Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 1988–1989

20 890 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het terrein van de bovenwettelijke sociale zekerheid)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen gedeelte

1. Strekking en betekenis van het wetsvoorstel

Met het onderhavige wetsvoorstel wordt beoogd te voldoen aan het bepaalde in de richtlijn van de Raad voor de Europese Gemeenschappen van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (Pb EG L225; hierna te noemen: 4e richtlijn). De richtlijn is als bijlage 1 bij de memorie gevoegd[1].

Met betrekking tot de voorgeschiedenis en de voorgenomen wijze van tenuitvoerlegging van de 4e richtlijn is op 7 april 1987 aan beide Kamers van de Staten-Generaal een notitie toegezonden (kamerstukken II, 1986–1987, 19 936, nrs. 1 en 2; hierna te noemen: de notitie). In die notitie is ook aandacht besteed aan de adviezen die de Sociaal-Economische Raad (SER), de Emancipatieraad (ER) en de Verzekeringskamer (VK) hebben uitgebracht over het ontwerp van de richtlijn. Over de notitie heeft met de vaste Commissie voor het Emancipatiebeleid uit de Tweede Kamer een schriftelijk overleg plaatsgevonden (19 936, nr. 3). De notitie is ook ter kennis gebracht van de genoemde adviesorganen. Met betrekking tot de notitie heeft het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) een uitvoerig commentaar uitgebracht (bijlage 2)[1]. Daarop zal, zoals aan het Comité toegezegd, waar nodig in deze memorie worden ingegaan.

Als zodanig betekent het wetsvoorstel ook een belangrijke stap op weg naar de realisering van de doelstellingen vervat in het Beleidsplan Emancipatie (kamerstukken II, 1984–1985, 19 052, nrs. 1 en 2).

Vanzelfsprekend moet de betekenis (van de 4e richtlijn en) van het onderhavige wetsvoorstel vooral worden gezocht in de effecten ervan voor de realisering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het terrein van de bovenwettelijke sociale zekerheid. Daarbij dient niet uit het oog te worden verloren, dat de gelijke behandeling op dat terrein voor een aantal voorzieningen al is voorgeschreven door middel van het bepaalde in artikel 1637ij van het Burgerlijk Wetboek (BW). Zie daarover verder de toelichting op artikel I. Per saldo heeft het geheel van

[1] Ter inzage gelegd op de bibliotheek.

voorschriften vervat in het wetsvoorstel alleen gevolgen voor aanvullende pensioenvoorzieningen en voor bovenwettelijke voorzieningen van andere aard, voorzover die niet als arbeidsvoorwaarden vallen te kwalificeren. Met name gaat het bij deze laatste om krachtens collectieve besluitvorming totstandgekomen voorzieningen voor zelfstandigen. Voor de goede orde moet hierbij worden opgemerkt dat niet als voorzieningen als hier bedoeld kunnen worden aangemerkt voor een groep bedrijfs- of beroepsgenoten geldende voorzieningen waarvan de inhoud niet zozeer door collectief overleg tussen betrokkenen als wel door het collectieve aanbod van een verzekeraar wordt bepaald. Voor laatstbedoelde voorzieningen zal overigens de komende Algemene Wet gelijke behandeling van betekenis zijn. Toch ligt het voor de hand dat er voor zelfstandigen naast pensioenregelingen nog andere hier relevante bovenwettelijke voorzieningen kunnen bestaan. Ook het NJCM gaat daarvan in zijn commentaar uit. In het licht hiervan is besloten het onderhavige wetsvoorstel niet te beperken tot het terrein van de aanvullende pensioenvoorzieningen. Zie verder de toelichting op artikel II, onderdeel B. Wat betreft de zogenaamde bovenwettelijke uitkeringen in het kader van de sociale werknemersverzekeringen valt op te merken, dat deze in beginsel worden bestreken door artikel 1637ij BW voorzover ze als (uitvloeisel van overleg over) arbeidsvoorwaarden kunnen worden beschouwd. Is sprake van een besluit van een bedrijfsvereniging als bedoeld in artikel 29, derde lid, of artikel 57, eerste lid van de Ziektewet (Stb. 1987,88) dan kan worden gesteld dat daarop de 3e richtlijn (richtlijn van 19 december 1978, Pb EG L6, met betrekking tot de sociale zekerheid in de vorm van wettelijke regelingen) van toepassing is.

Het zoëven gestelde maakt duidelijk waarom de publieke discussie over de tenuitvoerlegging van de 4e richtlijn zich steeds toespitst op de gevolgen voor de aanvullende pensioenen. Ook in de notitie en het schriftelijk overleg daarover hebben die gevolgen de meeste aandacht gekregen. In bedoelde notitie is er overigens op gewezen dat in het ruimere kader van de verbetering van de positie van de vrouw op het terrein van de aanvullende pensioenen nog meer activiteiten geboden zijn. Te denken valt aan bijvoorbeeld de problematiek van de witte vlekken op pensioenterrein, welke problematiek een van de onderwerpen vormt van de adviesaanvrage aan de SER en de ER van 26 november 1987, die in afschrift aan beide Kamers der Staten-Generaal is gezonden.

