

Meer duidelijkheid over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in pensioenregelingen

Op 6 oktober 1993 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen uitspraak gedaan in één van de zogenaamde vervolgzaken-Barber. Het betrof de zaak *Ten Oever/Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*. Het voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen baanbrekende Barber-arrest van het Hof van Justitie (arrest van 17 mei 1990) gaf op een aantal punten onvoldoende duidelijkheid. Het belangrijkste van die punten was de werking in de tijd van het arrest. Op dit punt heeft het arrest van 6 oktober meer duidelijkheid gebracht. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de huidige stand van zaken.

Startpunt: artikel 119 van het EG-Verdrag

Het startpunt voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de aanvullende pensioenregelingen is artikel 119 van het EG-Verdrag. Dat artikel schrijft voor dat mannen en vrouwen voor gelijke arbeid gelijk moeten worden beloond. Het is geruime tijd onduidelijk geweest welke de status van artikel 119 van het EG-Verdrag was.

De Raad van de Europese Gemeenschappen beschouwde artikel 119 als een opdracht om de Lid-Staten te dwingen de nationale wetgeving in overeenstemming te brengen met het in artikel 119 van het EG-Verdrag tot uitdrukking gebrachte beginsel. Op instigatie van de Europese Commissie heeft de Raad op 24 juli 1986 een richtlijn vastgesteld die de Lid-Staten verplicht om ten aanzien van aanvullende pensioenregelingen

het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen geleidelijk in de nationale wetgeving vast te leggen. Deze richtlijn wordt in de pensioenwereld met de term 'vierde richtlijn' aangeduid. De Europese Commissie heeft op 23 oktober 1987 een concept vervolgrichtlijn vastgesteld om verdere gefaseerde invoering van het gebod tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen te bewerkstelligen. Deze conceptrichtlijn heeft de naam 'vijfde richtlijn' meegekregen. In Nederland is op 19 oktober 1988 een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer om de Nederlandse wetgeving in overeenstemming te brengen met de vierde richtlijn. Dit wetsvoorstel is momenteel in behandeling bij de Eerste Kamer.

Het Hof van Justitie heeft een eigen koers gevaren. In 1976 besliste het Hof dat artikel 119 van het EG-Verdrag *rechtstreekse* werking heeft: het houdt geen opdracht aan de Lid-Staten in om hun wetgeving aan te passen, maar burgers kunnen zich onderling rechtstreeks op artikel 119 beroepen.

Vooralsnog was niet duidelijk of artikel 119 van het EG-Verdrag ook betrekking had op aanvullende pensioenregelingen. In 1986 besliste het Hof dat artikel 119 van het EG-Verdrag van toepassing was op pensioenregelingen waarvoor géén werknemersbijdrage werd gevraagd. De gedachte was blijkbaar dat een regeling zonder werknemersbijdrage echt als 'beloning' gold. Omdat veel pensioenregelingen in de praktijk wél een werknemersbijdrage kennen, heeft het arrest uit 1986 niet voor een doorbraak ten aanzien van de



Mr. W. P. M. Thijssen is Hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Pensioenen

gelijke behandeling van mannen en vrouwen gezorgd.

De vierde richtlijn

De vierde richtlijn verplichtte de Lid-Staten om de nationale wetgeving uiterlijk per 31 juli 1987 in overeenstemming te hebben gebracht met de richtlijn. De bepalingen in de nationale wetgeving mochten uiterlijk tot 1 januari 1993 uitstel geven om tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen in pensioenregelingen over te gaan. De inhoud van de vierde richtlijn kan het best uiteen worden gezet door te vermelden waartoe de richtlijn niet verplicht. Buiten de verplichting om tot gelijke behandeling over te gaan zouden mogen blijven:

- de pensioengerechtigde leeftijd;
- nabestaandenpensioen;
- pensioenregelingen volgens het beschikbare premiesysteem, echter uiterlijk tot 31 juli 1999.

Het concept voor een vijfde richtlijn

Het concept voor de vijfde richtlijn beoogde de Lid-Staten te verplichten om de nationale wetgeving in een latere fase verder in overeenstemming te brengen met het gebod van artikel 119 EG-Verdrag. In het concept werden de volgende uitbreidingen voorgesteld:

- voor de pensioengerechtigde leeftijd, nabestaandenpensioen en wezenpensioen zou de gelijke behandeling van mannen en vrouwen moeten worden gerealiseerd;
- gelijke behandeling zou ook voor beroepspensioenregelingen verplicht moeten worden.

In pensioenregelingen die slechts weduwenpensioen kennen zou het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen kunnen worden ingevoerd door tevens weduwnaarspensioen in de regeling op te nemen.

