

Pensioencompensatie en gelijke behandeling

Pensioenen zijn de afgelopen jaren flink versoberd. Zo is per 1 januari 2015 de fiscaal maximale pensioenopbouw per jaar verlaagd. Daarnaast kan er geen pensioen meer worden opgebouwd over inkomen boven € 100.000. Dit leidt tot een wijziging (en verslechtering) van arbeidsvoorwaarden. Werknemers bouwen immers minder pensioen op dan aanvankelijk was afgesproken. Indien werkgevers en werknemers afspraken maken over een redelijke compensatie hiervoor – want daarvan zal naar onze mening sprake moeten zijn – moet rekening worden gehouden met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBLA).

Dat pensioencompensatie een actueel onderwerp is, blijkt onder andere uit de berichten die eind januari 2015 in de media verschenen over woningcorporaties. De vakbonden betichtten de corporaties ervan dat zij de daling van de pensioenpremies niet ten goede laten komen aan de werknemers. Aedes, de vereniging van woningcorporaties, reageerde hierop door te stellen dat de woningcorporaties de toepasselijke cao naleven en dat er dus niets aan de hand is. Deze discussie zal aan de onderhandelingstafel verder gevoerd moeten worden.

Indien wél compensatie wordt betaald door de werkgever, dan kan dat op verschillende manieren. Denk bijvoorbeeld aan een eenmalig bedrag ineens, een structurele loonsverhoging, nettopensioen, een lagere werknemerspremie in combinatie met een hogere werkgeverspremie, extra verlofdagen, enzovoort. Wellicht dat een werkgever hierbij aan iedere werknemer hetzelfde aanbiedt, bijvoorbeeld een bepaald percentage van het loon. In andere gevallen zal de werkgever de te betalen compensatie wellicht willen koppelen aan de leeftijd van de werknemer, omdat ook de hoogte van de verlaagde pensioenpremies afhankelijk was van de leeftijd. Als gevolg hiervan zullen oudere werknemers meer ontvangen dan jongere. In dat geval kan de WGBLA om de hoek komen kijken.

Verboden onderscheid naar leeftijd

De WGBLA verbiedt dat bij de arbeid onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd. Onderscheid ten aanzien van arbeidsvoorwaarden valt ook onder dit verbod. Leeftijd mag dus (direct en indirect) géén reden zijn om een bepaalde werknemer meer te betalen dan een andere. In artikel 8 WGBLA wordt een uitzondering gemaakt voor pensioenen. In lid 2 staat – kort gezegd – dat het verbod op onderscheid niet van toepassing is op in pensioenvoorzieningen vastgelegde toetredingsleeftijden en op pensioengerechtigde leeftijden. Artikel 8 lid 3 bepaalt ook dat het verbod op onderscheid niet geldt voor actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen, waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Het Europese Hof van Justitie heeft in 2013 echter gezegd dat deze laatste uitzondering te ver gaat. De uitzondering op het verbod mag alleen gelden indien de actuariële berekeningen leiden tot vaststelling van toetredings- of pensioenleeftijden. Dit zou ook impact kunnen hebben op staffels die worden gehanteerd bij beschikbare premieregelingen. ►

Uitzonderingen

Het zal duidelijk zijn dat veel vormen van pensioencompensatie, zoals de betaling ineens of de structurele loonsverhoging, niet onder de specifieke uitzondering van artikel 8 lid 2 WGBLA zullen vallen. In die gevallen zal alleen nog kunnen worden teruggevallen op de algemene uitzondering in artikel 7 van de WGBLA.

