

PensioenJurisprudentie 2010/176

Annotatie bij het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie d.d. 26 september 2013 (HvJEU, zaak C-476/111; 'Kristensen/Experian A/S') door M.J.C.M. van der Poel

*Mr. M.J.C.M. van der Poel is promovenda Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam,
Expertisecentrum Pensioenrecht en advocaat bij EPB-law*

Kernvraag

1. De kernvraag die in dit arrest van het HvJEU ter beantwoording voor ligt is de volgende. Valt de leeftijdsgerelateerde, progressief stijgende werkgeversbijdrage aan een bedrijfspensioenregeling onder één van de uitzonderingen op het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid van artikel 6 lid 2 van Richtlijn 2000/78/EG (de "Richtlijn")? Het Hof oordeelt kort gezegd dat het gemaakte onderscheid niet onder deze uitzonderingsgronden valt en derhalve alleen toelaatbaar is indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden, zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 van de Richtlijn.

Het belang van het arrest

2. Het Kristensen/Experian-arrest van het HvJEU is een belangwekkend arrest voor Nederland en vele andere EU-lidstaten. Het betreft de uitleg van artikel 6 lid 2 van de Richtlijn. In dit artikel is omschreven welke inbreuken op het verbod van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid zijn toegestaan in pensioen- en invaliditeitsregelingen. Het is de eerste keer dat het Hof zich uitlaat over het aantal zelfstandige uitzonderingsgronden in artikel 6 lid 2 en de wijze waarop de genoemde uitzonderingen op het verbod van leeftijdonderscheid in onderlinge samenhang moeten worden gelezen. Van groot belang voor Nederland zijn de overwegingen van het Hof waaruit naar voren komt, dat het toegestane gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen als bedoeld artikel 6 lid 2 beperkter is dan tot op heden werd aangenomen.
3. In het algemeen wordt in Nederland aangenomen dat artikel 6 lid 2 van de Richtlijn drie uitzonderingen op het verbod van leeftijdonderscheid toelaat, die ook afzonderlijk als zodanig in de Nederlandse uitvoeringswet, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid ("Wgbla") zijn gecodificeerd. Deze drie uitzonderingen zijn: 1) de toetredingsleeftijd, 2) de pensioenleeftijd (artikel 8 lid 2 Wgbla) en 3) verschillen op grond van actuariële berekeningen (artikel 8 lid 3 Wgbla). De laatste is uitdrukkelijk aangemerkt als een derde, afzonderlijke uitzondering, mede gelet op de plaatsing in een apart lid van artikel 8 Wgbla.¹

¹ Zie voor literatuur en rechtspraak, waarin het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen als derde uitzonderingsgrond wordt beschouwd: de vaste oordelenlijst van het CRvM, waaronder CRvM oordelen 2007-146, en oordelen 2004-51 en 52 (PJ 2004/88 en 89); zie ook M. Heemskerk in E. Lutjens, *Analyse en Commentaar Pensioenwet*, Kluwer: Deventer 2013, p. 500-503; E. Lutjens en M. Heemskerk, *Leeftijdonderscheid bij werknemerspremies: actuariel toegeestaan of verboden verschil in beloning*, TPV 2005-3 en M.D. Vis, *De Commissie gelijke behandeling neemt de pensioenregeling onder vuur!*, AR 2004, 56.

4. Uit het arrest van het Hof blijkt dat in artikel 6 lid 2 van de Richtlijn geen sprake is van drie zelfstandige uitzonderingsgronden, maar slechts van twee. Een inbreuk op het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd bij de arbeid is – blijkens r.o. 51 t/m 53 uit het arrest - slechts toegestaan ingeval sprake is van (i) het vaststellen van leeftijdsgrenzen voor de toetreding tot een pensioenregeling (de “**toetredingsleeftijd**”) of (ii) het vaststellen van een leeftijd waarop de pensioen- of invaliditeitsuitkeringen starten (de “**pensioenleeftijd**”), tenzij dit leidt tot onderscheid op grond van geslacht. Onder deze uitzonderingsgronden vallen ook de vaststelling van verschillende toetredings- en pensioenleeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers. Het gebruik van leeftijdsgerelateerde actuariële factoren bij berekeningen in bedrijfspensioen- en invaliditeitsregelingen is volgens het Hof géén zelfstandige uitzonderingsgrond. Dit gebruik valt alleen onder de reikwijdte van de uitzonderingen in artikel 6 lid 2, indien de leeftijdscriteria in actuariële berekeningen worden gebruikt voor of – of in de bewoordingen van het Hof – ‘leiden tot’ de vaststelling van toetredingsleeftijden of pensioenleeftijden (r.o. 53).
5. Eén van de consequenties van deze uitspraak voor Nederland is, dat artikel 6 lid 2 niet (geheel) juist is geïmplementeerd in de nationale wetgeving (art. 8 lid 3 Wgbla) wat betreft het gebruik van actuariële factoren. Onderstaand bespreek de relevante feiten, het toepasselijke recht en de overwegingen van het Hof die leiden tot bovenstaande conclusies. Ik sluit af met een aantal (mogelijke) gevolgen van het arrest voor pensioenregelingen.

