt door de in beginsel aan cao-partijen toekomende onderhandelingsvrijheid.

Voorts heeft het hof in dit kader ten onrechte in het midden gelaten of de kosten van afschaffing van de leeftijdskorting in het niet vallen bij de totale omvang van het fonds, zoals de vrouw heeft gesteld. Het hof had van het Pensioenfonds moeten verlangen dat het aan de hand van door hem in het geding te brengen cijfers aantoonde dat het gemaakte onderscheid voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In aanmerking genomen dat het hof — terecht — mede tot uitgangspunt heeft genomen dat de kortingsregeling leidt tot het maken van indirect onderscheid in de zin van art. 1 lid 1, onder c, WGB, volgt immers uit art. 6a WGB dat het Pensioenfonds dient te bewijzen dat voor het gemaakte onderscheid een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Het middel treft dus doel. Overigens verdient nog opmerking dat uit de processtukken blijkt dat het Pensioenfonds, bij de behandeling van deze zaak door de Commissie Gelijke Behandeling, onder meer heeft aangevoerd dat geen algemene uitspraken kunnen worden gedaan over de verhouding tussen de kosten van afschaffing van de kortingsregeling en de omvang van het desbetreffende fonds. Bij een grote collectiviteit zijn de effecten van afschaffing van de korting vaak relatief klein, maar bij een kleinere collectiviteit zijn deze effecten veel groter. Bovendien komen binnen sommige beroepsgroepen grote leeftijdsverschillen tussen de partners relatief vaak voor, aldus nog steeds het Pensioenfonds. Bij de beoordeling of een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat voor een op zichzelf vaststaand indirect onderscheid in de zin van art. 1 lid 1, onder c, WGB, zijn dergelijke algemene gezichtspunten echter niet van belang. Het komt aan op de feiten en omstandigheden van het concrete geval.

Partij(en)

Arrest op een vordering tot cassatie in het belang der wet, ingesteld door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en gericht tegen het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 31 augustus 2006, rolnummer 2133/04.

Voorgaande uitspraak

Hof:

3.1

Het gaat in deze zaak kort gezegd om het navolgende.

a.

Jackl, geboren op 26 september 1955, is de weduwe en tweede echtgenote van J.M. ten Brink, geboren op 5 januari 1932 en overleden 4 februari 2000. Ten Brink was eerder gehuwd met G. Smit, verder Smit, welk huwelijk is geëindigd door echtscheiding.

b.

Ten Brink was in dienst van ING Bank en uit dien hoofde deelnemer in het pensioenfonds van ING, welke fonds wordt beheerd door Pensioenfonds ING. Ten Brink is 1 januari 1997 gepensioneerd en op zijn pensioenaanspraken is het Pensioenreglement 1997 (verder: het reglement) van toepassing. Het reglement bevat onder meer de navolgende bepalingen:

“Artikel 3. Pensioenaanspraken

Met inachtneming van de bepalingen van dit reglement geeft het deelnemerschap recht op:

- a. ouderdomspensioen — eventueel verhoogd met ongehuwdenpensioen en/of toeslagpensioen — ten behoeve van de deelnemer of gewezen deelnemer;
- b. weduwen- c.q. weduwnaarspensioen ten behoeve van de wettige echtgeno(o)t(e) van de deelnemer of gewezen deelnemer;
- c. bijzonder weduwen- c.q. weduwnaarspensioen ten behoeve van de vrouw c.q. man, wier/wiens huwelijk met een deelnemer of gewezen deelnemer is geëindigd door echtscheiding of ontbinding na scheiding van tafel en bed;

(...)

Artikel 9. Weduwen- en weduwnaarspensioen

1.

Het weduwen- c.q. weduwnaarspensioen gaat in op de eerste dag van de maand volgend op het overlijden van de deelnemer, gewezen deelnemer of gepensioneerde en wordt uitgekeerd tot en met de maand van overlijden van de weduwe c.q. weduwnaar.

2.

Onverminderd het bepaald in artikel 10 lid 2 is het jaarlijkse weduwen- c.q. weduwnaarspensioen gelijk aan 75% van het volgens artikel 6 vastgestelde ouderdomspensioen en het volgens artikel 8 vastgestelde toeslagpensioen.

(...)

7.

Overlijdt de gepensioneerde na de pensioendatum dan zal het weduwen- c.q. weduwnaarspensioen gedurende zes volle maanden na het overlijden worden aangevuld tot het door de gepensioneerde laatstelijk genoten ouderdomspensioen.

Artikel 10. Bijzonder weduwen c.q. weduwnaarspensioen

1.

Het bijzonder weduwen- c.q. weduwnaarspensioen gaat in op de eerste dag van de maand volgend op het overlijden van de deelnemer, gewezen deelnemer of gepensioneerde en wordt uitgekeerd tot en met de maand van overlijden van de gewezen echtgeno(o)t(e).

2.

Het jaarlijks bijzonder weduwen c.q. weduwnaarspensioen is gelijk aan het premievrije weduwen- c.q. weduwnaarspensioen dat aan de deelnemer zou zijn toegekend, indien hij het deelnemerschap zou hebben beëindigd op de datum van ontbinding van het huwelijk. Indien bijzonder weduwen c.q. weduwnaarspensioen is toegekend, wordt bij een volgend huwelijk het volgens artikel 9 lid 2 bepaalde weduwen c.q. weduwnaarspensioen verminderd met het bedrag van het bijzonder weduwen c.q. weduwnaarspensioen (...).

Artikel 24. Bijzondere bepalingen ten aanzien van het weduwen c.q. weduwnaars- c.q. partner- en wezen pensioen

1.

(...)

2.

Indien de echtgeno(o)t(e) c.q. partner van de deelnemer meer dan 10 jaar jonger is dan de deelnemer zelf zal het weduwen c.q. weduwnaar- c.q. partnerpensioen gereduceerd worden door vermenigvuldiging met een breuk, waarvan de teller gelijk is aan 30 en waarvan de noemer gelijk is aan het met twintig vermeerderde in jaren uitgedrukte leeftijdsverschil van de deelnemer en zijn echtgeno(o)t(e) c.q. partner waarbij een verschil van een half jaar of meer als een vol jaar wordt gerekend en een verschil van minder dan een half jaar wordt verwaarloosd.

c.

ING Pensioenfonds heeft aan Jackl een overlijdensuitkering als bedoeld in art. 9 lid 7 van het reglement uitgekeerd ten bedrage van f 12.517. ING Pensioenfonds heeft het bedrag van de totale overlijdensuitkering vastgesteld door het laatstelijk aan Ten Brink toekomende ouderdomspensioen te verminderen met de som van het aan Smit toekomende bijzondere weduwenpensioen en het aan Jackl toekomende weduwenpensioen zonder rekening te houden met de korting op de voet van art. 24 lid 2 van het reglement en heeft de totale overlijdensuitkering verdeeld tussen Smit en Jackl.

d.

ING Pensioenfonds heeft, in verband met het leeftijdsverschil tussen Jackl en Ten Brink het vanaf 1 maart 2000 aan Jackl toekomende weduwenpensioen op de voet van artikel 24 lid 2 van het reglement gekort.

e.

Op 30 december 1994 heeft Ten Brink vrijwillig een verzekering bij ING Pensioenfonds gesloten ter compensatie van de korting op het weduwenpensioen als bedoeld in art. 24 lid 2 van het reglement. De werkgever van Ten Brink heeft tweederde deel van de kosten daarvan betaald via een eenmalige koopsomstorting. Uit hoofde van deze verzekering ontvangt Jackl vanaf 1 maart 2000 maandelijks

€ 612,52.

3.2

De vorderingen van Jackl hebben enerzijds betrekking op de overlijdensuitkering als bedoeld in art. 9 lid 7 van het reglement en anderzijds op de toelaatbaarheid van de korting op het weduwenpensioen op de voet van art. 24 lid 2 van het reglement, verder te noemen de leeftijdskorting. Jackl stelt zich op het standpunt dat de overlijdensuitkering geheel aan haar toekomt en dat deze moet worden berekend op grond van het verschil tussen het laatstelijk aan Ten Brink toekomende ouderdomspensioen en het aan haar toekomende weduwenpensioen, zonder rekening te houden met het aan Smit toekomende bijzondere weduwenpensioen. Ten aanzien van de leeftijdskorting heeft Jackl aangevoerd dat deze ontoelaatbaar is omdat art. 24 lid 2 een verboden indirect onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen. Ter ondersteuning van dat laatste standpunt heeft Jackl zich onder meer beroepen op het op haar verzoek gegeven oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) van 8 mei 2003 (oordeel 2003-58), inhoudende dat Pensioenfonds ING jegens Jackl verboden indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door haar weduwenpensioen te korten vanwege het leeftijdsverschil tussen Jackl en Ten Brink.

3.3

De kantonrechter heeft in het vonnis waarvan beroep ING Pensioenfonds veroordeeld tot betaling aan Jackl van een bedrag van € 4.828,68 te vermeerderen met de wettelijke rente terzake van de overlijdensuitkering alsmede een bedrag van € 788,97 aan incassokosten en de overige vorderingen van Jackl afgewezen. De kantonrechter heeft daartoe, kort gezegd en voorzover in hoger beroep nog van belang, het navolgende overwogen.

- Uit de artikelen 9 lid 2, 9 lid 7 en 10 lid 2 van het reglement volgt dat de overlijdensuitkering geheel toekomt aan Jackl als weduwe en niet deels aan Smit als gewezen echtgenote. Dit is niet in strijd met artikel 8a van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PWS). De omstandigheden dat het beleid is van ING Pensioenfonds om een deel van de overlijdensuitkering te betalen aan de gewezen echtgenote en dat de Pensioen- en Verzekeringskamer (PVK) dit beleid accepteert, ontnemen aan Jackl niet haar aanspraak op de gehele overlijdensuitkering.
- Bij de vaststelling van het bedrag van de overlijdensuitkering is ING Pensioenfonds terecht uitgegaan van het gehele weduwenpensioen (dus inclusief het aan Smit toekomende bijzondere weduwenpensioen) en heeft het terecht de korting op de voet van art. 24 lid 2 van het reglement buiten beschouwing gelaten.
- Aan Jackl komt dus toe het door ING Pensioenfonds aan Smit uitgekeerde deel van de overlijdensuitkering, zijnde in hoofdsom € 4.828,68.
- De leeftijdskorting is een maatregel die in de praktijk in het bijzonder personen van het vrouwelijk geslacht treft.
- Voor dit indirecte onderscheid bestaat echter een tweeledige objectieve rechtvaardiging, te weten het tegengaan van zogenaamde sterfbedconstructies en de noodzakelijke begrenzing van de solidariteit.

