

Hof van Justitie EG doet uitspraak in pensioenzaken: deeltijdwerkers kunnen alsnog pensioenrechten vorderen

W.P.M. Thijssen¹

- 67 Op 28 september 1994 heeft het Hof van Justitie van de EG uitspraak gedaan in een zestal pensioenzaken. Het betrof de verplichting op grond van art. 119 van het EG-Verdrag om mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen gelijk te behandelen. In de meest geruchtmakende van deze pensioenzaken betrof het de positie van deeltijdwerkers. In *Arbeidsrecht* 1994, nr 5, zijn de uitspraken in de zaken *Ten Oever* (JAR 1993, 247), *Birds Eye Walls* (JAR 1994/48), *Moroni* (JAR 1994/49) en *Neath* (JAR 1994/77) behandeld. Daar werd aangegeven dat met betrekking tot overgangsregelingen onduidelijkheid bleef bestaan. De zes uitspraken waarvan hierna de belangrijkste punten worden behandeld geven meer duidelijkheid, maar roepen anderzijds nieuwe vragen op.

_____ **Colloroll Pension Trustees Limited/Russell c.s.**
In de Colloroll-zaak heeft het Hof onder meer beslist dat niet alleen werkgevers, maar ook trustees die pensioengelden beheren kunnen worden aangesproken uit hoofde van art. 119. De uitspraak betekent voor het Nederlandse pensioenrecht dat naast werkgevers ook pensioenfondsen rechtstreeks kunnen worden aangesproken om te voldoen aan de verplichting om mannen en vrouwen in pensioenregelingen gelijk te behandelen (vgl. de hierna behandelde uitspraak in de zaak *Fisscher*). In dit kader besliste het Hof dat de trustees (lees voor de Nederlandse situatie: pensioenfondsen) verplicht zijn om de uitvoering van het principe van gelijke behandeling van mannen en vrouwen te bewerkstelligen door alle onder het nationale recht ter beschikking staande (rechts)middelen aan te wenden.

Van groot belang voor de praktijk zijn de overwegingen van het Hof met betrekking tot overgangsregelingen. Het Hof besliste dat gedurende de periode vanaf 17 mei 1990 (de datum waarop het Hof het *Barber*-

1. Mr W.P.M. Thijssen is advocaat bij Nauta Dutilh, Rotterdam.

arrest wees) tot aan de datum waarop de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in een pensioenregeling is gerealiseerd, benadeelde werknemers in rechte de voordelen kunnen opeisen van de bevoordeelde groep. Art. 119 verplicht echter niet om in het kader van de implementatie van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen uitsluitend tot verbetering van een pensioenregeling over te gaan. Gelijke behandeling van mannen en vrouwen kan óók worden gerealiseerd door het afnemen van voordelen van de bevoordeelde groep.

Ik merk hierbij op dat daarbij wèl het nationale recht in acht moet worden genomen. Het in art. 32, lid 4 Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) opgenomen afkoopverbod belet dat pensioenaanspraken met terugwerkende kracht neerwaarts worden bijgesteld. Verder merk ik op dat het voor de toekomst afnemen van voordelen die aan een bepaalde groep deelnemers aan een pensioenregeling toekomen in het arbeidsvoorwaardenoverleg moet worden overeengekomen. Een pensioenregeling maakt onderdeel uit van de arbeidsvoorwaarden. Arbeidsvoorwaarden kunnen door een werkgever niet zondermeer eenzijdig worden verslechterd. Ongelijkheden die zijn gerelateerd aan een periode gelegen vóór 17 mei 1990 kunnen in stand blijven, gezien de beperking van de werking in de tijd van art. 119 waar het pensioenregelingen betreft (Barber-arrest, HvJ EG 17 mei 1990, NJ 1992, 436).

Wanneer er onvoldoende financiële middelen zijn om het beginsel van gelijke behandeling ten uitvoer te brengen, dienen de problemen die in verband daarmee rijzen te worden opgelost aan de hand van het nationale recht. Op grond van het wettelijk afkoopverbod geldt in de Nederlandse situatie dat pensioenaanspraken die zijn opgebouwd over verstreken diensttijd moeten worden ontzien.

Verder besliste het Hof dat ook pensioenaanspraken opgebouwd op basis van werknemersbijdragen voor mannen en vrouwen in overigens gelijke omstandigheden gelijk moeten zijn. Deze uitspraak van het Hof verduidelijkt (eindelijk) de verhouding tussen het Defrenne/Sabena II-arrest uit 1976 (HvJ EG 8 april 1976, Jur. 1976, blz. 472-477) en het Bilka/Weber-arrest uit 1986 (HvJ EG 13 mei 1986, Jur. 1986, blz. 1623-1627). In het Defrenne/Sabena II-arrest besliste het Hof dat art. 119 horizontale werking heeft. In het Bilka/Weber-arrest besliste het Hof dat een pensioenregeling die onderdeel uitmaakte van arbeidsvoorwaarden en waaraan uitsluitend door de werkgever werd bijgedragen binnen de werkingssfeer van art. 119 viel. Sindsdien was het niet duidelijk of het voorschrift dat werkgevers verplicht om mannen en vrouwen gelijk te behandelen ook zou gelden voor pensioenaanspraken opgebouwd uit verplichte

werknemersbijdragen. Thans is duidelijk dat dit wel degelijk het geval is.

