

Carenz-perioden zijn nietig

Carenz-perioden worden door veel pensioenverzekeraars gehanteerd bij het verzekeren van pensioenregelingen. Gedurende een Carenz-periode bestaat er voor de verzekerde geen enkele of slechts een beperkte verzekeringsdekking ten aanzien van het overlijdensrisico en het arbeidsongeschiktheidsrisico. De vraag is of deze perioden rechtsgeldig zijn.

Mr. J.A. van de Hoef CPL

Jan Aart van de Hoef is advocaat bij Van Mens en Wisselink, afdeling arbeidsrecht en pensioen, Amsterdam.

Gedurende een Carenz-periode bestaat er geen of een beperkt recht op nabestaanden- of arbeidsongeschiktheidspensioen.¹ Verzekeraars zijn de Carenz-perioden gaan hanteren als reactie op het verbod op medische keuringen van artikel 4 van de Wet op de medische keuringen² (hierna te noemen: 'WMK'). Met de invoering per 5 juli 1997 van de WMK werd beoogd om de toegang tot maatschappelijke voorzieningen, zoals deelname aan het arbeidsproces, toegang tot goede oudedagsvoorzieningen en de financiering van een eigen woning, niet onredelijk te beperken. Artikel 4 lid 1 WMK verbiedt, behoudens uitzonderingen, kort gezegd het uitvoeren van medische keuringen bij het aangaan en wijzigen van een burgerrechtelijke arbeidsverhouding. Het keuringsverbod geldt op grond van artikel 4 lid 3 WMK tevens voor de deelneming van een werknemer aan een pensioenregeling binnen de verhouding tussen de werkgever en de werknemer. Pensioenverzekeraars hebben op het keuringsverbod gereageerd door de hiervoor genoemde Carenz-perioden te introduceren voor pensioenverzekeringen. Zij formuleerden hiertoe zogenaamde WMK-clausules. Deze WMK-clausules kunnen luiden als: 'De deelnemer maakt gedurende 2 jaar, gerekend vanaf de ingangsdatum van de verzekering, geen aanspraak op uitkering krachtens deze pensioenverzekering bij overlijden of arbeidsongeschiktheid indien het overlijden of de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van een ten tijde van het aangaan van de verzekering reeds bestaande ziekte, kwaal of gebrek.'³

In de praktijk hebben WMK-clausules bij pensioenverzekeraars vele verschijningsvormen. Een andere veel voorkomende variant is die waarbij de verzekeringsdekking in geval van overlijden of arbeidsongeschiktheid pas ingaat nadat één jaar van de looptijd van de polis is verstreken, tenzij het overlijden het gevolg is van een ongeval.⁴ Indien een pensioenuitvoerder Carenz-perioden hanteert om 'brandende huizen', dus aspirant-verzekerden die bij het aangaan van de verzekering reeds een bestaande ziekte, kwaal of gebrek hebben, (tijdelijk) uit te sluiten van dekking van het overlijdensrisico of arbeidsongeschiktheidsrisico, opereert hij in beginsel binnen de contractsvrijheid die hem toekomt. Er bestaat voor de pensioenverzekeraar geen acceptatieplicht en hij kan in beginsel zelf bepalen wanneer en welke verzekeringsdekkingen van kracht worden.

Vraagstelling

De problemstelling die in dit artikel wordt behandeld, betreft eerst de

verhouding tussen de contracteervrijheid van de pensioenverzekeraar om Carenz-perioden te hanteren en de onderbrengingsplicht van de werkgever van artikel 23 Pensioenwet. Vervolgens zal de toelaatbaarheid van Carenz-perioden worden getoetst aan het verbod op drempel- of wachttijden van artikel 14 lid 2 Pensioenwet en voorts aan gelijkebehandelingswetgeving zoals het verbod op onderscheid op grond van het soort dienstverband, op grond van leeftijd, dan wel op grond van handicap of chronische ziekte.

De voorvraag die tevens dient te worden beantwoord, is of het gebruik van Carenz-perioden in WMK-clausules op zich is toegelaten door de WMK. Indien kan worden vastgesteld dat door het hanteren van Carenz-perioden wettelijke normen worden overtreden, speelt bij alle hiervoor geschetste probleemgebieden de vraag wie aansprakelijk kan worden gesteld voor eventuele schade. Is dat de verzekeraar en of de werkgever en op grond waarvan zijn die aan te spreken?

