

Meer duidelijkheid voor deeltijdwerkers en over het overgangsrecht

Artikel 119 van het EG-verdrag gebiedt om mannen en vrouwen voor gelijke arbeid gelijk te belonen. Op 8 april 1976 besliste het Hof van Justitie van de EG (het Hof) in het arrest Defrenne/Sabena II dat werknemers zich ten opzichte van hun werkgever rechtstreeks op artikel 119 kunnen beroepen. Voor pensioenregelingen besliste het Hof in het Barber-arrest dat het gebod van artikel 119 óók hiervoor geldt. Het Barber-arrest betekende een grote doorbraak, maar het wierp vragen op voorzover het de werking in de tijd van artikel 119 betreft.

1. Uitspraken van het Hof na 'Barber'

Aan de onduidelijkheid die ten gevolge van de uitspraak in het Barber-arrest ontstond is grotendeels een eind gekomen door een tiental latere uitspraken van het Hof. De reeks ving aan met de uitspraken in de zaken Ten Oever (6 oktober 1993), Birds Eye Walls (9 november 1993), Moroni (14 december 1993) en Neath (22 december 1993). Geruchtmakend waren de zes uitspraken van het Hof van 28 september 1994 in de zaken Colloroll, Smith c.s./Avdel Systems, Van den Akker/Shell, Vroege/NCIV, Fisscher/Bedrijfspensioenfonds Detailhandel en ABP/Beune. Het is niet mogelijk om elk van de uitspraken van het Hof in het bestek van dit artikel te behandelen. Hierna schets ik de rechtspositie van deeltijdwerkers, de gevolgen voor nabestaandenpensioen, het overgangsrecht en de gevolgen voor waarde-overdracht op basis van

Een deeltijdwerker die alsnog in de pensioenregeling wenst te worden opgenomen, is de eventuele werknemersbijdrage verschuldigd

het Barber-arrest en de latere uitspraken van het Hof.

2. Deeltijdwerkers

Hierna wordt de rechtspositie van deeltijdwerkers aan de hand van het EG-recht en het nationale recht uiteengezet.

2.1 EG-recht: opnemen van deeltijdwerkers met terugwerkende kracht tot 8 april 1976

Van de zes uitspraken die het Hof op 28 september 1994 deed waren de uitspraken in de zaak Vroege en de zaak Fisscher het méést geruchtmakend. Het Hof besliste dat het uitsluiten van

Het uitsluiten van deeltijdwerkers van deelneming aan een pensioenregeling is in strijd met artikel 119

deeltijdwerkers van deelneming aan een pensioenregeling in strijd is met artikel 119. Voorts oordeelde het Hof dat de beperking van de werking in de tijd die in het Barber-arrest voor pensioenregelingen aan artikel 119 was gegeven, niet geldt voor deeltijdwerkers. De beperking van de werking in de tijd was ingegeven door het feit dat de Europese Raad in de zogenaamde vierde Richtlijn de geleidelijke introductie van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in pensioenregelingen voorstond. Omdat de vierde Richtlijn geen bepalingen bevat over toetredingsvoorwaarden, oordeelde het Hof dat de beperking van de werking in de tijd van artikel 119 niet geldt waar het de uitsluiting van deeltijdwerkers betreft. Deeltijdwerkers die van deelneming aan een pensioenregeling zijn uitgesloten alléén vanwege het feit dat zij in deeltijd werkzaam zijn, moeten alsnog en met terugwerkende



Mr W. P. M. Thijssen is advocaat bij Nauta Dutilh in Rotterdam met als aandachtsgebied levensverzekering en pensioen. Hij is voorheen werkzaam geweest bij Delta Lloyd in Amsterdam als Hoofd Juridische Zaken van het pensioenbedrijf. Hij publiceert regelmatig over levensverzekering en pensioen.

kracht tot 8 april 1976 in de pensioenregeling worden opgenomen. Voor ondernemingspensioenfondsen werd dit beslist in de zaak Vroege, voor verplicht gestelde bedrijfspensioenfondsen in de zaak Fisscher. Aangenomen

Ook nabestaandenpensioen valt onder de reikwijdte van artikel 119

men moet worden dat het ook geldt voor rechtstreeks verzekerde pensioenregelingen.

