

Korting partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil; niet objectief gerechtvaardigd indirect onderscheid op grond van geslacht en leeftijd.

CGB 15-12-2011, ECLI:NL:XX:2011:BV6805, m.nt. Mr. W.P.M. Thijssen

Instantie	Commissie gelijke behandeling
Datum	15 december 2011
Magistraten	Mrs. Ch. M. van der Bas, E.J.M. Hofhuis, B. Romkes
Zaaknummer	2011-199
Noot	Mr. W.P.M. Thijssen
LJN	BV6805
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Bijzondere onderwerpen arbeidsrecht Verbintenissenrecht / Algemeen Staatsrecht / Grondrechten Ambtenarenrecht / Bijzondere onderwerpen Ambtenarenrecht / Arbeidsvoorwaarden Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht Pensioenen (V) Arbeidsrecht / Algemeen Arbeidsrecht / Europees arbeidsrecht Internationaal publiekrecht / Mensenrechten
Brondocumenten	ECLI:NL:XX:2011:BV6805, Uitspraak, Commissie gelijke behandeling, 15-12-2011;
Wetingang	BW art. 7:646 lid 1; WGBL art. 3 aanhef en onder e

Essentie

Korting partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil; niet objectief gerechtvaardigd indirect onderscheid op grond van geslacht en leeftijd.

Samenvatting

Korting partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil; niet objectief gerechtvaardigd indirect onderscheid op grond van geslacht en leeftijd.

Partij(en)

Oordeel in de zaak van

[...]

wonende te [...], verzoeker

tegen

Stichting Fondsenbeheer Waterbouw

gevestigd te Rijswijk, verweerster 1

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Waterbouw

gevestigd te Rijswijk, verweerster 2

Uitspraak

1. Procesverloop

1.1

Bij verzoekschrift van 10 november 2010, dat op 12 november 2010 is ontvangen, heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster 1 jegens hem verboden onderscheid op grond van leeftijd maakt door bij zijn overlijden het nabestaandenpensioen van zijn echtgenote te korten met 3% voor elk jaar dat het leeftijdsverschil tussen hem en zijn (jongere) echtgenote meer dan tien jaar is.

1.2

Op 10 december 2010 heeft verzoeker in aanvulling op zijn verzoek van 10 november 2010 de Commissie gevraagd tevens te beoordelen of verweerster 1 hierdoor jegens hem verboden onderscheid op grond van geslacht maakt.

1.3

Op 14 februari 2011 heeft verweerster 1 schriftelijk verweer gevoerd. Naar aanleiding hiervan heeft verzoeker de Commissie op 22 februari 2011 verzocht tevens te beoordelen of verweerster 2 jegens hem verboden onderscheid op grond van leeftijd en geslacht maakt door bij zijn overlijden het nabestaandenpensioen van zijn echtgenote te korten met 3% voor elk jaar dat het leeftijdsverschil tussen hem en zijn (jongere) echtgenote meer dan tien jaar is.

1.4

Bij brief van 8 maart 2011 hebben beide verweersters desgevraagd nadere informatie overgelegd. Verweerster 2 heeft hierin aangegeven zich aan te sluiten bij het verweerschrift van verweerster 1 dat de Commissie op 14 februari 2011 heeft ontvangen. Verzoeker heeft hierop gereageerd bij brief van 23 maart 2011.

1.5

De Commissie heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 april 2011. Verzoeker is verschenen en werd vergezeld door zijn echtgenote, [...], en zijn dochter [...]. Verweersters werden ter zitting vertegenwoordigd door [...], directeur verweester 1.

1.6

Na de zitting heeft de Commissie nadere gegevens opgevraagd bij verweersters. Op 19 april 2011 heeft de Commissie de gevraagde gegevens ontvangen. Op 11 mei 2011 heeft de Commissie het onderzoek gesloten.

2. Feiten

2.1

Verzoeker is geboren op 10 juli 1931. Zijn echtgenote is geboren op 1 september 1954. Op 28 mei 1983 zijn zij met elkaar gehuwd. In de periode van 1950 tot 1 juli 1996 heeft verzoeker als baggeraar voor verschillende werkgevers gewerkt. Op 1 juli 1996 is hij met pensioen gegaan.

2.2

Verweester 1 is uitvoerder van de pensioenregeling waaronder verzoeker valt. Verweester 2 is een bedrijfstakpensioenfonds dat onder andere pensioenen verzekert voor de werknemers die vallen onder de cao Grindbaggerbedrijf. Verzoeker is deelnemer bij dit pensioenfonds. Deelnemers zijn te verdelen in actieve deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerde deelnemers. De actieve deelnemers zijn de deelnemers die werkzaam zijn bij een werkgever die aangesloten is bij het pensioenfonds en hieraan premie afdragen. De gepensioneerde deelnemers zijn degenen die een pensioen ontvangen. Gewezen deelnemers (ook: 'slapers') zijn personen die in het verleden actief deelnemer waren, maar nog geen pensioen ontvangen. Verzoeker behoort tot de groep gepensioneerde deelnemers.

