

Fiscale moord op vervroegde pensionering?

Een toelaatbaar overheidsoptreden?



Erik Lutjens is hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat te Amsterdam.



Mark Heemskerk is aio Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

In hoeverre zijn de door het kabinet voorgestelde wijzigingen in het prepensioen en de VUT juridisch houdbaar? In dit artikel worden de voorstellen getoetst aan de in artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM geboden eigendomsbescherming. Is het einde van de vervroegde uittreding werkelijk voorbij?

Op prinsjesdag 2003 diende het kabinet het Belastingplan 2004 bij de Tweede Kamer in.¹ Centraal daarin stond het voorstel tot het afschaffen van de fiscale faciliteiten die het mogelijk maken om vóór de leeftijd van 65 jaar een loonvervangende (pensioen)uitkering te ontvangen en aldus met werken te stoppen. Dit voornemen was de uitwerking van één van de hoofddoelstellingen van het beleid van het kabinet Balkenende II, namelijk het bevorderen van de arbeidsparticipatie van ouderen.² De gunstige fiscale behandeling van het prepensioen, het tijdelijk overbruggingspensioen voor 65 jaar en de VUT zou – volgens het ingediende wetsvoorstel – per 1 januari 2005 van de baan zijn. De plannen hebben tot verontwaardigde reacties van de sociale partners geleid³, tot werkonderbrekingen en de aankondiging van een kort geding tegen het wetsvoorstel.⁴

Deze reacties doen de vraag rijzen of de beoogde wijzigingen juridisch houdbaar zijn. Op deze vraag trachten wij in dit artikel een antwoord te formuleren door het Belastingplan 2004 te toetsen aan de normen van de eigendomsbescherming als bedoeld in artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Alvorens tot die toets over te gaan, zullen wij eerst de huidige fiscale mogelijkheden voor vervroegde pensionering beschrijven en aansluitend de voorgestelde wijzigingen daarin. Het artikel eindigen wij met een korte be-

schouwing over de vraag of met de oorspronkelijke voorstellen uit het Belastingplan 2004 de vervroegde uittreding ten einde zal komen.

Actualiteit: Najaarsakkoord leidt tot uitstel

Op 14 oktober 2003 is tijdens het zogenaamde najaarsoverleg tussen kabinet en sociale partners een principeakkoord bereikt ten aanzien van de pensioenvoorstellen uit het Belastingplan 2004. Volgens dit zogenoemde Najaarsakkoord worden de aangekondigde wijzigingen in het prepensioen en de VUT uitgesteld tot 2006. Vervolgens moeten kabinet en sociale partners voor 1 april 2004 overeenstemming hebben bereikt over een per 1 januari 2006 in te voeren nieuw stelsel van fiscale behandeling van prepensioen en VUT, met inbegrip van de zogenaamde levensloopregeling.⁵ Op die mogelijke overeenstemming vooruitlopend zijn de voorstellen tot afschaffing van de fiscale faciliteiten voor prepensioen, VUT en wat daarmee samenhangt uit het Belastingplan 2004 verwijderd.⁶ Waar het nadere overleg tussen regering en sociale partners toe zal leiden is onzeker. Mocht geen overeenstemming bereikt worden, dan is het kabinet voornemens de voorstellen alsnog per 1 januari 2005 in te voeren.⁷ Maar ook voor het

mogelijke stelsel vanaf 2006 zal het kabinet de aangekondigde afschaffing van fiscale faciliteiten ten aanzien van pensionering vóór 65 jaar tot beleidsinzet maken. Dit kernpunt van het Belastingplan 2004 zal dus wel overeind blijven staan. Hoewel er dus (op onderdelen) wijzigingen kunnen komen, nemen wij voor onderstaande beschouwingen de oorspronkelijke voorstellen uit het Belastingplan 2004 tot uitgangspunt.⁸ De door ons geformuleerde gedachten zijn naar onze mening voldoende relevant ter toetsing van – eventuele toekomstige – voorstellen ten aanzien van VUT en prepensioen.

1. Huidige mogelijkheden vervroegd pensioen

Welke mogelijkheden zijn er in de huidige fiscale wetgeving om vervroegd, dat wil zeggen vóór de leeftijd van 65 jaar, met pensioen te gaan? De Wet op de Loonbelasting (hierna: Wet LB) bevat de volgende faciliteiten:

1. *Levenslang ouderdomspensioen ingaand vóór 65 jaar:* De Wet LB bevat niet een voorgeschreven minimumleeftijd voor ingang van het pensioen, zodat het voor de leeftijd van 65 jaar tot uitkering kan komen (artikel 18a lid 4 Wet LB).⁹ Vanaf 65 jaar loopt dit vervroegd ingaande pensioen gewoon door. Het pensioen mag bij ingang voor 65 jaar 70% van het laatste loon bedragen.¹⁰ De pensioenregeling mag ook aan de werknemer de keuze geven, om het vervroegd ingegane pensioen uit te stellen en aldus de uitkering pas op bijvoorbeeld 65-jarige leeftijd te laten ingaan. In dat geval is actuariële verhoging (wegens latere ingang) van de pensioenuitkering fiscaal gezien mogelijk tot maximaal 100% van het laatste loon (artikel 18a lid 5 Wet LB);
2. *Overbruggingspensioen:* Het overbruggingspensioen is bedoeld om in combinatie met het levenslang vervroegd (vóór 65 jaar) ingaand ouderdomspensioen (zie ad 1) betaald te worden (zie artikel 18e Wet LB). Het overbruggingspensioen omvat een uitkering die dient ter compensatie voor zowel het ontbreken van AOW als het verschuldigd zijn van hogere premies volksverzekeringen in de periode tot 65 jaar. Het overbruggingspensioen moet dan ook uiterlijk bij 65 jaar eindigen en is dus per definitie een tijdelijke uitkering;
3. *Prepensioen:* Dit is het – eveneens tijdelijk – pensioen dat niet eerder ingaat dan bij 60 jaar en niet later eindigt dan 65 jaar (artikel 38a Wet LB).

Voor al deze pensioenvormen geldt fiscaal thans de omkeerregel: de heffing van loonbelasting vindt niet plaats over de aanspraken (zoals de fiscale hoofdregel voorschrijft) maar over de uitkeringen (zie art. 11 lid 1 sub c, d en g onder 1 Wet LB). Het effect van deze omkeerregel is een rentevoordeel, namelijk uitstel van betaling van belasting en mogelijk een tariefsvoordeel bij de uitkering. Beleggingswinsten en rentebijtellings hoeven tijdens de opbouwfase van het pensioen bovendien niet te worden afgerekend met de fiscus. Dit fiscale voordeel is een – belangrijke – stimulans geweest voor de ontwikkeling van een ruime deken van (vervroegde) pensioenregelingen.

2. De kabinetsvoorstellen

Het kabinet wil voorkomen dat werknemers al voor het bereiken van de leeftijd van 65 jaar uit het arbeidsproces treden. Dat is de – door de vergrijzing ingegeven – achterliggende doelstelling. Daarom wor-

den fiscale maatregelen voorgesteld, die werknemers moeten prikkelen om tot 65 jaar te blijven werken.¹¹ Het stoppen met werken voor 65 jaar wordt (weliswaar) niet verboden, aldus de memorie van toelichting¹² – het invoeren van een dergelijke moderne arbeidsdwang was blijkbaar toch een brug te ver – maar het vóór de leeftijd van 65 jaar stoppen met werken wordt bepaald niet leuker gemaakt en overigens ook zeker niet makkelijker.