Het Nederlandse wetsvoorstel

In het Nederlandse wetsvoorstel zijn de voorschriften van de vierde richtlijn overgenomen. Het wetsvoorstel loopt gedeeltelijk vooruit op de vijfde richtlijn: het schrijft ook gelijke behandeling van mannen en vrouwen in beroepspensioenregelingen voor. Daarbij moet – bijvoorbeeld – worden gedacht aan de beroepspensioenregeling voor de advocatuur of het notariaat. Van belang is de overgangsbepaling waarin het wetsontwerp voorziet. Die bepaling houdt in dat bestaande ongelijkheden die verband houden met een afwijkende pensioenleeftijd voor vrouwelijke werknemers die vóór 31 juli 1986 de leeftijd van 50 jaar hebben bereikt, op hun verzoek gehandhaafd mogen worden.

Het Barber-arrest

Met het wijzen van het Barber-arrest op 17 mei 1990 heeft het Hof van Justitie de door de Europese Commissie bepleite geleidelijke invoering van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen resoluut van de hand gewezen. In het Barber-arrest besliste het Hof dat

artikel 119 van het EG-Verdrag ten aanzien van aanvullende pensioenregelingen rechtstreekse werking heeft. Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen is rechtstreeks verplicht op grond van artikel 119 van het Verdrag. Richtlijnen en nationale wetgeving zijn feitelijk overbodig. Onder andere omdat de Lid-Staten gezien het beleid van de Europese Commissie mochten verwachten dat de verplichting tot gelijke behandeling geleidelijk ten uitvoer zou mogen worden gelegd, beperkte het Hof de werking van artikel 119 van het EG-Verdrag in de tijd. De beperking in de tijd heeft echter veel vragen opgeroepen. Zou het gebod tot gelijke behandeling voor alle pensioenuitkeringen die op of na 17 mei 1990 werden verricht gelden? Of kon worden volstaan met gelijke pensioenopbouw vanaf 17 mei 1990? Als dat laatste het geval was, zouden voor pensioenverhogingen toegekend op of na 17 mei 1990 alle dienstjaren in aanmerking moeten worden genomen, of slechts de dienstjaren vanaf 17 mei 1990? Strekt artikel 119 EG-Verdrag zich ook uit tot nabestaandenpensioen? Mogen bestaande ongelijkheden in het kader van een overgangsregeling worden gehandhaafd? En hoe zit het met de actuariële berekeningsfactoren, met name bij beschikbare premierregelingen?

Ten gevolge van de interpretatie van artikel 119 EG-Verdrag in het Barber-arrest zijn de richtlijnen, voor zover ze betrekking hebben op werknemerspensioenregelingen, nauwelijks meer van belang. Hetzelfde geldt voor het Nederlandse wetsvoorstel. In een persbericht van 13 oktober 1990 heeft de verantwoordelijke bewindsman, staatssecretaris Wallage van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, aangekondigd dat een wijzigingsvoorstel zal worden ingediend zodra het Hof van Justitie ook in de andere vervolgzaken-Barber uitspraak heeft gedaan.

Het protocol bij het Verdrag van Maastricht

In december 1991 is tijdens de top in Maastricht op initiatief van Nederland een wijziging van

artikel 119 van het EG-Verdrag overeengekomen. De wijziging houdt in dat artikel 119 slechts verplicht tot gelijke pensioenopbouw vanaf 17 mei 1990 en dat ten aanzien van pensioenverhogingen toegekend op of na 17 mei 1990 slechts met betrekking tot dienstjaren vanaf 17 mei 1990 een beroep op artikel 119 kan worden gedaan. Inmiddels is duidelijk dat alle Lid-Staten het Verdrag van Maastricht zullen ratificeren, zodat het protocol spoedig rechtskracht zal krijgen.

De uitspraak van 6 oktober 1993 in de zaak Ten Oever

Het arrest van 6 oktober 1993 waar wij dit artikel mee begonnen heeft duidelijkheid gebracht ten aanzien van nabestaandenpensioen. Mevrouw Ten Oever was deelneemster in de pensioenregeling van de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf. Deze pensioenregeling kende wél weduwenpensioen voor mannelijke deelnemers, maar géén weduwnaarspensioen voor vrouwelijke deelnemers. Mevrouw Ten Oever kwam te overlijden in 1988, vóórdat weduwnaarspensioen in de pensioenregeling van het bedrijfspensioenfonds werd geïntroduceerd en tevens vóór de datum waarop het Barber-arrest werd gewezen. Het was schrijnend voor Ten Oever om te moeten constateren dat weduwnaarspensioen in 1989 wél onderdeel van de pensioenregeling van het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf is gaan uitmaken! Ten Oever claimde als weduwnaar een weduwnaarspensioen bij het pensioenfonds. Omdat het pensioenfonds weigerde om hem een weduwnaarspensioen toe te kennen, startte hij een procedure voor de kantonrechter te Utrecht.