2.3

Op de nabestaandenpensioenaanspraken van verzoeker is het pensioenreglement van verweester 2 van toepassing. Het pensioenreglement kent een onbepaald partnerpensioen. Dit betekent dat iedere actieve deelnemer, ongeacht of de deelnemer een partner heeft, nabestaandenpensioen opbouwt. Vanwege het leeftijdsverschil tussen verzoeker en zijn echtgenote zal zij, bij overlijden van verzoeker, worden gekort op het nabestaandenpensioen dat verzoeker ten behoeve van haar heeft opgebouwd, hierna ook: partnerpensioen. De grondslag hiervoor is neergelegd in artikel 6, tweede lid, van het pensioenreglement. Hierin is het volgende bepaald: 'Indien een (gewezen) deelnemer of gepensioneerde deelnemer een partnerrelatie aangaat met een partner, die meer dan 10 jaar jonger is dan hijzelf, wordt het partnerpensioen verminderd met 3% van het oorspronkelijke bedrag voor elk jaar dat de partner meer dan 10 jaar jonger is dan de deelnemer, gewezen deelnemer of gepensioneerde deelnemer. Het leeftijdsverschil wordt in gehele jaren bepaald, waarbij gedeelten van een jaar buiten beschouwing worden gelaten.' Deze regeling wordt hierna aangeduid als de kortingsregeling en is van toepassing op alle actieve, gewezen en gepensioneerde deelnemers van verweester 2, ongeacht de werkgever voor wie zij werkzaam zijn of waren.

2.4

Het leeftijdsverschil tussen verzoeker en zijn echtgenote is 23 jaar. Dit betekent dat het partnerpensioen van zijn echtgenote bij zijn overlijden zal worden gekort met 3% van het oorspronkelijke bedrag voor elk jaar dat zijn echtgenote meer dan tien jaar jonger is dan verzoeker, te weten in totaal met 39%.

2.5

Verweerster 2 had op 18 april 2011 10.873 deelnemers, waarvan 3.198 actieve, 4.185 gewezen en 3.490 gepensioneerde deelnemers. Van de actieve, gewezen en gepensioneerde deelnemers hadden 6.731 deelnemers een partner, waarbij is uitgegaan van de gegevens van de gemeentelijke basisadministratie (GBA). Van deze 6.731 deelnemers met een partner zijn er 6.612 man en 119 vrouw. Van de 6.612 mannelijke deelnemers met een partner hadden er 367 (5,6%) een partner die meer dan tien jaar jonger is. Van de 119 vrouwelijke deelnemers met een partner hadden er 3 (2,5%) een partner die meer dan tien jaar jonger is.

2.6

De uitkeringslast van verweerster 2 bedraagt ongeveer €26 miljoen per jaar. Verweerster 2 ontvangt ongeveer €23 miljoen aan premies per jaar. De overige inkomsten worden ontvangen uit beleggingsopbrengsten.

2.7

Uit gegevens van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) volgt dat in 2008, 75.438 huwelijken zijn gesloten, waarbij in 7.203 huwelijken de man meer dan tien jaar ouder was dan de vrouw en in 795 huwelijken de vrouw meer dan tien jaar ouder was dan de man. In 2009 zijn 73.477 huwelijken gesloten, waarbij in 7.127 huwelijken de man meer dan tien jaar ouder was dan de vrouw en in 793 huwelijken de vrouw meer dan tien jaar ouder was dan de man. In 2008 en 2009 waren mannen derhalve negen keer vaker gehuwd met een vrouw die meer dan tien jaar jonger is dan andersom.

3. Beoordeling van het verzoek

3.1

Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweersters jegens verzoeker (verboden) onderscheid op grond van leeftijd en/of geslacht maken door in geval van zijn overlijden een korting toe te passen op het nabestaandenpensioen dat hij ten behoeve van zijn echtgenote heeft opgebouwd.

Bevoegdheid

3.2

De Commissie ontleent haar bevoegdheid om te oordelen over de vraag of leeftijdsonderscheid en/of onderscheid op grond van geslacht is gemaakt aan de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), respectievelijk aan artikel 7:646, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW).

3.3

De pensioenopbouw van verzoeker heeft volledig plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van de WGBL en deels voor 17 mei 1990, de datum met ingang waarvan een beroep kan worden gedaan op het verbod van onderscheid op grond van geslacht bij pensioenvoorzieningen; zie hierna onder 3.7. Voor de beoordeling of, en zo ja vanaf welk moment, verzoeker een beroep kan doen op het verbod van onderscheid op grond van leeftijd respectievelijk geslacht is relevant hetgeen is bepaald in aanwijzing 166, eerste lid, Aanwijzingen voor de regelgeving. Hierin is geregeld dat een nieuwe regeling niet slechts van toepassing is op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, doch ook op hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat, zoals bestaande rechtsposities en -verhoudingen (onmiddellijke werking). Hiervan wordt slechts afgeweken indien dit uitdrukkelijk is bepaald (aanwijzing 166, tweede lid).

3.4

De Commissie beoordeelt hieronder achtereenvolgens of zij bevoegd is om een oordeel te geven over de vraag of verweersters jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van leeftijd respectievelijk geslacht maken.

Leeftijd

3.5

De WGBL is op 1 mei 2004 in werking getreden (*Stb.* 2004, 30). De Commissie stelt allereerst vast dat noch uit de WGBL, noch uit de parlementaire behandeling bij de WGBL of jurisprudentie, blijkt dat de WGBL geen onmiddellijke werking heeft. De Commissie stelt derhalve vast dat de WGBL onmiddellijke werking heeft.