2.1. Afschaffing omkeerregel voor vervroegd pensioen

Het kabinet stelt voor de omkeerregel voor alle pensioenregelingen met een vervroegd ingaande uitkering te laten vervallen en terug te keren naar de fiscale hoofdregel: aanspraken zijn belast, uitkeringen zijn vrijgesteld van belastingheffing. Voor pensioenregelingen met een reglementair bepaalde uitkering bij 65 jaar of hoger blijft de omkeerregel in stand. Het overbruggings- en prepensioen wordt hiermee echter fiscaal onmogelijk. Het vervallen van de omkeerregel betekent dat betaalde premies niet meer aftrekbaar zijn voor de heffing van loonbelasting.¹³ Dit geldt voor zowel de werkgevers- als de werknemerspremie. Vanwege de koppeling van het winstbegrip in de Wet op de Inkomstenbelasting aan pensioenaanspraken in de Wet LB (artikel 3.13 lid 1 onder b Wet LB) komen bovendien betaalde premies voor een pensioenregeling, op welke de omkeerregel niet (meer) van toepassing is, niet in mindering op de winst met het oog op de heffing van inkomstenbelasting. Ditzelfde geldt voor de vennootschapsbelasting.

De Raad van State merkt in zijn advies over dit onderdeel van het wetsvoorstel op, dat afschaffing van de omkeerregel ook tot gevolg heeft dat de opgebouwde pensioenaanspraken onder box III, de vermogensrendementsheffing in de Wet op de Inkomstenbelasting (hierna: Wet IB), zullen vallen.¹⁴ Dat impliceert dat in beginsel jaarlijks 4% van de gemiddelde waarde van de aanspraken in de heffing inkomstenbelasting betrokken wordt, tegen een tarief van 30%.

2.2. Maximaal 70% eindloon bij 65 jaar

Het wetsvoorstel biedt alleen nog fiscale faciliteiten voor een pensioenregeling met een pensioenleeftijd van 65 jaar of hoger. Bovendien mag het pensioen bij 65 jaar niet hoger zijn dan 70% van het eindloon (waar thans een pensioen van ten hoogste 100% van het eindloon is toegestaan, nieuw artikel 18a lid 4 Wet LB). De werknemer mag er nog wel individueel voor kiezen om, uitgaande van de in de pensioenregeling vastgelegde ingangsdatum van 65 jaar of hoger, zijn pensioen vervroegd in te laten gaan. Deze vervroeging leidt evenwel tot een actuariële herrekening – lees: korting – van de pensioenuitkering. Herrekening wordt geëist, omdat de pensioenuitkering eerder ingaat en dus langer betaald moet worden vergeleken met de oorspronkelijke ingangleeftijd van 65 jaar.¹⁵ Tot op heden hoeft die actuariële herrekening slechts plaats te vinden indien het pensioen eerder ingaat dan bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd (artikel 18a lid 6 Wet LB). Werknemers die vóór het bereiken van de leeftijd van 65 jaar met pensioen willen, behouden dus op zich de mogelijkheid dat te doen. De actuariële korting – die meer dan de helft van de pensioenuitkering kan omvatten – betekent wel dat daar een prijskaartje aan komt te hangen.

2.3. Eenmalige fiscale heffing over VUT-uitkering

VUT-regelingen zijn regelingen voor vervroegde uittreding – niet zijnde pensioen – die voorzien in pe-

8. Hoewel het wetsvoorstel inmiddels is gewijzigd, zie voetnoot 6, gaan wij uit van de oorspronkelijke tekst van het wetsvoorstel als ware dit de nog actueel geldende tekst.

9. Wel geldt als uiterlijke ingangleeftijd 70 jaar. Zie art. 18a lid 4 sub 5 Wet LB.

10. Of de werknemer deze 70% ook krijgt, hangt er van af of hij voldoende dienstjaren voor de opbouw van het pensioen heeft doorlopen. Fiscaal gezien mag het pensioen, dat is afgestemd op het laatste loon, met maximaal 2% per dienstjaar worden opgebouwd.

11. Het is een Europees-breed verschijnsel dat overheden en beleidsmakers de arbeidsdeelname van oudere werknemers willen verhogen. In het voorjaar organiseerde de Franse vakbeweging – tevergeefs – stakingen voor behoud van de huidige pensioenregelingen. In Duitsland stelde de commissie Rürup voor de pensioenleeftijd te verhogen naar 67 jaar door vanaf 2011 elke maand een maand later met pensioen te gaan. Ook Italië en Oostenrijk zijn bezig maatregelen door te voeren.

12. Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr 3, p. 14 (MVT).

13. Nu zijn ingeleide premies nog aftrekbaar, zie art. 11 lid 1 sub j onder 1 Wet LB.

14. Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr 4, p. 3.

15. Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr 3, p. 12.

2004, Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr 1, met name p. 28 en 29.

1. Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr 1-2.
2. Zie reeds Nota Bevordering Arbeidsdeelname Oudere Werknemers, Kamerstukken II 2000-2001, 27 046 en het Hoofdlijnenakkoord kabinet Balkenende II, Kamerstukken II 2002-2003, 28 637, nr 19. Zie ook Miljoenennota
3. Zie bijvoorbeeld DFT 16 september 2003: *Pensioenfondsen, kabinetsplannen onbegrijpelijk*, DFT 16 september 2003: *CNV, Miljoenennota is draconisch pakket*. L. de Waal, FNV, sprak voor Radio 1 over 'werknemertje pes-

ten'.

4. Zie ANP 319-(14 39807) 18 september 2003, *Pensioenfonds overweegt rechtsgang over kabinetsplannen*.
5. Zie de kabinetsverklaring d.d. 17 oktober 2003, bijlage bij de brief van de minister van SZW aan de TK van 17 oktober 2003, Kamerstukken II 2003-2004, nr 29 200 XV, nr 7.
6. Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr 17.
7. Aldus minister De Geus, behandeling Najaarsakkoord in Tweede Kamer, *Handelingen II*, 22 oktober 2003, p. 14-857.

Het kabinet stelt voor de omkeerregel voor alle pensioenregelingen met een vervroegd ingaande uitkering te laten vervallen en terug te keren naar de fiscale hoofdregel: aanspraken zijn belast, uitkeringen zijn vrijgesteld van belastingheffing.

riodieke uitkeringen die uiterlijk eindigen bij 65 jaar. Ook voor de aanspraken op VUT geldt de omkeerregel. Het wetsvoorstel schrapt ook voor VUT de omkeerregel met dien verstande dat de werknemerspremie voor de VUT volgens het Belastingplan 2004 niet tot het belastbare loon zal gaan behoren. Ondanks het schrappen van de omkeerregel kiest het wetsvoorstel er niet voor om de aanspraken op een VUT-uitkering in de belastingheffing te betrekken. Voor de VUT wordt een ander regime voorgesteld omdat de bepaling van de waarde van de VUT-aanspraak onzeker is tot het moment dat de uitkering ingaat. Het is onzeker of de werknemer de VUT-leeftijd zal bereiken en indien dat het geval is, of de VUT-regeling dan nog bestaat. Daarom is het moeilijk om een waarde aan de VUT-aanspraken toe te kennen. Bovendien vervalt het recht op enige VUT-uitkering bij het einde van de arbeidsovereenkomst vóór de VUT-leeftijd. Anders dan bij pensioen is er bij VUT geen sprake van opgebouwde rechten. Onverkorte toepassing van de hoofdregel zou bij dit stelsel meebrengen dat de loonheffing over de aanspraak minimaal is,¹⁶ terwijl de uitkeringen onbelast blijven. Dit zou het door het kabinet als ongewenst bestempelde effect hebben, dat VUT-regelingen financieel aantrekkelijk worden en werknemers – net als nu – massaal uit zullen treden voordat zij 65 jaar zijn. Het kabinet stelt daarom voor VUT een derde weg voor. Deze luidt dat de VUT-aanspraken pas geacht worden genoten te zijn en dus belast worden op het tijdstip dat de VUT-uitkering ingaat (nieuw artikel 13b Wet LB). De gehele aanspraak wordt dan in één keer belast tegen de waarde in het economisch verkeer (in plaats van belastingheffing over de in de loop van de uitkeringsjaren te ontvangen periodieke uitkeringen). Dit wordt aangeduid als de 'fiscale voorheffing'.¹⁷ Op deze terminologie komen wij later nog terug.

