Ondernemend met pensioen

Dietvorstbundel

(foto: Ronald Dietvorst)

Ondernemend met pensioen

Dietvorstbundel

Opstellen aangeboden aan prof. dr. G.J.B. Dietvorst
ter gelegenheid van zijn
afscheid op 16 oktober 2015
als hoogleraar
aan Tilburg University

Onder redactie van:
Bastiaan Starink
Michael Visser

Wolters Kluwer
Wolters Kluwer – Deventer – 2015

Samensteller(s) en uitgever zijn zich volledig bewust van hun taak een zo betrouwbaar mogelijke uitgave te verzorgen. Niettemin kunnen zij geen aansprakelijkheid aanvaarden voor onjuistheden die eventueel in deze uitgave voorkomen.

ISBN 978 90 13 13362 2
NUR 793-360

Omslagontwerp: www.inzicht-ontwerp.nl

© 2015, Wolters Kluwer, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm, enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m art. 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Het complete productaanbod van Wolters Kluwer vindt u online op www.wolterskluwer.com/shop.nl.

VOORWOORD

Ter ere van de wetenschappelijke carrière van ruim 20 jaar van Gerry Dietvorst aan Tilburg University, ligt voor u een bundel met door zijn wetenschappelijke vrienden geschreven opstellen. En aan wetenschappelijke vrienden geen tekort! Allen die een bijdrage aan deze bundel hebben geleverd zijn wij zeer erkentelijk.

Drie pijlers kenmerken voor ons de wetenschappelijke carrière van Gerry Dietvorst: veelzijdigheid, verbinding en vooruitgang. In veel publicaties legt hij (fiscale) verbindingen tussen de diverse toekomstvoorzieningen, zoals pensioen en lijfrenten. Het wetenschappelijk oeuvre is – net als hijzelf – veelzijdig: hij publiceert net zo lief over de grote lijnen van het (fiscale) pensioenstelsel als dat hij 'nicheonderwerpen' binnen het thema oudedagsvoorzieningen onderzoekt. Maar ook zoekt hij naar verbindingen op het pensioendossier in Europa. Illustratief waren zijn vele studiereizen met studenten naar alle uithoeken van Europa (Budapest, Lodz, Porto, Osnabrück, Wenen, Luxemburg, Kopenhagen). Het doel was om kennis over pensioensystemen en -fiscaliteit uit te wisselen. Pensioen is complex, maar Gerry Dietvorst blinkt uit door het begrijpelijk en eenvoudig over te brengen. Zowel in zijn publicaties, als in zijn colleges, lezingen en interviews. Zijn streven om het fiscale pensioensysteem in Nederland ook in de basis te vereenvoudigen zien we bijvoorbeeld terug in de roep om een arbeidsvormneutraal pensioenkader. Het idee daarbij is dat voor alle belastingplichtigen dezelfde fiscale spelregels gelden voor zowel de opbouw- als de uitkeringsfase van een zekergestelde oudedagsvoorziening, ongeacht de wijze waarop aan het arbeidsproces wordt deelgenomen. Wederom een verbinding, maar zeker ook een vooruitgang die het werk van Gerry Dietvorst zo kenmerkt. Zo stond hij in 2003 aan de wieg van het Nederlandse pensioenregister (www.mijnpensioenoverzicht.nl), en stelde hij in 2010 zijn 'eigen' drie pensioenpijlers ter discussie om deze vervolgens te verbreden naar vijf pijlers (met overig vermogen – waaronder de eigen woning – en menselijk kapitaal als nieuwe ingrediënten).

Dat Gerry altijd ondernemend met pensioen is geweest, blijkt niet alleen uit zijn indrukwekkende lijst van publicaties en lezingen. Zo is hij al jaren hoofdredacteur van Pensioen Magazine en is hij redacteur bij diverse andere uitgaven. Met het door hem opgerichte CompetenceCentre for Pension Research (CCP) organiseerde hij met collega's jaarlijks (Europese) pensioenlezingen met vooruitstrevende thema's. Het CCP bouwde hij uit tot een club van fiscale pensioenwetenschappers. Vanwege de door Gerry gebouwde fundamenten zal het CCP ook na zijn emeritaat een rol blijven

spelen in het pensioendomein. Zijn colleges van het keuzevak *Fiscale en civielrechtelijke aspecten van toekomstvoorzieningen* waren drukbezocht. Het kan niet anders dan dat Gerry's bevlogenheid en enthousiasme hieraan bij hebben gedragen. Het ontwikkelen en stimuleren van jong pensioentalent zit in zijn genen.

Nadat Gerry ruim 40 jaar over pensioen heeft gedroomd, kan hij zich sinds een jaar ervaringsdeskundig noemen vanwege zijn pensionering bij Interpolis/Achmea. Daar komt nu een emeritaat bij. Dat betekent niet dat Gerry geen bergbloemen meer zal plukken, want op de vlakte houdt hij zich – ook na pensionering – niet. Maar gelukkig is er meer tijd voor Constance, (klein)kinderen, de paarden, zijn landgoed in Baarle-Nassau en zijn boerderij in de Vogezen. Gerry gaat dan ook *Ondernemend met pensioen.*

Bastiaan Starink
Michael Visser

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

PROF. MR. DRS. H.P.A.M. VAN ARENDONK
Instrumentalisering van het pensioenkapitaal / 1

1. Inleiding / 1
2. De houdbaarheid van het huidige pensioenstelsel / 1
3. Pensioendialoog / 5
4. Instrumentalisering / 7
5. Uitgeleide / 12

MR. H.P.M. VAN BIJNEN
Glazen nabestaandenvoorzieningen-bol / 13

1. Historie / 13
2. Adequate voorziening / 14
3. Pleisters / 15
4. Bewustzijn / 16
5. Alternatief? / 16
6. Glazen bol / 16
7. Duidelijkheid / 18
8. (Echt)scheiding / 19
9. Ten slotte / 19

DR. A.H.H. BOLLEN-VANDENBOORN
Stip op de horizon: naar een arbeidsvormneutrale pensioendeling bij scheiding / 21

1. Inleiding / 21
2. Oog houden voor maatschappelijke trends / 21
3. WVPS: wat moet er nog gebeuren? / 23
4. Stip op de horizon: arbeidsvormneutrale pensioendeling bij scheiding / 27
5. Tot slot / 30

DR. B. DIELEMAN
Voorstel tot minder indexeren pensioen van ouderen nader bezien / 31

1. Inleiding / 31
2. Relevante ontwikkelingen Nederlandse pensioenstelsel / 31
2.1. Overstap van middelloonregeling naar beschikbarepremieregeling / 31
2.2. Versobering fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw / 32
2.3. Wet aanpassing financieel toetsingskader / 32
3. Huidige mogelijkheden ten aanzien van indexatie / 33
4. Voorstel tot beperking indexering pensioenuitkeringen nader bezien / 34
4.1. Argumenten voor beperking indexatie / 34
4.2. Argumenten tegen beperking indexatie / 35
4.3. Oplossingsrichtingen indexatie / 35
5. Conclusie / 37

PROF. DR. P.H.J. ESSERS
Pensionado's in Duitsland met in Nederland opgebouwde pensioenrechten en het nieuwe Verdrag Nederland-Duitsland / 39

1. Inleiding / 39
2. De oorzaak van het probleem / 40
3. Overgangsregelingen / 41
4. Behandeling in de Tweede Kamer / 42
5. Behandeling in de Eerste Kamer / 42
6. Politieke terugblik / 45
7. Fiscaalwetenschappelijke terugblik / 46
8. Tot slot / 48

PROF. DR. J.A.G. VAN DER GELD
Lonkend pensioengeld: even ophalen of toch maar laten liggen? / 49

1. Inleiding / 49
2. Over welke variant spreken we precies? / 49
3. Is de omkeerregel een faciliteit of onderdeel van het inkomensbegrip? / 50
4. Voordelen operatie / 51
5. Nadelen operatie / 52
6. Conclusie / 53

PROF. MR. DR. J.L.M. GRIBNAU
Heeft de Belastingdienst zijn governance op orde? / 55

1. Inleiding / 55
2. Rechtsstaat / 55
3. Rechtsstaat en legaliteitsbeginsel / 57
4. Legaliteitsbeginsel en bestuur / 58
5. Rechtsstaat en trias politica / 60

6. Fiscaal uitvoeringsbeleid / 61
6.1. De noodzaak van beleidsbesluiten / 61
6.2. Beleidsbesluiten / 63
7. Dissonant in fiscale governance / 65
7.1. Governance bewaakt rechtsstatelijke kwaliteit / 65
7.2. 'Dat haalt de Belastingdienst nu zelf onderuit' / 67
8. Besluit / 68

PROF. MR. DRS. M. HEEMSKERK
Doorwerken na de pensioenleeftijd / 71

1. Inleiding / 71
2. De pensioenleeftijd / 71
2.1. De pensioenleeftijd bestaat niet / 71
3. De AOW-leeftijd / 72
3.1. Waarom de AOW-leeftijd van 65 jaar is verlaten / 72
3.2. De verhoogde en stijgende AOW-leeftijd / 73
3.3. De automatische prikkel om door te werken / 73
3.4. Flexibele AOW-leeftijd? / 73
4. De fiscale pensioenleeftijd van 67 jaar / 74
4.1. Pensioenrichtleeftijd 67 jaar niet verplicht in pensioenreglement / 74
4.2. Het belang van de pensioenrichtleeftijd / 74
4.3. De pensioenleeftijd uit het pensioenreglement / 75
5. De pensioenontslagleeftijd / 75
5.1. Wat is pensioenontslag? / 75
5.2. Aansluiten bij de AOW-leeftijd voorkomt leeftijdsdiscriminatie / 76
5.3. Geen pensioenontslag onder de AOW-leeftijd / 76
5.4. Pensioenopzegging als alternatief voor pensioenontslag / 77
6. Waarom doorwerken na de AOW-leeftijd / 78
6.1. Werkplezier of financiële behoefte / 78
7. Langer doorwerken en pensioenontslag / 79
7.1. Pensioenontslag is belemmering om door te werken / 79
7.2. Weg met het pensioenontslagbeding? / 79
7.3. Nadelen van opzegging boven AOW-leeftijd / 79
7.4. Langer doorwerken na pensioenontslagbeding eenvoudiger? / 80
7.5. Geen transitievergoeding bij of na pensioenontslag / 80
7.6. Geen ontslagbescherming AOW-plusser bij bedrijfseconomisch ontslag / 81
8. Ander arbeidsrecht voor AOW-plussers / 81
8.1. Het wetsvoorstel doorwerken na AOW-leeftijd / 81
8.2. Loondoorbetaling bij ziekte / 82
8.3. Veel meer bepaaldetijdcontracten (ruime ketenregeling) / 82
8.4. Maximale opzegtermijn van één maand / 82
8.5. AOW-gerechtigden aantrekkelijk door inferieure bescherming? / 82
9. Slotbeschouwing / 83

PROF. DR. W.M.A. KALKMAN
Levensverzekering en verzwijging / 85

1. Inleiding / 85
2. De Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens / 86
2.1. De achtergrond van oprichting van de Toetsingscommissie / 86
2.2. Taak en werkzaamheden van de Toetsingscommissie / 87
2.3. Betekenis van een uitspraak van de Toetsingscommissie / 88
3. De gezondheidsverklaring / 89
3.1. Algemene opmerkingen / 89
3.2. De modelgezondheidsverklaring / 89
4. De mededelingsplicht / 92
4.1. Algemene vereisten bij de mededelingsplicht / 92
4.2. Rechtsgevolgen van niet-nakoming van de mededelingsplicht / 93
4.3. De civiele procedures met betrekking tot verzwijging / 95
5. Afsluitende opmerkingen / 98

PROF. MR. H.M. KAPPELLE
Dietvorst met pensioen: artikel 32ba Wet LB 1964 ook! / 101

1. Inleiding / 101
2. Regeling voor vervroegde uittreding / 101
3. Stamrechtvrijstelling / 103
4. Het vervolg / 105
5. Gedoe / 106
6. En toen / 107
7. Conclusie / 110

PROF. DR. P. KAVELAARS
Pijlers in opbouw / 111

1. Inleiding / 111
2. De eerste pijler: de basispensioenen AOW en Anw / 112
3. De tweede pijler: het aanvullend pensioen / 116
3.1. Enkele civielrechtelijke aspecten / 116
3.2. De fiscale aspecten / 120
4. Afronding / 124

PROF. DR. MR. H. VAN MEERTEN
Directe horizontale werking van het vrije dienstenverkeer / 125

1. Vooraf / 125
2. Inleiding / 125
3. Enkele begrippen / 126
4. Rechtvaardigingen / 127

5. Verhouding tussen het primaire EU-recht / 129
6. Opinie 2/13 / 131
7. Afsluitende opmerkingen / 132

PROF. DR. MR. R.E.C.M. NIESSEN
Oudedagsvoorzieningen, overheidsbeleid en het EVRM / 135

1. Inleiding / 135
2. Sturingsinstrument / 136
3. Verdragen / 138
4. Boeterecht / 139
5. Het gelijkheidsbeginsel / 140
6. Het recht van eigendom / 143
7. Conclusies / 145

PROF. DR. A.C. RIJKERS
Over de reserveringsruimte van artikel 3.129 lid 2 Wet IB 2001 / 147

1. Horatius / 147
2. Enkele theoretische aspecten / 148
3. Premieaftrek, jaarruimte / 149
4. Premieaftrek, reserveringsruimte / 150
5. Voorbeeld / 150
6. Vereenvoudiging inhaalmethodiek / 152
7. Actief informeren / 155
8. Beperkte verplichte premiebetaling / 156
9. Slot / 157
10. Voor Gerry / 157

MR. DR. G.M.C.M. STAATS
Over ondernemerspensioen, de motor van de economie en bergbloemen / 159

1. Aanleiding, centrale vraag en overzicht chronologische ontwikkelingen / 159
2. Kort historisch overzicht / 160
3. Vervolg / 162
4. De Oudedagsbestemmingsreserve of het Oudedagssparen? / 163
4.1. De Oudedagsbestemmingsreserve / 163
4.2. Oudedagssparen / 164
4.3. Overgangsrecht / 165
4.4. Of toch afschaffen van elk pensioen in eigen beheer? / 166
5. Korte beschouwingen / 166
6. De motor van de economie? / 167
7. Tot slot / 168

MR. DR. B. STARINK
Verdeling van heffingsrechten over pensioenuitkeringen in het verdrag Nederland-Canada / 169

1. Verdeling heffingsrechten over grensoverschrijdende pensioenuitkeringen / 169
1.1. De omkeerregel is geen faciliteit / 170
1.2. Bronland- versus woonlandheffing / 174
2. Verdrag Nederland-Canada / 176
3. Methode van evenredige belastingvrijstelling in vergelijking met de methode uit het verdrag Nederland-Canada / 178
4. Tot slot / 179

PROF. DR. L.G.M. STEVENS
In de fiscale doolhof op zoek naar stabiele oudedagsvoorzieningen / 181

1. Inleiding / 181
2. Externe ontwikkelingen / 182
2.1. Globalisering en EU-brede mobiliteit / 182
2.2. Vergrijzing en noodzaak tot bezuiniging / 186
2.3. Flexibilisering / 191
2.4. Eenheid van regelgeving in de omzetbelasting / 192
3. Inpassing van de toekomstvoorziening in de draagkrachtgedachte / 192
4. Tot slot: reparatiebeleid / 193

MR. DRS. M.R. VISSER
Verbreding van de digitale pensioensnelweg / 195

1. Woord vooraf en inleiding / 195
2. Kort historisch overzicht van het pensioenregister in Nederland / 195
3. Wet pensioencommunicatie / 198
4. Extra banen en een betere bewegwijzering op de pensioensnelweg / 201
5. Tot slot / 203

PROF. MR. DRS. H.P.A.M. VAN ARENDONK[1]

Instrumentalisering van het pensioenkapitaal

1. Inleiding

Het Nederlandse pensioenstelsel wordt als een van de beste pensioenstelsels van de wereld gezien. Er is op dit moment meer dan € 1.000 miljard pensioenkapitaal beschikbaar ter dekking van de toekomstige pensioenverplichtingen. En toch staat in Nederland al sinds de financiële crisis het onderwerp pensioenen ter discussie. Er zijn door de laatste kabinetten meerdere maatregelen genomen om de houdbaarheid van het stelsel te waarborgen. Maar toch vindt Rutte II het nodig dat er ook nog een pensioendialoog moet plaatsvinden, waardoor de rust in de pensioenwereld nog steeds niet is weergekeerd. En daar blijft het niet bij, want tegelijk worden er nog allerlei ideeën gelanceerd om het pensioenkapitaal voor andere maatschappelijke doeleinden in te zetten. In deze bijdrage aan het liber amicorum voor Gerry Dietvorst wil ik aandacht schenken aan deze door mij genoemde instrumentalisering van het pensioenkapitaal.

2. De houdbaarheid van het huidige pensioenstelsel

Nederland is een van de weinig landen die via kapitaaldekking een omvangrijk pensioenkapitaal voor aanvullende pensioenaanspraken heeft opgebouwd.[2] Naast Denemarken hebben wij het beste pensioenstelsel ter wereld. De Europese Commissie (EC) is dan ook van mening dat dit stelsel (VVB-systeem) eigenlijk Europa-breed ingevoerd zou moeten worden.[3]

---

1 Emeritus hoogleraar belastingrecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Ook landen als Zwitserland, Denemarken en in mindere mate Zweden, zie hierover A.H.H. Bollen-Vandenboorn & G.J.B. Dietvorst, 'Witboek Pensioenen: is het glas halfvol of halfleeg?', *Maandblad Belastingbeschouwingen*, onafhankelijk Maandblad voor Belastingrecht en Belastingpraktijk, september 2012.

3 Commissie van de Europese Gemeenschappen. *Mededeling van de commissie aan de raad, het Europees parlement en het economisch en sociaal comité. De opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen.* Brussel, 19 april 2001. COM(2001) 214 definitief.

Gezien de latente IB-claim die op dit pensioenkapitaal rust, heeft de overheid er alle belang bij dat die claim ook gerealiseerd kan worden als het tot pensioenuitkeringen komt. Maar ook heeft de overheid er alle belang bij dat niet te veel pensioenkapitaal wordt opgebouwd.[4]

De overheidsfinanciën stonden er eind jaren tachtig van de vorige eeuw niet zo florissant voor. Toenmalig Minister van Financiën, Onno Ruding, vond dat de in de pensioenfondsen opgebouwde vermogens niet nodig waren ter dekking van de aangegane pensioenverplichtingen. Ruding heeft toen een wetsvoorstel Wet op de heffing van vermogensoverschotten van pensioenfondsen ingediend bij de Tweede Kamer.[5] In feite gebruikte Ruding en daarna Kok dit wetsvoorstel als machtsmiddel om pensioenfondsen te dwingen hun reserves te verlagen. Dit gebeurde door terugbetaling van premies naar de bedrijven dan wel door premievrijstelling aan bedrijven te verlenen. De overheid was de lachende derde, want door de hogere winsten van de bedrijven nam de opbrengst van de vennootschapsbelasting toe. De overheid heeft ook op andere wijze profijt gehad van deze ontwikkeling. De overheid heeft in die tijd veel minder premies afgedragen, maar is ook bij de verzelfstandiging van het ABP zijn financiële verplichtingen niet nagekomen, met name als het gaat om de financiering van de FPU-regelingen.[6]

Tot op heden heeft het kabinet-Rutte I resp. II geen duidelijkheid willen verschaffen omtrent de bedragen die in de jaren negentig zijn onttrokken c.q. niet zijn gestort in de pensioenfondsen. Maar zeker is dat het om veel geld gaat.[7]

Ruding heeft met dit wetsvoorstel niet de belangen van de werknemers in Nederland voor ogen gehad, maar primair het belang van de overheidsfinanciën en secundair de financiële belangen van het bedrijfsleven. Het bedrijfsleven had meer geld om te investeren en de overheid kon gemakkelijker de overheidsfinanciën weer op orde brengen en weer leuke dingen doen, zoals fiscaal instrumentalisme. Maar door de werking van dit wetsvoorstel kon de overheid in de jaren negentig meer procyclisch werken, de ellende daarvan zien wij jaren later.

4 Daarom was eerst 70% pensioenopbouw van het laatst genoten salaris de norm, in 1999 verhoogd naar 100% en met ingang van 2015 weer veranderd in 75% van het gemiddelde loon met daarbij voor het eerst een aftopping bij een inkomen van € 100.000.

5 Intrekking heeft pas plaatsgevonden in januari 2004, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 21 197, nr. 12. Zie hierover J.C.K.W. Bartel, 'Pensioenfondsen in de "Brede herwaardering"', *Maandblad Belastingbeschouwingen*, onafhankelijk Maandblad voor Belastingrecht en Belastingpraktijk, november 1987 en van september 1989.

6 Zie M.P. van der Hoek, 'Het regeerakkoord van het kabinet Rutte II', *Maandblad Belastingbeschouwingen*, onafhankelijk Maandblad voor Belastingrecht en Belastingpraktijk, januari 2013, par. 4.

7 Zie hierover de brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 30 november 2012 aan de Tweede Kamer inzake aanbieding rapport pilot onderzoek terug- en bijstortingen. Het betreft een door PWC uitgevoerd onderzoek bij slechts een vijftal ondernemingspensioenfondsen.

In die tijd was al duidelijk dat er na 2010 veel meer pensioenkapitaal nodig zou zijn vanwege de vergrijzing. We moeten constateren dat de greep van Ruding in de kassen van de pensioenfondsen puur kortetermijnpolitiek is geweest en dat wij nu vijfentwintig jaar later met de ellende zitten. De wijze waarop de Nederlandse overheid is omgegaan met de pensioenen getuigt van weinig langetermijnvisie en weinig respect voor de werknemers in Nederland. Men zou dit beleid ook als een vorm van instrumentalisme kunnen kwalificeren. Tegelijkertijd heeft dit overheidsbeleid er voor gezorgd dat het bedrijfsleven steeds kritischer is gaan kijken naar de pensioenverplichtingen.

Nadat in 1999 het Witteveenkader tot stand was gebracht met de mogelijkheid om tot 100% van het laatst genoten salaris aanvullend pensioen op te bouwen en een pensioenrichtleeftijd van 60 jaar is het enige jaren rustig geweest. Met de Wet VPL in 2006 diende de flexibilisering van het Witteveenkader aan banden gelegd te worden. De pensioenrichtleeftijd werd op 65 jaar vastgesteld en is nu al verhoogd naar 67 jaar.[8]

Voor het stelsel van toekomstvoorzieningen in de tweede en derde pijler is het van groot belang dat er zekerheid bestaat over de AOW. De overheid moet er daarom alles aan gelegen zijn om deze basisvoorziening overeind te houden. De grote problemen met betrekking tot de AOW vanwege de vergrijzing en de aanvullende pensioenen waren reeds twintig jaar geleden te voorspellen (zie mijn intreerede in *MBB* juni 1993)[9], maar door de financiële crisis van de laatste jaren significant erger en duidelijker geworden. En dan blijkt de politiek ineens wakker geschud te worden en bereid te zijn tot bliksemacties.

Er zijn in de afgelopen jaren meerdere rapporten gewijd aan dit onderwerp, zoals die van de Commissie Goudswaard[10] en de Commissie Don.[11] Verder hebben ook de Studiecommissie Van Weeghel[12] en de Commissie Van Dijkhuizen[13] zich over dit onderwerp uitgelaten.

---

8 Het is een grote verdienste van het toenmalige kabinet-Balkenende geweest om werknemers bewust te maken van de noodzaak van langer doorwerken. De gemiddelde leeftijd waarop werknemers nu met pensioen gaan ligt op 64,1 (CBS maart 2015).

9 H.P.A.M. Arendonk, 'De inkomstenbelasting in Nederland "een monumentaal bouwwerk"', *Maandblad Belastingbeschouwingen*, onafhankelijk Maandblad voor Belastingrecht en Belastingpraktijk, 1993, 62 (3), p. 155-170.

10 Commissie Toekomstbestendigheid aanvullende pensioenregelingen, *Een sterke tweede pijler. Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen*, 27 januari 2010.

11 Commissie Don, *Advies betreffende parameters pensioenfondsen*, 21 september 2009. Analyse en samenvatting in: Alternatief voor vakbond, *'Pensioen: van poëzie tot profetie?'*, maart 2010.

12 Studiecommissie belastingstelsel, *Continuïteit en vernieuwing. Een visie op het belastingstelsel*, Den Haag, 7 april 2010.

13 Commissie Van Dijkhuizen, *Naar een activerender belastingstelsel. Interim-rapport*, Den Haag, 16 oktober 2012. Commissie Van Dijkhuizen, *Naar een activerender belastingstelsel. Eindrapport*, Den Haag, 17 juni 2013.

Vanaf 1 januari 2013 wordt gefaseerd de AOW-leeftijd verhoogd naar 67 jaar in 2023.[14] Nadat de Wet VAP was aangenomen is er al weer in het regeerakkoord van Rutte II een verdere versnelling aangenomen, waardoor in 2018 de AOW-leeftijd 66 jaar moet zijn en in 2021 67 jaar. Een verdere verhoging van de AOW-leeftijd wordt gekoppeld aan de stijging van de levensverwachting. Voor mensen die thans gebruikmaken van een vervroegde uittredingsregeling betekent dit dat zij zelf voor een overbrugging moeten zorgen voor de periode dat de AOW later ingaat voor hen.[15] Het parlement heeft het wetsvoorstel inzake de versnelling van de verhoging van de AOW-leeftijd inmiddels aangenomen, waarbij wordt voorzien in een overbruggingsregeling.[16]

Voor de aanvullende pensioenen is naar aanleiding van onder andere het Pensioenakkoord 2011 en het Kunduz-akkoord met ingang van 2015 geregeld dat na 40 jaar pensioenopbouw maximaal 75% van het gemiddelde loon aan pensioen kan worden bereikt (maximum opbouwpercentage bij middelloon 1,875% en bij eindloon 1,657%).[17] Dit is op zich een drastische verlaging van de mogelijkheden tot een adequate oudedagsvoorziening, ook als men uitgaat van twee jaar langer werken. In de literatuur is daar veel kritiek op. Daarbij komt dat jonge werknemers die de afgelopen jaren pensioen hebben opgebouwd, veelal op beleggingsbasis, daar zeer weinig nog van over hebben, met nog alle problemen van pensioenbreuken in de toekomst daarbij. De Nederlandsche Bank (DNB) denkt daar geheel anders en meent dat dit nieuwe stelsel nog steeds een ruime pensioenopbouw mogelijk maakt.

Met ingang van 2015 geldt een aftopping bij een inkomensgrens van € 100.000 waarboven geen fiscaal gefacilieerde pensioenopbouw meer mogelijk is. De invoering van de nettolijfrente c.q. het nettopensioen biedt de mogelijkheid om over het arbeidsinkomen boven de € 100.000 toch te sparen uit het netto-inkomen, maar vrijgesteld voor box 3, via een levensverzekeraar c.q. pensioenfonds. Er wordt een ingewikkelde fiscale regeling opgetuigd voor een kleine groep belastingplichtigen, die zelf in staat moeten zijn op andere wijze in hun aanvullende oudedagsvoorziening te voorzien. Een belastinguitgave derhalve, die weer niet in de jaarlijkse overzichten van de belastinguitgaven in de Miljoenennota te vinden zal zijn.

In het interim-rapport van de Commissie Van Dijkhuizen was voorgesteld om een inkomensgrens van € 62.500[18] te hanteren en dan zou 7% van de belastingplichtigen te maken krijgen met een aftopping in de pensioenopbouw. Voor zo'n kleine groep

14 *Kamerstukken I* 2012/13, 33 290.

15 Voor mensen met een inkomen tot 150% van het wettelijk minimumloon komt er een overbruggingsregeling, zie: H.P.A.M. van Arendonk, 'Naar een activerender belastingstelsel' en 'Bruggen slaan': wat gaat de toekomst bieden?', *Maandblad Belastingbeschouwingen*, onafhankelijk Maandblad voor Belastingrecht en Belastingpraktijk, februari 2013, par. 4.2.

16 *Wet versnelling van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd*, jaargang 2015, nr. 218.

17 *Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen*, jaargang 2014, Kamerstuk 33 610, nr. 196. *Novelle pensioenakkoord*, Kamerstuk 33 847, jaargang 2014, nr. 197. Zie hierover mr. dr. G.M.C.M. Staats, 'Toekomstvoorzieningen: fiscale stand van zaken', *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, juli 2014, nr. 133, par. 4.2. Bij een opbouw gedurende 42 jaar kan in een middelloonregeling 78,75% van het middelloon worden opgebouwd.

18 Volgens de voorstellen van deze commissie zou bij dit bedrag de tweede inkomensschijf beginnen.

werknemers acht ik een dergelijke ingreep in het pensioenstelsel niet wenselijk[19], een nog veel hogere grens lijkt mij helemaal zinloos. Eerder in mijn artikel in *MBB* 2010, nr. 7/8 naar aanleiding van het rapport van de Commissie Van Weeghel heb ik een bedrag genoemd van € 50.000 à € 55.000. Tot dit inkomen zouden fiscaal gefacilieerd via de omkeerregel aanvullende pensioenrechten opgebouwd kunnen worden. Nu voor het eerst een inkomensgrens van € 100.000 voor fiscaal gefacilieerde pensioenopbouw tot stand is gebracht, zal de komende jaren de discussie blijven gaan of verdergaande aftopping toch niet wenselijk is. De belangen van de overheid en het bedrijfsleven zullen daarbij zwaarder wegen dan die van de werknemers.

Aftopping raakt op zich niet de jongeren. Voor hen ziet de pensioenopbouw er op dit moment niet al te rooskleurig uit [20] en met de ideeën omtrent pensioen, wonen en zorg – waar ik verderop in de bijdrage nog zal ingaan – zal hun pensioenopbouw een verdere achteruitgang te zien geven.

Duidelijk is dat in de afgelopen twintig jaar bij werkgevers de bereidheid om de vereiste financiële middelen voor adequate pensioenvoorzieningen op tafel te leggen verminderd is. Van eindloonstelsel zijn wij veelal naar middelloonstelsel gegaan en de tendens is nu om naar beschikbarepremieregelingen te gaan. Daarbij speelt ook nog het generatieconflict. Jongeren zijn niet altijd bereid om de solidariteitsgedachte inherent aan het pensioenstelsel overeind te houden, maar zouden eerder willen kiezen voor geïndividualiseerde pensioenopbouw. Dit is echter geen garantie voor een beter pensioen op 67 of latere leeftijd. Wanneer men net zoals bij het banksparen massaal over zou gaan op het individueel pensioensparen leidt dat voor de pensioengerechtigden tot hogere kosten. Individueel heeft men veelal niet de tijd en deskundigheid om goed te beleggen, dus is men afhankelijk van adviseurs die de kosten moeten doorberekenen. Pensioenopbouw op basis van collectiviteit en solidariteit is naar mijn mening te prefereren boven het individuele pensioensparen.

Met al deze maatregelen is de rust aan het pensioenfront nog niet weer gekeerd, want in het voorjaar 2014 is door dit kabinet een Nationale Pensioendialoog gestart.

3. Pensioendialoog

In een brief van 4 april 2014 is door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Jetta Klijnsma, de pensioendialoog aangekondigd.[21] Zij schrijft in die brief dat langetermijnontwikkelingen, zoals de vergrijzing, de veranderende relaties in de arbeidsmarkt en de individualisering gevolgen hebben voor hoe je het pensioenstelsel kunt vormgeven. Een feit is echter dat deze langetermijnontwikkelingen al lang gaande zijn, maar blijkbaar niet herkend zijn door politici. Na een waslijst

19 H.P.A.M. van Arendonk, 'Naar een activerender belastingstelsel' en 'Bruggen slaan': wat gaat de toekomst bieden?', *Maandblad Belastingbeschouwingen*, onafhankelijk Maandblad voor Belastingrecht en Belastingpraktijk, februari 2013.

20 Overigens moet ik zeggen dat 40 jaar geleden voor mijn generatie de pensioenen ook geen florissant toekomstperspectief gaven.

21 *Kamerstukken II* 2013/14, 32 043, nr. 204.

aan maatregelen in de afgelopen crisisjaren komt men nu pas met een Pensioendialoog. Het gevolg is dat de maatschappelijke onrust onder de burgers voortleeft. Het grote vertrouwen dat er in Nederland bestond ten aanzien van de oudedagsvoorzieningen heeft de overheid verspeeld en dat in een proces van minder dan tien jaar. De vraag is nu hoe lang deze pensioendialoog voortduurt en tot welke maatregelen het uiteindelijk leidt.

In de brief van 4 april 2014 wordt als een van de fundamentele vraagstukken genoemd de gewenste ruimte voor maatwerk en keuzevrijheid. Daarbij gaat het onder andere om de relatie pensioen, zorg en wonen. Een van de activiteiten in de komende periode is gericht op pensioen en wonen. In het voorjaar 2015 zal dit kabinet een brief sturen over het voorstel van de Reformatorisch Maatschappelijke Unie (RMU) over pensioen en wonen (zie par. 4 hierna). Hierin zal verkend worden hoe zorgvuldige inpassing binnen de kaders van het huidige stelsel plaats kan vinden op zo kort mogelijke termijn. De inzichten uit wat er mogelijk is binnen het huidige stelsel neemt de staatssecretaris mee in de analyse hoe deze onderdelen vorm kunnen krijgen in een toekomstig stelsel. Het lijkt erop dat de staatssecretaris op dat moment nog zeer optimistisch is, of moet ik zeggen naïef. Op 24 augustus 2014 werd door de staatssecretaris gemeld dat de oriëntatiefase was afgerond en dat daarna de dialoogfase kon gaan starten.[22] Het resultaat van de oriëntatiefase is weinig verhelderend. Op 18 november 2014 meldt de staatssecretaris dat de verkenning naar de alternatieve aanwending van pensioenpremies naar aanleiding van het voorstel RMU vergevorderd is. Het onderzoeksrapport naar aanleiding van de verkenning verwacht zij in januari 2015 naar de Tweede Kamer te kunnen sturen. In een volgende brief van 28 november 2014[23] wordt nu gemeld dat twee varianten worden verkend:

1. inzet van een deel van de pensioenpremie voor het aflossen van de woningschuld. Dit conform de afspraken rond de wijzigingsvoorstellen Witteveen 2015;
2. inzet van een deel van de al opgebouwde pensioenaanspraken voor het aflossen van de woningschuld (afkoop). Dit naar aanleiding van een aanvullend verzoek van de CU, SGP en D66 medio 2014.