3.6

Verzoeker heeft pensioen opgebouwd voorafgaand aan de inwerkingtreding van de WGBL, tot 1 juli 1996. De rechtsverhouding tussen partijen bestaat ook thans nog, na inwerkingtreding van de WGBL, nu verzoeker als deelnemer van verweester 2 aanspraken heeft opgebouwd. Gelet hierop oordeelt de Commissie dat zij bevoegd is om te beoordelen of verweersters jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van leeftijd maken ten aanzien van het nabestaandenpensioen dat verzoeker heeft opgebouwd tot 1 juli 1996. Deze laatste datum is de datum waarop verzoeker is gepensioneerd. Dit is anders dan in CGB 31 oktober 2007, 2007-192, waarin de Commissie geen rekening heeft gehouden met de onmiddellijke werking van de WGBL en oordeelde dat zij niet bevoegd was een oordeel te geven, omdat het pensioen was opgebouwd voor de inwerkingtreding van de WGBL. De huidige beoordeling is echter in lijn met de oordelen CGB 22 december 1998, 1998-149, r.o. 4.3 en CGB 23 april 1997, 1997-48, r.o. 4.1, waarin ook rekening is gehouden met de onmiddellijke werking van de wet. In die gevallen ging het om de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

Geslacht

3.7

Bij Wet van 12 maart 1998 is in het Burgerlijk Wetboek (BW) en in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) het verbod van onderscheid op grond van geslacht bij

pensioenvoorzieningen opgenomen. Artikel III van de Wet van 12 maart 1998 bepaalt dat het BW en de WGB met betrekking tot de opbouw van pensioenaanspraken voor werknemers terugwerkende kracht hebben tot en met 17 mei 1990. In de parlementaire behandeling is over de terugwerkende kracht het volgende opgemerkt: 'Eenieder die pensioen heeft opgebouwd vanaf 17 mei 1990 kan een beroep doen op het gelijke opbouwbeginnsel voor de periode vanaf 17 mei 1990' (*Kamerstukken I 1997/98, 22695, nr. 131b, p. 2*).

3.8

De Commissie stelt allereerst vast dat noch uit de Wet van 12 maart 1998, noch uit de parlementaire behandeling, of jurisprudentie, blijkt dat deze wet geen onmiddellijke werking heeft. De Wet van 12 maart 1998 heeft hiermee directe werking, maar is in tijd beperkt tot 17 mei 1990, zoals hiervoor in 3.7 overwogen.

3.9

Gelet op het bovenstaande oordeelt de Commissie dat zij bevoegd is om te beoordelen of verweersters jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van geslacht maken ten aanzien van het nabestaandenpensioen dat is opgebouwd over de periode van 17 mei 1990 tot 1 juli 1996. Deze laatste datum is de datum tot welke verzoeker pensioen heeft opgebouwd.

Ontvankelijkheid

3.10

In artikel 12, eerste lid, van de AWGB, is geregeld dat een persoon een verzoek om een oordeel kan indienen indien hij of zij meent dat in zijn nadeel onderscheid wordt gemaakt als bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving.

3.11

In de onderhavige situatie zal niet verzoeker zelf, maar zijn echtgenote mogelijk in de toekomst worden gekort op het door verzoeker ten behoeve van haar opgebouwde nabestaandenpensioen en in dit opzicht nadeel ondervinden. Dit doet echter niet af aan de ontvankelijkheid van verzoeker. Het betreft immers pensioen dat door verzoeker is opgebouwd. Als deelnemer van verweester 2 heeft verzoeker door de kortingsregeling ten behoeve van zijn echtgenote in de praktijk minder nabestaandenpensioen opgebouwd. Verzoeker heeft er belang bij dat het nabestaandenpensioen dat hij ten behoeve van zijn echtgenote heeft opgebouwd, niet wordt gekort. Gelet hierop is verzoeker ontvankelijk in zijn verzoeken. De Commissie beoordeelt hierna eerst of in strijd is gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van geslacht en daarna of in strijd is gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van leeftijd.

Onderscheid op grond van geslacht?

3.12

Verzoeker stelt dat mannen vaker dan vrouwen een meer dan tien jaar jongere partner hebben en dat

daardoor mannelijke deelnemers vaker dan vrouwelijke deelnemers zullen worden getroffen door de in het geding zijnde kortingsregeling. Verweersters maken met de kortingsregeling dan ook indirect onderscheid op grond van geslacht, aldus verzoeker. Voorst is verzoeker van mening dat dit onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is.

3.13

Artikel 12b, eerste lid, Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB), bepaalt dat het ook aan anderen dan de werkgever, verboden is om onderscheid te maken op grond van geslacht bij, onder andere, de bepaling van de inhoud van de pensioenvoorziening of wat betreft de wijze van uitvoering daarvan. De werking van deze bepaling strekt zich, volgens vaste jurisprudentie, ook uit tot pensioenfondsen, zoals verweester 2, en uitvoerders van pensioenvoorzieningen, zoals verweester 1 (HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-379/99 (Menauer), vergelijk ook: CGB 29 oktober 2009, 2009-101, r.o. 3.3). De Commissie kan het handelen van beide verweersters derhalve toetsen aan artikel 12b, eerste lid, WGB.

3.14

Ingevolge artikel 1 WGB wordt onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid verstaan. Onder direct onderscheid op grond van geslacht wordt verstaan: onderscheid tussen mannen en vrouwen. Onder indirect onderscheid op grond van geslacht wordt verstaan: onderscheid op grond van een neutraal criterium, voorschrift, of handelen dat personen bijzonder treft in verband met hun geslacht.

3.15

De kortingsregeling is zowel van toepassing op mannelijke als vrouwelijke deelnemers en maakt derhalve geen direct onderscheid op grond van geslacht.