2.4. Afsnijden vluchtroutes

Het belastingrecht kent nog andere mogelijkheden om – fiscaal gefaciliteerd – vervroegd te stoppen met werken en dan een uitkering te ontvangen. Om vluchtgedrag naar deze andere mogelijkheden te voorkomen, wordt de weg daar naartoe fiscaal geblokkeerd. Binnen het kader van dit artikel volstaan wij met het signaleren van deze 'vluchtroutes': de stamrechtvrijstelling, het uitstel van loonbetaling (reserve uitgesteld salaris) en de overbruggingslijfrente (als bedoeld in de Wet op de Inkomstenbelasting).

2.5. Overgangsrecht

De besproken voorstellen uit het Belastingplan 2004 zullen – behoudens uitstel als gevolg van het najaarsakkoord – met ingang van 1 januari 2005 onmiddellijke werking hebben, overeenkomstig het gebruikelijke uitgangspunt bij de vormgeving van wettelijke overgangsrecht.¹⁸ Dit betekent dat het nieuwe belastingregime voor vervroegd pensioen meteen van toepassing is, ook op bestaande pensioenregelingen. Maar er is nog deze bijzonderheid, dat het huidige fiscale recht in 2004 slechts van toepassing blijft ten aanzien van op 31 december 2003 bestaande (pre) pensioen- en VUT-regelingen (nieuw artikel 38c-f Wet LB).¹⁹ Concreet werkt dit als volgt uit. Uitkerin-

gen wegens vervroegd pensioen en VUT die al voor 1 januari 2005 zijn ingegaan, blijven onder de thans geldende regels vallen. Voor deze uitkeringen blijft de omkeerregel van toepassing. Het met terugwerkende kracht afschaffen van de omkeerregel over reeds (voor 1 januari 2005) opgebouwde aanspraken, zou een (te) grote inbreuk op de rechtszekerheid meebrengen. Ook indien na 1 januari 2005 nog premies betaald moeten worden voor prepensioenuitkeringen die al voor 1 januari 2005 zijn ingegaan, blijft voor deze premies de omkeerregel gelden.

Verder blijft de omkeerregel van toepassing op nog niet ingegane pensioenaanspraken, die vóór 1 januari 2005 zijn opgebouwd op basis van een op 31 december 2003 bestaande regeling. Voor alle pensioenaanspraken die vanaf 1 januari 2005 opgebouwd gaan worden – alle aanspraken in relatie tot diensttijd vanaf deze datum – zullen de nieuwe regels gelden, evenals voor aanspraken opgebouwd krachtens na 31 december 2003 tot stand gebrachte regelingen. Het fiscale verbod op een pensioeningangsdatum gelaten voor 65 jaar valt eveneens onder de onmiddellijke werking. De onmiddellijke werking verzet zich er tegen om vanaf 1 januari 2005 de vervroegde ingangsdatum te blijven hanteren.²⁰ Dit impliceert dat een pensioenregeling vanaf 1 januari 2005 fiscaal gezien een pensioeningangsdatum van 65 jaar (of hoger) moet hebben, ook ten aanzien van de pensioenaanspraken die voor 1 januari 2005 zijn opgebouwd, op grondslag van de – toen toegestane – vervroegde ingangsdatum. De voor 1 januari 2005 opgebouwde pensioenaanspraken moeten worden omgezet naar een pensioenregeling conform het Belastingplan 2004, dus met een pensioeningangsdatum van 65 jaar of hoger. Bij deze omzetting mag wel het voor 1 januari 2005, op basis van een vervroegde ingangsdatum, opgebouwde pensioen actuair verhoogd worden indien de uitkering vanaf 2005 wordt vastgepind op de ingangseleeftijd van 65 jaar.

Wat betreft de fiscaal maximaal toegestane hoogte van het pensioen van 70% van het laatste loon (zie par 2.2) geldt dat deze norm in het kader van het overgangsrecht overschreden mag worden, indien dit het gevolg is van de omzetting van voor 1 januari 2005 fiscaal gefaciliteerde opbouw op basis van een vervroegde ingangsdatum (nieuw artikel 38 lid 3 Wet LB). Het maximale pensioen van 100% van het laatste loon mag evenwel niet overschreden worden. Ten slotte geldt voor de VUT als regel van overgangsrecht dat de eenmalige heffing van toepassing is op alle uitkeringen waarvan de eerste betaling ligt op of na 1 januari 2005 (nieuw artikel 38c lid 2 Wet LB). Hierbij kan worden opgemerkt dat minister De Geus naar aanleiding van het najaarsakkoord gesteld zou hebben dat de eenmalige heffing over de VUT-uitkering wat hem betreft naar 'de prullenbak' kan worden verwezen.²¹

3. Toelaatbaarheid Belastingplan 2004

In hoeverre is het belastingplan 2004 van het kabinet juridisch houdbaar? Kort gezegd is de overheid bevoegd (fiscale) wetgeving tot stand te brengen, tenzij

deze wetgeving strijdig is met een ieder verbindende bepalingen in verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.²² In dit artikel beperken wij ons tot de vraag of de kabinetsvoorstellen voldoen aan de in artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM (hierna: EP) geboden eigendomsbescherming. Wij gaan in op het afschaffen van de omkeerregel (onder 3.2) de invoering van de eenmalige heffing over de VUT (3.3) en het overgangsrecht (3.4). Alvorens deze concrete onderwerpen te bespreken, stellen wij de vraag of de pensioen- en VUT-aanspraken en de daaraan verbonden fiscale faciliteiten wel als een door artikel 1 EP beschermd eigendomsrecht zijn aan te merken.

3.1. Eigendomsrechten

Toepassing van artikel 1 EP vereist dat sprake is van eigendom in de zin van dit artikel. Dat is het geval indien het gaat om rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen. Er dient bovendien een legitieme verwachting te bestaan ten aanzien van een op geld waardeerbare vordering. De vordering moet voldoende bepaalbaar en opeisbaar zijn.²³ Een voorwaardelijke vordering die vervalt als gevolg van de niet-ervulling van de voorwaarde levert geen eigendomsrecht op.²⁴ Uit jurisprudentie van het EHRM valt af te leiden dat pensioenaanspraken zijn aan te merken als eigendomsrecht.²⁵ Leidt premiebetaling voor VUT tot een legitieme verwachting op een in geld waardeerbare vordering? Het feit dat VUT gebaseerd is op het omslagstelsel en solidariteit hoeft daaraan niet in de weg te staan. In het arrest Wessels-Bergervoet van 3 oktober 2000 oordeelde het EHRM namelijk dat het recht op AOW – dat evenals VUT gebaseerd is op solidariteit en het omslagstelsel – een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP oplevert.²⁶ Het EHRM merkte op dat de gene die premie bijdraagt, gerechtigd wordt tot een deel van het pensioen. Daarbij plaatst het de kanttekening dat een eigendomsrecht geen recht geeft op een pensioen van bepaalde omvang.²⁷ Bij VUT zijn er, anders dan bij pensioen, geen opgebouwde rechten. VUT-aanspraken zijn voorwaardelijk: bij ontslag voor de VUT-datum vervalt het VUT-voorzicht en VUT-regelingen zijn tijdelijke regelingen, die niet gecontinueerd hoeven te worden. Het voorwaardelijke karakter van VUT lijkt een geslaagd beroep op de eigendomsbescherming in de weg te staan. Dit ligt anders voor oudere werknemers die binnen de looptijd van de geldende VUT-regeling de VUT-leeftijd kunnen bereiken. Hun VUT-rechten zijn naar ons oordeel, hoewel nog afhankelijk van een blijvend dienstverband, voldoende bepaalbaar en opeisbaar. In dit geval kan, denken wij, van een voldoende concrete verwachting worden gesproken in de zin van het EP.

