

50 Kostwinnersfranchise in aanvullende pensioenregelingen

CGB 30 maart 2004, *Oordelen 2004-30*, 31, 32, 33, 34 (tevens gepubliceerd in *PJ 2004/62*) en 35; CGB 30 juni 2005, *Oordelen 2005*, 117 en 118; *Rechtbank Maastricht, Sector Kanton, Locatie Heerlen 6 juli 2005*, rolnr. C04-5956, zaaknr. 171590, LJN AT8795, *PJ 2006/4*; CGB 3 november 2005, *Oordeel 2005*, 212 (tevens gepubliceerd in *PJ 2006/4*)

Kostwinnersfranchise. Pensioenregelingen

VOEEG art. 141; BW art. 7:646

Het Nederlandse pensioenstelsel: een driepijlersysteem

Het Nederlandse pensioenstelsel kenmerkt zich (evenals de pensioenstelsels van andere EG-lidstaten) doordat het op drie pijlers is gebaseerd.

De voorzieningen in de eerste pijler zijn de wettelijke pensioenvoorzieningen: de ouderdomspensioenvoorziening (Algemene Ouderdomswet, AOW), de nabestaandenpensioenvoorziening (Algemene nabestaandenwet, ANW) en de arbeidsongeschiktheidspensioenvoorziening (tot 1 januari 2006 de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering, WAO, sedert 1 januari 2006 de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen, WIA).

De voorzieningen in de tweede pijler bestaan uit de aanvullende pensioenvoorzieningen. Dit zijn de pensioenvoorzieningen die op basis van arbeidsvoorwaardenoverleg tot stand komen. Te denken valt aan de pensioenregelingen uitgevoerd door (meestal verplicht gestelde) bedrijfstakpensioenfondsen, de pensioenregelingen uitgevoerd door ondernemingspensioenfondsen (pensioenfondsen verbonden aan een onderneming of conglomeraat van ondernemingen die een economische of organisatorische eenheid vormen), aan pensioenregelingen die berusten een pensioentoezegging van een werkgever die direct (zonder tussenkomst van een pensioenfonds) bij een verzekeraar zijn verzekerd en beroepspensioenregelingen, uitgevoerd door (meestal verplicht gestelde) beroepspensioenfondsen. Het bijzondere van pensioenregelingen uitgevoerd door een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds en van beroepspensioenregelingen is dat deze ook kunnen gelden voor personen die niet in dienstverband, maar als zelfstandige, werkzaam zijn (personen werkzaam in een eenmanszaak of een maatschap).

De voorzieningen in de derde pijler bestaan uit oudedagsvoorzieningen, nabestaandenvoorzieningen of arbeidsongeschiktheidsvoorzieningen die niet in het kader van een dienstverband of in het kader van werkzaamheid als zelfstandige tot stand komen. Te denken valt met name aan privé-lijfrenten waarvoor uit hoofde van art. 3:127 Wet Inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) premieaftrek wordt genoten in verband met een bestaand 'pensioentekort'.

De uitspraken die in deze bijdrage worden becommentarieerd hebben betrekking op aanvullende pensioenvoorzieningen, de voorzieningen in de tweede pijler. Die voorzieningen zijn betrekkelijk uitvoerig geïnventariseerd om duidelijk te maken dat ze een enorme reikwijdte zouden kunnen hebben. De voorzieningen in de eerste pijler zijn eveneens aangeduid, omdat de samenhang tussen de voorzieningen in de eerste pijler en die in de tweede pijler, die de voorzieningen in de eerste pijler aanvullen, van cruciaal belang zal blijken te zijn. De voorzieningen in de derde pijler spelen geen rol, maar zijn genoemd om geen vertekend beeld te schetsen.