3.16

De Commissie zal hierna beoordelen of de kortingsregeling indirect onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft. Verweersters hebben gegevens overgelegd van het deelnemersbestand, van verweester 2. Dit betreffen de actieve, gewezen en gepensioneerde deelnemers (zie 2.5). Nu de vraag ter beoordeling voorligt of verweester 2, dat een bedrijfstakpensioenfonds is, en verweester 1, de uitvoerder hiervan, verboden onderscheid maken, zijn de gegevens relevant van alle deelnemers van verweester 2 en niet enkel de gegevens van de deelnemers die bij de voormalige werkgever van verzoeker in dienst zijn of waren. Hierbij is relevant dat artikel 6, tweede lid, van het pensioenreglement, waarin de kortingsregeling is neergelegd, van toepassing is op alle deelnemers van het pensioenfonds.

3.17

De Commissie zal aan de hand van de zogenoemde correlatie- en chikwadraattoets beoordelen of de korting op het nabestaandenpensioen indirect onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft. Uit een deskundigenadvies dat de Commissie ten behoeve van CGB 14 augustus 2009, 2009-78 heeft gevraagd, blijkt dat de correlatie- en chikwadraattoets hiertoe adequate toetsen zijn. Bij deze toetsen gaat de Commissie ervan uit dat de deelnemer die onder de kortingsregeling valt de benadeelde is (zie 3.11).

3.18

Met de correlatietoets (ϕ -toets) is te berekenen of er een samenhang bestaat tussen een bepaalde regeling en de benadeling van een groep. Vervolgens is met de chikwadraattoets te berekenen of de samenhang significant ofwel niet toevallig is. De samenhang of correlatie wordt uitgedrukt in een correlatiecoëfficiënt (ϕ) en berekend met de volgende formule: $\phi = (a*d - b*c) / \sqrt{(a*c)(b*d)(a*b)(c*d)}$ De letters staan hierbij voor de volgende grootheden: ϕ = de samenhang of correlatie a= aantal mannelijke deelnemers met een partner die meer dan 10 jaar jonger is. b= aantal vrouwelijke deelnemers met een partner die meer dan 10 jaar jonger is. c = aantal mannelijke deelnemers met een partner die niet meer dan 10 jaar jonger is. d = aantal vrouwelijke deelnemers met een partner die niet meer dan 10 jaar jonger is. a=367, b=3, c=6245, d=116 (zie 2.5). Toepassing van de formule geeft het volgende resultaat $\phi = 0,018$. Bij een ϕ gelijk aan 0 bestaat er totaal geen samenhang. Als ϕ de waarde 1,0 heeft is de samenhang maximaal. Bij een ondergrens van $\phi = 0,2$ is er sprake van voldoende samenhang en dient vervolgens met de chikwadraattoets onderzocht te worden of die samenhang niet toevallig is. In het onderhavige geval komt de Commissie niet toe aan die laatste toets, omdat uit de correlatietoets blijkt dat er onvoldoende samenhang is. De ϕ is immers 0,018 en daarmee wordt de ondergrens van 0,2 niet overschreden.

3.19

Dit leidt tot de conclusie dat op grond van de correlatie- en chikwadraattoets niet kan worden geconcludeerd dat verweersters jegens verzoeker indirect onderscheid op grond van geslacht maken door de kortingsregeling. Dit neemt echter de mogelijkheid niet weg dat er andere feiten kunnen zijn die kunnen doen vermoeden dat de kortingsregeling indirect onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft. Hieraan is de Commissie eerder, in de oordelen CGB 14 augustus 2009, 2009-78 en CGB 29 oktober 2009, oordeel 2009-101, voorbij gegaan. De Commissie zal in het navolgende dan ook onderzoeken of er (andere) feiten zijn die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden.

3.20

Uit de algemene landelijke cijfers van het CBS blijkt dat in 2008 en 2009 mannen negen keer vaker zijn gehuwd met een vrouw die tenminste tien jaar jonger is dan andersom (zie 2.7). Dit beeld stemt overeen met het beeld over de jaren 1996 tot en met 2007, vergelijk CGB 14 augustus 2009, 2009-78, r.o. 3.16. In dit oordeel stelde de Commissie op basis van cijfers van het CBS vast dat mannen 7,3 tot negen maal vaker dan vrouwen gehuwd zijn met een partner die tenminste tien jaar jonger is.

3.21

Uit deze gegevens blijkt derhalve dat in zijn algemeenheid geldt dat mannelijke deelnemers vaker dan vrouwelijke deelnemers getroffen zullen worden door de in het geding zijnde kortingsregeling. Of verweersters met de kortingsregeling indirect onderscheid op grond van geslacht maken hangt echter af van het deelnemersbestand van verweerster 2 (vergelijk onder meer CGB 14 augustus 2009, 2009-78, r.o. 3.16).

3.22

Bij verweerster 2 hadden op 18 april 2011 van de 6.612 mannelijke deelnemers met een partner er 367 een partner die meer dan tien jaar jonger is. Van de 119 vrouwelijke deelnemers met een partner

hadden er 3 een partner die meer dan tien jaar jonger is. Deze cijfers, hoewel minder uitgesproken dan de landelijke cijfers, bevestigen het beeld, zoals blijkt uit de CBS-cijfers, dat mannen vaker dan vrouwen een partner hebben die tenminste tien jaar jonger is, waardoor mannelijke deelnemers in het bijzonder worden getroffen door de kortingsregeling. De Commissie oordeelt dat hiermee feiten zijn komen vast te staan die kunnen doen vermoeden dat verweersters jegens verzoeker indirect onderscheid op grond van geslacht maken met de kortingsregeling.