2.2 Nationale wetgeving: deeltijdwerkers opnemen vanaf 8 juli 1994

In de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) is sinds 8 juli 1994 bepaald dat deeltijdwerkers niet vanwege die hoedanigheid van de deelneming aan een pensioenregeling mogen worden uitgesloten. Tevens geldt dat voor de toepassing van een loongrens

als toetredingsvoorwaarde het loon van een deeltijdwerker moet worden omgerekend naar het loon dat zou worden genoten in een voltijd-dienstbetrekking. Zo wordt voorkomen dat deeltijdwerkers feitelijk toch geen pensioenaanspraken opbouwen omdat hun salaris de loongrens niet overtreft. De uitspraken in de zaken Vroege en Fisscher geven geen duidelijkheid over de wijze waarop met een loongrens moet worden omgegaan. Mogelijk kan de toetreding van deeltijdwerkers in de Nederlandse situatie over diensttijd vóór 8 juli 1994 worden belemmerd door het hanteren van een loongrens, maar waarschijnlijk lijkt mij dat niet.

2.3 Beperking tot personen werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst

De uitspraken in de zaken Vroege en Fisscher betreffen personen die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Ook de regeling voor het opnemen van deeltijdwerkers in de PSW beperkt zich tot personen die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn.

2.4 Beroep op verjaring volgens nationale wetgeving mogelijk

Het Hof besliste in de zaak Fis-

Artikel 119 belet niet dat pensioenaanspraken neerwaarts worden bijgesteld, maar het nationale recht stelt beperkingen

scher dat werkgevers en pensioenfonds de toetreding van deeltijdwerkers kunnen verhinderen door een beroep te doen op in het nationale recht geldende verjaringstermijnen. Naar mijn mening zou een beroep kunnen worden gedaan op de verjaringstermijn van vijf jaar voor loonvorderingen. Dat betekent dat deeltijdwerkers pensioenaanspraken kunnen claimen over vijf dienstjaren terugerekend vanaf de datum van het instellen van de vordering of vanaf de datum waarop de verjaring op andere wijze is gestuit indien een beroep op verjaring wordt gedaan. Het Hof oordeelde overigens dat geen beroep op verjaring mogelijk is wanneer de wettelijke verjaringstermijn voor

loonvorderingen ongunstiger is dan die voor andere soortgelijke vorderingen, of wanneer pensioenvorderingen ten gevolge van een beroep op verjaring onder het nationale recht feitelijk niet meer zouden kunnen worden gerealiseerd. Deze wei-

Nationale wetgeving belemmert eenzijdige neerwaartse bijstelling van pensioenregelingen door een werkgever of een pensioenfonds

nig duidelijke onderdelen van het arrest zullen mogelijk nog tot nieuwe procedures voor de nationale rechters van de lidstaten en het Hof leiden.

2.5 Werknemersbijdragen moeten worden betaald

Van belang is verder dat het Hof besliste dat een deeltijdwerker die alsnog in de pensioenregeling wenst te worden opgenomen, de eventuele werknemersbijdrage die gold verschuldigd is. Over het antwoord op de vraag hoe deze moet worden voldaan zullen mogelijk nog procedures (voor de nationale rechters van de lidstaten) worden gevoerd.

3. Nabestaandenpensioen valt onder de werkingssfeer van artikel 119 EG-verdrag

Dat artikel 119 ziet op ouderdomspensioen is duidelijk: ouderdomspensioen is een beloning die aan de werknemer zelf toekomt. In dit verband was het de vraag of nabestaandenpensioenen onder de werkingssfeer van artikel 119 zouden vallen. Nabestaandenpensioen komt immers niet direct aan de werknemer zelf toe. In de uitspraak in de zaak Ten Oever besliste het Hof dat ook nabestaandenpensioen onder de reikwijdte van artikel 119 valt. Het is een indirecte beloning voor de werknemer.