3.4

Na vermeerdering van eis in hoger beroep vordert Jackl, dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij arrest voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, — kort

gezegd — (I) ING zal veroordelen tot betaling van (a) een bedrag van € 24.714,23 terzake van een overlijdensuitkering te vermeerderen met de wettelijke rente en (b) een bedrag van € 4.411,48 aan buitengerechtelijke kosten, alsmede (II) te verklaren voor recht (a) dat Pensioenfonds ING ten onrechte het aan Jackl toegekende weduwenpensioen met ingang van 1 maart 2000 heeft gekort vanwege het feit dat tussen Jackl en wijlen haar echtgenoot een leeftijdsverschil van circa 23,5 jaar heeft bestaan, (b) dat artikel 24 lid 2 Pensioenreglement 1997, alsook artikel 17 lid 2 Pensioenreglement 1998 nietig is en dat Pensioenfonds ING door onverkorte toepassing van die bepaling in strijd heeft gehandeld met het wettelijk verbod op het maken van indirect onderscheid op grond van geslacht, zoals neergelegd in de gelijke behandelingswetgeving, alsmede (III) Pensioenfonds ING te veroordelen om de getroffen kortingsregel ongedaan te maken voorzover het de door Jackl vanaf 17 mei 1990 opgebouwde pensioenrechten betreft en aan Jackl met ingang van 1 april 2000 tegen kwijting en onder afgifte van een deugdelijke specificatie uit te keren haar alsdan toekomstige weduwenpensioen, te vermeerderen met de wettelijke rente. Pensioenfonds ING heeft zich niet verzet tegen de wijziging van eis, zodat ook het hof bij de beoordeling van het hoger beroep van de gewijzigde eis zal uitgaan.

3.5

Omdat het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van de leeftijdskortings van invloed is op het geschil over de omvang van de overlijdensuitkering, ziet het hof aanleiding eerst *grief 2 in het principaal appel* te behandelen, welke grief betrekking heeft op de leeftijdskortings.

3.6

Daaraan voorafgaand stelt het hof het navolgende voorop.

3.6.1.

Collectieve pensioenvoorzieningen, zoals neergelegd in het onderhavige reglement, berusten op een bepaalde mate van solidariteit tussen de deelnemers in het pensioenfonds. De waarde van de totale aanspraak op uitkeringen uit het fonds verschilt tussen de deelnemers afhankelijk van individuele factoren, zoals gezondheid, levensduur en burgerlijke staat, terwijl met die factoren geen of in beperkte mate rekening wordt gehouden bij het bepalen van de individuele premie. Deze solidariteit maakt het mogelijk dat alle deelnemers tegen een aanvaardbare premie een pensioenvoorziening kunnen opbouwen. Daarbij is overigens niet van belang dat de premie, zoals in het onderhavige geval, geheel wordt betaald door de werkgever van de deelnemer. De premiebetaling door de werkgever en de daarmee gerealiseerde pensioenaanspraak behoren tot de arbeidsbeloning (uitgesteld loon) van de werknemers die aan het fonds deelnemen.

3.6.2.

Tussen partijen is niet in geschil dat het noodzakelijk is aan de hierboven bedoelde solidariteit grenzen te stellen ten einde het noodzakelijke draagvlak voor collectieve pensioenvoorzieningen te behouden.

3.6.3

Deelnemers met een jongere (huwelijks)partner profiteren van de solidariteit doordat de actuariële waarde van het nabestaandenpensioen hoger is naar mate het leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar (huwelijks)partner groter is. De meerkosten van het tot uitkering komende

nabestaandenpensioen bedragen gemiddeld 3% voor elk jaar dat de nabestaande jonger is dan de deelnemer, zoals ING Pensioenfonds onbestreden heeft gesteld.

3.6.4

In gevallen waarin de (huwelijks)partner van de deelnemer niet meer dan tien jaar jonger is dan de deelnemer, wordt het weduwen- en partner pensioen niet gekort. Ten aanzien van deze categorie, die in absolute en relatieve zin het overgrote deel van de deelnemers met een jongere (huwelijks)partner omvat, is de solidariteit dus niet beperkt. De leeftijdskorting van art. 24 lid 2 van het reglement begrenst de solidariteit in de gevallen dat de partner meer dan tien jaar jonger is dan de deelnemer door het weduwen- c.q. partnerpensioen te korten naar rato van het leeftijdsverschil. Deze begrenzing is in zoverre relatief dat ook indien het leeftijdsverschil meer dan 10 jaar bedraagt de actuariële waarde van het weduwen- c.q. weduwnaarspensioen hoger is dan in gevallen waarin het leeftijdsverschil minder dan 10 jaar bedraagt, zoals volgt uit de onweersproken berekeningen van ING in haar brief van 19 februari 2003 aan de CGB en het artikel van mr. A.J. van de Griend, beide door ING overgelegd als onderdeel van productie 3b bij conclusie van antwoord in eerste aanleg.

3.6.5

Zoals ING Pensioenfonds bij pleidooi desgevraagd heeft bevestigd, is tussen partijen niet langer in geschil dat de leeftijdskorting indirect onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen in die zin dat de korting in overwegende mate toepassing vindt ten aanzien van vrouwelijke (huwelijks)partners van deelnemers. Dat is het gevolg van de omstandigheid dat er meer deelnemers zijn met vrouwelijke (huwelijks)partners die meer dan 10 jaar jonger zijn dan er deelnemers zijn met mannelijke (huwelijks)partners die meer dan 10 jaar jonger zijn.

3.6.6

Daarmee is de vraag aan de orde of ten aanzien van de leeftijdskorting sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Dat is het geval indien: a) het doel van de korting gerechtvaardigd en niet discriminerend is, b) het middel geschikt is om het doel te bereiken, en c) het middel daartoe noodzakelijk is.

3.6.7

ING Pensioenfonds heeft als doel van de leeftijdskorting onder meer aangevoerd de begrenzing van de solidariteit, welke begrenzing nodig is om het draagvlak van de collectieve pensioenvoorziening in voldoende mate in stand te houden.

3.6.8

Jackl heeft geen grief gericht tegen de oordelen van de kantonrechter dat het hierboven genoemde doel van de leeftijdskorting gerechtvaardigd en niet discriminerend is en dat de leeftijdskorting een geschikt middel is met het oog op dat doel, welke oordelen de kantonrechter heeft overgenomen van de CGB in haar hierboven genoemde uitspraak van 8 mei 2003. Deze oordelen van de kantonrechter gelden dus ook in hoger beroep als uitgangspunt. Het debat tussen partijen spitst zich aldus toe op de vraag of de leeftijdskorting ter begrenzing van de solidariteit noodzakelijk is.

3.7

In de toelichting op de tweede grief betoogt Jackl op de eerste plaats dat de kantonrechter een onjuiste maatstaf heeft aangelegd door (slechts) te onderzoeken of het middel evenwichtig en proportioneel is, terwijl bepalend is of het middel enerzijds in evenredige verhouding staat tot het doel en anderzijds of er een ander middel is waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt, maar dat in mindere mate discrimineert. Jackl voert voorts aan dat het middel niet noodzakelijk is omdat afschaffing van de leeftijdskorting weliswaar leidt tot stijging van de kosten van ING Pensioenfonds, maar dat het ten laste brengen van die kosten aan alle deelnemers, zo nodig door middel van een werknemersbijdrage minder discriminerend is, terwijl budgettaire motieven geen rechtvaardiging kunnen vormen voor het in standhouden van een indirect onderscheid. Tenslotte bepleit Jackl dat er zachtere middelen zijn om hetzelfde resultaat te bereiken, zoals een afbouwregeling of een beperkte wachttijd.

3.8

De grief faalt. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

3.8.1

Bij de beantwoording van de vraag of de leeftijdskorting als middel ter begrenzing van de solidariteit — teneinde het draagvlak voor de collectieve pensioenvoorziening in stand te houden — noodzakelijk is komt het, gegeven het oordeel dat sprake is van een gerechtvaardigd doel en een geschikt middel, aan op de vraag of het middel in evenredige verhouding staat tot het doel (proportionaliteit) en of hetzelfde doel kan worden bereikt met een ander middel dat ook geschikt is en niet of minder indirect discriminerend is (subsidiariteit). De vraag of de kantonrechter deze maatstaf voor ogen heeft gestaan kan in het midden blijven omdat het hof aan de hand van de stellingen van partijen zelf zal onderzoeken of de leeftijdskorting aan die maatstaf voldoet.

3.8.2

Het hof verwerpt het argument van Jackl dat de leeftijdskorting niet noodzakelijk is omdat de kosten voortvloeiende uit de afschaffing van de leeftijdskorting in het niet vallen bij de omvang van het fonds en door het collectief gedragen kunnen worden. Het is gerechtvaardigd om de solidariteit te beperken met betrekking tot de kosten die verband houden met een groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar partner. Het pensioenreglement, waarvan de thans bestaande leeftijdskorting deel uit maakt, is het resultaat van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen de CAO-partijen. Gegeven de geschiktheid van de leeftijdskorting als middel om het gerechtvaardigde doel van beperking van de solidariteit te bereiken en de omstandigheid dat het tot op zekere hoogte arbitrair is in welke mate de solidariteit wordt beperkt, past het de burgerlijke rechter terughoudend te zijn met een oordeel over de grenzen die het reglement in concreto aan de solidariteit stelt. Tegen deze achtergrond oordeelt het hof dat door de bestaande leeftijdskorting, waarbij de solidariteit ten aanzien leeftijdsverschillen tot 10 jaar onverkort geldt en ten aanzien van grotere verschillen wordt beperkt, op evenwichtige en redelijke wijze het onevenredige voordeel dat verbonden is aan een groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar (huwelijks)partner ten laste wordt gebracht van degenen die het betreft. Diegenen kunnen terzake desgewenst een aanvullende verzekering ten behoeve van hun (huwelijks)partner sluiten, zoals Ten Brink in 1994 ten behoeve van Jackl heeft gedaan.

3.8.3

De door Jackl aangedragen alternatieven zoals een afbouwregeling of een beperkte wachttijd zijn in vergelijking met de leeftijdskorting niet in mindere mate indirect discriminerend; ook die middelen leiden er toe dat in overwegende mate vrouwen worden geconfronteerd met lagere (of latere) periodieke uitkeringen. Het verschil met de leeftijdskorting is er vooral in gelegen dat die middelen de solidariteit in mindere mate beperken en derhalve minder geschikt zijn voor het beoogde doel.