Voorts is hier nog het volgende van belang. In beginsel zal er na aanvaarding van het onderhavige wetsvoorstel een sluitend geheel van verbodsbepalingen bestaan voor wat betreft onderscheid naar geslacht in de relatie werkgever-werknemer. Aan het feit dat een werkgever een economisch belang kan hebben bij ongelijke behandeling doet dat echter niet af. Dat zou aan de realisering van de doelstelling van een grotere inschakeling van vrouwen in het arbeidsproces in de weg kunnen staan. De werkgever is echter gehouden tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de werving. Het overheidsbeleid kan op zich ook niet volstaan met het realiseren van een sluitend geheel van verboden wat betreft onderscheid naar geslacht. In de publieke discussie is er in dit verband op gewezen dat de kosten van ouderdomspensioen op grond van feitelijke verschillen in levensverwachting voor vrouwen hoger liggen dan voor mannen. Geopperd is die kosten te egaliseren door middel van een soort verevening tussen bedrijven c.q. bedrijfstakken. Aan dit aspect is in de notitie en in de zoëven vermelde adviesaanvragen welke aan de SER en ER is gezonden aandacht geschonken. Voor de goede orde vatten wij hier het in die stukken gestelde nog eens samen. Allereerst valt te twijfelen aan de reële betekenis van bedoeld kostenverschil voor de realisering van de in geding zijnde emancipatoire beleidsdoelstelling. Er zijn immers veel meer factoren in geding bij het beleid van een

werkgever ten aanzien van de inschakeling van vrouwen of mannen. Daarnaast kan niet worden voorbijgegaan aan de vergaande consequenties van de beoogde vereveningsmaatregelen voor het beleid dat er op is gericht de primaire verantwoordelijkheid van sociale partners voor de aanvullende pensioenen zo goed mogelijk tot haar recht te laten komen.

Men kan zich intussen afvragen in hoeverre op bepaalde internationaalrechtelijke bepalingen, met name artikel 119 van het EEG-Verdrag, reeds nu door belanghebbenden in het kader van de realisering een gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het onderhavige terrein een beroep zou kunnen worden gedaan. De discussie waarover is thans volop gaande (zie bij voorbeeld het reeds vermelde commentaar van het NJCM op de notitie). Ook in het kader van het zoëven bedoelde schriftelijk overleg is aan dit aspect aandacht besteed.

Niet ontkend kan worden dat sprake is van een niet geheel duidelijke situatie. Dat neemt niet weg dat de wetgever in ieder geval verplicht is ook de 4e richtlijn uit te voeren. Daarbij rijst dan in feite alleen de vraag of het in de notitie voorgestelde tijdpad zich verdraagt met bovengenoemde verdragsartikelen. Zoals in de notitie gesteld heeft het kabinet wat betreft het stellen van wettelijke regelen een voorkeur voor het opnemen van de mogelijkheid van een geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen wat betreft die (onderdelen van) bovenwettelijke voorzieningen waarop dat beginsel thans nog niet van toepassing is. Het is immers van groot belang dat de noodzakelijke aanpassingen op verantwoorde wijze plaatsvinden. Vanzelfsprekend staat het aan betrokkenen vrij op een eerder tijdstip te komen tot aanpassing van hun voorzieningen dan waartoe de te stellen regels verplichten. Het kabinet wil betrokkenen nadrukkelijk oproepen spoed te betrachten met aanpassing van de relevante voorzieningen. Een spoedige aanpassing beperkt voor alle betrokkenen immers de huidige periode van onduidelijkheid met alle risico's van dien.

Met betrekking tot de betekenis van artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten in de sfeer van de sociale zekerheid zij op deze plaats verwezen naar de notitie dienaangaande van 29 augustus 1988 (kamerstukken II, 1987–1988, 20 453, nr. 6).

2. Hoofdlijnen van het wetsvoorstel

In de notitie is reeds aangegeven hoe het kabinet zich voorstelde te voldoen aan de bepalingen vervat in de 4e richtlijn. Voor de goede orde wordt hierna op een aantal aspecten nog eens kort ingegaan.

a. In de notitie is vermeld dat de tenuitvoerlegging van de 4e richtlijn tot wetgeving zal moeten leiden analoog aan die ter uitvoering van de 1e en 2e richtlijn (respectievelijk: de richtlijn van 10 februari 1975, Pb EG L45, met betrekking tot de beloningen en die van 9 februari 1976, Pb EG L39, met betrekking tot de overige arbeidsvoorwaarden). De materie betreft immers regelingen die berusten op afspraken tussen werkgevers en werknemers c.q. tussen beroepsgenoten. Het standpunt van het NJCM dat de 2e richtlijn wellicht deels al tot wetgeving dwingt als thans wordt voorgesteld acht het kabinet niet voor de hand liggend. In de visie van het NJCM valt niet te verklaren waarom de Europese Commissie nu dan nog de totstandkoming van een 4e richtlijn zou hebben bevorderd.

Aangegeven is in de notitie tevens dat het uit een oogpunt van een zo overzichtelijk mogelijke wetgeving op het terrein van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid voor de hand ligt de maatregelen nodig ter uitvoering van de 4e richtlijn in te passen in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (hierna te noemen: WGB) zoals deze zal worden herzien ingevolge wetsvoorstel 19 908. Inpassing

in de diverse wetten waarin bepalingen voorkomen omtrent pensioen is anders gezegd geen bruikbaar alternatief.

Desgevraagd door de leden van de fractie van het CDA in het kader van het eerder vermeld schriftelijk overleg hebben wij gewezen op de noodzaak ervoor zorg te dragen dat de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid en het haar ondersteunende secretariaat over voldoende deskundigheid kunnen beschikken. Alles afwegende zijn wij thans van mening dat geen behoefte bestaat aan een wijziging van de wettelijke bepalingen ter zake. Met name het feit dat de organisaties van werkgevers en van werknemers die deel uitmaken van de Stichting van de Arbeid wettelijk recht hebben voorstellen te doen wat betreft de te benoemen leden van de Commissie lijkt ons voldoende waarborg voor een samenstelling van de Commissie die is afgestemd op de taken met betrekking tot de gelijke behandeling op het terrein van de aanvullende pensioenen. Voorts zal in de praktijk met toepassing van artikel 17, tweede lid, WGB zoals dat gaat luiden zonodig de deskundigheid van de VK kunnen worden benut.