3.23

Gelet op de bewijslastverdeling, zoals neergelegd in artikel 7:646, twaalfde lid, BW, betekent dit dat het aan verweersters is om te bewijzen dat zij niet in strijd hebben gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van geslacht. Hiertoe kunnen zij tegenbewijs leveren waaruit blijkt dat de kortingsregeling geen onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft. Indien verweersters hierin niet slagen, is het onderscheid niet verboden indien hiervoor, ingevolge artikel 7:646, tiende lid, BW, een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Verweersters hebben aangevoerd dat zij geen onderscheid op grond van geslacht maken onder verwijzing naar de betekenis die de Commissie in eerdere oordelen aan een negatieve uitkomst van de correlatie- en chikwadraattoets gaf. De Commissie overweegt dat er onvoldoende samenhang is tussen het geslacht van de deelnemers en het al dan niet onder de kortingsregeling vallen om te concluderen dat verweersters onderscheid op grond van geslacht maken. Dit betekent echter niet dat verweersters hiermee ook bewijzen dat zij geen onderscheid op grond van geslacht maken. Het ontbreken van statistisch bewijs voor een samenhang, kan immers niet bewijzen dat die samenhang er niet is. Het ontbreken van dit statistisch bewijs kan dan ook niet gelden als tegenbewijs van het vermoeden dat indirect onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt, gelet op de CBS-gegevens in combinatie met het deelnemersbestand van verweester 2. Nu verweersters ook overigens niet hebben bewezen dat zij geen onderscheid maken, oordeelt de Commissie dat verweersters onderscheid op grond van geslacht jegens verzoeker maken. De Commissie zal hierna beoordelen of het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

Objectieve rechtvaardiging

3.24

Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat is ingezet om dit doel te bereiken. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de organisatie. Een legitiem doel vereist voorts dat geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt ingezet moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Als aan deze voorwaarden is voldaan, levert het onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

3.25

Verweersters hebben toegelicht dat de collectieve pensioenregeling is gebaseerd op een bepaalde mate van solidariteit tussen de deelnemers. Als gevolg van individuele factoren, zoals gezondheid en

levensduur, zal de pensioenuitkering in duur en omvang per persoon verschillen, zonder dat met de verschillende individuele factoren rekening is gehouden bij de vaststelling van de hoogte van de premie die de deelnemer betaalt. Verweersters menen dat het redelijk is om het nabestaandenpensioen te korten als een partner meer dan tien jaar jonger is dan de deelnemer, omdat deze partner doorgaans langer nabestaandenpensioen zal genieten dan een partner die minder in leeftijd scheelt met de deelnemer. Als geen korting zou worden toegepast, zal dit mogelijk tot een hogere pensioenpremie leiden. Om voldoende draagvlak te behouden voor de collectieve pensioenregeling is het noodzakelijk om grenzen te stellen aan het uitgangspunt van onderlinge solidariteit in de vorm van de korting op het nabestaandenpensioen als sprake is van een partner die meer dan tien jaar jonger is.

3.26

De Commissie overweegt dat het doel van verweersters is het behouden van draagvlak voor de collectieve pensioenregeling. Het middel dat verweester hiervoor gebruikt is het beperken van de onderlinge solidariteit. De beperking krijgt vorm in de kortingsregeling. De Commissie oordeelt dat het doel om draagvlak te behouden voor de collectieve pensioenregeling in een werkelijke behoefte voorziet en geen discriminerend oogmerk heeft. De Commissie oordeelt dan ook dat het doel legitiem is.

3.27

Verzoeker betwist dat de kortingsregeling een geschikt middel is om draagvlak voor de collectieve pensioenregeling te behouden. Volgens verzoeker zijn de deelnemers, totdat zij hiermee zelf geconfronteerd worden, niet bekend met de kortingsregeling en heeft deze dus ook geen invloed op het draagvlak. Voor zover de deelnemers er wel mee bekend zouden zijn, zijn zij er helemaal niet mee bezig dat afschaffing van de kortingsregeling mogelijk zou leiden tot, in totaal, een hoger nabestaandenpensioen voor de partners die meer dan tien jaar jonger zijn dan de deelnemer, dan wel tot een stijging van de premie.

3.28

De Commissie overweegt dat door toepassing van de kortingsregeling kan worden bereikt dat de actuariële waarde van het nabestaandenpensioen niet onevenredig verschilt van de actuariële waarde van het nabestaandenpensioen van een nabestaande die niet meer dan tien jaar jonger was dan haar partner. Bovendien kan met de kortingsregeling worden voorkomen dat door het verschil in actuariële waarde de premies mogelijk zullen moeten worden verhoogd.

3.29

De Commissie overweegt dat deze effecten van de kortingsregeling de onderlinge solidariteit begrenzen en dat de kortingsregeling daarmee kan bijdragen aan het behouden van het draagvlak voor de collectieve pensioenregeling. De Commissie oordeelt dan ook dat het middel geschikt en daarmee passend is om het doel te bereiken.

3.30

Ten aanzien van de vraag of het middel ook noodzakelijk is, in de zin van proportioneel, overweegt de Commissie als volgt. De totale pensioenlasten van verweester 2 bedragen circa €26 miljoen per jaar. Verweersters hebben toegelicht dat de kortingsregeling ongeveer €100.000,- per jaar bespaart.