3.8.4

Uit het voorafgaande volgt waarom het hof ten aanzien van de vraag of de leeftijdskorting noodzakelijk is afwijkt van het oordeel van de CGB, welk oordeel weliswaar gewichtig is maar niet bindend.

3.8.5

Bovenstaand oordeel brengt mee dat de vraag of de leeftijdskorting ook een geschikt en noodzakelijk middel is om sterfbedconstructies tegen te gaan onbesproken kan blijven.

3.9

Het hof bespreekt vervolgens *grief A in het incidenteel appel*. Deze grief komt op tegen het oordeel van de kantonrechter dat de overlijdensuitkering geheel toekomt aan Jackl en dus niet verdeeld moet worden tussen Jackl en Smit. In de toelichting op de grief betoogt ING Pensioenfonds kort gezegd dat de verdeling van de overlijdensuitkering volgt uit een redelijke interpretatie van het pensioenreglement mede in het licht van art. 8a PSW.

3.9.1

De uitleg van het pensioenreglement in de relatie tussen het pensioenfonds en (de weduwe van) een deelnemer dient te geschieden aan de hand van objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in het reglement gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zich zelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden (vgl. HR 20 februari 2004, NJ 2005/493).

3.9.2

In art. 3 van het reglement wordt, toegesneden op het onderhavige geval, een onderscheid gemaakt tussen het weduwenpensioen ten behoeve van de wettige echtgenote en het bijzonder weduwenpensioen ten behoeve van de vrouw wier huwelijk met een deelnemer wegens echtscheiding is beëindigd. De aanspraak op het weduwenpensioen wordt nader uitgewerkt in art. 9 van het reglement, waarbij in lid 7 de overlijdensuitkering wordt omschreven. Het bijzonder weduwenpensioen wordt nader geregeld in art. 10 van het reglement, waarin geen melding wordt gemaakt van een aanspraak van de gerechtigde tot bijzonder weduwenpensioen op een evenredig deel van de overlijdensuitkering. Omgekeerd is in artikel 10 lid 2 wel bepaald dat het bijzonder weduwenpensioen van de gewezen echtgenote in mindering strekt op het in artikel 9 lid 2 bedoelde weduwenpensioen van de wettige echtgenote ten tijde van het overlijden van de deelnemer. De tekst van artikel 10 lid 2 van het reglement, gelezen in samenhang met de overige genoemde bepalingen leidt dus veeleer tot het oordeel dat de overlijdensuitkering niet verdeeld behoort te worden, dan dat het steun biedt aan de andersluidende opvatting van ING Pensioenfonds op dit punt. Daar komt bij dat tussen partijen niet in geschil is dat de overlijdensuitkering ertoe strekt tegemoet te komen aan de financiële gevolgen van het

overlijden van de deelnemer. Die gevolgen doen zich vanzelfsprekend gelden voor degene die ten tijde van het overlijden de wettige echtgenote is van de deelnemer. Ten overvloede pleit tegen verdeling van de overlijdensuitkering dat artikel 10 van het reglement aan de gewezen echtgenote ook geen aanspraak geeft op een overlijdensuitkering indien de deelnemer ten tijde van zijn overlijden niet opnieuw gehuwd is.

3.9.3

Ook art. 8a PSW dwingt niet tot de door ING Pensioenfonds voorgestane interpretatie. Het in artikel 10 lid 2 omschreven bijzondere weduwenpensioen voldoet aan de wettelijke omschrijving van artikel 8a lid 1 PSW, ook indien het reglement geen aanspraak geeft op een deel van de overlijdensuitkering als bedoeld in art. 9 lid 7 van het reglement.

3.9.4

De omstandigheid dat ING Pensioenfonds als beleid voert dat de overlijdensuitkering wordt verdeeld, kan gelet op het hiervoor onder 3.9.1 weergegeven criterium, niet tot een ander oordeel leiden. Grief A in het incidenteel appel faalt daarom.

3.10

Grief B in het incidenteel appel heeft betrekking op de compensatie van de proceskosten in eerste aanleg. De grief bouwt blijkens de toelichting voort op grief A in het incidenteel appel en moet het lot daarvan dus delen.

3.11

Grief 1 in het principaal appel is gericht tegen de wijze waarop de kantonrechter in rechtsoverweging 8 de hoogte van de overlijdensuitkering heeft berekend. Met de grief stelt Jackl twee kwesties aan de orde, te weten of bij de vaststelling van de hoogte van de overlijdensuitkering rekening moet worden gehouden met (a) het bijzondere weduwenpensioen en (b) de leeftijdskortening als bedoeld in art. 24 lid 2 van het reglement.

3.11.1

Met inachtneming van de hierboven onder 3.9.1 bedoelde maatstaf oordeelt het hof dat de regel van artikel 10 lid 2 van het reglement, inhoudende dat het bijzondere weduwenpensioen in mindering strekt op het weduwenpensioen, er toe strekt dat het weduwenpensioen en het bijzondere weduwenpensioen tezamen niet meer bedraagt dan het weduwenpensioen in gevallen dat geen aanspraak bestaat op bijzonder weduwenpensioen. In die systematiek past dat bij de vaststelling van de omvang van de overlijdensuitkering wordt uitgegaan van de som van weduwenpensioen en het bijzondere weduwenpensioen. De door Jackl voorgestane uitleg zou er toe leiden dat het pensioenfonds, in een situatie als de onderhavige, gedurende de eerste zes maanden na het overlijden van de deelnemer een weduwenpensioen zou moeten uitkeren gelijk aan het voordien aan de deelnemer uitgekeerde ouderdompensioen en daarnaast een bijzonder weduwenpensioen. De totale uitkering zou alsdan gedurende die zes maanden hoger zijn dan de uitkering voordien, hetgeen bepaald niet voor de hand ligt. De kantonrechter heeft daarom terecht geoordeeld dat hoogte van de overlijdensuitkering moet worden berekend op basis van de som van het weduwenpensioen en het bijzondere weduwenpensioen.

3.11.2

Ten slotte resteert de vraag of, zoals Jackl aanvoert, bij de vaststelling van de overlijdensuitkering moet worden uitgegaan van het weduwenpensioen met inachtneming van de leeftijdskorting als bedoeld in art. 24 lid 2 van het reglement, dan wel, zoals ING Pensioenfonds verdedigt, de overlijdensuitkering moet worden berekend op basis van het ongekorte weduwenpensioen.

3.11.3

Nu de tekst van het reglement op dit op dit punt noch voor de ene, noch voor de andere uitleg concrete aanknopingspunten biedt, komt doorslaggevende betekenis toe aan de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe elk van beide lezingen toe leidt. Het is onaannemelijk dat, mede gelet op het doel van de leeftijdskorting, in de gevallen waarin die korting wordt toegepast de overlijdensuitkering hoger is dan in de gevallen waarin de leeftijdskorting niet geldt. De kantonrechter heeft daarom terecht geoordeeld dat ING Pensioenfonds bij de berekening van de overlijdensuitkering mocht uitgaan van het ongekorte weduwenpensioen (vermeerderd met het bijzondere weduwenpensioen).

3.12

De slotsom is dat alle grieven falen, het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd en hetgeen Jackl bij wijze van eisvermeerdering in hoger beroep heeft gevorderd wordt afgewezen.

Conclusie

Vordering A-G mr. J.B.M.M. Wuisman:

1. Ter inleiding

1.1

Hierbij wordt voor cassatie in het belang der wet voorgedragen het arrest dat het Gerechtshof Amsterdam op 31 augustus 2006 (ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ0535) heeft uitgesproken tussen X, appellante in het principaal hoger beroep, en Stichting Pensioenfonds ING, verweerster in het principaal hoger beroep (hierna: Pensioenfonds). Tussen hen was het volgende geschil gerezen. X is gehuwd geweest met een 23 jaar oudere man, die gedurende zijn werkzame leven in dienst was bij ING. Uit dien hoofde was hij deelnemer bij het Pensioenfonds, waar een ouderdoms- en nabestaandepensioen werd opgebouwd. In de toepasselijke pensioenreglementen was, voor het geval dat de echtgeno(o)t(e) c.q. partner van de deelnemer meer dan 10 jaren jonger zou zijn dan de deelnemer met betrekking tot het nabestaandepensioen, voorzien in een kortingsregeling. Die regeling komt hierop neer dat de nabestaandepensioenuitkeringen verminderd worden door vermenigvuldiging van de uitkering met een breukgetal, waarvan de teller gelijk is aan 30 en de noemer gelijk aan het in jaren uitgedrukte leeftijdsverschil vermeerderd met twintig. Het nabestaandepensioen is in maart 2000 voor X ingegaan en haar uitgekeerd onder toepassing van de zojuist vermelde kortingsregeling. X heeft bij het Pensioenfonds bezwaar gemaakt tegen de toepassing van de korting op de grond dat de kortingsregeling een in de Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) verboden indirecte

onderscheid tussen mannen en vrouwen inhoudt. Het Pensioenfonds heeft dat standpunt van X niet aanvaard.

1.1.

X heeft het geschil voorgelegd aan de Rechtbank Amsterdam en in appel aan het hof Amsterdam als ook aan de hierna nog nader te noemen Commissie Gelijke Behandeling (CGB). Deze Commissie heeft met betrekking tot de kortingsregeling een ongeoorloofd indirect onderscheid aangenomen, de rechtbank en het hof deden dat niet.

2. Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen^[1.]

2.1

De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) voorziet in een regeling aangaande verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen. Dat onderscheid kan direct dan wel indirect zijn. Er is sprake van indirect onderscheid indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald geslacht in vergelijking met personen van het ander geslacht bijzonder treft (artikel 1 lid 1, sub c WGB). Het verbod van indirect onderscheid geldt niet, wanneer het onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van het doel passend (geschikt) en noodzakelijk zijn (artikel 6 WGB). Onder 'het noodzakelijk zijn' is te verstaan dat het onderscheid opleverende middel voldoet aan de eisen van proportionaliteit (het indirect onderscheid opleverende middel dient in een evenredige verhouding tot het ermee na te streven doel te staan) en subsidiariteit (er dient voor het middel dat ter bereiking van een bepaald doel is ingezet niet een ander middel te bestaan dat niet of in mindere mate het indirecte onderscheid oplevert).^[2.] In geval dat degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt in rechte feiten aanvoert, die een verboden onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld (artikel 6a WGB).^[3.]

