

tegen het oordeel van het hof dat in de pensioenregeling geen onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt en de overige klachten van onderdeel 2 (gericht tegen het oordeel van het hof dat het middel passend en noodzakelijk is voor het nastreven van het eerste legitieme doel) bestaat daarom geen belang.

3.5. Onderdeel 3 bevat alleen klachten die voortbouwen op de eerste twee onderdelen en deelt het lot van die onderdelen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– verwerpt het beroep;
– veroordeelt NPB en VBM in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ABP begroot op € 865,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien NPB en VBM deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

NOOT

1. Deze uitspraak is verplichte kost voor iedere jurist die te maken heeft met leeftijds onderscheid. De Hoge Raad laat zich na het NXP-arrest (HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:647, «JAR» 2019/127) opnieuw uit over de manier waarop leeftijds onderscheid getoetst moet worden. Hij maakt duidelijk dat degene die leeftijds onderscheid maakt de objectieve rechtvaardiging weliswaar moet onderbouwen maar dat dit niet altijd met cijfers hoeft. In deze noot bespreek ik onder meer (a) de noodzaak van cijfermatige onderbouwing en (b) hoe bepaald moet worden of sprake is van leeftijds onderscheid (vergelijkbaarheid/referentiegroep). Daarnaast bespreek ik het feit dat de Hoge Raad anders dan A-G Drijber het onderscheid objectief gerechtvaardigd acht.

2. Inzet van de zaak was een gunstige bepaling in het ABP-pensioenreglement voor ex-werknemers met een ontslag- of werkloosheidsuitkering. Hun pensioenopbouw werd ondanks het eindigen van hun arbeidsovereenkomst voortgezet tot aan hun pensionering. Tussen 2006 tot 2015 werd die voortzetting gestopt wanneer de ex-werknemer 62 jaar werd. Het CRM oordeelde in 2016 dat pensioenfonds ABP daarmee verboden leeftijds onderscheid maakte (CRM 2016-125).

3. Via prorogatie legden ABP en de vakbonden de zaak voor aan Hof Amsterdam. Dat hof oordeelde dat (1) er geen leeftijds onderscheid was en (2) eventueel leeftijds onderscheid objectief gerechtvaardigd was. De Hoge Raad vindt het oordeel van het hof, dat eventueel leeftijds onderscheid objectief gerechtvaardigd is, niet onbegrijpelijk. Daarom komt hij niet toe aan bespreking van de cassatieklacht dat er leeftijds onderscheid was.

4. Het meest in het oog springende onderdeel van de uitspraak is dat ABP de objectieve rechtvaardiging voor de leeftijdsgrens bij 62 jaar – een evenwichtige en betaalbare pensioenregeling – niet cijfermatig hoefde te onderbouwen.

5. De Hoge Raad nuanceert daarmee het arrest over de korting van het nabestaandenpensioen wegens een groot leeftijdsverschil (HR 18 december 2015, «JAR» 2016/41, NJ 2016/170). In die zaak stelde het pensioenfonds dat het noodzakelijk was om grenzen te stellen aan de solidariteit. De Hoge Raad oordeelde dat het hof van het Pensioenfonds had moeten verlangen dat het aan de hand van door hem in het geding te brengen cijfers aantoonde dat het gemaakte onderscheid voldeed aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De rechter had dat zelfstandig moeten toetsen. Het mocht niet volstaan met een terughoudende toets omdat sprake was van een collectieve afspraak.

6. In de ABP-zaak nuanceert de Hoge Raad die lijn. In navolging van A-G Drijber oordeelt de Hoge Raad dat cijfermatige onderbouwing niet altijd nodig is om de noodzakelijkheid van leeftijds onderscheid te onderbouwen. Dat hangt onder meer af van de aard van het legitieme doel en of partijen zich hebben beroepen op argumenten die vergen dat degene die het onderscheid naar leeftijd heeft gemaakt, een cijfermatige onderbouwing verstrekt. Als voorbeeld van dat laatste verwijst de Hoge Raad naar eerdergenoemde zaak over de korting van het nabestaandenpensioen. Daarin had de advocaat gesteld dat de kosten van afschaffing van de leeftijds korting in het niet vielen bij de totale omvang van het fonds. In reactie daarop had het Pensioenfonds nadere gegevens moeten verstrekken over die kosten.

7. Cijfermatige onderbouwing bij de noodzakelijkheidstoets is dus geen automatische voorwaarde. De aangevoerde reden voor het leeftijds onderscheid (legitiem doel) en de argumenten van partijen bepalen of cijfermatige onderbouwing nodig is. Dat is voor advocaten bij de formule-

ring van argumenten in de processtukken en voor rechters bij de beoordeling goed om voor ogen te houden.