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) oordeelde in de becommentarieerde uitspraken dat sprake was van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen, maar kon slechts tot dat oordeel komen door de pensioenvoorzieningen in de eerste en tweede pijler in onderlinge samenhang te beschouwen. De burgerlijke rechter constateerde dat van ongelijke behandeling tussen mannen en vrouwen in de berechte situatie geen sprake was, omdat naar het oordeel van de burgerlijke rechter de betreffende aanvullende pensioenvoorzieningen op zichzelf dienden te worden beoordeeld. Hierna wordt een en ander verduidelijkt. Voor een uitvoerige beschouwing over het driepijlersysteem zie G.J.B. Dietvorst, *De drie pijlers van toekomstvoorzieningen en belastingen: een beschouwing over toekomstvoorzieningen in relatie met de inkomsten-, loon-, vermogensbelasting en het successierecht*, Deventer: Kluwer 1994.

Het franchisesysteem

Vóór 1985 was de AOW gebaseerd op het kostwinnersmodel. Dat betekende dat de gehuwde man, die verondersteld werd kostwinner te zijn, een volledige AOW ontving en de gehuwde vrouw in het geheel geen AOW. De gehuwde vrouw bouwde wel rechten uit hoofde van de AOW op, maar de uitkering werd door haar echtgenoot ontvangen. Een alleenstaande man of vrouw ontving geen volledige, maar een gekorte AOW (70% van de AOW voor een gehuwde man). De gedachte achter dit kostwinnersmodel was dat een alleenstaande met een dergelijke AOW-uitkering globaal eenzelfde inkomensniveau zou hebben als een gehuwde kostwinner. Met ingang van 1 januari 1985 is de AOW geïndividualiseerd op basis van art. 4 lid 1 Richtlijn nr. 79/7/EG van 19 december 1978, *PbEG 1979*, nr. L 6, ter zake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in wettelijke regelingen inzake de sociale zekerheid. Sedert 1 januari 1985 ontvangen (afgezien van overgangsrecht dat in deze bijdrage buiten beschouwing wordt gelaten) gehuwden ieder voor zich 50% van de AOW-uitkering die voorheen aan kostwinners toekwam. Voor alleenstaanden bleef de uitkering gelijk. Met ingang van 1 januari 1987 werden ongehuwd samenwonenden voor de toepassing van de AOW met gehuwden gelijkgesteld. Met die gelijkstelling werd bereikt dat samenwonenden niet langer tweemaal de alleenstaandenuitkering uit hoofde van de AOW ontvingen ('140%'), maar dezelfde uitkering als gehuwden (eveneens afgezien van overgangsrecht). Zie voor een bondige beschrijving van deze systeemwijzigingen E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 489.

Aanvullende pensioenregelingen geven in het algemeen recht op pensioen dat op enigerlei wijze is gerelateerd aan het salaris van een werknemer, echter rekening houdend met de AOW. Dit geldt niet alleen voor ouderdomspensioen, maar ook voor nabestaandenpensioen omdat nabestaandenpensioen in het algemeen rechtstreeks van ouderdomspensioen wordt afgeleid. In het algemeen geldt in de huidige tijd dat werknemers die zijn gehuwd of een (geregistreerd) partnerschap zijn aangegaan met een aftrek worden geconfronteerd gelijk aan het tweevoud van de AOW die zij op basis van de huidige wetgeving te zijner tijd zullen ontvangen. Voor alleenstaanden pleegt rekening gehouden te worden met 70% van het tweevoud van de AOW die door gehuwden en personen met een (geregistreerde) partner zal worden ontvangen. Het niet-pensioengevend deel van het salaris wordt in het pensioenjargon aangeduid met de term 'fran-

chise'. In de praktijk waren aanpassingen van pensioenregelingen na de individualisering van de AOW per 1 januari 1985 erop gericht om het voorheen bestaande kostwinnersstelsel in de aanvullende pensioenregelingen feitelijk te continueren.

Uitgaande van volledige pensioenopbouw is het effect van de individualisering van de AOW, in combinatie met de wijze waarop aanvullende pensioenregelingen sedert 1985 in het algemeen zijn aangepast, op pensioenen ontleend aan die aanvullende pensioenregelingen dat:

- het systeem voor alleenstaanden feitelijk niet is gewijzigd;
- de individualisering van de AOW voor kostwinners/alleenverdieners eveneens geen effect heeft gehad;
- voor tweeverdieners geldt dat beide worden geconfronteerd met pensioenbreuk als gevolg van het feit dat slechts 50% van de AOW-uitkering als geldend vóór 1985 wordt ontvangen, terwijl in het kader van de pensioenopbouw met het dubbele AOW-bedrag rekening wordt gehouden.