2.2

Het verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen geldt ook met betrekking tot pensioenvoorzieningen die getroffen worden ten behoeve van personen in verband met hun werkzaamheden in een onderneming, bedrijfstak, tak van beroep of openbare dienst en is ook door uitvoerders van pensioenvoorzieningen in acht te nemen bij de bepaling van de kring van personen voor wie de pensioenvoorziening tot stand wordt gebracht, bij de bepaling van de inhoud van een pensioenvoorziening en bij de wijze van uitvoering van de pensioenvoorziening (artikelen 12a en 12b WGB). Iedere bepaling die strijdig is met het verbod van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen bedoeld in artikel 12b WGB is nietig (artikel 12e WGB).^[4.]

3. Commissie Gelijke Behandeling / College voor de Rechten van de Mens

3.1

Bevoegd om te oordelen of er sprake is van een ongeoorloofd onderscheid tussen mannen en vrouwen is niet slechts de burgerlijke rechter. Tot 1 oktober 2012 kwam die bevoegdheid uit hoofde van artikel 12 Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) ook toe aan de Commissie Gelijke Behandeling (CGB). De CGB is per 1 oktober 2012 opgegaan in het College voor de Rechten van de

Mens (CRM).^[5] Dit College ontleent aan artikel 10 van de Wet College voor de Rechten van de Mens de bevoegdheid een onderzoek te doen naar en een oordeel uit te spreken over onderscheid als onder meer bedoeld in de WGB.

De uitspraken van de CGB en het CRM hebben niet een partijen bindende werking zoals die toekomt aan een uitspraak van de burgerlijke rechter.

4. De beoordeling van de kortingsregeling door de CGB

4.1

Ter zake van de kortingsregeling waarop het hoger gemelde geschil tussen X en het Pensioenfonds betrekking heeft, heeft de CGB op 8 mei 2003 een uitspraak gedaan.^[6] De hoofdpunten van de uitspraak, voor zover te dezen van belang, laten zich kort als volgt samenvatten.

4.2.1

De CGB komt ten aanzien van de kortingsregeling tot de slotsom dat zij tot een indirect onderscheid in de zin van artikel 1 lid 1, sub c, WGB leidt. Dat brengt mee dat de geoorloofdheid van de kortingsregeling dient te worden beoordeeld aan de hand van de in artikel 6 WGB vermelde maatstaf.

4.2.2

Die maatstaf doet in de eerste plaats de vraag rijzen of achter de kortingsregeling een legitiem doel steekt dat, aldus de CGB, voldoende zwaarwegend en niet-discriminerend is. Als doel van de kortingsregeling ziet de CGB mede het voorkomen van een te groot beroep op de onderlinge solidariteit.^{[7],[8]} In dat verband vermeldt de CGB dat van de kant van het Pensioenfonds is gesteld dat afschaffing van de kortingsregeling tot gevolg zal hebben dat naast de werkgeversbijdrage een werknemersbijdrage zal moeten worden gevraagd of dat mogelijk de pensioenuitkeringen zullen moeten worden verlaagd. Indien de afschaffing dergelijke gevolgen zal hebben, dient naar het oordeel van de CGB de kortingsregeling een voldoende zwaarwegend en een niet-discriminerend doel.

4.2.3

Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of de kortingsregeling een geschikt middel is om het legitieme doel te dienen. Met de toepassing van de kortingsregeling op de nabestaandepensioenen wordt, zo merkt de CGB op, bereikt dat de totale kosten die aan dergelijk pensioenen zijn verbonden, lager zijn dan wanneer er geen korting zou worden toegepast. Op die manier wordt het beroep op de onderlinge solidariteit beperkt. Aan een en ander verbindt de CGB de conclusie dat de kortingsregeling een geschikt middel is om het legitieme doel te dienen.

4.2.4

Na die conclusie ziet de CGB de vraag onder ogen of handhaving van de kortingsregeling noodzakelijk is in die zin dat de kortingsregeling voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Voor de beantwoording van die vraag zijn, zo overweegt de CGB, van belang binnen de collectiviteit van de pensioenregeling spelende feiten en omstandigheden, die de handhaving van de kortingsregeling kunnen rechtvaardigen. Die feiten en omstandigheden zijn door het Pensioenfonds te stellen. De CGB wijst erop dat bij eerdere beoordelingen of de handhaving van een kortingsregeling gerechtvaardigd is te achten, het effect van de afschaffing van de kortingsregeling op de totale

pensioenlasten in aanmerking is genomen. Daarentoest heeft het Pensioenfonds gesteld dat dat geen zuiver argument vormt, omdat bij een grote collectiviteit de effecten van afschaffing van de korting vaak relatief gering zijn. Hierin gaat de CGB niet mee. Het effect van een kortingsregeling wordt (nu eenmaal) bepaald door de omvang van het deelnemersbestand. Het Pensioenfonds heeft, zo vervolgt de CGB, aangegeven dat het niet mogelijk is de precieze kostenstijging, die het afschaffen van de kortingsregeling met zich zal brengen, te berekenen.

De CGB acht ook niet aannemelijk gemaakt de stellingen van het Pensioenfonds met betrekking tot de effecten van de afschaffing van de kortingsregeling voor het geval van overdracht van de waarde van een nabestaandepensioen.

Een en ander voert de CGB tot de slotsom: “De Commissie is op grond hiervan van oordeel dat verweerster — [het Pensioenfonds] — er niet in is geslaagd aan te tonen dat het afschaffen van de kortingsregeling teveel zou vergen van de solidariteit. Derhalve staat de kortingsregeling niet in evenredige verhouding tot het doel en kan het middel niet noodzakelijk worden geacht ter bereiking van het beoogde doel.”

4.2.5

De CGB rondt zijn beoordeling af met: “Verweerster heeft op grond van het bovenstaande indirect onderscheid op grond van geslacht gemaakt dat niet objectief gerechtvaardigd is.”

4.3

De CGB heeft meermalen zich over de (on)geoorloofdheid van een kortingsregeling uitgesproken.^[9] De door CGB uitgesproken oordelen zijn vrijwel steeds in lijn met het hiervoor besproken oordeel van 8 mei 2003. Voor wat het noodzakelijkheidsvereiste betreft komt de CGB meestal ook tot de bevinding dat handhaving van de kortingsregeling in het betrokken geval niet in evenredige verhouding tot het beoogde doel — (begrenzing van de solidariteit door kostenbesparing) — staat, omdat het doen vervallen van de regeling niet of slechts in geringe mate leidt tot een verhoging van de totale pensioenkosten, althans dat het tegendeel door het betrokken pensioenfonds niet is aangetoond, en/of omdat er een ander middel tot kostenreductie voorhanden is dat niet of in mindere mate een indirect onderscheid ten nadele van de vrouw meebrengt.

5. Beoordeling van de kortingsregeling door de burgerlijke rechter

5.1

Ook de burgerlijke rechter is in verband met de kortingsregeling benaderd. Hierna wordt stilgestaan eerst bij het bestreden arrest van het Hof Amsterdam van 31 augustus 2006 en vervolgens nog bij een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 8 november 2005 en een vonnis van de Rechtbank Den Haag van 23 januari 2014. In alle drie de uitspraken wordt er van uitgegaan dat de in geschil zijnde kortingsregeling leidt tot een indirect onderscheid in de zin van artikel 1 lid 1, sub c, WGB, en wordt vervolgens beoordeeld of er voor de betrokken kortingsregeling een objectieve rechtvaardiging als bedoeld in artikel 6 WGB bestaat.

5.2

Na door de Rechtbank Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam bij vonnis d.d. 16 juni 2004 in het ongelijk te zijn gesteld voor wat betreft de vraag van de geoorloofdheid van de kortingsregeling

uit oogpunt van onderscheid tussen mannen en vrouwen, heeft X dat geschilpunt met het Pensioenfonds ter beoordeling voorgelegd aan het hof Amsterdam. In haar memorie van grieven bestrijdt X sub 33 de stellingen van het Pensioenfonds bij pleidooi in eerste aanleg dat de afschaffing van de kortingsregeling een last van € 10.000.000 en een jaarlijkse premiestijging van € 1.000.000 zal opleveren.^[10] In zijn memorie van antwoord reageert het Pensioenfonds hierop onder meer met de stelling dat de proportionaliteit van de kortingsregeling niet alleen wordt bepaald door de (marginale) financiële gevolgen van het wegnemen (of verder oprekken) van de bandbreedte waarbinnen geen leeftijdskorting plaats heeft. Het feit dat de financiële gevolgen — berekend vanuit de situatie dat de eerste 10 jaren leeftijdsverschil zijn 'vrijgelaten' — van het vervallen van de leeftijdskorting relatief gering zijn, betekent niet, aldus nog steeds het Pensioenfonds, dat sprake is van een disproportionele regeling. Het hof beslist in zijn arrest van 31 augustus 2006 tot bekrachtiging van het vonnis van de Rechtbank Amsterdam. De gronden waarop deze beslissing rust, komen — voor zover te dezen van belang — op het volgende neer.

5.2.1

Als niet (langer) bestreden houdt het hof als uitgangspunt aan:

- (a) dat de kortingsregeling indirect onderscheid in de zin van artikel 1 lid 1, sub c, WGB leidt;
- (b) dat de kortingsregeling tot doel heeft om de solidariteit tussen de deelnemers van het Pensioenfonds te begrenzen, welke begrenzing nodig is om het draagvlak van de collectieve pensioenvoorziening in voldoende mate in stand te kunnen houden;^[11]
- (c) dat dat doe gerechtvaardigd en niet discriminerend is;
- (d) dat de kortingsregeling ter bereiking van genoemd doel een geschikt middel is.

Deze uitgangspunten brengen mee dat het debat in appel zich toespitst tot de vraag of de kortingsregeling ter begrenzing van de solidariteit noodzakelijk is.