Feiten

6. Werkneemster Kristensen treedt in november 2007 op 29-jarige leeftijd in dienst bij Experian (Denemarken). Na een dienstverband van amper een jaar neemt zij ontslag en spant een rechtszaak aan tegen Experian. De berekening van de pensioenbijdragen is volgens de werkneemster in strijd met de Deense antidiscriminatiewet en ook maakt het Deense pensioenstelsel volgens haar verboden leeftijdsdiscriminatie mogelijk. Kristensen nam op grond van haar arbeidsovereenkomst verplicht deel aan de pensioenregeling van Experian. De regeling is door Experian op vrijwillige basis in het leven geroepen en ondergebracht bij de beheerder Scandia.
7. De premiebetaling in de pensioenregeling is als volgt vormgegeven. Experian voldoet twee derde van de pensioenpremie en de werknemer het overige deel. De werkgeversbijdrage wordt door Experian op de individuele pensioenspaarrekening van de werknemer gestort, waarover de werknemer zelf de beschikking heeft. Zowel de hoogte van de werkgeversbijdrage als die van de werknemersbijdrage is gekoppeld aan de leeftijd van de werknemer. Voor de volledigheid: alleen de toelaatbaarheid van de met de leeftijd stijgende werkgeverspremie staat in deze procedure ter discussie. De leeftijdscohorten en de bijhorende procentuele premies zijn als volgt:

Leeftijdscohort < 35 jaar: werkgeversbijdrage 6%, werknemersbijdrage 3% (totaal 9%)

Leeftijdscohort 35 t/m 44 jaar: werkgeversbijdrage 4%, werknemersbijdrage 8% (totaal 12%)

Leeftijdscohort ≤ 45 jaar: werkgeversbijdrage 5%, werknemersbijdrage 10% (totaal 15%)

8. Kristensen bevindt zich in het leeftijdscohort < 35 jaar. In de door haar aangespannen procedure vordert zij negen maanden salaris als schadevergoeding en betaling van achterstallige pensioenbijdragen tegen het hoogste percentage dat geldt voor werknemers ouder dan 45. Tijdens de procedure besluit de Deense rechter in kwestie prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU over de uitleg van artikel 6 lid 2 van Richtlijn 2000/78/EG. In de uitspraak van het HvJEU staat de volgende prejudiciële vraag van de Deense rechter centraal: Is het een lidstaat op grond van artikel 6 lid 2 Richtlijn toegestaan een bedrijfspensioenregeling te laten voortbestaan waarbij een werkgever, als onderdeel van de beloning, aan zijn werknemers pensioenbijdragen betaalt die hoger worden naargelang de leeftijd van de werknemer stijgt, mits dit niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht?

Het toepasselijke recht

9. Het Hof stelt in deze procedure vast dat de voorgelegde vraag binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn valt. De Richtlijn waarin artikel 6 lid 2 is opgenomen, geeft een algemeen kader om voor een ieder gelijke behandeling in arbeid en beroep te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van verschillende redenen, waaronder leeftijd (r.o. 23; zie ook HvJEU 8 september 2011, C-279/10 'Hennings en Mai', Jurispr. P. I-7965, punt 49). Denemarken heeft de bepalingen uit de Richtlijn geïmplementeerd in de Deense antidiscriminatiewet (r.o. 8).
10. In de Richtlijn wordt het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd geconcretiseerd. Dit beginsel is in het Unierecht erkend als een algemeen beginsel (zie HvJEU 19 januari 2010, C-555/07, Jurispr. P. I-365, punt 21 'Küçükdeveci') en verankerd in artikel 21 lid 1 van het EU-Handvest van de Grondrechten (het "**Handvest**"). Op grond van artikel 21 lid 1 Handvest is iedere vorm van discriminatie verboden; met name wordt discriminatie op grond van leeftijd genoemd. Het Handvest heeft sinds 1 december 2009 op grond van artikel 6 lid 1 VEU juridisch dezelfde rang als de EU-Verdragen. Artikel 21 lid 1 Handvest vormt ingevolge het Hof de basis voor de beantwoording van de kernvraag in het arrest Kristensen/Experian (zie r.o. 31).