In toezicht op de naleving van bepalingen inzake gelijke behandeling is voorzien in artikel 21 WGB zoals dat gaat luiden. Dat toezicht zal zich mede uitstrekken over het onderhavige terrein. De WGB beperkt zich, zoals bekend, overigens tot civielrechtelijke sancties. De thans voorgenomen wijziging van de artikelen 429 ter en quater van het Wetboek van Strafrecht (kamerstukken II, 1987–1988, 20 239) strekt ertoe onderscheid naar geslacht in de uitoefening van ambt, beroep of bedrijf strafbaar te stellen. In artikel II van het desbetreffende wetsvoorstel wordt bepaald dat artikel 429 quater, eerste lid, voor wat betreft het onderscheid wegens geslacht in pensioenregelingen in werking treedt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Het kabinet stelt zich voor het tijdstip waarop met betrekking tot alle onderdelen van (alle) pensioenvoorzieningen sprake dient te zijn van gelijke behandeling te kiezen als tijdstip waarop ook de strafrechtelijke sanctie van toepassing wordt. Het kiezen van verschillende tijdstippen voor wat betreft verschillende onderdelen van (de verschillende categorieën) pensioenvoorzieningen (al naar gelang het tijdstip waarop de civielrechtelijke sanctie van toepassing wordt) acht het kabinet niet zinvol.

Overigens: in het kader van haar juridische toezicht op de pensioenfondsen zal ook de VK aandacht moeten besteden aan bepalingen strijdig met de te stellen normen.

b. In de tweede plaats is het nuttig erop te wijzen dat de kern van de noodzakelijke wetgeving bestaat uit het formuleren van een verbod tot direct en indirect onderscheid naar geslacht (zie artikel 5 van de richtlijn). Wat betreft nu het verbod tot indirect onderscheid moet worden beseft dat de vraag of een concrete bepaling met dat verbod in strijd is ter beantwoording staat van de rechter. Daarom behoeft de wetgever – anders dan bij de 3e richtlijn die betrekking heeft op de wettelijke sociale zekerheid – niet zelf te beoordelen welke (mogelijke) bepalingen in strijd zijn met bedoeld verbod. Zou de wetgever om beleidsmatige redenen ter zake tóch een oordeel uitspreken, dan zou dat, gelet op de mogelijkheid van toetsing aan de 4e richtlijn, alleen verantwoord zijn inzoverre bepaalde constructies – per definitie – als in strijd met het verbod tot indirect onderscheid zouden worden aangemerkt. Een aanleiding daartoe kan in feite slechts zijn de wens bepaalde ontwikkelingen te sturen. Zo'n aanleiding doet zich op het onderhavige terrein ons inziens niet voor. Deze conclusie is met name van belang voor zulke onderwerpen als de positie van deeltijdwerkers op pensioenterrein, de problematiek van de AOW-franchise die verschilt al naar gelang van de burgerlijke staat, de pensioenbreuk en het eindloonstelsel. In de meer genoemde notitie en het schriftelijk overleg daarover is op die onder-

werpen in dit licht reeds uitvoerig ingegaan. Kortheidshalve zij daarnaar verwezen.

Het wetsvoorstel breidt de reikwijdte van het verbod tot het maken van onderscheid uit tot een nieuwe groep bepalingen. Voorzover die bepalingen in strijd zijn met het verbod zullen zij volgens het wetsvoorstel nietig zijn. De richtlijn schrijft dat voor (artikel 7, letter a).

c. De richtlijn verplicht niet alleen tot het formuleren van een verbod tot onderscheid naar geslacht, maar ook tot het nemen van de nodige maatregelen opdat regelingen die bepalingen bevatten in strijd met dat verbod niet door bestuursrechtelijke maatregelen kunnen worden goedgekeurd of algemeen verbindend verklaard (artikel 7, letter b). Een dergelijke bepaling ontbreekt in de 1e en 2e richtlijn. In het kader van de voorbereiding van het onderhavige wetsvoorstel is onderzocht welke Nederlandse wetten bestuursrechtelijke maatregelen als bedoeld mogelijk maken. Het lijkt te gaan om de volgende wetten:

– Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Stb. 1937, 801): artikel 2, eerste lid;

– Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Stb. 1949, J121): artikel 3, eerste lid;

– Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (Stb. 1972, 400): artikel 2, eerste lid;

– Wet op de loonvorming (Stb. 1970, 69): artikel 5, eerste lid en artikel 6, eerste lid;

– Wet op de kansspelen (Stb. 1964, 483): Artikel 41, eerste lid;

– Wet invoering van een leeftijdsgrens voor het notarisambt en oprichting van een notarieel pensioenfonds (Stb. 1954, 407): artikel 4, zesde lid.

Bij de omschrijving van de betrokken bevoegdheden in die wetten is nergens expliciet bepaald dat van die bevoegdheden geen gebruik mag worden gemaakt ter realisering van doelstellingen die in strijd zijn met wettelijke bepalingen. Privaatrechtelijke rechtshandelingen in strijd met wettelijke verboden tot discriminatie zijn immers krachtens de bestaande wetgeving en ingevolge het onderhavige wetsvoorstel nietig. Bestuursrechtelijke maatregelen als bedoeld die betrekking hebben op nietige privaatrechtelijke rechtshandelingen blijven zonder rechtsgevolg. In dat licht bezien bestaat er geen behoefte aan nadere wettelijke voorzieningen ter uitvoering van de betrokken bepaling van de richtlijn.

Voor de goede orde zij in dit verband nog opgemerkt dat de Pensioen- en spaarfondsenwet (Stb. 1981, 18) in verband met de wijzigingen daarvan per 1 augustus 1987 bij de wet van 11 juni 1987 (Stb. 340) geen wijziging meer behoeft om te voldoen aan de eisen die de richtlijn stelt.

De Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling zal op het punt van de nabestaandenpensioenen te zijner tijd aangepast worden en in ieder geval uiterlijk op het nader bij wet te bepalen tijdstip bedoeld in artikel III, letter a.

d. De richtlijn schrijft ook voor dat de nationale wetgeving voorziet in een adequate ontslagbescherming van werknemers die zich inspannen voor het doen naleven van het verbod tot onderscheid naar geslacht. Zie ter zake artikel 12f en de toelichting daarop.

e. Wat betreft het tijdpad voor de aanpassing van de betrokken voorzieningen aan het onderhavige wetsvoorstel, waarbij op de in de notitie aangegeven wijze gebruik is gemaakt van hetgeen de richtlijn bevat op het punt van de geleidelijke tenuitvoerlegging, zij verwezen naar het voorgestelde artikel III en de toelichting daarop.

3. Dereguleringsaspecten

Het onderhavige wetsvoorstel sterkt tot uitvoering van een verplichting ter zake vervat in het EEG-recht. Alternatieven voor wetgeving zijn er per definitie niet. De keuze met betrekking tot de wijze van tenuitvoerlegging van de 4e richtlijn door middel van aanpassing van de te repareren wetgeving gelijke behandeling vindt haar verklaring in de logische samenhang van de materie in kwestie met die geregeld in bedoelde wetgeving. De voorgestelde regeling voorziet niet in delegatiebepalingen. De normstelling is noodzakelijkerwijs overigens deels wat abstract, zodat enige toeneming van de werkdruk van de rechterlijke macht niet valt uit te sluiten. Dit dan met name als gevolg van gedingen over de vraag of een bepaling van een bovenwettelijke voorziening in strijd is met het verbod tot indirect onderscheid naar geslacht. De mogelijkheid de Commissie gelijke behandeling te benaderen kan in dit verband worden gezien als een instrument om gedingen te voorkomen.

Het stellen van normen waaraan bovenwettelijke voorzieningen zullen moeten gaan voldoen brengt in veel gevallen financiële gevolgen met zich mee. Nadere kwantitatieve informatie daarover valt niet te verschaffen in verband met het feit dat enerzijds geen exact inzicht bestaat in de omvang van de noodzakelijke aanpassingen en deze anderzijds soms op meer dan een manier zullen kunnen plaatsvinden. Voor de collectieve uitgaven is van belang of en zo ja in welke mate met name de pensioenregelingen in de gesubsidiëerde en gepremiëerde sector aanpassing behoeven. Daaromtrent valt te vermelden dat in die sector nogal wat deeltijdwerkers ingeschakeld zijn, terwijl niet zeker is dat de bepalingen inzake deeltijdarbeid in die regelingen de toets aan het verbod tot indirect onderscheid kunnen doorstaan. Overigens is met de gevolgen voor de praktijk nadrukkelijk rekening gehouden door – waar de 4e richtlijn dat toelaat en dat zinvol lijkt – slechts te verplichten tot aanpassing op termijn.

4. Gevolgen voor de positie van de vrouw

In de notitie is hieraan reeds aandacht besteed. Ook onder punt 1 van het algemeen gedeelte van deze memorie is ter zake een en ander opgemerkt.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I, onderdeel A

(Artikel 1637ij, eerste lid, BW)

Het eerste lid van artikel 1637ij BW bevat een tot de werkgever gerichte verbod tot onderscheid naar geslacht wat betreft onder andere de arbeidsvoorwaarden. Het bevat tevens de bepalingen dat niet onder arbeidsvoorwaarden zijn begrepen uitkeringen of aanspraken pensioenregelingen.

In het kader van de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het terrein van de bovenwettelijke sociale zekerheid bestaat onder meer behoefte aan een alomvattend verbod om naar geslacht te onderscheiden op pensioenterrein.

Voorgesteld wordt in verband daarmee de bepaling in artikel 1637ij, eerste lid, BW inzake de uitkeringen of aanspraken ingevolge pensioenregelingen te schrappen. In artikel III, onder a, is een overgangsbepaling getroffen voor het nabestaandenpensioen. Voor wat betreft pensioenvoorzieningen voor werknemers dient evenwel bedacht te worden dat de

werkgever niet steeds de meest gerede partij is om op het inachtnemen van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen aan te spreken. Diegene dient te worden aangesproken, die de naleving van het beginsel in zijn macht heeft.

Het orgaan dat de pensioenvoorziening uitvoert zal vaak de meest gerede partij zijn om aan te spreken.

Voorts zal de werkgever in sommige gevallen in het geheel niet kunnen worden aangesproken. Dit geldt bijvoorbeeld bij verplichtgestelde bedrijfspensioenfondsen. Door het schrappen van de geciteerde passage in artikel 1637ij BW wordt dus niet alles opgelost. Mede daarom strekt dit wetsvoorstel ook tot wijziging van de WGB in die zin dat daarin een in algemene termen gesteld verbod wordt opgenomen tot ongelijke behandeling van mannen en vrouwen op pensioenterrein. Zie ter zake de toelichting op het voorgestelde artikel 12b WGB.

Waar pensioenuitkeringen niet tot de «arbeidsvoorwaarden» kunnen worden gerekend kan de werkgever daarvoor niet worden aangesproken; in zoverre verandert er door het schrappen van de betrokken bepaling in artikel 1637ij niets.

Artikel II, onderdeel A.1

(Artikel 1a, eerste lid, WGB)

Het eerste lid van artikel 1a WGB bevat voor de openbare dienst een bepaling analoog aan artikel 1637ij, eerste lid, BW. Wat betreft de ambtelijke pensioenregelingen kan worden opgemerkt, dat de vorm waarin deze gegoten zijn ze brengt onder de werkingssfeer van de 3e richtlijn. Een verbodsbepaling gericht tot het bevoegd gezag is voor die regelingen niet meer nodig. Voorgesteld wordt de bepaling aan te passen naar analogie van de voorgestelde aanpassing van artikel 1637ij, eerste lid BW.