5.2.2

Bij de beantwoording van die vraag komt het erop aan, zo overweegt het hof in rov. 3.8.1 of het middel in evenredige verhouding tot het doel (proportionaliteit) en of hetzelfde doel kan worden bereikt met een ander middel dat ook geschikt is en niet of minder indirect discriminerend is (subsidiariteit). Daarop volgen de volgende rechtsoverwegingen:

“3.8.2

Het hof verwerpt het argument van X dat de leeftijdskorting niet noodzakelijk is omdat de kosten voortvloeiende uit de afschaffing van de leeftijdskorting in het niet vallen bij de omvang van het fonds en door het collectief gedragen kunnen worden. Het is gerechtvaardigd om de solidariteit te beperken met betrekking tot de kosten die verband houden met een groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar partner. Het pensioenreglement, waarvan de thans bestaande leeftijdskorting deel uit maakt, is het resultaat van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen de cao-partijen. Gegeven de geschiktheid van de leeftijdskorting als middel om het gerechtvaardigde doel te bereiken en de omstandigheid dat het tot op zekere hoogte arbitrair is in welke mate de solidariteit wordt beperkt, past het de burgerlijke rechter terughoudend te zijn met een oordeel over de grenzen die het reglement in concreto aan de solidariteit stelt. Tegen deze achtergrond oordeelt het hof dat door de bestaande leeftijdskorting, waarbij de solidariteit ten aanzien van leeftijdsverschillen tot 10 jaar onverkort geldt en ten aanzien van grotere verschillen wordt beperkt, op evenwichtige en redelijke wijze het onredelijke voordeel dat verbonden is

aan een groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar (huwelijks)partner ten laste wordt gebracht van degenen die het betreft. Diegenen kunnen ter zake desgewenst een aanvullende verzekering ten behoeve van hun (huwelijks)partner sluiten, zoals de echtgenoot van X in 1994 ten behoeve van X heeft gedaan.

3.8.3

De door X aangedragen alternatieven zoals een afbouwregeling of een beperkte wachttijd zijn in vergelijking met de leeftijdskorting niet in mindere mate indirect discriminerend; ook die middelen leiden er toe dat in overwegende mate vrouwen worden geconfronteerd met lagere (of latere) periodieke uitkeringen. Het verschil met de leeftijdskorting is er vooral ingelegd dat die middelen de solidariteit in mindere mate beperken en derhalve minder geschikt zijn voor het beoogde doel.

3.8.4

Uit het voorgaande volgt waarom het hof ten aanzien van de vraag of de leeftijdskorting noodzakelijk is afwijkt van het oordeel van de CGB, welk oordeel weliswaar gewichtig is maar niet bindend.”

5.3

in de zaak waarop het arrest van 8 november 2005 van het hof 's-Hertogenbosch betrekking heeft,^[12] gaat het om een nabestaandepensioen dat bij het ABP is opgebouwd door een man, die in het onderwijs werkzaam is geweest en bij zijn overlijden een 33 jaar jongere echtgenote achterliet. Het toepasselijke pensioenreglement voorziet in een korting op de uitkering in geval dat er tussen de echtelieden een leeftijdsverschil bestaat van meer dan 10 jaren en bovendien het huwelijk op de dag van overlijden nog geen vijf jaren had geduurd. Bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging voor de korting houdt het hof, mede gelet op de door het ABP gegeven toelichting, als wezen van de kortingsregeling aan het uitgangspunt dat zoveel mogelijk voorkomen moet worden dat deelnemers, in situaties waarin zij verwachten dat zij op korte termijn komen te overlijden, een aanspraak op (volledig) nabestaandepensioen ten laste van het pensioenfonds willen veilig stellen door nog een huwelijk te sluiten met een veel jongere partner. Tegen deze achtergrond bezien, acht het hof de kortingsregeling geen geschikt middel: met het tien jaar-criterium zijn geen sterfbedhuwelijken tegen te gaan. Bovendien acht het hof de regeling ook niet noodzakelijk om onevenredige druk op de solidariteit te voorkomen. Het voorkomen van die druk kan ook met andere maatregelen worden bereikt; er dienen criteria te worden ontwikkeld die geschikt zijn om sterfbedhuwelijken in voldoende mate af te bakenen. Het zijn deze gronden die het hof tot de slotsom voeren dat de betrokken kortingsregeling een onderscheid naar geslacht maakt dat niet objectief gerechtvaardigd is.

5.4

In de uitspraak van de Rechtbank Den Haag, sector kanton, locatie Den Haag^[13] gaat het om een kortingsregeling met betrekking tot een nabestaandepensioen, dat opgebouwd is door een deelnemer van het Bedrijfspensioen Waterbouw. De deelnemer is in 1931 geboren en voor de tweede maal gehuwd met een vrouw die in 1954 is geboren. De kortingsregeling brengt mee dat het nabestaandepensioen met 3 procent wordt verminderd voor ieder jaar dat de achterblijvende partner meer dan tien jaar ouder is dan de overleden partner. Gevorderd is om voor recht te verklaren dat de kortingsregeling buiten toepassing dient te blijven wegens ongeoorloofd indirect onderscheid wegens

geslacht. Daarbij wordt een beroep gedaan op een uitspraak van de CGB van 15 december 2011,^[14.] die tot het oordeel was gekomen dat de kortingsregeling een ongeoorloofd onderscheid oplevert mede op de grond dat de kortingsregeling niet noodzakelijk is te achten omdat afschaffing ervan slechts een gering effect op de totale pensioenlasten zal hebben. Na een indirect onderscheid veronderstellenderwijs te hebben aangenomen, wijst de Kantonrechter de vordering af. Hij overweegt daartoe, kort weergegeven: (a) de begrenzing van de solidariteit is een legitiem doeleind; (b) het pensioenreglement is het resultaat van overleg tussen de betrokken cao-partijen over de arbeidsvoorwaarden; (c) tot op zekere hoogte is de mate van begrenzing arbitrair, zodat de burgerlijke rechter terughoudendheid past; (d) de afschaffing van de kortingsregeling leidt niet tot een 'gering effect' op de totale pensioenlasten, zodat niet kan worden gezegd dat de kortingsregeling niet noodzakelijk is.

6. Onderlinge vergelijking van de besproken uitspraken

6.1

Een vergelijking van de hierboven besproken uitspraken leidt tot de volgende bevindingen.

6.1.1

Bij alle uitspraken wordt er van uitgegaan dat de ter beoordeling voorgelegde kortingsregeling een indirect onderscheid in de zin van artikel 1 lid 1, sub c, WGB oplevert, en wordt vervolgens beoordeeld of er voor de betrokken kortingsregeling een objectieve rechtvaardiging als bedoeld in artikel 6 WGB bestaat.

6.1.2

Het hof 's-Hertogenbosch en het hof Amsterdam komen tot een verschillend oordeel over de objectieve rechtvaardiging voor de ter beoordeling voorgelegde kortingsregeling. De verklaring voor dit verschil moet hoofdzakelijk hierin worden gezocht dat het hof Amsterdam bij zijn beoordeling als doel van de kortingsregeling aanhoudt het begrenzen van de solidariteit meer in het algemeen, terwijl het hof 's-Hertogenbosch zijn oordeel vormt uitgaande van het meer specifieke doel van de voorgelegde kortingsregeling om tot begrenzing van de solidariteit te komen door 'sterfbedhuwelijken' tegen te gaan. Dit verschil in uitgangspunt vloeit met name hieruit voort dat voor de door het hof 's-Hertogenbosch beoordeelde kortingsregeling een aparte nadere voorwaarde voor toepassing van de korting gold, nl. dat het huwelijk binnen vijf jaren na de sluiting ervan tot een einde diende te zijn gekomen. Het hof 's-Hertogenbosch acht de objectieve rechtvaardiging voor de hem voorgelegde kortingsregeling te ontbreken niet zozeer omdat deze regeling niet aan de noodzakelijkheidseis voldoet, maar omdat zij niet aan de daaraan voorafgaande eis van geschiktheid voor het bereiken van het legitieme doel voldoet. Dit oordeel wordt algemeen gedeeld. Er ontbreekt daardoor ook een goede grond om te stellen dat er tussen het hof 's-Hertogenbosch en het hof Amsterdam een verschil van inzicht bestaat omtrent de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardiging als bedoeld in artikel 6 WGB voor de kortingsregeling en dat dat ongewenste onzekerheid oplevert.

6.1.3

Een verschil van beoordeling van de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardiging voor de (min of meer) zelfde kortingsregeling valt wel waar te nemen tussen de uitspraak van het hof Amsterdam en de diverse uitspraken van de CGB. Dat verschil betreft niet zozeer de vereisten van het legitieme doel en

van geschiktheid voor het bereiken van dat doel als wel het noodzakelijkheidsvereiste en dan meer in het bijzonder het daaronder ressorterende vereiste van proportionaliteit. In het verband van het proportionaliteitsvereiste onderzoekt de CGB steeds mede wat de financiële gevolgen zijn van het afschaffen van de kortingsregeling voor het betrokken pensioenfonds en de deelnemers van dat fonds. Acht de CGB die financiële gevolgen niet groot — welke conclusie wel eens wordt getrokken wegens onvoldoende stellingen dienaangaande van de zijde van het betrokken pensioenfonds — dan concludeert de Commissie dat niet aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan. Het hof Amsterdam verwerpt het verweer dat niet aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan, maar in de onderbouwing daarvoor in de — hierboven in 5.2.2 geciteerde — overweging 3.8.2 treft men geen beschouwingen aan over de financiële gevolgen van de afschaffing van de kortingsregeling. De verwerping van het verweer van X rust, kort weergegeven, op de volgende gronden:

- (a) de leeftijdskorting is een geschikt middel om het legitieme doel te bereiken van begrenzing van de solidariteit in verband met de kosten die verbonden zijn aan een groot leeftijdsverschil tussen een deelnemer en diens echtgenoot/partner;
- (b) de mate waarin de solidariteit wordt ingeperkt is tot op zekere hoogte arbitrair;
- (c) de kortingsregeling is het resultaat van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen cao-partners; mede daardoor past het de rechter terughoudend te zijn met een oordeel over de grenzen die een reglement in concreto aan de solidariteit stelt.
- (d) desgewenst kan er — ter compensatie van de aan de korting verbonden nadelen — een aanvullende verzekering ten behoeve van de (huwelijks)partner worden afgesloten.

Deze gronden passen bij en geven invulling aan de vereisten voor objectieve rechtvaardiging voor zover zij hieruit bestaan dat de tot een indirect onderscheid lijdende kortingsregeling een legitiem doel dient en ook geschikt is om dat doel te dienen. Zij maken echter niet duidelijk waarom de kortingsregeling bovendien noodzakelijk is. Met name gaat het hof niet in op de vraag of van het afschaffen van de kortingsregeling dient te worden afgezien vanwege de financiële gevolgen daarvan voor het betrokken pensioenfonds met het oog op de solidariteit tussen de gezamenlijke deelnemers van dat fonds. Blijkbaar acht het hof dat niet, althans niet steeds, een mee te wegen factor.