Meteen al worden door de staatssecretaris de voorlopige bevindingen beschreven, opmerkelijk als de verkenning nog moet beginnen. Nog steeds verwacht de staatssecretaris de verkenning eind januari 2015 aan de Tweede Kamer te kunnen aanbieden. Op 19 januari 2015 wordt de voortgangsrapportage gepubliceerd.[24] De behoefte aan meer individualiteit is divers wordt er geschreven, maar tegelijk mag dit niet ten koste van de solidariteit in het pensioenstelsel gaan. Mij wordt geheel niet duidelijk tot welke resultaten deze pensioendialoog nu moet gaan leiden op dit onderdeel. De staatssecretaris zal na deze pensioendialoog in mei 2015 de Hoofdlijnennotitie naar de Tweede Kamer sturen, waarin een aantal mogelijke beleidsvarianten om het aanvullende pensioenstelsel aan te passen aan de eisen van de 21e

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 32 043, nr. 225.
23 *Kamerstukken II* 2014/15, 32 043, nr. 233.
24 *Kamerstukken II* 2014/15, 32 043, nr. 241.

eeuw zullen worden geschetst. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage was deze Hoofdlijnennotitie nog niet bekend. Het is dus gissen tot welke concrete voorstellen de staatssecretaris komt op het terrein van pensioen, wonen en zorg.

4. Instrumentalisering

Instrumentalisering van het pensioenkapitaal kan op verschillende manieren worden ingevuld, namelijk gezien vanuit de pensioeninstelling dan wel gezien vanuit de pensioendeelnemer.

Tot voor de crisis werd er eigenlijk nooit gesproken over de beleggingsactiviteiten van de pensioeninstellingen. Men ging ervan uit dat het pensioenkapitaal in het belang van de pensioengerechtigden zo optimaal mogelijk werd belegd. De crisis heeft ook op dit terrein tot een maatschappelijk debat geleid. De Nederlandsche Bank (DNB) heeft in het kader van haar toezichtsfunctie de laatste jaren een actieve rol gespeeld met betrekking tot het beleggingsbeleid van pensioeninstellingen, maar ook met betrekking tot de kwaliteitseisen van de bestuurders. De wens daarbij van DNB was toch ook het terugdringen van het aantal pensioeninstellingen, hetgeen ongetwijfeld de toezichtstaak van DNB zal vergemakkelijken.

Maar ook de samenleving is kritischer geworden ten aanzien van het beleggingsbeleid van pensioeninstellingen. De vraag is: worden de pensioenkapitalen wel op een maatschappelijk verantwoorde wijze belegd? Een recent voorbeeld daarvan zijn de booractiviteiten van Shell op Antarctica. Tijdens de laatste algemene vergadering van aandeelhouders liet de woordvoerder van ABP zich zeer kritisch uit over deze activiteiten, omdat dit in strijd zou zijn met duurzaamheids-/milieudoelstellingen. Naar mijn mening zou men hier primair de vergunningverlener, in dit geval de Verenigde Staten, ter verantwoording moeten roepen, wanneer de VS bij de vergunningverlening niet op adequate wijze rekening hebben gehouden met milieueisen c.q. milieurisico's. De overheid heeft in eerste instantie tot taak milieudoelstellingen te waarborgen, zodat de samenleving niet aan onverantwoorde risico's wordt blootgesteld. Alleen dan kan de overheid bij vergunningverlening voorwaarden opleggen ter waarborging van die milieudoelstellingen.

Het omvangrijke pensioenkapitaal in Nederland wordt wereldwijd belegd om op deze wijze een zo hoog mogelijk rendement voor de pensioendeelnemers te realiseren. Overigens zou besteding van dit gigantische pensioenkapitaal alleen in Nederland nooit het gewenste rendement opleveren. Sinds de crisis wordt toch regelmatig naar voren gebracht dat een groter deel van dit pensioenkapitaal in Nederland aangewend zou moeten worden. Vanaf het moment van de financiële crisis en de grote terughoudendheid van banken om bedrijven te financieren c.q. om eigen woningen te financieren, is de roep om deelname van institutionele beleggers alleen maar toegenomen. Er is de laatste tijd meer bereidheid bij de pensioenfondsen om op indirecte wijze mee te doen aan financiering van infrastructurele projecten en innovatieve bedrijven.

Enige jaren geleden werd het idee gelanceerd om tot een Nationale Hypotheekinstelling (NHI) te komen. Banken zouden dan hypothecaire leningen kunnen overdragen aan deze NHI, waardoor banken hun balans zouden kunnen opschonen om vervolgens weer financieringsruimte te hebben. De NHI zou het benodigde kapitaal kunnen verkrijgen door uitgifte van obligaties met staatsgarantie, met name onder te brengen bij pensioenfondsen. Dit laatste zou dan weer uitgelegd kunnen worden als staatssteun, dus daarover moet zekerheid van de Europese Commissie (EC) worden verkregen. In april 2015 had de EC nog steeds geen groen licht gegeven.[25] Een feit is dat de regering nooit een warm voorstander is geweest van een NHI. Gezien de stilte rondom de NHI kan men gerust stellen dat dit idee een stille dood is gestorven.

Nu blijkbaar deze route van indirecte betrokkenheid van pensioeninstellingen bij eigenwoningfinanciering een doodlopende weg is, gooit men het over een andere boeg en vraagt men zich af of de pensioendeelnemer zijn bijdragen aan het/zijn pensioenkapitaal niet op andere wijze kan/mag besteden. Eind 2011 werd door de RMU in het kader van het Arbeidsvoorwaardenbeleid 2012 een voorstel gedaan om werknemers de keuze te bieden het werknemersdeel van de pensioenpremie aan te wenden voor pensioenopbouw of aflossing van hun hypotheek. Na overleg met overheid en organisaties is het idee verder uitgewerkt in de Nota Arbeidsvoorwaardenbeleid 2014[26] en vervolgens op 10 december 2013 aangeboden aan de Sociaal-Economische Raad (SER). Reeds op 12 september 2013 was in een brief aan de Stichting van de Arbeid gevraagd om dit idee nader te onderzoeken.

In bijlage 3 van de Nota Arbeidsvoorwaardenbeleid 2014 zijn de voor- en nadelen van dit idee uitgewerkt beschreven, alsmede een aantal aandachtspunten.

Voordelen keuzemogelijkheid:
1. Een echte keuze tussen een euro nu voor de eigen woning of een euro later voor pensioen. Daarmee wordt voorkomen dat én veel schuld én veel vermogen wordt opgebouwd.
2. De kans op een hypothecaire lening wordt groter en zo krijgt de huizenmarkt een stimulans.
3. Gezien de situatie bij pensioenfondsen is het verstandig de aangroei van pensioenverplichtingen te beperken. Aangezien de pensioenaanspraken niet altijd meer gegarandeerd zijn is de afweging: besteed ik mijn geld voor extra aflossing van de schuld nu of investeer ik in een pensioen waarvan de hoogte onzeker is.

25 C. de Horde, 'Brussel ligt dwars bij instituut hypotheken', *het Financieele Dagblad* 23 april 2015. Gevonden op: https://fd.nl/ondernemen/1101412/brussel-ligt-dwars-bij-instituut-hypotheken. Uit *NRC* van 1 september 2015 ('Hypotheekplan van de baan') blijkt dat de Europese Commissie geen toestemming geeft voor de NHI vanwege ongeoorloofde staatssteun.

26 Reformatorisch Maatschappelijke Unie, *Nota Arbeidsvoorwaardenbeleid 2014. SamenWerken*, 10 december 2013.

Nadelen keuzemogelijkheid:

1. Het pensioeninkomen wordt later enigszins lager. Daar staat tegenover dat de woonlasten uiteraard ook lager worden.
2. Bij verkoop van de eigen woning moet de aflossing uit pensioenbijdragen worden gelabeld en gebruikt worden bij de financiering van een nieuwe eigen woning dan wel teruggestort worden naar het pensioenfonds. Dit betekent dat over een periode van 30 jaar de aflossingen uit premiegelden moeten worden geadministreerd.

Als aandachtspunten worden genoemd: doorsneepremieproblematiek, langlevenrisico, rendementsrisico, kortzichtigheid bij de pensioendeelnemer, controle op de juiste besteding, werkloosheidswet-bijstandsproblematiek, geen afkoop pensioen, aantasting soliditeit pensioenfondsen, gevolgen voor diverse regelingen, zoals toeslagensysteem en effectiviteit gezien laag inkomen starters.

Duidelijk is dat dit voorstel gedomineerd wordt door het crisisdenken. Door de crisis werkt de kapitaalmarkt niet, de hypotheekmarkt is zeer moeizaam, maar nog steeds wordt er veel vermogen opgebouwd via verplicht gestelde pensioenen. Huishoudens hebben zowel veel schuld als veel pensioenvermogen.

Naar mijn mening is er de nodige kritiek te leveren op deze gedachten en zijn ze in feite door de ontwikkelingen in de afgelopen jaren al achterhaald. Op zich is de eigenwoningmarkt in Nederland nooit een groot probleem geweest. Het percentage wanbetalers door de crisis is zeer beperkt gebleven. Het onjuiste beleid van de overheid om aflossen te ontmoedigen en sparen via kapitaalverzekeringen te stimuleren is eindelijk ten goede gekeerd met ingang van 2013 door afschaffing van de Kapitaalverzekering Eigen Woning (incl. banksparen) en een verplichting tot aflossing op annuïtaire basis. Nadeel is een veel te ingewikkelde regeling die uitgaat van 100% aflossing, wat totaal niet nodig is. Bij een regeling op basis van 50% aflossing in 30 jaar zou er meer ruimte overblijven voor andere bestedingen.

De opvattingen over te veel pensioenkapitaal en de grote onzekerheid van toekomstige pensioenaanspraken zijn pensioenondermijnend en zeer negatief voor de toekomst van het pensioenstelsel. De huidige crisis bij de pensioenfondsen met op dit moment weer onderdekking betekent geheel niet dat er te veel pensioenvermogen is. En als we rekening houden met de recente aanpassingen in het Witteveenkader en als gevolg daarvan de geringere pensioenopbouw in de komende jaren, moeten wij nu niet een volgende ingreep in de pensioenopbouw doen, zodat in de toekomst een veel lager pensioeninkomen resulteert. Een werknemer zal altijd kiezen voor het heden in plaats van de onzekere toekomst. En aangezien pensioeninkomen nooit gegarandeerd inkomen is geweest, al dachten velen dat, zal het RMU-voorstel een grote stimulans zijn bij jongeren om nu premiegelden om te zetten in aflossing hypotheek. Dit zal ten koste gaan van de solidariteit in het pensioenstelsel en bij jongeren de opvatting doen toenemen dat de werkgever voor de pensioenopbouw zal zorgdragen.

Een ander aspect wat in deze tijd niet mag worden vergeten is de uitvoerbaarheid van dit voorstel. Staatssecretaris van Financiën, Eric Wiebes, heeft als een van de beleidsdoelstellingen vereenvoudiging. De komende belastingherziening moet in het teken staan van vereenvoudiging. Gezien de grote problemen bij de automatisering vergt het op dit moment alle aandacht van Financiën om de bestaande taken met succes uitgevoerd te krijgen. Wiebes zal derhalve niet staan te springen om nieuwe taken te gaan uitvoeren die mogelijk weer grote ICT-problemen gaan opleveren, te vergelijken met de invoering van het toeslagensysteem.[27] Onlangs heeft ook de Algemene Rekenkamer in haar rapport 'Verantwoordingsonderzoek 2014'[28] duidelijk aangegeven dat meer naar de uitvoerbaarheid van wetgeving moet worden gekeken en dat geldt zeker voor het belastingdomein. Het zou een goede zaak zijn dat nu al in het kader van de Pensioendialoog veel aandacht wordt besteed aan die uitvoerbaarheid. Enerzijds speelt er de uitvoerbaarheid bij de pensioenfondsen, anderzijds bij de Belastingdienst. Dit gaat onoverkomelijke problemen in de uitvoering opleveren. De Pensioendialoog valt onder de verantwoordelijkheid van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het zou wenselijk zijn dat in ieder geval ook staatssecretaris Wiebes medeverantwoordelijk wordt voor het eindrapport van de Pensioendialoog.

In december 2012 is het WRR-rapport 'Wonen, zorg en pensioenen. Hervormen en verbinden' (onder redactie van W. Asbeek-Brusse en C.J. van Montfort) gepubliceerd. In hoofdstuk 2 'Naar een drie-eenheid van pensioen, wonen en zorg' geeft Lans Bovenberg zijn visie op dit onderwerp. Ook in andere publicaties heeft hij deze koppelingen bepleit. Bovenberg gebruikt de levensloopbenadering als analytisch kader om de verschillende opties inzake pensioen, wonen en zorg te beschrijven. Hij hanteert hierbij twee macro-economische uitdagingen als uitgangspunt, namelijk de stijgende kosten van de ouderzorg en de hypotheekfinanciering van het eigenwoningbezit. Reeds meer dan twintig jaar geleden was mij al duidelijk dat door de vergrijzing de ouderen meer zouden moeten gaan bijdragen aan de zorgkosten. Zij die in het verleden een eigen woning hebben gekocht hebben daartoe meer mogelijkheden dan degenen met een huurwoning. Bovenberg denkt dat gedurende het werkzame leven een groter deel van de vermogensvorming ten behoeve van de oude dag plaats zal gaan vinden via de eigen woning in plaats van via pensioenfondsen en verzekeraars. Maar er is een bekend gezegde dat rendementen in het verleden geen garantie bieden voor de toekomst. Of er in de toekomst eenzelfde vermogensvorming via de eigen woning zal plaatsvinden, zoals in de afgelopen twintig jaar, is maar zeer de vraag.

Bovenberg stelt voor dat alle jongeren tot 35 jaar de mogelijkheid krijgen om een deel van hun pensioenopbouw in te zetten voor bouwsparen ten behoeve van de aanschaf van een eigen woning. Als zij op dat moment geen eigen woning aankopen moet het gespaarde bedrag doorgestort worden naar het pensioen dan wel op een geblokkeerde rekening blijven staan voor een latere aanschaf van een eigen woning.

27 Zie overigens ook de grote ICT-problemen bij de uitvoering van het PGB-stelsel door de SVB.
28 Algemene Rekenkamer, *Verantwoordingsonderzoek 2014*, Den Haag, 20 mei 2015.

Maar jongeren moeten zelf wat extra sparen voor de aankoop van een eigen woning om hun oudedagsvoorziening op peil te houden. Een deel van het rendement op een eigen woning wordt in de vorm van lagere woonlasten reeds genoten voor pensionering en niet gereserveerd voor pensioen.

Als ik Bovenberg goed begrijp, past hij ten aanzien van het bouwsparen de omkeerregeling toe, want als er geen eigen woning wordt aangeschaft kan het gespaarde bedrag meteen worden omgezet in pensioenkapitaal. Bij aankoop van een eigen woning dient het gespaarde bedrag te worden aangewend voor de aankoop en voor het restant dient dan hypothecaire financiering plaats te vinden. Wanneer het bouwsparen wordt omgezet in pensioenkapitaal betekent dat fiscaal dat te zijner tijd dat pensioenkapitaal geheel via de uitkeringen in de belastingheffing wordt betrokken. Dat is niet het geval als het bouwsparen wordt besteed voor de aankoop van de eigen woning. Dit leidt op zich wel tot lagere financieringslasten en dus tot minder hypotheekrenteaftrek, maar het fiscaal vriendelijk gespaarde bedrag wordt niet meer in de belastingheffing betrokken, aangezien wij in Nederland geen heffing over vermogenswinsten eigen woning kennen (of toch wel, zie hierna).

Maar ook na de aankoop van een eigen woning is Bovenberg er een voorstander van dat de werknemer een deel van zijn pensioenopbouw kan inzetten voor aflossing van zijn hypotheek. Later kan dan de werknemer deze besparingen ten behoeve van de eigen woning omzetten in consumptieve bestedingen. Als deze zogenoemde fiscale woonreserve voor de pensioenleeftijd gerealiseerd wordt dient de fiscus een naheffing op te leggen voor de gederfde belastingopbrengsten, dat wil zeggen toepassing omkeerregel. Na ingang pensioenleeftijd zou de fiscale woonreserve ook kunnen worden omgezet in een levenslange uitkering, waarbij de periodieke uitkeringen belast moeten worden.

Of eigen woningen en pensioenen als gelijkwaardige oudedagsvoorzieningen kunnen worden gekwalificeerd, waag ik te betwijfelen. Het opgebouwde pensioenkapitaal rendeert continu, terwijl dat bij een eigen woning van vele factoren afhankelijk is. Wanneer men bijvoorbeeld geen onderhoud pleegt aan de eigen woning heeft dat een negatieve invloed op de waardeontwikkeling van de eigen woning, met andere woorden die waardeontwikkeling is van geheel andere factoren afhankelijk dan bij pensioenen het geval is.

In het SER-rapport 'Advies Toekomst Pensioenstelsel' van 5 maart 2015 worden zeer kritische opmerkingen geplaatst bij het inzetten van pensioenpremie voor het aflossen van een hypotheek (par. 5.4.3). Positiever is de SER over het afkopen van een deel van de pensioenaanspraak ter aflossing van een hypotheek.[29] In feite handhaaft de SER een strikte scheiding tussen pensioen en wonen, aangezien de afkoopsom pensioenaanspraak pas na belastingheffing kan worden aangewend voor aflossing hypotheek.

29 Ook de Pensioenfederatie ziet wel wat in gedeeltelijke afkoop van het pensioen bij pensionering om daarmee bijvoorbeeld de hypotheek af te lossen.

Deze variant is echter geen oplossing voor jongeren/starters op de woningmarkt. Van een andere orde is het inzetten van de eigen woning later voor extra pensioeninkomen.

5. Uitgeleide

Er wordt door menigeen wel erg gemakkelijk gedacht over de uitruil van pensioenkapitaal tegen aflossing hypotheek eigen woning. De ideeën hierover worden zeer bepaald door de financiële crisis van de afgelopen jaren. Het lijkt mij echter wenselijker eerst te zorgen dat het pensioengebouw weer op orde komt en er op dat terrein rust ontstaat. Voor de eigen woning is dat reeds bereikt met de maatregelen van de afgelopen jaren. Gezien de grote uitvoeringsproblemen en de strijdigheid met de solidariteitsgedachte in het pensioenstelsel[30] is een dergelijke uitruil niet wenselijk. 'Bezint eer ge begint.'

Tot slot: na zijn promotie in 1994 is Gerry Dietvorst ruim twintig jaar actief geweest in de pensioenwereld. Al die jaren heeft Gerry zich als bijzonder hoogleraar op bijzondere wijze ingezet voor de fiscale aspecten van pensioenen in de meest brede zin. Zijn oudedagsvoorziening met vele pijlers zit wel goed, het is echter te hopen dat hij daarvan nog vele jaren in goede gezondheid mag genieten.

30 Tenzij de solidariteit in het pensioenstelsel opzij wordt gezet en vervangen wordt door eigen pensioenpot voor elke pensioendeelnemer.

MR. H.P.M. VAN BIJNEN[1]

Glazen nabestaandenvoorzieningen-bol

Al enige jaren delen Gerry en ik dezelfde passie: pensioen, of specifieker, het partnerpensioen.

Ondanks alle commotie rondom dit fenomeen, en alle wijzigingen en toenemende aandacht zijn wij beiden van mening dat het toch echt wel beter kan, sterker nog, beter moet!

Want wat is heden ten dage een nabestaandenpensioen? Op de site van de overheid is het volgende opgenomen:

> "Een nabestaandenpensioen is een uitkering die iemand krijgt als zijn partner overlijdt. Dit kan bijvoorbeeld een nabestaandenuitkering zijn of een levensverzekering."[2]

Een potentiële nabestaande zou hieruit kunnen opmaken dat het goed geregeld is. Maar niets is minder waar.

1. Historie

Een nabestaandenvoorziening bestaat al enige eeuwen. Eén van de eerste geldelijke varianten stamt uit het einde van de negentiende eeuw.[3] Deze privaatrechtelijke toezegging werd begin 20e eeuw gevolgd door een toezegging door de overheid door invoering van de Weduwenwet voor de landmacht en de zeemacht. Beide tweedepijlervoorzieningen, namelijk een voorziening (destijds) toegezegd door de werkgever aan de medewerker.

Pas eind jaren vijftig van de vorige eeuw was er sprake van een eerstepijlervoorziening. Er volgde een overheidsuitkering voor een vrouwelijke ingezetene in het geval haar mannelijke partner (echtgenoot) kwam te overlijden. Na invoering van de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW) hadden niet alleen de weduwen *van werknemers* recht op een overheidsuitkering maar iedere vrouwelijke ingezetene

---

1 Werkzaam bij het Fiscaal Instituut van Tilburg University en de Belastingdienst.

2 http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/pensioen/vraag-en-antwoord/wat-is-een-nabestaandenpensioen.html.

3 Zie onder andere *Pensioen in Beweging bij de Gist in Delf*, in opdracht van het Pensioenfonds Gist-Brocades samengesteld ter gelegenheid van de fusie met Pensioenfonds DSM-chemie op 1 januari 2007.

van Nederland.[4] In tegenstelling tot de Algemene Ouderdomswet (AOW) heeft de maatschappelijke ontwikkeling voor de nabestaandenvoorziening meer gevolgen gehad. Zo kregen ook mannen met ingang van 1988 een recht op een nabestaandenuitkering. De emancipatie had tot gevolg dat in de jaren negentig van de vorige eeuw een nieuwe discussie oplaaide. Doordat er steeds meer sprake was van tweeverdieners, kwam aan de orde of de eerste pijlervoorziening voor nabestaanden niet een private voorziening zou moeten zijn. Omdat niet iedere burger zich tegen dit risico kon (en nog steeds niet kan) verzekeren werd besloten niet het volledige recht op de aanspraak af te schaffen, maar het recht op de aanspraak aanzienlijk te versoberen. Met ingang van 1 juli 1996 werd de Algemene nabestaandenwet (Anw) geïntroduceerd.[5] Aan de ene kant was sprake van een verruiming; niet alleen echtgenoten kwamen meer in aanmerking, maar ook samenwoners. Aan de andere kant heeft niet meer iedere nabestaande recht op een uitkering. Afhankelijk van de leeftijd, mate van arbeidsongeschiktheid en de aanwezigheid van kinderen kan er nog een recht op een uitkering bestaan. Het bedrag waar vervolgens recht op bestaat kan worden gekort met eigen inkomen. Vooralsnog wordt het bedrag nog steeds niet gekort met een recht op een partnerpensioen (tweede pijler).

Het partnerpensioen in de tweede pijler heeft de afgelopen decennia veel aandacht gekregen, en naar mijn mening terecht. Door bijvoorbeeld de toename van partnerpensioen op risicobasis in plaats van opbouwbasis lopen potentiële nabestaanden veel meer financiële risico's. Eén van de belangrijkste problemen is het gebrek aan bewustzijn. Het pensioenbewustzijn in het algemeen komt pas echt op latere leeftijd, vaak pas als de pensioendatum in zicht komt. Voor wat betreft het ouderdomspensioen betekent dit dat indien sprake is van een pensioengat, er nog maar een korte termijn resteert om dat gat te dichten. Voor wat betreft de nabestaandenvoorziening zijn er twee mogelijkheden. Of de potentiële betrokkenen *denken* dat er sprake is van een adequate voorziening of het is te laat. Pas ná het overlijden wordt de conclusie getrokken dat geen sprake is van een toereikende voorziening.

2. Adequate voorziening

Nu kan de vraag worden gesteld wat een adequate voorziening is. Op zich is de invulling van 'adequaat' een persoonlijke invulling. Fiscaal gezien is het uitgangspunt dat slechts tot een bepaald percentage fiscaal gefacilieerd mag worden 'opgebouwd'. De fiscale grenzen zijn opgenomen in de Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB 1964).[6]

Met ingang van 2015 is het partnerpensioen fiscaal wederom versoberd. Niet alleen de opbouw van het ouderdomspensioen wordt beperkt door de aftopping van het pensioengevende loon en de verdere verlaging van de inlegmogelijkheid,[7] ook het partnerpensioen wordt hierdoor getroffen. Een cijfermatig overzicht:

4 *Stb.* 1959, 139.
5 *Stb.* 1996, 305.
6 Art. 18b Wet LB 1964.
7 *Stb.* 2014, 196.

	2013	**2015**
Salaris	€ 225.000	€ 225.000
Max. partnerpensioen	€ 110.250	€ 49.000

Uit het bovenstaande cijfervoorbeeld volgt dat het partnerpensioen een flinke daling ondervindt.

Wederom komt de vraag naar voren of de betrokkenen zich *bewust* zijn van het feit dat er met ingang van 2015 veel minder zal worden uitgekeerd in de tweede pijler uit het reguliere pensioen bij een overlijden.

Zoals hiervoor al aangegeven bestaat ook niet altijd recht op een Anw-uitkering. Bij de opbouw van een partnerpensioen en de fiscale grenzen wordt hier echter wél rekening mee gehouden (inbouw AOW-franchise). Dat betekent dat de partner van de overleden werknemer jaarlijks toch een aanzienlijk bedrag minder zal krijgen.

3. Pleisters

De afgelopen jaren zijn heel wat 'pleisters' geplakt wat partnerpensioen betreft.

Zo is ingevoerd dat tijdens de WW-fase nog steeds recht bestaat op een partnerpensioen ondanks dat er sprake was van een partnerpensioen op risicobasis.[8] Gedurende deze fase blijft de partner van de ex-deelnemer recht houden op een partnerpensioen. De hoogte van de uitkering is gelijk aan het *bereikte* verzekerde partnerpensioen ten tijde van het ontslag. Er is sprake van een verplichte voortzetting van het partnerpensioen maar er vindt geen opbouw (meer) plaats.

In 2014 is in de Pensioenwet (hierna: PW) opgenomen dat als de ex-partner komt te overlijden het bijzondere partnerpensioen niet hoeft komen te vervallen doch weer toe kan komen aan de werknemer.[9] Voor de aanpassing van de PW verviel de aanspraak bij een voortijdig overlijden van de ex-partner en kwam de opgebouwde waarde toe aan de pensioenuitvoerder. Dit was ongewenst. Vergelijkbaar met vereevende pensioenrechten kan het bijzondere partnerpensioen bij het overlijden van de ex-partner weer terugvloeien naar de (gewezen) werknemer. Wel is het noodzakelijk dat de pensioenregeling hierin voorziet.

Ook ten aanzien van de versobering van het Witteveenkader per 2015 is een toezegging gedaan. De voor 2015 'opgebouwde' aanspraken van het partnerpensioen ondervinden geen gevolgen door de aftopping.[10] Dit geldt niet alleen voor de partnerpensioenaanspraken op opbouwbasis, maar eveneens voor de aanspraken die op risicobasis zijn overeengekomen. Hiervoor kan de zogenoemde risicopartnerpensioenknip worden toegepast. Dat betekent dat voor het berekenen van de aanspraak wat betreft de toerekening van de dienstjaren van voor 2015, de fiscale regels en de

8 Art. 55 PW, *Stb*. 2009, 318.
9 Art. 57 lid 6 PW, *Stb.* 2014, 527.
10 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 610, nr. M, p. 1. Zie ook dr. A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 473.

hoogte van het inkomen van 31 december 2014 als uitgangspunt mogen worden genomen.[11] Uiteraard geldt voor de berekening ten aanzien van de dienstjaren na deze datum het afgetopte inkomen.

Voor de toekomst zijn ten behoeve van het afgetopte gedeelte nieuwe mogelijkheden ingevoerd: de netto-nabestaandenlijfrente en het netto-nabestaandenpensioen.[12]

4. Bewustzijn

Zoals al eerder aangegeven, niet alleen de fiscale grenzen zijn een aandachtspunt, maar zeker ook het bewustzijn van de gerechtigden. Indien namelijk het overlijden heeft plaatsgevonden is aanvulling niet meer mogelijk en hebben de nabestaanden te maken met een voldongen feit. In veel gevallen is er veel minder inkomen dan waarvan was uitgegaan. Er kunnen nog zo veel pleisters en aanvullende mogelijkheden zijn, als de werknemer zich er niet van bewust is dat er geen adequate voorziening is voor zijn of haar partner, dan zal hij ook geen gebruikmaken van de aanvullende mogelijkheden.

Naar mijn mening is het belangrijkste aandachtspunt ten aanzien van partnerpensioen dan ook het (partner)pensioenbewustzijn.

5. Alternatief?

Pleisters helen een wond maar pakken de oorzaak niet aan. Wat nu als we eens *out of de box* denken. Afwijken van bestaande structuren. Wat nu als er gewoon niets is? Of juist duidelijk is wat er wel wordt verkregen?

6. Glazen bol

Naar mijn mening zou het nabestaandenvoorzieningenlandschap er volledig anders uit mogen zien. Ik zou willen aansluiten bij de structuur van het inmiddels aangenomen wetsvoorstel Pensioen 1-2-3.[13] Deelnemers en potentiële deelnemers dienen in staat te worden gesteld op eenvoudige wijze informatie over de pensioenregeling tot zich te nemen. Door middel van een gelaagdheid moet de informatie ter beschikking worden gesteld. Laag 1, Laag 2 en Laag 3.

Laag 1:
- De pensioenregeling ‘in 5 minuten’.
- In deze eerste laag worden alle belangrijke onderdelen genoemd.

11 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 20 december 2013, nr. BLKB2013/2199M.
12 *Stb.* 2014, 529. Zie ook dr. A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 442 e.v.
13 *Stb*. 2015, 193 en *Stb*. 2015, 260.

Laag 2:
- De pensioenregeling 'in 30 minuten'.
- Deze tweede laag gaat dieper in op alle informatie uit Laag 1.

Laag 3:
- De pensioenregeling 'in detail'.[14]

Zo zou ik ook het nabestaandenvoorzieningenlandschap willen indelen.

De nabestaandenvoorziening zal daarbij *geen* deel meer uitmaken van de pensioenregeling in de tweede pijler. Vervolgens zou ik de lagen als volgt indelen.

Laag 1, basisuitkering
De uitkering in de eerste laag betreft een basisvoorziening voor iedereen. Vergelijkbaar met de huidige Anw-regeling, maar een veel lager bedrag. Het bedrag dient de hoogte te hebben van een bijstandsuitkering maar dan zonder een vermogenstoets. Gedurende tien jaren heeft de nabestaande recht op een basisuitkering.[15] Indien er sprake is van een (half)wees, zal dit bedrag worden verhoogd.

Het voordeel van een dergelijke regeling is dat er altijd sprake is van een uitkering. In de eerste jaren heeft de belanghebbende de tijd en rust om te rouwen.

Vervolgens is het van belang dat de nabestaande voor zover deze niet deelneemt aan de arbeidsmarkt 'klaar wordt gemaakt' om (weer) te gaan deelnemen. Ook deze kosten komen voor rekening van de eerste laag.

Na tien jaar zal de uitkering komen te vervallen. Uit een rapport volgt dat de huidige Anw-regeling niet stimuleert om weer te gaan deelnemen aan de arbeidsmarkt.[16] Het totale pakket uit Laag 1, waaronder een lagere uitkering dan de huidige Anw-rechten en facilitering in toegang tot de arbeidsmarkt, zouden meer doelgericht moeten uitpakken.

Indien de nabestaande wel deelneemt aan de arbeidsmarkt zal de uitkering veelal nodig zijn om de kosten van kinderopvang en andere kosten die ineens moeten worden gemaakt vanwege het plotseling wegvallen van de partner, op te vangen. Er zal geen korting plaatsvinden met inkomsten die worden genoten door het verrichten van arbeid.

De financiering van de eerste laag dient plaats te vinden volgens het omslagstelsel.

Laag 2, de aanvulling
De tweede laag betreft een op Laag 1 aanvullende uitkering. Een niet al te hoog vast bedrag waarop recht bestaat mits de overledene werkzaam was op de arbeidsmarkt of kan worden aangetoond dat deze in het verleden ten minste een jaar werkzaam is

14 http://pensioen123.nl/over-pensioen-1-2-3/.
15 Zie ook opmerkingen Staatssecretaris SZW destijds in 2008, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 802, nr. 4.
16 Beleidsdoorlichting art. 9 Begroting SZW: *Nabestaanden, Algemene nabestaandenwet (Anw)*, februari 2013, p. 3 (https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-211056.pdfIn cache).

geweest in Nederland. De achtergrond van het baseren van het recht op een arbeidsverleden hangt samen met de wijze van financiering. Naar mijn mening dient deze laag te worden gefinancierd door een bijdrage van de werkgever, de werknemer en de zzp'er, maar ook de resultaatgenieter (art. 3.90 Wet IB 2001). De bijdrage van deze laatste twee categorieën dient gelijk te zijn aan die van de werknemer.

Deze laag is vergelijkbaar met een recht op een WW-uitkering en het 'Arbejdsmarkedetstilligspension', 'het ATP',[17] zoals dat in Denemarken is ingevoerd voor de oudedagsvoorziening.

Het verschil met deze laatste voorziening is dat er *altijd* recht bestaat op de uitkering en dat deze niet afhankelijk is van de premiebijdrage. Wel wordt het recht op de uitkering gekort met eventueel arbeidsinkomen van de nabestaande. Dit zou vergelijkbaar kunnen zijn met de berekening van de korting zoals deze in de huidige Anw-regeling is opgenomen of naar rato van het beschikbaar zijn op de arbeidsmarkt zoals dat bij de WW-uitkering het geval is. Mijn voorstel zou wel zijn dat een minimaal bedrag aan uitkering overblijft. De 'arbeider' heeft in het verleden wel bijgedragen aan de opbouw van deze voorziening.

Ook deze aanvulling zal na een periode van tien jaar eindigen of indien de AOW-gerechtigde leeftijd van de nabestaande binnen deze tien jaar eerder wordt bereikt, het tijdstip van het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd.

Laag 3, zelfstandig sparen
Deze laag is vergelijkbaar met de huidige bestaande derde pijler. Als voorzieningen komen onder andere in aanmerking de gefaciliteerde lijfrente uit box 1,[18] de netto-lijfrente in box 3,[19] een overlijdensrisicoverzekering en natuurlijk het zuiver sparen in box 3. De huidige voorzieningen, zoals de lijfrente en de netto-lijfrente, mogen wat mij betreft als zodanig in stand blijven.[20]

Het bovenstaande is een grove weergave van wat kan zijn, of als uitgangspunt kan dienen voor een grondige wijziging van het huidige systeem. Zodat er én minder wonden ontstaan én als er dan pleisters moeten worden geplakt, deze de wonden dan ook bedekken.

7. Duidelijkheid

Op dit moment zijn er diverse pensioenregelingen waarbij al dan niet een partnerpensioen is toegezegd. Het is op voorhand niet altijd kenbaar bij de werknemer of zijn partner of een partnerpensioen onderdeel uitmaakt van de regeling en indien dat wel het geval is, is niet duidelijk hoe hoog de uitkeringen zullen zijn. Tevens staat op

17 Zie voor meer algemene informatie rondom het ATP: denemarken.placement.nl/default.aspx?menu=511.
18 Art. 1.7 jo. art. 3.124 jo. art. 3.127 Wet IB 2001.
19 Art. 5.16 Wet IB 2001.
20 Zie voor meer bestaande alternatieven H.P.M. van Bijnen, 'De "leven" risico's van een bancaire lijfrente', *VFP* 2012/29.

voorhand niet vast of er ten tijde van het overlijden van een (gewezen) partner recht zal bestaan op een Anw-uitkering en of dat dat recht te gelde kan worden gemaakt.