Afschaffing hiervan zal dus slechts een gering effect hebben op de totale pensioenlasten, wat verweersters ter zitting hebben beaamd. Niettemin zal het volgens verweersters moeilijk uit te leggen zijn, en dus ten koste gaan van het draagvlak, als de kortingsregeling niet wordt toegepast. De Commissie kan verweersters hierin niet volgen. Gelet op het geringe effect op de pensioenlasten dat afschaffing van de kortingsregeling tot gevolg heeft, hebben verweersters niet aannemelijk gemaakt dat dit (grote) gevolgen zal hebben voor de hoogte van de premie die de deelnemers moeten betalen. Voorts hebben verweersters niets concreets aangevoerd waaruit zou blijken dat het afschaffen van de kortingsregeling ten koste gaat van de onderlinge solidariteit en het draagvlak voor de collectieve pensioenregeling.

3.31

De Commissie is op grond van het bovenstaande van oordeel dat de kortingsregeling niet in evenredige verhouding staat tot het doel en dus niet noodzakelijk is. Er is derhalve geen objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. Verweersters maken daarom jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van geslacht bij de pensioenvoorziening.

Onderscheid op grond van leeftijd?

3.32

Verzoeker stelt dat verweersters met de kortingsregeling verboden onderscheid op grond van leeftijd maken.

3.33

Artikel 3, eerste lid, aanhef en onderdeel e, van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), in samenhang met artikel 1 van deze wet, bepaalt dat leeftijdsonderscheid verboden is bij de arbeidsvoorwaarden. Pensioen is een arbeidsvoorwaarde als bedoeld in artikel 3 WGBL.

3.34

De WGBL kent een open normadressering. Conform de richtlijn 2000/78/EG richt het verbod van onderscheid op grond van leeftijd zich niet alleen tot de werkgever, maar ook tot andere bij de arbeidsverhouding betrokkenen dan de werkgever. Ook zij vallen onder de werking van de WGBL (*Kamerstukken II 2001/2002, 28170, nr. 3, p. 19*), waaronder pensioenfondsen, zoals verweester 2, en uitvoerders van pensioenregelingen, zoals verweester 1 (vergelijk CGB 16 juni 2011, 2011-91, r.o. 3.4).

3.35

Ten aanzien van de bewijslastverdeling bepaalt artikel 12, eerste lid, WGBL, dat degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in de WGBL, in rechte feiten dient aan te voeren die dat onderscheid kunnen doen vermoeden. Als de verzoekende partij hierin slaagt, is het aan de verwerende partij om te bewijzen dat niet in strijd met de WGBL is gehandeld.

3.36

Artikel 1 WGBL verbiedt zowel direct als indirect onderscheid op grond van leeftijd. De kortingsregeling

is van toepassing ongeacht de leeftijd van de deelnemer en maakt derhalve geen direct onderscheid op grond van leeftijd.

3.37

De Commissie zal hierna beoordelen of de kortingsregeling indirect onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Dit is het geval indien de deelnemers die onder de kortingsregeling vallen bijzonder worden getroffen in verband met hun leeftijd. De Commissie overweegt dat naarmate de deelnemer ouder is, de waarschijnlijkheid dat hij of zij onder de kortingsregeling valt groter is. Hoe ouder de deelnemer, hoe groter immers de kans op een partner die meer dan tien jaar jonger is (vergelijk noot mr. M.R. Mok bij HvJ EG 23 september 2008, zaak C-427/06 (Bartsch)). Doordat de kortingsregeling geformuleerd is in termen van leeftijdsverschil zal de gemiddelde leeftijd van de deelnemers die erdoor worden getroffen, hoger zijn dan de gemiddelde leeftijd van de deelnemers die er niet door worden getroffen. De Commissie oordeelt dan ook dat verweersters jegens verzoeker indirect onderscheid op grond van leeftijd maken.

3.38

Gesteld noch gebleken is dat artikel 8, derde lid, WGBL, van toepassing is. Op grond van deze bepaling geldt het verbod van leeftijdsonderscheid niet als bij pensioenvoorzieningen sprake is van actuariële berekeningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden, voor zover dit niet leidt tot onderscheid op grond van geslacht.

3.39

Daarnaast geldt het verbod van leeftijdsonderscheid niet als het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Hiervoor heeft de Commissie reeds geoordeeld dat geen objectieve rechtvaardiging aanwezig is voor het gemaakte onderscheid op grond van geslacht. De desbetreffende overwegingen (3.25 t/m 3.31) zijn op overeenkomstige wijze van toepassing op het onderscheid op grond van leeftijd.

3.40

Gelet op het bovenstaande oordeelt de Commissie dat verweersters jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van leeftijd maken door toepassing van de kortingsregeling op het door verzoeker ten behoeve van zijn echtgenote opgebouwde nabestaandenpensioen.

4. Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat Stichting Fondsenbeheer Waterbouw en Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Waterbouw jegens [...]:

- verboden onderscheid op grond van geslacht maken bij de pensioenvoorziening, en
- verboden onderscheid op grond van leeftijd maken bij de arbeidsvoorwaarden.

Noot

Auteur: Mr. W.P.M. Thijssen

1.