6.1.4

De Rechtbank 's-Gravenhage wijst de vordering tot buiten toepassing laten van de haar ter beoordeling voorgelegde kortingsregeling af daarbij ten aanzien van het noodzakelijkheidsvereiste gronden aanvoerend die een grote gelijkenis vertonen met de door het hof Amsterdam daartoe gebezigde gronden. Anders dan het hof weegt de rechtbank wel nog de omstandigheid mee dat er geen sprake van is dat de kosten van de afschaffing van de kortingsregeling een gering effect op de totale pensioenlasten van het betrokken pensioenfonds zullen hebben.

6.2

De onderlinge vergelijking van de besproken uitspraken brengt aan het licht dat bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging voor de kortingsregeling met name ten aanzien van het noodzakelijkheidsvereiste zich dit verschil van mening voordoet of in het kader van het noodzakelijkheidsvereiste in aanmerking zijn te nemen de effecten van de aan de afschaffing van de betrokken kortingsregeling verbonden kosten voor de totale pensioenlasten van het betrokken pensioenfonds en daarmee voor de solidariteit tussen de deelnemers aan dat fonds. Dit vraagpunt wordt in de navolgende klacht in cassatie aan de orde gesteld.

7. De klacht in cassatie

7.1

Gelet op met name hetgeen hierboven onder 6 naar voren is gebracht wordt tegen het hierboven besproken arrest van 31 augustus 2006 van het hof te Amsterdam de volgende klacht aangevoerd:

“Bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging voor het indirecte onderscheid, waartoe de hem voorgelegde kortingsregeling leidt, staat het hof in verband met de wettelijke noodzakelijkheidseis niet stil bij de vraag of de omvang van kosten, die resulteren uit een niet langer in stand houden van de kortingsregeling, gelet op de totale pensioenlasten van het betrokken fonds en in verband daarmee op de solidariteit binnen het betrokken pensioenfonds, wel of niet meebrengen dat handhaving van de kortingsregeling geboden is te achten. Hiermee geeft het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”

7.2

Ter toelichting op de klacht diene nog het volgende. Uit artikel 6 WGB volgt duidelijk dat voor het gerechtvaardigd kunnen achten van een indirect onderscheid uit een kortingsregeling niet voldoende is dat die regeling betrekking heeft op een legitiem doel en voor het bereiken van dat doel ook geschikt is. De regeling moet ook nog noodzakelijk zijn. Dat is niet reeds aan te nemen op de door het hof benadrukte gronden dat de kortingsregeling het resultaat is van het arbeidsvoorwaardenoverleg tussen de cao-partijen en dat het tot op zekere hoogte arbitrair is in welke mate de solidariteit dient te worden beperkt. Uit deze gronden kan wel volgen dat de kortingsregeling in beginsel aanvaardbaar of gerechtvaardigd is te achten maar nog niet dat deze ook noodzakelijk is. Dat laatste valt, zoals met name de CGB ook steeds voor het concrete geval onderzoekt, vast te stellen aan de hand van wat de financiële consequenties voor een pensioenfonds en daarmee voor de solidariteit binnen dat fonds zijn van een doen vervallen van de bij dit fonds vigerende kortingsregeling.^[15] Blijken die gevolgen niet (echt) significant te zijn, dan kan er niet gesproken worden van een noodzaak om de kortingsregeling te handhaven. Deze aanscherping van de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging past bij het in artikel 2 van de Grondwet en in verdragen vastgelegde beginsel van gelijke behandeling in gelijke gevallen, welk beginsel ook discriminatie wegens geslacht niet toelaat. Of de financiële consequenties van het doen vervallen van de kortingsregeling handhaving ervan wel of niet gebieden, valt niet in zijn algemeenheid aan te geven. Dat is naar de omstandigheden van het geval te beoordelen. De zojuist vermelde invulling van het noodzakelijkheidsvereiste brengt dus mee dat niet in algemene zin uitsluitel over het al dan niet gerechtvaardigd zijn van een kortingsregeling kan worden gegeven. Er resteert dienaangaande een zekere mate van onzekerheid.

8. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest maar onder de aantekening dat deze vernietiging geen wijziging brengt in de verhouding tussen de partijen, tussen wie het arrest is uitgesproken.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak CV 03-6422 van de kantonrechter te Amsterdam van 16 juni 2004;
- b. het arrest in de zaak met rolnummer 2133/04 van het Gerechtshof Amsterdam van 31 augustus 2006.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad beroep in cassatie ingesteld in het belang der wet. De voordracht tot cassatie van de Procureur-Generaal is aan dit arrest gehecht.

De vordering van de Procureur-Generaal strekt ertoe dat de Hoge Raad het bestreden arrest in het belang der wet zal vernietigen en zal verstaan dat deze vernietiging geen wijziging brengt in de verhouding tussen de partijen, tussen wie het arrest is uitgesproken.

3. Beoordeling van het middel

3.1

In dit cassatieberoep in het belang der wet kan worden uitgegaan van de volgende feiten en omstandigheden.

- (i) Jackl is gehuwd geweest met Ten Brink, die 23 jaar ouder was dan zij, en die gedurende zijn werkzame leven in dienst was bij ING. Uit dien hoofde was Ten Brink deelnemer bij het ING Pensioenfonds (hierna: het Pensioenfonds), en heeft hij rechten op een ouderdoms- en nabestaandenpensioen opgebouwd.
- (ii) In de toepasselijke pensioenreglementen was met betrekking tot het nabestaandenpensioen voorzien in een kortingsregeling voor het geval dat de echtgeno(o)t(e) of partner van de deelnemer meer dan tien jaren jonger zou zijn dan de deelnemer. In dat geval dient ingevolge deze regeling het nabestaandenpensioen aldus te worden berekend dat het bedrag van de uitkering waarop afgezien van dit leeftijdsverschil aanspraak zou bestaan, wordt verminderd door vermenigvuldiging van het zojuist bedoelde bedrag met een breuk waarvan de teller gelijk is aan 30 en de noemer gelijk aan het in jaren uitgedrukte leeftijdsverschil vermeerderd met 20.
- (iii) Het recht op een nabestaandenpensioen is voor Jackl ingegaan in maart 2000. Aan haar zijn sindsdien betalingen gedaan met toepassing van de zojuist vermelde kortingsregeling.
- (iv) Jackl heeft bij het Pensioenfonds bezwaar gemaakt tegen de toepassing van de korting op de grond dat de kortingsregeling een in de Wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) verboden indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen inhoudt. Het Pensioenfonds heeft dat standpunt van Jackl niet aanvaard.
- (v) De Commissie Gelijke Behandeling (hierna ook: de CGB) heeft desverzocht geoordeeld dat door de kortingsregeling in dit geval een ongeoorloofd indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen wordt gemaakt. Kort samengevat overwoog de CGB dat weliswaar met de

kortingsregeling een legitiem doel wordt gediend (namelijk dat wordt voorkomen dat een te groot beroep op de onderlinge solidariteit van de deelnemers wordt gedaan), en dat deze regeling een geschikt middel is om dit legitieme doel te bereiken (omdat daardoor de totale kosten voor het Pensioenfonds lager zijn dan zonder die korting het geval zou zijn geweest). Maar het Pensioenfonds is niet erin geslaagd aan te tonen dat het afschaffen van de kortingsregeling teveel zou vergen van de onderlinge solidariteit. Het heeft immers geen inzicht gegeven in het effect van de eventuele afschaffing van de kortingsregeling op de totale pensioenlasten.

3.2.1

In dit geding heeft Jackl, voor zover in cassatie van belang, gevorderd dat het Pensioenfonds wordt veroordeeld haar nabestaandenpensioen uit te betalen zonder toepassing van de kortingsregeling.

3.2.2

De kantonrechter heeft deze vordering afgewezen. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Samengevat weergegeven overwoog het als volgt. Als uitgangspunt kan dienen

- (a) dat de kortingsregeling indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen maakt in de zin van art. 1 lid 1, onder c, WGB;
- (b) dat die regeling tot doel heeft om de solidariteit tussen de deelnemers van het Pensioenfonds te begrenzen, welke begrenzing nodig is om het draagvlak van de collectieve pensioenvoorziening in voldoende mate in stand te houden;
- (c) dat dit doel gerechtvaardigd en niet discriminerend is, en
- (d) dat die regeling een geschikt middel is om dat doel te bereiken.

Daarom spitst de beoordeling zich erop toe of de kortingsregeling een noodzakelijk middel is om dat beroep op de onderlinge solidariteit te begrenzen. Daarbij komt het erop aan of die regeling in een evenredige verhouding staat tot het daarmee nagestreefde doel (proportionaliteit) en of dat doel ook kan worden bereikt met een ander middel dat niet of minder indirect discriminerend is (subsidiariteit).

3.2.3

Bij zijn beantwoording van deze vragen heeft het hof mede, in cassatie onbestreden, voorts geoordeeld:

- (e) dat deelnemers met een jongere (huwelijks)partner profiteren van die solidariteit doordat de actuariële waarde van het nabestaandenpensioen hoger is naarmate het leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar (huwelijks)partner groter is, en
- (f) dat de meerkosten van het tot uitkering komende nabestaandenpensioen gemiddeld 3% bedragen voor elk jaar dat de nabestaande jonger is dan de deelnemer.

(rov. 3.6.2 en 3.6.3 van het arrest van het hof).

3.2.4

Uitgaande van hetgeen hiervoor in (a)-(f) is aangehaald, overwoog het hof:

*3.8.2

Het hof verwerpt het argument van Jackl dat de leeftijdskorting niet noodzakelijk is omdat de kosten voortvloeiende uit de afschaffing van de leeftijdskorting in het niet vallen bij de omvang van het fonds en door het collectief gedragen kunnen worden. Het is gerechtvaardigd om de solidariteit te beperken met

betrekking tot de kosten die verband houden met een groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar partner. Het pensioenreglement, waarvan de thans bestaande leeftijdskortingsdeel uit maakt, is het resultaat van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen de cao-partijen. Gegeven de geschiktheid van de leeftijdskortingsdeel als middel om het gerechtvaardigde doel te bereiken en de omstandigheid dat het tot op zekere hoogte arbitrair is in welke mate de solidariteit wordt beperkt, past het de burgerlijke rechter terughoudend te zijn met een oordeel over de grenzen die het reglement in concreto aan de solidariteit stelt. Tegen deze achtergrond oordeelt het hof dat door de bestaande leeftijdskortingsdeel, waarbij de solidariteit ten aanzien van leeftijdsverschillen tot 10 jaar onverkort geldt en ten aanzien van grotere verschillen wordt beperkt, op evenwichtige en redelijke wijze het onredelijke voordeel dat verbonden is aan een groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar (huwelijks)partner ten laste wordt gebracht van degenen die het betreft. Diegenen kunnen ter zake desgewenst een aanvullende verzekering ten behoeve van hun (huwelijks)partner sluiten, zoals Ten Brink in 1994 ten behoeve van Jackl heeft gedaan.