Het eigendomsrecht tast ondertussen niet het recht

aan van de overheid om betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren. Niettemin kunnen belastingmaatregelen – ondanks een 'wide margin of appreciation' – een ongeoorloofde inbreuk maken op het eigendomsrecht.²⁸ Of een inmenging in het eigendomsrecht is toegestaan, wordt beoordeeld aan de hand van een vast toetsingskader. Dat kader stelt de vragen of de inmenging (1) bij wet voorzien is; (2) een legitieme doelstelling heeft en (3) proportioneel is.²⁹ De proportionaliteit wordt in de rechtspraak beoordeeld aan de hand van het criterium of sprake is van een 'fair balance': er moet een redelijk evenwicht bestaan tussen het te dienen algemene belang en het geschonden individuele grondrecht.³⁰ De fair balance wordt overschreden wanneer in het concrete, individuele geval sprake is van een 'individual and excessive burden'. Daarbij kan het EHRM tot het oordeel komen dat van een 'fair balance' tussen algemeen en individueel belang geen sprake is omdat de Staat procedureel – in ernstige mate – onbehoorlijk heeft gehandeld.³¹ In de praktijk komt het er voor

Krijgen de erfgenamen een belastingvordering terwijl zij geen VUT-uitkering zullen ontvangen?

pensioen op neer dat, zolang het verlies van een bepaald percentage van het pensioen niet resulteert in een aantasting van 'the essence of pension rights', niet snel sprake is van schending van artikel 1 EP.³² De voorstellen uit het Belastingplan voldoen aan de eerste twee eisen: de inmenging wordt bij wet voorzien en de door het kabinet aangevoerde doelstelling – bevordering van de arbeidsparticipatie van ouderen – is legitiem. De vraag resteert of de belastingmaatregelen proportioneel zijn. Langs deze norm leggen wij de maatregelen.

3.2. Afschaffing omkeerregel

Deze maatregel zal alleen dan niet proportioneel zijn, wanneer in een individueel geval een onevenredig zware last ontstaat. Toepassing van de fiscale hoofdregel (aanspraken belast, uitkeringen onbelast) leidt tot een verschuiving van het tijdstip van belastingbetaling, maar de essentie van het pensioenrecht wordt hiermee niet aangetast. Daarom is er naar ons oordeel geen schending van het proportionaliteitsbeginsel.

3.3. Eenmalige VUT-heffing

Met inachtneming van de aarzeling of de VUT überhaupt eigendomsbescherming geniet, merken wij het volgende op. De eenmalige VUT-heffing kan

16. Omdat als gezegd de aanspraak nauwelijks enige waarde heeft.

17. Kamerstukken II 2003-04, 29 210, nr 3, p. 12 (MvT).

18. Aanwijzingen voor de regelgeving 166. Zie ook F.J.L. Pennings, De betekenis van het EVRM voor socialezekerheidsrechten na het Gaygusuz-arrest, *Al* 2000, 2, p. 50-53.

19. Hierbij rijst net als bij invoering van de Wet fiscale behandeling van pensioenen, Wet van 29 april 1999, *Stb.* 211, de vraag of er (nog) een bestaande regeling is, indien in een op 31 december 2003 bestaande regeling in 2004 een wijziging wordt aangebracht. Slechts wijzigingen van meer dan ondergeschikte aard op de kern van het onderwerp vervroegde ingang van de uitkering, zouden wij als een nieuwe regeling willen aanmerken.

20. Dit was ook zo bij de verplichting om vanaf 17 mei 1990 gelijke pensioenleeftijden voor mannen en vrouwen te hanteren. De omstandigheid dat voor vrouwen in relatie tot pensioenopbouw voor deze datum een lagere pensioenleeftijd gold, is geen rechtvaardiging om vanaf 17 mei 1990 een voor mannen en vrouwen ongelijke pensioenleeftijd te blijven hanteren, aldus HvJ EG 28 september 1994, zaak 28/93, *NJ* 1995, 384 (Shell Pensioenfonds/Van den Akker).

21. De Telegraaf 16 oktober 2003.

22. Vgl. art. 93 en 94 Gw. Toetsing van formele wetten aan de Grondwet door de rechter is op basis van art. 120 Gw niet toegestaan. Evenmin mogen formele wetten getoetst worden aan algemene rechtsbeginselen, zie Hoge Raad 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (Harmonisatiewet arrest).

23. EHRM 5 januari 2000, *NJ* 2000, 571 (Beyeler v. Italy). Het recht of belang moet met voldoende zekerheid vaststaan; er dient een legitieme verwachting te bestaan dat zij opgeëist kunnen worden, zie EHRM 12 juli 2001, *EHRM* 2001, 64 (Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany).

24. EHRM 12 juli 2001, *EHRM* 2001, 64 (Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany), par. 83.

25. EHRM 20 juni 2002, *EHRM* 2002, 67 (Azinas v.

Cyprus). Zie ook ECRM 1 oktober 1975 (Müller v. Austria): 'the making of compulsory contributions to a pension fund may, in certain circumstances, create a property right in a portion of such fund.'

26. EHRM 3 oktober 2000 (Wessels-Bergervoet v. the Netherlands).

27. Zie EHRM 12 december 2000 (Truhli v. Croatia), (dec.) no. 45 424/99; EHRM 3 maart 2000 (Schwengel v. Germany) (dec.), no. 52 442/99, 3 March 2000; EHRM 1 juni 1999 (Skorkiewicz v. Poland) (dec.), no. 39 860/98.

28. EHRM 23 oktober 1990, Series A no. 187, *BNB* 1995, 244 (Darby v. Sweden); EHRM 21 februari 1997, *NJ* 1997, 580 (Van Raalte v. the Netherlands) Zie voor de wide margin of appreciation op belastingterrein EHRM 23 februari 1995, Series A no.

306-8, p. 48-49 (Gasus- dossier und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands); EHRM 9 november 1999, *EHRM* 1999, 8.

29. EHRM 5 januari 2000, *NJ* 2000, 571 (Beyeler v. Italy). Zie voor een overzichtsartikel T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht, *Jbplus* 2003, p. 2-14.

30. EHRM 16 april 2002, *BNB* 2003, 40 (Dangeville v. France).

31. J.G.C. Schokkenbroek, EVRM R&C, par. 4.1. Hij verwijst daarbij naar excessief lange procedures en de onmogelijkheid rechtsmiddelen te gebruiken om aan een langdurige situatie van rechtsonzekerheid een einde te maken of anderszins genoegdoening te krijgen.

De combinatie van wetgeving, afspraken en toezeggingen kan bij het bedrijfsleven, de sociale partners, de verwachting opgewekt hebben dat tot 2009 vervroegde pensioenregelingen opgezet zouden kunnen worden, met de thans bestaande fiscale faciliteiten.

financiële problemen opleveren wanneer op het tijdstip van ingang van de uitkeringen de middelen ontbreken om de belasting te betalen. De werkgever of het VUT-fonds dient de belasting in te houden op de VUT-uitkering van de werknemer. Wanneer de belasting het loon in geld overtreft, is de werkgever op grond van artikel 27 lid 6 Wet LB verplicht de (fictief) ingehouden belasting op aangifte af te dragen. In feite moet de werkgever de belasting voorfinancieren en loopt hij het gevaar van niet-verhaalbaarheid. Bovendien betekent dit voor de VUT-gerechtigde dat hij pas daadwerkelijk betaling van een VUT-uitkering ontvangt wanneer de belastingschuld afgelost is. Dan zal een groot deel van de looptijd van de VUT al verstreken zijn.³³ In de tussentijd heeft de werknemer geen inkomensvervangende uitkering, althans geen VUT-uitkering. Op het eerste gezicht lijkt hier sprake te (kunnen) zijn van een individueel buitensporige last voor de werknemer, tenzij de werknemer de beschikking zou hebben over andere inkomensbronnen. Het overlijden van de werknemer voordat de voorheffing verrekend is met de VUT-uitkering leidt ook tot problemen. Krijgen de erfgenamen een belastingvordering terwijl zij geen VUT-uitkering zullen ontvangen? Dit punt lijkt niet goed overdacht. Ook de Raad van State uitte wegens dit gezichtspunt kritiek op de voorgestelde eenmalige VUT-heffing en hij adviseerde heroverweging³⁴ maar dat heeft de overheid niet van het voorstel afgehouden.