De Richtlijn richt zich tot de lidstaten. Echter, aangezien sprake is van een vermeende inbreuk op het algemene beginsel van de Unie inzake non-discriminatie, dat met name is vastgelegd in artikel 21 lid 1 Handvest en nader is geconcretiseerd in de Richtlijn (r.o. 19), kan toch in een hoofding tussen particulieren zoals in casu het geval is, een beroep op de Richtlijn worden gedaan; mits aan alle voorwaarden is voldaan (r.o. 22).

11. Een van de voorwaarden voor de inroepbaarheid van de Richtlijn is, dat sprake moet zijn van een beloning in de zin van artikel 157 lid 2 VWEU. Het Hof stelt vast dat de premiebijdrage van Experian binnen dit beloningsbegrip valt (r.o. 30 t/m 31; zie ook overweging (13), considerans Richtlijn). Het beloningsbegrip omvat alle huidige of toekomstige voordelen in geld of natura, mits deze (direct of indirect) door de werkgever worden betaald aan de werknemer uit hoofde van diens dienstbetrekking (zie HvJEU 17 mei 1990, C-262/88, Jurispr. P. I-1889, 'Barber', r.o. 12; zie o.a. ook HvJEU, 26 september 2013, C-546/11 'Dansk Jurist – Økonomforbund', r.o. 25 t/m 29). Bij de werkgeversbijdrage van Experian is sprake van een huidig voordeel in geld, dat in het kader van de

arbeidsovereenkomst wordt voldaan als tegenprestatie voor de arbeid. Het Hof acht daarbij mede van belang dat geen staatsbijdrage voor de pensioenregeling geldt (zie r.o. 26 t/m 30).

12. De leeftijdsafhankelijke, progressief stijgende werkgeversbijdrage kwalificeert als direct onderscheid bij de beloning. Kristensen ontvangt immers een minder hoge werkgeversbijdrage dan zijn oudere collega's. Dit onderscheid – in de woorden van het Hof: 'discriminatie' – is gerechtvaardigd als het onder de uitzonderingsgronden van artikel 6 lid 2 valt. Zo nee, dan kan het onderscheid nog objectief gerechtvaardigd worden (art. 6 lid 1 Richtlijn).

Overigens is zowel indirect als direct onderscheid naar leeftijd verboden op grond van de Richtlijn, behoudens de daarin opgenomen uitzonderingen of het bestaan van een objectieve rechtvaardiging. Nederland heeft een paar jaar geleden nog, naar aanleiding van een ingebrekestelling van de Europese Commissie inzake de incorrecte implementatie van de Richtlijn, de Wgbla moet aanpassen door: (i) de definities van indirect en direct onderscheid in lijn te brengen met die in de Richtlijn, (ii) op te nemen dat ook indirect leeftijdsonderscheid verboden is; en (iii) niet langer een algemene uitzondering voor particuliere werkverhoudingen toe te staan (zie *Stb.* 2011, 554). De EC heeft op 30 mei 2013 deze zaak met nummer 2006/2444 geseponneerd.