Artikel II, onderdeel B

(Artikel 2 WGB)

Dit artikel is aangevuld in die zin, dat onder het erin vervatte verbod ook worden gebracht bovenwettelijke sociale zekerheidsregelingen, niet zijnde pensioenvoorzieningen. In het algemeen gedeelte van deze memorie is er reeds op gewezen dat lang niet elke bovenwettelijke vorm van sociale zekerheid voor zelfstandigen als een regeling kan worden beschouwd waarop de 4e richtlijn betrekking heeft. Criterium voor de toepasselijkheid van het onderhavige verbod is of de regeling voortvloeit uit (collectief) overleg tussen de betrokken belanghebbenden. Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan regelingen die strekken tot het voorkomen of opvangen van inkomensverlies bij arbeidsongeschiktheid, zoals die op sommige plaatsen bijvoorbeeld in de landbouw in de vorm van vervangingsregeling voorkomen. Het onderhavige verbod gaat wat betreft de werkingssfeer ervan (regelingen tussen beroepsgenoten) wellicht iets verder dan waartoe de richtlijn verplicht. De afbakening van het terrein is echter zo afhankelijk van wat er in de praktijk bestaat c.q. bestaan kan – en een volledig inzicht daarin is niet mogelijk – dat een duidelijk criterium van formele aard de voorkeur verdient.

In de notitie (punt 3.3.1., letter e) is opgemerkt dat de ER bepleit dat wordt vastgesteld dat beroepsregelingen die betrekking hebben op ziekte geen uitzondering mogen maken voor zwangerschap en bevalling en de arbeidsongeschiktheid, die daarin haar oorsprong vindt. Als reactie daarop is in de notitie gesteld dat een dergelijke maatregel in de rede ligt, met dien verstande dat voorwaarden kunnen worden gesteld om

misbruik en oneigenlijk gebruik in geval van een bij de aanvang van de deelneming aan de regeling bestaande zwangerschap te voorkomen. Het voorgestelde tweede lid strekt ertoe aan een en ander uitvoering te geven.

Het artikel bevat, gelet ook op artikel 7, letter a, van de richtlijn, tevens een sanctie in het derde lid wat betreft bepalingen van de betrokken regelingen tussen beroepsgenoten die in strijd zijn met het verbod.

Artikel II, onderdeel C

(Artikel 5, eerste lid, WGB)

Het eerste lid wordt gewijzigd in dier voege, dat aan de daar genoemde artikelen waarvan in het kader van een voorkeursbehandeling mag worden afgeweken worden toegevoegd de voorgestelde artikelen 12b en 12c WGB. De richtlijn kent geen expliciete bepaling inzake de mogelijkheid van een voorkeursbehandeling. In de notitie is opgemerkt, dat dat niet in de weg hoeft te staan aan een expliciete bepaling in de nationale wetgeving. Men kan immers stellen dat een (tijdelijke) voorkeursbehandeling voor vrouwen begrepen is in het non-discriminatiebeginsel omdat het inhalen van een achterstandssituatie ten doel heeft gelijke behandeling te realiseren en om die reden geen discriminatie is. Nu ook in de bestaande WGB de mogelijkheid van voorkeursbehandeling is gegeven, lijkt het aangewezen deze mogelijkheid niet uit te sluiten voor het door de 4e richtlijn bestreken terrein. Waar in het verleden pensioenregelingen zijn getroffen die tot achterstandssituaties voor vrouwen hebben geleid is het zinvol toe te staan deze door middel van gerichte maatregelen door betrokkenen ongedaan te maken.

In het commentaar van het NJCM op de notitie wordt een geval vermeld waarin een voorkeursbehandeling denkbaar kan zijn. Men wijst op het feit dat een gelijke pensioenleeftijd (en dus gelijke opbouwperiode) tot voor mannen en vrouwen feitelijk verschillende resultaten kan leiden (bijvoorbeeld wegens het tijdelijk niet werken door vrouwen in verband met de zorg voor kinderen). Wij zouden op dit punt niet verder willen gaan dan dat een voor vrouwen lagere toetredingsleeftijd een voorbeeld kán zijn van een aanvaardbare vorm van voorkeursbehandeling. Het aspect van de toetredingsleeftijd valt echter moeilijk geïsoleerd te benaderen gelet op de samenhang met andere aspecten (opbouwduur, opbouwpercentage; premieplicht). Ook dient te worden bedacht dat wij een pluriform geheel van pensioenregelingen kennen. Herintredende vrouwen zullen vaak aan een andere regeling gaan deelnemen dan waaraan zij voorheen deelnamen. Wat het uiteindelijke pensioenresultaat zal zijn in percentages van het eindloon is van vele factoren afhankelijk. In de toelichting op artikel 12c wordt overigens nog gewezen op een andere situatie waarin een voorkeursbehandeling gedacht kan worden.

Artikel II, onderdeel D

(Artikel 7, tweede lid, WGB)

In samenhang met de voorgestelde aanpassing van het eerste lid van artikel 1637ij BW wordt voorgesteld de definitie van loon aan te passen. In dit verband wordt nog verwezen naar de overgangsbepaling van artikel III, onder a.