Het pensioenoverzicht van de potentiële nabestaande zal daarin ook geen helderheid verschaffen. De partnerpensioenaanspraken zijn namelijk opgenomen bij de (gewezen) werknemer en niet zichtbaar in het eigen overzicht. De potentiële nabestaande is daarin volledig afhankelijk van de partner.

Het invoeren van de nabestaandenvoorziening 1-2-3 heeft tot gevolg dat het voor iedereen duidelijk is dat er een zeer lage basisvoorziening is met daarop een kleine aanvullende laag als er sprake is van een arbeidsverleden van de overledene. De vraag of deze adequaat is voor de betrokken personen is een persoonlijke vraag. Naar mijn mening werkt een lage uitkering wel bewustzijn in de hand. Naar verluidt weet iedereen dat de bijstand geen vetpot is.

8. (Echt)scheiding

Ik besef me dat het bovenstaande wel gevolgen zal hebben indien er sprake is van een (echt)scheiding. Er kan namelijk geen sprake meer zijn van een bijzonder partnerpensioen.[21] Doordat ook een gewezen partner in aanmerking komt voor de eerste twee lagen zal de regeling gedurende de eerste tien jaar niet echt nadelige gevolgen hebben. Echter, na deze tien jaar of als de ex-partner tijdens de pensioengerechtigde fase komt te overlijden, zijn er wel financiële gevolgen. Naar mijn mening kan in dat geval vaker een beroep worden gedaan op het pensioenverweer.[22] Uiteraard heeft het bovenstaande wel tot gevolg dat de werking van het pensioenverweer goed moet worden bekeken. De criteria die nu verbonden zijn aan dit artikel zijn door de maatschappelijke ontwikkelingen danig verouderd. Zo kan slechts de partner die de echtscheiding niet aanvraagt en ook niet schuldig is aan de ontwrichting een beroep doen op het verweer. In sommige situaties, en ik denk juist de situaties waarin de beschermende werking van het pensioenverweer zou moeten werken, is een beroep op de regeling niet mogelijk. Als voorbeeld geef ik op de situatie waarin er bijvoorbeeld sprake is van misbruik en de echtgenoot eindelijk de moed heeft om op te stappen. Los van mijn voorstel van de nabestaandenvoorziening 1-2-3, wil ik dus aandacht vragen voor de modernisering van het pensioenverweer.

9. Ten slotte

Het nadenken over hoe het wel zou kunnen wat nabestaandenvoorzieningen betreft geeft moed en geeft energie. Het kan anders! Sterker nog: het moet anders.

En wat ik van Gerry heb geleerd is dat stilzitten geen zin heeft. Dan zul je dat bloempje hogerop niet bereiken.

---

21 Art. 57 PW.
22 Art. 1:153 BW.

Gerry, ik heb je al eerder bedankt voor je oneindige enthousiasme voor het pensioenvak dat zeer aanstekelijk werkt.[23] Wederom dank ik je daarvoor. Toen gaf ik aan dat ik nog even van je mocht leren. Ook daarvoor wil ik je danken. Nu is het tijd om van je welverdiende pensioen te gaan genieten! Geniet met volle teug(els)en.

23 'Partnervoorziening: vóór of ná de bediening?', in: *De jaren geteld. Liber Amicorum voor prof. Dr. G.J.B. Dietvorst, ter gelegenheid van zijn afscheid van Interpolis/Achmea* (2013), p. 47.

DR. A.H.H. BOLLEN-VANDENBOORN[1]

Stip op de horizon: naar een arbeidsvormneutrale pensioendeling bij scheiding

1. Inleiding

De toekomst van pensioendeling bij scheiding. In de afgelopen twintig jaar dat de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: WVPS) zijn werking heeft gehad, hebben zich de nodige ontwikkelingen voorgedaan. Na tien jaar zijn er twee evaluatierapporten verschenen die de werking van de wet onder de loep hebben genomen. Dat betreft het SEO-rapport, 'Wet verevening pensioenrechten bij scheiding' en het rapport van het CompetenceCentre for Pension Research, '10 jaar Wet verevening bij scheiding'.[2] Daar is een aantal aandachtspunten en knelpunten in naar voren gebracht. In een brief van 24 juni 2009 is daarop een kabinetsreactie gekomen waarin een aantal acties en wettelijke maatregelen in het vooruitzicht werden gesteld.[3] Tot op de dag van vandaag zijn er nog geen aanpassingen doorgevoerd. Bovendien zijn de maatschappelijke ontwikkelingen niet stil blijven staan, waardoor een nieuwe vraag opkomt, namelijk hoe de pensioendeling bij scheiding er in de toekomst moet uitzien. Wat is de stip op de horizon? Een arbeidsvormneutrale pensioendeling bij scheiding?

2. Oog houden voor maatschappelijke trends

Gelet op de huidige ontwikkelingen is het nog maar de vraag of enkel het oplossen van de genoemde knel- en aandachtspunten uit de evaluatierapporten voldoende is om tot een bevredigend resultaat te komen.

Wat niet uit het oog verloren mag worden, is het plaatsen van deze thematiek in de juiste context en passend bij de juiste tijdsgeest. De maatschappelijke ontwikkelingen komen steeds meer in een stroomversnelling. Wet- en regelgeving moet daarop aangepast worden. Daarbij dient gekeken te worden naar gezinssituaties, maar ook naar de steeds mobielere en flexibelere arbeidsmarkt alsook de wijzigingen met

---

1 Werkzaam als universitair hoofddocent bij het Maastricht Centre for Taxation, tevens directeur ITEM – Institute for Transnational and Euregional Cross Border Cooperation and Mobility, Maastricht University.

2 SEO, *Evaluatie Wet verevening pensioenrechten bij scheiding*, SEO-rapport nr. 969, www.seo.nl, Universiteit van Tilburg/CompetenceCentre for Pension Research, *10 jaar Wet verevening bij scheiding*, Brochures Toekomstvoorzieningen, nr. 6, 2006.

3 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19.

betrekking tot het pensioenproduct als zodanig. In de brief van 24 juni 2009 werd er eveneens op gewezen dat rekening gehouden moest worden met wijzigingen die zich in de tussentijd al hadden voorgedaan. Daarbij werd met name naar wijzigingen en ontwikkelingen in de pensioenregelingen en pensioenwetgeving gekeken. Genoemd kunnen worden de mogelijkheden tot het vervroegen dan wel uitstellen van de pensioeningangsdatum, het toepassen van de hoog/laag-constructie van 100:75, het recht op uitruil van partnerpensioen en ouderdomspensioen, de verschuiving naar meer partnerpensioenen op risicobasis dan op opbouwbasis, de toename van indexatietoepassingen vanwege de verschuiving naar middelloonregelingen alsook het recht op internationale waardeoverdracht.[4]

Naast de wijzigingen en ontwikkelingen in de pensioenregelingen en pensioenwetgeving zijn er ook andere maatschappelijke ontwikkelingen die in acht genomen moeten worden. Wanneer gekeken wordt naar het percentage scheidingen in Nederland, dan kan geconstateerd worden dat dit percentage toeneemt. Daar staat tegenover dat het aantal huwelijken en partnerschapsregistraties daalt. In de huidige tijd wordt steeds vaker voor andere samenleefvormen gekozen, al dan niet bekrachtigd met een samenlevingscontract. Bovendien houden relaties niet meer zo lang stand als 30-40 jaar geleden.

Tabel 1[5]

	Aantal echtscheidingen	**% echtscheidingen**	**Aantal huwelijken en partnerschapsregistraties**
1950	6.462	7,7%	83.110
1980	25.419	24%	90.182
2013	33.636	38,1%	64.549

Uit de cijfers blijkt ook dat de situatie van een kostwinner die het geld verdient en de echtgenote die thuis voor de kinderen zorgt steeds minder frequent voorkomt. De meest gangbare vorm anno 2015 is de combinatie waarbij één partner een voltijdbaan heeft en de ander een grote deeltijdbaan. Opmerkelijk is dat het aandeel tweeverdieners in de afgelopen twintig jaar in snel tempo is gegroeid, maar dat het totaal aantal arbeidsuren dat beide partners werken tussen 1992 en 2013 nauwelijks is gewijzigd.[6] Overigens kan voor Nederland beter gesproken worden over 'anderhalf'-verdieners, nu Nederland bovenaan staat wat het deeltijdwerken betreft. Daarbij dient wel in gedachten te worden gehouden dat beide partners weliswaar werken, maar niet in gelijke mate een even groot pensioen opbouwen.

Een andere ontwikkeling die zich daarnaast voordoet is het flexibeler en mobieler worden van de arbeidsmarkt. Daar waar in het verleden het merendeel van de werkende bevolking een vaste dienstbetrekking had en daarnaast ondernemers hun

4 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 2.
5 Statline.cbs.nl, Huwelijksontbindingen door echtscheiding, cijfers 12 december 2014, Statline.cbs.nl, Huwen en partnerschapsregistraties, cijfers 3 september 2014.
6 www.cbs.nl, CBS: Meer tweeverdieners met een voltijdbaan en een grote deeltijdbaan, 29 januari 2015.

activiteiten in een onderneming ontplooiden (denk aan de bakker op de hoek), bestaat de arbeidsmarkt thans niet meer uitsluitend uit vaste contracten en ondernemers. De groep werkenden met een flexibele arbeidsrelatie betreft 22% (2014) van de arbeidsmarkt. Sinds 2004 is dat een toename met 7%. Het aandeel zzp'ers is in dezelfde periode toegenomen van 8 naar 12%.[7] In tegenstelling tot de jaren vijftig uit de vorige eeuw bestaat de arbeidsmarkt thans uit diverse vormen. De vaste dienstbetrekking, de tijdelijke dienstbetrekking, flexcontracten, de zelfstandige zonder personeel (zzp'er), de ondernemer, maar ook de directeur-grootaandeelhouder (dga). Daarbij wordt ook steeds gewisseld tussen deze arbeidsvormen of wordt er juist een combinatie gemaakt.

Afhankelijk van de arbeidsvorm waarin gewerkt wordt, kan daar een vorm van oudedagsvoorziening aan gekoppeld zijn. Denk hierbij aan het werknemerspensioen van de werkgever, maar ook de lijfrente, het beroepspensioen, het pensioen in eigen beheer. Vanwege de vele wisselingen op de arbeidsmarkt kan het zo zijn dat één persoon over meerdere vormen van oudedagsvoorzieningen beschikt. Daarbij kan opgemerkt worden dat de fiscale facilitering die geldt voor pensioen en de fiscale facilitering die geldt voor lijfrenten steeds korter bij elkaar komen te liggen. De fiscale wetswijzigingen die per 1 januari 2014 en per 1 januari 2015 zijn doorgevoerd ter versobering van de pensioenopbouw zijn voorbeelden waaruit blijkt dat de wijzigingen ook doorwerken in de omvang en de facilitering van lijfrenten.[8]

3. WVPS: wat moet er nog gebeuren?

Daar waar de ontwikkelingen zijn doorgegaan, is het kabinet na zijn toezeggingen in 2009 blijven stilstaan. Wat moet er nog steeds gebeuren? Op een aantal terreinen staan er nog actiepunten open, waarvan het kabinet heeft aangegeven deze op te pakken.[9]

Meer bekendheid

Uit de kabinetsbrief blijkt dat het kabinet het ermee eens is dat de bekendheid over de werking van de wet vergroot en verbeterd moet worden onder burgers, advocaten en notarissen. Enerzijds zou dat kunnen door het verstrekken van informatie van voorlichtingsmateriaal via brochures en digitale wegen, maar dat blijft een vrij passieve actie. Tevens pleitte het kabinet ervoor de pensioendeling als thema op te nemen in de beroepsopleidingen en in de opleidingen voor permanente educatie. Daarmee blijft de vraag overeind hoe ervoor gezorgd kan worden dat een betrokkene daadwerkelijk en tijdig informatie krijgt, zodat hij op basis daarvan keuzes kan maken. Het kabinet ziet daarvoor een rol voor pensioenuitvoerders die daarin een proactief beleid kunnen voeren. Een van de mogelijkheden is om pensioenuitvoerders gebruik te laten maken

7 www.cbs.nl, CBS: sterke toename flexwerk, 1 juni 2015.

8 Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd, *Stb.* 2012, 328; Wet verhoging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen, *Stb.* 2014, 196.

9 Zie ook G.J.B. Dietvorst & A.H.H. Bollen-Vandenboorn, 'Twintig jaar Wet VPS: tijd voor onderhoud', *Pensioen Magazine* 2015/5, p. 11-16.

van de informatie in de Basisregistratie Personen (BRP). Zodra sprake is van een scheiding wordt dit in het BRP geregistreerd, waardoor de pensioenuitvoerders automatisch een melding krijgen. Op basis van deze melding zou de pensioenuitvoerder de deelnemer gericht kunnen informeren en voorzien van het mededelingsformulier. Als na enige tijd niet gereageerd wordt door de deelnemer zou nog een rappel gestuurd kunnen worden.[10] Tot op heden is niet gebleken dat het kabinet met de toenmalige pensioenkoepels, thans opgegaan in de Pensioenfederatie, heeft gesproken over deze mogelijkheid.

Uitruil ouderdomspensioen in partnerpensioen bij echtscheiding
Een volgende maatregel die het kabinet heeft aangekondigd, betreft het treffen van een maatregel die erop gericht is de vereveningsgerechtigde in staat te stellen een uitruil toe te passen van ouderdomspensioen in partnerpensioen, wanneer blijkt dat het partnerpensioen gefinancierd is op risicobasis. Hoewel een dergelijke uitruil op moment van scheiding geregeld kan worden in de pensioenregeling, vond het kabinet het belang hiervan zo groot dat zij aankondigde een wetsvoorstel voor te bereiden.[11]

Eenduidige rekenmethodiek bij conversie
In de genoemde evaluatierapporten werd naar voren gebracht dat in de praktijk behoefte bestond aan een eenduidige rekenmethodiek ingeval sprake is van een conversie. Dit hangt ermee samen dat deze omzetting bekeken kan worden vanuit een waardebenadering dan wel vanuit een aanspraakbenadering. Bij de eerste benadering vindt een berekening actuarieel neutraal plaats, waarbij de waarde van het vereveningsdeel wordt omgezet. Bij de aanspraakbenadering vindt de omzetting niet actuarieel neutraal plaats. Hier wordt aanspraak omgezet in een gelijke eigen aanspraak. Beide methodes worden in de praktijk toegepast. De reactie van het kabinet op dit aandachtspunt was heel terughoudend in die zin dat het kabinet geen inhoudelijke uitspraak hierover heeft gedaan. Wel geeft het kabinet aan in contact te zullen treden met de pensioenuitvoerders.[12] Dit is tot op heden echter niet gebeurd.

Indexatie vereveningsdeel in opbouwfase
Op grond van de WVPS (art. 3 lid 2) is indexatie van ingegane pensioenuitkeringen voortkomend uit het vereveningsdeel toegestaan. Uit de parlementaire stukken blijkt dat indexatie van het vereveningsdeel ook in de opbouwfase meegenomen moet worden. Dit is echter niet als zodanig tot uitdrukking gekomen in de wettekst. Het kabinet heeft in zijn brief aangegeven te bezien op welke wijze deze bepaling aangepast kan worden.[13] Nu middelloonregelingen het meest gangbaar zijn in Nederland zou een wettelijke bepaling die correct toepasbaar is op zijn plaats zijn. Tot op heden is er nog niets gebeurd.

10 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 10-11.
11 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 11-12.
12 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 14.
13 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 15.

Internationale waardeoverdracht met instemming
Met betrekking tot de waardeoverdracht van pensioen is er een knelpunt dat ligt op het terrein van internationale waardeoverdracht. Volgens de huidige regels in de WVPS is het mogelijk dat de vereveningsplichtige zijn volledig ouderdomspensioen overdraagt naar een buitenlandse uitvoerder inclusief het vereveningsdeel. Het partnerpensioen kan hij niet zonder meer overdragen, daarvoor heeft hij de instemming van zijn partner nodig op grond van art. 85 PW. Een buitenlandse pensioenuitvoerder is niet gehouden aan de regels die gelden in Nederland. Ook al is tijdig melding van de scheiding gedaan bij de Nederlandse pensioenuitvoerder, een buitenlandse pensioenuitvoerder is er niet aan gehouden. Jegens deze buitenlandse pensioenuitvoerder ontstaat dan ook geen rechtstreeks recht op uitbetaling. Bovendien heeft de vereveningsgerechtigde geen zeggenschap over deze pensioenaanspraak waardoor een vereveningsplichtige de nodige vrijheid krijgt met betrekking tot het pensioen. Om hierin bescherming te bieden heeft het kabinet aangegeven een wettelijke bepaling op te nemen waarin bepaald wordt dat internationale waardeoverdracht alleen mogelijk is met instemming van de vereveningsgerechtigde.[14] Deze toezegging is in 2009 gedaan, maar tot op heden nog niet in wetgeving omgezet. Een andere optie die in overweging genomen kan worden, is de vereveningsgerechtigde op het moment van internationale waardeoverdracht de mogelijkheid van conversie te bieden.[15]

Waardeoverdracht van geconverteerd deel
Met betrekking tot de waardeoverdracht speelt er ook nog een ander aspect dat ziet op waardeoverdracht van het geconverteerde pensioenrecht. Onder de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW) was het mogelijk om een geconverteerde pensioenaanspraak voortkomend uit de toepassing van art. 5 WVPS door middel van waardeoverdracht over te brengen naar de eigen pensioenregeling van de vereveningsgerechtigde. Bij inwerkingtreding van de Pensioenwet (PW) in 2007 is deze mogelijkheid niet mee overgenomen in de wet. Het kabinet geeft in zijn kabinetsbrief van 2009 echter aan positief te staan tegenover het alsnog opnemen van deze mogelijk in de PW.[16] Ook deze aanpassing is tot op heden niet tot stand gekomen. Wel kan hierbij opgemerkt worden dat met de komst van het pensioenregister in ieder geval een betere informatievoorziening voorhanden is waarmee achterhaald kan worden tot welke pensioenen iemand gerechtigd is, inclusief het vereveningsdeel, en waar dit pensioen ondergebracht is.[17]

Behalve de hiervoor genoemde knelpunten is er nog een aantal aandachtspunten te benoemen die bij een aanpassing van de WVPS meegenomen kunnen worden.

---

14 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 15.
15 G.J.B. Dietvorst & A.H.H. Bollen-Vandenboorn, 'Twintig jaar Wet VPS: tijd voor onderhoud', *Pensioen Magazine* 2015/5, p. 14.
16 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 16.
17 Zie www.mijnpensioenoverzicht.nl, G.J.B. Dietvorst, 'Evaluatie Wet VPS: tevredenheid overheerst, maar we zijn er nog niet', *TPV* 2010/3, p. 14.

Kleine pensioenen
Door de flexibiliteit en beweging op de arbeidsmarkt komt het steeds vaker voor dat iemand bij verschillende werkgevers werkt en overal kleine pensioenen opbouwt. In de WVPS is bepaald dat kleine pensioenen niet verevend worden vanwege de uitvoeringstechnische problemen. Met een klein pensioen wordt bedoeld een pensioen waarvan het vereveningsdeel ten tijde van de scheiding niet meer bedraagt dan de norm genoemd in art. 66 PW (€ 462,88 in 2015). Het niet verevenen van deze kleine pensioenen kan in de huidige tijd nadelig uitpakken voor de vereveningsgerechtigde. Indien alle kleine pensioenen bij elkaar genomen zouden worden, had de vereveningsgerechtigde mogelijk wel recht gehad op pensioenverevening. Oplossing kan zijn dat in de WVPS wordt opgenomen dat alle kleine pensioenen bij elkaar geteld moeten worden ter bepaling of het bedrag te gering is om voor pensioenverevening in aanmerking te komen. Daarnaast kan ook hier het Pensioenregister behulpzaam zijn bij de praktische uitvoering.[18]

Omzetting geregistreerd partnerschap in huwelijk
Wanneer naar het begrip scheiding gekeken wordt in de WVPS wordt daaronder ook verstaan de omzetting van een geregistreerd partnerschap in een huwelijk (art. 1 onderdeel a WVPS). In geval van een scheiding geldt onverkort het recht op verevening. Dit leidt tot de vreemde situatie dat de omzetting in een huwelijk het recht op pensioenverevening doet ontstaan, terwijl partners juist niet uit elkaar gaan. Dit zal niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. Hetzelfde geldt voor het bijzonder nabestaandenpensioen bij een omzetting van geregistreerd partnerschap in een huwelijk (art. 1 en art. 57 PW).[19] Een aanpassing is daarom wenselijk.

Positie partner van samenwonende dga
Een andere opmerkelijke bevinding betreft de positie van de partner van de dga. Bij de inwerkingtreding van de PW in 2007 is heel bewust de dga buiten de werking van deze wet geplaatst. Daarmee werd ook de werking van art. 57 PW uitgesloten voor de partner van de dga. In deze bepaling is opgenomen dat in geval van beëindiging van de partnerrelatie de gewezen partner recht krijgt op bijzonder nabestaandenpensioen. Voor de PW wordt ook als partner aangemerkt de persoon die ingevolge de pensioenregeling voldoet aan de voorwaarden van partner. Dat betekent dat bij beëindiging van een samenwoonsituatie de ongehuwde partner recht krijgt op bijzonder nabestaandenpensioen indien voldaan wordt aan de voorwaarden voor partner in de desbetreffende pensioenregeling. De wetgever heeft voor de partner van de dga naar een oplossing gezocht om toch het recht op bijzonder partnerpensioen veilig te stellen in geval van een scheiding. Dit is opgelost door in art. 3a WVPS een met art. 57 PW vergelijkbare bepaling op te nemen, met dien verstande dat voor de uitleg van het begrip partner gekeken moet worden in de WVPS en niet

18 G.J.B. Dietvorst & A.H.H. Bollen-Vandenboorn, 'Twintig jaar Wet VPS: tijd voor onderhoud', *Pensioen Magazine* 2015/5, p. 14.
19 G.J.B. Dietvorst & A.H.H. Bollen-Vandenboorn, 'Twintig jaar Wet VPS: tijd voor onderhoud', *Pensioen Magazine* 2015/5, p. 15.

in de PW. Hierdoor ontstaat de situatie dat bij beëindiging van de samenwoonsituatie tussen de ongehuwde dga en zijn partner, deze partner geen recht op bijzonder nabestaandenpensioen krijgt. Een dergelijk verschil in rechtspositie zal door de wetgever bij introductie van art. 3a WVPS niet beoogd zijn.[20]

4. Stip op de horizon: arbeidsvormneutrale pensioendeling bij scheiding

Uit het voorgaande blijkt dat het kabinet in 2009 een aantal toezeggingen heeft gedaan. De praktijk wacht nog steeds op de uitvoering daarvan. Met betrekking tot een aantal aangebrachte knel- en aandachtspunten heeft het kabinet aangegeven daarvoor geen ruimte tot aanpassing te zien. Specifiek kunnen hier genoemd worden de wijze van verevening bij beschikbarepremieregelingen en het onder de werking van de WVPS brengen van lijfrenten. Met betrekking tot de beschikbarepremieregelingen is het kabinet de mening toegedaan dat in de praktijk al in voldoende mate is uitgekristalliseerd hoe de WVPS toegepast moet worden bij verevening van het pensioen in geval van premie- en kapitaalovereenkomsten.[21] Het kabinet ging er toen aan voorbij dat in de praktijk diverse variaties bestonden om invulling te geven aan de vereveningsverplichting. Uniformiteit bestond er in de praktijk niet en deze bestaat nog steeds niet. Het belang om tot een uniforme regeling te komen wordt echter steeds groter nu de maatschappelijke pensioenontwikkelingen een verschuiving laten zien in de aard van het pensioencontract. Daar waar in het verleden toezeggingen werden gedaan over de hoogte van de pensioenuitkeringen, is inmiddels duidelijk geworden dat harde pensioentoezeggingen niet meer gedaan kunnen worden. De rapporten van de commissies Frijns[22] en Goudswaard[23] en de ontwikkelingen naar aanleiding van het Pensioenakkoord[24] en het nieuwe FTK laten een risicoverschuiving zien van de werkgever en uitvoerder naar de deelnemer. In de praktijk heeft dit erin geresulteerd dat steeds vaker door sociale partners voor een beschikbarepremieregeling wordt gekozen. Cijfers laten zien dat zo'n 22% van de pensioenregelingen bij een pensioenfonds een ander karakter heeft dan een uitkeringsovereenkomst.[25] Bij verzekeraars ligt dit percentage op 62%.[26] Deze trend zet zich door en is ook terug te zien in allerlei varianten van beschikbarepremieregelingen, zoals de CDC-regelingen, maar ook het nettopensioen dat een individuele beschikbarepremieregeling is.

---

20 G.J.B. Dietvorst & A.H.H. Bollen-Vandenboorn, 'Twintig jaar Wet VPS: tijd voor onderhoud, *Pensioen Magazine* 2015/5, p. 14-15.

21 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 14.

22 Commissie Beleggingsbeleid en Risicobeheer: *Onzekere zekerheid, een analyse van het beleggingsbeleid en het risicobeheer van de Nederlandse pensioenfondsen* (19 januari 2010).

23 Commissie Toekomstbestendigheid aanvullende Pensioenregelingen: *Een sterke tweede pijler, Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen.* Aangeboden op 27 januari 2010, AV/PB/2010/1822.

24 Brief van 10 juni 2011 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer en uitwerkingsmemorandum Pensioenakkoord van 9 juni 2011 van de Stichting van de Arbeid.

25 www.statistics.dnb.nl, statistiek, Financiële instellingen, pensioenfondsen, pensioenregelingen, 2014.

26 www.statistics.dnb.nl, statistiek, Financiële instellingen, verzekeraars, rechtstreeks pensioenregelingen, 2014.

Bij deze pensioenregeling geldt dat de uiteindelijke hoogte van de pensioenuitkering afhankelijk is van het behaalde beleggingsresultaat, de ontwikkeling van de rentestand en de ontwikkeling van de overlevingskansen.

De oorspronkelijke doelstelling van de wetgever is dat bij pensioenverevening de uitkering gedeeld wordt. De wetgever heeft bewust de keuze gemaakt om de pensioendeling niet via een vermogensrechtelijke benadering vast te stellen en vervolgens de contante waarde van de pensioenaanspraak te delen. De idee daarbij was dat het delen van de uitkeringen beter aansloot bij de achterliggende gedachte bij pensioenregelingen. Gelet op de huidige ontwikkelingen zou de vraag gesteld kunnen worden of daar nog zo strak aan vastgehouden moet worden. De nieuwe pensioenproducten laten juist zien dat gedurende de opbouwfase niet met zekerheid is te zeggen wat de uiteindelijke uitkeringshoogte zal zijn. De ontwikkelingen zijn inmiddels zover gevorderd dat een kabinet zich niet meer kan verschuilen achter de opmerking dat de praktijk het zelf wel oplost. Gelet op de toename van de beschikbarepremieregelingen en variaties daarop is het kabinet inmiddels verplicht zich uit te spreken welke uniforme methodiek hiervoor gehanteerd moet worden en welke grondslag dit krijgt in de wetgeving.

De verschuiving naar beschikbarepremieregelingen betekent ook dat het pensioenproduct uit de tweede pijler steeds meer gaat lijken op de lijfrenten in de derde pijler. Hiervoor is al aangegeven dat de fiscale facilitering van tweede- en derdepijlerproducten steeds meer op elkaar afgestemd worden. In 2011 resp. 2013 heeft de Commissie Kappelle[27] en de Werkgroep Arbeidsvormneutraal pensioenkader[28] zich al uitgesproken om te komen tot een arbeidsvormneutraal pensioenkader. Doelstelling van dit kader is een ieder eenzelfde fiscale ruimte te bieden om zijn oudedagsvoorziening op te bouwen ongeacht de arbeidsvorm van waaruit dit gebeurt. Het is immers toch vreemd dat iemand die advocaat is in loondienst en pensioen opbouwt bij een pensioenfonds een andere fiscale ruimte kan benutten dan iemand die het beroep van advocaat als zelfstandige uitoefent en voor zijn pensioen een lijfrente moet afsluiten. Bovendien wordt ook steeds vaker gewisseld tussen arbeidsvormen of wordt er juist een combinatie gemaakt. Dit betekent ook dat er thans veel vormen van oudedagsvoorzieningen bestaan en ook dat slechts één persoon over meerdere vormen van oudedagsvoorzieningen kan beschikken. Denk hierbij aan het pensioen zoals dit voortkomt uit een werkgevers-werknemersrelatie, het pensioen in eigen beheer alsook de lijfrenten.

In geval van een scheiding bepaalt de WVPS dat alleen het arbeidspensioen uit de tweede pijler voor verevening in aanmerking komt. In de kabinetsbrief van 24 juni 2009 worden opnieuw de derdepijlerproducten, zoals lijfrenten, buiten de reikwijdte van de wet geplaatst. Volgens het kabinet wordt een afbakeningsprobleem gecreëerd wanneer de reikwijdte wordt uitgebreid. Het kabinet rekt de situatie vervolgens wel

27 *Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen: het kan beter, eerlijker, efficiënter en eenvoudiger*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 242, Deventer: Kluwer 2011.

28 *Arbeidsvormneutraal pensioenkader: een logische vervolgstap*, CompetenceCentre for Pension Research/Tilburg University, 2013.

heel ver op door aan te geven dat mogelijk discussies kunnen ontstaan of een erfenis wel of niet als oudedagsvoorziening kwalificeert, idem dito met betrekking tot de overwaarde van een huis. Het kabinet is van mening dat partijen het zelf kunnen oplossen door in huwelijkse voorwaarden of in een echtscheidingsconvenant de werking van de WVPS uit te sluiten.[29] Daarmee creëer je inderdaad een gelijke behandeling tussen pensioen en lijfrente, maar dat is wel de wereld op zijn kop. Gedachte is juist om ook de lijfrente onder de werking van de WVPS te krijgen.

Ik wil zelfs nog een stap verder gaan en geheel in stijl van prof. dr. G.J.B. Dietvorst een stip op de horizon plaatsen en pleiten voor arbeidsvormneutrale pensioendeling bij scheiding.

De oudedagsvoorziening die wordt opgebouwd ongeacht de arbeidsvorm waar deze uit voortkomt, dient onder de reikwijdte van de WVPS te vallen. Daarmee worden bedoeld de oudedagsvoorzieningen die voorzien in een periodieke uitkering op moment van pensioeningangsdatum. Hieronder wordt verstaan het arbeidspensioen uit de tweede pijler, maar ook de lijfrente uit de derde pijler. Dat betekent ook dat de per 1 januari 2015 geïntroduceerde nettopensioenregelingen en nettolijfrenten onder de reikwijdte vallen. Vooralsnog blijft het pensioen van de dga dat in eigen beheer wordt opgebouwd ook onder de reikwijdte van de WVPS vallen. Wanneer de plannen tot introductie van een fiscale pensioenreserve of oudedagsbestemmingsreserve doorgang zouden vinden ter vervanging van het pensioen in eigen beheer, zou de voorziening volgens de huidige regels buiten de reikwijdte van de wet vallen.[30] Volgens de plannen bestaat echter de verplichting om op pensioeningangsdatum een lijfrente aan te kopen met de gereserveerde middelen. Wanneer een arbeidsvormneutrale pensioendeling bij scheiding geïntroduceerd zou kunnen worden, zou daarmee ook ruimte ontstaan om toch de belangen van de partner van de dga te beschermen. Belangen die niet meer gewaarborgd zijn wanneer een fiscale pensioenreserve dan wel oudedagsbestemmingsreserve ingevoerd wordt onder de huidige werking van de WVPS.

Het kabinet kan niet achter blijven bij de maatschappelijke ontwikkelingen die plaatsvinden. In de kabinetsbrief van 2009 wordt immers zelf aangegeven dat het doel van bijstelling van de wet is dat deze in lijn gebracht wordt met de ontwikkelingen die er sinds de inwerkingtreding van de WVPS zijn geweest in het pensioenrecht en in de pensioenregelingen die effect hebben op het delen van pensioen bij scheiding.[31] Het is dus tijd om actie te ondernemen en zich te houden aan de gestelde doelstellingen en toezeggingen.

---

29 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 15.

30 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 752, nr. 75, Brief van 6 december 2013, kenmerk DB/2013/576, Schriftelijk overleg over de brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 6 december 2013 over Pensioen in eigen beheer, ontklemming fiscale oudedagsreserves en stakingslijfrenten en verruiming kleine afkoopregeling lijfrenten, 2 juni 2014, nr. DB/2014/208M.

31 Brief van 24 juni 2009, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 481, nr. 19, p. 16.

5. Tot slot

De huidige ontwikkelingen op het terrein van samenlevingsvormen, variaties in pensioenproducten en de flexibiliteit en mobiliteit op de arbeidsmarkt vragen om een serieuze behandeling van de aangekaarte knel- en aandachtspunten met betrekking tot de WVPS. Behalve het uitvoeren van de gedane toezeggingen uit 2009 is het ook tijd om na te denken of een nieuwe stip op de horizon geplaatst moet worden met betrekking tot de reikwijdte van de WVPS gelet op de tijdgeest waarin we nu zitten. Is die stip op de horizon een arbeidsvormneutrale pensioendeling bij scheiding?

DR. B. DIELEMAN[1]

Voorstel tot minder indexeren pensioen van ouderen nader bezien

1. Inleiding

Eind 2014 heeft Gerry Dietvorst in een met Bastiaan Starink en door het *Brabants Dagblad* gepubliceerd artikel geopperd, dat pensioen vanaf een bepaalde leeftijd minder geïndexeerd zouden moeten worden.[2] Naar ik begrijp heeft dit artikel felle reacties opgeleverd van burgers die tegen het minder indexeren van pensioen vanaf een bepaalde leeftijd zijn. Hoog tijd om het voorstel van Gerry nader te analyseren.

In deze bijdrage analyseer ik de wenselijkheid van het minder indexeren van pensioen vanaf een bepaalde leeftijd. In paragraaf 2 analyseer ik de recente ontwikkelingen ten aanzien van de houdbaarheid van ons pensioenstelsel. In paragraaf 3 schets ik het huidige wettelijke kader ten aanzien van het (niet) indexeren. Paragraaf 4 bevat de voor- en tegenargumenten voor het niet of minder indexeren vanaf een bepaalde leeftijd. Paragraaf 5 bevat een concreet voorstel. Paragraaf 6 bevat de samenvatting en conclusies van deze bijdrage.