Artikel 6 lid 2 Richtlijn - restrictieve uitleg

13. Wat was er vóór het arrest Kristensen/Experian bekend over de uitleg van artikel 6 lid 2? Vast staat, dat artikel 6 lid 2 restrictief moet worden uitgelegd. De reden hiervoor is dat de bepaling de lidstaten de mogelijkheid biedt een uitzondering te maken op het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd (HvJEU 26 september 2013, C-546/11 'Dansk Jurist – Økonomforbund', zie ook naar analogie HvJEU 12 januari 2010, C-341/08, *Jurispr. P. I-47*, punt 60 'Petersen').
14. In het recente arrest van het Hof 'Dansk Jurist' (HvJEU 26 september 2013, C-546/11, zie ook deze PJ-afl levering), waarin eveneens een Deense rechter prejudiciële vragen stelde, werd het Hof voor de eerste keer verzocht zich uit te spreken over de omvang van de in artikel 6 lid 2 opgenomen uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie voor ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid. In de Deense taalversie was, anders dan in bijvoorbeeld de Nederlandse, Franse, Spaanse, Engelse en Poolse taalversies van artikel 6 lid 2, de reikwijdte van deze bepaling niet uitdrukkelijk beperkt tot pensioen- en invaliditeitsregelingen. De Deense bepaling zag op alle typen ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid. Het Hof legde volgens vaste rechtspraak, de bepalingen van de Richtlijn op uniforme wijze uit en paste deze toe tegen de achtergrond van de verschillende taalversies van de lidstaten van artikel 6 lid 2. Daar de versies van elkaar afweken, geschiedde de uitleg met inachtneming van de algemene opzet en de doelstelling van de Richtlijn, in samenhang met artikel 21 lid 1 van het Handvest (zie r.o. 36 Dansk Jurist; zie met name ook HvJEU 8 december 2005, C-280/04, 'Jyske Finans, *Jurispr. P. I-10683*, punt 31). Het Hof kwam in het arrest 'Dansk Jurist' tot het oordeel dat de uitzonderingen in artikel 6 lid 2 van de Richtlijn waren beperkt tot pensioen- en invaliditeitsregelingen en de Deense taalversie van de Richtlijn en nationale wetgeving hiermee niet in lijn is. Bij dit oordeel sluit het Hof aan in de onderhavige uitspraak (r.o. 44 t/m 47).

Artikel 6 lid 2 Richtlijn - de twee uitzonderingsgronden

15. Voor een beter begrip van de uitleg die het Hof in het onderhavige arrest heeft gegeven van artikel 6 lid 2 en de consequenties daarvan voor de Nederlandse wetgeving, geef ik onderstaand de Nederlandse taalversie van artikel 6 lid 2 van de Richtlijn weer, de verkorte weergave van het artikel door het Hof in r.o. 49 en de tekst van de leden twee en drie van artikel 8 Wgbla (onderstrepingen en vet gedrukte woorden toegevoegd door ondergetekende).

Artikel 6 lid 2 Richtlijn: *“Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, **inclusief** de vaststelling van verschillende leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers, in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, **en het gebruik**, in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht”.*

Verkorte weergave Hof van artikel 6 lid 2 Richtlijn, zoals opgenomen in de Nederlandse taalversie van het arrest (r.o. 49): *“De vaststelling [...] van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen”, **inclusief het gebruik** [...] in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen” (onderstreping toegevoegd door ondergetekende)”.*

Artikel 8 lid 3 Wgbla: *“2. Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden en op pensioengerechtigde leeftijden, alsmede op de vaststelling van verschillende toetredings- en pensioengerechtigde leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën van werknemers.*

3. Het verbod van onderscheid is niet van toepassing op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden”.

16. Bij lezing van de verkorte weergave van artikel 6 lid 2 door het Hof in r.o. 49 valt op dat slechts sprake lijkt te zijn van twee afzonderlijke uitzonderingsgronden: (i) bij de vaststelling van een toetredingsleeftijd en (ii) bij de vaststelling van een pensioenleeftijd. Het gebruik van leeftijdsriteria bij de actuariële factoren wordt, anders dan in bijvoorbeeld artikel 8 lid 3 Wgbla, niet genoemd als zelfstandige uitzonderingsgrond. Doordat het Hof het woord “inclusief” direct voor “het gebruik (...) van leeftijdsriteria in de actuariële berekeningen” plaatst, valt dit gebruik kennelijk alleen onder de uitzondering op het verbod van leeftijdsdiscriminatie indien het wordt aangewend voor de vaststelling van een toetredingsleeftijd of pensioenleeftijd. Dat geldt ook voor de vaststelling van verschillende leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers; maar dat is geen nieuws voor Nederland. Nederland heeft daarentegen de woorden “en het gebruik van” uitgelegd als de aankondiging van een derde zelfstandige uitzonderingsgrond en deze als zodanig vastgelegd in het derde lid van artikel 8 Wgbla.
17. Het Hof stelt in de overwegingen vanaf r.o. 49 vast dat de bedrijfspensioenverzekering in kwestie niet onder de twee uitzonderingsgronden valt van artikel 6 lid 2. Er is in de pensioenregeling van Experian geen sprake van een toetredingsleeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen. Iedere werknemer die negen maanden werkzaam is geweest voor Experian gaat automatisch deelnemen aan de pensioenregeling. Het Hof concludeert daarom dat de leeftijdsafhankelijke

progressiviteit van de werkgeversbijdrage geen vaststelling is van een toetredingsleeftijd. Dat geldt ook voor de vaststelling van een pensioenleeftijd (r.o. 50).