Nationale rechters van de Lid-Staten van de EG hebben de mogelijkheid om vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie van de EG om duidelijkheid te krijgen over de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht. Het Hof heeft deze duidelijkheid ten aanzien van de toepassing van artikel 119 van het EG-Verdrag op nabestaandenpensioen gegeven in het arrest Ten Oever.

Een belangrijk onderdeel van de uitspraak Ten Oever is dat het Hof in dat arrest duidelijk heeft gemaakt dat nabestaandenpensioenen onder de werkingssfeer van artikel 119 van het EG-verdrag valt. Hoewel nabestaandenpensioenen uit zijn aard niet toekomt aan de werknemer zelf, moet het als een 'beloning' aan die werknemer worden beschouwd.

Mogelijke interpretaties van het Barber-arrest met betrekking tot de werking in de tijd van artikel 119 EG-Verdrag.

Van groot belang is dat door de uitspraak in de door Ten Oever aangespannen procedure duidelijkheid is ontstaan over de werking in de tijd van artikel 119 van het EG-Verdrag.

Ten aanzien van de werking in de tijd van artikel 119 van het EG-Verdrag was een tweetal interpretaties mogelijk, te weten:

- de pensioenuitkeringen interpretatie; en
- de pensioenaanspraken interpretatie.

Van de pensioenuitkeringen interpretatie bestaan twee varian-

ten. Artikel 119 van het EG-Verdrag verplicht tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van elke pensioenuitkering:

- op of na 17 mei 1990, zowel ten aanzien van pensioenen die vóór 17 mei 1990 zijn ingegaan als ten aanzien van pensioenen die op of na die datum tot uitkering zijn gekomen;
- op of na 17 mei 1990, echter uitsluitend ten aanzien van pensioenen die op of na die datum zijn ingegaan.

De pensioenaanspraken interpretatie kende een drietal varianten. Artikel 119 van het EG-Verdrag verplicht voor werknemers die op of na 17 mei 1990 in dienst waren:

- tot gelijke pensioenopbouw over alle dienstjaren (ook de dienstjaren gelegen vóór 17 mei 1990) zowel ten aanzien van de aanspraak die correspondeert met het salaris op 17 mei 1990 als ten aanzien van latere verhogingen van de aanspraak ten gevolge van salarisverhogingen (gelijke behandeling ten aanzien van op 17 mei 1990 bestaande coming service en backservice

als ten aanzien van toekomstige coming service en backservice over alle dienstjaren);

- voor toekomstige dienstjaren tot gelijke pensioenopbouw ten aanzien van de pensioenaanspraak die correspondeert met het salaris op 17 mei 1990, en voor alle dienstjaren tot gelijke pensioenopbouw ten aanzien van latere verhogingen van de pensioenaanspraak (gelijke behandeling ten aanzien van op 17 mei 1990 bestaande coming service aanspraken over toekomstige dienstjaren en toekomstige coming service en backservice over alle dienstjaren);
- voor de toekomst tot gelijke pensioenopbouw ten aanzien van de aanspraak die correspondeert met het salaris op 17 mei 1990, en over de dienstjaren vanaf 17 mei 1990 ten aanzien van latere verhogingen van de pensioenaanspraak (gelijke behandeling ten aanzien van de op 17 mei 1990 bestaande coming service aanspraken over toekomstige dienstjaren en toekomstige coming service en backservice over de dienstjaren vanaf 17 mei 1990).

Vanaf 17 mei 1990 moeten mannen en vrouwen in gelijke omstandigheden gelijke pensioenaanspraken opbouwen.



De pensioenuitkeringen interpretatie brengt mee dat pensioenrechten van werknemers waarmee het dienstverband al (lang) vóór 17 mei 1990 is verbroken alsnog moeten worden aangepast op grond van het voorschrift van artikel 119 EG-Verdrag. In de pensioenaanspraken interpretatie is de werking van artikel 119 EG-Verdrag beperkt tot werknemers die op 17 mei 1990 in actieve dienst zijn.

De terugwerkende kracht van artikel 119 EG-Verdrag is voor pensioenregelingen beperkt tot 17 mei 1990