Voor kostwinners/alleenverdieners was er feitelijk geen effect indien het inkomen van de kostwinner/alleenverdiener en zijn echtgenoot of echtgenote wordt samengeteld. Overigens gold vanzelfsprekend vóór 1985 voor tweeverdieners dat één van hen (te weten: de vrouwelijke tweeverdiener) met pensioenbreuk werd geconfronteerd ter grootte van de volledige AOW.

In de verschillende oordelen van de CGB werd feitelijk aangenomen (op grond van algemene statistische informatie) dat vrouwen significant vaker tweeverdiener zijn dan mannen, omdat mannen vaker als kostwinner/alleenverdiener fungeren dan vrouwen. Gevolg van het feit dat vrouwen vaker tweeverdiener zijn dan mannen is dat vrouwen vaker met de hiervoor bedoelde pensioenbreuk worden geconfronteerd. De juridisch relevante vraag waarover de CGB en de burgerlijke rechter dienden te oordelen was of sprake was van directe of indirecte discriminatie van vrouwen en, indien sprake zou zijn van indirecte discriminatie van vrouwen, of deze objectief gerechtvaardigd was.

Oordeel Commissie Gelijke Behandeling

Essentieel voor de oordelen van de CGB die het onderwerp van deze bijdrage zijn, was dat de CGB het AOW-inkomen en het aanvullend pensioen als één geheel beschouwde. De CGB constateerde dat de toekenning door werkgevers en pensioenfondsen van aanvullend pensioen onder de reikwijdte van art. 141 EG-Verdrag en art. 7:646 BW valt. De CGB constateerde voorts dat het hanteren van een kostwinnersfranchise in een aanvullende pensioenregeling geen direct onderscheid tussen mannen en vrouwen oplevert. De CGB oordeelde dat wel sprake is van indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen omdat vrouwelijke deelnemers aan pensioenregelingen minder vaak dan mannen kostwinner/alleenverdiener zijn en daarom, statistisch gezien, significant vaker met pensioenbreuk als gevolg van het hanteren van de kostwinnersfranchise worden geconfronteerd.

Voor de rechtspraak is van belang dat de CGB de oordelen velde op basis van algemene statistische informatie. Uit de jurisprudentie van de CGB volgt echter dat algemene statistische informatie slechts dan doorslaggevend is, wanneer partijen in een verzoekprocedure bij de CGB geen (uitdrukkelijk) beroep doen op de feitelijke cijfermatige gegevens gel-

dend bij de betreffende pensioentoezeggende werkgever of het pensioentoezeggend pensioenfonds (zie in dit verband bijvoorbeeld: Oordeel 2004-30, overweging 5.24).

Gegeven het feit dat naar het oordeel van de CGB sprake was van indirecte discriminatie van vrouwen, diende te worden nagegaan of deze discriminatie objectief gerechtvaardigd was (zie art. 7:646 lid 6 BW). In het algemeen blijkt uit civielrechtelijke jurisprudentie en de jurisprudentie van de CGB dat indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd is indien aan alle hierna genoemde eisen is voldaan. Het doel dat met het gemaakte onderscheid wordt nagestreefd dient *legitiem* te zijn. Er dient geen sprake te zijn van een *discriminerend oogmerk* en het gehanteerde onderscheid dient *passend* en *noodzakelijk* te zijn. Een middel om een bepaald doel te bereiken is *passend* indien het geschikt is om het gestelde doel te bereiken. Het middel is *noodzakelijk* indien dat doel niet kan worden bereikt met een ander middel dat niet tot (indirecte) discriminatie leidt, ondanks het feit dat het tot (indirecte) discriminatie leidt (het middel is, met andere woorden, minder bezwaarlijk dan een ander middel om het gestelde legitieme doel te bereiken dat niet tot discriminatie leidt). Voorts dient het middel in evenredige verhouding te staan tot het te bereiken doel (zie bijvoorbeeld: Oordeel 2004-30, overweging 5.27).