18. Mocht er op dit punt in het arrest nog twijfel kunnen bestaan over het aantal uitzonderingsgronden in artikel 6 lid 2, dan neemt het Hof deze mogelijkheid tot twijfelen weg in de daarop volgende rechtsoverwegingen (r.o. 51 t/m 54). Het Hof gaat in op het standpunt van een aantal lidstaten dat de uitzonderingen in artikel 6 lid 2 minder restrictief moeten worden uitgelegd dan de Spaanse regering en HK doen. Uit het arrest en de conclusie van de AG blijkt dat de Deense, Nederlandse, Belgische en Duitse regering in ieder geval hebben aangevoerd dat artikel 6 lid 2 niet alleen de vaststelling van de eerste twee uitzonderingsgronden ziet, maar ook op minder ernstige vormen van discriminatie op grond van leeftijd, zoals leeftijdsonderscheid bij actuariële berekeningen (r.o. 51 en r.o. 40 conclusie AG). De AG volgt voert in zijn conclusie aan dat sprake is van drie uitzonderingsgronden (zie punt 36):

“Deze bepaling [artikel 6 lid 2] noemt drie varianten in het kader waarvan leeftijdscriteria zijn toegestaan, namelijk de vaststelling van een leeftijdsgrens voor toetreding tot een dergelijke regeling (eerste variant), de vaststelling van een leeftijdsgrens voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen (tweede variant), en het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen (derde variant).”

19. De AG benadrukt dat de uitzonderingen op het discriminatieverbod op grond van leeftijd bij de arbeid restrictief moeten worden uitgelegd (r.o. 40), maar voegt daaraan toe dat deze restrictieve uitleg niet in de weg staan *“aan maatregelen die minder ingrijpend zijn dan maatregelen die ook bij een strikte uitlegging zouden zijn toegestaan”*, zoals in de onderhavige procedure (r.o. 40). Het categorisch uitsluiten van groepen werknemers aan een bedrijfspensioenregeling heeft volgens de AG onmiskenbare grotere gevolgen voor de uitgesloten werknemers dan een pensioenregeling waaraan wel alle werknemers mogen deelnemen en ‘alleen’ sprake is van leeftijdsonderscheid bij de hoogte van de premie. Daar het verschil in behandeling bij de premie geringer is dan het stellen van een toetredingsleeftijd, valt het onderscheid in kwestie volgens de AG onder de uitzondering voor ‘het vaststellen van een toetredingsleeftijd’ (zie r.o. 43).
20. Als gezegd: het Hof volgt het pleidooi van de AG en de desbetreffende lidstaten voor een ruimere uitleg van artikel 6 lid 2 niet. Het Hof oordeelt, dat het gebruik van leeftijdscriteria bij het berekenen van de premie in de eerste plaats niet onder artikel 6 lid 2 valt, omdat:

“De pensioenbijdragen (...) vormen (...) een bestanddeel van het salaris van de werknemers van Experian. De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van deze bijdragen kan dus gevolgen hebben die verder strekken dan een eenvoudige vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen”.

21. Ten tweede geeft het Hof geeft aan dat de restrictieve uitleg van artikel 6 lid 2 met zich brengt dat alle uitzonderingen expliciet moeten worden genoemd in de bepaling en dat kenmerkende onderdelen van een pensioenregeling die niet uitdrukkelijk zijn vermeld, zoals met name de

vaststelling van de hoogte van de bijdrage, (derhalve) niet onder de uitzondering vallen (r.o. 52; zie ook punt 14 en 15):

“De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van deze bijdragen kan dus gevolgen hebben die verder strekken dan een eenvoudige vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen”.

“Voorts moet artikel 6, lid 2 (...) restrictief worden uitgelegd. Bijgevolg kunnen binnen de werkingssfeer van deze bepaling niet alle elementen vallen die kenmerkend zijn voor een ondernemings- en sectoriële regeling inzake sociale zekerheid die de risico's van ouderdom en invaliditeit dekt, zoals met name de vaststelling van de hoogte van de bijdragen aan die verzekering, maar enkel die elementen die uitdrukkelijk in die bepaling zijn vermeld”.

22. De voorgaande restrictieve uitleg geldt volgens het Hof ook waar het de vermelding van ‘het gebruik van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen’ betreft. Dit gebruik staat ingevolge het Hof niet op gelijke voet met de uitzonderingen betreffende de vaststelling van toetredingsleeftijden en leeftijden voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen:

“(...) aangezien deze vaststelling in ieder geval niet leidt tot een vaststelling van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen”.