Artikel II, onderdeel E

(Nieuwe paragraaf 3 van Hoofdstuk I, WGB)

Artikel 12a

Het begrip «pensioen*voorziening* » is in de onderhavige omschrijving van het relevante terrein gekozen omdat dat beter dan «pensioen-*regeling*» tot uitdrukking brengt dat het om de inhoud en niet om de vorm gaat. Bovendien kan (zoals vroeger op fiscaal terrein) bij het begrip «pensioen*regeling* » het misverstand rijzen dat in het kader van pensioenvoorzieningen voor één persoon geen sprake zou kunnen zijn van een pensioenregeling zodat wat betreft zo'n voorziening onderscheid niet bestreden zou kunnen worden (zie daarover verder hierna). Daarnaast kan gelet op het spraakgebruik bij «pensioenregeling» ook nog het misverstand rijzen dat het verbod alleen geldt ingeval er vóór het tijdstip van pensioeningang een desbetreffende voorziening in uitzicht was gesteld.

Vanzelfsprekend dient dat verbod ook te gelden als het pensioen is gebaseerd op besluitvorming nadat het feit zich voordoet dat aanleiding geeft tot het pensioen.

Wat betreft de diverse elementen vervat in de voorgestelde bepaling kan nog het volgende worden aangetekend:

A

«ten behoeve van een of meer personen»: op het eerste gezicht lijkt het wat merkwaardig ook de mogelijkheid te regelen van een voorziening voor één persoon (dus één man of één vrouw). De richtlijn bevat in het tweede lid van artikel 2 diverse bepalingen die erop wijzen dat het moet gaan om iets collectiefs. De kern van de zaak lijkt wat dat betreft het volgende. Ongelijke behandeling kan wat betreft voorzieningen waarvan de totstandkoming afhankelijk is van een overeenkomst tussen een werkgever en een werknemer ook optreden wanneer door die werkgever in het kader van zijn arbeidsvoorwaardenbeleid een selectie wordt toegepast met betrekking tot de personen met wie een overeenkomst wordt gesloten. Dit speelt met name indien over de totstandbrenging van pensioenvoorzieningen niet collectief maar individueel, dat wil zeggen met één werknemer, wordt onderhandeld.

Het is geenszins zo, dat het niet langer vrij zou staan een selectie als bedoeld toe te passen. Wel dient die selectie getoetst te worden aan het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Zie ook artikel 5, eerste lid, eerste streepje en artikel 6, eerste lid, letters a en b, van de richtlijn.

Overigens: een selectie als bedoeld kan ook aan de orde zijn wanneer de voorziening niet het resultaat is van een overeenkomst maar van een eenzijdige rechtshandeling. Ook dan dient de selectie getoetst te kunnen worden. Die toetsing zal niet altijd gemakkelijk uitvoerbaar zijn.

Met name kan het moeilijk zijn vast te stellen of de selectie functies betreft of de personen die op een gegeven moment die functies vervullen.

B

«Uitsluitend in verband met hun werkzaamheden»: deze omschrijving beperkt zich niet tot huidige werkzaamheden; zie artikel 3 van de richtlijn dat ertoe strekt ook niet-actieven bescherming te bieden.

C

«in een onderneming, bedrijfstak of tak van beroep»: aansluiting is gezocht bij in Nederland op pensioenterrein gangbare termen ter

aanduiding van de hoedanigheid van een persoon op grond waarvan de pensioenvoorziening voor die persoon tot stand wordt gebracht. Deze passage is de vertaling van de inhoud van artikel 1, eerste lid, en artikel 3 van de richtlijn. Voor de goede orde: tot de personen werkzaam in een bedrijfstak behoren mede de zelfstandigen in die bedrijfstak; tot de personen werkzaam in een tak van beroep kunnen ook personen in loondienst behoren (vgl. de verplichtstellingsbevoegdheid vervat in de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (Stb. 1972, 400).

D

«in aanvulling op een wettelijk stelsel van sociale zekerheid»: de gebruikte terminologie dekt zowel het geval een prestatie bovenop een prestatie op grond van het wettelijke stelsel als dat van een prestatie waarin dat stelsel niet voorziet. Vergelijk de termen «in aanvulling op» en «in plaats daarvan» gebruikt in artikel 2, eerste lid, van de richtlijn.

Deze zinsnede sluit de bestaande ambtelijke pensioenregelingen en de volksverzekeringen inzake ouderdomspensioen en weduwen- en wezenpensioen uit.

E

«en anders dan door deze persoon zelf tot stand gebracht»: het is niet de bedoeling dat een «individuele overeenkomst» (vgl. artikel 2, tweede lid, letter a, van de richtlijn) dat wil zeggen een door de betrokkene zelf en op eigen kosten tot stand gebrachte voorziening onder het begrip pensioenvoorziening valt. Bij werknemers is de voorziening, anders gezegd, in dat geval geen arbeidsvoorwaarde, terwijl voor wat betreft zelfstandigen in dat geval die voorziening niet wordt geïmpliceerd door *het uitoefenen van de betrokken activiteit. De onderhavige omschrijving* omvat echter wel de zogenaamde facultatieve voorzieningen (in welk geval de betrokkene de vrijheid heeft tot een door anderen tot stand gebrachte voorziening toe te treden). In het commentaar van het NJCM op de notitie wordt terecht opgemerkt dat de richtlijn dergelijke voorzieningen uitsluit. Er lijkt ons geen reden die uitsluiting over te nemen. De adviesorganen hebben in hun adviezen met betrekking tot de ontwerprichtlijn ook niet aangedrongen op een aanpassing op dit punt zoals die in feite heeft plaatsgevonden in de tekst van de richtlijn (artikel 2, tweede lid, letter d). Ook de in artikel 2, vierde lid, van de Pensioen- en spaarfondsenwet bedoelde C-polis valt onder de omschrijving van pensioenvoorziening.

Artikel 12b

Dit artikel bevat een verbod tot onderscheid naar geslacht. De redactie is afgestemd op die van artikel 3. Wat onder onderscheid dient te *worden verstaan is aangegeven in artikel 1637ij, vijfde lid, BW en in* artikel 1 WGB.