3.8.3

De door Jackl aangedragen alternatieven zoals een afbouwregeling of een beperkte wachttijd zijn in vergelijking met de leeftijdskortingsdeel niet in mindere mate indirect discriminerend; ook die middelen leiden er toe dat in overwegende mate vrouwen worden geconfronteerd met lagere (of latere) periodieke uitkeringen. Het verschil met de leeftijdskortingsdeel is er vooral in gelegen dat die middelen de solidariteit in mindere mate beperken en derhalve minder geschikt zijn voor het beoogde doel.

3.8.4

Uit het voorafgaande volgt waarom het hof ten aanzien van de vraag of de leeftijdskortingsdeel noodzakelijk is afwijkt van het oordeel van de CGB, welk oordeel weliswaar gewichtig is maar niet bindend.”

3.3.1

Bij de beoordeling van het hiertegen door de Procureur-Generaal in het belang der wet aangevoerde middel wordt vooropgesteld dat ingevolge art. 1 lid 1, aanhef en onder c, WGB sprake is van indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen, indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, personen van een bepaald geslacht in vergelijking met andere personen bijzonder treft. Indirect onderscheid is ingevolge art. 6 WGB niet verboden als dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Onder ‘noodzakelijk’ is te verstaan dat die middelen voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

3.3.2

In dit licht heeft het hof terecht overwogen dat de beoordeling van dit geschil zich erop toespitst of de onderhavige regeling mede voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

3.3.3

Het hof heeft bij deze beoordeling gewicht toegekend aan de omstandigheid dat het pensioenreglement waarvan de kortingsregeling onderdeel uitmaakt, het resultaat is van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen cao-partijen. Het hof voegde hieraan toe dat het de burgerlijke rechter past terughoudend te zijn met

een oordeel over de grenzen die het reglement in concreto aan de solidariteit stelt. De kortingsregeling is een geschikt middel om het gerechtvaardigde doel van beperking van de solidariteit te bereiken, en voorts is het tot op zekere hoogte arbitrair in welke mate de solidariteit wordt beperkt, aldus nog steeds het hof.

3.3.4

Met dit oordeel heeft het hof miskend dat de rechter zich over de vraag of de kortingsregeling (mede) voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zelfstandig een oordeel dient te vormen en daarin alle relevante omstandigheden van het geval dient te betrekken. Gelet op het fundamentele belang van een gelijke behandeling naar geslacht, wordt de rechter bij die beoordeling, anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, niet beperkt door de in beginsel aan cao-partijen toekomende onderhandelingsvrijheid.

3.3.5

Voorts heeft het hof in dit kader ten onrechte in het midden gelaten of de kosten van afschaffing van de leeftijdskorting in het niet vallen bij de totale omvang van het fonds, zoals Jackl heeft gesteld. Het hof had van het Pensioenfonds moeten verlangen dat het aan de hand van door hem in het geding te brengen cijfers aantoonde dat het gemaakte onderscheid voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In aanmerking genomen dat het hof — terecht — mede tot uitgangspunt heeft genomen dat de kortingsregeling leidt tot het maken van indirect onderscheid in de zin van art. 1 lid 1, onder c, WGB (zie hiervoor in 3.2.2 onder (a)), volgt immers uit art. 6a WGB dat het Pensioenfonds dient te bewijzen dat voor het gemaakte onderscheid een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.

3.3.6

Het middel treft dus doel.

3.4.1

Overigens verdient nog opmerking dat uit de processtukken blijkt dat het Pensioenfonds, bij de behandeling van deze zaak door de CGB, onder meer heeft aangevoerd dat geen algemene uitspraken kunnen worden gedaan over de verhouding tussen de kosten van afschaffing van de kortingsregeling en de omvang van het desbetreffende fonds. Bij een grote collectiviteit zijn de effecten van afschaffing van de korting vaak relatief klein, maar bij een kleinere collectiviteit zijn deze effecten veel groter. Bovendien komen binnen sommige beroepsgroepen grote leeftijdsverschillen tussen de partners relatief vaak voor, aldus nog steeds het Pensioenfonds.

Bij de beoordeling of een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat voor een op zichzelf vaststaand indirect onderscheid in de zin van art. 1 lid 1, onder c, WGB, zijn dergelijke algemene gezichtspunten echter niet van belang. Het komt aan op de feiten en omstandigheden van het concrete geval.

3.4.2

In dit geding heeft het Pensioenfonds voorts aangevoerd dat afschaffing van de kortingsregeling voor hem zou leiden tot een eenmalige kostenverhoging van circa € 10.000.000, en verder tot een jaarlijkse kostenverhoging van € 1.000.000. Met dergelijke globale en niet onderbouwde cijfers — die overigens door Jackl zijn betwist — voldoet het Pensioenfonds echter niet aan de op hem rustende bewijslast. Daarbij komt nog dat die cijfers niet zijn gerelateerd aan de totale omvang van het fonds en dat evenmin

een berekening is overgelegd van de mate waarin de pensioenpremie van de deelnemers zou stijgen door afschaffing van de kortingsregeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt in het belang der wet het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 31 augustus 2006; verstaat dat deze beslissing geen nadeel toebrengt aan de rechten door partijen verkregen.

Noot

Auteur: M. Heemskerck

1

Dit arrest van de Hoge Raad over de korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil tussen partners is niet alleen een 'must read' voor pensioenprofessionals maar verplichte kost voor iedereen die te maken heeft met de beoordeling van discriminatie. In deze ook in *JAR* 2016/41 door Vegter geannoteerde uitspraak casseert de Hoge Raad in het belang der wet het arrest van het Hof Amsterdam uit 2006. Daarin achtte het Hof een korting van het nabestaandenpensioen bij een groot leeftijdsverschil tussen partners in het ING-pensioenreglement niet discriminatoir voor vrouwen maar objectief gerechtvaardigd.

Belang voor discriminatietoetsing en korting nabestaandenpensioen

2

Het arrest is mijns inziens een verduidelijking van de wijze waarop de rechter vermeende discriminatie op grond van een wettelijke discriminatiegrond zoals geslacht en leeftijd moet beoordelen. Bovendien is het arrest van belang voor de steeds in wisselende rechtspraak terugkerende vraag of zo'n korting van het nabestaandenpensioen bij een groot leeftijdsverschil vrouwen discrimineert, al reteren na dit arrest nog meerdere vragen.

3

Een aantal pensioenreglementen bevat — net als de litigieuze bepaling uit het ING-pensioenreglement van dit arrest — een bepaling waarbij het nabestaandenpensioen van een veel jongere partner wordt gekort met een percentage (bijvoorbeeld 3% voor elk jaar >10 jaar leeftijdsverschil). Dat kan indirect onderscheid naar geslacht opleveren omdat er statistisch gezien meer vrouwen met een korting van het nabestaandenpensioen worden geconfronteerd. Volgens het CBS (Statline) zijn er namelijk meer mannen met een (aanzienlijk) jongere vrouwelijke partner dan andersom. Is er indirect onderscheid naar geslacht, dan moet dat onderscheid objectief gerechtvaardigd worden door een legitiem doel, dat passend (doelmatig) en noodzakelijk (proportioneel en subsidiair) is. Ik stip slechts aan dat er eveneens wisselende rechtspraak is over de vraag of de korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil leeftijdsdiscriminatie vormt.

Geen uitspraak over het ontlopen van de discriminatietoets

4

Zowel de conclusie als het arrest gaan er van uit dat er bij de korting van het nabestaandenpensioen sprake is van indirect onderscheid naar geslacht dat objectief gerechtvaardigd moet worden. Daardoor wordt helaas niet ingegaan op de belangwekkende vraag of een werkgever of pensioenuitvoerder zich kan disculperen door met behulp van statistieken aan te voeren dat uit het deelnemersbestand blijkt dat er niet overwegend meer vrouwen worden gekort dan mannen. In dat geval is er geen (indirect) onderscheid en geen discriminatie. Een objectieve rechtvaardiging is dan niet vereist. Dat oordeel is van groot juridisch gewicht.

5

In 2012 wees het College voor de Rechten van de Mens (CRM) de statistisch onderbouwde stelling af van een pensioenverzekeraar dat in zijn deelnemersbestand onvoldoende correlatie was om indirect onderscheid vast te stellen (CRM 2012-6, *PJ* 2012/80). Op 15 juli 2015 oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland (*PJ* 2015/144) dat geen sprake was van indirect onderscheid naar geslacht omdat uit de correlatietoets bleek dat de kortingsregeling binnen het deelnemersbestand van het huisartsenpensioenfonds niet leidde tot een (significant) onderscheid naar geslacht. Ook in het arrest van het Hof 's-Gravenhage van 9 juni 2015 *PJ* 2015/119 worden kanttekeningen geplaatst bij de 'zekerheid' van indirect onderscheid naar geslacht. Deze rechtsvraag is na dit arrest dus nog niet beslist en leidt wellicht tot verdere jurisprudentie.

De wisselende rechtspraak

6

Over de vraag of de korting vrouwen discrimineerde of objectief gerechtvaardigd was, is de rechtspraak verdeeld. Zo werd de ABP-regeling op dat punt discriminatoir bevonden door het Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, *PJ* 2005/135. Volgens de vaste oordelenlijn van het College voor de Rechten van de Mens (CRM) is de korting eveneens discriminatoir (CRM 12 januari 2012, *PJ* 2012/80). De korting door het pensioenfonds Waterbouw (Hof 's-Gravenhage 9 juni 2015, *PJ* 2015/119) en het ING pensioenfonds werd toelaatbaar geacht (Hof Amsterdam 31 augustus 2006, *PJ* 2006/119). Die laatste uitspraak is nu gecasseerd. Aangezien het een cassatie in het belang der wet betreft, brengt deze uitspraak geen nadeel toe aan het ING Pensioenfonds (art. 78 lid 1 jo. 7 Wet RO).