Verbod op keuringen en WMK-clausules

Artikel 4 lid 3 WMK luidt:

'Geen keuring vindt plaats voor deelneming aan een pensioenregeling ten aanzien waarvan artikel 5 van de Wet verplichte beroepspensioenregeling toepassing heeft gevonden of waarvan de deelneming verplicht is op grond van de Wet op het notarisambt, dan wel voor de deelneming aan een pensioenvoorziening als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet. [...]

Artikel 4 lid 6 WMK vermeldt dat geen uitsluitingen of vermindering van rechten op grond van ziekten, aandoeningen of gebreken wordt bedongen door de verzekeraar bij de deelneming aan een voorziening dan wel regeling als bedoeld in het derde lid, voor zover ingevolge deze leden een keuringsverbod geldt. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een beperking van rechten niet is toegestaan wanneer het keuringsverbod van artikel 4 lid 3 geldt. De memorie van toelichting⁵ vermeldt echter op pagina 10 dat door de verzekeraar bij voorkennis (van de zijde van de werknemer over ziekte) een bepaling in reglement of polis kan worden opgenomen dat dan geen uitkering plaatsheeft, eventueel gekoppeld aan een termijn.⁶ Het hanteren van een WMK-clausule werd in 2003 door Rechtbank Zutphen (LJN: AL6361) als rechtsgeldig beoordeeld.⁷ Voorts oordeelde de rechtbank dat de WMK-clausule niet wordt getroffen door het verbod van artikel 4 lid 6 WMK.⁸

Hieruit kan worden afgeleid dat het toepassen van de WMK-clausules – althans door Rechtbank Zutphen – wordt aanvaard. Ook de wetsgeschiedenis van de WMK spreekt over de mogelijkheid voor verzekeraars om beperkingen in de dekking op te nemen in reglement of polis. Pensioenverzekeraars mogen WMK-clausules derhalve hanteren zolang deze de toegang tot maatschappelijke voorzieningen, zoals de deelname aan het arbeidsproces, niet onredelijk belemmeren.

WMK-clausule en onderbrengingsplicht

De onderbrengingsplicht is geregeld in artikel 23 lid 1 Pensioenwet. De onderbrengingsplicht waarborgt dat de pensioenaanspraken krachtens een pensioenovereenkomst extern worden ondergebracht door de werkgever. Artikel 23 lid 1 Pensioenwet luidt:

‘De werkgever brengt de pensioenovereenkomst, uiterlijk wanneer een werknemer pensioenaanspraken verwerft, onder door onmiddellijk een schriftelijke uitvoeringsovereenkomst te sluiten met en in stand te houden bij:

a een pensioenuitvoerder;

b [.....]’

Hieruit volgt dat de werkgever, zodra sprake is van verwerving van pensioenaanspraken, deze dient onder te brengen bij een toegelaten pensioenuitvoerder. De wetsgeschiedenis zegt hierover op pagina 44 van de memorie van toelichting⁹ het volgende:

‘Doel van de onderbrengingsplicht is de voor pensioen bestemde gelden af te scheiden van het vermogen van de werkgever. Op die manier wordt gewaarborgd dat deze gelden door de werkgever niet voor andere doeleinden dan pensioen kunnen worden aangewend en dat de voor pensioen bestemde gelden niet verloren gaan bijvoorbeeld in geval van faillissement van de werkgever.’

Pagina 49 van de memorie van toelichting vermeldt dat de werkgever de plicht heeft om de uitvoering van de pensioenovereenkomst volledig, dus inclusief het verzekeringsrisico, onder te brengen bij een pensioenuitvoerder. Ook is op pagina 45 van de memorie van toelichting te lezen dat er geen sprake is van nieuw beleid als het gaat om de onderbrengingsplicht ten opzichte van de Pensioen- en spaarfondsenwet. Hieruit is af te leiden dat de pensioenovereenkomst integraal dient te worden ondergebracht bij een pensioenuitvoerder en niet slechts ten dele of grotendeels. Zowel uit de tekst van het wetsartikel als uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de pensioenovereenkomst onmiddellijk en in zijn geheel dient te worden ondergebracht bij een pensioenuitvoerder. Dit sluit ook aan bij het hiervoor vermelde doel van het artikel.