Het verbod richt zich tot degene die bepaalt voor wie een pensioenvoorziening tot stand wordt gebracht, of die de inhoud daarvan bepaalt of de wijze van uitvoering.

De redactie sluit een overlapping met het bepaalde omtrent arbeidsvoorwaarden in artikel 1637ij, eerste lid, BW en artikel 1a, eerste lid, WGB uit, op een wijze die voorkomt dat bepaalde aspecten van pensioenvoorzieningen noch onder het verbod zouden vallen vervat in het onderhavige artikel noch onder dat vervat in een van beide andere hier genoemde artikelen.

De drie in dit artikel genoemde aspecten omvatten alle relevante concrete onderwerpen. Als zodanig is daardoor een opsomming van die concrete onderwerpen als vervat in artikel 6, eerste lid, van de richtlijn

overbodig. De functie van de gevallen vermeld in artikel 6, eerste lid, van de richtlijn is het concretiseren van het verbod. Dat kan echter tot misverstanden leiden. Goed beschouwd lijkt het alleen nodig met betrekking tot de problematiek van de actuariële verschillen (artikel 6, eerste lid, letters i en h, van de richtlijn) een concretisering op te nemen. Zie verder artikel 12c, waar die problematiek aan de orde is. Voor de goede orde zij er wat betreft de bepaling van de kring van personen op gewezen dat hieronder ook valt een selectie van functies.

In beginsel zal de blote uitvoering van een pensioenvoorziening als zodanig geen nieuwe vorm van onderscheid naar geslacht kunnen opleveren. Er zijn echter situaties denkbaar dat de uitvoering nadere beslissingen mogelijk maakt waarbij ongelijke behandeling kan optreden. Zie in dit verband artikel 6, tweede lid, van de richtlijn.

Artikel 12c

Dit artikel legt vast wat bij de twee verschillende hoofdvormen waarin een pensioenvoorziening gegoten kan zijn de aspecten zijn die object van toetsing aan het beginsel van gelijke behandeling kunnen zijn.

Onder letter a wordt met name gedoeld op pensioenvoorzieningen waarbij het pensioen wordt berekend op basis van diensttijd en het eindloon of gemiddeld loon. Onder letter b vallen de beschikbare premieregelingen waarbij het pensioen wordt berekend op basis van het op de pensioendatum bijeen gespaarde kapitaal (zodat de hoogte vooraf niet vast staat).

Bij de eerst bedoelde voorzieningen heeft het verbod geen zin wat betreft de berekening van de werkgeversbijdrage of de door de beroepsgenoot te betalen bijdrage. Bij beschikbare premieregelingen geldt dat voor de berekening van het pensioen.

Voor de goede orde: dit op artikel 6, tweede lid, letters i en h, van de richtlijn steunende artikel betekent geen beperking van de werkingssfeer van het verbod met als motief dat een bepaalde vorm van ongelijke behandeling wel aanvaardbaar zou zijn. De achtergrond van de beperking is een analyse van pensioenvoorzieningen op het punt van relevante vormen van ongelijke behandeling. Wij verwijzen wat dat betreft naar hetgeen in het kader van het eerdergenoemde schriftelijk overleg met de vaste Commissie voor het Emancipatiebeleid uit de Tweede Kamer ter zake is betoogd op vragen van diverse fracties.

In artikel 6, tweede lid, letter h, van de richtlijn wordt overigens nog de mogelijkheid aanvaardbaar genoemd van beschikbare premieregelingen waarbij de premie voor vrouwen wat hoger is teneinde een meer gelijk pensioenresultaat te bewerken. Een en ander is in dit artikellid niet expliciet overgenomen. In voorkomende gevallen zal een beroep kunnen worden gedaan op het bepaalde in artikel 5, eerste lid, WGB inzake een voorkeursbehandeling van vrouwen.

Artikel 12d

Dit artikel betreft anders dan artikel 12c wel een uitzondering op het verbod tot ongelijke behandeling. Wat betreft de aanvaardbaarheid van bepaling tot bescherming van de vrouw wegens zwangerschap en moederschap: zie artikel 5, tweede lid, van de richtlijn. Zie ook artikel 1637ij, derde lid, BW en artikel 1a, derde lid, WGB en het voorgestelde artikel 2, tweede lid, WGB. Bedoelde bescherming zal vaak in relatie worden gebracht met de arbeidsomstandigheden, maar kan ook heel goed op arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn.

In het kader van pensioenvoorzieningen doet zich het probleem voor van de voortzetting van de pensioenopbouw tijdens periodes van ongewilde non-activiteit. Verreweg de meeste voorzieningen kennen

voortzetting tijdens arbeidsongeschiktheid. Voor het geval daarvan sprake is, is arbeidsongeschiktheid wegens zwangerschap of bevalling in de regel niet uitgesloten. Een bepaling als vervat in het voorgestelde tweede lid van artikel 2 komt ons daarom overbodig voor. Voor die gevallen echter waarin tijdens arbeidsongeschiktheid geen voortzetting van de pensioenopbouw plaatsvindt is het zinvol te bepalen, dat voortzetting uitsluitend in het geval van (arbeidsongeschiktheid wegens) zwangerschap of bevalling is toegestaan, omdat niet zeker is of in dat geval gesproken kan worden van een (tijdelijke) voorkeursbehandeling. Het onderhavige artikel strekt daartoe.

Artikel 12e

Een bepaling van dezelfde strekking is te vinden in artikel 1637ij, achtste lid, BW. Vergelijk artikel 7, letter a, van de richtlijn dat het opnemen van de onderhavige sanctie voorschrijft. Het woord «bepaling» is gebruikt en niet het woord «beding» omdat de onderhavige voorzieningen niet altijd tot stand komen als uitvloeisel van een overeenkomst maar soms ook als uitvloeisel van een eenzijdige rechtshandeling.