Er is nochtans reden voor nuancering van dit eerste gezichtspunt. Het Belastingplan 2004 kiest er voor om op VUT de fiscale hoofdregel niet toe te passen. Wij stellen voorop dat invoering van de hoofdregel ten aanzien van VUT toelaatbaar zou zijn geweest, net als bij pensioen. In dat geval zou belasting verschuldigd zijn geweest over de aanspraken, dus op een veel eerder moment dan in geval van (eenmalige) heffing van belasting bij ingang van de uitkering. Vanuit de hoofdregel geredeneerd is belastingheffing bij ingang van de uitkering eigenlijk een bijzondere vorm van belastinguitstel en aldus naar ons idee niet te kwalificeren als voorheffing, maar als een naheffing van de belasting die normaal gezien over de aanspraken verschuldigd was geweest, maar (nog) niet betaald hoefde te worden. Bij VUT kiest het Belastingplan 2004 voor de heffing bij ingang van de uitkering vanwege de geringe waarde van de VUT-aanspraak en de daaruit volgende lage belastingopbrengst. De overheid is naar onze mening evenwel bevoegd om een eigen invulling te geven aan de hoogte van de verschuldigde belasting en in dat kader bevoegd om zelf de – voor de belastingheffing relevante – hoogte van de VUT-aanspraken bij wet vast te stellen. Wij achten het niet in strijd met het EP indien – met het oog op de belastingheffing – de waarde van de VUT-aanspraak gesteld zou worden op het niveau ten tijde van het (toekomstige theoretische) tijdstip van ingang. Dit onderstreept dat heffing bij ingang van de uitkering eigenlijk een na-

heffing is. De financiële onmogelijkheid om de naheffing te betalen, zou zich dan niet hoeven voor te doen, omdat immers bij de toekenning van de aanspraken met de toekomstige belastingheffing rekening kan worden gehouden. Dit laatste geldt alleen niet voor de tot 1 januari 2005 verworven VUT-aanspraken maar de betekenis daarvan in het licht van het eigendomsrecht is een kwestie van het – hierna te bespreken – overgangsrecht. De naheffing – of zomen wil voorheffing – als zodanig achten wij op bovengenoemde gronden niet strijdig met het EP. Hierbij spreken wij geen oordeel uit over de vraag of het heffen van belasting over aanspraken, waaruit voor de werknemer mogelijk nooit enige uitkering voortvloeit maatschappelijk gezien evenwichtig genoemd kan worden. Het gaat daarbij om een politieke keuze, maar wij hebben wel ernstige bedenkingen bij de maatschappelijke wenselijkheid van zodanige belastingheffing.

3.4. Overgangsrecht en inwerkingtreding
Wellicht wordt de kritiek op het Belastingplan 2004 ook niet (zozeer) gevoeld door de voorgestelde fiscale maatregelen als zodanig, als wel door de manier waarop (met onmiddellijke werking) en de snelheid waarmee (zonder eerbiedigende of uitgestelde werking) deze ingevoerd zouden moeten worden. Die kritiek gaat met soms gespierde taal gepaard, met kwalificaties als 'niet geloofwaardig'³⁵, 'schrijnend'³⁶ en 'belachelijk'.³⁷ De maatregelen kunnen binnen het raam van het gekozen overgangsrecht zonder meer fors worden genoemd. Niet ontkend kan worden dat op bestaande regelingen en verwachtingen ten nadele van grote groepen werknemers een behoorlijke inbreuk wordt gemaakt. De rechtszekerheid lijkt hier toch geweld aan gedaan te worden. Vanuit juridische optiek moet evenwel vastgesteld worden dat de Nederlandse rechter wetten niet op de (eventuele) strijd met het rechtszekerheidsbeginsel mag toetsen.³⁸ Wij toetsen in dit artikel aan de norm van het EP en behandelen in het kader van overgangsrecht de volgende drie aspecten van het Belastingplan: 1. het fiscale verbod van een pensioenleeftijd beneden 65 jaar, 2. het afschaffen van de omkeerregel voor vervroegd pensioen en 3. de eenmalige VUT-heffing.

Ad. 1: Het fiscale verbod van een pensioenleeftijd beneden 65 jaar

Het is naar onze mening onzeker of de ingang van het pensioen op een bepaalde leeftijd een zodanig concreet vooruitzicht oplevert dat hier van een eigendomsrecht in de zin van het EP kan worden gesproken. Volgens de uitspraak van het EHRM van 19 oktober 2000 (Ambruosi v. Italy) vormt toekomstig inkomen alleen eigendom indien 'it has been earned or where an enforceable claim to it exists'.³⁹ Daarbij is tevens van belang dat het toekomstig inkomen voldoende bepaalbaar en afdwingbaar moet zijn.⁴⁰ Nu komt het ons voor dat een recht op pensioen als zodanig wel voldoende bepaalbaar en afdwingbaar is. Wij achten het echter onzeker of de pensioenleeftijd aan dit criterium beantwoordt. Hierbij signaleren wij dat in de Nederlandse rechtspraak in het kader van de gelijktrekking van de pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen geoordeeld is dat er geen verkregen recht op een bepaalde pensioenleeftijd bestaat.⁴¹ Mocht er sprake zijn van een eigendomsrecht, dan is ter beantwoording van de vraag of de fiscale maatregelen een fair balance doorbreken, het volgende van belang:

1. de vóór 1 januari 2005 op basis van een vervroegde pensioeningangsdatum opgebouwde aanspraken worden niet aangetast,
2. bedoelde aanspraken moeten weliswaar worden

omgezet naar een pensioenregeling met een pensioenleeftijd van 65 jaar, maar daarbij is een verhoging (wegens de latere ingangsdatum) van de oorspronkelijke uitkering op basis van actuariële grondslagen fiscaal toegestaan. Bij deze verhoging moet wel het fiscaal maximale pensioen van 100% van het loon in acht genomen worden. Het vervroegde pensioen levert aldus een hoger pensioen bij 65 jaar op;

3. dit hogere pensioen op 65 jaar kan door de werknemer gebruikt worden om individueel zijn pensioen vervroegd te laten ingaan, in welk geval er sprake zal zijn van een verlaging van het pensioen wegens de eerdere ingangsdatum op basis van actuariële grondslagen.

Het vóór 1 januari 2005 opgebouwde pensioen met een vervroegde ingangsdatum, kan op deze manier ná 1 januari 2005 gebruikt worden voor een individuele keuze voor vervroegde ingang. Het is een oplossing die in de pensioenpraktijk ook wel werd gekozen toen op grond van het Barber-arrest van het HvJ EG⁴² een ongelijke pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen vanaf 17 mei 1990 niet meer was toegestaan. Algemeen werd de vrouwenleeftijd (meestal 60 jaar) verhoogd naar de mannenleeftijd (meestal 65 jaar). De door vrouwen in relatie tot diensttijd voor 17 mei 1990 opgebouwde aanspraken op een pensioen vanaf 60 jaar mochten vertaald worden naar – hogere – aanspraken vanaf 65 jaar. In die hogere aanspraken bestond vervolgens de ruimte voor een individuele vervroeging van de pensioeningangsdatum.

Deze aanpak van uitstel en vervroeging biedt uiteraard voor de werknemers met veel voor 1 januari 2005 opgebouwde aanspraken de beste mogelijkheden om door de vervroeging nauw bij de oorspronkelijke – vervroegde – pensioeningangsdatum aan te sluiten, zonder (substantiële) verlaging van de pensioenuitkering. Dit zal met name opgaan voor de oudere werknemers, die het dichtst bij de pensioendatum zitten. De jonge werknemer daarentegen, bijvoorbeeld een werknemer die nog maar een jaar pensioenaanspraken heeft opgebouwd op basis van de vroege ingangsdatum, heeft geen of nauwelijks ruimte voor vervroeging. Maar deze jonge werknemer is dan ook nog (zo) ver verwijderd van de pensioeningangsdatum, dat hij voldoende tijd heeft om zich in te stellen op de hogere pensioenleeftijd vanaf 65 jaar.⁴³ Zo gezien biedt het respecteren van de tot 1 januari 2005 opgebouwde aanspraken de mogelijkheid van een natuurlijk en geleidelijk overgangsrecht, waarbij degenen die het dichtst tegen de pensioendatum aanzitten – en dan de meest geconcretiseerde verwachtingen hebben – het meest worden ontzien. Op grond hiervan achten wij de fair balance niet doorbroken.