— Smith c.s. / Avdel Systems Limited

De zaak Smith c.s. had in hoofdzaak betrekking op overgangsregelingen getroffen in de situatie waarin het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen per een datum gelegen na 17 mei 1990 in een pensioenregeling werd geïntroduceerd. In dit verband moet onderscheid worden gemaakt tussen diensttijd gelegen vóór 17 mei 1990, diensttijd vanaf 17 mei 1990 tot de datum van implementatie van gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de diensttijd vanaf de implementatiedatum.

Het Hof oordeelde dat art. 119 met betrekking tot diensttijd gelegen vóór 17 mei 1990 niet meebrengt dat voordelen niet zouden kunnen worden afgenomen. Voor de praktijk betekent dat bijvoorbeeld dat de pensioendatum voor vrouwelijke werknemers over dienstjaren vóór 17 mei 1990 kan worden opgetrokken tot de voor mannelijke werknemers geldende pensioendatum. Met betrekking tot de Nederlandse situatie moet worden opgemerkt dat een dergelijke ingreep met terugwerkende kracht niet is toegestaan op grond van het in de PSW opgenomen afkoopverbod.

Over diensttijd vanaf 17 mei 1990 tot de implementatiedatum kan een werkgever de pensioendatum voor vrouwelijke werknemers niet eenzijdig van 60 naar 65 jaar verhogen. Art. 119 EG-Verdrag brengt mee dat over deze periode iedere werknemer de voor hem of haar beste onderdelen van de pensioenregeling kan claimen. Voor de Nederlandse situatie geldt dat een dergelijke ingreep óók in strijd met het afkoopverbod zou zijn.

Art. 119 belet niet dat vanaf de implementatiedatum over nadien gelegen diensttijd van een hogere pensioendatum wordt uitgegaan. De implementatie van het voorschrift dat mannen en vrouwen gelijk moeten worden behandeld kan meebrengen dat de voordelen van de bevoordeelde groep worden afgenomen. Het is niet mogelijk om de implementatie per een datum gelegen na 17 mei 1990 met terugwerkende kracht vanaf 17 mei 1990 uit te voeren en voordelen van de bevoordeelde groep verworven over de periode van 17 mei 1990 tot de implementatiedatum als een extra pensioenaanspraak te handhaven. De benadeelde groep zou eveneens aanspraak kunnen maken op dergelijke extra pensioenaanspraken. Voor de Nederlandse situatie betekent dit dat een overgangsbepaling die extra pensioenaanspraken die zijn opgebouwd over de periode vanaf 17 mei 1990 tot de implementatiedatum in stand laat, procesrisico genereert. Dit risico bestaat hieruit, dat de benadeelde groep overeen-

komstige extra pensioenaanspraken kan claimen. Men kan hier met name denken aan het handhaven van een extra ouderdomspensioen voor vrouwelijke werknemers wanneer de pensioendatum voor vrouwelijke werknemers met ingang van een datum gelegen na 17 mei 1990 van 60 jaar tot 65 jaar wordt opgetrokken.

— Van den Akker c.s. / Stichting Shell Pensioenfonds

In het verlengde van het arrest in de zaak Smith c.s. besliste het Hof in de zaak Van den Akker c.s. ten aanzien van overgangsregelingen dat met betrekking tot diensttijd gelegen na de implementatiedatum geldt dat het handhaven van een verschillende pensioendatum voor mannelijke en vrouwelijke werknemers niet mogelijk is. Ook niet in de situatie waarin vóór 17 mei 1990 een keuzerecht werd geboden dat inhield dat voor een bepaalde groep werknemers de lagere pensioendatum over toekomstige diensttijd zou kunnen worden gehandhaafd. Overgangsregelingen zijn slechts mogelijk wanneer aan mannen en vrouwen een gelijke keuzemogelijkheid wordt geboden. Voor de Nederlandse situatie brengen de arresten in de zaken Smith c.s. en Van den Akker c.s. mee dat de overgangsregeling die was voorzien in wetsontwerp 20 890 moet worden geschrapt. Wetsontwerp 20 890 behelst een wettelijke regeling voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen.