Discriminatie, tenzij

7

Dit arrest benadrukt het 'discriminatie, tenzij' karakter en de eis dat een rechter dat zelfstandig toetst en desnoods cijfers opvraagt. Zijn er feiten die onderscheid naar geslacht kunnen doen vermoeden dan moet de werkgever en pensioenuitvoerder bewijzen dat er een objectieve rechtvaardiging is voor dat onderscheid (artikel 6a WGB). Het lijkt er op dat die bij het CRM

gangbare actievere houding bij toetsing van discriminatie eveneens van de rechter wordt verlangd: 'Het Hof had van het Pensioenfonds moeten verlangen dat het aan de hand van door hem in het geding te brengen cijfers aantoonde dat het gemaakte onderscheid voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.' Globale, niet onderbouwde en betwiste cijfers voldoen niet (vergelijk HvJ EG 13 juli 1989, C-171/88, Jur. 1989, I-2743 (*Rinner*)).

Geen eendoordeel over discriminatoir karakter korting nabestaandenpensioen

8

Het arrest betekent (nog) geen einde aan de jurisprudentie over de korting van het nabestaandenpensioen. Bij de korting van het nabestaandenpensioen wegens een leeftijdsverschil wordt als legitiem doel stevast begrenzing van de solidariteit genoemd en in mindere mate het voorkomen van sterfbedhuwelijken. De bottleneck zit meestal in de beoordeling van de noodzakelijkheid: hoe verhoudt de korting zich tot het doel (proportionaliteit) en is er een reëel alternatief (subsidiariteit).

9

Het Hof Amsterdam had zich bij de beoordeling van de noodzakelijkheid terughoudend opgesteld en gewicht toegekend aan het feit dat het ging om in het pensioenreglement vastgelegde arbitraire solidariteitsgrenzen die het resultaat waren van collectieve onderhandelingen. De Hoge Raad roept een halt toe aan de terughoudende opstelling van de rechter bij oordelen over arbitraire solidariteitsgrenzen die het resultaat zijn van collectieve onderhandelingen (hier: het pensioenreglement).

De juridische waarde van instemming van sociale partners

10

Afgesproken discriminatie is ook discriminatie (vergelijk HvJ EG 7 februari 1991, *NJ* 1993/171 (*Nimz*)). Afwijking bij cao is niet toegestaan. Tegelijkertijd blijkt uit (inter)nationale rechtspraak dat een rechter rekening *kan* houden bij de beoordeling of sprake is van discriminatie met het feit dat er een groot draagvlak is of dat de afspraak het gevolg is van collectieve onderhandelingen (HvJ EG 31 mei 1995, *NJ* 1996/67 (*Royal Copenhagen*); HR 13 juli 2012, *NJ* 2012/547 (*KLM*)). Die verschillende vertrekpunten zijn te verenigen indien de rechter eerst vaststelt dat hij zich (aan de hand van cijfers) een oordeel kan vormen over de proportionaliteit en subsidiariteit en bij die beoordeling vervolgens rekening houdt met de rol van sociale partners, het draagvlak en de collectieve onderhandelingen. Het CRM hanteert die lijn van een terughoudende toetsing wegens de aanwezigheid van sociale partners ook bij de beoordeling van leeftijds onderscheid in sociale plannen en levensfasebewust personeelsbeleid (CGB Advies 2006/4, CGB 2007-97 en 98). Ook voor die beoordeling lijkt mij dit arrest van 18 december 2015 relevant, gegeven de eis van een zelfstandige kritische toetsing.

De gevolgen van het arrest

11

Lees ik het goed, dan gaat het arrest er vanuit dat er bij globale of niet specifieke cijfers onvoldoende juridische ruimte is om sociale partners zelf de grenzen te laten trekken. De rechter moet zelfstandig, aan de hand van cijfers, de proportionaliteit en subsidiariteit (kunnen) toetsen. Werkgevers en pensioenuitvoerders moeten er bij discriminatiekwesties rekening mee houden dat rechters na dit arrest (meer) bewijs en cijfers eisen omdat ze zelfstandig de proportionaliteit en subsidiariteit moeten toetsen. Partijen moeten hun stellingen onderbouwen, in voorkomende gevallen met cijfers. Met name van de partij die 'verdacht' wordt van discriminatie wordt onderbouwing verlangd om te bewijzen dat er een rechtvaardiging is voor het onderscheid.

12

De uitspraak kan leiden tot een revival van claims van vrouwen wier nabestaandenpensioen in het verleden is gekort of voor wie de kortingsbepaling van toepassing is. Wie na dit arrest concludeert dat de korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil vrouwen discrimineert gaat te kort door de bocht. De Hoge Raad heeft met name kritiek op de terughoudende wijze waarop de onderbouwing van de objectieve rechtvaardiging door het Hof is *getoetst*. De uitkomst van die toets blijft onzeker. Na deze uitspraak kan een betere cijfermatige onderbouwing en de vereiste zelfstandige toetsing nog steeds meebrengen dat de korting geen discriminatie vormt. Bij onvoldoende (cijfermatige) onderbouwing zal de rechter eerder tot het oordeel discriminatie komen.

13

Onbeantwoord blijft hoe de rechter inhoudelijk oordeelt over de proportionaliteit en subsidiariteit. Waarom is de korting van het nabestaandenpensioen bij een groot leeftijdsverschil noodzakelijk en proportioneel. De bewijslast rust op werkgever en pensioenuitvoerder. Moet het nadeel van de korting worden afgewogen ten opzicht van de totale pensioenlasten of een vereiste premieverhoging? De lijn van het CRM is dat het nadeel voor de kleine groep veel groter is (disproportioneel). Of de rechter die lijn moet volgen blijkt niet uit het arrest, al lijkt de bewijslastverdeling aangescherpt. Ook ten aanzien van de subsidiariteit blijven vragen over. Waarom ligt de grens bij 10 jaar leeftijdsverschil? Is een lagere korting (1%) een minder groot leeftijdsverschil (5 jaar?) of een actuair juistere hoogte niet een beter alternatief waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt?

14

De bredere betekenis van het arrest zie ik in de zelfstandig vereiste rechterlijke toetsing en een actieve rol daarbij om te oordelen over de dunne grens tussen onderscheid en discriminatie.

Voetnoten

[1.]

Zie voor nadere beschouwingen over het thema gelijke behandeling van mannen en vrouwen (in het kader van een arbeidsverhouding) J. Van Drongelen/W.J.P.M. Fase/S.F.H. Jellinghaus, *Individueel arbeidsrecht*, deel 2, 2013, hoofdstuk 4.

[2.]

Zie in verband met deze vereisten nader J. Van Drongelen/W.J.P.M. Fase/S.F.H. Jellinghaus, *Individueel arbeidsrecht*, deel 2, 2013, nr. 4.2.3.1.

[3.]

Een gelijksoortige regeling treft men ook aan in artikel 7:646 BW en in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs, *Stb.* 2004, 30.

[\[4.\]](#)

De regeling met betrekking tot pensioenvoorzieningen is bij Wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen van 12 maart 1998, *Stb.* 1998, 187 en de Wet tot wijziging van de wet van 12 maart 1998, *Stb.* 1998, 187, *Stb.* 1998, 188 in de WGB opgenomen. Er is terugwerkende kracht tot 17 mei 1990 aan toegekend. Van die datum is het *Barber*-arrest van het Hof van Justitie te Luxemburg (*NJ* 1992/436), waarin is beslist dat vanaf die datum mannen en vrouwen recht hebben op gelijke behandeling bij pensioenen.

[\[5.\]](#)

Het College is ingesteld bij Wet van 24 november 2011, *Stb.* 2011, 573.

[\[6.\]](#)

De uitspraak is gepubliceerd in *PJ* 2003/102 en besproken door J.M. van Riemsdijk in een annotatie in *PJ* 2003/103.

[\[7.\]](#)

De onderlinge solidariteit ziet hierop dat kosten, die verbonden zijn aan een individuele pensioentoezegging maar niet ten volle worden afgedekt met de voor die individuele toezegging betaalde en/of te betalen premie, mede gedragen worden door de andere deelnemers van het pensioenfonds. Dat betaalde en/of te betalen premies de aan een individuele pensioentoezegging verbonden kosten niet voldoende afdekken kan hiervan het gevolg zijn dat zich bij die individuele pensioentoezegging bijzondere kostenverhogende omstandigheden voordoen, waarmee bij de bepaling van de voor die individuele pensioentoezegging verschuldigde premie niet of niet ten volle rekening is gehouden. De solidariteit maakt het mogelijk dat alle deelnemers van een pensioenfonds een pensioenvoorziening tegen een aanvaardbare premie kunnen opbouwen.

[\[8.\]](#)

De CGB ziet ook onder ogen of het voorkomen van 'sterfbedconstructies' met de kortingsregeling valt aan te merken als een legitiem doel. Dat acht de Commissie het geval, maar de Commissie oordeelt vervolgens dat de kortingsregeling geen geschikt middel is om dat doel te bereiken.

[\[9.\]](#)

Van meer recente datum zijn de volgende uitspraken: CGB 25 juni 2009, ECLI:NL:XX:2009:BM7651, *PJ* 2009/167, mede besproken in de annotatie van E. Lutjens in *PJ* 2009/166; CGB 15 december 2011, ECLI:NL:XX:2011:BV6805, *PJ* 2012/46, m.nt. W.P.M. Thijssen; CBG 12 januari 2012, ECLI:NL:XX:2012:BX2701, *PJ* 2012/80.

[\[10.\]](#)

Zie Pleitaantekeningen van mr. E.J. Henrichs, sub 30 jo. de conclusie van dupliek sub 44.

[\[11.\]](#)

Het doel van de kortingsregeling om de solidariteit te begrenzen wordt nog in die zin nader uitgewerkt dat als meer specifiek doel van de kortingsregeling wordt genoemd het tegengaan van 'sterfbedhuwelijken'. De vraag of de kortingsregeling voor het bereiken van dat doel geschikt en noodzakelijk is, laat het hof onbesproken.

[\[12.\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6564, *RAR* 2006/18, *PJ* 2005/135.

[\[13.\]](#)

Rechtbank Den Haag 23 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3286, *PJ* 2014/35, m.nt. M. Heemskerk.

[\[14.\]](#)

ECLI:NL:XX:2011:BV6805, *PJ* 2012/46, m.nt. W.P.M. Thijssen.

[\[15.\]](#)

Instemming met deze benadering betuigt J.M van Riemsdijk in zijn annotatie in *PJ* 2003/103, met name sub 8 en 9.