Artikel 12f

Het zesde lid van artikel 1637ij BW bevat een bescherming tegen ontslag wegens de omstandigheid dat de arbeider in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op het bepaalde in het eerste lid van dat artikel. Vanzelfsprekend dient, gelet ook op artikel 11 van de richtlijn, die bescherming ook te gelden bij een beroep door een werknemer op het in de WGB op te nemen verbod.

Artikel III

(Overgangsbepalingen)

Bij de voorbereiding van de onderhavige wetsvoorstellen is geconstateerd dat het zinvol is wat betreft de werking ervan onderscheid te maken tussen het geval van een op de datum van inwerkingtreding van de wet reeds bestaande voorziening en het geval van een daarna nieuw op te zetten regeling.

Terzake zij ook verwezen naar de stukken vermeld in de voetnoten nrs. 1 t/m 3 van de richtlijn (bijlage 1). Goed beschouwd is er alleen aanleiding voor een geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling in het eerst bedoelde geval. In de richtlijn en in de notitie wordt bedoeld onderscheid overigens niet gemaakt. In het onderhavige artikel wordt wel rekening gehouden met het onderscheid. In zoverre wordt ook voorkomen dat de onduidelijkheid waarover in het algemeen gedeelte van de memorie is gesproken langer blijft voortbestaan dan strikt nodig is. Dit betreft ook de nabestaandenpensioenen. De wet treedt in beginsel dadelijk na publikatie in werking. Wat betreft dan reeds bestaande pensioenvoorzieningen wordt echter een drietal nadere bepalingen opgenomen. Hiervoor zij verwezen naar artikel 9, letter a, onderscheidenlijk letter b, van de richtlijn en naar artikel 8, tweede lid, van de richtlijn, alsmede naar hetgeen daaromtrent is opgemerkt in (punt 3.3.2. van) de notitie.

Wat betreft de bepaling onder b kan nog op het volgende worden gewezen. De bedoelde generatie vrouwen heeft alleen een keuzemogelijkheid voorzover de pensioenvoorziening die bevat. Het woord «blijven» drukt uit dat sprake moet zijn van een deelnemerschap dat voor 31 juli 1986 is aangevangen. In het commentaar van het NJCM op de notitie wordt intussen betwist of de voorgestelde keuzemogelijkheid wel kan

worden gebaseerd op het bepaalde in de richtlijn. Dat aspect daargelaten meent het NJCM dat een fundamenteel beginsel als dat van gelijke behandeling onverkort tevens voor pensioenleeftijden behoort te gelden. Voor een geleidelijke tenuitvoerlegging van dit beginsel ziet het NJCM geen enkele grond. Wat betreft deze kwestie kunnen de volgende kanttekeningen worden gemaakt bij het commentaar van het comité. Allereerst de kwestie van de interpretatie van artikel 9 van de richtlijn dat – in het kort – inhoudt dat uitstel van gelijke pensioenleeftijden mogelijk is tot uiterlijk het tijdstip waarop:

– hetzij de wettelijke regeling op dit punt is aangepast.

– hetzij die wettelijke regeling op dit ingevolge een nog tot stand te brengen richtlijn moet zijn aangepast. Het NJCM kiest voor een interpretatie waarbij uitstel niet geoorloofd is indien de wettelijke regeling op het tijdstip waarop de 4e richtlijn moet zijn uitgevoerd al een gelijke pensioenleeftijd kent (wat bij de AOW het geval is). Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de richtlijn kan echter worden afgeleid dat een interpretatie als vervat in de notitie juist is. Het ontwerp van de richtlijn bevatte een versie van de onderhavige bepaling die beantwoordde aan de visie van het NJCM.

Die versie is echter juist niet in de richtlijn opgenomen. Dat valt ook te begrijpen. De gevolgen die op dit punt een uitstel rechtvaardigen (te weten de teleurgestelde verwachtingen van met name de oudere generatie vrouwen die uitzicht hebben op een lagere pensioenleeftijd dan hun mannelijke collega's) zijn in het geval de wettelijke regeling reeds een gelijke pensioenleeftijd kent dezelfde als in het tegenovergestelde geval. De voorgestelde keuzemogelijkheid kunnen wij dan ook niet anders beschouwen dan als sociaal en emancipatoir volstrekt aanvaardbaar. Die keuze is bovendien in overeenstemming met het beginsel van rechtszekerheid. Ook in de als bijlage 3 bij de memorie gevoegde ontwerp-richtlijn «tot voltooiing van de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de wettelijke en de beroepsregelen inzake sociale zekerheid» wordt ervan blijk gegeven dat de Europese Commissie oog heeft voor het hier bedoelde aan invoering van een gelijke pensioenleeftijd klevende probleem (artikel 9, tweede lid).

Omdat de wet dadelijk in werking treedt kan de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid van haar bevoegdheden bedoeld in artikel 14 en volgende WGB (zoals die artikelen komen te luiden) gebruik maken. Wat betreft na dat tijdstip nieuw op te zetten voorzieningen geldt dat zonder beperking. Anders ligt dat bij op dat tijdstip reeds bestaande voorzieningen voorzover daarop het beginsel van gelijke behandeling eerst op een later tijdstip kan de Commissie slechts een oordeel uitspreken over de strijdigheid van die voorzieningen, of in daarvoor in aanmerking komende gevallen van voorgenomen aanpassingen, met de in de toekomst ter zake geldende normen.

Als bijlage 4[1] bij deze memorie is een doorlopende tekst van artikel 1637ij BW en de WGB opgenomen op basis van het onderhavige wetsvoorstel.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
J. de Koning

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L. de Graaf

De Minister van Justitie,
F. Korthals Altes

[1] Ter inzage gelegd op de bibliotheek.