23. Het Hof benadrukt hier mijns inziens dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen geen afzonderlijke uitzonderingsgrond vormt in artikel 6 lid 2, maar slechts kan worden toegepast ten behoeve van of – in de woorden van het Hof – leidend tot’ – één van de twee uitzonderingsgronden. Het Hof concludeert dat daar geen sprake van is. De leeftijdsafhankelijke progressiviteit van de pensioenbijdragen valt derhalve niet onder artikel 6 lid 2.

Artikel 6 lid1 Richtlijn – objectieve rechtvaardiging

24. De vervolgvraag is of het leeftijdsonderscheid bij de premie objectief gerechtvaardigd kan worden op grond van artikel 6 lid 1 van de Richtlijn. Op de beantwoording van deze vraag ga ik hier niet al te diep in. Het valt binnen de bevoegdheden van het Hof een richtsnoer mee te geven aan de verwijzende rechter en dat doet het Hof dan ook (HvJEU 5 maart 2009, C-388/07, Jurispr. P. I-1569, ‘Age Concern England’, punten 47 en 48; en HvJEU 23 november 2006, C-238/05, Jurispr. P. I-11125, ‘Asnef-Equifax en Administración del Estado, punt 40). De Deense rechter zal volgens het Hof met name moet nagaan of de middelen voor het bereiken van het (legitieme) doel van de maatregel passend en noodzakelijk zijn, waarbij tevens geldt dat een specifieke groep werknemers niet al te zeer mag worden benadeeld (‘proportionaliteitstoets’).
25. Het doel van de leeftijdsafhankelijke progressieve premiebijdrage is dat alle werknemers van Experian in staat worden gesteld op de pensioendatum te kunnen beschikken over een redelijk pensioenbedrag. In de eerste plaats worden oudere werknemers in staat gesteld een redelijk pensioen bij elkaar te sparen, zelfs als zij op latere leeftijd in dienst treden (r.o. 59). Ook beoogt de maatregel jongeren – zonder gebruik van een toetredingsleeftijd – tijdig in de pensioenregeling te integreren. Doordat voor hen een lagere werknemersbijdrage (en werkgeversbijdrage) wordt gehanteerd kunnen jonge werknemers voorts

over een groter deel van hun salaris beschikken. Ook stijgt de premie voor ouderen ten dele omdat de dekking van het overlijdensrisico's, arbeidsongeschiktheid en ernstige ziekte risico's stijgt naarmate de leeftijd van werknemers toeneemt. De voorgaande doelstellingen passen binnen het kader van een sociaal, werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. De doelstellingen zijn legitiem volgens het Hof, omdat rekening wordt gehouden met het totaalbelang van de werknemers van Experian door in te zetten op het bereiken van een redelijk pensioen voor een ieder vanaf de pensioendatum (r.o. 62). Of de leeftijdsgerelateerde pensioenpremie daadwerkelijk passend is om het daarmee gestelde doel te behalen, hangt af van de vraag of met de maatregel de doelstellingen op coherente en systematische wijze worden nagestreefd (zie r.o. 67). Het Hof geeft in dit verband mee aan de Deense rechter goed te kijken naar de noodzaak van de maatregel en te bezien of de voordelen voor Kristensen bij een lagere premie – een hoger netto salaris – de nadelen hiervan – een lagere werkgeversbijdrage en een lagere pensioenopbouw op jonge leeftijd – voldoende compenseren.