Voor de praktijk is het uiteraard van het grootste belang om te weten welke interpretatie de juiste is. In het Barber-arrest besliste het Hof van Justitie dat de gelijke behandeling van mannen en vrouwen niet alsnog behoefde te worden gerealiseerd in de situatie waarin de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer is uitgewerkt. In het arrest Ten Oever heeft het Hof impliciet aangegeven wanneer sprake is van een 'uitgewerkte rechtsverhouding'. Gelijke behandeling van mannen en vrouwen hoeft niet alsnog te worden gerealiseerd over tijdvakken van arbeid die zijn gelegen vóór 17 mei 1990. Daarmee kiest het Hof voor de als laatste weergegeven variant van de pensioenaanspraken interpretatie. Ik merk nog op dat het door het Hof gehanteerde criterium dat gelijke behandeling niet alsnog hoeft te worden gerealiseerd ten aanzien van pensioenaanspraken die worden toegekend over op 17 mei 1990 reeds verstreken tijdvakken van arbeid ook anders zou kunnen worden uitgelegd. De systematiek van pensioenregelingen volgens een eind-salaris-systeem brengt mee dat een gedeelte van pensioenverhogingen wordt berekend over dienstjaren gelegen vóór de datum waarop recht ontstaat op de verhoging van het pensioen. De aanspraak op verhoging van het pensioen over verstreken dienstjaren ontstaat immers niet gedurende die dienstjaren, maar op het moment waarop de verhoging wordt toegekend. Het Hof heeft echter een duidelijke

keuze gemaakt in het arrest Ten Oever. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de keuze van het Hof in belangrijke mate door kostenoverwegingen is ingegeven. In het arrest Ten Oever blijkt dat gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van nabestaandenpensioen verplicht is ten aanzien van aanspraken die op of na 17 mei 1990 worden verkregen. De belanghebbende weduwnaar in het arrest heeft géén baat bij de uitkomst van de procedure: zijn echtgenote was namelijk reeds vóór 17 mei 1990 overleden, zodat geen aanspraak op weduwnaarspensioen aan artikel 119 van het EG-Verdrag kon worden ontleend. De resterende onduidelijkheden zullen door het Hof van Justitie in de andere vervolgzaken-Barber moeten worden weggenomen. Op het punt van nabestaandenpensioen bestaat nu al meer duidelijkheid.

Het aanpassen van bestaande pensioenregelingen

Nu duidelijk is welke de werking in de tijd van artikel 119 van het EG-Verdrag is, kan de aanpassing van pensioenregelingen, voor zover nog noodzakelijk, voortvarend ter hand worden genomen.

Ik ga op de feitelijke aanpassing van pensioenregelingen kort in aan de hand van een voorbeeld.

Een pensioenregeling kent:

- aan mannelijke werknemers een ouderdompensioen dat ingaat bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd en een weduwnaarspensioen toe;
- aan vrouwelijke werknemers een ouderdompensioen dat ingaat bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd toe.

Vooraf merk ik op dat zolang deze pensioenregeling niet wordt aangepast, de werkgever procesrisico loopt. Hetzelfde geldt voor een pensioenfonds, indien de regeling door een pensioenfonds wordt uitgevoerd. Het procesrisico houdt in dat mannelijke werknemers een ouderdompensioen kunnen claimen dat ingaat bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd. Vrouwelijke werknemers zouden een inhaalpensioen kunnen claimen.

De werkgever zal aanpassing van

de pensioenregeling moeten zien te bewerkstelligen in het arbeidsvoorwaardenoverleg. De aanpassing zou kunnen inhouden dat de pensioendatum voor vrouwelijke werknemers aan die van mannelijke werknemers wordt gelijkgesteld. In ruil voor deze verslechtering zou aan vrouwelijke werknemers weduwnaarspensioen moeten worden toegekend. Wanneer in het arbeidsvoorwaardenoverleg geen overeenstemming zou kunnen worden bereikt over deze aanpassingen, zou de werkgever zowel aan mannelijke als aan vrouwelijke werknemers de keuze kunnen aanbieden tussen de voor mannen of vrouwen geldende pensioenregeling. De werkgever dient zich te realiseren dat de aanpassing op grond van het in de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) opgenomen afkoopverbod niet met terugwerkende kracht kan worden uitgevoerd. In eventueel overschot in het ouderdompensioen van vrouwelijke werknemers, waarvan de ingangsdatum met vijf jaren wordt uitgesteld, kan niet worden afgekocht. Het ouderdompensioen voor vrouwelijke werknemers gaat voor zover het is opgebouwd tot 17 mei 1990, in bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd. Voor zover het na die datum wordt opgebouwd, gaat het in bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Het is mogelijk om de ingangsdatum van het gedeelte van het ouderdompensioen dat bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd ingaat met vijf jaar uit te stellen. Het bedrag aan ouderdompensioen wordt dan verhoogd. Het is op grond van de op de PSW gebaseerde regeling voor waarde-overdracht ook mogelijk om een overschot in het ouderdompensioen voor vrouwelijke werknemers aan te wenden voor de financiering van weduwnaarspensioen over dienstjaren gelegen vóór de wijzigingsdatum. Voor zover de aanpassing op een na 17 mei 1990 gelegen datum wordt doorgevoerd, resteert procesrisico over de periode tussen 17 mei 1990 en de datum waarop de wijziging van kracht is geworden. ■