Destijds werd bij de parlementaire behandeling¹⁰ van de Pensioen- en spaarfondsenwet hierover gezegd dat een werkgever niet aan zijn wettelijke verplichting voldoet door ‘een’ verzekeringsovereenkomst te sluiten, indien die overeenkomst geenszins de aanspraken dekt, die de werknemer aan de toezegging zou kunnen ontleen. De onderbrengingsplicht, of zoals dit in de Pensioen- en spaarfondsenwet werd aangeduid met de woorden ‘ter uitvoering daarvan’ geeft volgens de regering voldoende duidelijk aan dat overeenstemming tussen toezegging en verzekeringsovereenkomst moet bestaan. In het arrest van 3 januari 1997 (RvdW 1997/15) oordeelde de Hoge Raad dat de gevolgen van het niet op de juiste wijze uitvoering geven aan het pensioenreglement door de werkgever voor diens rekening komen.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat indien nabestaanden- of arbeidsongeschiktheidspensioen deel uitmaken van de pensioenovereenkomst, die ook dienen te worden ondergebracht bij de pensioenuitvoerder. De pensioenovereenkomst dient immers direct en in zijn geheel te worden ondergebracht. Dit was al zo onder de Pensioen- en spaarfondsenwet en daarin is geen verandering gebracht door de Pensioenwet. De conclusie is dat bij Carenz-perioden niet de totale pensioenovereenkomst wordt ondergebracht. Dit is strijdig met artikel 23 lid 1 Pensioenwet en de Carenz-bepaling is op grond van artikel 3:40 lid 1 BW nietig.

Een oplossing voor dit probleem kan worden gevonden door de pensioenaanspraken in de pensioenovereenkomst te beperken tot hetgeen de werkgever kan onderbrengen bij een pensioenuitvoerder. Een Carenz-periode wordt dan geïncorporeerd in de pensioenovereenkomst. Bestaat er dan een beperkte dekking krachtens een WMK-clausule, dan werkt die door in de pensioenovereenkomst opdat toch aan de onderbrengingsplicht wordt voldaan.

WMK-clausules en wachttijden

Verleent de pensioenovereenkomst aanspraken op nabestaanden- en arbeidsongeschiktheidspensioen, dan mag hiervoor op grond van artikel 14 lid 2 Pensioenwet vanaf 1 januari 2008 geen drempel- of een wachttijd gelden. (Voor de opbouw van ouderdomspensioen bestaat de mogelijkheid een wacht- of drempelperiode van 2 maanden te hanteren¹¹). Deze bepaling werd bij amendement opgenomen in de Pensioenwet.¹² Als reden voor het amendement werd gegeven dat een werknemer ook verzekerd dient zijn wanneer hij op de eerste dag van indiensttreding een ongeval krijgt. Een wachttijd voor het arbeidsongeschiktheidspensioen is zeer ongewenst volgens de indieners van het amendement. Wordt het verbod op wacht- of drempeltijden nu afgezet tegen het hanteren van WMK-clausules, dan blijkt dat er voor nieuwe toetreders in pensioenregelingen volop wachttijden gelden, weliswaar niet op grond van pensioenreglementen maar op grond van de WMK-clausule. De beperking van dekkingen betekent dat er wachttijden ontstaan, aangezien er (tijdelijk) geen aanspraak bestaat op nabestaanden- of arbeidsongeschiktheidspensioen. Dit is nu juist wat artikel 14 lid 2 Pensioenwet verbiedt. Artikel 14 lid 4 Pensioenwet bepaalt dat strijdigheid met het verbod op wachttijden van het tweede lid leidt tot nietigheid van de bepaling. Mijn conclusie is daarom dat de WMK-clausule strijdig is met het verbod op wachttijden en de daarin opgenomen bepalingen nietig zijn.

In de literatuur wordt dit standpunt eveneens verdedigd door E. Lutjens.¹³ Hij vermeldt hierover van mening te zijn dat Carenz-jaren een vorm van wachttijd impliceren. Hieruit leidt hij af dat afspraken over Carenz-jaren nietig zijn wegens strijdigheid met artikel 14 lid 2 Pensioenwet. Verder is hij van mening dat de WMK niet kan gelden als een *lex specialis* ten aanzien van de Pensioenwet omdat de Pensioenwet van latere datum is, zodat een afwijking in de WMK niet verdedigbaar lijkt.

Mijn conclusie is dat WMK-clausules houdende beperkingen van het nabestaanden- en arbeidsongeschiktheidspensioen nietig zijn wegens strijdigheid met artikel 14 lid 2 Pensioenwet, omdat dit elke vorm van wachttijden ten aanzien van deze pensioenen verbiedt.