2. Relevante ontwikkelingen Nederlandse pensioenstelsel

2.1. Overstap van middelloonregeling naar beschikbarepremieregeling

De afgelopen jaren is een groot aantal werkgevers overgestapt van een eind- of middelloonregeling naar een beschikbarepremieregeling.[3] Dit wordt met name veroorzaakt door de inwerkingtreding van het aangepaste IAS 19, de internationale accountancy standaard voor de verwerking van pensioenverplichtingen in de jaarrekening. Volgens IAS 19 moet een werkgever namelijk een voorziening vormen voor een elders ondergebrachte eind- of middelloonregeling, hetgeen als onwenselijk wordt ervaren.[4] Een beschikbarepremieregeling heeft daarnaast ten aanzien

---

1 Werkzaam bij Loyens & Loeff NV en verbonden aan Tilburg University. Auteur dankt L. Stooker MSc, eveneens werkzaam bij Loyens & Loeff NV, voor haar bijdrage aan dit artikel.

2 G.J.B. Dietvorst & B. Starink, 'Goed pensioen vereist solidariteit', *Brabants Dagblad*, 22 oktober 2014.

3 Aangezien uit recente cijfers van DNB blijkt dat minder dan één procent van de werknemers een eindloonregeling heeft, spreek ik hierna enkel over middelloonregelingen.

4 B. Dieleman, 'Invloed herziening IAS 19 op aanpassing pensioenregelingen', *TJR* 2014-05.

van een middelloonregeling als voordeel, dat deze financiële zekerheid biedt voor werkgevers. Bij een beschikbarepremieregeling is de pensioenlast in de winst- en verliesrekening immers in principe gelijk aan een vooraf afgesproken aan een pensioenuitvoerder te betalen pensioenpremie. Dit terwijl een werkgever bij een middelloonregeling een verhoging van de pensioenpremie of extra betalingen aan een pensioenuitvoerder tegemoet kan zien in het geval de financiële situatie van een pensioenuitvoerder onvoldoende is om de verplichtingen uit hoofde van de middelloonregeling na te komen. Het bovenstaande impliceert dat de risico's van pensioen, beleggingsrisico en langlevenrisico, bij de werknemer komen te liggen bij een overstap van een middelloonregeling naar een beschikbarepremieregeling.

2.2. Versobering fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw

In de afgelopen jaren heeft de wetgever tal van maatregelen doorgevoerd die een positief effect hebben gehad op het verlengen van de werkzame periode van werknemers. Tot 1 januari 2014 was namelijk het uitgangspunt van de fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw dat gedurende een periode van 35 dienstjaren en bij een pensioenrichtleeftijd van 65 jaar, een pensioen ter hoogte van 70% van het laatstverdiende loon kon worden verworven. Met ingang van 1 januari 2014 is de pensioenrichtleeftijd echter verhoogd naar 67 jaar en werd het uitgangspunt dat gedurende 37 dienstjaren een pensioen ter hoogte van 70% van het laatstverdiende loon kon worden verworven.[5] Per 1 januari 2015 is laatstgenoemd uitgangspunt vervangen. Nu heeft men 40 dienstjaren nodig om tot een pensioen ter hoogte van 75% van het gemiddelde loon te komen. Voorts is een maximaal pensioengevend loon ter hoogte van € 100.000 geïntroduceerd, hetzij dat het nettopensioen en de nettolijfrente in het leven zijn geroepen.[6] Bovengenoemde maatregelen hebben alleen betrekking op na 1 januari 2014 respectievelijk na 1 januari 2015 op te bouwen pensioen. De maatregelen hebben daarnaast tot gevolg dat jongeren substantieel minder pensioen kunnen opbouwen dan de huidige gepensioneerden.

2.3. Wet aanpassing financieel toetsingskader

Met ingang van 1 januari 2015 is de Wet aanpassing financieel toetsingskader in werking getreden.[7] De invoering van deze wet heeft onder andere tot gevolg dat pensioenen enkel mogen worden geïndexeerd indien de dekkingsgraad van een pensioenfonds ten minste 110% bedraagt. Indien en voor zover de dekkingsgraad meer dan 110% bedraagt, geldt dat voor elke 10% dat de dekkingsgraad hoger is dan bovengenoemde 110%, de indexatie 1% mag bedragen.[8] Echter, de gemiddelde dekkingsgraad van de Nederlandse pensioenfondsen bedroeg in april 2015 circa 104%.[9] Daarmee lijkt de onder andere door (een deel van) de sociale partners geuite vrees dat de Wet

5 *Stb.* 2005, 115 en *Stb.* 2012, 328.
6 Zie voor een nadere toelichting B. Dieleman, 'Fiscale pensioenwetgeving; stand van zaken', *MBB* 2015-01.
7 *Stb.* 2014, 567.
8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 972, nr. 3, MvT, par. 4.3.
9 Aon Hewitt, de pensioenthermometer, www.pensioenthermometer.nl, 2015.

aanpassing financieel toetsingskader tot gevolg heeft dat het onwaarschijnlijk is dat pensioenen de komende jaren kunnen worden geïndexeerd, werkelijkheid te worden.[10]

3. Huidige mogelijkheden ten aanzien van indexatie

In art. 13 PW is opgenomen dat in een pensioenovereenkomst moet worden vastgelegd op welke wijze een pensioen wordt geïndexeerd. Of een dergelijke indexatie voorwaardelijk is, hetgeen anno 2015 nagenoeg altijd het geval is, alsmede welke voorwaarden aan deze voorwaardelijkheid zijn verbonden, wordt in principe overgelaten aan de sociale partners. De PW staat een ten aanzien van indexatie te maken onderscheid tussen actieven en inactieven niet in de weg. In dit verband merk ik op dat het in de praktijk regelmatig voorkomt dat het pensioen van actieven beter of eerder wordt geïndexeerd dan het pensioen van inactieven.

Een deelnemer met een beschikbarepremieregeling dient uiterlijk op pensioendatum een levenslang ouderdomspensioen aan te kopen met het opgebouwde pensioenkapitaal. Voor de hoogte van de toekomstige pensioenuitkeringen zijn verschillende factoren van belang. Voor deze bijdrage is met name van belang dat een deelnemer bij de aankoop van een levenslang ouderdomspensioen in beginsel de keuze heeft om een uitkering met of zonder indexatie aan te kopen.

Als bij een beschikbarepremieregeling voor een ouderdomspensioen met indexatie wordt gekozen, heeft de deelnemer veelal de keuze uit diverse vormen van (onvoorwaardelijke) indexatie, bijvoorbeeld 1%, 2% of 3%. Daarbij geldt dat hoe lager de indexatie, hoe hoger de nominale pensioenuitkering vanaf pensioendatum. Anders gezegd, het beschikbare kapitaal wordt bij afwezigheid van indexatie evenredig over de jaren verdeeld, terwijl bij indexatie de absolute hoogte van de pensioenuitkering met een bepaald percentage stijgt. De praktijk leert dat veel deelnemers van een beschikbarepremieregeling voor een pensioen zonder indexatie kiezen.

De keuze om pensioenuitkeringen al dan niet te indexeren, bestaat alleen voor werknemers met een beschikbarepremieregeling. Wetende dat veel werknemers met een beschikbarepremieregeling voor een pensioenuitkering zonder indexatie kiezen, is het op het eerste gezicht vreemd dat werknemers met een middelloonregeling deze keuze niet hebben. Dit terwijl de PW in een breed scala aan andere keuzes voorziet bij het bereiken van de pensioendatum, ongeacht het soort pensioenregeling. Dat bij middelloonregelingen geen keuze is om af te zien van indexatie in ruil voor een hogere uitkering vanaf pensioendatum, is vermoedelijk het uitvloeisel van het feit dat bij een middelloonregeling een bepaalde uitkering wordt toegezegd. Met verwijzing naar paragraaf 2 betekent het feit dat deelnemers in een eind- of middelloonregeling geen keuze hebben ten aanzien van indexatie, echter zeker niet dat pensioenaanspraken en -uitkeringen per definitie worden geïndexeerd.

10 *Kamerstukken I* 2014/15, 33 972, bijlage bij nr. B.

Werknemers, ongeacht in welk soort regeling zij deelnemen, hebben op grond van

2. De oorzaak van het probleem

In navolging van de aankondiging in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011,[3] heeft Nederland ook in de onderhandelingen over het nieuwe verdrag met Duitsland ingezet op een bronstaatheffing voor fiscaal gefaciliteerd opgebouwde pensioenen en lijfrenten. De reden hiervoor is dat Nederland vindt dat het land dat uitstel van belastingbetaling heeft gegeven over de pensioenaanspraken bij de opbouw van het pensioen en de aftrek van pensioenpremies heeft toegestaan, als bronland van die pensioenen ook het recht moet hebben om over de uitgekeerde pensioenen te heffen. Dit is op het zogenoemde bronstaatbeginsel gebaseerd. Het woonstaatbeginsel daarentegen, wijst de heffing toe aan de woonstaat van de pensioengerechtigde.[4] Onder het uit 1959 stammende oude verdrag met Duitsland gold als uitgangspunt een woonstaatheffing ter zake van pensioenen en lijfrenten. Alleen bij overheidspensioenen was een bronstaatheffing van toepassing. Dit had tot gevolg dat in Duitsland wonende pensionado's met een in Nederland opgebouwd bedrijfspensioen in Duitsland in de heffing werden betrokken. Deze Duitse belastingheffing was meestal (veel) lager dan de belasting die deze pensionado's in Nederland zouden hebben moeten betalen bij een bronstaatheffing. Dit kwam enerzijds door de lagere tarieven in Duitsland, anderzijds doordat pensioenen in Duitsland doorgaans niet volledig tot de belastinggrondslag worden gerekend. In het nieuwe verdrag met Duitsland worden in het geval pensioenen (inclusief AOW en eventuele lijfrenten) meer bedragen dan € 15.000 per jaar, deze ter heffing toegewezen aan Nederland. Overheidspensioenen hoeven niet te worden meegenomen bij de bepaling van de € 15.000-grens. Het heffingsrecht ter zake van pensioenen van € 15.000 of minder blijft bij Duitsland.

Deze verdragswijziging dreigde te leiden tot grote inkomensgevolgen voor in Duitsland wonende Nederlandse pensionado's. Dit kan met een voorbeeld worden geïllustreerd.[5] Stel een ongehuwde Nederlander die een bedrijfspensioen heeft opgebouwd in Nederland en in het verleden naar Duitsland is geëmigreerd. Zijn totale inkomen is € 43.500, bestaande uit € 13.500 AOW en € 30.000 bedrijfspensioen. Onder het oude belastingverdrag Nederland-Duitsland werd alleen de heffing over de AOW aan Nederland toegewezen. De heffing over het bedrijfspensioen werd aan Duitsland toegewezen. Dit betekende dat onder het oude verdrag deze Nederlander in 2014 in totaal € 735 belasting was verschuldigd. Als het nieuwe verdrag ingaat, worden bedrijfspensioenen van meer dan € 15.000 ter heffing aan Nederland toegewezen. Dit zal betekenen dat deze belastingplichtige in totaal jaarlijks € 6.686 moet gaan betalen, een stijging van maar liefst € 5.951.

3 Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7.
4 Zie ook B. Starink, *Belastingheffing over particulierpensioen en overheidspensioen in grensoverschrijdende situaties* (FM nr. 144), Deventer: Kluwer, p. 69 e.v.
5 Afkomstig uit *Kamerstukken II* 2013/14, 33 615, nr. 8, p. 27 e.v.

3. Overgangsregelingen

Om de soms forse inkomensgevolgen van deze verdragswijziging enigszins te mitigeren, is in art. 33 lid 6 van het verdrag bepaald dat belastingplichtigen er voor kunnen kiezen om nog één jaar het oude verdrag toe te passen als dat voor hen voordeliger is. Dat betekent dat de nieuwe pensioensystematiek desgewenst pas één jaar na de inwerkingtreding van het nieuwe verdrag ingaat. Oorspronkelijk werd ervan uitgegaan dat het ingangsjaar 2015 zou zijn, maar vanwege de trage behandeling van de goedkeuringswet in de Tweede Kamer, is dit 2016 geworden. Dat betekent dat pas vanaf 1 januari 2017 de in Duitsland wonende pensionado's met in Nederland opgebouwde pensioenrechten de gevolgen zullen kunnen merken van het nieuwe verdrag.

Behalve deze in het verdrag opgenomen overgangsregeling, werd in november 2013 via een nota van wijziging eenzijdig door Nederland nog een tweede overgangsregeling aangekondigd.[6] Deze houdt in dat gedurende zes jaren de extra belasting over de bedrijfspensioenen wordt gemaximeerd op een bepaald percentage (10% in het eerste en tweede jaar, 15% in het derde jaar, 20% in het vierde jaar, 25% in het vijfde jaar en 30% in het zesde jaar).[7] Indien behalve voor deze overgangsregeling ook wordt gekozen voor de overgangsregeling van art. 33 lid 6 van het Verdrag, wordt de werking van de eenzijdig door Nederland aangeboden overgangsregeling met één jaar ingeperkt tot vijf jaren.

Voor bovenstaand voorbeeld betekent dit dat 'onze' pensionado in 2016 nog conform de oude situatie € 735 aan belasting in Duitsland betaalt. In 2017 zou hij € 6.686 moeten betalen, waarvan € 4.611 over het bedrijfspensioen, maar door gebruik te maken van de overgangsregeling hoeft hij 'slechts' maximaal 10% van € 30.000 = € 3.000 te betalen over zijn bedrijfspensioen, zodat hij € 1.611 minder belasting hoeft te betalen. In 2017 betaalt hij dan in totaal € 5.075. Dit is een drukstijging van 11,6% minus 1,7% = 9,9% punten. In 2018 heeft hij nog maar voor een bedrag van € 111 recht op vermindering van de belasting wegens de overgangsregeling en vanaf 2019 betaalt hij de volledige € 6.686; een drukstijging van 15,3% minus 1,7% = 13,6%-punten.

Bij een bedrijfspensioen van € 16.000 en een AOW van € 13.500 is de drukstijging 4,5%-punten. Bij een bedrijfspensioen van € 50.000 en een AOW van € 13.500 is de drukstijging maximaal 23,2%-punten (oplopend van 11,5%, 15,5% en 19,4% in 2017, 2018 en 2019).

In totaal gaat het om naar schatting 5.500 in Duitsland wonende gepensioneerden (Nederlanders en Duitsers) die een Nederlands pensioen hebben van meer dan € 15.000.[8]

---

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 615, nr. 6.
7 Zie eveneens: Helga van Bijnen & Michael Visser, 'Pensioenperikelen in het nieuwe belastingverdrag Nederland-Duitsland', *Pensioen Magazine* februari 2014, p. 14 e.v.
8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 615, nr. 8, p. 6.

4. Behandeling in de Tweede Kamer

Op 11 juni 2014 behandelde de Tweede Kamer het goedkeuringswetsvoorstel. De stemming werd echter uitgesteld tot na het zomerreces. Dit hield verband met het feit dat op dat moment nog geen overeenstemming was bereikt over het wijzigingsprotocol dat aan Duitsland was voorgesteld in verband met de fiscale positie van in Nederland wonende piloten in dienst van een Duitse luchtvaartmaatschappij. Uiteindelijk werd het wetsvoorstel pas op 16 oktober 2014 aangenomen door de Tweede Kamer. Alleen de fractie van 50PLUS/Baay-Timmerman stemde tegen. Bij dit wetsvoorstel hebben geen stemmingen over amendementen plaatsgevonden. Er werd slechts één motie aangenomen en wel van de PvdA-leden Nijboer en Kerstens over het in kaart brengen van de gevolgen van werken over de grens voor fiscaliteit en sociale zekerheid. Door het uitstel van stemming werd de inwerkingtreding van het nieuwe verdrag met Duitsland met één jaar verlengd tot 1 januari 2016. Bij de behandeling in de Tweede Kamer werd regelmatig aandacht gevraagd voor de pensionado's in Duitsland met een in Nederland opgebouwd pensioeninkomen. De regering, bij monde van de staatssecretaris, wees daarbij steeds naar de getroffen overgangsregelingen en de daarbij verstrekte voorbeelden.

5. Behandeling in de Eerste Kamer

In het verslag (vastgesteld 19 november 2014)[9] vroegen alleen de Eerste Kamerleden van de CDA-fractie expliciet aandacht voor de positie van de Nederlandse pensionado's in Duitsland. Zij gaven aan dat zij zich konden vinden in het streven van de Nederlandse regering om in Nederland opgebouwde pensioenen bij uitkering zo veel mogelijk in Nederland te belasten. Niettemin vonden zij dat er wel rekening moest worden gehouden met optredende inkomensverschillen van pensionado's in Duitsland met in Nederland opgebouwde pensioenrechten als gevolg van de overgang van een woonstaatheffing op een bronstaatheffing. Een overgangsregeling om deze gevolgen te mitigeren, vonden deze leden dan ook op zijn plaats. Wel viel het de leden van de CDA-fractie op dat bij de introductie van deze overgangsregeling bij nota van wijziging geen toelichting was gegeven op de afweging die de regering had gemaakt bij het maken van de keuzes bij de totstandkoming van deze overgangsregeling, bijvoorbeeld ten aanzien van de overgangstermijn (vijf-zes jaren) en de gehanteerde percentages (10-30%). Daarom stelden zij de regering de vraag welk toetsingskader hierbij was gehanteerd. Ook vroegen zij hoe deze overgangsregeling zich verhoudt ten opzichte van andere overgangsregelingen bij vergelijkbare verdragswijzigingen. In de memorie van antwoord (ontvangen op 10 december 2014)[10] antwoordde de regering op de eerste vraag naar het toetsingskader, dat het antwoord op de vraag of, en zo ja, wat voor soort overgangsregeling wordt getroffen bij een verschuiving van het heffingsrecht van de woonstaat naar de bronstaat 'onder meer afhankelijk (is) van de wens van de andere verdragspartner, het aantal gepensioneerden met een Nederlands pensioeninkomen, de verhouding tussen het aantal

9 *Kamerstukken I* 2014/15, 33 615, nr. B.
10 *Kamerstukken I* 2014/15, 33 615, nr. C.

gepensioneerden in beide landen, de hoogte van de belastingtarieven in beide landen, et cetera'. In de relatie met Duitsland is, aldus de regering, vooral gekeken naar het verschil in belastingpercentages over pensioen. In Nederland kan dit percentage oplopen tot maximaal 52, terwijl in Duitsland slechts een tarief tussen de 1,5% en 4% geldt. Naar aanleiding van het nieuwe verdrag met België is, aldus de regering, een vergelijkbare overgangstermijn in acht genomen, zij het dat deze bestond uit een vrijstelling van belastingheffing voor een aantal periodieke uitkeringen voor twee jaren en een tarief van 25% gedurende vijf jaren.

In het nader verslag (vastgesteld op 20 januari 2015)[11] reageerden de leden van de CDA-fractie op deze antwoorden. Zij wezen er daarbij op dat de regering in haar antwoord alleen een vergelijking maakt met het belastingverdrag met België uit 2001. Bovendien geldt voor dat verdrag dat de bronbelastinginkomensgrens € 25.000 bedraagt, terwijl die grens in het nieuwe verdrag met Duitsland € 15.000 bedraagt. Verder verzochten deze leden de regering om eveneens een vergelijking te maken met de verdragen met het Verenigd Koninkrijk, Noorwegen en Curaçao (waarin bestaande gevallen worden ontzien) en met andere belastingverdragen (waarin de bronbelasting wordt geheven op basis van een vast percentage). Opvallend was dat de leden van de fracties van de VVD, een regeringsfractie, en van de SP, een oppositiepartij, zich in deze ronde aansloten bij de vragen van de CDA-fractie. Even opvallend was dat de andere fracties zich derhalve niet bij deze vragen hadden aangesloten.

In de nadere memorie van antwoord (ontvangen op 9 februari 2015)[12] antwoordde de regering op haar beurt dat de uitkomst in dit soort kwesties altijd afhankelijk is van de uitkomst van de onderhandelingen met de andere verdragsstaat: 'Vaak zijn compromissen nodig die qua inhoud van elkaar kunnen verschillen, afhankelijk van de concrete bilaterale verhouding.' Dit verklaart, volgens de regering, ook de verschillen tussen de diverse verdragen. Bij de vormgeving van de eenzijdig door Nederland gemaakte overgangsregeling voor het verdrag met Duitsland is het niveau van belastingheffing in Duitsland in vergelijking met de Nederlandse situatie een belangrijke factor geweest. Vooral voor de hogere pensioeninkomens had de regering een meer geleidelijke overgang willen bewerkstelligen.

De fracties van de VVD en CDA (de SP deed niet meer mee) besloten daarna tot een, op zich ongebruikelijke, derde vragenronde. In het op 17 maart 2015 vastgestelde verslag[13] ondersteunden beide fracties nogmaals het in het nieuwe verdrag met Duitsland opgenomen bronstaatbeginsel voor pensioenen. De leden van de VVD-fractie stemden op zich in met de getroffen overgangsregelingen, maar constateerden wel dat overgangsregelingen in heronderhandelde verdragen aanzienlijk kunnen verschillen. Daarom vroegen zij de regering of zij mogelijkheden ziet om bij de totstandkoming van nieuwe belastingverdragen, waarbij Nederland niet wordt beperkt in zijn nationale

11 *Kamerstukken I* 2014/15, 33 615, nr. D.
12 *Kamerstukken I* 2014/15, 33 615, nr. E.
13 *Kamerstukken I* 2014/15, 33 615, nr. F.

(bron)heffingsrecht over pensioenuitkeringen, een meer uniforme benadering of kader te hanteren voor bestaande gevallen. De leden van de CDA-fractie stelden nogmaals de eenzijdig door Nederland getroffen overgangsmaatregelen aan de kaak:

> "Niettemin constateren deze leden dat ook met inachtneming van de in het verdrag opgenomen overgangsregeling van één jaar en de eenzijdig door Nederland voorgestelde overgangsregeling, er voor in Duitsland wonende gerechtigden tot Nederlandse bedrijfspensioenen boven € 15.000 aanzienlijke inkomensgevolgen kunnen optreden. Deze leden erkennen dat het niet redelijk zou zijn als een bestaande regeling alleen maar zou kunnen worden gewijzigd als alle bestaande gevallen worden ontzien. Aan de andere kant hechten deze leden ook zeer aan het rechtszekerheidsbeginsel. Vandaar dat zij het bieden van een overgangsregeling als zodanig toejuichen. Het is echter de vraag of deze overgangsregeling wel proportioneel is, in die zin dat zij de als gevolg van de verdragswijzigingen optredende inkomensgevolgen in voldoende mate mitigeert. Deze leden hebben hier twijfels over, mede gelet op de volgende feiten:
> – De extra belastingdruk over de bedrijfspensioenen loopt op van 10% tot 30% in de eerste zes jaren en daarna tot maximaal 52%.
> – Pensionado's die bedrijfspensioenen genieten van minder dan € 15.000 blijven onder het oude regime vallen.
> – In verdragen met Noorwegen, het Verenigd Koninkrijk en Curaçao worden bestaande gevallen volledig ontzien.
> – In andere belastingverdragen wordt een bronbelasting geheven op basis van een vast percentage.
> – In andere belastingverdragen wordt een hogere bronbelastinginkomensgrens gehanteerd."

Deze leden gaven de regering gelet op het voorgaande in overweging om de huidige eenzijdig ingevoerde overgangsregeling te verruimen, in die zin dat de optredende inkomensgevolgen meer proportioneel zouden zijn. Als alternatieven werden genoemd het mogelijk geheel vrijstellen van de eerste € 15.000 van een bedrijfspensioen, het aftoppen van de thans bestaande maximale drukstijgingspercentages of het meer geleidelijk laten oplopen van de belastingdruk dan in de thans voorgestelde overgangsregeling. Deze leden wilden van de regering weten welke mogelijkheden voor een verdere tegemoetkoming zij in deze zag en welke budgettaire gevolgen aan deze mogelijkheden zijn verbonden.

In de op 24 april 2015 ontvangen nota naar aanleiding van het verslag[14] reageerde de regering afwijzend op deze suggesties. De suggestie van de VVD om een meer uniforme benadering of kader te hanteren bij overgangsregelingen werd afgewezen omdat een overgangsregeling volgens de regering geen automatisme is: 'van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of overgangsrecht nodig en wenselijk is'. Daarbij is onder andere de mate van heffing in de woonstaat van belang. Als deze adequaat is, kan een overgangsregeling worden overwogen, maar welke dat is, is afhankelijk van een complex aan factoren, die van geval tot geval kunnen verschillen.

Ook de suggesties van de CDA-fractie om de overgangsregeling te verruimen, werden afgewezen omdat ze onvoldoende gericht zouden zijn op de hogere pensioeninkomens. Ook de lagere pensioeninkomens zouden er baat bij hebben, terwijl deze categorie in de ogen van de regering geen tegemoetkoming nodig heeft. In dit verband

14 *Kamerstukken I* 2014/15, 33 615, nr. G.

wees de regering ook op de budgettaire meerkosten die zijn verbonden aan substantieel ruimere overgangsregelingen. Deze kunnen volgens de regering variëren van enkele tientallen miljoenen euro's tot enkele honderden miljoenen euro's bij een overgangsregeling die uitgaat van volledig eerbiedigende werking voor alle bestaande gevallen.

Ten slotte werd het wetsvoorstel op 19 mei 2015 in stemming gebracht in de Eerste Kamer. Alleen de fractie van 50PLUS stemde tegen. Namens de fracties van CDA en VVD legde ik de volgende stemverklaring af:

> "Voorzitter,
> Ik ben gemachtigd, zowel door de leden van de VVD- als van de CDA-fractie, om bij dit wetsvoorstel de volgende stemverklaring af te leggen. In de schriftelijke behandeling van dit wetsvoorstel hebben de leden van deze fracties herhaaldelijk aandacht gevraagd voor de nadelige inkomensgevolgen die als gevolg van de op zich terechte overgang van een bronstaatheffing voor reguliere pensioenuitkeringen zullen optreden voor vele in Duitsland wonende gerechtigden tot een Nederlands pensioen. Weliswaar verzacht een overgangsregeling deze pijn, voor een groot aantal in Duitsland wonende gepensioneerden blijft niettemin sprake van een behoorlijke inkomensachteruitgang. De regering heeft aangegeven geen ruimte te zien om de thans voorgestelde overgangsregeling verder te verruimen. Dat hadden deze leden liever anders gezien, maar zij menen dat, alles afwegend, dit nadeel niet opweegt tegen de voordelen van het nieuwe verdrag met Duitsland, onder andere als het gaat om de verbetering van de fiscale positie van in Nederland wonende grensarbeiders. Wel wijzen de leden van de fracties van de VVD en het CDA erop dat voor soortgelijke gevallen in diverse heronderhandelde Verdragen andere en soms ruimere overgangsregelingen bestaan. Zij achten het gewenst dat in de toekomst voor dergelijke gevallen een meer uniforme benadering wordt gekozen dan wel dat er een duidelijk kader wordt vastgelegd dat voor bestaande gevallen kan worden gehanteerd. Zij roepen de regering dan ook op, voor de toekomst een dergelijke gelijke behandeling casu quo duidelijk kader te ontwikkelen."

6. Politieke terugblik

Na de bijna unanieme instemming door de Tweede Kamer met het goedkeuringswetsvoorstel, was de kans niet groot dat in de Eerste Kamer de stemverhoudingen substantieel anders zouden liggen. In eerste instantie was het alleen de CDA-fractie die kritische vragen stelde over de overgangsregelingen voor de in Duitsland wonende pensionado's. Opvallend is dat de fracties van de VVD en de SP zich in tweede instantie aansloten bij de door de CDA-fractie in het nader verslag gestelde vervolgvragen. Dat leek te wijzen op een kentering van de steun voor het wetsvoorstel; aan de andere kant was het feit dat de andere fracties zich er niet bij hadden aangesloten ook een teken aan de wand dat er nog wel een meerderheid voor het wetsvoorstel was. Voor de regering was er daarom geen reden om rekening te houden met dreigend zwaar weer in de Eerste Kamer. In de derde vragenronde bleek de SP niet meer mee te doen, terwijl uit de vraagstelling bleek dat de VVD-fractie zich kennelijk had neergelegd bij de eenzijdig getroffen overgangsregeling. Het enige punt dat deze leden nog wilden maken, was aan te dringen op het hanteren van een meer uniform kader bij dergelijke overgangsregelingen. De CDA-fractie stond toen derhalve weer alleen bij de bestrijding van de in het kader van het nieuwe verdrag met Duitsland eenzijdig door Nederland getroffen overgangsregeling. Bij de afweging om vóór of tegen het wetsvoorstel te stemmen,

heeft deze fractie er uiteindelijk toch voor gekozen om de argumenten vóór dit wetsvoorstel zwaarder te laten wegen dan de argumenten contra. Het afstemmen van het hele goedkeuringswetsvoorstel en daarmee van het gehele verdrag was kennelijk een brug te ver. Het uiteindelijke doel van de CDA-fractie was om de regering zover te brengen dat zij de eenzijdig aangebrachte overgangsregeling zou versoepelen. Toen dit niet mogelijk bleek vanwege het ontbreken van steun van de andere fracties, is er voor gekozen om vóór het goedkeuringswetsvoorstel te stemmen en door middel van een stemverklaring het ongenoegen uit te spreken over de desbetreffende overgangsregeling. In de mede namens de VVD uitgesproken stemverklaring is daarbij gewezen op de disproportionele inkomensgevolgen voor veel in Duitsland wonende pensionado's alsmede op het ontbreken van een uniform toetskader bij het ontwerpen van overgangsregelingen in dergelijke gevallen.

Politiek was het niet in het voordeel van de pensionado's dat vooral de in Duitsland wonende pensionado's met hoge in Nederland opgebouwde pensioenen het meeste werden getroffen door de overgang op het bronstaatprincipe voor bedrijfspensioenen. Daarmee was de steun van de linkse partijen voor een aanpassing van de overgangsregeling vanaf het begin onwaarschijnlijk. Dat uiteindelijk alleen de CDA-fractie tegen de overgangsregeling bezwaar bleef maken en de VVD-fractie nog slechts expliciet bezwaar wenste te maken tegen het ontbreken van een uniform toetskader, zal waarschijnlijk vooral te maken hebben gehad met de loyaliteit van deze fractie aan het kabinet in zijn algemeenheid en aan VVD-staatssecretaris van Financiën Wiebes in het bijzonder. Anderzijds vermoed ik dat ook de tot het laatste moment gevoerde felle lobby van de in Duitsland wonende pensionado's voor een eerbiedigende werking van de bestaande gevallen, niet heeft bijgedragen aan het activeren van het politieke verzet in het parlement tegen de als gevolg van de verdragswijzing met betrekking tot de pensioenen optredende inkomensgevolgen voor de in Duitsland wonende pensionado's. Sommige pensionado's schrokken er niet voor terug om vergaande en ongefundeerde beschuldigingen aan het adres van de politiek te richten.[15] Soms kan een lobby ook averechtse gevolgen hebben.

7. Fiscaalwetenschappelijke terugblik

Zakelijk gezien mag het natuurlijk niets uitmaken of er nu wel of niet een agressieve lobby door in Duitsland wonende pensionado's is gevoerd. Ook het feit dat het hier in de regel gaat om mensen met relatief hoge pensioenen mag niet uitmaken. Het blijft een feit dat de inkomensgevolgen voor veel in Duitsland wonende pensionado's fors kunnen uitpakken. Dat zou in puur binnenlandse verhoudingen ook niet zonder slag of sloot kunnen plaatsvinden. Denk aan de discussie rondom de hypotheekrenteaftrek. Elk voorstel tot beperking van die aftrek gaat gepaard met een overgangsregeling. En terecht, want het gaat hier om langjarige verplichtingen die mensen zijn aangegaan; een wetgever moet zich dan zeer bewust zijn van nieuwe wetgeving als

15 In één van de mails die ik kreeg, staat bijvoorbeeld de volgende passage: 'Ik had altijd gedacht dat de Nederlandse overheid een redelijke overheid was: ik kom nu tot (het) inzicht dat ze zich kunnen meten met de ergste beulen.'

deze het verwachtingspatroon doorkruist dat in het verleden is opgebouwd en waar mensen vanuit zijn gegaan bij het aangaan van langjarige verplichtingen. Dat wil echter niet zeggen dat burgers er te allen tijde van uit kunnen gaan dat hun fiscale positie bij nieuwe wetgeving tot de eeuwigheid kan worden gegarandeerd. Formele terugwerkende kracht is uit den boze, maar materiële terugwerkende kracht kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn.[16] Anders zou elke dynamiek uit het wetgevingsproces worden gehaald. Burgers zullen er dan ook rekening mee moeten houden dat het bestaande fiscale stelsel niet voor de eeuwigheid is en dat er dus in de toekomst wijzigingen kunnen komen in hun fiscale positie. Wel mogen burgers rekenen op proportionele overgangsregelingen. Anders dreigen procedures over bijvoorbeeld een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht volgens art. 1 Eerste Protocol Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De mate van proportionaliteit stond ook centraal in de discussie die is gevoerd over de positie van de pensionado's in Duitsland met in Nederland opgebouwde pensioenrechten naar aanleiding van de totstandkoming van het nieuwe verdrag met Duitsland. Met de overgangsregeling in het verdrag zelf en de door Nederland eenzijdig getroffen extra overgangsregeling is naar mijn mening een procedure op grond van het EVRM kansloos. Dat laat naar mijn mening onverlet dat met name de eenzijdig getroffen overgangsregeling ruimhartiger had kunnen en moeten zijn. Ook is het moeilijk verteerbaar dat de mate waarin Nederland een tegemoetkoming verleent, afhankelijk is van door individuele pensionado's niet te beïnvloeden factoren als het aantal pensionado's met een Nederlands pensioeninkomen dat in een land woont, de verhouding tussen het aantal gepensioneerden tussen dat land en Nederland en de hoogte van de tarieven. Daarmee wordt toch de indruk gewekt dat de mate waarin een tegemoetkoming kan worden gegeven primair afhankelijk is van de budgettaire gevolgen van de te treffen overgangsregeling. Het zou daarom goed zijn om in dit soort gevallen een meer uniforme overgangsregeling te treffen. Een goede aanzet daartoe zou kunnen worden gevonden in het voorstel van Starink om in het kader van de verdeling van heffingsrechten tussen twee landen een gelijkwaardig en evenredig gedeeld (50-50%) heffingsrecht tussen het bronland en het woonland na te streven. In zijn visie hebben beide landen namelijk een legitiem recht om de pensioenuitkering (deels) in de heffing te betrekken.[17] Invoering van dit voorstel heeft veel verder gaande gevolgen, maar leidt er in ieder geval ook toe dat de overgangsproblematiek die zich voordoet bij verdragswijzingen op dit terrein een stuk minder wordt. Nederland krijgt dan immers niet het heffingsrecht over 100% van de pensioenen, maar slechts over de helft.

16 Zie M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen. Een rechtstheoretisch onderzoek naar een methode voor vorming van wettelijk overgangsrecht in het belastingrecht,* Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2009.

17 B. Starink, *Belastingheffing over particulierpensioen en overheidspensioen in grensoverschrijdende situaties* (FM nr. 144), Deventer: Kluwer, p. 254.