8. De Hoge Raad spreekt zich helaas niet uit over de vraag of de door de vakbonden bestreden bepaling inzake stopzetting van de pensioenopbouw leeftijdsonderscheid was. Die vraag is wel relevant omdat zonder leeftijdsonderscheid er geen verboden leeftijdsonderscheid is. Zonder onderscheid is geen objectieve rechtvaardiging vereist. Deze zaak toont aan dat het vaststellen van de aan- of afwezigheid van (leeftijds)onderscheid niet eenvoudig is.

9. Volgens het CRM maakte ABP leeftijdsonderscheid. Betrokkene had een ontslaguitkering en bouwde in de periode tot 2015 geen pensioen op omdat deze opbouw stopte bij het bereiken van de 62-jarige leeftijd. Ex-werknemers met een ontslaguitkering die jonger waren dan 62 jaar bouwden wel pensioen op.

Het hof overwoog dat deze vergelijking van referentiegroepen van het CRM onjuist was. Alle ex-werknemers hadden recht op voortgezette pensioenopbouw tot 62 jaar. De eindleeftijd van 62 jaar gold voor iedereen. Daarom was er geen onderscheid.

10. A-G Drijber concludeerde op grond van Europese rechtspraak (o.a. Palacios, Prigge, Fuchs) dat ABP leeftijdsonderscheid maakte. ABP maakte onderscheid tussen ex-werknemers met een ontslaguitkering die jonger waren dan 62 jaar (voortzetting pensioenopbouw) en ex-werknemers met een ontslaguitkering van 62 jaar en ouder (geen voortzetting pensioenopbouw). Dat is en blijft leeftijdsonderscheid. Dat jongeren vanzelf ouder worden, maakt dat niet anders. Dat betoog van de A-G klinkt logisch. Wie nu oud is, was eens jong. Onzeker is of wie nu jong is, ook oud wordt. Nog meer onzeker is of dan dezelfde voorwaarden gelden als nu.

11. Opmerkelijk is dat A-G Drijber meende – anders dan de Hoge Raad – dat het hof de objectieve rechtvaardigingstoets niet goed had toegepast. Volgens hem had het hof bij de noodzakelijkheidstoets nagelaten een belangenafweging te maken en is op essentiële stellingen niet gerespondeerd (r.o. 5.19 en 5.20). Zo hadden de vakbonden gemotiveerd betwist dat de leeftijdsgrens van 62 jaar er toe leidde dat ex-werknemers met een ontslaguitkering werden gelijkgeschakeld aan andere deelnemers. Het hof had niet getoetst of de leeftijdsgrens van 62 jaar de

belangen buitensporig aantastte en of er een minder vergaand alternatief denkbaar was. Daarom moest de passendheid en noodzakelijkheids-toetsing van hem opnieuw.

12. Ik vraag mij af of de maatstaf bij de noodzakelijkheidstoets van A-G Drijber niet ongelukkig verwoord is. Hij heeft het bij de noodzakelijkheidstoets over toetsing of de doelstelling niet op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen of die buitensporig aantast (r.o. 5.20). Ik meen dat de werkgever/pensioenuitvoerder moet aantonen dat het leeftijdsonderscheid proportioneel is (art. 7 WGBLA). Termen als *excessive burden* bij inbreuk van eigendomsrechten. Dat is volgens mij niet hetzelfde als de proportionaliteitstoets.

13. De Hoge Raad maakt niet duidelijk waarom hij afwijkt van de conclusie van de A-G. Weliswaar overweegt hij dat ABP niet heeft volstaan met algemene verklaringen om te onderbouwen dat zij een legitiem doel heeft, zijnde het treffen van een evenwichtige en betaalbare pensioenregeling voor (gewezen) werknemers en pensioengerechtigden, maar die overwegingen haalde de HR aan met het oog op de niet noodzakelijke cijfermatige onderbouwing. Waarom de Hoge Raad anders dan de A-G vindt dat het middel passend en noodzakelijk is en het hof de belangenafweging goed (althans niet onbegrijpelijk) heeft toegepast, lees ik niet terug. Mijns inziens maakt dat de beoordeling van de toetsing moeilijk controleerbaar. Het is te hopen dat de Hoge Raad een volgende keer een uitgebreidere toets toepast, althans zo'n afwijking van de A-G motiveert.

prof. mr. drs. M. Heemskerck
advocaat/partner bij Held Advocaten in Amsterdam