Deze uitspraak ligt in lijn van vaste rechtspraak van de CGB over het korten van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer aan een pensioenregeling en zijn of haar partner. *Onderscheid naar geslacht.*

De CGB oordeelde dat de korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil geen direct onderscheid in arbeidsvoorwaarden naar geslacht inhield, omdat de regeling voor zowel mannen als vrouwen gold (O. 3.15). De regeling werd echter vermoed indirect onderscheid naar geslacht in het kader van de pensioenvoorziening in te houden waartegen geen tegenbewijs was geleverd. De CGB kwam tot dit oordeel door in eerste instantie aan de hand van de concrete, feitelijke, situatie bij verweersters na te gaan of er voldoende samenhang bestond tussen de benadeling van de groep met een gekort partnerpensioen en de regeling omtrent de korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil. Dat bleek op basis van een statistische analyse (uitvoering van de correlatietoets, inhoudend of sprake is van samenhang tussen de benadeling van de groep met een gekort partnerpensioen en de regeling omtrent de korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil) niet het geval. Omdat van de bedoelde samenhang geen sprake was, kwam de CGB niet toe aan toetsing op basis van de chikwadraattoets (inhoudend of de samenhang al dan niet significant was). Zie O. 3.17-3.19. Vervolgens constateerde de CGB in tweede instantie op basis van algemene statistische informatie dat de regeling omtrent korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil in het algemeen vaker mannen dan vrouwen treft. De CGB constateerde dat dit betekent dat behoudens tegenbewijs te leveren door verweersters wordt vermoed dat ook bij verweersters sprake is van indirect onderscheid naar geslacht op grond van het bepaalde in art. 7:646 lid 12 BW. Daar dit tegenbewijs niet was geleverd, oordeelde de CGB dat sprake was van indirect onderscheid naar geslacht (O. 3.20-3.23). Verweersters beoogden met de korting het financieel draagvlak van de collectieve pensioenregeling stand te doen houden door de onderlinge solidariteit te beperken. Het middel om dat doel te bereiken (de kortingsregeling) was naar het oordeel van de CGB legitiem, geschikt en daarmee passend. Het was echter niet proportioneel zodat van een objectieve rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid geen sprake was (O. 3.24-3.31).

Onderscheid naar leeftijd.

Vervolgens constateerde de CGB dat tevens sprake was van onderscheid naar leeftijd als bedoeld in art. 1 WGBL, omdat naarmate een deelnemer aan de pensioenregeling ouder is, de kans groter is dat hij een (veel) jongere partner heeft en met de kortingsregeling wordt geconfronteerd. Dit onderscheid was op grond van overeenkomstige overwegingen als hiervoor samengevat niet objectief gerechtvaardigd. De pensioenuitzondering van art. 8 lid 3 WGBL (de uitzondering voor het gebruik van leeftijdsafhankelijke actuariële factoren) was eveneens niet van toepassing. Zie O. 3.32-3.40.

Eindoordeel.

Het eindoordeel luidde dat sprake was van verboden indirect onderscheid op grond van geslacht bij de pensioenvoorziening en op grond van leeftijd bij de arbeidsvoorwaarden. Kortom: een logisch opgebouwd, goed gestructureerd oordeel.

2.

Opmerking behoeft nog dat het eveneens vaste rechtspraak van de CGB is dat de korting wegens groot leeftijdsverschil slechts verboden onderscheid op grond van geslacht kan opleveren over pensioen verworven vanaf 17 mei 1990, de datum van het *Barber*-arrest (HvJ EG 17 mei 1990, *NJ*

1992/436) waarin werd geoordeeld dat mannen en vrouwen vanaf die datum recht hadden op gelijke behandeling bij pensioenen. Dit ligt in lijn met HvJ EG 23 september 2008, nr. C-427/06 (*Bartsch/BSH*) waaruit volgt dat aan het gemeenschapsrecht uitsluitend een recht op gelijke behandeling kan worden ontleend vanaf de datum waarop het gemeenschapsrecht tot gelijke behandeling verplicht of de lidstaten verplicht gelijke behandeling in hun nationale wetgeving te implementeren.

3.

Interessant is om te analyseren of de CGB in haar rechtspraak over de korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil volgens vaste lijnen oordeelde. Daartoe werden de 15 oordelen van de CGB over de korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil die schrijver dezes bekend zijn geanalyseerd. Deze analyse levert het volgende beeld, waarbij de diverse uitspraken van de CGB verkort worden aangehaald met hun nummer in Pensioen Jurisprudentie (oordelen die niet in Pensioen Jurisprudentie zijn gepubliceerd worden verkort aangehaald met het oordeelnummer). Opgemerkt zij dat nimmer werd geoordeeld dat de korting van partnerpensioen in verband met groot leeftijdsverschil direct onderscheid naar geslacht opleverde. Dat lijkt overigens evident.

- *PJ* 1999/42 – de korting leverde indirect onderscheid naar geslacht op volgens algemene statistische gegevens.
- Oordeel 2000/88, *PJ* 2001/47 en Oordeel 2000/94 – in deze oordelen werd tot niet ontvankelijkheid geconcludeerd omdat het pensioenverwerving voor 17 mei 1990 betrof.
- *PJ* 2001/48 en *PJ* 2002/79 – de korting leverde indirect onderscheid naar geslacht op volgens algemene statistische gegevens, de korting was niet objectief gerechtvaardigd.
- Oordeel 2003/58 en *PJ* 2003/102 – de korting leverde indirect onderscheid naar geslacht op volgens de bestandsgegevens van de pensioenuitvoerder, de korting was niet objectief gerechtvaardigd.
- *PJ* 2003/103 – de korting leverde geen indirect onderscheid naar geslacht op volgens de bestandsgegevens van de pensioenuitvoerder, in de toekomst zou dat anders kunnen worden en dan zou korting niet objectief gerechtvaardigd zijn.
- *PJ* 2005/19 – in dit oordeel werd tot niet ontvankelijkheid geconcludeerd omdat geen sprake was van verboden indirect onderscheid naar geslacht daar het pensioenverwerving voor 17 mei 1990 betrof en omdat geen sprake was van verboden indirect onderscheid naar leeftijd daar het pensioenverwerving voor 1 mei 2004 (de datum van inwerkingtreding van de WGBL) betrof.
- *PJ* 2009/167 – de korting leverde voor het gedeelte van de pensioenverwerving sedert 17 mei 1990 indirect onderscheid naar geslacht op volgens de bestandsgegevens van de pensioenuitvoerder, de korting was niet objectief gerechtvaardigd.
- *PJ* 2009/168 en *PJ* 2010/48 – de korting en het ontbreken van indexering voor partnerpensioen dat na de pensioendatum tot uitkering kwam, leverden geen indirect onderscheid naar geslacht op basis van de bestandsgegevens van de pensioenuitvoerder na toepassing van de correlatietoets (er was onvoldoende samenhang tussen de benadeling en de korting).
- Oordeel 2007/192 – dit oordeel luidde dat de CGB niet bevoegd was tot oordelen daar het pensioenverwerving voor 1 januari 1993 betrof jegens een beroepspensioenfonds zodat de pensioenverwerving voor de inwerkingtreding van art. 12b WGB (voor beroepspensioenfondsen per 1 januari 1993) en voor de inwerkingtreding van de WGBL werd gerealiseerd.
- Oordeel 2012/6 – geheel conform Oordeel 2011/99 dat het eigenlijke onderwerp van deze