8. Tot slot

Met veel respect en bewondering heb ik al die jaren dat Gerry Dietvorst werkzaam is geweest bij het Fiscaal Instituut Tilburg gadegeslagen hoe hij er voor zorgde dat 'zijn' pensioengroep, officieel 'CompetenceCenter for Pension Research' genaamd, floreerde. Opvallend was altijd de uitstekende sfeer die er hing, met Gerry als gangmaker. Ook Gerry's solidariteit met de rest van het Fiscaal Instituut was tekenend. Zo waren de leden van de pensioengroep altijd bereid om bij te springen als er colleges moesten worden gegeven of als extra scriptiebegeleiding nodig was. Zeer bijzonder heb ik het ook altijd gevonden dat Gerry meerdere malen als begeleidend hoogleraar mee is gegaan met studiereizen van de Smeetskring. Dat hem dat veel nachtrust heeft gekost, nam hij grootmoedig op de koop toe. Ik wens hem, Constance en de rest van de familie heel veel succes en plezier toe in de toekomst, waarin hij zelf kan gaan ervaren waarover hij al die jaren heeft geschreven: pensioen. Gelukkig heeft hij in Tilburg voor zijn eigen 'Nachwuchs' gezorgd, de toekomst van de pensioengroep is in ieder geval verzekerd. Dat neemt niet weg dat we Gerry ongetwijfeld zullen gaan missen. Hopelijk weet hij de weg naar het Fiscaal Instituut nog vaak te vinden.

PROF. DR. J.A.G. VAN DER GELD[1]

Lonkend pensioengeld: even ophalen of toch maar laten liggen?

1. Inleiding

Eens in de zoveel tijd komt er wel iemand, meestal een econoom, met de suggestie om de budgettaire problemen van de overheid mede op te lossen door de omkeerregel bij pensioenen af te schaffen. Dat levert de overheid miljarden op aan eerder ontvangen en hogere loon- en inkomstenbelasting omdat pensioen voortaan belast wordt als de aanspraak verkregen wordt en niet als de uitkering (later) ontvangen wordt. Het zou ook althans een groot deel van de problemen bij emigratie oplossen omdat er geen of een veel lagere fiscale claim van het bronland aanwezig is. In deze bijdrage aan de afscheidsbundel van Gerry Dietvorst wil ik een poging wagen om de voor- en nadelen van zo'n switch in de fiscale behandeling van pensioenen nog eens op een rij te zetten.

2. Over welke variant spreken we precies?

Alvorens toe te komen aan een bespreking van de voor- en nadelen dient allereerst duidelijk te zijn wat de exacte inhoud is van wat onderzocht gaat worden. Wat mij betreft is dat het voortaan belasten van (alle[2]) pensioenaanspraken op het moment dat die verkregen worden in plaats van op het toekomstige tijdstip dat de pensioenuitkering wordt ontvangen. In de toekomst zal dan redelijkerwijs de uitkering niet belast mogen worden. Jaarlijks moet dan – gegeven de huidige wettelijke systematiek in de Wet IB 2001 – in principe de waarde van de opgebouwde pensioenrechten in box 3 belast worden. Ik zou me daarbij overigens voor kunnen stellen dat een vrijstelling tot een bepaald vast bedrag per persoon geldt. Om te voorkomen dat in de toekomst pensioenuitkeringen gesplitst zullen moeten worden in een belast en een onbelast deel, verdient het aanbeveling om alle toekomstige pensioenuitkeringen hetzelfde te behandelen, dat wil zeggen onbelast te laten. Daartoe zal op enigszins grove wijze het in het verleden niet belasten van de pensioenaanspraken (en het aftrekken van de pensioenpremies voor het door werknemers zelf betaalde deel) moeten worden 'rechtgetrokken'. Daartoe is een eenmalige lumpsumheffing bij de in

1 Hoogleraar belastingrecht Tilburg University.
2 Het gaat dus om iets anders en veel meer dan de aftopping per 1 januari 2015 van de pensioenopbouw boven € 100.000 per jaar.

Nederland actieve pensioenfondsen mijns inziens het meest gerede instrument. Deze oplossing klopt niet in elk individueel geval maar macro bezien heel aardig. Het resultaat is een Nederlandse overheid die eenmalig enkele honderden miljarden binnenkrijgt en daarmee (bijvoorbeeld) haar staatsschuld kan aflossen.[3]

3. Is de omkeerregel een faciliteit of onderdeel van het inkomensbegrip?

Alvorens aan de voor- en nadelen van afschaffing van de omkeerregel toe te komen, dient de vraag beantwoord te worden wat de plaats is van de omkeerregel in ons inkomensbegrip. Hoort die omkeerregel bij een heffing naar draagkracht als onze IB of is het een instrumentalistische regeling die pensioenvorming beoogt te bevorderen? In dit artikel wordt daarom allereerst kort nader ingegaan op de rechtvaardigheid van het afschaffen van de omkeerregeling en worden daarna de (overige) voor- en nadelen van afschaffing van de omkeerregeling op een rij gezet.

Ondanks dat de omkeerregel in de wettekst en wetsopbouw gepresenteerd wordt als een faciliteit beargumenteert Starink in zijn proefschrift dat het inkomensbegrip meebrengt om pensioen als uitgesteld loon pas te belasten als het uitbetaald wordt.[4] Dan kan er ook volgens het liquiditeitsbeginsel belasting over worden betaald. Anderen hechten minder waarde aan het liquiditeitsbeginsel en zijn van mening dat pensioen in principe al belast is als de aanspraak erop wordt verkregen zodat de wettelijke omkeerregeling wel degelijk een faciliteit is.[5]

Wat is het belang van de vraag of de omkeerregel een direct uitvloeisel is van ons inkomensbegrip dan wel dat het een instrumentalistische inbreuk op dat inkomensbegrip is? Sommigen zullen menen dat in het eerste geval de omkeerregel als zodanig geen expliciete rechtvaardiging behoeft. Haar rechtvaardiging is immers het feit dat zij direct voortvloeit uit het gehanteerde inkomensbegrip. Het zijn juist de inbreuken op de omkeerregel die dan expliciete en overtuigende rechtvaardiging behoeven omdat zij een inbreuk maken op het gehanteerde inkomensbegrip. Zou de omkeerregel niet direct voortvloeien uit het inkomensbegrip maar een faciliteit zijn, dan lijkt het – in elk geval gevoelsmatig – voor de wetgever eenvoudiger om die faciliteit dan ook desgewenst geheel of gedeeltelijk terug te nemen. De (morele) bewijslast voor de wetgever lijkt dan wat minder zwaar als hij de omkeerregel wil beperken. Naar mijn mening zou het wezenlijk echter niet uit mogen maken of de omkeerregel eigen is aan het inkomensbegrip of niet. In alle gevallen zal de wetgever de morele bewijslast dragen dat zijn voorstellen leiden tot een rechtvaardige uitkomst. Het feit dat het meestal bij de verdediging van het bestaansrecht wel uitmaakt of een bepaalde regeling hoort in het systeem van de wet (in casu tot het gekozen inkomensbegrip) of daar van afwijkt (en dus als instrumentalistische regeling geduid kan worden) wordt veroorzaakt doordat het niet goed mogelijk is

3 Bij een totaal aan pensioenvermogen in de Nederlandse pensioenfondsen primo 2015 van ruim € 1.200 miljard zal zo'n eenmalige heffing toch gauw zo'n € 300 miljard opleveren.

4 Zie in de handelseditie B. Starink, *Belastingheffing over particulierpensioen en overheidspensioen in grensoverschrijdende situaties* (FM nr. 144), Deventer: Kluwer 2015, paragraaf 3.1 (en subparagrafen).

5 Ik moge kortheidshalve verwijzen naar de in paragraaf 3.1.4 van de in de vorige noot genoemde handelseditie van het proefschrift van B. Starink genoemde schrijvers.

om rechtvaardigheid te meten en wij daarom terugvallen op hulpregels die geacht worden die rechtvaardigheid te dienen. Eén van die hulpregels is dat eenmaal gekozen basisregels volgens het gelijkheidsbeginsel consequent moeten worden toegepast.

Het belang van het antwoord op de vraag of de omkeerregel eigen is aan ons inkomensbegrip of niet is gezien het voorgaande mijns inziens beperkt. In beide gevallen rust op de wetgever namelijk de morele plicht om tot een rechtvaardige uitkomst te komen en dat te verantwoorden. Rechtvaardigheid zal daarbij noodzakelijkerwijs op geaggregeerd niveau beschouwd moeten worden en dus een begrip met een bandbreedte moeten zijn omdat nooit aan het rechtvaardigheidsgevoel van elke burger individueel volledig voldaan kan zijn. Daarnaast is de invulling van het begrip rechtvaardigheid plaats- en tijdgebonden. Als men deze grote problemen bij de invulling van het begrip rechtvaardigheid goed tot zich door laat dringen, is het niet verwonderlijk dat politici de discussie erover niet echt meer voeren en terugvallen op beter meetbare subdoelen.[6] Die neiging om nog slechts rekening te houden met goed meetbare zaken is overigens maatschappijbreed en leidt ertoe dat met essentiële zaken geen of onvoldoende rekening wordt gehouden. De belangrijkste zaken in het leven (zoals geluk, gezondheid, rechtvaardigheid en liefde) zijn immers niet (goed) meetbaar.

4. Voordelen operatie

Voor een overheid die al decennia bijna permanent met budgettaire tekorten kampt en die het financieringstekort van de overheid met name sinds de start van de huidige crisis in 2008 fors heeft zien oplopen, lijkt afschaffen van de omkeerregel voor pensioenen (in elk geval op het eerste gezicht) een aanlokkelijk perspectief. Er wordt immers loon- en inkomstenbelasting naar voren gehaald en naar schatting komt er ook in absolute termen (ceteris paribus) meer loon- en inkomstenbelasting binnen omdat de meeste werknemers gemiddeld een hoger tarief aan loon- en inkomstenbelasting verschuldigd zijn tijdens hun actieve periode dan tijdens de periode dat zij gepensioneerd zijn.[7] Hoewel met het bij de overheid binnenkomende geld van alles kan gebeuren, ligt het toch voor de hand om er de opgelopen staatsschuld mee af te lossen. Nederland kan dan moeiteloos voldoen aan de norm dat eurolanden niet meer dan 60% van hun BBP aan staatsschuld mogen hebben. Feitelijk wordt dan ook wat gedaan aan de door sommigen als onrechtvaardig beschouwde situatie dat in de meeste landen het eerstepijlerpensioen dominant is en in andere

6 Soms wordt deze verenging van de discussie verweten aan economen, die in hun modellen slechts rekening houden met meetbare, meestal in geld uit te drukken, grootheden. Veel economen erkennen echter dat modellen beperkt zijn en primair geschikt om tot basale inzichten te komen terwijl hun vermogen om verantwoorde keuzes in het echte leven te onderbouwen vaak relatief beperkt zijn. Zo meent emeritus hoogleraar Arnold Heertje dat ook economen een breed welvaartsbegrip dienen te hanteren dat ook niet (goed) in geld uit te drukken zaken omvat. Zie zijn boek *Economie*, Amsterdam: Prometheus-Bert Bakker 2014, p. 13 t/m 19 (Welvaart).

7 Dat lagere tarief na pensionering wordt niet alleen veroorzaakt door de combinatie van progressieve tarieven en een lager inkomen na pensionering, maar ook door het voor gepensioneerden (na het bereiken van de AOW-leeftijd) geldende 'bejaardentarief'. Dit lagere bejaardentarief vindt zijn rechtvaardiging in het na het bereiken van de AOW-leeftijd niet langer premieplichtig zijn voor de AOW.

(met Nederland voorop) veel meer belang is weggelegd voor het tweedepijlerdeel van het pensioen. Die grote verschillen tussen (euro)landen trekken ongelijke wissels op de toekomst waarbij landen met een relatief groot eerstepijleraandeel van pensioen in de toekomst voor grotere staatsuitgaven staan dan de andere landen. Dit zou alleen niet kloppen als die landen het kapitaaldekkingsstelsel zouden hanteren dan wel anderszins zouden sparen voor de toekomst, maar dat is bij mijn weten niet dan wel in onvoldoende mate het geval.

Een bijkomend voordeel is dat Nederland als bronland minder fiscale claim verliest bij emigratie. In veel belastingverdragen is het heffingsrecht over particuliere pensioenen nog toegewezen aan de woonstaat van de genieter zodat Nederland bij emigratie uit Nederland in zo'n geval een fiscale claim verliest. Die claim wordt natuurlijk niet verloren als hij er niet meer is, hetgeen het geval is bij afschaffing van de omkeerregel. Hierbij dient te worden opgemerkt dat Nederland is opgeschoven van voorstander van heffing over particulier pensioen door het woonland, via heffing door het bronland als het woonland onvoldoende heft (onder andere het verdrag met België) naar voorstander van heffing door het bronland.[8]

Een derde voordeel van het afschaffen van de omkeerregel lijkt me dat pensioensparen meer gelijk wordt behandeld met andere vormen van sparen. Dat belastingen, als zij althans niet instrumentalistisch bedoeld zijn, zo neutraal mogelijk dienen te zijn, lijkt me evident.

5. Nadelen operatie

Aan het afschaffen van de omkeerregel kleeft ook een aantal bezwaren. Allereerst kan zo'n operatie – bij gelijkblijvende pensioenopbouw – tot minder beschikbaar inkomen voor werknemers in hun actieve periode leiden. Dat komt nu erg slecht uit in een periode waarin we aan het opkrabbelen zijn uit een economische crisis. Aanpassing naar beneden van de pensioenrechten (zodat globaal bij pensionering netto ongeveer evenveel pensioen wordt genoten) ligt overigens wel voor de hand, waarmee ook dit bezwaar vermindert.

Afschaffen van de omkeerregel betekent de facto afschaffing van een stimulans tot pensioenvorming. Voldoende pensioenvorming in de tweede (en derde) pijler

8 In de *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011* wordt in paragraaf 2.11.1 opgemerkt: "Nederland streeft naar het overeenkomen van bronstaatheffing voor gefacilieerd opgebouwde pensioenen – zowel voor reguliere pensioenuitkeringen als voor afkoopsommen van pensioenen – onafhankelijk van de fiscale behandeling van de pensioenen in de (nieuwe) woonstaat van de pensioengerechtigde. In het kader van een finaal compromis kan Nederland met individuele verdragspartners als alternatief een beperkt heffingsrecht voor de bronstaat overeenkomen, afhankelijk van de interactie tussen de fiscale stelsels van de beide verdragspartners en de waarschijnlijke migratiepatronen tussen de desbetreffende staten. In dit scenario mag de bronstaat slechts tot een vooraf vastgesteld maximumpercentage heffen. De woonstaat, [die] de pensioengerechtigde toegang geeft tot openbare voorzieningen, kan dan desgewenst de pensioenuitkering eveneens belasten, onder verrekening van de door het verdrag gelimiteerde belasting die is geheven door de bronstaat."

voorkomt dat de overheid voor extra kosten van ouderen opdraait.[9] Het is een nadeel dat deze stimulans om voor jezelf te zorgen wordt afgeschaft.[10]

Daarnaast is het maar zeer de vraag of de nu door de overheid ontvangen eenmalige baten als gevolg van de lumpsumheffing ook zullen worden aangewend voor aflossing van de staatsschuld. Noden zullen er altijd zijn in de wereld en met dergelijke grote inkomsten voor de overheid zal de politieke druk toenemen om die extra inkomsten (mede) te gebruiken om deze noden te lenigen. Resultaat is wel dat lasten naar de toekomst worden verschoven omdat tegenover de eenmalige lumpsumheffing staat dat de pensioenuitkeringen in de toekomst niet meer in de heffing betrokken kunnen worden.

Het feit dat grote delen inkomen (het pensioen) van grote delen van de bevolking (de gepensioneerden) in de toekomst niet meer met IB/LB zijn te belasten, kan een probleem (gaan) vormen. Hoe terecht dit ook is gegeven het feit dat de pensioenaanspraken al belast zijn, het zal te zijner tijd – sec bezien en ontdaan van zijn historische en systematische context – overkomen als onrechtvaardig. Dan zal of dat inkomen toch gewoon met IB/LB belast gaan worden of betalen de gepensioneerden anderszins de prijs om deze 'onrechtvaardigheid' te compenseren.

6. Conclusie

Los van het antwoord op de vraag of de omkeerregel uit ons inkomensbegrip voortvloeit of niet, is het geen goed idee om de omkeerregel voor pensioenen af te schaffen. Grootste probleem zou daarbij zijn ons politieke systeem en het vooronderstelde gebrek aan zelfbeheersing en langetermijnvisie bij politici. Het vrijkomende geld zal daarom in substantiële mate waarschijnlijk gebruikt worden om nu overheidsuitgaven te financieren in plaats van aflossing van de staatsschuld. Dat impliceert afwenteling van lasten op toekomstige generaties. Afschaffen van de omkeerregel leidt ook tot onbelastbaarheid van de pensioenen bij uitkering. Dat leidt tot de onwenselijke situatie dat gepensioneerden voor het grootste deel van hun inkomen niet meer in de IB/LB betrokken kunnen worden. Dit zal onacceptabel overkomen gezien de grote aantallen gepensioneerden en het gebrek aan historisch besef, waardoor de link met het belast zijn van de aanspraken op pensioen bij toekenning c.q. de eenmalige lumpsumheffing uiteindelijk onvoldoende erkend dreigt te worden. Het dreigende alternatief is het dubbel belasten van gepensioneerden, namelijk zowel bij toekenning van de aanspraak als bij uitkering van het pensioen.

Mijn conclusie is dat er best argumenten zijn ten faveure van het afschaffen van de omkeerregel bij pensioenen maar dat de te verwachten politieke en praktische problemen wijzen in de richting van het handhaven van de omkeerregel.

---

9 Zo ligt het voor de hand dat ouderen met een goed pensioen een groter deel van hun zorgkosten zelf kunnen betalen.

10 Men zou kunnen menen dat een stimulans voor de tweede pijler niet nodig is omdat die immers momenteel (nagenoeg geheel) verplicht is. Dat is formeel juist maar miskent dat ook versterking van het draagvlak voor die verplichtstelling goed en noodzakelijk is.

PROF. MR. DR. J.L.M. GRIBNAU[1]

Heeft de Belastingdienst zijn governance op orde?

1. Inleiding

Het ideale pensioenstelsel kent drie pijlers, zo heeft Gerry Dietvorst ons geleerd. Al het goede in drieën. Geldt dat ook niet voor de rechtsstaat? Die kent toch de trias politica? De spreiding van bevoegdheden over wetgevende, uitvoerende en rechterlijke machten is een kernwaarde van de rechtsstaat. Toch getuigt het (pensioen)beleid van de Belastingdienst soms van te weinig respect voor die rechtsstatelijke kernwaarde – hetgeen repercussies heeft voor een andere rechtsstatelijke pijler, het legaliteitsbeginsel. Deze rechtsrelativering is in strijd met good governance. Daarom is meer aandacht nodig voor de interne governance mechanismen van de Belastingdienst die juist moeten garanderen dat het handelen van de Belastingdienst in overeenstemming is met rechtsstatelijke waarden en beginselen.

2. Rechtsstaat

De centrale gedachte van het rechtsstatelijke denken is de gebondenheid van de macht aan het recht als waarborg voor de vrijheid en eigendom van de burger.[2] In de rechtsstaat ligt het primaat bij het recht en niet bij een soeverein. De 'heersers', diegenen die macht uitoefenen, zijn ondergeschikt aan het recht en niet andersom. Kortom, *rule of law* in plaats van *rule of men*.[3] In overeenstemming hiermee spreekt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 'la prééminence du droit' als kern van de rechtsstaatidee.[4] Doel van de rechtsstaatidee is willekeur in het vormgeven en vaststellen van rechtsbetrekkingen te voorkomen.[5] Het recht beschermt de burger

---

1 Hoogleraar Methodologie van het belastingrecht aan het Fiscaal Instituut Tilburg, Tilburg University; bijzonder hoogleraar Kwaliteit van fiscale regelgeving aan de Universiteit Leiden; J.L.M. Gribnau@tilburguniversity.edu.

2 Bijv. E.-W. Böckenförde, 'Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs', in: E.-W. Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2006 [1991], p. 147. Zie uitvoerig J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst* (diss.), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 13 e.v.

3 N. Bobbio, 'The Rule of Men or the Rule of Law', in: N. Bobbio, *The Future of Democracy*, Minneapolis: University of Minnesota Press 1987, p. 138 e.v.

4 EHRM 21 februari 1975, Publ. CEDH, Série A, Vol. 18 (1975), Golder-arrest § 34, 35.

5 Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht*, Handelingen NJV 1983-I, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 16-17.

door macht aan banden te leggen – primair de machtsuitoefening door de staat en zijn organen.[6] In de rechtsstaat is de machtsuitoefening door de staatsorganen aldus een door het recht geregelde machtsuitoefening. Deze macht is macht in de juridische betekenis, dat wil zeggen bevoegdheid. Dit alles geldt uiteraard ook voor het belastingrecht. Niemand staat boven de wet, ook de instanties die belast zijn met de rechtsvorming, rechtsontwikkeling en rechtstoepassing niet. Rechtsvorming en rechtstoepassing, zoals het opleggen van een belastingaanslag, zijn vormen van machtsuitoefening. Zij kunnen immers leiden tot (juridische) verplichtingen van de burgers.

Deze *rule of law*, de heerschappij van het recht, is met name in vier staatsrechtelijke elementen geconcretiseerd. Ten eerste de leer van de trias politica; dit is een geïnstitutionaliseerd evenwicht van machten, waarmee een beperking van de macht wordt beoogd door spreiding van de macht. Machtsconcentratie vormt immers een bedreiging voor de vrijheid van de burger. Het tweede en derde element zijn het legaliteitsbeginsel (het overheidshandelen is gebaseerd op de wet en gebonden aan het recht) en het beginsel van onafhankelijke en onpartijdige bestuursrechtspraak dat dient als garantie voor de naleving van het legaliteitsbeginsel. Tot slot is er het beginsel dat de overheid vrijheidsrechten in acht behoort te nemen, als waarborg voor de vrijheid van de burger.[7] Vrijheid is hier dus een staatsvrije sfeer, een ruimte waar de burger vrij is van staatsinmenging.[8]

Hoe staat de Nederlandse rechtsstaat er voor? Voormalig ombudsman Brenninkmeijer onderwierp de rechtsstaat Nederland onlangs aan een stresstest. Hij verwijst onder andere naar een OESO-rapport dat focust op de rol van de staat en het functioneren van vitale staatsfuncties.[9] Van bijzonder belang daar is het vertrouwen van burgers in de staatsinstellingen. Nederland staat er als 'high trust society' redelijk goed voor.[10] Opvallend is overigens dat het afnemend vertrouwen in de politiek als het ware wordt gecompenseerd in vertrouwen in de staatsinstellingen (public sector/civil service).[11] Dit vertrouwen is belangrijk want het is een noodzakelijke voorwaarde voor de bereidheid van burgers tot naleving van de door de overheid gestelde regels (compliance).[12] Brenninkmeijer wijst in zijn analyse op de negatieve gevolgen voor dit vertrouwen van het doorgeschoten managementdenken en het vooropstellen van bedrijfsmatige (bezuinigings)doelstellingen. Hij vraagt

6 Het recht beschermt de burger ook tegen bepaald gedrag ('machtsuitoefening') van medeburgers.

7 Vgl. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 53; op p. 23-24 wordt dit 'de tweede laag' van het begrip 'rechtsstaat' genoemd.

8 De rechtsstaat is niet alleen een voorwaarde voor vrijheid, maar (daarmee) ook voor de vrije markt; WRR 2002, p. 37-38.

9 OECD, *Government at a glance* 2013, Paris: OECD Publishing 2013, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/government-at-a-glance-2013/trust-in-government-and-in-political-parties-in-european-oecd-member-countries-2013_gov_glance-2013-graph6-en; zie inmiddels OECD, *Government at a glance* 2015, Paris: OECD Publishing 2015, p. 157; http://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2015_gov_glance-2015-en.

10 A. Brenninkmeijer, 'Stresstest rechtsstaat Nederland', *NJB* 2015/740, afl. 16, p. 1046 e.v.

11 S. Van de Walle, S. Van Roosbroek & G. Bouckaert, 'Trust in the public sector: Is there any evidence for a long term decline?', *International Review of Administrative Sciences* 74 (2008) 1, p. 45-62.

12 Vgl. J.L.M. Gribnau, *Belastingen als moreel fenomeen*, Den Haag: Boom Fiscale uitgevers 2013, p. 14-16.

echter vooral aandacht voor een meer fundamenteel probleem. 'Voldoen de systeemwaarborgen in het kader van rechtsstatelijk 'wetgeven', rechtsstatelijk besturen en rechtsstatelijke rechtspraak? Of zijn er situaties waarin die waarborgen onvoldoende werken en er achteraf correcties noodzakelijk zijn?[13] Die vraag zal in het hierna volgende specifiek voor de Belastingdienst worden gesteld. Werkt het systeem van checks and balances binnen de Belastingdienst in gevallen dat de Belastingdienst zich niet aan het recht houdt en rechtsstatelijke beginselen terzijde stelt?

3. Rechtsstaat en legaliteitsbeginsel

Het legaliteitsbeginsel is een centraal beginsel van de rechtsstaat, zo bleek net. Statelijke machtsuitoefening wordt zo aan het recht gebonden. Dit beginsel heeft een groot normatief gewicht. In de klassieke rechtsstaat wordt het legaliteitsbeginsel opgevat als wetmatigheidsbeginsel. De heerschappij van het recht is hier de heerschappij van de wet. De heerschappij van het recht betekent in de klassieke rechtsstaat aldus de onderworpenheid van de macht aan de wet. Dit is het legaliteitsbeginsel oftewel het wetmatigheidsbeginsel. Tegenwoordig is echter het overheidsoptreden niet alleen gebonden aan het legaliteitsbeginsel, maar ook aan (andere) rechtsbeginselen. In onze moderne rechtsstaat gaat het dus om de uitoefening van bevoegdheden door de overheid onder de heerschappij van het recht. Dat wil zeggen de heerschappij van wet en rechtsbeginselen. Deze binding aan wet en rechtsbeginselen kunnen we het rechtmatigheidsbeginsel noemen, dat dus ruimer is dan het wetmatigheidsbeginsel dat immers enkel binding aan de wet inhoudt. Legitimiteit is dan een ruimer begrip dan legaliteit.

Waar legaliteit zo dus wordt uitgebreid tot legitimiteit, is ook een tegengestelde ontwikkeling waar te nemen waarbij de overheid juist het recht negeert. Dit wordt door Van Lochem rechtsrelativering genoemd: de relativering van recht door de overheid.[14] Van Lochem heeft het onder juristen levende vermoeden dat de overheid zich weinig aantrekt van het recht onderzocht. Het 'in ons land relatief sterk doorgevoerde legaliteitsbeginsel' zou dan veel van zijn belang verliezen.[15] Hij beperkte zijn onderzoek naar rechtsrelativering tot recht dat het resultaat is van de interactie tussen bewindslieden, beleidsambtenaren en overheidsjuristen.[16] Zijn conclusie luidt dat inderdaad sprake is van dergelijke rechtsrelativering. Hij heeft dit verschijnsel geanalyseerd met het oog op de risico's daarvan: een afnemende sociale cohesie en een toenemende

13 Brenninkmeijer 2015, p. 1054.

14 Vonk signaleert een minstens zo kwalijk verschijnsel: de 'extra-juridiseringsreflex.' Dit is de constante neiging om voorzieningen voor de opvang van behoeftigen buiten de sfeer van het recht te houden. Dit doet zich vooral voor bij positief overheidsoptreden – dit in schril contrast met de toenemende juridisering bij negatief overheidsoptreden (waarbij rechten van burgers worden beperkt); G. Vonk, 'Kwetsbare verzorgingsstaat. Over juridische aspecten van ernstige armoede in Nederland', *NJB* 2015/913, afl. 19, p. 1285.

15 P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen* (diss Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 19.

16 Van Lochem 2013, p. 45.

rechtsvervreemding.[17] Maar hij noemt ook als risico's een opkomende burgerlijke ongehoorzaamheid en afnemende legitimiteit van de overheid.[18] Hierna zal blijken dat rechtsrelativering ook het resultaat kan zijn van het handelen van de uitvoerende macht. Het gaat dan niet om wetgeving, maar om de uitvoering van de belastingwet die niet door de rechtsstatelijke beugel kan (§ 8). Eerst analyseer ik het legaliteitsbeginsel wat meer in detail, zodat een scherper zicht op het fenomeen rechtsrelativering in fiscalibus kan worden verkregen.

Het legaliteitsbeginsel heeft hier een tweetal functies – voor de wetgever én voor het bestuur. In feite bevat het legaliteitsbeginsel een dubbele norm voor het bestuur, zo zal blijken.

Allereerst vormt het een norm voor de wetgever. De belangrijkste (rechts)politieke beslissingen mogen alleen worden genomen door de wetgever (in formele zin). Met andere woorden, bepaalde belangrijke rechtsvormende beslissingen zijn aan de wetgever voorbehouden. De Duitse staatsrechtsleer gebruikt hiervoor de term *Vorbehalt des Gesetzes*. Dit primaat, en dus de voorkeur voor het regeren via wetten, berust op twee kenmerken van de wet als rechtsbron.[19] Dit zijn haar abstracte en algemene karakter en haar onpartijdige wijze van totstandkoming. Deze karakteristieken moeten het overheidsoptreden voorspelbaar en vrij van willekeur maken. Het stellen van het algemeenheidsvereiste strekt ertoe de beginselen van rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en rationaliteit (als afwezigheid van willekeur) te dienen.[20] Met betrekking tot de totstandkoming is van belang dat wetten democratisch gelegitimeerd zijn. Voor hun totstandkoming is direct of indirect de instemming van de burgers via de volksvertegenwoordiging nodig. Het volk geeft zichzelf de wet, zo is de gedachte – ontleend aan de achttiende-eeuwse filosoof Rousseau. Wetten in formele zin ontlenen derhalve hun primaat in belangrijke mate aan de directe democratische legitimatie van het parlement en de indirecte democratische legitimatie van de regering – die immers in Nederland niet rechtstreeks gekozen wordt.

Maar het legaliteitsbeginsel bindt aldus niet alleen de wetgever. Het bestuur is eveneens onderworpen aan het legaliteitsbeginsel en wel op tweevoudige wijze. In de volgende paragraaf wordt deze dubbele binding behandeld.

4. Legaliteitsbeginsel en bestuur

Het legaliteitsbeginsel vormt niet alleen een norm voor de wetgever op basis van het primaat van de politiek. De tweede functie van het legaliteitsbeginsel is namelijk de gebondenheid van het bestuur, dus de Belastingdienst, aan de wet en aan (andere) algemeen verbindende voorschriften. Deze gebondenheid berust op het primaat van de wet en de wetgever.[21] Inbreuken op en beperkingen van de vrijheid en eigendom

17 Vgl. M. Hertogh, *Rechtsvervreemding. Tussen rechtsstaat en rechtsgevoel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006.
18 Van Lochem 2013, p. 234-235 en 251.
19 Bobbio 1987, p. 139-140 en Böckenförde 2006.
20 Bijv. F.R. Böthlingk & J.H.A. Logemann, *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen aan den Rijn: N. Samson nv 1966, p. 14.
21 R.M. van Male, 'Artikel 89', in: P.W.C. Akkermans & A.K. Koekkoek, *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 786.

van de burger kunnen slechts plaats hebben bij of krachtens de wet. In Duitsland noemt men dit *Vorrang des Gesetzes*. Het legaliteitsbeginsel vormt een dubbele norm (eis) voor het bestuur: de wet bepaalt de grondslag en de grenzen van het bestuurshandelen. Hey spreekt hier van een verbod om van de wet af te wijken (buiten de wet te treden) en een gebod om de belastingwet toe te passen.[22] Vanwege deze centrale positie van de wet wordt in de literatuur ook wel gesproken van het wetmatigheidsbeginsel.[23] Het belang hiervan wordt ook erkend door Fuller die deze eis van conformiteit tussen overheidshandelen en wet formuleert als een van de beginselen van de interne moraal van het recht.[24]

De eerste eis die hieruit voortvloeit, houdt in dat het bestuur alleen mag optreden – dat wil zeggen, ingrijpen in de vrijheid en eigendom van de burgers – op basis van een formele wet. Door dit vereiste van de wettelijke bevoegdheidsgrondslag heeft het bestuur geen andere bevoegdheden, dan die waartoe het bij algemeen verbindend voorschrift is gemachtigd. Enkel door de wetgever gevormde rechtsregels vormen derhalve in principe de grondslag van bestuursbevoegdheid in bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen. Deze rechtsregels verlenen het bestuur bevoegdheden en bepalen de omvang van deze bevoegdheden.

Het legaliteitsbeginsel bevat nog een tweede norm voor het bestuur – naast en direct in het verlengde van de eis van de wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Het houdt ook in dat het bestuur bij het uitoefenen van die bevoegdheden is gebonden aan de wettelijke voorschriften. Het bestuur in de klassieke rechtsstaat mag daar niet buiten treden, niet van afwijken, ten voordele noch ten nadele van de burgers. Het legaliteitsbeginsel wordt begrepen als wetmatigheidsbeginsel. Het bestuur is in de klassieke rechtsstaatgedachte immers uitdrukkelijk de uitvoerende macht. Besturen wordt gezien als enkel wetsuitvoering; dat wil zeggen uitvoering van door de wetgever uitgevaardigde 'bevelen'. Deze wetmatigheid van het bestuur was overigens een theoretisch axioma, de bestuurspraktijk was vaak anders.[25]

Nu is het bestuur niet alleen gebonden aan het legaliteitsbeginsel, maar ook aan rechtsbeginselen. Het legaliteitsbeginsel – en met name de *Vorrang des Gesetzes* – ondergaat daardoor een verandering. Het wordt wat gerelativeerd. Niet enkel de wet, maar ook het ongeschreven recht (rechtsbeginselen) normeert tegenwoordig immers het bestuursoptreden. Hierdoor kan tegenwoordig de gebondenheid van het bestuur aan rechtsbeginselen soms zwaarder wegen dan de binding aan de wet. In zeer uitzonderlijke gevallen kan de gebondenheid aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) meer gewicht in de schaal leggen dan het beginsel van de gebondenheid aan de wet (zie de doorbraakarresten uit 1978; HR 12 april 1978, *BNB* 1978/135-137). Een strikte toepassing van de wet wijkt dan voor een beginsel van behoorlijk bestuur. Het bestuursorgaan moet van de wet afwijken ten voordele van

22 J. Hey, in Tipke/Lang, *Steuerrecht*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2015, p. 122-123.
23 J.J. Oostenbrink, *Kanttekeningen bij de wetmatigheid van bestuur*, rede, Amsterdam 1978.
24 L.L. Fuller, *The Morality of Law* [1964], New Haven/London: Yale University Press 1977, p. 81 e.v. Vgl. W. Witteveen, *De wet als kunstwerk: een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom 2014, p. 310 e.v.
25 J. van der Hoeven, *Opkomst en ondergang van een heersende leer. De leer van het wetspositivisme* (Mededelingen KNAW, Afd. Letterkunde), Amsterdam: KNAW 1990, p. 18.

de burger. Rechtsbeginselen prevaleren boven door de wetgever uitgevaardigde regels. Rechtmatigheid is zo meer dan enkel wetmatigheid. Maar wetmatigheid blijft van belang, zij vormt een minimumniveau voor het bestuurshandelen: het bestuur mag niet ten nadele van de burger van de wet afwijken.[26]

Ook hier kan de vraag gesteld worden: hoe staat de Nederlandse rechtsstaat er voor? Van Beek en Kommer hebben onlangs onderzoek gedaan naar het aspect van (rechtsstatelijke) legaliteit: met name de mate waarin de overheid zich daadwerkelijk houdt aan de wet. Dit betreft legaliteit: de afwezigheid van willekeur in machtsuitoefening door de overheid. De essentie hiervan is dat 'de staat zich gebonden weet aan zijn eigen wetten en regels en zich daar ook naar gedraagt.'[27] Op het onderdeel 'bescherming van bedrijven tegen de overheid' signaleren Van Beek en Kommer dat de situatie in Nederland is verslechterd.