Standpunt tijdens behandeling van de ‘Veegwet’

Tijdens de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel ‘Enige wijzigingen in de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregelingen en enige andere wetten’¹⁴, of kortweg de ‘Veegwet’, komen (het verbod op) wachttijden en drempelperioden, alsmede het verband daarvan met

Carencperioden en de Wet Medische Keuringen aan de orde. Door leden van de Tweede Kamer werd aan de regering gevraagd of uit de regeling omtrent wacht- en drempeltijden in de Pensioenwet voortvloeit dat er een maximering zou gelden voor Carencmaanden.¹⁵ De regering antwoordde hierop dat dit naar haar mening niet geval is. Zij vervolgde dat de wachttijd in de Pensioenwet ziet op de periode voorafgaand aan deelneming, terwijl van een Carencperiode gesproken wordt indien iemand in een (pensioen)verzekering is toegelaten, maar in de beginperiode nog niet de volledige dekking daarvan heeft.

Deze opvatting van de regering dat de Carencperiode niet als een wachttijd dient te worden beschouwd, acht ik onjuist. Een Carencperiode inhoudende het ontbreken van dekking bij overlijden en/of arbeidsongeschiktheid vormt in essentie een wachttijd voor het nabestaanden- of arbeidsongeschiktheidspensioen. Dit is precies wat de Pensioenwet, indachtig de bedoeling van de indieners van het amendement bij artikel 14 lid 2, verbiedt.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Veegwet werd meermalen aan de regering verzocht om de discussie over de wachttijden en drempelperioden van artikel 14 lid 2 Pensioenwet te combineren met de opvatting van de regering over Carencperioden en de tweede evaluatie van de Wet Medische Keuringen van maart 2007. Vooruitlopende op dit kabinetsstandpunt berichtte de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 5 december 2007 de Kamer dat belemmeringen in de toegang tot betaalde arbeid zoveel mogelijk moeten worden weggenomen. Het hanteren van uitsluitingsclausules – waaronder Carenc-tijden en de ‘brandend huis’-clausule – is volgens de minister potentieel zo’n belemmering. De minister biedt partijen de ruimte om door zelfregulering tot praktische oplossingen te komen om de genoemde belemmeringen op te heffen. Hij kondigt verder aan dat indien partijen niet binnen 1 jaar na publicatie van het kabinetsstandpunt tot overeenstemming lijken te kunnen komen, hij het kabinet zal adviseren met wettelijke maatregelen te komen.

WMK-clausules en duur arbeidsovereenkomst

Artikel 7:649 lid 1 BW luidt:

‘De werkgever mag geen onderscheid maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.’

Pensioen is een arbeidsvoorwaarde die valt onder de werking van het verbod op het maken van onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. Het artikel kent een open normadressaat. Dit betekent dat het verbod in artikel 7:649 BW zich niet alleen tot de werkgever, maar ook tot de pensioenuitvoerder richt. Een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt door een WMK-clausule geraakt bij de aanvang van zijn diensttijd, maar verkrijgt door het verloop van de tijd aanspraak op de volledige pensioenaanspraken. Een werknemer met een aanstelling voor bepaalde tijd ondervindt evident meer nadeel van een WMK-clausule doordat hij mogelijk de gehele duur van zijn tijdelijke arbeidscontract geen aanspraak heeft op nabestaanden- en arbeidsongeschiktheidspensioen. De conclusie moet zijn dat de ‘bepaalde tijd’ verhoudingsgewijs meer te maken heeft met een beperkte dekking als gevolg van de Carencperioden dan de ‘onbepaalde tijd’. Dit levert indirect onderscheid op waarvoor mogelijk een objectieve rechtvaardiging bestaat.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG kan een objectieve

rechtvaardiging worden aangetoond indien het gemaakte onderscheid voldoet aan drie voorwaarden, dat:

- er voor het onderscheid een legitiem doel is;
- het gekozen middel voor het bereiken van dit doel passend en dus geschikt is om dit doel te bereiken;
- het gekozen middel noodzakelijk is en er geen ander passend middel is waarmee het doel eveneens kan worden bereikt maar dat minder onderscheidend is.

Het doel van het hanteren van WMK-clausules is dat pensioenverzekeraars willen voorkomen dat nieuwe deelnemers aan een pensioenregeling met een bestaande ziekte, kwaal of gebrek direct in aanmerking zouden komen voor een uitkering terzake van pensioen. Tegenover deze pensioenuitkering staan dan nauwelijks inkomsten uit pensioenpremies. De pensioenverzekeraar streeft derhalve naar evenwicht tussen premieinkomsten en uitkeringsverplichtingen. Dit doel lijkt mij zonder meer legitiem.

Het gekozen middel is hier het hanteren van Carencperioden. Het middel is zeker geschikt om het doel te bereiken, omdat het voorkomt dat de pensioenuitvoerder in geval van de zogenaamde ‘brandende huizen’ moet uitkeren.

