

### **Pensioen in de knel tussen fiscaal en civiel**

In pensioenland bepaalt de fiscaliteit de route. Pensioenregelingen worden inhoudelijk gevormd naar wat fiscaal mogelijk is, al is dat soms tot net aan het randje. Het civielrechtelijke kader volgt dus meestal het fiscale. Maar hoe wijzigingen in de fiscale faciëring civielrechtelijk moeten worden doorgevoerd, is een probleem dat aan de praktijk wordt overgelaten. De Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (hierna: Wet VPL) is daarvan een goed voorbeeld uit het verleden, zoals het wetsvoorstel belastingheffing excessieve beloningen dat vast in de toekomst zal zijn.

Door de Wet VPL werd – behoudens (discriminatoir) overgangsrecht – de instandhouding van VUT- en prepensioenregelingen fiscaal zwaar ontmoedigd. Voor werkgevers en pensioenuitvoerders zou instandhouding van bestaande pre-65-pensioenregelingen tot fiscale straffen en administratieve chaos leiden. Dit met name omdat de omkeerregering niet meer van toepassing zou zijn op de aanspraken uit dergelijke pensioenregelingen. Prepensioen- en VUT-regelingen werden afgeschaft en pensioenregelingen werden massaal omgevormd om aan de nieuwe fiscale grenzen te kunnen voldoen<sup>i</sup> maar dergelijke wijzigingen kunnen niet zomaar worden doorgevoerd, louter en alleen omdat het fiscale kader is gewijzigd. Een pensioenregeling is een arbeidsvoorwaarde en is zoals andere arbeidsvoorwaarden het resultaat van aanbod en aanvaarding. Overeenkomsten kunnen niet eenzijdig en zonder goede reden worden aangepast.

Een veelvoorkomend misverstand is dat als het fiscale kader wijzigt, dit als het ware automatisch doorwerkt in de pensioenregeling. Dat is onjuist, hoe goed de reden ook is. Met wijzigingen van een overeenkomst moet de wederpartij (de werknemer) instemmen. Net zoals het salaris niet eenzijdig kan worden verlaagd, kan ook een pensioenregeling niet eenzijdig worden aangepast. En wat als de werknemer weigert? Is er dan een mogelijkheid een pensioenregeling eenzijdig te wijzigen?

Een wijziging van een pensioenregeling kan eenzijdig worden doorgevoerd indien in de arbeidsovereenkomst of de pensioenregeling een wijzigingsbeding is opgenomen (art. 19 Pensioenwet en art. 6:711 BW). Er moet dan een ‘zodanig zwaarwegend belang’ voor de werkgever zijn dat het belang van de werknemers daarvoor ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ moet wijken. Als geen wijzigingsbeding kan worden ingeroepen, kunnen in individuele gevallen de criteria uit het Taxi Hofman-arrest<sup>ii</sup> worden ingeroepen. Op grond van dit arrest behoort een werknemer in het algemeen positief in te gaan op redelijke voorstellen en mag hij dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Indien geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, en Taxi Hofman niet van toepassing is, kunnen de arbeidsvoorwaarden ook worden gewijzigd voor zover handhaving in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248, lid 2, BW). Een laatste anker voor de werkgever is art. 6:258 BW (Imprévision). Door rechterlijke tussenkomst kan een overeenkomst worden gewijzigd op grond van onvoorziene omstandigheden. Het moet dan gaan om onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijk-

heid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

Bij alle hiervoor genoemde wijzigingsgronden klinkt door dat er zeer goede (zwaarwegende) redenen moeten zijn om de pensioenregeling eenzijdig te kunnen aanpassen. De vraag doet zich voor of een zware fiscale straf (voor met name werkgever) op handhaving van een niet-kwalificerende pensioenregeling niet al voldoende is?