4. Overgangsrecht

De uitspraken in de zaken Colloroll, Smith en Van den Akker betroffen in hoofdzaak de beperking van de werking in de tijd van artikel 119. Ook in andere zaken na 'Barber' was daarover al meer duidelijkheid ontstaan. Ik doel daarbij op de uitspraken in de zaken Ten Oever, Moroni en Neath. Hierna geef ik een globaal

overzicht van het overgangsrecht zoals dat uit de jurisprudentie van het Hof volgt.

4.1 Diensttijd gelegen vóór 17 mei 1990

De beperking van de werking in de tijd van artikel 119 betekent dat gelijke behandeling van mannen en vrouwen niet alsnog hoeft te worden gerealiseerd over diensttijd gelegen vóór 17 mei 1990. Noch ten aanzien van het pensioengevend salaris als geldend op 17 mei 1990, noch ten aanzien van verhogingen van het pensioengevend salaris na die datum hoeft over dienstjaren gelegen vóór 17 mei 1990 tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen te worden overgegaan. Deze conclusie is met name van belang voor eindloosregelingen omdat verhogingen van de pensioengrondslag op of na 17 mei 1990 pensioenaanspraken kunnen genereren over diensttijd gelegen vóór die datum. Voorzover verhogingen van de pensioengrondslag leiden tot de toekenning van pensioenaanspraken over diensttijd gelegen vóór 17 mei 1990, geldt de verplichting om mannen en vrouwen gelijk te behandelen niet. De veel voorkomende overgangsregelingen die vrouwelijke werknemers van 50 jaar of ouder de keuze gaven tussen de eigen pensioenregeling of de voor mannelijke werknemers geldende pensioenregeling kunnen in stand blijven voorzover het pensioenaanspraken betreft over diensttijd tot 17 mei 1990.

4.2 Diensttijd vanaf 17 mei 1990 tot de implementatiedatum

De periode gelegen tussen 17 mei 1990 en de datum waarop het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in een pensioenregeling wordt

Zolang artikel 119 niet in de pensioenregeling is gecomplementeerd, kunnen mannelijke en vrouwelijke werknemers ieder de beste onderdelen van de pensioenregeling claimen

doorgevoerd (de implementatiedatum) is een (proces)risicovolle periode. Zolang de implementatie niet is voltooid, kunnen mannelijke werknemers de betere

Artikel 119 van het EG-verdrag gebiedt om mannen en vrouwen voor gelijke arbeid gelijk te belonen



onderdelen uit de pensioenregeling voor vrouwelijke werknemers vorderen, en kunnen vrouwelijke werknemers de betere onderdelen van de pensioenregeling voor mannelijke werknemers claimen. De werkgever kan claims niet zondermeer afwijzen op grond van het argument dat hoewel de pensioenregeling voor mannelijke werknemers op bepaalde onderdelen beter is dan voor vrouwelijke werknemers (of andersom), de voor vrouwelijke werknemers geldende pensioenregeling in zijn geheel (actuarieel) gelijkwaardige aanspraken voor vrouwelijke werknemers creëert. Ik neem daarbij aan dat de pensioenaanspraken voor mannelijke en vrouwelijke werknemers in overigens gelijke omstandigheden (actuarieel) gelijkwaardig