— Vroege / NCIV Instituut voor Volkshuisvesting B.V. en Stichting Pensioenfonds NCIV

De zaak Vroege betreft de rechtspositie van deeltijdwerkers. Het is het meest gerucht makende arrest uit de reeks van zes die op 28 september 1994 werden gewezen.

Het Hof besliste dat toetredingsvoorwaarden binnen de werkingsfeer van art. 119 vallen. Dat betekent dat toetredingsvoorwaarden voor mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijk moeten zijn. Beperkingen ten aanzien van deeltijdwerkers zijn indirect discriminerende toetredingsvoorwaarden voor vrouwelijke werknemers omdat als vaststaand moet worden aangenomen dat significant meer vrouwelijke dan mannelijke werknemers in deeltijd werkzaam zijn. Het Hof heeft niet (expliciet) duidelijk gemaakt of werknemers die, al dan niet in deeltijd, anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, van het deelnemerschap aan een pensioenregeling mogen worden uitgesloten. De uitspraak in de zaak Vroege geeft uitsluitend duidelijkheid met betrekking tot de rechtspositie van deeltijdwerkers die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Verder besliste het Hof dat de beperking van de wer-

king in de tijd van artikel 119 niet geldt voor toetredingsvoorwaarden. Het gevolg voor de praktijk is dat deeltijdwerkers met terugwerkende kracht tot 8 april 1976 (de datum van het Defrenne/Sabena II-arrest) als deelnemer tot pensioenregelingen moeten worden toegelaten.

— Fisscher / Voorhuis Hengelo B.V. en Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel

Ook in de zaak Fisscher betrof het de rechtspositie van deeltijdwerkers. Het meest in het oog lopende verschil met de zaak Vroege was dat in de zaak Fisscher de rechtspositie ter discussie stond van deeltijdwerkers die waren uitgesloten van de deelneming aan een naar Nederlands recht verplicht gesteld bedrijfspensioenfonds.

De rechtspositie van deeltijdwerkers ten opzichte van wettelijk verplicht gestelde bedrijfspensioenfonds verschilt niet van de rechtspositie van deeltijdwerkers ten opzichte van andere pensioenfonds (of rechtstreeks bij een verzekeraar verzekerde pensioenregelingen). Een (wettelijk verplicht gesteld) bedrijfspensioenfonds is naast de werkgever verplicht om te voldoen aan de eisen die art. 119 van het EG-Verdrag stelt. Een gediscrimineerde werknemer kan zowel zijn werkgever als het bedrijfspensioenfonds in rechte betrekken.

Het Hof oordeelde dat een deeltijdwerker die op grond van het bepaalde in art. 119 (met terugwerkende kracht) kan toetreden tot een pensioenregeling, een eventuele verplichte werknemersbijdrage die gold voor werknemers die wél werden opgenomen alsnog dient te voldoen. De beslissing van het Hof op dit punt werpt praktische vragen op. Het pensioenfonds of de verzekeraar kan de pensioenaanspraken die alsnog moeten worden toegekend niet in dekking nemen op basis van de som van de nominaal verschuldigde werkgevers- en werknemersbijdragen die zouden zijn betaald indien de werknemer op de juiste datum tot de pensioenregeling zou zijn toegetreden. De vraag rijst wie voor het verschil moet opdraaien: kan een pensioenfonds dit verschil op de werkgever verhalen, en kan een werkgever de werknemer die met terugwerkende kracht toetreedt dwingen om niet de nominaal verschuldigde werknemersbijdrage maar de opgerente werknemersbijdrage te voldoen? Een verzekeraar kan op grond van art. 4 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW niet worden gedwongen om hogere pensioenuitkeringen te verrichten, dan waarvoor premie is ontvangen. In de situatie waarin een pensioenregeling rechtstreeks bij een verzekeraar is verzekerd, dient de werkgever voor het verschil op te draaien en blijft slechts de vraag onbe-

antwoord of de deeltijdwerker die alsnog wenst toe te treden verplicht is om de nominale of de opgerente werknemersbijdragen te voldoen. Het feit dat verschuldigde werknemersbijdragen niet meer (zoals in de Nederlandse situatie gebruikelijk is) op het door de werkgever betaalde loon kunnen worden ingehouden, doet de betalingsverplichting naar moet worden aangenomen niet teniet gaan.