Legitimiteit doelstelling

De reden voor het hanteren van een franchise in aanvullende pensioenregelingen is de aanvullende pensioenen aan te laten sluiten bij de AOW-uitkering die vanaf 65-jarige leeftijd wordt ontvangen. Dit doel is naar het oordeel van de CGB legitiem omdat het 'voldoende zwaarwegend' en 'niet-discriminerend' werd geacht.

Gehanteerd middel

Vervolgens constateerde de CGB dat het middel dat werd gehanteerd om aanvullende pensioenen bij de AOW te laten aansluiten de kostwinnersfranchise is (Oordeel 2004-30, overweging 5.29). In dit verband ging de CGB na of de indirecte discriminerende kostwinnersfranchise objectief gerechtvaardigd was in het licht van art. 7:646 lid 6 BW. De CGB oordeelde dat het hanteren van de kostwinnersfranchise geen *passend* middel is om aansluiting van aanvullende pensioenen bij de AOW te realiseren. Deze aansluiting wordt immers alleen gerealiseerd voor de kostwinner/alleenverdiener. Tweeverdieners worden geconfronteerd met een pensioenbreuk van (ieder) 50% van de AOW-uitkering en alleenstaanden worden geconfronteerd met een pensioenbreuk van 30% van het tweevoud van de AOW-uitkering voor een gehuwd persoon. Voorts houdt het hanteren van het (kostwinners)franchisesysteem geen rekening met de leefsituatie na pensionering en met het feit dat de leefsituatie zowel gedurende de opbouwfase van een pensioen als na ingang van een pensioen kan wijzigen. Zie Oordeel 2004-30, overweging 5.30.

De CGB vervolgt dat zelfs indien het toepassen van de kostwinnersfranchise een geschikt middel zou zijn om het gestelde doel (aansluiting van aanvullende pensioenen op de AOW) te bereiken, dit middel niet noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. De CGB motiveert dit door te stellen dat bij toepassing van de kostwinnersfranchise slechts een gering aantal deelnemers statistisch gezien het beoogde pensioenniveau van 70% van het laatstverdiende loon of het ge-



middeld gedurende de carrière verdiende loon kan bereiken. Voorts stelde de CGB dat betere aansluiting tussen aanvullende pensioenen en de AOW wordt verkregen naarmate de franchise lager is, omdat dan meer werknemers pensioenen opbouwen dan in de situatie waarin een franchise wordt gehanteerd.

Ik ben van mening dat de CGB hier de plank misslaat. De ultieme consequentie van de betreffende overweging van de CGB is dat in het geheel geen franchise zou moeten worden gehanteerd en dan wordt het legitieme doel (te weten: het bereiken van aansluiting van aanvullende pensioenen op de AOW) in het geheel niet bereikt. Overigens concludeerde de CGB op grond van het feit dat het hanteren van de kostwinnersfranchise geen *passend* middel is om aanvullende pensioenen op de AOW te laten aansluiten en voorts gezien het feit dat dit geen *noodzakelijk* middel is om dat doel te bereiken, dat het indirecte onderscheid niet objectief was gerechtvaardigd (Oordeel 2004-30, overweging 5.31). De CGB oordeelde dan ook dat het hanteren van een kostwinnersfranchise tot niet-objectief gerechtvaardigd indirect onderscheid leidt en beval aan de betreffende pensioenvoorziening op zodanige wijze aan te passen dat deze 'reëel' zou aansluiten 'bij het laatst genoten of gemiddeld salaris'.

Op welke wijze dat dan zou moeten, liet de CGB in het midden. In dat verband is van belang dat de commissie het volgende overwoog: 'Onderkend wordt dat geen enkele uniforme franchise naadloos aansluit op de AOW-uitkering'. Op deze overweging wordt hierna teruggekomen.