De nieuwe werkgever kan bij waarde-overdracht aansprakelijk worden gesteld voor de tekortkomingen van (het pensioenfonds van) de oude werkgever

zijn. Geen pakketvergelijking dus, en procesrisico zolang de implementatie niet is voltooid. Overgangsregelingen als de onder 4.1 geschetste voor vrouwelijke werknemers van 50 jaar of ouder zijn niet toegestaan voorzover ze betrekking hebben

op diensttijd vanaf 17 mei 1990. Gevolg is dat mannelijke werknemers in dezelfde leeftijdscategorie met een beroep op de overgangsregeling aanspraak kunnen maken op de voorheen voor vrouwelijke werknemers geldende pensioenregeling. In feite ontstaat in dat geval vanaf 17 mei 1990 een keuzerecht voor mannelijke en vrouwelijke werknemers tussen de oorspronkelijk voor mannelijke respectievelijk vrouwelijke werknemers geldende pensioenregeling.

4.3 Diensttijd vanaf de implementatiedatum

Artikel 119 verplicht niet om mannen en vrouwen de beste onderdelen van de voorheen voor mannelijke respectievelijk vrouwelijke werknemers geldende pensioenregeling aan te bieden. Artikel 119 belet niet dat pensioenaanspraken neerwaarts worden bijgesteld, mits het gevolg maar is dat aan mannelijke en vrouwelijke werknemers op alle onderdelen gelijke pensioenaanspraken worden toegekend. Het nationale recht kan neerwaartse bijstellingen echter wel belemmeren. Op een tweetal belemmeringen ga ik kort in.

4.3.1 *Het afkoopverbod belet neerwaartse bijstellingen met terugwerkende kracht*
Toegesplitst op de Nederlandse situatie denk ik in de eerste

plaats aan het in de PSW opgenomen afkoopverbod. In het algemeen belet dit afkoopverbod neerwaartse bijstelling van pensioenaanspraken met terugwerkende kracht. Gevolg is dat

Uitsluiten van deelneming kan door het overleggen van een rechtsgeldige afstandsverklaring

mannen en vrouwen over de periode vanaf 17 mei 1990 tot de implementatiedatum niet alleen de beste aanspraken kunnen vorderen, maar dat deze aanspraken in het kader van de implementatie niet (op onderdelen) neerwaarts kunnen worden bijgesteld. Het is daarom van belang om de implementatie van artikel 119 in aanvullende pensioenregelingen (al meer dan vier jaar na de datum van het Barber-arrest) zo snel mogelijk te realiseren nu duidelijkheid over de beperking van de werking in de tijd van artikel 119 bestaat.

4.3.2 *Neerwaartse bijstelling van pensioenaanspraken niet zondermeer mogelijk*

In de tweede plaats denk ik aan belemmeringen op het gebied van het arbeidsrecht en het pensioenrecht. Pensioenregelingen kunnen niet zondermeer eenzijdig door een werkgever of

een pensioenfonds neerwaarts worden bijgesteld.

In de situatie waarin een pensioenregeling door een pensioenfonds wordt uitgevoerd, moet binnen het pensioenfondsbestuur overeenstemming over de wijze van implementatie worden bereikt. In pensioenfondsbesturen zijn werkgevers en werknemers vertegenwoordigd zodat zowel werkgevers- als werknemersbelangen aan bod zullen komen. Overigens dient op grond van een bepaling in de statuten van veel ondernemingspensioenfondsen de bij het ondernemingspensioenfonds aangesloten werkgever met een wijziging van de pensioenregeling in te stemmen. In dat geval moet óók met de werkgever overeenstemming worden bereikt.

Wanneer de pensioenregeling op een CAO berust zal de implementatie van artikel 119 onderdeel van het CAO-overleg uitmaken. Wanneer de arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau worden vastgesteld kan de ondernemingsraad een belangrijke rol spelen bij het behartigen van werknemersbelangen. Werknemers hebben bij het voeren van de onderhandelingen een stok achter de deur: zolang artikel 119 niet in de pensioenregeling is geïmplementeerd, kunnen mannelijke en vrouwelijke werknemers ieder de beste onderdelen van de pensioenregeling claimen.