Ad. 2: Het afschaffen van de omkeerregel voor vervroegd pensioen

Het afschaffen van de omkeerregel maakt inbreuk op bestaand beleid en de daarop gebaseerde verwachtingen bij het bedrijfsleven. Twee elementen zijn hierbij vooral van belang:

1. *De Wet fiscale behandeling van pensioenen*⁴⁴ – ook wel genoemd Witteveen-wetgeving – waarbij per 1 juni 1999 een nieuw fiscaal regime voor de behandeling van pensioen en VUT in de Wet LB vastgelegd. Het vervroegd ingaand pensioen werd hierbij mogelijk gemaakt. Het overbruggingspensioen en prepensioen kregen een plaats in de Wet LB. Het prepensioen werd in het bijzonder in het leven geroepen om het bedrijfsleven niet alleen een handvat te geven, maar vooral ook te stimuleren om VUT-regelingen te vervangen door pensioenregelingen.⁴⁵ Vanwege deze VUT-vervan-

gende aard werd het prepensioen opgezet als een tijdelijke fiscale faciliteit, aldus dat alleen prepensioenregelingen die vóór 1 januari 2009 tot stand zijn gebracht voor de omkeerregel in aanmerking komen (artikel 38a Wet LB). Aan de gunstige fiscale behandeling van het prepensioen is dus een duidelijk en wettelijk vastgestelde bepaalde tijd verbonden. Overigens was aanvankelijk niet iedereen gelukkig met dit aflopende karakter van prepensioen. De huidige minister-president Balkenende heeft namelijk als toenmalig kamerlid getracht om via amendement aan prepensioen een 'permanent karakter' te geven.⁴⁶ Het amendement is teruggenomen toen bleek dat het prepensioen voor een termijn van 10 jaar zou gelden. Dat leek lang genoeg.

2. *Het Convenant inzake de arbeidspensioenen* dat op 9 december 1997 tussen de Staat der Nederlanden en de sociale partners is overeengekomen.⁴⁷ Dit Pensioenconvenant had ten doel om modernisering, kostbeheersing en betere toegankelijk van en bij pensioenregelingen mogelijk te maken. Daarbij werd overwogen dat indien de doelstellingen van het Convenant niet gehaald zouden worden, het kabinet zou kunnen overgaan tot een inperking van het fiscale kader voor pensioenen, zoals dit later is vastgelegd in de Witteveen-wetgeving. Bij de evaluatie van het Pensioenconvenant in 2001 werd vastgesteld dat de doelstellingen van het Convenant waren gehaald.⁴⁸ In het bijzonder wordt de omzetting van VUT naar prepensioenregelingen tot beleidsdoelstelling geformuleerd, waarbij expliciet wordt aangegeven dat de gunstige fiscale behandeling van VUT tot 2009 in zijn algemeenheid blijft bestaan en in het kader van vervanging door prepensioen.

Deze combinatie van wetgeving, afspraken en toezeggingen kan naar ons oordeel bij het (georganiseerde) bedrijfsleven, de sociale partners, de verwachting gewekt hebben dat – in ieder geval – tot 2009 vervroegde pensioenregelingen opgezet zouden kunnen worden, met de thans bestaande fiscale faciliteiten. Het Belastingplan 2004 brengt mee dat het bedrijfsleven op het verkeerde been is gezet. Wanneer in – maatschappelijk – vertrouwen op het handhaven van de fiscale faciliteiten (tot 2009) vroegpensioenregelingen zijn overeengekomen, wordt dat vertrouwen beschaamd. Daarvan is in het bijzonder sprake indien met het opzetten van een vroegpensioenregeling (welbewust) is gewacht tot na de evaluatie van het Pensioenconvenant, zoals bij het Bedrijfspensioenfonds voor de Textielindustrie, het fonds dat een kort geding over de voorgestelde fiscale maatregelen tegen de Staat heeft aangekondigd.⁴⁹ Maar is dit maatschappelijke vertrouwen juridisch ook van belang? Leveren de toezeggingen en de wetgeving een legitieme verwachting op een op geld waardebaar recht op? Is er sprake van een afdwingbare claim op toekomstig inkomen, als bedoeld door het EHRM in het arrest van 19 oktober 2000? Vanwege de mate van concretisering van het toegezegde beleid, menen wij dat in ieder geval juridisch relevante verwachtingen zijn gewekt, waarvan niet ondenkbaar is dat hier tevens eigendomsbescherming aan toegekend kan worden. Indien het EHRM oordeelt dat de Nederlandse Staat procedureel onjuist heeft gehandeld, kan dit tot gevolg hebben dat de 'fair balance' afwezig is. Daarbij tekenen wij aan dat de overheid wederom een ruime 'margin of appreciation' heeft.

Twee vergelijkingen zijn wellicht mogelijk. In de rechtspraak van het HvJ EG is aanvaard dat door wetgeving bij het bedrijfsleven gewekte verwachtingen een reden kunnen zijn voor het aanvaarden van een

42. d.d. 17 mei 1990, *NJ* 1992, 436.

43. Ook de oudere werknemer die nog maar een jaar in dienst is bij de werkgever en bijgevolg nog maar een jaar in de pensioenregeling heeft deelgenomen, heeft weinig ruimte voor vervroeging. Maar vanwege de korte duur en geringe hoogte van de opbouw hoeft hier naar onze mening niet in het bijzonder rekening mee gehouden te worden.

44. Wet van 29 april 1999, *Stb.* 211.

45. *Kamerstukken II 1997-1998*, 26 020, nr 3 (memorie van toelichting), p. 34.

46. *Kamerstukken II 1998-1999*, 26 020, nr 12.

47. Publikatie van de Stichting van de Arbeid 12/97.

48. Brief van 1 juni 2001, gepubliceerd op www.stichtingvandearbeid.nl.

49. Voor de goede orde vermelden wij dat medeauteur van dit artikel Lutjens, in hoedanigheid van advocaat daarbij optreedt voor dit Bedrijfspensioenfonds. In reactie op het najaarsakkoord wordt het kort geding aangehouden. Overigens: na het sluiten van het Najaarsakkoord is het voorgenomen kort geding vooralsnog opgeschort.

32. EHRM 12 oktober 2000, *USZ* 2001, 76.

33. *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 210, nr 4, p. 6.

34. *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 210, nr 4, p. 9.

35. Pensioenbrief 2003/12.

36. OPF-visie september 2003.

37. Tweede Kamerlid Bakker (D66) bij de Algemene financiële beschouwingen, *Handelingen II* 30 september 2003, p. 7-290.

38. Harmonisatiewet arrest Hoge Raad 14 april 1989, *NJ* 1989, 469.

39. EHRM 19 oktober 2000 (Ambruosi v. Italy), n.g.

40. EHRM 20 december 2001, *ECHR* 2002, 14 (F.L. v. Italy).

41. Rechtbank 's-Hertogenbosch 27 juni 1991, *KG* 1991, 232 en 22 september 1995, *PJ* 1995/41. Zie kanttekening bij deze uitspraak E. Lutjens, *Wijziging pensioenregeling, Pensioen & Praktijk* 1996/9.

