Boom juridisch
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
E info@bju.nl
I www.boomjuridisch.nl

EstateTip

Review

Afl. 2016-31

5 oktober 2016

Onderscheid wegens groot leeftijdsverschil Is uw partner (te) jong? Bent u (te) oud? (III)

Voor partners die elkaar na het overlijden goed verzorgd willen achterlaten, is het *partnerpensioen* een belangrijk instrument. Dat van het partnerpensioen ook weer *geen verzorgingswonderen* kunnen worden verwacht, is mede het gevolg van ontwikkelingen als de versoberde mogelijkheden tot pensioenopbouw en de intrede van de risico-financiering. Hetzelfde geldt vanzelfsprekend als na scheiding aan de ex-partner bijzonder partnerpensioen is meegegeven; ook dan blijft de daadwerkelijke langstlevende partner minder goed verzorgd achter. De 'partnerpensioenspoeling' is dan immers voor de langstlevende dunner.

Vandaag aandacht voor een ander aspect dat een negatieve invloed kan hebben op de omvang van het partnerpensioen: *de leeftijdskorting*. Uit *EstateTip Review* 2010-16 bleek dat sommige pensioenfondsen een korting toepassen op het partnerpensioen als er een 'groot' leeftijdsverschil bestaat tussen de pensioenopbouwer/deelnemer en diens partner. Reden voor het toepassen van die korting is vaak de wens om financieel geïnspireerde 'sterfbedhuwelijken' tegen te gaan. Bij het ontbreken van de kortingsregeling zou een te groot beroep op de onderlinge solidariteit van pensioendeelnemers worden gedaan.

Ter bepaling van de gedachten een voorbeeld van kortingsbepaling, artikel 13 lid 3 van het Reglement pensioenregeling ING Groep:

'3. Indien de (Gewezen) Deelnemer of Gepensioneerde een Partner heeft die *meer dan 10 jaar jonger* is dan hijzelf, wordt het partnerpensioen verminderd. De vermindering wordt vastgesteld door het partnerpensioen als bedoeld in lid 2 te vermenigvuldigen met een breuk, waarvan de teller gelijk is aan 30 en de noemer gelijk is aan het met 20 vermeerderde in jaren uitgedrukte leeftijdsverschil tussen de (Gewezen) Deelnemer of Gepensioneerde en zijn Partner. [...]' (Curs. FH)

Laat de overleden deelnemer een partner achter die 15 jaar jonger is, dan wordt het partnerpensioen gekort met $[30:(20+15) = 30:35 =]$ circa 15%.

Uit genoemde *EstateTip Review* bleek dat het antwoord op de vraag of een kortingsregeling in een concreet pensioenreglement al dan niet een ongeoorloofde (indirecte) *discriminatie naar leeftijd of geslacht* oplevert, van geval tot geval moet worden beoordeeld en dat de literatuur en jurisprudentie van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB), thans het College voor de Rechten van de Mens (CRM), *geen eenduidig* beeld opleverden.

Over dit ‘discriminatievraagstuk’ heeft de Hoge Raad vorig jaar (18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3628, *NJ* 2016/170, m.nt. M. Heemskerk) een interessant arrest gewezen. In die casus werd de kortingsclausule uit het ING Reglement onder de loep genomen. Kort de feiten. Een deelnemer bij het ING Pensioenfonds overlijdt en laat een 23 jaar jongere partner achter. Die langstlevende legt de door het pensioenfonds toegepaste korting(sregeling) voor aan het CGB. Het CGB stelt dat door die regeling in dit geval een ongeoorloofd indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen wordt gemaakt. Geruggesteund door dit oordeel wendt de langstlevende zich tot de (*civiele*) *rechter* en verzoekt een veroordeling van het Pensioenfonds tot het zonder toepassing van de kortingsregeling uitbetalen van het partnerpensioen. De kantonrechter en het hof wijzen het verzoek van de partner af. Uit het arrest van de Hoge Raad halen we de overweging van het hof:

‘3.8.2 [...] Het is *gerechtvaardigd om de solidariteit te beperken* met betrekking tot de kosten die verband houden met een groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar partner. Het pensioenreglement, waarvan de thans bestaande leeftijdsdrukking deel uit maakt, is het resultaat van *arbeidsvoorwaardenoverleg* tussen de *cao-partijen*. Gegeven de *geschiktheid van de leeftijdsdrukking als middel om het gerechtvaardigde doel te bereiken* en de omstandigheid dat het tot op zekere hoogte arbitrair is in welke mate de solidariteit wordt beperkt, past het de burgerlijke rechter terughoudend te zijn met een oordeel over de grenzen die het *reglement in concreto* aan de solidariteit stelt. Tegen deze achtergrond oordeelt het hof dat door de bestaande leeftijdsdrukking, waarbij de solidariteit ten aanzien van leeftijdsverschillen tot 10 jaar onverkort geldt en ten aanzien van grotere verschillen wordt beperkt, op *evenwichtige en redelijke wijze het onredelijke voordeel* dat verbonden is aan een groot leeftijdsverschil tussen de deelnemer en zijn of haar (huwelijks)partner ten laste wordt gebracht van degenen die het betreft. [...]