Problematisch is de noodzakelijkheid van het middel. Er zijn stellig minder onderscheidende middelen om het doel te bereiken. Een alternatief voor het toepassen van Carencperioden is bijvoorbeeld verhoging van risicopremies terzake van het overlijdens- en arbeidsongeschiktheidsrisico voor alle soortgelijke pensioenverzekeringen. Daarnaast zou de pensioenverzekeraar zich het recht van premieaanpassing kunnen voorbehouden door de zogenaamde ‘en bloc-clausule’ toe te passen. Hierdoor kan hij voor de gehele pensioenportefeuille risicopremies aanpassen als achteraf blijkt dat die te laag waren vastgesteld in relatie tot de uitkeringsverplichtingen.

Mijn conclusie is dat werknemers met arbeidscontracten voor bepaalde tijd sterker getroffen worden door het hanteren van WMK-clausules dan werknemers met een onbepaalde tijdscontract. Dit is een verboden onderscheid op grond van artikel 7:649 lid 1 BW. Het hierdoor gemaakte onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd door het ontbreken van de vereiste noodzakelijkheid van het gekozen middel. De toepassing van WMK-clausules acht ik derhalve strijdig met het verbod van artikel 7:649 lid 1 BW en de WMK-clausule is daarom op grond van het derde lid van dit artikel nietig.

WMK-clausules en leeftijdsdiscriminatie

In de Wet gelijke behandeling op grond van de leeftijd bij de arbeid¹⁶ (hierna te noemen: ‘WGBL’) wordt in artikel 3 sub e het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij arbeidsvoorwaarden verboden. Op grond van artikel 1 lid 1 van de WGBL geldt het verbod zowel in geval van het maken van direct onderscheid, als bij het maken van indirect onderscheid op grond van leeftijd. Het normadressaat van de WGBL is open geformuleerd en omvat naast de werkgever mede de pensioenuitvoerder. Plaatsen wij het toepassen van Carencperioden tegen de achtergrond van het verbod op leeftijds onderscheid, dan ontstaat het volgende beeld. Eerst stel ik vast dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is en de WMK-clausule die daarvan deel uitmaakt, dient te voldoen aan de voorwaarden van de WGBL. Volgens cijfers van het Centraal bureau voor de statistiek van 2004¹⁷ blijkt dat jongere deelnemers in het arbeidsproces significant meer van baan wisselen dan oudere werknemers. Jongeren zijn vaker dan ouderen toetreders in pensioenregelingen en ervaren de negatieve gevolgen van WMK-clausules sterker dan oudere werknemers. Hier is sprake van indirect onderscheid op grond van leeftijd in arbeids-

voorwaarden, omdat het onderscheid het gevolg is onderscheid op grond van een andere hoedanigheid of gedraging dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft.

Artikel 7 WGBL beschrijft de mogelijkheid dat voor het verboden onderscheid een objectieve rechtvaardiging bestaat. Voor de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond verwijs ik hier naar de eerder in dit artikel, bij het verbod op onderscheid naar het soort dienstverband, aangevoerde argumentatie. Naar mijn mening is de argumentatie gelijk, omdat hier hetzelfde doel, middel en alternatieven gelden als hiervoor al werden aangegeven. De conclusie is daarom dat ook hier geen objectieve rechtvaardiging kan worden gevonden voor het gemaakte onderscheid. Door het hanteren van WMK-clausules wordt onderscheid gemaakt jegens degenen die toetreden tot een pensioenregeling. Dit blijkt vaker het geval zijn bij jongere deelnemers dan bij ouderen. Zij worden dan ook zwaarder getroffen door de Carenz-perioden en dit leidt tot het maken van indirect onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid, hetgeen verboden is. Naar mijn mening is geen sprake van een objectieve rechtvaardiging. De WMK-clausules die het verboden onderscheid op grond van leeftijd veroorzaken zijn daarom van rechtswege nietig op grond van artikel 13 WGBL.

WMK-clausules en handicap of chronische ziekte

De wet Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekten¹⁸ (hierna te noemen: 'WGHCZ') heeft als doel dat mensen met een handicap of chronische ziekte dezelfde kansen hebben om aan de samenleving deel te nemen als mensen die geen beperking hebben.¹⁹ De wet kent geen nadere definitie van handicap of chronische ziekte. Het normadessaat van de WGHCZ is open geformuleerd en omvat naast de werkgever de pensioenuitvoerder. Op grond van artikel 1 WGHCZ is het verboden om direct of indirect onderscheid te maken tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte. Artikel 4 sub e verbiedt het maken van onderscheid terzake van de arbeidsvoorwaarden. Op grond van artikel 3 lid 2 WGHCZ kan het maken van indirect onderscheid objectief worden gerechtvaardigd.

