

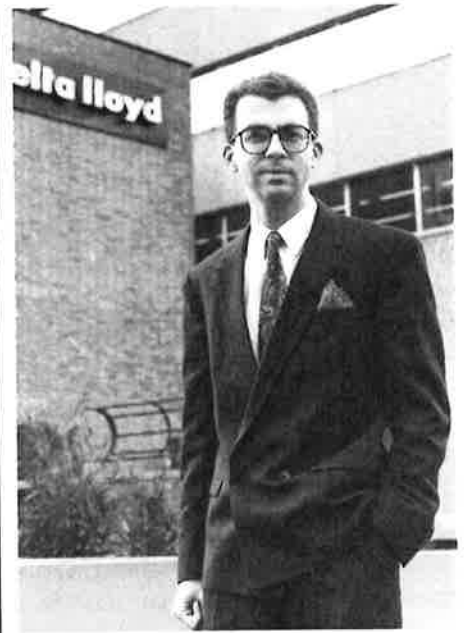
Mr W.P.M. Thijssen (Delta Lloyd)

# Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de aanvullende pensioenregelingen

In art. 119 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen (het EG-Verdrag)<sup>1</sup> is een gebod tot gelijke beloning van mannen en vrouwen bij gelijke arbeid opgenomen. Het verdrag is voor de initiatiefnemers tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, waaronder Nederland, op 1 januari 1958 in werking getreden. Art. 119 van het Verdrag heeft rechtstreekse werking vanaf 1 januari 1962.

Over de status van art. 119 van het EG-Verdrag heeft geruime tijd onzekerheid bestaan. Moest het artikel als een instructienorm voor de Lid-Staten worden beschouwd, op grond waarvan de Lid-Staten verplicht zouden zijn tot wetgeving te komen op het terrein van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het kader van arbeidsvoorwaardenbeleid<sup>2</sup>? Of zouden ingezetenen van de Lidstaten art. 119 van het EG-Verdrag tegen de nationale overheden en tegen mede-ingezetenen kunnen inroepen in een eventuele rechterlijke procedure?

In dit artikel wordt ingegaan op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen. Tevens wordt op de positie van de adviseur ingegaan, echter niet zonder deze adviseur van een praktisch advies te voorzien.



Mr W.P.M. Thijssen, hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Pensioenen: "Het Barber-arrest heeft de pensioenwereld opgeschrikt"

## De rechtspraak van het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bleek van mening te zijn dat art. 119 van het EG-Verdrag door ingezetenen van de EG-Lidstaten tegen mede-ingezetenen kan worden ingeroepen. In het arrest van 8 april 1976 inzake Defrenne/Sabena II<sup>3</sup> gaf het Hof aan dat art. 119 van het EG-Verdrag horizontale werking heeft. Onderdanen van de EG-Lidstaten kunnen zich derhalve onderling op het in art. 119 opgenomen gebod tot gelijke beloning van mannen en vrouwen beroepen. Met het arrest van 13 mei 1986 inzake Bilka/Weber<sup>4</sup> maakt het Hof duidelijk dat de werking van art. 119 zich ook uitstrekt tot de aanvullende pensioenregelingen. De Bilka/Weber-zaak heeft niet tot gevolg gehad dat de aanvullende pensioenregelingen werden aangepast op basis van het gebod tot gelijke beloning. In veel gevallen was (en is nog) de sociale zekerheidswetgeving van de Lid-Staten niet aangepast aan het beginsel van

gelijke beloning. Aanpassing van aanvullende pensioenregelingen zou een discongruentie tussen de wetgeving en het aanvullende pensioen hebben meegebracht. Voorts bevatte de uitspraak van het Hof in de zaak Bilka/Weber een belangrijke beperking. Die beperking was dat het Hof zich slechts uitsprak over aanvullende pensioenregelingen waarvoor geen werknemersbijdrage was verschuldigd<sup>5</sup>.