Consequenties van het arrest voor Nederland

26. Het belang van het arrest Kristensen/Experian is voor Nederland dat het gebruik in pensioenregelingen van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen ten onrechte is beschouwd als afzonderlijke uitzonderingsgrond. Artikel 8 lid 3 Wgbla zal moeten worden geschrapt – en verwerkt in lid 2 – of aangepast.
27. Een volgende consequentie van het arrest is dat de nationale rechter artikel 6 lid 2 Richtlijn, zoals geïmplementeerd in artikel 8 lid 3 WGBLA niet steeds juist heeft toegepast, wat betreft het toegestane gebruik van leeftijdsgerelateerde actuariële berekeningen.
28. Ook zal naar mijn verwachting in een wezenlijk aantal pensioenregelingen onderscheid zijn gemaakt naar leeftijd bij de actuariële berekeningen, dat niet onder de eerste twee uitzonderingsgronden kan worden gebracht in artikel 6 lid 2 Richtlijn (zie punt 23). Dergelijk onderscheid is alleen toelaatbaar, indien hiervoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is (artikel 6 lid 1 Richtlijn en artikel 7 Wgbla). Zonder rechtvaardiging is het gemaakte leeftijdonderscheid nietig (artikel 13 Wgbla). Een toename van het aantal rechtszaken op dit punt, is niet ondenkbaar.
29. Voor de Nederlandse pensioenpraktijk is van belang, dat er al geruime tijd een verschil van inzicht bestaat tussen de Nederlandse regering en het CRvM over de vraag of zowel de werkgevers- als de werknemersbijdrage onder de reikwijdte van artikel 6 lid 2 Richtlijn en artikel 8 lid 3 CRvM kunnen vallen. De regering is van mening dat beide bijdragen onder de reikwijdte vallen en dat artikel 6 lid 2 Richtlijn hiervoor ruimte biedt, terwijl het CRvM meent dat alleen de werkgeversbijdrage eronder kan vallen (zie voor standpunt regering o.a. *Kamerstukken II 2004/05*, 29 800 XV, nr. 82; *Kamerstukken II 2005/06*, 30 413, nr. 17 en *Kamerstukken II 2008/09*, 30 347, nr. 2 en voor standpunt CRvM o.a. oordeel 2009/98; zie hierover ook uitgebreid M. Heemskerk en E. Lutjens, *Leeftijdonderscheid bij werknemerspremies: actuariëel toegestaan of verboden verschil in beloning*”, *TPV 2005-3*).
30. Het CRvM oordeelde voor de werknemersbijdrage – naar thans blijkt terecht blijkt - dat er voor het standpunt van de regering geen aanknopingspunten te vinden zijn in de Richtlijn of Wgbla. De premielasten vallen volgens het CRvM in zijn totaliteit wel onder de uitzondering in artikel 8 lid 3

Wgbla, maar de werknemersbijdrage, die daaraan parallel loopt, valt er niet automatisch onder (zie o.a. CRvM oordeel 2007-119). Het CRvM sloot aan bij de lijn van de rechtspraak over discriminatie bij de premie op grond van geslacht (zie Richtlijn 86/378 en art. 12c WGB m/v) en oordeelde dat bij de werknemersbijdrage in beginsel geen differentiatie naar premie mag plaats vinden (zie o.a. CRvM oordeel 2009/98).

31. Het CRvM heeft geoordeeld dat de “ongelijke” werknemersbijdragen slechts zijn toegestaan indien hiervoor een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Een voorbeeld van een oordeel waarin geen sprake was van een objectieve rechtvaardiging – er werd niet aan het proportionaliteitsvereiste voldaan – is oordeel 2009/98 van het CRvM. In dit oordeel overwoog het CRvM dat het bedrijf met leeftijdgerelateerde werknemersbijdragen twee legitieme doelen nastreeft: het bereiken van een pensioenvoorziening van een adequaat niveau en voorkomen dat de kosten van het werkgeversdeel van de premie zo hoog oplopen dat het (te) onaantrekkelijk wordt om oudere werknemers in dienst te nemen of te houden. Het CRvM meende echter dat het middel disproportioneel was aan het doel en dat het doel ook kon worden bereikt door te kiezen voor een eind- of middelloonregeling waarbij geen sprake is van leeftijdsonderscheid. Indien de werkgever de premieregeling wilde behouden, moest deze er voor zorgen dat oudere werknemers in verhouding tot jongere werknemers geen (fors) groter deel van hun inkomen kwijt zijn, aldus het CRvM (r.o. 3.17).
32. Wat betreft de werkgeversbijdrage waren zowel de regering als de CRvM van opvatting dat deze onder de actuariële berekeningen-uitzondering van artikel 8 lid 3 Wgbla valt. Dit is gelet op het arrest van het Hof niet meer vol te houden. Ook deze bijdragen zullen objectief gerechtvaardigd moeten worden om toegestaan te zijn.

Tot slot: welke pensioenregelingen worden geraakt door het arrest?