annotatie is, zie punt 1 hiervoor.

Het overzicht leert dat een duidelijke ontwikkeling te ontwaren is. Aanvankelijk betroffen de oordelen van de CGB de vraag of de korting van partnerpensioenen wegens groot leeftijdsverschil indirect onderscheid naar geslacht opleverde. De oordelen werden gebaseerd op algemene statistische gegevens, later tevens op statistische gegevens ontleend aan het feitelijke deelnemersbestand van de werkgever of de pensioenuitvoerder aan de hand van de correlatietoets en de chikwadraattoets. Sedert de invoering van de WGBL werd de toets uitgebreid tot de toets of sprake was van indirect leeftijdsverschil. In de uitspraak die het onderwerp van deze annotatie is (evenals in Oordeel 2012/6) kwam de toetsing in volle omvang aan de orde.

4.

De civiele rechtspraak geeft, geheel anders dan de rechtspraak van de CGB, geen eenduidige lijn te zien. Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, *PJ* 2005/135 (hoger beroep van Ktr. Heerlen 24 maart 2004, *PJ* 2004/86) oordeelde dat de korting van partnerpensioenen wegens groot leeftijdsverschil verboden indirect onderscheid naar geslacht opleverde. Hof Amsterdam 31 augustus 2006, *PJ* 2006/119 (hoger beroep van Ktr. Amsterdam 16 juni 2004, *PJ* 2004/112; vervolg van de procedure ten overstaan van de CGB die leidde tot het oordeel van de CGB van 8 mei 2003, *PJ* 2003/102) oordeelde echter dat de korting van partnerpensioenen wegens groot leeftijdsverschil weliswaar indirect onderscheid naar geslacht opleverde, maar objectieve rechtvaardiging vond in de met de kortingsregeling beoogde beperking van solidariteit. Ook in de literatuur wordt wel de opvatting voorgestaan dat deze beoogde beperking van de solidariteit een objectieve rechtvaardigingsgrond oplevert, terwijl de CGB stevast oordeelt dat deze beperking van de solidariteit ook met alternatieve ingrepen zou kunnen worden bereikt (de korting van partnerpensioenen wegens groot leeftijdsverschil is naar het vaste oordeel van de CGB wel legitiem en adequaat, maar doorstaat bij de CGB niet de proportionaliteitstoets). Het ook ter objectieve rechtvaardiging van de korting van partnerpensioenen wegens groot leeftijdsverschil aangevoerde argument dat deze sterfbeduwelijken voorkomt, pleegt noch door de CGB, noch door de civiele rechter, noch in de literatuur te worden gevolgd.

5.

Vermeldenswaard is nog dat de korting van partnerpensioenen wegens groot leeftijdsverschil in de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers inmiddels is geschrapt (zie *KamerstukkenII*, 32 581 die hebben geleid tot de Wet aanpassing APPA en enkele andere wetten 2011 van 27 oktober 2011, *Stb.* 2011, 531; in werking getreden op 19 november 2011). De schrapping heeft geen terugwerkende kracht. Over de periode tussen 17 mei 1990 en 19 november 2011 bestaat daarom mogelijk voor betrokkenen nog een vordering, zij het dat de civiele rechtspraak verdeeld is en het uiteindelijk niet de CGB is, maar de civiele rechter waarbij ongedaanmaking van de korting zal moeten worden bewerkstelligd. Uitspraken van de CGB zijn immers niet bindend.

6.

Over de korting van partnerpensioenen wegens groot leeftijdsverschil is in de rechtsliteratuur de nodige aandacht besteed. Zie Heemskerk in *Pensioenwet, Analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 445-447 en de daar aangehaalde literatuur.

7.

Invloed op de rechtspraak zal deze uitspraak (en het overeenkomende recentere oordeel 2012/6) waarschijnlijk niet direct hebben daar oordelen van de CGB niet bindend zijn. De rechtspraak zal zich met name richten op de twee hiervoor behandelde uitspraken van Hof 's-Hertogenbosch en Hof Amsterdam. Werkgevers en pensioenuitvoerders die procesrisico willen mijden, zullen de korting van partnerpensioen wegens groot leeftijdsverschil mogelijk schrappen indien hun pensioenregeling deze korting kent. Werkgevers en pensioenuitvoerders die schrapping als een te grote aanslag op de solidariteit binnen de pensioenregeling zien, zullen de korting handhaven en het procesrisico dat zij mogelijk lopen accepteren.