Het antwoord is gezegd nee, althans niet zonder aanvullende maatregelen. Een aardig voorbeeld is een uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht van 13 december 2007<sup>iii</sup>. Het ging hier om een begrafenisonderneming die de VUT-regeling afschafte, maar ter vervanging een compensatieregeling trof die het leed voor de werknemers deels verzachtte. Een compensatieregeling die anders dan de VUT bovendien niet voorwaardelijk was, omdat de compensatie maandelijks werd uitbetaald. Onder dergelijke omstandigheden zou een ongewijzigde instandhouding van de VUT-regeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, aldus de kantonrechter, die daarmee het beroep van de werkgever op art. 6:258 BW honoreerde. Er zijn meer van dergelijke uitspraken. De teneur is dat je eenzijdig mag wijzigen bij het wegvallen van fiscale faciliteiten, mits redelijke compenserende maatregelen worden getroffen en de ondernemingsraad of de betrokken vakorganisaties hebben ingestemd. Voor de praktijk was het handig geweest als de wetgever dit probleem al in de wet had opgelost.

De voorbeelden van het gebrek aan coördinatie tussen wat uit de civielrechtelijke (ministerie van SZW) en de fiscale wetsmaker komt (ministerie van Financiën) zijn legio. Een paar voorbeelden<sup>iv</sup>.

Zo maakt de Pensioenwet mogelijk dat zelfstandigen (IB-ondernemers) onder bepaalde voorwaarden de pensioenregeling tot maximaal tien jaar kunnen voortzetten waarin zij als werknemer reeds deelnamen. Fiscaalrechtelijk is dit echter tot drie jaar beperkt. In de praktijk werkt daarom geen enkele pensioenuitvoerder mee aan een vrijwillige voortzetting langer dan drie jaar. De pensioenuitvoerder (inhoudingsplichtig voor de loonbelasting) zou anders onderscheid moeten maken tussen wel en niet fiscaal gefacilieerde pensioenaanspraken. Door de fiscale beperking is de civielrechtelijke mogelijkheid voor zelfstandigen tot een dode letter geworden.

Het overgangsrecht van de Wet VPL maakt het mogelijk dat VUT-regelingen voor werknemers geboren voor 1 januari 1950 worden voortgezet. Dat kan leiden tot strijd met de Wet leeftijdsdiscriminatie als de arbeidsvoorwaarden voor groepen werknemers met gelijke functies alleen vanwege de leeftijd verschillen. Dit probleem is door de wetgever onderkend. Met een verwijzing naar het open systeem van de gelijke behandelingswetgeving met een algemene uitzonderingsgrond is de kritiek hierop weggewuifd. De werkgever moet zelf maar bekijken of er een rechtvaardiging is voor de leeftijdsdiscriminatie die een rechtstreeks gevolg is van fiscaal overgangsrecht. Dat is niet uit te leggen aan werkgevers. Wat mij betreft een schadeplichtige wanprestatie van de wetgever.

Voor advocaten en andere adviseurs is het een zegen dat de civielrechtelijke oplossing van fiscale maatregelen aan de praktijk wordt overgelaten. Hoe meer wetswijzigingen,

hoe beter. Of de cliënt hier net zo over denkt, is maar de vraag, want die voelt de klem tussen fiscaal en civielrechtelijk pensioenrecht pas echt goed knellen.

Mr. M.W. Minnaard  
Amsterdam, 9 september 2008

---

<sup>i</sup> En passant werden veel pensioenregelingen flink verbeterd. Door de verhoogde pensioenaanspraken eerder in te laten gaan in combinatie met levensloopregelingen (dat daarvoor aanvankelijk niet was bedoeld) kon dan toch nog ruim voor 65 met werken worden gestopt. Je vraagt je af waar deze wetswijziging dan voor nodig was.

<sup>ii</sup> HR 26 juni 1998, C07/018HR, JAR 1998/199.)

<sup>iii</sup> Zaaknr. 193218 CV EXPL 07-1016

<sup>iv</sup> Een zeer lezenswaardig artikel met meer van zulke voorbeelden is van de hand van prof.mr. H.M. Kappelle in WFR 2008/401