Plaatsen wij het toepassen van WMK-clausules die Carenz-perioden bevatten tegen de achtergrond van de WGHCZ, dan ontstaat het volgende beeld. Eerst dienen de Carenz-bepalingen te worden onderscheiden in die waarbij er gedurende een vastgestelde periode geen enkele dekking bestaat tenzij de arbeidsongeschiktheid of het overlijden het gevolg was van een ongeval en die Carenz-bepalingen waarbij er (slechts) geen dekking bij arbeidsongeschiktheid of overlijden bestaat indien dit het gevolg was van een ten tijde van het aangaan van de pensioenverzekering reeds bestaande ziekte, kwaal of gebrek. De tweede in het vorige onderdeel genoemde Carenz-bepaling maakt onderscheid op grond van een handicap of een chronische ziekte doordat er voor een gezonde verzekerde wél dekking bestaat en terwijl die dekking niet bestaat voor iemand met een handicap of een chronische ziekte. Hier is in beginsel sprake van een verboden onderscheid. Dit standpunt vindt onder meer steun in een oordeel van de CGB²⁰ waarbij een werknemer met een aangeboren afwijking klaagde over ongelijke behandeling door haar werkgever en de verzekeraar. Zij nam deel aan een collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering waarvan de polisvoorwaarden een Carenz-bepaling bevatten, waarbij arbeidsongeschiktheid werd uitgesloten van dekking die voortvloeit uit ziekte van de werknemer die reeds bestond op de ingangsdatum van de verzekering. De CGB achtte hier indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte aanwezig. De CGB overwoog dat voor het indirecte onderscheid geen objectieve rechtvaardiging bestond. Het legitieme doel was kort gezegd het tegengaan van zelfselectie door

verzekerden en het bewaren van een gezonde balans tussen premies en verzekeringsuitkeringen. Het gekozen middel, de Carenz-bepaling, was volgens de CGB geschikt om het doel te bereiken, maar het middel beoordeelde zij als niet evenredig in relatie tot het te bereiken doel en derhalve niet noodzakelijk.

De eerste hiervoor genoemde Carenz-bepaling sluit iedere deelnemer aan de pensioenregeling uit van dekking bij arbeidsongeschiktheid of overlijden gedurende de Carenz-periode en maakt derhalve geen direct onderscheid op grond van handicap of een chronische ziekte. Doordat niemand dekking heeft, behoudens de situatie dat arbeidsongeschiktheid of overlijden plaatsvond als gevolg van een ongeval, is er evenmin sprake van indirect onderscheid. Deze Carenz-bepaling zal naar mijn mening op grond van de WGHCZ derhalve toelaatbaar zijn.

In oordeel 2007-217 van de CGB was sprake van een situatie waarin een werknemer een WAO-uitkering ontving op basis van een afkeuringspercentage van 65-80%. Bij haar nieuwe werkgever gold volgens het pensioenreglement geen recht op premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid indien de deelnemer bij aanvang van de deelneming voor ten minste 25% is afgekeurd. De CGB overwoog eerst dat een handicap of chronische ziekte niet samenvalt met arbeidsongeschiktheid als bedoeld in de WAO. Er is derhalve, oordeelt de CGB, geen sprake van direct onderscheid op grond van de WGHCZ, maar wel van indirect onderscheid omdat de beide groepen veelal dezelfde kenmerken hebben.

Dan gaat de CGB in op de vraag of hier sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor het indirecte onderscheid. Als doel van genoemde bepaling voerde de werkgever het voorzien in een premievrije deelneming voor deelnemers die arbeidsongeschikt raken voor werkzaamheden binnen de bedrijfstak aan. De commissie beoordeelt het doel als legitiem. Het middel is het uitsluiten van deelnemers met bestaande arbeidsongeschiktheid. De CGB acht dit middel niet geschikt omdat het ook personen uitsluit die arbeidsongeschikt raken vanwege andere oorzaken dan waarvoor zij al een WAO-uitkering ontvangen. Bovendien oordeelt de CGB dat indien de uitsluiting slechts betrekking had op toegenomen arbeidsongeschiktheid als gevolg van dezelfde ziekteoorzaak, het onderscheid ook dan niet objectief gerechtvaardigd was omdat er een minder bezwaard alternatief is, bijvoorbeeld dat recht op premievrijstelling geldt bij arbeidsongeschiktheid terzake van te verrichten arbeid bij de nieuwe werkgever.