Verder besliste het Hof dat in het nationale recht geldende beroepstermijnen óók gelden voor vorderingen uit hoofde van art. 119. Dat betekent dat werkgevers en pensioenfondsen zich op nationale wettelijke verjaringstermijnen kunnen beroepen. Vorderingen uit hoofde van art. 119 zijn loonvorderingen. Voor loonvorderingen gold tot 1 januari 1992 een verjaringstermijn van vijf jaar (art. 2012 oud BW). Sinds 1 januari 1992 geldt eveneens een verjaringstermijn van vijf jaar (art. 3:307, lid 1, BW). De verjaringstermijn voor loonvorderingen is door de invoering van het nieuw BW niet gewijzigd. Rechtsvorderingen van deeltijdwerkers met betrekking tot pensioenaanspraken kennen in alle gevallen een verjaringstermijn van vijf jaar. Het gevolg is dat de rechtsvordering van deeltijdwerkers slechts betrekking kan hebben op een periode van vijf jaar teruggerekend vanaf de datum van het instellen van de vordering of vanaf de datum waarop de verjaring is gestuit.

Enige relativering is op zijn plaats. Het Hof van Justitie van de EG heeft beperkingen gesteld aan de mogelijkheid om een beroep te doen op verjaringstermijnen in de nationale wetgeving. In de *eerste* plaats is beroep op verjaringstermijnen in de nationale wetgeving slechts mogelijk wanneer de wettelijke verjaringstermijn voor loonvorderingen niet ongunstiger is dan voor andere soortgelijke vorderingen. Hoewel de algemene verjaringstermijn naar Nederlands recht twintig jaar is (art. 3:306 BW), geldt voor vele bijzondere rechtsvorderingen, met name rechtsvorderingen die recht geven op periodieke betalingen zoals loonvorderingen, een verjaringstermijn van vijf jaar zodat de uitzondering zich in het algemeen niet zal voordoen (vgl. art. 3:308 BW). In de *tweede* plaats besliste het Hof dat verjaringstermijnen in de nationale wetgeving het in de praktijk niet onmogelijk mogen maken om rechtsvorderingen uit hoofde van art. 119 van het EG-Verdrag in rechte te realiseren. Deze vage bepaling zal in de Nederlandse situatie ongetwijfeld tot nieuwe juridische procedures aanleiding geven.

Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds/Beune

Het geschil in de zaak Beune betrof de voor gehuwde mannelijke ambtenaren afwijkende vaststelling van de hoogte van het aan de Algemene Burgerlijke Pensioenwet ontleende ouderdomspensioen ten opzichte

van gehuwde vrouwelijke ambtenaren over diensttijd gelegen vóór 17 mei 1990.

Het Hof besliste dat pensioenrechten ontleend aan de Algemene Burgerlijke Pensioenwet binnen de werkingssfeer van art. 119 vallen. Doorslaggevend voor het Hof was dat het aan ambtenaren uitgekeerde pensioen volstrekt vergelijkbaar is met het pensioen dat een werkgever in de particuliere sector aan gewezen werknemers uitkeert.

Verder besliste het Hof dat de hiervoor weergegeven ongelijkheid een verboden discriminatie in de zin van art. 119 oplevert. Met betrekking tot de werking in de tijd van art. 119 besliste het Hof in de lijn van het Barber-arrest dat uitsluitend ambtenaren (of hun rechtverkrijgenden) die vóór 17 mei 1990 een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld, zich op artikel 119 kunnen beroepen nu het een verboden discriminatie betreft die uitsluitend betrekking had op diensttijd gelegen vóór 17 mei 1990. De uitspraak in de zaak Beune is voor de praktijk van belang, omdat het Hof heeft vastgesteld dat de rechtspositie van ambtenaren ten opzichte van hun werkgever dezelfde is als die van werknemers ten opzichte van werkgevers in de particuliere sector.

Conclusies

Van de zes hiervoor behandelde uitspraken van het Hof springen de uitspraken die de positie van deeltijdwerkers betreffen het meest in het oog. Deeltijdwerkers die tot een categorie werknemers behoorden waarvoor een pensioenregeling gold, maar die vanwege het feit dat zij in deeltijd werkzaam waren niet tot de pensioenregeling konden toetreden, kunnen alsnog pensioenaanspraken claimen en wel met terugwerkende kracht tot 8 april 1976. Het laat zich aanzien dat het in de praktijk niet zo ver zal komen. Het Hof heeft immers beslist dat wettelijke verjaringstermijnen volgens het nationale recht in beginsel gelden. Voor de Nederlandse situatie zou dit kunnen betekenen dat deeltijdwerkers in het algemeen slechts met vijf jaar terugwerkende kracht hun pensioenaanspraken met succes zullen kunnen claimen, gerekend vanaf de datum waarop een rechtsvordering wordt ingesteld of de verjaringstermijn wordt gestuit. Een belangrijke praktische hindernis zal misschien ook zijn dat de deeltijdwerker zelf moet aantonen dat hij bij de betreffende werkgever in dienst is geweest en wat zijn salaris gedurende die periode was. In het oog springend is ook dat de rechtspositie van ambtenaren ten opzichte van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds thans duidelijk is. Ook voor ambtenaren geldt art. 119 onverkort.