

‘Uitsluiting van pensioen wegens leeftijdsverschil’

Reactie op de bijdrage Europees recht in de rubriek Actueel

Mr. drs. M. Heemskerk en prof. dr. E. Lutjens, datum 01-01-2009

Datum	01-01-2009
Auteur	Mr. drs. M. Heemskerk en prof. dr. E. Lutjens ^[1]
Vakgebied(en)	Sociale zekerheid algemeen (V) Arbeidsrecht (V)

Graag reageren wij op de bijdrage van mevrouw Hermans^[2]. Zij bespreekt het Bartsch-arrest van het HvJ EG van 23 september 2008, nr. C-427/06^[3], waarin het gaat om de vraag of de uitsluiting van nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil tussen levenspartners strijdig is met een in het gemeenschapsrecht verankerd verbod van discriminatie op grond van leeftijd. Het HvJ EG beantwoordt die vraag ontkennend. Hermans merkt op dat deze uitspraak voor Nederland interessant is, omdat de uitsluiting van het recht op nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil ook in Nederlandse pensioenregelingen voorkomt. Bij ons weten komen uitsluitingen niet voor in Nederland. Wel zijn er pensioenregelingen die bij een groot leeftijdsverschil kortingen op het nabestaandenpensioen toepassen. Hermans concludeert dat het gemeenschapsrecht geen soelaas biedt om de uitsluiting van nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil aan te vechten. Wij nemen aan dat haar conclusie ook geldt voor de door ons genoemde korting. Die conclusie is volgens ons echter onjuist.

Wel toetsing aan verbod leeftijdsonderscheid

Het HvJ EG diende in het Bartsch-arrest de vraag te beantwoorden of het leeftijdsverschilbeding strijdig is met art. 13 EG-Verdrag of Richtlijn 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.^[4] De bepalingen in deze richtlijn terzake leeftijdsdiscriminatie dienden uiterlijk op 2 december 2006 in de nationale rechtsorde ten uitvoer gelegd te zijn.^[5] De heer Bartsch was evenwel vóór deze datum overleden. Het Hof oordeelde kort gezegd dat het gemeenschapsrecht geen verbod van leeftijdsdiscriminatie inhoudt vóór het verstrijken van de in de richtlijn gestelde uitvoeringstermijn. Daarom was in deze casus geen toetsing aan enig verbod van leeftijdonderscheid mogelijk.

Inmiddels is de termijn voor tenuitvoerlegging van Richtlijn 2000/78 verstreken. Het verbod van leeftijdsdiscriminatie is in Nederland vanaf 1 mei 2004 verankerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL).^[6] Dat betekent dat een leeftijdsverschil vanaf 1 mei 2004 onder de WGBL valt en aan het in die Wet vastgelegde verbod tot leeftijdonderscheid moet worden getoetst. Tevens is hiermee de weg naar toetsing aan het uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verbod van leeftijdsdiscriminatie geopend.

Ook toetsing aan verbod onderscheid naar geslacht

Tevens biedt en bood het gemeenschapsrecht ook voor 2 december 2006 en 1 mei 2004 al mogelijkheden om een korting op (of uitsluiting van) nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil te toetsen. Het verbod van discriminatie op grond van geslacht biedt daarvoor het kader. In de regel zijn er namelijk – zonder dat wij daar een waardeoordeel aan verbinden – meer mannen dan vrouwen met een aanmerkelijk jongere partner. Daarom worden er meer vrouwen getroffen door een korting op (of uitsluiting van) het nabestaandenpensioen dan mannen. Het hiermee aanwezige indirecte onderscheid naar geslacht is alleen toegestaan wanneer daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat (art. 7:646 lid 6 BW). De vraag of het leeftijdsverschilbeding gerechtvaardigd is, heeft geleid tot een reeks van oordelen van de Commissie gelijke behandeling (CGB),^[1] terwijl ook de civiele rechter zich meermalen over de materie heeft gebogen met overigens geen eenduidige uitkomst. Het Hof 's-Hertogenbosch^[8] oordeelde dat een korting van 3% van het nabestaandenpensioen voor elk jaar dat het leeftijdsverschil meer dan tien jaar bedraagt discriminatoir was. Het Hof Amsterdam^[9] achtte een overeenkomstige korting als middel om de solidariteit binnen de pensioenregeling te bewaken objectief gerechtvaardigd.^[10]

Conclusie

Anders dan Hermans concluderen wij dat het leeftijdsverschilbeding wel en zelfs langs twee wegen aanvechtbaar is. Voor zowel de toetsing aan leeftijdsonderscheid als onderscheid naar geslacht geldt dat er sprake kan zijn een objectieve rechtvaardiging. Of daarvan sprake is, vergt een beoordeling van de concrete omstandigheden betreffende de pensioenregeling.

Voetnoten

^[1]

Mr. drs. M. Heemskerk is onderzoeker Pensioenrecht te Amsterdam (VU) en advocaat te Amsterdam. Prof. dr. E. Lutjens is hoogleraar pensioenrecht te Amsterdam (VU) en advocaat te Amsterdam.

^[2]

K.H. Hermans, 'Uitsluiting van pensioen wegens leeftijdsverschil', *TRA* 2009, 9.

^[3]

Gepubliceerd in *JAR* 2008/319, *NJ* 2008, 621, *PJ* 2009, 1.

^[4]

Richtlijn van 27 november 2000, *PbEG* L 303.

^[5]

Art. 18 Richtlijn 2000/78. De basistermijn voor tenuitvoerlegging eindigde op 2 december 2003, maar voor leeftijdsonderscheid konden lidstaten die termijn met drie jaar oprekken. Duitsland heeft van die uitstelmogelijkheid gebruikt gemaakt.

^[6]

Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 30.

^[7]

CGB 1998-93, CGB 2000-87, *PJ* 2001, 47; CGB 2001-24, *PJ* 2001, 48; CGB 2002-36, *PJ* 2002, 79 met noot E. Lutjens; CGB 2003-58, *PJ* 2003, 102; CGB 2003-59, *PJ* 2003, 103 met noot J.M. Van Riemsdijk.

[8]

Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, *PJ* 2005, 135 (*ABP*). Eerste aanleg Ktr. Heerlen 24 maart 2004, *PJ* 2004, 86 met noot R.C.A.M. Langemeijer. Voor de goede orde zij hier vermeld dat Lutjens deze zaak als advocaat voor het pensioenfonds heeft behandeld.

[9]

Hof Amsterdam 31 augustus 2006, *PJ* 2006, 199 (*ING*) met noot L. Blom. Eerste aanleg Ktr. Amsterdam 16 juni 2004, *PJ* 2004, 112 met noot E. Lutjens.

[10]

Zie nader M. Heemskerk, 'Gelijke Behandeling', in: E. Lutjens (red), *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008.