Mijn conclusie is dat toepassen van een Carenz-bepaling op grond van de WGHCZ toelaatbaar is indien de dekking voor iedere deelnemer is beperkt tot arbeidsongeschiktheid of overlijden als gevolg van een ongeval. Indien de dekking slechts is beperkt tot arbeidsongeschiktheid of overlijden als gevolg van een reeds bestaande ziekte, kwaal of gebrek, is sprake van (verboden) onderscheid. Indien het indirect onderscheid niet objectief kan worden gerechtvaardigd, is de Carenz-bepaling op grond van artikel 11 WGHCZ van rechtswege nietig.

Aansprakelijkheid voor schade

Indien een werknemer overlijdt of arbeidsongeschikt raakt gedurende de beginperiode van zijn deelname aan een pensioenregeling en het blijkt dat hij krachtens een Carenz-periode geen aanspraak maakt op het nabestaanden- of arbeidsongeschiktheidspensioen, komt de vraag op tot wie de werknemer of zijn nabestaanden zich dienen te wenden voor de ontstane schade. Die schade bestaat uit het missen van de uitkering terzake van het nabestaanden- of het arbeidsongeschiktheidspensioen. Deze deelnemer kan de verzekeraar die de pensioenregeling uitvoert,

aanspreken voor zijn schade. De pensioenverzekeraar kan namelijk aansprakelijk gesteld worden voor de schade die voortvloeit uit handelen in strijd met gelijke behandelingsbepalingen. In het Menauer-arrest bepaalde het Hof van Justitie van de EG²¹ dat elke instelling gehouden is om, indien hij loon als in artikel 141 EG uitbetaalt, verplicht is het non-discriminatievoorschrift van artikel 141 EG na te leven. Hieruit volgt dat de pensioenverzekeraar aansprakelijk is wanneer de pensioenregeling bepalingen van ongelijke behandeling bevat. In de onderhavige situatie is dat het geval bij de toepassing van Carenz-perioden, die immers strijdig zijn met voorschriften van gelijke behandeling. Hiervoor kan de verzekeraar aansprakelijk worden gesteld.

De verzekeraar kan zich niet beroepen op de regel 'geen premie, geen recht'. Deze regel was tot 1 januari 2007 te vinden in de Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet, in artikel 4 lid 2. Deze regel is niet teruggekomen in de Pensioenwet, die specifieke bepalingen bevat omtrent achterstand van premiebetaling. Die bepalingen voorzien niet in de hier aanwezige situatie. De verzekeraar is derhalve gehouden tot schadevergoeding en kan zich vervolgens tot de werkgever richten terzake van de bijbehorende premiebetalingsverplichtingen.

Indien de WMK-clausule nietig is voor wat betreft de Carenz-periode wegens strijdigheid met een wettelijk voorschrift uit de Pensioenwet, dan wel met een voorschrift van gelijke behandeling, vervalt de dekkingbeperking van rechtswege en is er bij aanvang van deelname aanspraak op complete verzekeringsdekking. De verzekeraar dient dan bij schade uit te keren aan de deelnemer of zijn nabestaanden. Daarnaast is ook de werkgever aansprakelijk voor bepalingen in de pensioenregeling die strijdig zijn met voorschriften van gelijke behandeling op grond van artikel 141 EG. Zowel de werkgever als de verzekeraar kunnen derhalve door de werknemer naast elkaar aangesproken worden voor schade die hij lijdt als gevolg van de toepassing van Carenz-perioden.

Samenvatting en conclusies

In het voorgaande is onderzocht of het toepassen van Carenz-perioden in WMK-clausules is toegestaan op grond van de WMK, de Pensioenwet, te weten de onderbrengingsplicht en het verbod op wachttijden, alsmede op grond voorschriften van gelijke behandeling, te weten gelijke behandeling op grond van de soort arbeidsovereenkomst, op grond van de leeftijd bij de arbeid en op grond van handicap of chronische ziekte. De bevinding is dat de WMK alsmede de wetgeschiedenis het beperken van de dekking toestaan en WMK-clausules toelaatbaar moeten worden geacht zolang zij de toegang tot maatschappelijke voorzieningen, zoals deelname aan het arbeidsproces, niet onredelijk belemmeren. Voorts werd geïnventariseerd dat de Pensioenwet dwingend rechtelijke verplichtingen schept, waaronder de onderbrengingsplicht en het verbod op wachttijden. Vastgesteld werd dat het toepassen van Carenz-perioden als een schending van deze verplichtingen moet worden geacht. Ten aanzien van de onderbrengingsplicht werd daarbij opgemerkt dat door de Carenz-periode in de pensioenovereenkomst te incorporeren, wel voldaan wordt aan de onderbrengingsplicht. Behoudens deze laatste situatie zijn de beperkende bepalingen derhalve nietig, omdat sprake is van schending van een wettelijke verplichting.