De vergrijzingsproblematiek – thans als rechtvaardiging genoemd om de omkeerregel af te schaffen – was ook in 1999 al bekend.

bijzondere vorm van eerbiedigende werking ten aanzien van de verplichting tot naleving van het EG-Verdrag. Dit speelde in het Barber-arrest.⁵⁰ De vaststelling door de Raad van de EG van de EG-richtlijn inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij pensioenregelingen kon bij het bedrijfsleven de indruk wekken dat de gelijke behandeling van mannen en vrouwen uitgesteld kon worden tot 1 januari 1993, de datum welke de richtlijn voor implementatie van de gelijke behandeling noemde. Op dit punt was de richtlijn evenwel strijdig met artikel 119 (thans artikel 141) EG-Verdrag, aangezien dit artikel – met rechtstreekse werking vanaf 8 april 1976 – reeds tot gelijke behandeling bij aanvullende pensioenregelingen verplichtte. Teneinde rekening te houden met de door de richtlijn gewekte verwachtingen oordeelde het HvJ EG dat de rechtstreekse werking van het EG-Verdrag in relatie tot de aanspraken uit een pensioenregeling pas vanaf 17 mei 1990 kan worden ingeroepen. Hier voegen wij wel aan toe dat het in dit Barber-arrest ging om de verhouding tussen het Verdrag en een richtlijn en niet – zoals bij de maatregelen van het Belastingplan 2004 – om oude en nieuwe wetgeving. Dat is een relevant verschil. Ook is relevant dat het HvJ EG in het Barber-arrest tot de eerbiedigende werking kwam omdat anders het financiële evenwicht bij pensioenfondsen zou worden verstoord, omdat pensioenfondsen verplichtingen kregen waar zij geen rekening mee hadden kunnen houden. Dit aspect speelt niet op deze manier bij de maatregelen uit het Belastingplan.

Wat betreft de in artikel 38a Wet LB vastgestelde einddatum kan wellicht een vergelijking worden getrokken met de AVV-verklaring van de bij een CAO voor een bepaalde tijd toegezegde uitkeringen. Het recht op dergelijke uitkeringen blijft gedurende de toegezegde bepaalde tijd bestaan, ook als vóór het verstrijken van de bepaalde tijd de AVV-periode eindigt.⁵¹ Wij achten het niet ondenkbaar een overeenkomstige gedachtegang toe te passen op de in artikel 38a Wet LB genoemde bepaalde tijd, hoewel hier meteen aan toegevoegd moet worden dat handhaven van bij CAO toegezegde uitkeringen niet hetzelfde is als het wijzigen van verwachtingen bij nieuwe wetgeving.

Indien sprake is van inbreuk op een eigendomsrecht mag de fair balance niet doorbroken worden. De rechtszekerheid achten wij een relevant gegeven. De voorzienbaarheid van wetgeving in het kader van de proportionaliteitstoets lijkt gelet op het bepaalde in artikel 38a Wet LB en de toezeggingen in verband met het Pensioenconvenant afwezig. Hierbij mag naar onze mening in aanmerking worden genomen dat het bepaalde in artikel 38a Wet LB recente wetgeving betreft. Het is moeilijk vol te houden dat het artikel door ouderdom aan slijtage onderhevig is. Ook achten wij niet onbelangrijk dat de vergrijzingsproblematiek – thans als rechtvaardiging genoemd om de omkeerregel af te schaffen – ook in 1999 al bekend was. Is de proportionaliteit dan nog aanwezig indien tijdens de wedstrijd de spelregels worden veranderd (tijdens de van te voren afgesproken looptijd de fiscale faciliteit onderuit wordt gehaald)? Wij koesteren aarzelingen. Het nadeel voor het bedrijfsleven, dat in vertrouwen op continuïteit van wetgeving vroegen-

sioenregelingen heeft afgesproken, kan groot zijn. Pensioenregelingen moeten – praktisch gezien althans – worden gewijzigd (juridisch is voortzetten van vervroegd pensioen zonder fiscale faciliteiten toegestaan). Toezeggingen aan en rechten van werknemers moeten worden teruggedraaid. Kosten van een veranderingsproces moeten (opnieuw) worden gemaakt. Hierbij is overigens opvallend dat het verbod tot het maken van leeftijdonderscheid bij het einde van de arbeidsovereenkomst, zoals opgenomen in het wetsvoorstel verbod leeftijdonderscheid bij de arbeid, is uitgesteld tot 3 december 2006 om sociale partners voldoende tijd te geven hun pensioenregelingen aan te passen.⁵² Hoe zou dan vol te houden zijn, dat dezelfde wetgever bij invoering van het Belastingplan 2004 zou kunnen verwachten dat de sociale partners al voor 1 januari 2005 hun regelingen aangepast hebben? Consistent is de wetgeving niet. Getoetst aan de vraag of de essentie van het pensioenrecht wordt aangetast, merken wij op dat die essentie bestaat uit het tot 2009 handhaven van de faciliteiten voor prepensioen. Daar wordt een streep door gehaald. Het staat voor ons niet bij voorbaat vast dat dit, gegeven alle omstandigheden, in overeenstemming is met de fair balance eis.

Tot slot wel de vraag of een eventuele nieuwe akkoord tussen kabinet en sociale partners per 1 april 2004 tot een andere conclusie zou moeten leiden. Worden door zo'n nieuw akkoord het eerdere Convenant en de daarop gebaseerde verwachtingen van het bedrijfsleven overruled? Partijen die niet zelf rechtstreeks bij het nieuwe akkoord zijn betrokken, noch anderszins daardoor zijn gebonden (via met name verenigingsrechtelijke verhoudingen of andere vertegenwoordigingsconstructies), kunnen, naar wij zouden willen aannemen, zich in beginsel op het oorspronkelijke vertrouwen blijven beroepen indien zij daarop gebaseerde uitvoeringshandelingen hebben verricht, met name bestaande uit het treffen van prepensioenregelingen met inachtneming van de uitgangspunten van de eerdergenoemde Witteveen-wetgeving.

Ad. 3: De eenmalige VUT-heffing

De eenmalige VUT-heffing is ingrijpend. Tweede Kamerlid Kant (GroenLinks) noemt het een 'smerige manier' van wetgeving om te voorkomen dat mensen met de VUT gaan, Bakker (D66) kwalificeert het als 'treiterheffing'.⁵³ Zoals hierboven beschreven kan de eenmalige heffing over de VUT-uitkering een inkomensprobleem voor de werknemer teweeg brengen. Hoewel (maatschappelijk) discutabel, zien wij vanuit juridische optiek nochtans alleen een eigendomsprobleem bij de eenmalige heffing voorzover bij de toe te kennen VUT-aanspraken, geen rekening kon worden gehouden met de eenmalige heffing. Dit betreft derhalve de voor 1 januari 2005 toegekende aanspraken op VUT. Ten aanzien van deze aanspraken kan de fair balance worden verstoord. Hoewel de Algemene bijstandswet wellicht een vangnet kan bieden, nemen wij op voorhand aan dat deze mogelijkheid de maatregel op zich niet een fair balance-karakter kan geven. Mochten sociale partners op de eenmalige heffing inspelen en bijvoorbeeld de betaling van de VUT-uitkering voor de werknemer naar voren halen, dan is op die manier wel een reële oplossing voor de werknemer aanwezig. De vraag of van de sociale partners gevergd kan worden deze oplossing te realiseren, zouden wij niet zonder meer positief willen beantwoorden.

Is er voor de werknemer geen oplossing voorhanden – eventueel doordat hij zelf over afdoende ander inkomen beschikt – dan achten wij het bepaald niet onwaarschijnlijk dat de proportionaliteit ontbreekt.

Hierbij brengen wij wel in herinnering dat alleen de oudere werknemers voldoende geconcretiseerde VUT-verwachtingen hebben om onder de eigendomsbescherming te vallen. Het effect van deze eigendomsbescherming is beperkt tot het einde van de looptijd van de thans overeengekomen VUT-regelingen.

4. Het einde van vervroegde uittreding?

Is het einde van vervroegde uittreding nabij? Afgezien van een mogelijke oprekking van het overgangsrecht op basis van bovenstaande analyse, of binnen het kader van nieuwe afspraken per 1 april 2004, volgen hieromtrent ter afsluiting nog enkele observaties.