33. De uitleg van het Hof over het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen kan zowel consequenties hebben voor defined-benefit regelingen (middelloon en eindloonregelingen) als voor defined-contribution regelingen (beschikbare premieregelingen). Pensioenuitvoerders maken bij de berekening van premies en koopsommen, die benodigd zijn voor de financiering van pensioen, gebruik van actuariële berekeningen. Leeftijd is in dit verband een belangrijke grondslag voor de berekeningen in relatie tot levens- en sterftekansen en de gemiddelde levensduur. Met andere woorden: de kosten van een pensioenvoorziening zijn (mede) afhankelijk van de leeftijd van de deelnemers.
34. Het arrest Kristensen/Experian zal naar mijn verwachting geen directe gevolgen hebben voor het gebruik van de doorsneepremie in verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregelingen en andere pensioenregelingen (middelloon- en eindloonregeling). De hoogte van de doorsneepremie is niet (rechtstreeks) gekoppeld aan de individuele leeftijd van een werknemer, maar wordt vastgesteld als percentage van de pensioengrondslag of als procentueel gelijke premie (art. 8 lid 1 Wet Bpf 2000). De solidariteitsgedachte hierachter is dat jongeren solidair zijn met ouderen, doordat de actuariële waarde van de pensioenpremie van jongere werknemers tot ongeveer het 46^e levensjaar

meer waarde heeft dan die van de oudere werknemers. Ook het werkgeversdeel van de doorsneepremie is niet rechtstreeks gekoppeld aan de individuele leeftijd van een werknemer. Voor de hoogte van de uitkering is de doorsnee-opbouw van belang. Ook deze doorsnee-opbouw wordt onafhankelijk van de individuele leeftijd van een werknemer vastgesteld. Uitgangspunt van de doorsneesystematiek is dat alle werknemers aan een pensioenregeling (in theorie) een gelijkwaardig pensioen kunnen opbouwen.

35. Bij defined-benefit regelingen kan overigens wél sprake zijn van leeftijdsonderscheid bij de actuariële berekeningen, indien variaties worden aangebracht in een regeling. Uit oordelen van het CRvM blijkt bijvoorbeeld dat mitigering van de pensioenopbouw vanaf een bepaalde leeftijd, ter beheersing van de kosten, niet steeds objectief gerechtvaardigd wordt geacht (zie o.a. CRvM oordeel 2004-46 en 2004-122). Het CRvM meende in deze gevallen dat de doelen van de mitigering ook hadden kunnen worden bereikt zonder onderscheid naar leeftijd te maken. In bovenstaande oordelen werd bijvoorbeeld als alternatief naar voren gebracht dat salarisverhogingen slechts voor een bepaald percentage zouden meetellen voor de pensioenopbouw of tot aftopping van de pensioenopbouw boven een bepaald salarisplafond zou kunnen plaatsvinden.
36. Bij beschikbare premiereregelingen is het een heel ander verhaal. Leeftijd speelt in de actuariële berekeningen een grote rol. Hoe dicht er een werknemer bij de pensioendatum in de buurt komt, hoe kostbaarder de premie. Er wordt doorgaans gebruik gemaakt van premiedifferentiatie op grond van leeftijd, waarbij de verschillen zijn gebaseerd op actuariële berekeningen. De rechter heeft zich de afgelopen jaren al vaker gebogen over vermeend leeftijdsonderscheid in beschikbare premiereregelingen op grond van artikel 8 lid 3 Wgbla. Het is vaste rechtspraak van het CRvM dat het hanteren van een voor iedereen gelijke premie (percentage van de pensioengrondslag) of een actuariële gelijke premie, resulterend in een voor iedereen gelijk pensioenresultaat, is toegestaan. Hierbij dient het toepasselijke fiscale Staffebesluit te worden gevolgd of daaraan parallel te lopen. Deze lijn zal gezien het arrest Kristensen/Experian in de toekomst veranderen.
37. Met name springt in het oog dat bij beschikbare premiereregelingen gebruik wordt gemaakt van leeftijdsgerelateerde cohortgewijze staffels voor de vaststelling van de hoogte van de pensioenpremie. Dit gebruik valt meen ik in beginsel niet onder de uitzonderingen van artikel 6 lid 2 van de Richtlijn en zal (alsnog) objectief gerechtvaardigd moeten worden met het oog op een sociaal, werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. Mits goed aangekleed kan het onder meer gaan om doelstellingen die zien op de solidariteitsgedachte (zie o.a. punt 34).
38. Ten slotte nog enkele afsluitende gedachten voor de toekomst: het Kristensen/Experian arrest is tevens relevant voor de toekomst van (de invulling van) ons pensioenstelsel, waar de regering zich de komende tijd over buigt. Mogelijke alternatieven die de afgelopen tijd zijn aangedragen voor de doorsneepremie of doorsnee-opbouw, waarbij een koppeling met de leeftijd zou moeten plaats vinden, worden door dit arrest bemoeilijkt. Op verdere haken en ogen van dit arrest voor de vormgeving van het Nederlandse pensioenstelsel kom ik terug in andere publicaties.