De regering gaat in de parlementaire behandeling van de Veegwet uit van het standpunt dat het verbod op wachttijden in de Pensioenwet als zodanig geen verbod op Carenz-perioden inhoudt. Dit standpunt acht ik onjuist, omdat het hanteren van Carenz-perioden juist leidt tot datgene dat artikel 14 lid 2 wilde voorkomen, namelijk het tijdelijk onverzekerd zijn voor het nabestaandenpensioen of arbeidsongeschiktheidspensioen

nadat een werknemer een nieuwe dienstbetrekking aanvangt. De regering beschouwt het hanteren van Carenz-perioden in beginsel als ongewenst en zij biedt betrokken partijen gelegenheid om tot oplossingen te komen.

De gelijke behandelingwetgeving staat al evenmin toe dat Carenz-perioden worden toegepast, omdat dit resulteert in verboden onderscheiden waarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat. De bepalingen houdende de Carenz-perioden zijn derhalve eveneens op deze gronden van rechtswege nietig.

Zowel de werkgever als de pensioenuitvoerder is schadeplichtig voor schade die de werknemer lijdt als gevolg van het toepassen van WMK-clausules die Carenz-perioden bevatten. Op grond van het Menauer-arrest van het Hof van Justitie EG is de pensioenuitvoerder verplicht om voorschriften van gelijke behandeling na te leven en is deze aansprakelijk voor een juiste uitvoering van pensioenregelingen.

Mijn antwoord op de vraag of de contracteervrijheid van de pensioenverzekeraar om verzekeringsproducten aan te bieden zoals het hem goeddunkt, standhoudt, dan wel dat die contracteervrijheid wordt beperkt of zelfs verdwijnt door andere wettelijke verplichtingen uit de Pensioenwet of gelijke behandelingsbepalingen, is daarom als volgt. De verzekeraar heeft een geldige reden voor het toepassen van Carenz-perioden, maar schendt dwingend rechtelijke voorschriften uit de Pensioenwet en gelijke behandelingswetgeving. De contracteervrijheid verliest daarom de slag van wettelijke voorschriften uit de Pensioenwet en van gelijke behandeling die geen ander doel dienen dan het beschermen van de werknemer. Dit bepaalt derhalve het kader waarbinnen de pensioenverzekeraar dient te handelen. De Carenz-bepalingen die de dekkingen beperken, zijn daarom van rechtswege nietig en zowel de werkgever als verzekeraar is aansprakelijk voor de hieruit ontstane schade jegens de deelnemer.

Noten

1. Hier wordt mede het recht op premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid bedoeld.
2. Wet op de medische keuringen. Wet van 5 juli 1997, Staatsblad 365.
3. Voorwaarden Winterthur Levensverzekeringmaatschappij NV van 2005.
4. Voorwaarden Legal & General Levensverzekeringmaatschappij NV van 2002.
5. Tweede Kamer, vergaderjaar 1992-1993, 23 259, nr. 3.
6. Zie ook Eerste Kamer, 23 259, nr. 91c, pag. 11.
7. Zie rechtsoverweging 2.6.
8. Zie rechtsoverweging 2.7.
9. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30413, nr. 3.
10. Tweede Kamer, 1730, nr. 5, pag. 19.
11. Voorgesteld wordt in het wetsvoorstel 'Aanpassingen in de Pensioenwet, Wet verplichte beroepspensioenregeling en enige andere wetten' deze termijn voor de uitzendovereenkomst als in art. 7:690 BW te verlengen naar 26 weken; Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 226.
12. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30413, nr.39.
13. Pensioenwet, Kluwer 2007, pag. 83.
14. Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 226.
15. Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 226, nr. 7, pag. 3.
16. Wet van 17 december 2003, Staatsblad 2004, 30.
17. CBS, De Nederlandse samenleving 2004, Sociale trends, pagina 54.
18. Wet van 11 november 2003, staatsblad 2003, 206.
19. Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 169, nr. 3, pag. 4.
20. CGB, 13 oktober 2005, oordeel 2005, 187.
21. Hof van Justitie EG, 9 oktober 2001, zaak C-379/99.