3.8.4 Uit het voorafgaande volgt waarom het hof ten aanzien van de vraag of de leeftijdsdrukking noodzakelijk is *afwijkt van het oordeel van de CGB*, welk oordeel *weliswaar gewichtig is maar niet bindend*.’ (Curs. FH)

Tegen dit oordeel stelt de Procureur-Generaal *cassatie in het belang der wet* in.

Het oordeel van de Hoge Raad:

‘3.3.1 Bij de beoordeling van het hiertegen door de Procureur-Generaal in het belang der wet aangevoerde middel wordt vooropgesteld dat ingevolge art. 1 lid 1, aanhef en onder c, WGB sprake is van *indirect onderscheid* tussen mannen en vrouwen, indien een *ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, personen van een bepaald geslacht in vergelijking met andere personen bijzonder treft*. Indirect onderscheid is ingevolge art. 6 WGB *niet verboden als dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn*. Onder “noodzakelijk” is te verstaan dat die middelen voldoen aan de eisen van *proportionaliteit en subsidiariteit*.’ (Curs. FH)

Voldoet de ING-regeling aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit? Uit diens overwegingen blijkt dat het hof bij de afweging gewicht heeft toegekend aan de omstandigheid dat het pensioenreglement en kortingsregeling het *resultaat zijn van arbeidsvoorwaardenoverleg tussen cao-partijen* en dat de burgerlijke rechter

terughoudendheid past met een oordeel over de grenzen die in concreto in een reglement aan die solidariteit worden gesteld.

De Hoge Raad gaat hier niet in mee:

‘3.3.4 Met dit oordeel heeft *het hof miskend* dat de rechter zich over de vraag of de kortingsregeling (mede) voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, *zelfstandig een oordeel dient te vormen* en daarin alle relevante omstandigheden van het geval dient te betrekken. Gelet op het fundamentele belang van een gelijke behandeling naar geslacht, wordt de rechter bij die beoordeling, anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, *niet beperkt door de in beginsel aan cao-partijen toekomende onderhandelingsvrijheid*.

3.3.5 Voorts heeft het hof in dit kader ten onrechte in het midden gelaten of de kosten van afschaffing van de leeftijdskorting in het niet vallen bij de totale omvang van het fonds, zoals [X] heeft gesteld. Het hof had *van het Pensioenfonds moeten verlangen* dat het aan de hand van door hem *in het geding te brengen cijfers aantoonde* dat het gemaakte *onderscheid voldoet* aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In aanmerking genomen dat het hof - terecht - mede tot uitgangspunt heeft genomen dat de kortingsregeling leidt tot het maken van indirect onderscheid in de zin van art. 1 lid 1, onder c, WGB (zie hiervoor in 3.2.2 onder (a)), volgt immers uit art. 6a WGB dat het *Pensioenfonds dient te bewijzen* dat voor het gemaakte onderscheid een *objectieve rechtvaardigingsgrond* bestaat.’ (Curs. FH)

Helder, het uitgangspunt van de Hoge Raad is dat de kortingsregeling indirect onderscheid maakt naar geslacht. *Discriminatie* is derhalve *het vertrekpunt* en het is vervolgens aan het pensioenfonds om aan te tonen dat deze discriminatie/dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

Wellicht dat nu bij u de vraag opkomt: leuk en aardig allemaal deze theorie, maar wat betekent dit voor mijn planningspraktijk? Daarvoor gaan we te rade bij de Nijmeegse pensioenhoogleraar Heemskerk, die in zijn NJ-noot opmerkt:

‘12 De uitspraak kan leiden tot *een revival van claims* van vrouwen wier nabestaandenpensioen *in het verleden is gekort* of voor wie de *kortingsbepaling van toepassing is*.’ (Curs. FH)

Duidelijke taal. In voorkomende gevallen – en zeker bij een tekortschietende verzorging van een langstlevende partner – kan het zinvol zijn om te wijzen op de mogelijkheid om een toegepaste korting (opnieuw) ter toetsing aan de rechter voor te leggen. Een succesgarantie is er niet, maar de kans op een gunstig(er) oordeel lijkt alleszins toegenomen!

Mr. F.M.H. Hoens

Tot volgende week!

www.scholsburgerhartSchols.nl

Boomjuridisch

www.boomjuridisch.nl

© 2016 Boom juridisch | ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.