In artikel 7 WGBLA staat dat het verbod op onderscheid op grond van leeftijd niet van toepassing is in drie gevallen:

- a. Het onderscheid is gebaseerd op bij wet vastgesteld beleid op het terrein van arbeidsmarkt en werkgelegenheid, ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdsgroepen.
- b. Het onderscheid heeft betrekking op ontslag wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, althans op een tussen partijen geldende hogere pensioenleeftijd.
- c. Het onderscheid is objectief gerechtvaardigd door een legitiem doel, waarbij het ook zo moet zijn dat de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Als het gaat over de in dit artikel genoemde pensioencompensatie, zal alleen de onder c genoemde uitzondering relevant zijn en dus moet in voorkomende gevallen worden bekeken of er sprake is van zo'n objectieve rechtvaardiging. Het is lastig om in zijn algemeenheid te zeggen of er in dit geval een objectieve rechtvaardiging is, maar het is zeker niet ondenkbaar dat hiervan géén sprake zal zijn. Natuurlijk is het begrijpelijk dat werkgever en werknemer compensatieafspraken willen maken. En ook dat zij hierbij rekening willen

houden met de financiële verplichtingen op grond van de arbeids- en pensioenovereenkomst en waarschijnlijk ook met het feit dat oudere werknemers kwetsbaarder zijn op de arbeidsmarkt. De vraag is echter of het middel (in dit geval: een leeftijdsafhankelijke compensatie) passend en noodzakelijk is. Het enkele feit dat er sprake is van een wetswijziging zal niet voldoende zijn voor het aannemen van een objectieve rechtvaardiging.

Zo zou bijvoorbeeld een vergelijking kunnen worden gemaakt met een oordeel uit 2012 van de toenmalige Commissie Gelijke Behandeling (tegenwoordig het College voor de Rechten van de Mens). Hierin werd geoordeeld dat een leeftijdsafhankelijke compensatieregeling in verband met het verlies van een voorwaardelijk (pre) pensioenrecht na een overgang van een bedrijfsonderdeel niet noodzakelijk was. Het doel kon namelijk ook worden bereikt door de jongere werknemers dezelfde regeling aan te bieden als de oudere werknemers. Ook in verband met de in het verleden gewijzigde VUT-regeling zijn uitspraken bekend waarbij geoordeeld werd dat een leeftijdsafhankelijke overgangsregeling niet was toegestaan, nu er alternatieven denkbaar waren die geen leeftijdsdiscriminatie opleverden. Ook zeer recent, op 27 januari 2015, oordeelde het Gerechtshof Amsterdam dat een leeftijdsafhankelijke compensatieregeling in verband met de afschaffing van de VUT niet objectief gerechtvaardigd kon worden en dus in strijd was met artikel 7 WGBLA.

De WGBLA verbiedt onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid

Compensatie door nettopensioen

Zoals gezegd is compensatie ook mogelijk in de vorm van nettopensioen. Deelname in een nettopensioenregeling is vrijblijvend voor een werknemer en kan alleen door middel van een leeftijdsafhankelijke nettopremiestaffel, gericht op een netto-opbouw van (maximaal) 1,875% per jaar. Dit houdt in dat de hoogte van de premie stijgt met de leeftijd. Dit komt doordat de actuarieel benodigde pensioenpremie voor een oudere werknemer hoger is dan die voor een jongere werknemer. De premie kan namelijk gedurende een kortere periode renderen en daarnaast zullen de beleggingen voorzichtiger zijn. Bij de inkomens boven de € 100.000 krijgt de 45-jarige werknemer dus minder pensioenpremie dan de 55-jarige werknemer.

Ook compensatie door nettopensioen heeft een objectieve rechtvaardiging

Het is duidelijk dat ook hier onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd. Mede gezien de hiervoor genoemde uitspraak uit 2013 van het Europese Hof van Justitie zal artikel 8 WGBLA niet van toepassing zijn op de leeftijdsafhankelijke premiestaffel. Ook ten aanzien hiervan zou dus, zowel bij een brutopensioen als bij een nettopensioen, moeten worden getoetst aan artikel 7 WGBLA en moeten worden vastgesteld of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging.

Kortom: oplettendheid is geboden. 

Carina Houwen

Pension Advisory
chouwen@deloitte.nl

Sashil Durve

Legal – Employment Law
sdurve@deloitte.nl