## Het Barber-arrest.

Op 17 mei 1990 werd de pensioenwereld opgeschrikt door een baanbrekend arrest van het Hof van Justitie: het Barber-arrest.<sup>6</sup> Dit arrest is gewezen in de zaak Barber/The Guardian Royal Exchange Assurance Group<sup>7</sup>. De belangrijkste overwegingen van het Hof in het Barber-arrest ten aanzien van de interpretatie van art. 119 van het EG-Verdrag zijn de volgende:

- art. 119 van het EG-Verdrag heeft horizontale werking, zodat werknemers zich er

voor de rechter op kunnen beroepen tegen hun werkgever;

- de werking van art. 119 strekt zich mede uit over de aanvullende pensioenregelingen;
- pensioenregelingen moeten voor mannen en vrouwen in overigens gelijke omstandigheden op alle onderdelen gelijk zijn zodat ongelijke pensioenleeftijden voor mannen en vrouwen in overigens gelijke omstandigheden niet zijn toegestaan;
- wanneer de toezegging formeel door een pensioenfonds wordt gedaan, zodat de werkgever zijn werknemers slechts toezegt aan het fonds de voor de deelneming verschuldigde bedragen te voldoen, geldt het beginsel van de gelijke beloning onverkort;
- voor zover de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer volledig is uitgewerkt, hoeft de vereiste gelijke behandeling van mannen en vrouwen niet alsnog te worden gerealiseerd.

Het is met name de achter het laatste gedachtenstreepje opgenomen beslissing van het

Hof ten aanzien van de beperking van de terugwerkende kracht die de gemoederen vanaf 1990 heeft beziggehouden<sup>8</sup>. Het is namelijk geenszins duidelijk wanneer de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer volledig is uitgewerkt in de visie van het Hof.

## De beperking van de terugwerkende kracht

Het Hof motiveert de beperking van de terugwerkende kracht als volgt. Het rechtszekerheidsbeginsel brengt mee dat de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de aanvullende pensioenregelingen achterwege kan blijven wanneer een vóór 17 mei 1990 bestaande rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer volledig is uitgewerkt, omdat een andere opvatting er toe zou leiden dat de financiële positie van de onderneming achteraf zou worden aangetast. Het rechtszekerheidsbeginsel brengt deze belangrijke beperking mee omdat zowel de overheden van de Lid-Staten als de ingezetenen van de EG op grond van de vierde richtlijn en het concept voor een vijfde richtlijn er van uitgingen dat art. 119 van het EG-Verdrag niet meer dan een instructienorm was, zodat er geen claims op grond van art. 119 te vrezzen zouden zijn<sup>9</sup>. Wat is nu de betekenis van de beperking van de terugwerkende kracht en van de overweging van het Hof in verband met de "uitgewerkte rechtsverhouding" tussen werkgever en werknemer?

## Diverse mogelijkheden

In verband met de werking in de tijd van de in het Barber-arrest gegeven interpretatie van art. 119 EEG-Verdrag zijn de volgende mogelijkheden denkbaar. Het gebod tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen geldt:

- uitsluitend voor aanspraken op te bouwen vanaf 17 mei 1990 voor degenen die op die datum deelnemer waren aan de pensioenregeling, en wel zonder enige terugwerkende kracht;
- voor de tot 17 mei 1990 opgebouwde aanspraken voor degenen die op die datum deelnemer waren zonder terugwerkende kracht, maar voor nieuw verworven aanspraken, bijvoorbeeld door verbetering van de pensioenregeling of verhoging van het overeengekomen salaris, op of na 17 mei 1990 met terugwerkende kracht;
- voor de volledige aanspraak van

## "Gelijke behandeling van mannen en vrouwen moet in de aanvullende pensioenregelingen worden doorgevoerd"

- degenen die op 17 mei 1990 deelnemer waren aan de pensioenregeling, en wel met terugwerkende kracht;
- behalve voor de volledige aanspraak van degenen die op 17 mei 1990 deelnemer waren aan de regeling, ook voor degenen die gedurende een periode gelegen vóór 17 mei 1990 deelnemer aan de regeling zijn geweest en in afwachting zijn van de ingang van hun pensioen (de zogenaamde slapers);
- niet alleen voor de deelnemers en de slapers, maar daarnaast ook nog eens voor de gepensioneerden, al dan niet met terugwerkende kracht tot de ingangsdatum van hun pensioen.

## Financiële gevolgen

De lasten die het voorschrift van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen zou meebrengen zijn voor de diverse scenario's berekend en worden geschat op een bedrag van f 130 miljard wanneer de meest vergaande interpretatie van het Barber-arrest wordt gevolgd. In Nederland tekent zich overeenstemming af over de juiste interpretatie van het Barber-arrest voor de in Nederland gebruikelijke pensioenregelingen.