5. Rechtsstaat en trias politica

In de moderne rechtsstaat zijn meerdere statelijke organen verantwoordelijk voor de rechtsvorming en rechtsontwikkeling. Montesquieu betoogde immers al dat de vrijheid van de burger het beste wordt beschermd als de overheidsmacht over verschillende machten is verdeeld.

Op het constitutionele vlak is deze idee geïnstitutionaliseerd in de trias politica. De spreiding van machten behelst een verdeling van wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht over verschillende staatsorganen. Daarbij kan het voorkomen dat een orgaan of persoon meer dan één functie vervult. Het desideratum is dan ook niet zozeer een strikte scheiding der machten, maar veeleer een dynamisch evenwicht van machten.[28] De drie machten zijn zo te beschouwen als communicerende vaten. Zij vormen een samenstel van organen met hun eigen interne 'mechanismen' en logica die samen de rechtsstatelijke doelen beogen te verwezenlijken, en met name de rechtvaardigheid trachten te realiseren. Maar dit samenwerken van wetgever, bestuur en rechter is nooit een probleemloze kwestie. Het evenwicht kan steeds teloor gaan. In de praktijk van het recht moet daarom het evenwicht tussen de drie machten steeds opnieuw gestalte krijgen.

De vrijheid van de burgers wordt in deze constructie optimaal beschermd door controle op de overheidsmacht. Rechtsvorming is zo idealiter het resultaat van een evenwichtig samenspel van de verschillende machten en niet van een wilsuiting door een soevereine macht. Niet één centrale instantie bepaalt zo wat recht is, er zijn meerdere bevoegde rechtsvormers. Wetgever, bestuur en rechter vormen in onderlinge samenwerking het recht. 'Ces trois puissances ... par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert.'[29] Het constitutionele leerstuk van de trias politica fungeert als middel om concentratie van

26 Oostenbrink 1978 spreekt over het formaliteitspostulaat – de eis van een adequate regeling in een wet in formele zin – en het exclusiviteitspostulaat – het besturen moet op de wet berusten.
27 K. van Beek & M. Kommer, 'De staat van veiligheid en rechtvaardigheid', *NJB* 2015/741, afl. 16, p. 1062.
28 Zie bijvoorbeeld W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (rede Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, m.n. p. 28-35.
29 Montesquieu, 'De l'Esprit des Lois', in: Montesquieu, *Oeuvres Complétes* (Edition de la Pléiade), Vol. II, Paris: Gallimard 19731748, XI 6.

machten en verantwoordelijkheden te voorkomen door deze te onderscheiden en in zekere mate op evenwichtige wijze te scheiden. Deling van de macht moet machtsmisbruik voorkomen: 'Pourqu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.'[30] [31]

Zo moet volgens Montesquieu het bestuur heel uitdrukkelijk een tegenwicht bieden aan de wetgever. 'Si la puissance Exécutrice n'a pas le Droit d'arreter les enterprises du Corps législatif, celui- ci sera Despotique; car comme il pourra se donner tout le pouvoir qu'il peut imaginer, il anéantira toutes les autres puissances.'[32] Maar juist op het punt van belastingen maant Montesquieu de uitvoerende macht tot terughoudendheid; want de uitvoerende macht mag niet wetgever worden op het belangrijkste punt van wetgeving.[33]

James Madison versterkte dit systeem van verdeling van macht met de idee van *checks and balances*.[34] De machten moeten elkaar controleren, maar die controlerende bevoegdheid moet weer in balans worden gebracht om te voorkomen dat die uit het lood slaat: 'the constant aim is to divide and arrange the several offices in such a manner as that each may be a check on the other – that the private interest of every individual may be a sentinel over the public rights.'[35] De verschillende organen hebben bovendien een verantwoordingsplicht ten behoeve van de (publiek) controle.

De gedachte van spreiding van bevoegdheden en checks and balances dient ook als een organisatieprincipe binnen de drie pijlers. Zo wordt de wetgevende macht gezamenlijk uitgeoefend door regering en Staten-Generaal (art. 81 Gw) en is het parlement verdeeld in een Tweede Kamer en Eerste Kamer (art. 51 Gw). Dat organisatieprincipe geldt ook binnen de rechterlijke macht: de hogere rechters controleren de rechtstoepassing door de lagere rechters.

6. Fiscaal uitvoeringsbeleid

6.1. De noodzaak van beleidsbesluiten

Het legaliteitsbeginsel impliceert voor de inspecteur de verplichting aanslagen en andere beschikkingen, dus de rechtspositie van de belastingplichtigen, vast te stellen op grond van een juiste toepassing van de wet op de vastgestelde feiten. Daarbij mag de inspecteur, en breder de Belastingdienst, niet het wettelijk stelsel vervangen door

30 Montesquieu 1748, XI 4, p. 395.

31 Montesquieu staat hier in de traditie van Spinoza, die "de absolute macht van de staat, die een logische consequentie was van zijn veronderstellingen en zijn geometrische methode, [wilde begrenzen] door een tegenmacht via zijn fameuze formule dat recht gelijk is aan macht". F. Neumann, 'Introduction', in: Montesquieu, *The Spirit of Laws*, New York: Hafner Press 1949, p. lvii.

32 Montesquieu 1748, XI 6, p. 403.

33 Montesquieu 1748, XI 6, p. 405.

34 J. Madison, A. Hamilton & J. Jay, *The Federalist Papers* (1788), London etc.: Penguin Books, 1987, nr. 51, m.n. p. 319: 'Ambition must be made to counteract ambition.' Vgl. B. Manin. 'Checks, Balances and Boundaries: the Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787', in: B. Fontana (ed.), *The Invention of the Modern Republic*, Cambridge: Cambridge University Press 1994, p. 51-62; G. Casper, *Separating Power*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1997, p. 18.

35 Madison, Hamilton & Jay 1788, p. 320.

zijn eigen opvattingen over een redelijke belastingheffing. Hij mag, op grond van het legaliteitsbeginsel, niet afwijken ten voordele of ten nadele van de belastingplichtigen. In de woorden van de Hoge Raad geeft art. 188 Gw – nu art. 104 Gw – geen reden om aan te nemen dat het de bedoeling van de wetgever is geweest de regering de bevoegdheid te verlenen ten nadele van de belastingplichtigen af te wijken van de in de wet neergelegde maatstaf (HR 22 december 1976, *BNB* 1977/50).[36] Onder bijzondere omstandigheden dient een strikte toepassing van de wet echter te wijken voor een beginsel van behoorlijk bestuur. Het bestuur moet dan van de wet afwijken ten voordele van de burger. Dit als gevolg van de in paragraaf 4 beschreven ontwikkeling van wetmatigheid naar rechtmatigheid.

Twee niveaus zijn traditioneel met name voor de uitvoeringspraktijk van belang. Het niveau van de staatssecretaris en – zoals al duidelijk zal zijn – dat van de inspecteur. Zij vervullen beiden 'een intermediaire functie' tussen de wetgever die in de wetgeving abstracte en algemene regels neerlegt en de belastingplichtigen op wie deze wetgeving van toepassing is. De abstracte en algemene regels moeten vertaald worden naar concrete situaties van individuele belastingplichtigen. De wet geeft vaak onvoldoende nauwkeurig aan wat nu exact de fiscale rechtsgevolgen voor de burger zijn; dus in welke mate zijn (bestedings)vrijheid in het geding is. Het belang van de staatssecretaris voor de uitvoeringspraktijk is gelegen in het feit dat hij veelvuldig zijn standpunten bekend maakt met betrekking tot de vraag hoe de belastingwet in bepaalde situaties moet worden toegepast. Hij doet dit met name in beleidsbesluiten.[37] Hier spelen de kennisgroepen een cruciale rol. In het geval van (nieuwe) rechtsvragen neemt de kennisgroep namelijk een standpunt in dat de inspecteur dient te volgen.[38] De tot de inspecteurs gerichte besluiten instrueren hen hoe zij in voorkomende gevallen de wet moeten toepassen. Zo'n besluit is weliswaar ogenschijnlijk een machtiging, maar moet in feite als een opdracht worden beschouwd.

In de uitvoeringspraktijk formuleert de Belastingdienst aldus zeer frequent antwoorden op rechtsvragen ten behoeve van de 'eenheid van beleid en uitvoering'. Dit is een groot goed, gegeven het massale karakter van de aanslagregeling. Maar het betekent wel dat het beleid van de uitvoerende macht in aanzienlijke mate de toepassing van de belastingwet in concreto bepaalt. De vertaalslag van de wet naar concrete norm door de Belastingdienst is zo van grote invloed op de betekenis van de fiscale wet voor de individuele burger. Dat schept een grote verantwoordelijkheid. Dit kan als volgt worden uitgewerkt.

De uitvoering van de fiscale wetgeving is vaak bepaald geen kwestie van eenvoudige subsumptie. Allereerst is de vaststelling van feiten geen mathematische bezigheid, maar een kwestie van zorgvuldig onderzoek. Vervolgens vloeit de toepassing van het recht door het bestuur niet logisch of automatisch voort uit de (algemene)

36 J.W. van den Berge, 'Na Vinkenslag', in: *Dat is verder geen probleem* (Vriendenbundel Jaap Zwemmer), Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2006, p. 153 verwijst naar Sinninghe Damsté die in 1940 schreef dat de overheid bij het uitvoeren van een belastingwet soms daarvan mag afwijken ten faveure van de belastingplichtige, namelijk als zo alleen 'de geest der wet het best tot uiting komt' – hetgeen regelmatig daarna bij wet werd geregeld (gecodificeerd).

37 Vgl. Besluit Fiscaal bestuursrecht § 2.1: 'Het fiscale uitvoeringsbeleid is de uitleg van het recht die door of namens de staatssecretaris is vastgelegd.'

38 Vgl. Besluit Fiscaal bestuursrecht § 2.3.

fiscale regel. Hoewel de fiscus in het algemeen nauwelijks beleidsvrijheid heeft omdat belastingschuld rechtstreeks uit de wet voortvloeit, is er zeer vaak sprake van beoordelingsruimte.[39] Wettelijke regels behoeven nu eenmaal interpretatie, dat geldt zelfs voor de ogenschijnlijk meest scherpe normen – zoals de afstand tussen woning en werk.[40] In de praktijk bevat (nieuwe) wetgeving dan ook leemten, onduidelijkheden, en – soms – overkill-effecten die tot onbillijkheden in de uitvoering kunnen leiden. De Belastingdienst dient deze beoordelingsruimte beleidsmatig in te vullen. Dat gebeurt (ook) via beleidsbesluiten.

Deze beleidsbesluiten dienen uiteraard geen subjectieve en partijdige interpretaties van de belastingwet te bevatten. De Belastingdienst dient immers het algemeen belang. Daaraan draagt het al genoemde rechtsstatelijke organisatieprincipe van checks and balances bij. Zo ook hier. Standpunten van kennisgroepen worden pas openbaar gemaakt na inhoudelijke toetsing daarvan door het directoraat-generaal van de Belastingdienst (Ministerie van Financiën).[41] Aldus zijn er idealiter waarborgen voor een objectieve en onpartijdige – beide kernwaarden van de magistratelijkheid – standpuntbepaling aanwezig. Het ter beoordeling voorleggen van conceptbesluiten aan vertegenwoordigers van belastingadviseurs en het bedrijfsleven, kan gezien worden als een verdere check.[42]

6.2. Beleidsbesluiten

De staatssecretaris dient dus in – tal van – beleidsbesluiten (die beleidsregels bevatten) de inspecteur casu quo de ambtenaren van de Belastingdienst te instrueren omtrent de wetstoepassing en uitleg. De bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen berust op art. 4.81 Awb. De bevoegdheid deze aanwijzingen aan de inspecteurs te geven is vastgelegd in art. 10:22 Awb.[43] Deze instructies aan de inspecteurs en hun medewerkers zijn onmisbaar om het omvangrijke en ingewikkelde proces van belastingheffing te structureren en te stroomlijnen. Zij vormen een belangrijke waarborg voor de rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en daarmee de integriteit van de toepassing en ontwikkeling van het belastingrecht. Er zijn twee soorten beleidsregels *in fiscalibus* te onderscheiden. Deze algemene standpuntbepalingen van de Staatssecretaris van Financiën, vastgelegd in tot de inspecteurs gerichte instructies, kunnen worden onderscheiden in wetsinterpreterende en goedkeurende beleidsbesluiten. De staatssecretaris schrijft de inspecteurs in wetsinterpreterende beleidsbesluiten voor

39 Vgl. het Duitse begrip 'Ermmessenraum' die een beoordelings- of waarderingsruimte betreft met betrekking tot het in ogenschouw nemen van de concrete omstandigheden van het geval; K. Tipke, *Die Steuerrechtsordnung III*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 1993, p. 1172. Dit 'Ermessen' wordt uiteraard begrensd door wet en recht(sbeginselen); vgl. J. Englisch in Tipke/Lang, *Steuerrecht*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2015, p. 222-224.

40 Gaat het bijvoorbeeld om de kortste afstand, de snelste reistijd, of de goedkoopste reismethode?

41 Aldus het persbericht van 19 juli 2002, nr. 481, *V-N* 2002/35.2; geciteerd door C.W.M. van Ballegooijen & G.W.B. van Westen, 'Is de Handreiking gederfd of te derven loon een handreiking of powerplay?', *WFR* 2012/764.

42 Vgl. Besluit Fiscaal Bestuursrecht § 2.5.

43 Vgl. art. 2.1 lid 2 Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003.

welke betekenis naar zijn mening aan een wettelijke bepaling moet worden toegekend. Met name bij onduidelijke wettelijke bewoordingen dienen deze wetsinterpreterende besluiten de eenheid in de uitvoering door de inspecteurs – en daarmee de rechtszekerheid en de gelijke behandeling van de belastingplichtigen. Daarbij heeft de staatssecretaris de plicht een redelijk objectieve interpretatie te formuleren: hij dient de wettekst niet enkel te interpreteren met het oog op de belangen van de Belastingdienst. Vanzelfsprekend dient dit ook tijdig te gebeuren om de belastingplichtigen niet onnodig in onzekerheid te laten verkeren.

Goedkeurende beleidsbesluiten bevatten een algemene standpuntbepaling van de staatssecretaris waarin hij naar zijn mening ten gunste van belastingplichtigen afwijkt van de wettelijke regel. Aan de wettelijke bepaling worden – in combinatie met de daaronder geschaarde feiten – rechtsgevolgen verbonden die er met gebruik van de gangbare interpretatiemethoden eigenlijk niet onder vallen. Hier wordt het buitenwettelijk gebied betreden – buitenwettelijk maar binnen het recht (*intra ius*); vaak ten behoeve van een doelmatige uitvoering van de belastingwet. Een goedkeurend besluit kan ook dienen om de uitvoeringslasten van de belastingwetgeving voor de burger niet onevenredig groot te laten zijn of om een efficiënte en snelle vaststelling van de belastingschuld te faciliteren. Dit is reeds lang een algemeen aanvaarde praktijk. Deze afwijkingen kunnen tegemoetkomen aan de behoeften en belangen van een groep belastingplichtigen.[44]

Maar beleidsbesluiten kunnen zeker ook een bron van conflicten zijn, bijvoorbeeld als de besluitgever voorwaarden stelt die bewust strakker zijn geredigeerd dan door de wetgever is bepaald. Beleidsbesluiten bevatten zeker niet altijd objectieve interpretaties van de belastingwet. Net als bij wetgeving geldt dat het perspectief en het belang van de Belastingdienst zeer sterk aanwezig kan zijn. Het gaat hier soms zelfs om beleidsbesluiten waarin de inspecteurs wordt opgedragen 'een hard standpunt in te nemen dat vaak agressief wordt uitgedragen' ('intimidatieresoluties').[45] Dit is 'beleid dat men heel goed als fiscale grensverkenning zou kunnen kwalificeren'.[46] Het is sowieso niet toelaatbaar 'dat het bestuursorgaan zich bij de interpretatie uitsluitend laat leiden door wat hem praktisch (en politiek) het beste uitkomt'.[47] Dit duidt op een gebrek aan integriteit in de rechtsinterpretatie, net als het bewust scheppen van rechtsonzekerheid door een wetsinterpretatie van de Hoge Raad in te perken. Soms bevat een besluit een standpunt dat in feite een arrest van de Hoge Raad negeert. Hier kunnen goede redenen voor zijn.[48] Dit kan echter ook duiden op

44 Goedkeurende beleidsbesluiten kunnen ook potentiële geschillen tussen inspecteur en belastingplichtigen voorkomen; bijvoorbeeld in geval van uiteenlopende jurisprudentie van de verschillende lagere rechters. Soms wordt er ook een besluit genomen anticiperend op wetgeving; dit besluit geldt dan tot het moment dat een overeenkomstig wetsvoorstel tot wet wordt verheven en zorgt daarmee alvast voor duidelijkheid in de uitvoeringssfeer.

45 Ch.P.A. Geppaart, 'Voordracht', in: K. de Bruin, 'Verbroken evenwicht', *WFR* 1991/5963.

46 A.J. van Lint, 'Fiscale grensverkenning en horizontaal toezicht', *NTFR* 2011/160, p. 3. Hij geeft als voorbeeld het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NTFR* 2010/1433.

47 R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Kluwer: Deventer 1996, p. 28.

48 Zie al de resolutie van 15 oktober 1974, *BNB* 1975/11 over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling met betrekking tot deelnemingen in buitenlandse lichamen. De staatssecretaris neemt

een gebrek aan respect voor de integriteit van het recht en van de rechter als partner bij de rechtsontwikkeling.[49]

Gegeven dat beleidsbesluiten dus zeker niet altijd objectieve en onpartijdige interpretaties van de belastingwet bevatten, is het niet verwonderlijk dat belastingplichtigen en belastingrechter tot een andere interpretatie kunnen komen. Uiteraard bieden beleidsbesluiten in beginsel slechts voorlopige antwoorden op (nieuwe) rechtsvragen omdat een belastingplichtige die dat antwoord niet overtuigend vindt, de rechtsvraag aan de rechter kan voorleggen.[50] Maar in de praktijk zal het toch vaak een definitief antwoord zijn. Belastingplichtigen kunnen goede redenen hebben om rechtsvragen niet aan de rechter voor te leggen of door te procederen. Dat kan namelijk een langdurige en kostbare aangelegenheid zijn waarbij ook de reputatie door media-aandacht in het geding kan zijn.[51] Dit gegeven zou de Belastingdienst moeten nopen tot extra zorgvuldigheid, zelfdiscipline en objectiviteit bij het formuleren van beleidsbesluiten. Daarmee is de integriteit van de rechtsontwikkeling en rechtstoepassing gediend.

7. Dissonant in fiscale governance

7.1. Governance bewaakt rechtsstatelijke kwaliteit

Net als alle andere overheidsorganisaties bevindt de Belastingdienst zich in het spanningsveld tussen efficiënte, doelmatige uitvoering en een rechtmatige, behoorlijke behandeling die recht doet aan de belangen en de positie van de individuele belastingplichtige.

Deze spanning weerklinkt in de permanente opdracht van de Belastingdienst:

> "De Belastingdienst voert de wet- en regelgeving die hem is opgedragen zo doeltreffend en doelmatig mogelijk uit. In zijn handelen streeft hij naar handhaving van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Dienstverlening aan en respect voor burgers en bedrijven zijn onlosmakelijk aan zijn handelen verbonden."[52]

---

hierin afstand van HR 7 november 1973, *BNB* 1974/2 (holdingarrest) dat volgens annotator Hofstra 'een schoolvoorbeeld is van een geval waarin de minister dient voor te schrijven dat het niet behoort te worden gevolgd'. Dan kan zijns inziens vervolgens overwogen worden of de wettelijke bepaling (art. 13 lid 7 Wet VPB 1969), geherformuleerd dient te worden om de kennelijke bedoeling van de wet zuiverder tot uitdrukking te brengen.

49 Zie het besluit van staatssecretaris van 3 december 1998, nr. DB98/4462, *V-N* 1998/58.18 in reactie op HR 26 augustus 1998, *BNB* 1998/409 (Baksteenarrest). Hij draagt de inspecteurs op het arrest niet tot leidraad te nemen en (aanvullende) aangiften en bezwaarschriften waarin een belastingplichtige een beroep doet op het arrest, aan te houden. Nederland is hierin niet uniek. Vgl. R.-D. Scholtz, 'Nichtanwendungserlaß – Nichtanwendungsrechtsprechung – Nichtanwendungsgesetzgebung', in *Steuerrecht, Verfassungsrecht und Finanzpolitik* (Festschrift für Franz Klein), Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 1994, p. 1041 e.v. en de verschillende landenrapporten in A.P. Dourado (ed.), *Separation of Powers in Tax Law*, Amsterdam: IBFD 2010.

50 G.J. van Norden, 'Beleidsregels, rechtszekerheid en kenbaarheid', *NTFR* 2014/2566, p. 2 wijst er overigens op dat rechterlijke uitspraken ook zelf nieuwe, andere of aanvullende rechtsvragen kunnen genereren.

51 Tegen beleidsregels kan bovendien niet rechtstreeks worden opgekomen, maar enkel via een beschikking waarin die beleidsregel is toegepast. Dit zocht op zich al voor tijdsverlies, een belangrijk element van onzekerheid.

52 *Bedrijfsplan Belastingdienst 2006-2010*, p. 9.

Het hiervoor besproken belang van het rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wordt hier expliciet erkend. Maar de erkenning van fundamentele waarden en beginselen gaat verder. Onder het kopje 'Houding en gedrag' wordt uitgesproken dat de medewerkers van de Belastingdienst, als 'ambassadeur van het publiek belang', bepaalde basiswaarden (naast respect) bij het uitvoeren van hun taken strikt in acht (moeten) nemen. 'Deze basiswaarden zijn: geloofwaardigheid, verantwoordelijkheid en zorgvuldigheid.[53] Het handelen conform wet en recht en dergelijke morele normen – zowel door de organisatie(onderdelen) als de medewerkers – is cruciaal om de integriteit en legitimiteit van de Belastingdienst (en van het belastingrecht) te waarborgen.[54]

De legitimiteit van de Belastingdienst is daarmee ook een kwestie van goed bestuur of – wat ruimer 'good governance'.[55] Governance kan in de context van het openbaar bestuur grofweg worden gedefinieerd als de uitoefening van politieke macht (gezag) en het gebruik van institutionele middelen ten behoeve van maatschappelijke problemen en aangelegenheden van de maatschappij. Fiscale governance verwijst dan naar de wijze waarop de Belastingdienst de fiscale wetgeving toepast en handhaaft.[56] Maar analoog aan het begrip 'corporate governance' kan 'governance' ook het besturen van en de uitoefening van het toezicht op en binnen de Belastingdienst aanduiden. Interne en externe controlesystemen moeten dan waarborgen dat de Belastingdienst zelf de fiscale wet- en regelgeving naleeft – dus dat het handelen van zijn medewerkers in overeenstemming is met rechtsstatelijke waarden. Hoe wordt dus de juridische kwaliteit van het handelen van de Belastingdienst gewaarborgd? Die kwaliteit vereist uiteraard fiscale vakkennis en ervaring.[57] Maar dat is een noodzakelijke maar niet voldoende voorwaarde; ook het respect voor rechtsstatelijke waarden is essentieel. Stevens merkt terecht op dat de inspecteur zich als gezagsdrager niet in allerlei bochten dient te wringen om de burger te onthouden wat hem rechtens toekomt'.[58] Ambtenaren dienen immers een breder publiek belang; zij zijn 'the trustees of the public and owe the public a duty of loyalty'.[59]

53 *Bedrijfsplan Belastingdienst 2006-2010*, p. 10. Daarbij wordt benadrukt dat het optreden van de individuele medewerker bijdraagt aan het naleven van verplichtingen door belastingplichtigen of daar afbreuk aan kan doen.

54 J.L.M. Gribnau, 'Belastingmoraal en compliance: Het belang van legitimiteit van de Belastingdienst', *WFR* 2008/1325.

55 J.L.M. Gribnau, 'Legitieme belastingheffing: recht, governance en vertrouwen', *MBB* 2013/7-8, p. 230-246.

56 Vgl. Belastingdienst, *Kennisagenda 2014*, Utrecht: BCKC 2014, p. 9-14.

57 Belastingdienst, *Kennisagenda 2014*, p. 21-25

58 L.G.M. Stevens, 'Prijs (van) de rechtsbescherming', in: *De rechtspraak in 2040, Liber amicorum G.A.M. Stevens*, Deventer: Kluwer 2010, p. 206.

59 A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton: Princeton University Press 2006, p. 220; hij verwijst o.a. naar 'the duty of fairness' en 'the duty to act with professional ethics'. Vgl. J.L.M. Gribnau, 'Fiscale ethiek: wederkerige verantwoordelijkheid voor de integriteit van het belastingrecht', in: *Belastingen en ethiek*, Preadviezen en bespreking preadviezen, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 243, Deventer: Kluwer 2011, p. 146-149.

7.2. 'Dat haalt de Belastingdienst nu zelf onderuit'

Deze rechtsstatelijke kwaliteit lijkt soms onvoldoende gewaarborgd binnen de Belastingdienst. Een voorbeeld hiervan ligt in de sfeer van de pensioenen, zo blijkt uit een publicatie van Van Ballegooijen en Van Westen over de Handreiking gederfd of te derven loon van de het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (CAP), een kennisgroep, van de Belastingdienst.[60] Van Ballegooijen en Van Westen analyseren deze door het CAP in december 2010 op zijn website gepubliceerde Handreiking. Zij laten zien dat hierin op een aantal punten de wet en rechtspraak onjuist worden uitgelegd.[61] Populair gezegd: de auteurs zijn van mening dat het CAP shopt in de jurisprudentie: eruit plukt wat van pas komt en soms dubieus of ronduit onjuist interpreteert.

Ook Bakker heeft kritiek op het CAP toen hij onlangs in discussie ging met Gerry Dietvorst over het mogelijk afschaffen van de sanctiebepalingen voor het dga-pensioen.[62] Hij betoogt dat de Belastingdienst niet integer handelt omdat hij, wetende dat belastingplichtigen vanwege deze sanctiebepalingen niet geneigd zijn een geschil aan de rechter voor te leggen, vergezochte standpunten en kunstmatige knelpunten in de uitvoeringssfeer heeft gecreëerd. Dit is in strijd met het fair play-beginsel. Hij noemt het besluit van 3 juli 2008, nr. CPP2008/447M, 'een ouderwetse vechtresolutie'. Een berucht knelpunt is zijns inziens ook 'de dividendtoets die het centraal Aanspreekpunt Pensioen (CAP) van de Belastingdienst heeft verzonnen'.[63] Deze toets is geen door of namens de Staatssecretaris van Financiën uitgevaardigd beleid, maar heeft wel degelijk gevolgen voor het handelen van belastingplichtigen.

De vraag of hier sprake is van beleid en zo ja, of dat door of namens de staatssecretaris is vastgesteld, doet hier niet echt ter zake. Waar het hier om gaat is dat het ontbreekt aan magistratelijkheid. Sowieso bestaat er in het belastingrecht meer beleid dan enkel (al dan niet direct) van de staatssecretaris afkomstig beleid. En ook al wordt ontkend dat sprake is van dergelijk informeel beleid, medewerkers voelen zich vaak toch aan een ingenomen standpunt gebonden – bijvoorbeeld vanwege de hiërarchische positie die een kennisgroep feitelijk inneemt. En is dat niet ook precies de strekking van het Besluit Fiscaal Bestuursrecht (§ 2.3)? Er is dan ook sprake van de bestendige gedragslijn die kenmerkend is voor beleid. Voor de zekerheid, de vorm waarin een schriftelijk stuk is gegoten of hoe het wordt aangeduid of genoemd is hier niet doorslaggevend voor de vraag of het gaat om een besluit.[64] Het is dus heel wel mogelijk 'dat een beleidsregel is opgenomen in een stuk dat wordt aangeduid als een beleidsnota,

60 Zie http://www.belastingdienstpensioensite.nl/.

61 Van Ballegooijen & Van Westen 2012. Zie ook de reactie van L.J. Roos & B.G.J. Schuurman, 'Het stamrecht is geen vierde pijler', *WFR* 2012/6974 met naschrift van Van Ballegooijen en Van Westen.

62 D. Bakker, '"Schrappen strafbepalingen is beste oplossing voor het DGA-pensioen" eens', *WFR* 2015/804. Vgl. G. Dietvorst, 'Is het afschaffen van de sanctiebepalingen de beste oplossing voor het DGA-pensioen?', *WFR* 2015/805: hij ziet afschaffen als symptoombestrijding en vreest verdere planning met als gevolg tegenmaatregelen die bijdragen aan verdere complexiteit. Afschaffing van het pensioen in eigen beheer is zijns inziens de beste oplossing (zie over de verdere lotgevallen hiervan M.P.A. Spanjers, 'Parlementair', *WFR* 2015/901 die er op wijst dat de politieke (lees: budgettaire) noodzaak om deze, in de woorden van staatssecretaris Wiebes, 'maatschappelijke vraag' op te lossen inmiddels verminderd is.

63 Volgens Bakker heeft de fiscus zo het beleid van het kabinet doorkruist.

64 Vgl. Van Norden 2014, p. 2 die spreekt van 'eersterangs' en 'tweederangs' beleid.

circulaire of zelfs brief.'[65] De in het Besluit Fiscaal bestuursrecht vastgelegde kwaliteitsgaranties moeten dus bij formeel én informeel beleid in acht worden genomen. Maar zoals gezegd, gaat het hier om een gebrek aan magistratelijkheid. Objectieve en onpartijdige interpretatie, ontwikkeling en toepassing van de wet, en breder: het recht moet voorop staan en daar lijkt het toch echt aan te ontbreken.

Zelfs goedkeurende beleidsbesluiten lijken hun eigen voetangels en klemmen te kennen: zo betoogt Starink.[66] Zijn inziens resulteert het – inmiddels vervallen – besluit van 26 oktober 2009, inzake de aftrek van extra dotaties aan ondernemingspensioenfondsen bij kortetermijnherstelplannen per saldo eerder 'in een beperkende dan in een verruimende maatregel' die de bevoegdheid van de staatssecretaris te buiten gaat. De fiscus 'herstelt' dus eigenmachtig een gat in wetgeving via een beleidsbesluit. Met andere woorden: de Belastingdienst als uitvoerende macht gaat op de stoel van de wetgever zitten.[67]

Dat gebeurde ook in 2011. De kennisgroep verzekeringen besloot toen dat echtparen lijfrente-uitkeringen ten laste van de minstverdienende kunnen laten vallen.[68] Daarmee wordt de wet opzijgezet. Voor zogenoemde 'oudregimelijfrentes' is in een antimisbruikartikel vastgelegd dat die lijfrente-uitkering moet worden belast bij de partner met het hoogste inkomen. Het gaat dan om toepassing van art. 69 van de Wet IB 1964 op naar nieuw regime omgezette lijfrenten.[69] Gerry Dietvorst zei daarover: 'Er zijn diverse rechtszaken over deze materie gevoerd en steeds blijft bij de rechter het antimisbruikartikel overeind. Dat haalt de Belastingdienst nu zelf onderuit.'[70]

8. Besluit

In de vorige paragrafen zijn voorbeelden gegeven van fiscale rechtsrelativering: de relativering van recht door de Belastingdienst. Deze handelt soms volgens zijn eigen wetten en regels: het legaliteitsbeginsel en de trias politica, twee kernwaarden van de rechtsstaat, worden aldus terzijde geschoven. De wet wordt vervangen door eigen opvattingen over een redelijke belastingheffing. Het ontbreekt aan magistratelijkheid omdat kennelijk onjuiste interpretaties van wet en jurisprudentie worden gehanteerd. Daarmee wordt ook het beginsel van onafhankelijke en onpartijdige bestuursrechtspraak niet serieus genomen. Belastingplichtigen wordt wel verweten dat zij de geest van de wet miskennen en zich beperken tot de letter van de wet. Legaal, maar niet legitiem handelen dus. Wat hier echter gebeurt, gaat nog een stap verder: de wet wordt terzijde geschoven, de legaliteit wordt verlaten.

---

65 R.H. Happé, P.M.F van Loon, J.P.F. Slijpen & M.R.T. Pauwels, *Algemeen fiscaal bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 62.

66 B. Starink, 'Fiscale behandeling van herstelbetalingen aan een pensioenfonds', *WFR* 2010/444.

67 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 26 oktober 2009, nr. CPP2009/1227M, inzake de aftrek van extra dotaties aan ondernemingspensioenfondsen bij kortetermijnherstelplannen, *V-N* 2009/56.7.

68 Besluit van 19 augustus 2011, nr. BLKB2011/1576M, *Stcrt*. 2011, 15573.

69 Bij een dergelijke omzetting geldt het overgangsrecht uit de Invoeringswet Wet IB 2001 (Hoofdstuk 2, art. I, Onderdeel O, negende lid, van de Invoeringswet Wet IB 2001).

70 *Het Financieele Dagblad*, 26 juli 2011, p. 1.