Vaste franchise

De situatie die speelde in de Oordelen 2005-117 en 2005-188 week in zoverre af van de overige oordelen die hiervoor aan de orde waren, dat weliswaar van een kostwinnersfranchise sprake was, echter in de vorm van een vast bedrag in plaats van gerelateerd aan de AOW. Voor gehuwden en personen met een (geregistreerde) partner gold een vast bedrag als franchise dat hoger was als voor personen zonder partner. Ook deze vorm van een kostwinnersfranchise leverde een niet objectief gerechtvaardigd onderscheid tussen mannen en vrouwen op, op vergelijkbare gronden als de AOW-gereleerde kostwinnersfranchise.

Oordelen en aanbeveling

Op grond van het voorafgaande oordeelde de CGB dat het hanteren van de kostwinnersfranchise een niet objectief gerechtvaardigd onderscheid tussen mannen en vrouwen (ten nadele van vrouwen) oplevert en beval de CGB aan de betreffende pensioenregelingen op zodanige wijze aan te passen dat het onderscheid zou verdwijnen.

Oordeel rechtbank

De burgerlijke rechter heeft, anders dan de CGB, geoordeeld dat het hanteren van de kostwinnersfranchise geen discriminatie oplevert, noch directe, noch indirecte. De Rechtbank Maastricht kwam op 6 juli 2005 (LJN AT8795, 171 590 CV EXPL 04-5956) tot die conclusie op grond van het oordeel dat niet het AOW-inkomen en het inkomen uit een aanvullende pensioenregeling tezamen, in onderlinge samenhang, moeten worden beoordeeld, maar dat in het licht van toetsing van een aanvullende pensioenregeling aan art. 141 EG-Verdrag en art. 7:646 BW uitsluitend het inkomen uit hoofde van de aanvullende pensioenregeling in ogenschouw

dient te worden genomen. De AOW is immers, naar het oordeel van de rechter, geen onderdeel van het begrip 'beloning' als bedoeld in art. 141 EG-Verdrag of de arbeidsvoorwaarden van werknemers als bedoeld in art. 7:646 BW.

De rechter oordeelde verder dat er geen wet of rechtsbeginsel is waaruit zou volgen dat een volledig en regelmatig opgebouwd pensioen (inclusief de genoten AOW) 70% van het (laatst)genoten (gemiddeld) salaris zou behoren te bedragen. Dit streefpercentage was daarom naar het oordeel van de rechter voor het beoordelen van de kwestie niet van wezenlijke betekenis.

De rechter constateerde dat onderscheid tussen kostwinners/alleenverdieners en tweeverdieners niet aannemelijk was gemaakt, gegeven het feit dat de hoogte van het AOW-inkomen niet bij de beoordeling mocht worden betrokken. Omdat kostwinners/alleenverdieners en tweeverdieners een gelijk aanvullend pensioen ontvingen, was geen sprake van onderscheid zodat de vraag of het onderscheid, indien het wel zou zijn gemaakt, meer aan pensioenregelingen deelnemende vrouwen dan mannen zou treffen niet meer behoefde te worden beantwoord.

Uit de noot bij CGB 3 november 2005 als gepubliceerd in *PJ* 2006/4 blijkt dat tegen de uitspraak van de Rechtbank Maastricht hoger beroep is ingesteld. Zodra de uitspraak in het hoger beroep zal zijn gepubliceerd, wordt het onderwerp 'kostwinnersfranchise' vervolgd in *SR*.

Nogmaals: oordeel Commissie Gelijke Behandeling

Na de hiervoor behandelde uitspraak van de burgerlijke rechter, oordeelde de CGB nogmaals over de kostwinnersfranchise in Oordeel 2005-212 en bevestigde de CGB de eerdere oordelen. In de motivering ging de CGB wel in op de wijze van benadering van de burgerlijke rechter. De CGB overwoog dat het onderscheid dat tussen mannen en vrouwen ontstaat als gevolg van het hanteren van een kostwinnersfranchise niet het gevolg is van de wijze waarop de AOW onderscheid maakt tussen gehuwden en personen met een (geregistreerde) partner, maar in de aanvullende pensioenregelingen ligt besloten. Die kennen immers aan alleenstaanden een hoger pensioen toe dan aan gehuwden en personen met een (geregistreerde) partner. Op dit punt kan de schrijver dezes de CGB niet goed volgen. Het indirecte onderscheid als gevolg van het hanteren van een kostwinnersfranchise was immers gelegen in het (statistische) feit dat meer vrouwen dan mannen tweeverdiener zijn. De positie van alleenstaanden speelde geen rol. Wellicht komt dit aspect nog aan de orde in het lopende hoger beroep in de civiele zaak.