De in Nederland gebruikelijke pensioenregelingen gaan uit van jaarlijkse opbouw van het uiteindelijk te bereiken pensioen. Daarom is verdedigbaar dat ten aanzien van de jaarlijks verworven aanspraak op het uiteindelijk te bereiken pensioen na verstrijken van het jaar sprake is van een uitgewerkte rechtsverhouding. Van deze opvatting uitgaande zou het Barber-arrest slechts verplichten tot gelijke pensioenopbouw voor mannen en vrouwen in overigens gelijke omstandigheden voor de op of na 17 mei 1990 nieuw te verwerven aanspraken. Deze interpretatie is de achter het tweede gedachtenstreepje genoemde variant voor de interpretatie van de uitspraak van het Hof op het punt van de terugwerkende kracht<sup>10</sup>. Een ander facet van de terugwerkende kracht is de vraag hoe ver de terugwerkende kracht reikt, indien terugwerkende kracht moet worden aangenomen. Er zijn drie varianten denkbaar. Het Barber-arrest zou kunnen terugwerken tot:

- 1 januari 1962, de datum waarop art. 119 van het EG-Verdrag bindend is geworden;

- 8 april 1976, de datum waarop het Hof van Justitie in het arrest Defrenne/Sabena II oordeelde dat art. 119 van het Verdrag horizontale werking had;
- 13 mei 1986, de datum waarop het Hof in het Bilka/Weber-arrest oordeelde dat art. 119 mede betrekking had op aanvullende pensioenregelingen<sup>11</sup>.

## Een praktisch advies voor de pensioenadviseur

Daan nu het praktisch advies waarmee een pensioenadviseur in de praktijk uit de voeten kan. Het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen moet onverkort vanaf 17 mei 1990 in de aanvullende pensioenregelingen worden doorgevoerd voor nieuw te verwerven pensioenaanspraken vanaf die datum. Aanspraken die op grond van het Barber-arrest op 17 mei 1990 kunnen worden geclaimd behoeven niet met terugwerkende kracht te worden toegekend. Aanspraken verworven na die datum kunnen met terugwerkende kracht tot aan de datum van indienstreding van de desbetreffende deelnemer worden toegekend. Zo wordt gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van na 17 mei 1990 nieuw verworven aanspraken daadwerkelijk gerealiseerd.

## Wijziging van het Verdrag tot oprichting van de EG

Inmiddels zijn door de Lid-Staten stappen ondernomen om de mogelijke grote financiële implicaties van het Barber-arrest te voorkomen. Het Hof van Justitie kan slechts op één manier een halt worden toegeeroepen om de gevolgen van art. 119 van het EG-Verdrag verder te doen reiken dan de lidstaten wel gezind is: wijziging van het EG-verdrag. Een mogelijkheid waar tot voor kort geen jurist aan zou hebben durven denken. Frappant is dat Nederland in deze nieuwe ontwikkeling een cruciale rol heeft gespeeld.

## De top in Maastricht

Tijdens de op 9 en 10 december 1991 gehouden EG-top in Maastricht is een voorstel van de Nederlandse minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (B. de Vries) tot wijziging van het EG-Verdrag aangenomen. In een protocol bij het Verdrag zal worden vastgelegd dat het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de aanvullende pensioenregelingen slechts hoeft te worden gerealiseerd voor vanaf 17 mei 1990 nieuw verworven pensioenaanspraken. Het protocol wordt het Nederlandse protocol genoemd, om het protocol te onderscheiden van een ander door Duitsland voorgesteld protocol. Dit Duitse protocol wordt hier niet behandeld. Op deze wijze wordt getracht de financiële consequenties van een 'worst case scenario' te ontlopen.

De Nederlandse tekst van het protocol luidt als volgt:

1. Voor de toepassing van artikel 119 zijn uitkeringen ingevolge een ondernemings- of sectoriële pensioenregeling geen beloning in de zin van dit artikel, indien en voor zover zij zijn toe te rekenen aan tijdvakken van arbeid gelegen voor 17 mei 1990, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.
2. Dit protocol maakt een integraal deel uit van het Verdrag.