4.1. Bestaande afspraken

Er zijn bestaande pensioenregelingen, dus bestaande afspraken, betreffende vervroegde pensionering. Om de pensioenregeling aan te passen aan het nieuwe fiscale kader, zullen de regelingen gewijzigd moeten worden. Van een automatisch vervallen van het recht op vervroegd pensioen bij het afschaffen van de fiscale faciliteiten, is naar onze mening geen sprake, tenzij de pensioenregeling op dit punt een duidelijk en uitdrukkelijk voorbehoud zou hebben gemaakt. Daarbij tekenen wij aan dat het wijzigen van de fiscale wetgeving op zich, een onvoldoende argument is om tot een eenzijdige wijziging van de pensioenregeling te komen.⁵⁴

4.2. Behoeft aan vervroegde uittreding

Al mag een pensioen voor 65 jaar fiscaal niet meer, dat beëindigt niet de behoefte – van werkgevers en werknemers – om vervroegd uit het arbeidsproces te treden. Die behoefte bij werkgevers komt met name voort uit de huidige werkloosheid en de wens tot doorstroming van personeel binnen een onderneming enerzijds en de zwaarte van sommige beroepen anderzijds. Werknemers willen in het algemeen eerder dan bij 65 jaar meer vrije tijd hebben. Of het Belastingplan 2004 op korte termijn effectief zal zijn, in de zin dat het langer doorwerken ook zal worden bereikt, kan daarom worden betwijfeld. Illustratief hierbij is ook dat de overheid zelf heeft aangekondigd in 2004 nog 15 000 overheidswerknemers vervroegd uit te willen laten treden.⁵⁵ De overheid als werkgever voert een ander beleid dan de overheid als wetgever. In dat licht komen de maatregelen van het Belastingplan 2004 ook niet echt geloofwaardig over. Het bedrijfsleven kan het jaar 2004 natuurlijk ook gebruiken om nog snel even en desgewenst op grote schaal van de VUT gebruik te maken, mits – gezien het overgangsrecht – de VUT-regeling op 31 december 2003 bestond. Hiernaast blijkt uit een enquête dat slechts 4% van de werkgevers voornemens zou zijn werknemers tot 65 jaar te laten doorwerken.⁵⁶ Hierbij merken wij op dat (pas) na 2010 de toppen van de vergrijzing in zicht komen. Op dat moment kan de personeelsbehoefte bij werkgevers weleens geheel anders liggen. Wij vragen ons af of de maatregelen van het Belastingplan niet beter in tijd afgestemd kunnen worden op het tijdstip waarop de hoge vergrijzingsgolf over Nederland spoelt. Dat is in 2005 en ook in 2006 nog niet het geval.

4.3. Revival arbeidsongeschiktheids-pensioen

Indien uittreding niet via ouderdomspensioen mogelijk is, is de toekenning van arbeidsongeschiktheids-pensioen wellicht een oplossing. De ingang daarvan is niet leeftijdgebonden. Het zou denkbaar zijn ou-

derdom als beroepsarbeidongeschiktheid in te kleiden. Niets staat er aan in de weg dat partijen overeen komen dat een werknemer vanaf een bepaalde leeftijd geacht wordt ongeschikt te zijn voor het uitoefenen van de functie, tenzij er sprake zou zijn van verboden leeftijdonderscheid. Ouderdom als gekwalificeerde vorm van arbeidsongeschiktheid. Dit biedt naar ons idee een open uitweg naar feitelijke vervroegde pensionering. De gedachte om ouderdom als arbeidsongeschiktheid te bestempelen, zou ons tot het begin van de vorige eeuw terugvoeren. De Invaliditeitswet van 1913⁵⁷ dekte het risico van ouderdom af door het bereiken van de leeftijd van 70 jaar als arbeidsongeschiktheid aan te merken. Het Belastingplan 2004 kan ons terugbrengen naar deze gedachte uit 1913.

4.4. Levensloopregeling

Bij de Tweede Kamer is 16 september 2003 het wetsvoorstel Levensloopregeling ingediend.⁵⁸ Dit wetsvoorstel wil het mogelijk maken dat werknemers tijd of geld reserveren om daarmee later verlof te kunnen opnemen. Er mag voor een uitkering van maximaal 1,5 jaar loon worden gereserveerd via sparen of een levensloopverzekering. Om echter te voorkomen dat de levensloopuitkering als vervroegd pensioen gebruikt gaat worden, mag het verlof niet binnen een jaar voorafgaand aan het ouderdomspensioen worden opgenomen. De levensloopregeling mag wel worden gebruikt voor deeltijdpensionering in de twee jaar voorafgaand aan ingang van het pensioen. Bij het najaarsakkoord is vastgelegd dat bij invulling van het pensioen- en VUT-stelsel vanaf 2006 de levensloopregeling betrokken zal worden. Zal straks vervroegde pensionering als levensloop-verzekering terugkeren? In ieder geval zal deeltijdpensionering via levensloop op basis van het huidige voorstel een stimulans krijgen en zeker in de toekomst bij de vergrijzingspielen in een behoefte voorzien.

4.5. Sparen of verzekeren

Hoe zal de behoefte aan vervroegde uittreding worden ingevuld? Er kan een offensief van banken met propaganda voor pensioenspaarproducten worden verwacht.⁵⁹ Ook verzekeringsproducten blijven – zonder fiscale begunstiging – mogelijk. Werknemers zullen mogelijk een hoger loon claimen om zelf voorzieningen te kunnen treffen. Hierbij tekenen wij aan dat het verzekeren moet kunnen tegen een lagere premie dan in het huidige stelsel. De te verzekeren uitkering kan immers lager zijn omdat daarover geen belasting meer hoeft te worden afgedragen. Wij moeten nu ook niet doen alsof het treffen van een pensioenverzekering binnen het kader van de belastingfaciliteit van de omkeerregel 'gratis' is. De premie moet, zoals zojuist aangegeven, juist hoger zijn dan zonder omkeerregel. Weegt het voordeel van de omkeerregel op tegen dat feit van een hogere benodigde premie? Dat zou nog eens nader berekend moeten worden. Misschien is het wel lood om oud ijzer. Niet ondenkbeeldig is voorts dat werknemers zullen eisen dat pensioenregelingen vanaf 65 jaar zo hoog mogelijke uitkeringen gaan aanbieden, om aldus ruimte in het pensioen te hebben voor een individuele vervroeging van de pensioeningangsdatum. De voorgestelde belastingmaatregelen zouden dan een trendbreuk betekenen ten opzichte van de juist ingezette versobering – met als doel kostenbeheersing – bij veel pensioenregelingen. Vooral de omzetting van eindloosregelingen in middelloosregelingen is hierbij een trend. Als het toezeggen van zo hoog mogelijke pensioenen het resultaat is, is het effect van het Belastingplan 2004 averechts aan het beoogde doel. Ook in dit licht zou heroverweging van het plan naar onze mening aan te raden zijn. ■

50. HvJ EG 17 mei 1990, Nj 1992, 436.

51. HR 28 januari 1994, Nj 1994 (Beenen/Vanduh) en HR 7 juni 2002, Nj 2003, 175.

52. Gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I 2003-2004, 28 170, nr A.

53. Handelingen II 30 september 2003, Algemene financiële beschouwingen, p. 7-290, resp. 7-305.

54. HR 25 februari 2000, Nj 2000, 471.

55. Trendnota Arbeidszaken Overheid 2004, Kamerstukken II 2003-2004, 29 204, nr 1-2.

56. Onderzoek Hay Group, Effecten van overheidsbeleid op arbeidsvoorwaardenbeleid organisaties, te vinden op www.opf.nl.

57. Stb. 1913, 205.

58. Kamerstukken II 2003-2004, 29 208, nr 1-2. De behandeling van dit wetsvoorstel is voorlopig opgeschort omdat de invulling van de levensloopregeling betrokken zal worden bij het nadere overleg over het fiscale pensioen- en VUT-stelsel per 1 januari 2006.

59. Zo stellen ook A.S. Lagendijk en M. Hofliën, 'Prinsjesdag 2003: we gaan maar sparen?', AM 3 oktober 2003.