Algemene bespiegelingen

Een praktisch aspect dat aan de kwestie kleef, is het fiscale aspect. Uit art. 18a lid 8 onder *a* Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) blijkt dat aanvullende pensioenen slechts dan fiscaal gefaciliteerd worden, indien op de daar beschreven wijze rekening wordt gehouden met de 'uitkeringen voor gehuwde personen' ingevolge de AOW. Indien voor gehuwde deelnemers aan een pensioenregeling en deelnemers aan een pensioenregeling met een (geregistreerde) partner als ultieme consequentie van de oordelen van de CGB geen franchise zou mogen worden gehanteerd, zou dit betekenen dat personen die aan het einde van hun werkzame carrière minder verdienen dan de AOW-uitkering waarmee

rekening gehouden werd, naast hun AOW aanvullend pensioen zullen gaan ontvangen, met als gevolg dat hun inkomen vanaf pensionering (aanzienlijk) hoger kan zijn dan vóór pensionering. Dit terwijl het inkomen van personen die (veel) meer verdienen dan de AOW-franchise met een scherpe inkomensdaling zouden worden geconfronteerd. Het 'legitieme doel' dat pensioenregelingen mogen worden opgezet als aanvullende regelingen die aansluiten op de AOW, komt dan in mijn visie onvoldoende uit de verf. Schols lijkt in haar bijdrage 'Fundamentele herbezinning op franchise noodzakelijk' in *Pensioen Magazine* augustus/september 2004, p. 16 te stellen dat de consequentie van de oordelen van de burgerlijke rechter ter zake de kostwinnersfranchise is dat een allesomvattende gelijke behandeling van mannen en vrouwen in pensioenregelingen tot stand komt indien in het geheel geen franchise meer zou worden gehanteerd. Schols stelt: 'Zou de franchise helemaal worden afgeschaft, dan krijgt degene die het dubbele verdient, ook simpelweg het dubbele pensioen'. Van 'nivelleren' zou daarom geen sprake zijn. Schols gaat echter voorbij aan de hiervoor aangeduide praktische consequentie van het loslaten van het franchisesysteem. In een dergelijke formalistische benadering zouden de pensioenregelingen hun maatschappelijke functie van *aanvullende* regelingen in ieder geval verliezen.

Wellicht dient de CGB vanuit de taak die aan dit college is

toebedeeld in gevraagde oordelen van een dergelijke formalistische benadering uit te gaan. De CGB dient immers desgevraagd of ongegevraagd te oordelen of sprake is van onderscheid en zo ja, of dat onderscheid al dan niet objectief gerechtvaardigd is. Op die wijze heeft de CGB, in lijn van de taak die aan de CGB is toebedeeld, over de kostwinnersfranchise geoordeeld. De burgerlijke rechter dient echter desgevorderd met inachtneming van het burgerlijk recht (het algemene vermogensrecht, het arbeidsrecht en het civiele pensioenrecht) over de kostwinnersfranchise te oordelen en is bevoegd daarbij alle gebruikelijke wijzen van privaatrechtelijke rechtsvinding te hanteren. Hoewel de burgerlijke rechter vanzelfsprekend zwaar gewicht dient toe te kennen aan het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen (gelijke behandelingsregelgeving is immers in privaatrechtelijke zin te beschouwen als regelgeving van openbare orde in de zin van art. 3:40 BW), heeft de burgerlijke rechter een grotere vrijheid dan de CGB bij het vormen van zijn oordeel. Gegeven de grotere vrijheid voor de burgerlijke rechter bij de rechtsvinding kan de burgerlijke rechter tot een ander oordeel komen dan de CGB over de kostwinnersfranchise.

MR. W.P.M. THIJSEN