In het protocol wordt de eerder weergegeven optie voor de interpretatie van de overweging met betrekking tot de werking in tijd in het Barber-arrest als werkelijke interpretatie aanvaard<sup>12</sup>.

## Gevolgen van het Nederlands protocol

De protocollen vormen thans nog geen geldend recht. Ze 'gelden' pas wanneer ze door alle Lid-Staten zijn geratificeerd. De ratificatieprocedure moet dus volgens de in elke Lid-Staat voor ratificatie geldende nationale bepalingen worden gevolgd. De Nederlandse ratificatieprocedure brengt onder meer mee dat de protocollen door beide Kamers der Staten-Generaal moeten worden aanvaard. Het kan dus nog geruime tijd duren voor de protocollen in werking treden<sup>13</sup>.

De gevolgen van met name het Nederlandse protocol zullen sterk afhangen van de datum waarop het protocol in werking zal treden. In



*Het Barber-arrest heeft pensioenadviseurs in een lastige situatie gebracht, omdat het in veel gevallen de in het arbeidsvoorwaardenoverleg gemaakte afspraken over pensioenregelingen doorkruist.*

beginsel doen zich twee mogelijkheden voor. De eerste mogelijkheid is dat het Hof van Justitie vóór de datum waarop het Nederlandse protocol in werking treedt uitmaakt dat art. 119 van het EG-Verdrag verdergaande terugwerkende kracht heeft dan met het protocol wordt beoogd. In dat geval zou wellicht voor over de periode tussen 17 mei 1990 en de datum waarop het protocol in werking treedt verworven aanspraken verdergaande terugwerkende kracht moeten worden aangenomen dan onder het met de protocollen beoogde juridische regime. Men kan hierbij denken aan de op de vorige pagina onder het kopje 'beperking terugwerkende kracht' achter het derde, vierde of vijfde gedachtenstreepje weergegeven optie voor interpretatie van het Barber-arrest. Voor de periode vanaf de datum van inwerkingtreding van het protocol zou gelden dat de terugwerkende kracht is beperkt. Aldus zou de uitvoeringspraktijk met ingewikkelde overgangsregelingen worden opgezadeld. Die overgangsregelingen zouden nauwkeurig in pensioentoezeggingen meten worden geformuleerd.

De tweede mogelijkheid is dat het Hof van Justitie gedurende de periode tot de datum van inwerkingtreding van het Nederlandse protocol of géén uitspraak doet over de juiste interpretatie van de overweging met betrekking tot de werking in de tijd van het Barber-arrest, of zich in een uitspraak conformeert aan het door de Lid-Staten aangenomen protocol. Het lijkt niet erg waarschijnlijk dat het Hof van Justitie een uitspraak zal doen die afwijkt van het in het Nederlands protocol ingenomen

standpunt. Dat protocol geeft immers de politieke wil van elk van de Lid-Staten weer. Voorzichtigheid is echter op zijn plaats. Het Hof heeft voldoende kans nog vóór de in werking treding van het Nederlandse protocol een van dat protocol afwijkende uitspraak te doen. Er liggen klassieke schoolvoorbeelden van discriminatoire bepalingen in aanvullende pensioenregelingen ter beoordeling bij het Hof, juist om meer duidelijkheid over de werking in de tijd van het Barber-arrest te krijgen.

## De motie Van Zijl c.s.

Uit het voorgaande bleek dat aangenomen zou mogen worden dat de terugwerkende kracht van het Barber-arrest zich niet uitstrekt tot aanspraken verworven tot de datum van het Barber-arrest. Deze beperking van de terugwerkende kracht zou met name voor vrouwelijke werknemers nadelig zijn.

Enkele kamerleden hebben een motie in de Tweede Kamer ingediend waarin zij de regering vragen een onderzoek te doen naar de kosten die reparatie van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in het verleden zou meebrengen. Daarbij zou de regering moeten uitgaan van een zekere eigen verantwoordelijkheid van de pensioenfondsen en een financiële bijdrage uit het Fonds Voorheffing Pensioenverzekering.

Het Fonds Voorheffing Pensioenverzekering is het fonds waarvan thans de rentebaten worden aangewend voor financiering van de pensioenopbouw van bepaalde groepen werklozen.