Van Lochem noemt als risico's van rechtsrelativering een opkomende burgerlijke ongehoorzaamheid en afnemende legitimiteit van de overheid. Ook het vertrouwen van de burgers in het recht – een voorwaarde voor het goed functioneren van de rechtsstaat[71] – komt mijns inziens zo onder druk te staan. Maar daarmee is ook de compliance in het geding. 'Als het gevoel ontstaat dat zelfs de overheid zich niet meer aan het recht houdt komt mogelijk de vraag op: waarom wij wel?'[72] Zowel de houding als het feitelijke gedrag van belastingplichtigen kunnen dan verslechteren. En dit past bepaald niet in de visie van de Belastingdienst die juist de *compliance* wil bevorderen. Het gaat dan zowel om de bereidheid van burgers en bedrijven om te voldoen aan hun fiscale verplichtingen ('voluntary compliance') als het feitelijk voldoen aan deze verplichtingen 'in termen van correcte registratie van belastingplichtigen, juiste en volledige aangifte, tijdig doen van aangifte en tijdige betaling door belastingplichtigen.'[73]

Good governance is dus ook voor de Belastingdienst van levensbelang. Interne governance mechanismen zullen daarbij moeten garanderen dat het handelen van de Belastingdienst in overeenstemming is met rechtsstatelijke waarden en beginselen. Maar heeft de Belastingdienst zijn (interne) governance wel op orde? Is er sprake van een Integrity Control Framework waardoor de burger er op kan vertrouwen dat de Belastingdienst en zijn kennisgroepen aanvaardbare standpunten inzake rechtsvragen innemen? Is er sprake van een adequate spreiding van macht en navenante checks and balances in de beleidsvorming? Is er ruimte voor kritiek? Wordt er genoeg tegenspraak georganiseerd? Vindt er voldoende roulatie plaats om nieuwe gezichtspunten aan bod te laten komen? Deze en andere prangende vragen verdienen meer aandacht.

71 WRR 2002, p. 10.
72 Van Lochem 2013, p. 251.
73 Belastingdienst, *Beheerverslag 2011*, Den Haag: Belastingdienst 2012, p. 20. Vgl. Belastingdienst, *Bedrijfsplan Belastingdienst 2008-2012*, Den Haag: Belastingdienst 2008, p. 10.

PROF. MR. DRS. M. HEEMSKERK[1]

Doorwerken na de pensioenleeftijd

1. Inleiding

De keuze voor het onderwerp van mijn bijdrage aan dit liber amicorum voor Gerry Dietvorst was snel gemaakt. Gerry heeft zich als hoogleraar decennialang bezig gehouden met pensioen. Nu hij zelf met pensioen gaat is het thema doorwerken na de pensioenleeftijd uitermate geschikt, zeker nu de wetgeving op dat punt sterk wijzigt.

Doorwerken na de pensioenleeftijd begint bij de vaststelling van de pensioenleeftijd. In deze bijdrage maak ik duidelijk dat 'de pensioenleeftijd' niet bestaat. De AOW-leeftijd, ten tijde van het schrijven van deze bijdrage 65 jaar en drie maanden, wijkt af van de fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar (2015). De pensioenleeftijd uit het pensioenreglement kan daar van afwijken, net als de pensioenontslagleeftijd. Deze problematiek komt in deze bijdrage als eerst aan de orde.

Daarna ga ik in op de vraag of de Wet werk en zekerheid (hierna: WWZ) ertoe leidt dat het pensioenontslagbeding wordt vervangen door de pensioenopzegging. Vervolgens belicht ik aan de hand van het voorstel Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd de mogelijkheden om door te werken na de pensioenleeftijd, zodat Gerry geprikkeld blijft om langer door te werken, ook na zijn pensioendatum.

2. De pensioenleeftijd

2.1. De pensioenleeftijd bestaat niet

De twee meest gestelde vragen over pensioen door consumenten zijn waarschijnlijk:
a. wanneer kan ik met pensioen en
b. hoeveel pensioen krijg ik dan?

Dat het antwoord op de tweede vraag soms onderzoek vergt, is begrijpelijk. Dat hangt namelijk af van het soort pensioenregeling. Toch blijft het schokkend om te lezen dat zo'n 70% van de Nederlanders pensioenbewusteloos is.[2] Zij hebben geen

1 Bijzonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Onno F. Blom Advocaten.
2 TNS-NIPO, *Pensioenbewustmonitor, derde meting pensioenbewustzijn-meter*, onderzoek in opdracht van Wijzer in Geldzaken, Amsterdam, januari 2012.

idee hoe laag hun pensioen is en hoe laag het wordt. Er zijn nog steeds mensen die denken dat zij 70% eindloon krijgen. Die mensen komen straks van een koude kermis thuis. Het werkelijke pensioen is bijna altijd lager dan het verwachte pensioen.[3]

Verbazingwekkend is dat anno 2015 zelfs het antwoord op de eerste vraag – wanneer kan ik met pensioen – niet eenvoudig is. Dé pensioenleeftijd bestaat niet langer. Er is een verschil tussen (1) de AOW-leeftijd, (2) de fiscale pensioenrichtleeftijd, (3) de pensioenleeftijd uit het pensioenreglement en (4) de pensioenontslagleeftijd.[4]

3. De AOW-leeftijd

3.1. Waarom de AOW-leeftijd van 65 jaar is verlaten

Meer dan vijftig jaar was de AOW-leeftijd 65 jaar. Die vaste leeftijd was één van de zekere verworvenheden van de sociale zekerheid. Het belang van de wettelijke pensioenleeftijd kan nauwelijks worden overschat. Onderzoek uit 2005 toonde aan dat de grens van 65 jaar maar liefst 898 keer voorkwam in 386 verschillende wetten, besluiten en regelingen.[5] Bedacht dient ook te worden dat ten tijde van de invoering van de voorlopers van de AOW het uitzonderlijk was indien de pensioenleeftijd werd gehaald. Toen Otto van Bismarck – algemeen beschouwd als een van de internationale grondleggers van de pensioenleeftijd – een wettelijk pensioen introduceerde in Duitsland rond 1889 was die leeftijd 70 jaar. De gemiddelde levensverwachting was toen ongeveer 72 jaar. Ook de Nederlandse Ongevallenwet van 1913 ging oorspronkelijk uit van 70 jaar.[6] Ouderdom werd daar gelijkgesteld met arbeidsongeschiktheid. Later is die leeftijd van 70 verlaagd naar 65. Dat was niet voor niets. De gedachte was een inkomensvoorziening voor de oude dag zodat bij afnemende krachten niet meer hoefde te worden gewerkt en er geen armenvoorziening of liefdadigheid nodig was. Hoe anders is dat vandaag de dag waar gelukkig veel fitte 65-plussers eropuit trekken of cruises maken. Het goede nieuws is dat de levensverwachting veel hoger is. Wij leven telkens langer dan de beste actuarissen kunnen uitrekenen. De keerzijde daarvan is dat er veel langer pensioenuitkeringen moeten worden verricht. Bovendien is het omslagstelsel er gevoelig voor dat er relatief minder premiebetalers zijn en steeds meer mensen een AOW-uitkering ontvangen. Die ontwikkelingen over vergrijzing, ontgroening en financieringsproblematiek verklaren waarom de AOW-leeftijd uiteindelijk is verhoogd.[7]

---

3 SER, *Op weg naar pensioenbewust zijn*, SER 2008, p. 25, zie reeds E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers* (diss. VU Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 57.

4 E. Lutjens, 'Pensioengerechtigde leeftijd en einde arbeidsovereenkomst onder de WWZ', *TPV* 2015/4 en J.W. Boelhouwer, 'De pensioengerechtigde leeftijd in de WWZ', *ArbeidsRecht* 2015/25.

5 E. Smolenaars, *65 jaar als uiterste houdbaarheidsdatum*, LBL 2005.

6 M. Westerveld, *Keuzes van gisteren, een blauwdruk voor morgen* (diss. Utrecht), 1994.

7 SER Advies 17 maart 2006, *Wegnemen van belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar*, Den Haag, SER 2006/3.

3.2. De verhoogde en stijgende AOW-leeftijd

Dé AOW-leeftijd bestaat niet want deze wordt in stapjes verhoogd naar 67 jaar en daarna gekoppeld aan de levensverwachting. De AOW-leeftijd is daarmee leeftijdsafhankelijk geworden. Er zijn minimaal elf AOW-leeftijden.[8] Gerry's AOW-leeftijd is veel lager dan de mijne. Anno 2015 is de AOW-leeftijd namelijk 65 jaar en drie maanden.[9] Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage heeft de Eerste Kamer een wetsvoorstel aanvaard waarin vanaf 2016 de AOW met stapjes van drie maanden wordt verhoogd, dus vanaf 2016 65 jaar en zes maanden.[10] De AOW-leeftijd is dan 66 jaar in 2018 en 67 jaar in 2021. Vervolgens wordt de AOW-leeftijd gerelateerd aan de levensverwachting. In dat kader is al eens becijferd dat iemand die geboren is in 1988 vermoedelijk een AOW-leeftijd van 71,5 jaar heeft.[11]

3.3. De automatische prikkel om door te werken

De stijgende AOW-leeftijd is positief geformuleerd een behoorlijke prikkel om langer door te werken. De uitkering gaat later in. Ook de ontslagbescherming is gedeeltelijk gekoppeld aan de AOW. Pensioenontslag wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd is immers niet verboden.[12] Een hogere AOW-leeftijd maakt dat het automatisch afscheid nemen wegens het bereiken van de pensioenleeftijd door de werkgever pas op een later moment mogelijk is (zie onderdeel 5 van deze bijdrage). Wegens het verbod op leeftijdsdiscriminatie zal een werkgever normaal gesproken geen pensioenontslagdatum hanteren onder de AOW-leeftijd.

Daarin zit een zekere balans. Enerzijds is de werknemer geprikkeld om te blijven werken omdat de AOW niet eerder wordt uitgekeerd. Anderzijds is de werkgever geprikkeld om de werknemer niet te ontslaan wegens het bereiken van een pensioenleeftijd onder de AOW-gerechtigde leeftijd.

3.4. Flexibele AOW-leeftijd?

Het aanvullend pensioen kan vaak wel worden vervroegd. Eerder met pensioen gaan dan de AOW-leeftijd, althans stoppen met werken, is dus mogelijk. Het leidt wel tot een lager pensioen (actuariële herrekening)[13] en er is (tijdelijk) geen AOW.

Zo nu en dan wordt voorgesteld om ook de AOW-leeftijd flexibel te maken. Nadeel van een vervroeging van de AOW-leeftijd is dat het AOW is bedoeld als minimumpensioenvoorziening. Vervroeging van de AOW leidt tot een lagere uitkering, die niet langer aansluit bij die minimumgedachte. Tegen een flexibele AOW-leeftijd die uitstel mogelijk maakt kleven mijns inziens minder bezwaren, afgezien van praktische uitvoeringsproblemen.

---

8 Zie art. 7a AOW.
9 Art. 7a AOW.
10 *Kamerstukken I* 2014/15, 34 083, nr. A.
11 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 610, nr. 8, p. 35. De berekening is gebaseerd op CBS-statistieken.
12 Art. 7 lid 1 onderdeel b Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (hierna: WGBL).
13 Art. 18a lid 6 Wet LB 1964.

4. De fiscale pensioenleeftijd van 67 jaar

4.1. Pensioenrichtleeftijd 67 jaar niet verplicht in pensioenreglement

De fiscale pensioenrichtleeftijd is 67 jaar en wijkt dus af van de AOW-leeftijd. De fiscale pensioenleeftijd is als volgt vastgelegd in art. 18a lid 6 van de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964):

> "Indien het ouderdomspensioen eerder ingaat dan bij het bereiken van de 67-jarige leeftijd (pensioenrichtleeftijd) wordt het herrekend ten opzichte van die leeftijd of van de in de pensioenregeling vastgestelde latere ingangsdatum met inachtneming van algemeen aanvaarde actuariële grondslagen."

Wat betekent die fiscale pensioenrichtleeftijd? Werkgevers en pensioenuitvoerders zijn niet verplicht om die fiscale pensioenrichtleeftijd over te nemen in hun pensioenreglement. Niet voor niets is het een *richt*leeftijd.

4.2. Het belang van de pensioenrichtleeftijd

Het belang van de fiscale pensioenrichtleeftijd is dat die leeftijd is gekoppeld aan de fiscaal maximale opbouwpercentages. Die opbouwpercentages zijn de afgelopen jaren flink verlaagd. Voor middelloonregeling was het opbouwpercentage in 2013 nog maximaal 2,25% van het pensioengevend loon. In 2015 is dat 1,875% van het pensioengevend loon (eindloon 1,657% in plaats van 1,9%). Een lagere pensioenleeftijd opnemen in het pensioenreglement mag fiscaal alleen maar wanneer de opbouwpercentages actuarieel worden herrekend (lees: verlaagd). Bij een pensioenleeftijd van 65 jaar is het fiscaal maximale opbouwpercentage dus niet 1,875% maar 1,616%.[14]

Dat het bereiken van de pensioenleeftijd nauw luistert bleek toen werd 'verduidelijkt' dat pensioenregelingen waarbij het pensioen ingaat op de *eerste dag van de maand* waarin de deelnemer 67 jaar wordt niet gebaseerd mogen worden op de maximale opbouwpercentages. Anders gezegd: zelfs de maximaal 30 dagen vervroeging moet actuarieel worden herrekend, al geldt een overgangstermijn van twee jaar, zo blijkt uit een recent besluit van de staatssecretaris.[15] In die periode moeten pensioenuitvoerders hun pensioenregeling aanpassen. Overigens is de pensioenrichtleeftijd van 67 jaar niet constant, maar gekoppeld aan de levensverwachting. Indien de levensverwachting stijgt, komt er een moment dat de pensioenrichtleeftijd meestijgt.[16]

14 http://www.belastingdienstpensioensite.nl/VA_14-008.htm.
15 Brief Staatssecretaris van Financiën van 24 februari 2015, nr. DB/2015/55 U1.
16 Art. 18a lid 11 Wet LB 1964.

4.3. De pensioenleeftijd uit het pensioenreglement

Werkgevers en pensioenuitvoerders zijn niet verplicht om een pensioenrichtleeftijd van 67 jaar te hanteren. Zij zijn zelfs niet verplicht om de maximale opbouwpercentages te volgen. Niet aanpassen is geen serieuze optie door de draconische gevolgen indien de pensioenregeling niet in de fiscale kaders blijft. Dat leidt tot fiscale bovenmatigheid, belastingheffing over het gehele opgebouwde pensioen (ook over het verleden) en een revisierente.[17] Kortom: dat wil niemand. De fiscale grenzen zijn economisch dwingend. In de praktijk is de pensioenleeftijd uit het pensioenreglement daarom meestal gelijk aan de pensioenrichtleeftijd van 67 jaar. Waar de pensioenleeftijd afwijkt – bijvoorbeeld 65 jaar blijft – is het opbouwpercentage normaliter verlaagd (actuarieel herrekend) tot binnen de fiscale grenzen.

5. De pensioenontslagleeftijd

5.1. Wat is pensioenontslag?

Naast de AOW-leeftijd en de fiscale pensioenrichtleeftijd is er de pensioenontslagleeftijd. Dat is de leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Dit pensioenontslag kan (1) zijn overeengekomen in een schriftelijk pensioenontslagbeding of (2) plaatsvinden door opzegging wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Het rechtsgevolg – einde arbeidsovereenkomst – is hetzelfde, de wijze van beëindiging is anders. Bij opzegging is sprake van een eenzijdige rechtshandeling door de werkgever. Het pensioenontslagbeding gaat uit van wederzijds goedvinden, omdat het van rechtswege eindigen is overeengekomen.

Een pensioenontslagbeding waarbij expliciet is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst (van rechtswege) eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd is een vaak voorkomend bedingin de (collectieve) arbeidsovereenkomst. De rechtsgeldigheid van het pensioenontslagbeding is in juli 2012 erkend door de Hoge Raad in het KLM-arrest:

> "Het eerste lid van art. 7:667 is niet beperkt tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Het voorschrift van het zesde lid ziet op de wijze waarop een partij een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst kan beëindigen. Het verzet zich niet tegen een overeenkomst (of tegen een op een overeenkomst toepasselijke clausule) als bedoeld in het eerste lid, die meebrengt dat een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wanneer de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd bereikt."[18]

17 M. Heemskerk, 'Hoe demonteer je de fiscale pensioenbom onder de aftopping', *Pensioen Magazine* 2014/12.

18 HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/209 en *NJB* 2012/1775.

Sinds het KLM-arrest staat vast dat een pensioenontslagbeding rechtsgeldig kan worden overeengekomen. Voor die datum waren er critici die meenden dat die rechtsfiguur niet paste in het ontslagrecht omdat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet van rechtswege kon eindigen.[19] De Hoge Raad ziet de juridische grondslag voor dat overeengekomen einde in art. 7:667 lid 1 BW.

5.2. Aansluiten bij de AOW-leeftijd voorkomt leeftijdsdiscriminatie

Een scherpe lezer denkt wellicht dat een werkgever die liever geen (veronderstelde) dure oudere werknemers in dienst houdt, een zo laag mogelijke pensioenleeftijd hanteert van bijvoorbeeld 55 jaar. Het verbod van leeftijdsdiscriminatie heeft een corrigerende werking. Uitgangspunt is dat pensioenontslag onder de AOW-gerechtigde leeftijd leeftijdsdiscriminatie is. De pensioenleeftijd is uitgezonderd van het verbod van leeftijdsdiscriminatie.[20] De beëindiging van de arbeidsovereenkomst is niet uitgezonderd.

Pensioenontslag bij de AOW-gerechtigde leeftijd is volgens de wetgever objectief gerechtvaardigd. De WGBL bepaalt dat het verbod van onderscheid niet geldt indien het onderscheid:

> "betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd".[21]

Uit een grote stroom rechtspraak van het HvJ EU[22] volgt dat de kans klein is dat pensioenontslag dat aansluit bij een inkomensvoorziening van de sociale zekerheid leeftijdsdiscriminatie is. Lidstaten hebben een grote beleidsvrijheid. Dat blijkt uit de jurisprudentie van het HvJ EG in de zaken Palacios en Age Concern. Zowel de Rechtbank Den Haag als de Kantonrechter Lelystad oordeelden dat pensioenontslag bij 65 jaar niet in strijd is met het verbod van leeftijdsdiscriminatie.[23] Heeft Gerry zich juridisch neergelegd bij het automatisch eindigen van de arbeidsovereenkomst en gaat hij daarom met pensioen of ziet hij mogelijkheden om door te werken na zijn pensioendatum (onderdeel 7 van deze bijdrage)?

5.3. Geen pensioenontslag onder de AOW-leeftijd

Pensioenontslag onder de AOW-gerechtigde leeftijd is in beginsel leeftijdsdiscriminatie en dus nietig want in strijd met art. 13 WGBL. Jarenlang was de vuistregel, blijkend uit rechtspraak, dat een pensioenontslagleeftijd onder de 65 jaar discriminatoir

19 P.C. Vas Nunes, 'Ouderen mogen gewoon doorwerken', *NJB* 2008/19.
20 Art. 8 lid 2 WGBL.
21 Art. 7 lid 1 onderdeel b WGBL.
22 HvJ EG 16 oktober 2007, *NJ* 2008/38; *PJ* 2007/143 *(Palacios)*; HvJ EG 5 maart 2009, *PJ* 2009/69 *(Age Concern)*; HvJ EU 12 oktober 2010, *NJ* 2011/2 *(Rosenbladt)*; HvJ EU 21 juli 2011, *NJ* 2011/522 *(Fuchs)*; HvJ EU 18 november 2010, *NJ* 2011/74 *(Georgiev)*.
23 Rb. Den Haag 14 april 2008, *PJ* 2009/83; Ktr. Lelystad 20 februari 2008, *JAR* 2008/120.

was en een pensioenontslagleeftijd van 65 jaar toelaatbaar.[24] Het Hof Den Haag sanctioneerde een reorganisatieontslag waarbij oudere boventallige werknemers verplicht in het vroegpensioen vanaf 61 jaar werden geduwd.[25] De uitzondering die de regel bevestigt, is het tot nu toe door de rechter toegestane pensioenontslag bij piloten op 56/58 jaar.[26] Daar vormde het doorstromingsargument en het interne werkgelegenheidsbeleid een objectieve rechtvaardiging.

Wie de vaste pensioenontslagleeftijd niet tijdig aanpast aan de stijgende AOW-leeftijd aanvaardt het risico op leeftijdsdiscriminatie, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis.[27] De werknemer kan een beroep doen op de nietigheid van het pensioenontslagbeding en loondoorbetaling vorderen omdat hij nog in dienst is.[28] De werkgever moet alsnog de arbeidsovereenkomst beëindigen.[29] Het pensioenontslagbeding dat niet verwijst naar de AOW-leeftijd (en meebeweegt) is niet discriminatieproof, tenzij een hogere leeftijd is overeengekomen.

5.4. Pensioenopzegging als alternatief voor pensioenontslag

Sinds de inwerkingtreding van de WWZ is opzegging tegen of na de AOW-gerechtigde leeftijd een alternatief voor de werkgever. Met de WWZ wijzigde niet alleen het ontslagrecht maar wijzigden ook de regels over pensioenontslag en de regels over doorwerken na de pensioenleeftijd. Het pensioenontslagbeding blijft mogelijk op grond van art. 7:667 lid 1 BW. Pensioenontslag op grond van gebruik is niet langer mogelijk.[30]

Eindigt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dan moet de werkgever de werknemer uiterlijk een maand van tevoren schriftelijk informeren dat de arbeidsovereenkomst eindigt of wordt voortgezet en bij voortzetting tegen welke voorwaarden. Deze aanzegplicht van art. 7:668 BW moet er voor zorgen dat de werknemer zich kan oriënteren op de arbeidsmarkt.[31] Schending van die aanzegplicht leidt tot een vergoeding van een maandsalaris. Anders dan voor een 'regulier' einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege hoeft de werkgever de aanzegplicht niet in acht te nemen bij pensioenontslag. De wetgever gaat er impliciet van uit dat bij een pensioenontslagbeding werknemers zich niet meer hoeven te oriënteren op de arbeidsmarkt en dus geen informatie hoeven.[32]

---

24 Hof Arnhem 19 oktober 2004, *JAR* 2004/272. Vgl. Ktr. Amsterdam 25 september 2006, *PJ* 2007/34 *(receptionist ABN-AMRO)*; Ktr. Amsterdam 21 februari 2011, *RAR* 2011/81 *(KLM-cabinepersoneel)*; Rb. Groningen 8 december 2009, *PJ* 2010/86 (Avebe). Zie ook M. Heemskerk, Zet het Lufthansa-arrest een streep door pensioenontslag onder 65 jaar, *AR* 2012/28, HvJ EU 13 september 2011, *PJ* 2011/138 *(Lufthansa)*.

25 Hof Den Haag 4 augustus 2009, *PJ* 2009/149 *(UWV)*. Vergelijk Hof Arnhem 19 oktober 2004, *JAR* 2004/272; *CGB* 2005-73.

26 HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/209, *NJB* 2012/1775; vergelijk Hof Amsterdam 21 september 2010, *PJ* 2010/193.

27 *Kamerstukken I* 2011/12, 33 290, nr. C, p. 14.

28 Zie art. 13 WGBL.

29 Hij kan conversie van het nietige beding naar de AOW-leeftijd bepleiten ex art. 3:42 BW, een ontslagvergunning bij het UWV aanvragen of ontbinding verzoeken.

30 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 92, 93.

31 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 36.

32 E. Lutjens, 'Pensioengerechtigde leeftijd en einde arbeidsovereenkomst onder de WWZ', *TPV* 2015/4.

Naast een pensioenontslagbeding kan een werkgever zonder instemming van de werknemer opzeggen (art. 7:671 lid 1 onderdeel g BW). Dat is een uitzondering op de hoofdregel onder de WWZ, dat rechtsgeldige opzegging alleen mogelijk is bij een redelijke grond. De WWZ gaat ervan uit dat de AOW- of afwijkende pensioenleeftijd een redelijke grond is voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De werkgever kan dus opzeggen zonder instemming van de werknemer en zonder toestemming van het UWV (art. 7:669 lid 4 BW):

> "Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst eveneens opzeggen tegen of na de dag waarop de werknemer de in artikel 7a, lid 1, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, of, indien voor hem een afwijkende pensioenleeftijd geldt, de leeftijd heeft bereikt waarop voor hem recht op pensioen ontstaat, indien de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor het bereiken van die leeftijd."

Interessant is dat de wet bepaalt dat opzegging tegen of na de AOW- of afwijkende pensioenleeftijd mogelijk is, overigens zonder duidelijk te maken wat een (afwijkende) pensioenleeftijd is. De formulering 'tegen of na' suggereert dat opzegging op een latere leeftijd (eenmalig) mogelijk is, op een tijdstip dat de werkgever eenzijdig mag bepalen.

6. Waarom doorwerken na de AOW-leeftijd

6.1. Werkplezier of financiële behoefte

De meeste mensen stoppen met werken voordat de AOW-gerechtigde leeftijd is bereikt. Toch is er een kleine maar groeiende groep werknemers die wil doorwerken na de pensioendatum. Binnen die groep vallen twee motieven te onderscheiden: werkplezier en financiële behoefte.

Een treffend voorbeeld uit de jurisprudentie van de eerste categorie was de Rotterdamse hoogleraar Henc van Maarseveen die zijn pensioenontslag bij 65 jaar al (vergeefs) aanvocht – ook in publicaties – voordat de wet die leeftijdsdiscriminatie verbiedt was aangenomen.[33] Intrigerend is ook de niet juridische maar sociologische vraag of doorwerken goed is voor de (geestelijke) gezondheid.

Minder comfortabel is de groep werknemers die zich vanuit financiële overwegingen weer op de arbeidsmarkt begeeft. Weliswaar biedt de AOW een bodempensioenvoorziening voor de oude dag, een vetpot is het niet. Beelden van ouderen met een krantenwijk om de eindjes aan elkaar te knopen doemen op. Voorbeelden van deze groep zijn (kleine) zelfstandigen zonder pensioen, migranten met een AOW-gat of herintreders met een pensioengat.[34] Het merendeel van de werkende 65-plussers (59%) is werkzaam als zelfstandige of heeft een eigen bedrijf.[35]

---

33 CRvB 4 november 1993, *TAR* 1994/6 *(Van Maarseveen)*.
34 SER Advies 2006/3, p. 13.
35 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 170, nr. 37; B.C.H. de Zwart, E. Smolenaars & P.G.M. Molenaar-Cox, *U hoeft toch niet meer te werken*?, Onderzoek naar belemmeringen voor 65-plussers bij betaalde arbeid, Leiden 29 mei 2006, p. 19, 22.

7. Langer doorwerken en pensioenontslag

7.1. Pensioenontslag is belemmering om door te werken

Pensioenontslag is een belemmering om langer door te werken in dezelfde functie. Immers, de arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Bij of boven de AOW-leeftijd is dat niet discriminatoir. Zo bezien kan de wijziging van de WWZ een gunstige invloed hebben om door te werken. Immers, de noodzaak voor een pensioenontslagbeding is weg indien de werkgever steeds bevoegd is op te zeggen tegen of na de AOW-leeftijd.

7.2. Weg met het pensioenontslagbeding?

Zo bezien kan het aantrekkelijk zijn om geen pensioenontslagbeding op te nemen, maar te kiezen voor opzegging. Dan kan de werkgever immers na de dag van de AOW- of afwijkende pensioenleeftijd opzeggen. Dat geeft de werkgever meer keuzevrijheid: hij heeft geen prikkel om de arbeidsovereenkomst automatisch te laten eindigen want hij kan dat daarna ook nog doen. Het voordeel voor de werknemer is dat hij misschien langer doorwerkt dan na de pensioenontslagdatum. Volgens de regering is het voordeel van die regeling dat de werkgever de werknemer na de pensioengerechtigde leeftijd kan laten doorwerken zonder ontslagprocedure.[36]

Het schrappen van het pensioenontslagbeding lijkt op het Amerikaanse 'employment at will' voor de werkgever. Ontslagbescherming ontbreekt voor de werknemer. De werkgever kan bepalen wanneer hij 'de optie licht' om op te zeggen zolang hij dat maar doet tegen of na de dag van de AOW- of hogere pensioenleeftijd. Een nieuwe arbeidsovereenkomst is niet nodig. De werkgever moet wel de opzegtermijn in acht nemen.[37] Bovendien moet de arbeidsovereenkomst zijn aangegaan vóór de AOW- of afwijkende hogere pensioenleeftijd om te mogen opzeggen.

7.3. Nadelen van opzegging boven AOW-leeftijd

Betekenen de hierboven genoemde voordelen voor werkgever én werknemer het einde van het pensioenontslagbeding? Volgens mij niet zonder meer. Ten eerste zijn er praktische redenen om vast te houden aan de pensioenontslagleeftijd. Het geeft werknemer én werkgever zekerheid over de einddatum van de arbeidsovereenkomst. Een vaste pensioenontslagleeftijd voorkomt eveneens gedoe op de werkvloer: waarom mag Henk wel door tot 66 jaar en Ahmed niet?

Daarnaast zijn er juridische bezwaren. Bij opzegging na de AOW-gerechtigde leeftijd voorzie ik uitlegproblematiek – wat is de afwijkende of hogere pensioenleeftijd[38] – en discriminatievragen.[39] Een werkgever zegt de arbeidsovereenkomst op na de AOW-leeftijd van 65 jaar en zes maanden maar vóór de (vaste) pensioenleeftijd uit

36 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 47.
37 Volgens het wetsvoorstel 34 073 wordt dat gemaximeerd tot één maand.
38 Zoals bedoeld in art. 7:669 lid 4 BW en art. 7 lid 1 onderdeel b WGBL.
39 B. Degelink, '(Door)werken na de AOW-gerechtigde leeftijd onder de Wet werk en zekerheid', *TPV* 2015/13.

het pensioenreglement van nu 67 jaar. Valt die wegens de leeftijd ingegeven opzegging bij bijvoorbeeld 66 jaar en één maand[40] onder de objectieve rechtvaardiging die de wetgever formuleerde in art. 7 lid 1 onderdeel b WGBL? Is 66 jaar en één maand een 'tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd'? Dat is op zijn minst discutabel indien er geen vaste hogere pensioenleeftijd is. Kwalificeert de vaste pensioenleeftijd uit het pensioenreglement van 67 jaar als zodanig? Dat lijkt mij niet. Er is dan een andere objectieve rechtvaardiging nodig. De werkgever sluit wellicht aan bij het argument dat in ieder geval een ouderdomspensioen (AOW en/of aanvullend pensioen) aanwezig is.[41] Aansluiting bij de door het HvJ EU geaccepteerde vaste pensioenontslagleeftijd is hier niet aan de orde.[42] Dan is het leeftijdsontslag bij 66 jaar en één maand mogelijk vernietigbaar en kan hij loon vorderen. De werknemer heeft zes maanden voordat zijn vordering verjaart.[43]

7.4. Langer doorwerken na pensioenontslagbeding eenvoudiger?

De wetgever heeft het makkelijker gemaakt om een nieuwe arbeidsovereenkomst te sluiten na de pensioendatum. Daardoor is het mogelijk dat een arbeidsovereenkomst die na pensioenontslag wordt voorgezet voor bepaalde tijd, van rechtswege eindigt. Sinds 1 juli 2015 geldt deze zogenaamde Ragetlie-regel[44] (art. 7:667 lid 4 BW) niet langer na pensioenontslag.[45] Volgens de Ragetlie-regel eindigt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met dezelfde inhoud niet van rechtswege. Dat voorkomt misbruik waarbij de werknemer onder druk wordt gezet om 'vrijwillig' zijn ontslagbescherming van een onbepaaldetijdcontract prijs te geven voor een bepaaldetijdcontract. Die werknemersbescherming wordt niet nodig geacht bij pensioenontslag.

De werkgever en de werknemer kunnen na het pensioenontslag dus een arbeidsovereenkomst voor bijvoorbeeld een jaar aangaan, die dan van rechtswege eindigt. De werkgever moet de werknemer wel informeren over het eindigen of voortzetten van die overeenkomst (de zogenaamde aanzegplicht).[46] Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die is aangegaan voor minder dan zes maanden geldt er geen aanzegplicht.

7.5 Geen transitievergoeding bij of na pensioenontslag

De werkgever is bij of na pensioenontslag geen transitievergoeding verschuldigd. Onder de WWZ is de werkgever die een arbeidsovereenkomst opzegt na twee jaar of meer een transitievergoeding verschuldigd. Bij of na pensioenontslag is echter geen transitievergoeding verschuldigd (art. 7:673 lid 7 onderdeel b BW):

---

40 Hoger dan de AOW-gerechtigde leeftijd.
41 HvJ EU 26 februari 2015, *JAR* 2015/96 *(Landin)*.
42 HvJ EG 16 oktober 2007, *NJ* 2008/38, *PJ* 2007/143 *(Palacios)*; HvJ EG 5 maart 2009, *PJ* 2009/69 *(Age Concern)*; HvJ EU 12 oktober 2010, *NJ* 2011/2 *(Rosenbladt)*.
43 Art. 11 WGBL.
44 Genoemd naar HR 4 april 1986, *NJ* 1987/678 *(Ragetlie)*.
45 Daarvoor was dit onzeker, zie echter Hof Amsterdam 26 mei 2005, *JAR* 2005/132 *(Folkeringa)*.
46 Art. 7:668 BW.

> "De transitievergoeding is niet verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst (…):
>
> b. geschiedt in verband met of na het bereiken van de in artikel 7a, lid 1 artikel 7a, lid 1, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd of een andere leeftijd waarop voor de werknemer recht op pensioen ontstaat;"

Volgens de regering is de transitievergoeding een uiting van de zorgplicht van de werkgever. Die zorgplicht zou niet meer nodig zijn voor mensen die een AOW-uitkering hebben, aldus de wetgever, die daarin een objectieve rechtvaardiging ziet.[47] Het Deense Landin-arrest van het HvJ EU lijkt te bevestigen dat het onthouden van een ontslagvergoeding aan werknemers met een ouderdomspensioen geen leeftijdsdiscriminatie vormt.[48]

Het kan financieel aantrekkelijker zijn om een werknemer die relatief dicht bij zijn pensioengerechtigde leeftijd is niet te ontslaan met een transitievergoeding maar in dienst te houden tot zijn pensioengerechtigde leeftijd. Anders dan vóór de WWZ is er geen aftopping meer van de inkomensschade tot de pensioengerechtigde leeftijd. Daardoor kan de transitievergoeding voor een oudere werknemer aanzienlijk hoger zijn dan het uitdienen van zijn arbeidsovereenkomst tot de pensioengerechtigde leeftijd. In dat laatste geval is immers geen transitievergoeding verschuldigd.

7.6. Geen ontslagbescherming AOW-plusser bij bedrijfseconomisch ontslag

AOW-gerechtigden worden bij een bedrijfseconomisch ontslag binnen een categorie uitwisselbare functies als eerste voor ontslag geselecteerd.

De vraag is gerechtvaardigd of de werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd bereikt, niet een soort tweederangs werknemer wordt. Zijn ontslagbescherming wordt er immers niet beter op.