5. Waarde-overdracht

Een onderdeel van de beslissing van het Hof in het Colloroll-arrest is tot nu toe voorzover mij bekend onbesproken gebleven. Het betreft een beslissing met betrekking tot waarde-overdracht. Deze beslissing brengt risico's mee voor een werkgever die deelneemt aan één van de verschillende circuits voor waarde-overdracht. Ik behandel dit aspect aan de hand van een voorbeeld.

5.1 Nieuwe pensioenuitvoerder aansprakelijk voor ongelijke behandeling door de oude

Het gaat om de situatie waarin een werknemer deelnemer is aan een pensioenregeling die niet aan de eisen van artikel 119 voldoet. De werknemer treedt bij een andere werkgever in dienst en wordt deelnemer aan de bij die

werkgever geldende pensioenregeling. Voor de duidelijkheid veronderstel ik dat deze pensioenregeling wél aan de eisen van artikel 119 voldoet. Vervolgens heeft waarde-overdracht plaats.

Stel dat beide pensioenregelingen door een pensioenfonds worden uitgevoerd. Met het oog op die situatie besliste het Hof dat het pensioenfonds van de nieuwe werkgever aansprakelijk kan worden gesteld voor de

Wanneer een pensioenregeling voor een bepaalde groep werknemers geldt, moet de regeling voor iedere werknemer van die groep gelden, tenzij een werknemer uitdrukkelijk van deelneming is uitgesloten

tekortkomingen van het pensioenfonds van de oude werkgever. Het nieuwe pensioenfonds moet de binnenkomende overdrachtswaarde zonedig aanvullen tot het bedrag dat door het pensioenfonds van de oude werkgever beschikbaar zou zijn gesteld indien de pensioenregeling aan de eisen van artikel 119 had voldaan. Ik merk terzijde op dat het Hof in de zaak Neath heeft beslist dat het wél is toegestaan om voor de berekening van de overdrachtswaarde voor mannen en vrouwen verschillende actuariële factoren te hanteren.

5.2 Risico's verbonden aan waarde-overdracht

De beslissing van het Hof in de zaak Colloroll heeft tot gevolg dat waarde-overdracht niet geheel zonder risico is. Binnen de circuits voor waarde-overdracht heeft waarde-overdracht min of meer automatisch plaats. De pensioenregeling van het overdragende pensioenfonds wordt niet aan artikel 119 getoetst alvorens een overdrachtswaarde wordt aangenomen. Ik ga ervan uit dat overeenkomstige risico's bestaan wanneer de pensioenregeling van de oude of de nieuwe werkgever niet door een pensioenfonds wordt uitgevoerd (rechtstreeks verzekerde regelingen).

6. Slot: individuele afwijkingen blijven mogelijk

In het verleden is het vaak vorgekomen dat vrouwelijke werknemers, met name deeltijdwerkers, afzagen van pensioen om de werknemersbijdrage niet te hoeven voldoen. Soms werd een hoger salaris betaald om het gemis aan de werkgeversbijdrage te compenseren.

Op zichzelf zijn individuele afspraken als deze over arbeidsvoorwaarden geoorloofd. In de PSW is echter bepaald dat wanneer een pensioenregeling voor een bepaalde (objectief omschreven) groep werknemers geldt, de regeling voor iedere tot de groep behorende werknemer geldt tenzij een werknemer uitdrukkelijk van de deelneming is uitgesloten. In de praktijk doet men er goed aan om met een afstandsverklaring te werken. Een werkgever die een rechtsgeldige afstandsverklaring die door een deeltijdwerker is getekend kan overleggen, hoeft niet bang te zijn dat de deeltijdwerker alsnog op grond van artikel 119 pensioenaanspraken zal kunnen claimen. Daar waar een werkgever niet kan bewijzen dat een deeltijdwerker uitdrukkelijk was uitgesloten van de deelneming aan de pensioenregeling, bestaat echter procesrisico op grond van de uitspraken van het Hof die in dit artikel centraal stonden. ■