## De positie van pensioenadviseurs

Het Barber-arrest heeft pensioenadviseurs in een lastige situatie gebracht. Het Barber-arrest doorkruist in vele gevallen in arbeidsvoorwaardenoverleg gemaakte afspraken over pensioenregelingen. Pensioenadviseurs zijn bij hun advisering vaak gebonden aan de uitkomsten van dat arbeidsvoorwaardenoverleg, die als 'fait accompli' moeten worden beschouwd. Toch hebben pensioenadviseurs een actieve rol te vervullen bij de implementatie van de eisen die het Barber-arrest aan aanvullende pensioenregelingen stelt.

Een voorbeeld ter verduidelijking. Gesteld dat een werkgever een discriminatoire pensioenregeling wenst te verzekeren. De door hem ingeschakelde pensioenadviseur waarschuwt niet voor de mogelijke gevolgen. Nadat alles rond is, wordt de werkgever aangesproken door een of meerdere van zijn werknemers op grond van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen. De werkgever wordt gedwongen de door hem toegezegde pensioenregeling inhoudelijk te wijzigen en wordt daardoor met hogere kosten dan verwacht geconfronteerd. De werkgever zou kunnen trachten de schade op de verzekeringsmaatschappij te verhalen uit hoofde van de gesloten verzekeringsovereenkomst.

Mogelijkerwijs hangt het oordeel van de rechter die over de gegrondheid van de schadeclaim moet oordelen mede af van de rol die de pensioenadviseur heeft gespeeld.

Zo is het denkbaar dat de verzekeringsmaatschappij de pensioenadviseur op de mogelijke problemen heeft gewezen, maar de pensioenadviseur deze informatie niet aan de werkgever heeft doorgespeeld. In die situatie zou een schadeclaim uit hoofde van de lastggevingsovereenkomst jegens de pensioenadviseur meer kans van slagen kunnen hebben dan een schadeclaim jegens de verzekeringsmaatschappij.

De risico's voor de pensioenadviseur moeten echter niet worden overtrokken: aangenomen moet worden dat ook de verzekeringsmaatschappij zelf in de fase van het totstandkomen van een pensioenverzekeringsovereenkomst de plicht heeft op de mogelijke gevolgen van het Barber-arrest te wijzen. Wanneer bijvoorbeeld een verzekeringsmaatschappij de serieuze waarschuwing van de betrokken pensioenadviseur van de mogelijke gevolgen van "Barber" zou negeren of ontkennen, blijft de pensioenadviseur waarschijnlijk buiten schot. Pensioenadviseurs en verzekeringsmaatschappijen die hun klanten in algemene of gerichte mailings over de mogelijke gevolgen van het Barber-arrest hebben geïnformeerd lopen echter naar alle waarschijnlijkheid geen risico. Mogelijke schadelijking van een of meerdere bij het totstandkomen van een pensioenverzekeringsovereenkomst betrokken partijen hangt sterk af van de concrete omstandigheden van het geval.

1) *Verdrag van 25 maart 1957*. Trbl. 1957, nr. 91. 2) Vgl. de art. 100 en 117 van het EEG-Verdrag. 3) Jur. 1976 blz. 455. 4) Jur. 1988 blz. 1607. 5) Vg. Lutjens, tap., blz. 49. 6) Niet gepubliceerd, onder andere besproken door E. Hoving in *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken (TPV)* 1990, blz. 50-55. 7) De mogelijke gevolgen van het Barber-arrest zijn uitgebreid behandeld door H. Brauker en A.J. van de Griend, *Pensioen & Praktijk* 1991, nr. 9 blz. 3-11. 8) Zie ro. 44. 9) Ro 43 en ro. 44. 10) Aldus o.a. Hoving, t.a.p. blz. 54. De auteur is echter van mening dat deze beperking slechts geldt voor die elementen van een pensioenregeling waarvoor de richtlijnen uitstel boden. Voor de overige elementen zou het Barber-arrest terugwerken tot de datum van het *Bilka/Weber* arrest. 11) In die zin Hoving t.a.p. blz. 54, zie nt. 15. 12) Over de protocollen: R. ten Wolde in de rubriek *pensioenactualiteiten* van *Pensioen & Praktijk* 1992, nr. 1, blz. 28. 13) Over de ratificatieprocedure: H.G. Schermers, *Internationaal publiekrecht voor de rechtspraak*, 2-de druk, Kluwer, Deventer, 1984, blz. 97-98.