8. Ander arbeidsrecht voor AOW-plussers

8.1. Het wetsvoorstel doorwerken na AOW-leeftijd

Aanhangig op het moment van schrijven (juni 2015) is het wetsvoorstel doorwerken na de AOW-leeftijd.[49] Kern van dat wetsvoorstel is een lichter arbeidsrechtelijk regime voor AOW-plussers. Dat lichter arbeidsrechtelijke regime – bijvoorbeeld een kortere loondoorbetalingstermijn bij ziekte en ruimere toepassing voor bepaaldetijdovereenkomsten – moet het in dienst nemen van AOW-gerechtigden aantrekkelijk maken.[50]

---

47 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 97.
48 HvJ EU 26 februari 2015, *JAR* 2015/96 *(Landin)*, E. Lutjens, 'Geen ontslagvergoeding bij bereiken pensioenleeftijd', *TPV* 2015/14.
49 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 073.
50 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 073, nr. 3, p. 10.

8.2. Loondoorbetaling bij ziekte

Bij ziekte moet de werkgever maximaal twee jaar 70% van het loon doorbetalen.[51] Het wetsvoorstel beperkt die periode voor AOW-plussers tot maximaal zes weken. Die kortere loondoorbetalingsverplichting maakt AOW-plussers volgens de regering veel aantrekkelijker. De werknemer heeft minder behoefte aan inkomensbescherming omdat er al een AOW-uitkering is.

Het opzegverbod bij ziekte wordt voor AOW-plussers aangepast van twee jaar naar zes weken.[52] De re-integratieverplichtingen van zieke AOW-pluswerknemers buiten het eigen bedrijf vervalt. Dat is niet vreemd gelet op de korte termijn van zes weken. Wat overblijft is een softe verplichting voor de werkgever om re-integratie in het eigen bedrijf te bevorderen voor eigen of passende arbeid. Daaraan moet de werknemer meewerken.[53]

8.3. Veel meer bepaaldetijdcontracten (ruime ketenregeling)

In de WWZ wordt de maximumtermijn waarbinnen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verkort van drie jaar naar twee jaar. Van die ketenregeling kan bij cao worden afgeweken. Arbeidsovereenkomsten die binnen zes maanden worden voortgezet tellen mee in de keten.

Het wetsvoorstel maakt de regeling voor AOW-gerechtigden veel ruimer. Bij cao kan worden bepaald dat AOW-gerechtigden pas na zes arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (in plaats van drie) of maximaal vier jaar (in plaats van twee jaar) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgen. Bij cao kan eveneens worden bepaald dat alleen arbeidsovereenkomsten aangegaan ná de AOW-leeftijd meetellen. De arbeidsovereenkomst vóór het pensioenontslag telt niet mee.

8.4. Maximale opzegtermijn van één maand

Het wetsvoorstel maximeert de opzegtermijn van AOW-gerechtigde werknemers tot één maand. Een langere opzegtermijn is volgens de regering niet nodig wegens de aanwezigheid van AOW en aanvullend pensioen.[54]

8.5. AOW-gerechtigden aantrekkelijk door inferieure bescherming?

Een logische gedachte is dat na uitholling van het ontslagrecht en de arbeidsvoorwaarden voor AOW-gerechtigden verdringing optreedt. Werkgevers hebben liever AOW-gerechtigden in dienst dan werknemers vlak vóór de AOW-gerechtigde leeftijd. AOW-gerechtigden worden flexibel, zijn goedkoper en gemakkelijker te ontslaan. Bij bedrijfseconomisch ontslag zijn ze vogelvrij want als eerste geselecteerd

51 Art. 7:629 BW.
52 Art. 7:670 lid 1 onderdeel a BW.
53 Art. 7:660a lid 1 BW.
54 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 073, nr. 3, p. 10.

voor ontslag. Na de WWZ en het wetsvoorstel is opzegging eenvoudig en anders zijn de mogelijkheden voor korte dienstverbanden met veel flexibiliteit voor werkgevers groot. Socialezekerheidspremies zijn niet verschuldigd en dure pensioenpremies worden vaak evenmin in rekening gebracht.[55]

Om verdringing te voorkomen gaan AOW'ers onder de Wet minimumloon vallen. De Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) geldt niet voor hen. Helpt het uitgeklede ontslagrecht en de soberdere voorwaarden AOW-gerechtigden inderdaad op de arbeidsmarkt of worden het tweederangs werknemers tegen wil en dank?

Bij al deze bijzondere voorwaarden voor AOW-plussers moet het leeftijdsonderscheid – zowel in de wet als in de arbeidsvoorwaarden – objectief gerechtvaardigd worden. Er is immers sprake van leeftijdsonderscheid in de wetgeving, waarvoor Richtlijn 2000/78/EG en de WGBL een objectieve rechtvaardiging eisen.[56]

9. Slotbeschouwing

Blijft Gerry ook na lezing van deze bijdrage als emeritus hoogleraar doorwerken na zijn pensionering? In de meeste gevallen ligt de reële uittreedleeftijd lager dan de officiële pensioenleeftijd. Bij Gerry is dat niet het geval. Wat Gerry ook doet – doorwerken na de pensioenleeftijd of niet – hij heeft de magische pensioenleeftijd bereikt. Hij mag genieten van een welverdiend pensioen.

55 Interessant is de vraag of de AOW-gerechtigde met succes pensioenpremies of compensatie kan afdwingen en een beroep kan doen op het verbod van leeftijdsdiscriminatie.

56 Vergelijk HvJ EU 22 december 2005, *JAR* 2005/289 *(Mangold)*.

PROF. DR. W.M.A. KALKMAN[1]

Levensverzekering en verzwijging

Van zorgvuldig acceptatiebeleid tot terughoudend onderzoek naar de doodsoorzaak

Woord vooraf

Bij het afscheid van Gerry Dietvorst als hoogleraar Fiscale en civielrechtelijke aspecten van toekomstvoorzieningen aan Tilburg University past een artikel waarbij de nog steeds actuele problematiek rond de *Vrede van Tilburg* uit 1910 centraal staat. In die *Vrede van Tilburg*[2] hebben verzekeraars en artsen afspraken gemaakt in welke gevallen een behandelend arts aan de geneeskundig adviseur van de verzekeraar informatie mag verstrekken over de doodsoorzaak van een overleden verzekerde. Die *Vrede* heeft in 1999 een vervolg gekregen in het *Convenant inzake de bestrijding van fraude met gezondheidsgegevens* en in 2005 door de instelling van de *Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens*. De behoefte aan informatie over doodsoorzaak en het daaraan voorafgegane ziekteverloop bestaat nog steeds bij verzekeraars en de discussie over de voorwaarden waaronder dat mag is recent weer in de belangstelling gekomen door een rechterlijke uitspraak, waarbij de taak en werkwijze van de Toetsingscommissie ter discussie is gesteld.

1. Inleiding

Bij het sluiten van een levensverzekering is het voor de verzekeraar van belang inzicht te hebben in de gezondheidstoestand van de kandidaat-verzekerde. Zo kan de verzekeraar het risico op overlijden beoordelen en vaststellen of, en zo ja op welke voorwaarden, de levensverzekering kan worden gesloten. De verzekeraar maakt deze risico-inschatting op basis van een gezondheidsverklaring en/of een medisch onderzoek. Als onderdeel van het *Protocol Verzekeringskeuringen* heeft het Verbond van Verzekeraars een model gezondheidsverklaring ontwikkeld, die in de loop der tijd verschillende keren is aangepast en vereenvoudigd. De verklaring is uitgebreid door consumenten getest en wordt periodiek geëvalueerd. Er zijn verzekeraars die uit oogpunt van efficiency het overlijdensrisico inschatten op grond van een beperkt aantal

---

1 Hoofd Legal, Litigation & Compliance van Nationale-Nederlanden (Leven) te Den Haag, hoogleraar verzekeringsrecht aan de Universiteit van Amsterdam (UvA) en verbonden aan Amsterdam Centre of Insurance Studies (ACIS). De auteur is veel dank verschuldigd aan mevrouw L. Goris die tijdens haar student-stage bij NN Advocaten (www.nnadvocaten.nl) heeft bijgedragen aan de totstandkoming van dit artikel.

2 W.M.A. Kalkman, 'Vrede van Tilburg op de helling?', *Pensioen Magazine* oktober 1997, p. 4-5.

vragen, al dan niet ontleend aan de model gezondheidsverklaring. In dit artikel ga ik in op de vraag of de keuze voor het gebruiken van summiere gezondheidsverklaringen past binnen een zorgvuldig acceptatiebeleid van een redelijk handelend verzekeraar en of die keuze gevolgen heeft voor een beroep op verzwijging.

Bij een zorgvuldig acceptatiebeleid past terughoudend onderzoek naar de doodsoorzaak en het daaraan voorafgegane ziekteverloop van de verzekerde. Om dit terughoudend onderzoek te kunnen waarborgen is in 2005 de Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens in het leven geroepen. Indien er na het overlijden van de verzekerde bij de verzekeraar een vermoeden bestaat dat de verzekerde bij het sluiten van de levensverzekering zijn mededelingsplicht heeft geschonden, *moet* de verzekeraar de in 2005 opgerichte Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens vragen onderzoek te doen, aangezien de verzekeraar geen eigen onderzoek naar de doodsoorzaak en het daaraan voorafgegane ziekteverloop (door zijn geneeskundig adviseur laten) mag doen.

Naast de eerder besproken problematiek met betrekking tot de summiere gezondheidsverklaringen die door sommige verzekeraars worden gebruikt, zal ik in dit artikel tevens ingaan op de positie van de behandelend artsen van de verzekerde in het kader van het verstrekken van medische informatie aan de geneeskundig adviseur van de Toetsingscommissie.

2. De Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens

2.1. De achtergrond van oprichting van de Toetsingscommissie

Als de verzekerde kort na het sluiten van de levensverzekering overlijdt, kan er bij de verzekeraar behoefte ontstaan te onderzoeken of de verzekerde wellicht zijn precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden. Een onderzoek naar de gezondheidssituatie van de verzekerde ten tijde van het sluiten van de verzekering is echter niet gemakkelijk te realiseren. Een (geneeskundig adviseur van een) levensverzekeraar mag op grond van de *Vrede van Tilburg* uit 1910 geen informatie opvragen bij de behandelend arts van de overleden verzekerde (ook niet op basis van een machtiging die de verzekerde tijdens zijn leven heeft afgegeven) en de behandelend arts mag op grond van zijn geheimhoudingsplicht geen informatie verstrekken aan de geneeskundig adviseur van de levensverzekeraar.[3] Om de levensverzekeraars tegemoet te komen in deze problematiek heeft begin jaren negentig overleg plaatsgevonden tussen het Verbond van Verzekeraars en de Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering van de Geneeskunst (KNMG). Op advies van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport zijn bij dit overleg later ook Nederlandse Patiënten/

3 W.M.A. Kalkman, 'Vrede van Tilburg op de helling?', *Pensioen Magazine*, oktober 1997, p. 4-5; N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, 'De mededelingsplicht ex art. 7:928 BW bij levensverzekering en de toetsingscommissie gezondheidsgegevens', *Het Verzekerings-Archief* 2014, p. 97-98.

Consumenten Federatie en het Breed Platform Verzekerden en Werk betrokken.[4] In 1999 is tussen deze vier partijen overeenstemming bereikt over de wijze waarop informatie bij de behandelend arts mag worden ingewonnen over de doodsoorzaak en het daaraan voorafgegane ziekteverloop van de verzekerde. Dit overleg heeft geresulteerd in het *Convenant inzake de bestrijding van fraude met gezondheidsgegevens* (hierna te noemen: Convenant), waarna in 2005 de Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens (hierna te noemen: Toetsingscommissie) is ingesteld.

2.2. Taak en werkzaamheden van de Toetsingscommissie

De werkwijze van de Toetsingscommissie is vastgelegd in het Reglement Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens (hierna te noemen: Reglement). De Toetsingscommissie doet onderzoek naar (een vermoeden van) fraude in de volgende gevallen[5]:

- Gevallen van overlijden binnen twee jaar na het afsluiten/wijzigen van de levensverzekering waarin het overlijden niet een gevolg is van een ongeval en waarbij de verzekeringsmaatschappij verzwijging van gezondheidsgegevens (met inbegrip van een van dekking uitgesloten risico) vermoedt en volgens de Toetsingscommissie deze vermoedens gerechtvaardigd zijn;
- Gevallen van overlijden tussen twee en vijf jaar na afsluiten/wijzigen van de levensverzekering alleen indien de verzekeringsmaatschappij ten genoegen van de Toetsingscommissie sterke aanwijzingen van vermoeden van fraude overlegt; en
- Bij overlijden na vijf jaar enkel indien sprake is van harde aanwijzingen voor fraude en de Toetsingscommissie deze gerechtvaardigd acht.

Ingevolge art. 3 onder 4 van het Reglement gaat de Toetsingscommissie over tot het inwinnen van medische informatie via een aan de Toetsingscommissie verbonden arts. Onder medische informatie wordt verstaan "*informatie die betrekking heeft op die gezondheidsgegevens van de verzekerde ten tijde van het sluiten of wijzigen van de verzekeringen die in relatie staan tot de overlijdensoorzaak*".[6] Dat houdt in dat de Toetsingscommissie slechts de medische causaliteit dient vast te stellen tussen de verzwegen medische feiten en de doodsoorzaak.

Levensverzekeraars die niet zijn aangesloten bij het Verbond van Verzekeraars kunnen in principe geen gebruikmaken van diensten van de Toetsingscommissie. Gezien de gedragsregels van de KNMG die het niet mogelijk maken om met individuele machtigingen medische informatie te verkrijgen van een behandelend arts van een overleden verzekerde, kunnen deze verzekeraars geen onderzoek doen naar verzwijging van voor de beoordeling relevante medische informatie ten tijde van het sluiten van de

4 *Kamerstukken II* 1996/97, Handelingen, nr. 20, voortzetting van de behandeling van het voorstel van wet van het lid Van Boxtel houdende regels tot versterking van de rechtspositie van hen die een medische keuring ondergaan (Wet op de medische keuringen) (23 259), p. 1466-1480.
5 Art. 2 Convenant inzake de bestrijding van fraude met gezondheidsgegevens.
6 Art. 3 onder 4 Reglement Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens.

levensverzekering. In het verleden is een enkele keer een uitzondering gemaakt als de niet aangesloten verzekeraar verklaarde zich aan de bepalingen van het 'Convenant inzake de bestrijding van fraude met gezondheidsgegevens' te onderwerpen.[7]

Ondanks het door de KNMG onderschreven Convenant is de behandelend arts van de overleden verzekerde niet gehouden medewerking te verlenen aan een onderzoek van de Toetsingscommissie. De KNMG schrijft over de verstrekking van medische gegevens aan de Commissie:

> "Hoewel u juridisch niet verplicht bent om informatie te geven aan de arts van de Toetsingscommissie, adviseert de KNMG om dit toch te doen. Dit standpunt is gebaseerd op een afweging van belangen in algemene zin. Belangrijk onderdeel daarvan is de opvatting dat het beroepsgeheim niet is bedoeld om frauduleus handelen te faciliteren. Bovendien was het alternatief een situatie waarin verzekeraars alle verzekerden vragen om bij het afsluiten van een verzekering een machtiging te tekenen voor het opvragen van medische gegevens bij behandelend artsen na het overlijden. Dit zou een veel grotere bedreiging van het medisch beroepsgeheim (en een grotere belasting voor artsen) vormen.
>
> Het belangrijkste voordeel van de huidige regeling is dat een onafhankelijke commissie onderzoekt of er voldoende aanwijzingen zijn voor eventuele fraude. Alleen de onafhankelijke commissie vraagt informatie op. En de medische gegevens komen niet rechtstreeks in het bezit van de verzekeraar."[8]

De Toetsingscommissie merkt in verschillende van haar jaarverslagen op dat "*met voldoening kan worden vastgesteld dat de bereidheid van artsen om aan het ingestelde onderzoek mee te werken door de gevraagde informatie te verstrekken, vrij algemeen gangbaar is geworden*".[9]

2.3 Betekenis van een uitspraak van de Toetsingscommissie

De beslissingen van de Toetsingscommissie zijn bindend voor de verzekeraar (art. 3 lid 7 Reglement). Dat houdt in dat als de Toetsingscommissie oordeelt dat er geen sprake is van verzwijging, de verzekeraar onverkort moet uitkeren. Weigert de verzekeraar uit te keren omdat hij zich niet kan vinden in het oordeel van de Toetsingscommissie, dan kan de begunstigde nakoming van het bindend advies van de Toetsingscommissie vorderen bij de burgerlijke rechter.[10] De verzekeraar kan de burgerlijke rechter om vernietiging van het bindend advies vragen, hoewel dat

7 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2010-2011, p. 3.

8 http://knmg.artsennet.nl. KNMG artseninfolijn. Informatie verstrekken aan de Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens? 26 september 2011.

9 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie 2012, p. 2.

10 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 7 juli 2008, 2008-10. In deze zaak vorderde de begunstigde nakoming van het bindend advies van de Toetsingscommissie bij de Geschillencommissie van het KiFiD. De Geschillencommissie oordeelde dat de begunstigde niet-ontvankelijk was in zijn verzoek, omdat dergelijke vorderingen bij de burgerlijke rechter moeten worden afgedwongen. Zie hierover ook Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens over de periode augustus 2006-augustus 2007, p. 3 waar de Toetsingscommissie opmerkt dat de handelwijze van de betrokken verzekeraar in strijd is met het Convenant. Zie ook de uitspraak van de Tuchtraad Financiële Dienstverlening (Assurantiën) van 30 november 2009, *TFD* 2009/004, waarin de Tuchtraad verklaart dat de betreffende verzekeraar de goede naam, het aanzien van en het vertrouwen in de bedrijfstak heeft geschaad met zijn handelwijze.

slechts in uitzonderlijke omstandigheden kans van slagen heeft. Daarnaast geldt dat een beslissing van de Toetsingscommissie geen beletsel vormt voor de nabestaanden om de burgerlijke rechter ook in dezelfde zaak een oordeel te vragen (art. 3 lid 8 Reglement). Opvallend is dat het Reglement alleen spreekt over 'nabestaanden' en niet ook over de 'begunstigden'. Nabestaanden en begunstigde hoeven niet dezelfde personen te zijn, terwijl het financieel belang primair bij de begunstigde ligt. Het verdient naar mijn mening aanbeveling het Reglement op dit punt aan te passen. Wordt dezelfde zaak door de nabestaanden voorgelegd aan de burgerlijke rechter, dan is deze niet gebonden aan het oordeel van de Toetsingscommissie.

3. De gezondheidsverklaring

3.1. Algemene opmerkingen

De levensverzekering wordt in beginsel gekenmerkt door contractsvrijheid: niemand is verplicht tot het afsluiten van een levensverzekering.[11] Als iemand toch besluit een levensverzekering te sluiten, is hij vrij in de keuze van de verzekeraar. Deze contractsvrijheid geldt niet alleen voor de verzekeringnemer, maar ook voor de verzekeraar. De verzekeraar bepaalt of hij het aangeboden gezondheidsrisico accepteert en zo ja, onder welke voorwaarden. Om een goede inschatting te kunnen maken van het gezondheidsrisico van een kandidaat-verzekerde vindt voorafgaand aan het sluiten van de verzekering een keuring plaats, door middel van een gezondheidsverklaring of een medisch onderzoek. Het is voor de risico-inschatting van belang dat de verzekeraar over alle relevante medische informatie van de kandidaat-verzekerde kan beschikken. Hier zit vanzelfsprekend een grens aan, aangezien medische keuringen een inbreuk maken op grondrechten, met name het recht op privacy en het recht op lichamelijke integriteit. In de Wet op de Medische Keuringen (WMK) heeft de wetgever daarom grenzen gesteld aan de omvang van medische keuringen in het kader van het sluiten van particuliere verzekeringen.

Zo bepaalt de WMK dat keuringen naar hun aard, inhoud en omvang moeten worden beperkt tot het doel waarvoor zij worden verricht[12] en dat keuringsgegevens niet voor een ander doel mogen worden gebruikt dan waarvoor zij zijn verzameld.[13] Bovendien gelden er specifieke beperkingen voor het vraagrecht naar erfelijkheidsgegevens en het doen van onderzoek naar aids of seropositiviteit voor aids.[14]

3.2. De modelgezondheidsverklaring

Art. 9 WMK bepaalt dat representatieve organisaties afspraken kunnen maken over onder andere de toegelaten vragen en medische onderzoeken in de zin van de WMK. Het Verbond van Verzekeraars is representatief voor de verzekeringsbranche, ook al

11 Protocol Verzekeringskeuringen 2011.
12 Art. 2 lid 1 WMK.
13 Art. 2 lid 2 WMK.
14 L.E. Kalkman-Bogerd & W.M.A. Kalkman, 'Verzamelen van en omgaan met medische gegevens in een woud vol regels', *Het Verzekerings-Archief* 2014, p. 6-13.

zijn niet alle op de Nederlandse verzekeringsmarkt actieve verzekeraars daarbij aangesloten. In dat verband hebben de Chronisch Zieken en Gehandicapten Raad (CG-Raad), de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) en het Verbond van Verzekeraars in 2011 overeenstemming bereikt over de herziening van het Protocol Verzekeringskeuringen (Protocol). In dit Protocol is in art. 3 lid 3 opgenomen:

> "Onder de vragengrens maken verzekeraars alleen gebruik van de model gezondheidsverklaring van het Verbond of een ingekorte versie daarvan. Voor de ingekorte versie geldt dat daarvoor alleen vragen gebruikt mogen worden die zijn opgenomen in de model gezondheidsverklaring."

De bedoelde vragengrens is nader gespecificeerd in art. 1 onderdeel f WMK en betreft het over drie jaar gerekend totaal verzekerd bedrag, waar beneden bepaalde vragen niet mogen worden gesteld en onderzoeken niet mogen worden verricht. De vragengrens bedraagt op dit moment € 250.000. Dat betekent dat wanneer een kandidaat-verzekerde een levensverzekering wil sluiten en daarmee het in art. 1 onderdeel f WMK totaal verzekerd bedrag van € 250.000 niet overschrijdt, de verzekeraar slechts de (ingekorte versie van de) model gezondheidsverklaring van het Verbond mag gebruiken. Minder vragen mag, maar meer of andere vragen zijn niet toegestaan. Deze verplichting geldt naar mijn mening niet alleen voor verzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars, maar voor alle verzekeraars die levensverzekeringen aanbieden aan verzekeringnemers die hun woonplaats in Nederland hebben. De model gezondheidsverklaring is een uitvloeisel van het zelfreguleringsoverleg op grond van art. 9 WMK. Representatieve organisaties van artsen, patiënten en verzekeraars in Nederland, hebben aan dat zelfreguleringsoverleg invulling gegeven ten behoeve van de keuringssituaties die beheerst worden door de WMK. Met de uitkomst van dit zelfreguleringsoverleg is een kader gecreëerd dat bedoeld is om de keurling bescherming te bieden bij een particuliere verzekeringskeuring. Iedere levensverzekeraar die levensverzekeringen aanbiedt waarop de WMK van toepassing is, zal zich moeten conformeren aan de uitkomsten van het zelfreguleringsoverleg.

Ondanks het feit dat het gebruik van (een ingekorte versie van) een model gezondheidsverklaring is voorgeschreven, wordt dit model niet door iedere verzekeraar gebruikt bij de beoordeling van het te accepteren risico. Incidenteel wordt zelfs verzekerd zonder medische waarborgen, maar met de beperking dat 'van dekking zijn uitgesloten alle bestaande en/of bekende ziekten, aandoeningen of gebreken waaraan de verzekerde lijdt of heeft geleden'.[15] Soms worden kandidaat-verzekerden verzocht om de vraag te beantwoorden of zij verwachten de komende drie jaar te zullen overleven. Ook acceptatie op grond van de verklaring van de kandidaat-verzekerde, waarin hij verklaart 'momenteel een goede gezondheid te bezitten en niet jonger dan 18 jaar en niet ouder dan 72 jaar te zijn' en 'momenteel geen aandoeningen te hebben die

15 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2012, p. 3.

medische behandeling vereisen' komt voor. Het gebruik van summiere gezondheidsverklaringen is een terugkerend thema in het verslag van werkzaamheden van de Toetsingscommissie. In haar verslag over 2013 schrijft de Toetsingscommissie hierover:

> "Met verwijzing naar haar eerdere verslagen en opmerkingen moet de Toetsingscommissie opnieuw vaststellen dat er overlijdensrisico's worden geaccepteerd op basis van volstrekt ontoereikende gezondheidsverklaringen. Er zijn nog altijd verzekeraars die voor de acceptatie van nieuwe verzekeringen genoegen nemen met de beantwoording van een paar eenvoudige vragen over het bekend zijn met enige ziekte, kwaal of gebrek, en met medicijngebruik, soms ook met de verklaring dat men niet aan kanker lijdt en niet recent een hartaanval heeft gehad."[16]

In het verslag van werkzaamheden over 2014 wordt hierover door de Toetsingscommissie opgemerkt:

> "Helaas moet worden vastgesteld dat nog altijd de productiehonger in delen van het levensverzekeringsbedrijf het vaak wint van zorgvuldig acceptatiebeleid."[17]

Op zich is het begrijpelijk dat verzekeraars uit oogpunt van efficiency proberen de acceptatieprocedure zo eenvoudig en snel mogelijk te laten verlopen. Men zou kunnen zeggen dat de kandidaat-verzekerde alleen maar voordeel heeft bij een zo kort mogelijke gezondheidsverklaring, want hoe korter de verklaring, hoe minder informatie de kandidaat-verzekerde aan de verzekeraar hoeft te verstrekken. Minder informatie betekent een minder zware beoordeling van het risico en daarmee een grotere kans op acceptatie van de levensverzekering door de verzekeraar. Toch ligt het niet zo simpel. De problemen met betrekking tot de korte gezondheidsverklaringen doen zich meestal niet voor bij het sluiten van de levensverzekering, maar achteraf, als de verzekerde – kort na het sluiten van de verzekering – is overleden en de verzekeraar de Toetsingscommissie te hulp roept om te achterhalen hoe de gezondheidstoestand was toen de verzekerde de daarop betrekking hebbende vragen moest beantwoorden.[18]

De Toetsingscommissie heeft aangegeven dat een redelijk handelend levensverzekeraar zich maximaal moet inspannen om te voorkomen dat hij een verzekering sluit zonder op de hoogte te zijn van de voor de beoordeling van het risico relevante feiten en omstandigheden.[19]

> "Uit een oogpunt van voorkoming van verzwijging of onjuiste opgave schieten naar het oordeel van de commissie dergelijke summiere gezondheidsverklaringen dan ook duidelijk tekort."[20]

Ook de uit het *Protocol Verzekeraars & Criminaliteit* (Protocol betreffende bewustwording, preventie, detectie en afhandeling van verzekeringsfraude en criminaliteit) van het Verbond van Verzekeraars voortvloeiende verplichting tot fraudepreventie

16 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2013, p. 2.
17 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2014, p. 1.
18 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2014. p. 2.
19 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2012, p. 1.
20 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens over de periode augustus 2007-augustus 2008, p. 2.

dwingt naar het oordeel van de Toetsingscommissie tot een zorgvuldig acceptatiebeleid.[21] Naar het oordeel van de Toetsingscommissie past daarbij niet het hanteren van gezondheidsverklaringen met een beknopte vraagstelling.[22] Een acceptatiebeleid gebaseerd op summiere gezondheidsverklaringen – naar ik aanneem in afwijking van de uit de zelfregulering voortvloeiende (korte) model gezondheidsverklaring van het Verbond van Verzekeraars –, beschouwt de Toetsingscommissie als lichtvaardig handelen in de zin van art. 3 lid 5 van het *Reglement Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens* en zal dat handelen betrekken in haar beslissing.[23]

Ik zou nog iets verder willen gaan. Naar mijn mening zou de Toetsingscommissie het verzoek van de verzekeraar niet in behandeling moeten nemen dan wel moeten afwijzen indien de verzekeraar bij de acceptatie gebruik heeft gemaakt van vragen omtrent de gezondheid die niet in overeenstemming zijn met de afspraken omtrent de te stellen gezondheidsvragen en het ondergaan van medische onderzoeken die in het kader van art. 9 WMK zijn gemaakt. Die afspraken beogen de positie van een keurling bij een particuliere levensverzekering te versterken en zijn de weerslag van de maatschappelijke opvatting waaraan een zorgvuldige acceptatieprocedure bij het sluiten van een levensverzekering moet voldoen. Het verdient naar mijn mening aanbeveling het reglement van de Toetsingscommissie hierop aan te passen.

4. De mededelingsplicht

4.1. Algemene vereisten bij de mededelingsplicht

Een verzekeringnemer is verplicht vóór het sluiten van de overeenkomst alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar, of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen afsluiten afhangt of kan afhangen (art. 7:928 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW)). Voor de beoordeling van het beroep op verzwijging is van belang of bij het aangaan van de verzekering door de verzekeraar gebruik is gemaakt van een door hem opgestelde vragenlijst (art. 7:928 lid 6 BW). Indien gebruik is gemaakt van een vragenlijst, kan de verzekeraar zich er niet op beroepen dat vragen niet zijn beantwoord, of feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn meegedeeld, en evenmin dat een in algemene termen vervatte vraag onvolledig is beantwoord, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden. Indien de verzekeraar geen gebruikmaakt van een vragenlijst, of slechts van een beperkte vragenlijst, beperkt dat de inhoud en omvang van de mededelingsplicht in die zin dat het kenbaarheidsvereiste

21 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2012, p. 3; zie Protocol Verzekeraars & Criminaliteit (Protocol betreffende bewustwording, preventie, detectie en afhandeling van verzekeringsfraude en criminaliteit). Als uitgangspunt voor het protocol geldt dat fraudebeheersing een maximaal effect heeft (met minimale inspanning) indien hier zo vroeg mogelijk in het proces van productontwikkeling, acceptatie en claimafhandeling aandacht voor is. Dat betekent: preventie waar dit mogelijk is, detectie en repressie waar dit noodzakelijk is (p. 11).

22 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2013, p. 2.

23 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2013, p. 3.

van art. 7:928 lid 1 BW strikt moet worden uitgelegd.[24] Bij het kenbaarheidsvereiste gaat het om feiten waarvan de verzekeringnemer en de kandidaat-verzekerde weten of behoren te begrijpen, dat de beslissing van de verzekeraar daarvan afhangt of kan afhangen.

Men kan zich afvragen – en dat doet ook de Toetsingscommissie[25] – of een verzekeraar wel verschoonbaar handelt in de zin van art. 7:928 lid 4 BW als hij zich niet maximaal inspant om alle informatie te verwerven om tot een goede inschatting van het overlijdensrisico te komen. Daarnaast kan men zich afvragen of een verzekeraar die de vragen uit de (verkorte) modelgezondheidsverklaring van het Verbond van Verzekeraars niet hanteert bij de acceptatie van het aangeboden overlijdensrisico, met een beroep op art. 7:928 lid 6 BW kan stellen dat bepaalde feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn meegedeeld, indien naar die feiten wel wordt gevraagd in de modelgezondheidsverklaring van het Verbond van Verzekeraars. Zoals ik hiervoor al eerder tot uitdrukking heb gebracht, beoogt de model gezondheidsverklaring als uitvloeisel van de zelfreguleringsafspraken op grond van art. 9 WMK de positie van een keurling bij een particuliere levensverzekering te versterken en geldt als de weerslag van de maatschappelijke opvatting waaraan een zorgvuldige acceptatieprocedure moet voldoen. Die model gezondheidsverklaring moet de verzekeraar gebruiken. Indien de verzekeraar die model gezondheidsverklaring niet gebruikt en/of andere vragen stelt, die niet in overeenstemming zijn met de afspraken op grond van art. 9 WMK, is het naar mijn mening niet gerechtvaardigd dat hij consequenties verbindt aan de beantwoording op basis van de summiere gezondheidsverklaring, indien toepassing van de model gezondheidsverklaring een en ander had kunnen voorkomen.

4.2. Rechtsgevolgen van niet-nakoming van de mededelingsplicht

Wanneer de rechter vaststelt dat is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden (art. 7:930 lid 5 BW) of vaststelt dat de verzekeraar de verzekering bij kennis van de ware stand van zaken niet zou hebben gesloten (art. 7:930 lid 4 BW), is de verzekeraar niet tot uitkering verplicht. Bij beantwoording van de vraag of de verzekeraar de verzekering bij kennis van ware stand van zaken niet zou hebben gesloten, is van belang dat de verzekeraar zich enerzijds moet opstellen als een redelijk handelend verzekeraar,[26] maar anderzijds een grote beleidsvrijheid behoudt ten aanzien van zijn acceptatiebeleid van een risico. Een voor de begunstigde pijnlijk voorbeeld hiervan is de zaak die leidde tot de uitspraak van het Hof Amsterdam van 17 december 2013.[27]

In deze zaak ging het om een vrouw [V], die weduwe was van de heer [X]. [X] is op 4 juni 2009 overleden aan longkanker. Op 16 maart 2009 heeft [X] een geldlening

24 Zie Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7996.
25 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens 2014. p. 2; zie ook J.H. Wansink, '"Modern" verzekeren en een beroep op verzwijging', *Het Verzekerings-Archief* 2012, p. 1-2.
26 Zie Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7996.
27 Hof Amsterdam 17 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4670.

met daaraan gekoppeld een overlijdensrisicoverzekering afgesloten bij (de rechtsvoorgangster van) Jubilee. De verzekerde heeft, door ondertekening van het polisblad, verklaard momenteel een goede gezondheid te bezitten en niet jonger dan 18 jaar en niet ouder dan 72 jaar te zijn, en momenteel geen aandoeningen te hebben die medische behandeling vereisen. De longkanker waaraan [X] is overleden, is ontstaan na de ingangsdatum van de verzekering. Ten tijde van het aangaan van de verzekering, leed [X] aan suikerziekte. Jubilee heeft de claim van [V] bij brief van 3 augustus 2009 afgewezen. Jubilee heeft aangevoerd dat [X] niet aan zijn mededelingsplicht heeft voldaan, zodat zij ingevolge art. 7:930 lid 4 BW niet gehouden is tot uitkering over te gaan. Het hof oordeelt dat [X], door ondertekening van het polisblad op 16 maart 2009, waarin hij in niet voor misverstand vatbare bewoordingen heeft verklaard 'momenteel geen aandoeningen te hebben die medische behandeling vereisen', wist of behoorde te begrijpen dat voor het sluiten van de overlijdensrisicoverzekering door Jubilee van belang was of [X] wel of geen aandoeningen had die medische behandeling vereisten. Nu uit de verklaring van de huisarts volgt dat [X] onder medische behandeling stond voor zijn suikerziekte, kan het Hof geen andere conclusie trekken dan dat [X] niet aan zijn mededelingsplicht heeft voldaan. Het acceptatiebeleid van Jubilee is dat zij bij dit soort verzekeringen niet werkt met aanpassing van de premie of van de voorwaarden. Een aspirant-verzekeringnemer/verzekerde wordt geaccepteerd of geweigerd. Op het moment dat een aspirant-verzekerde niet zonder meer het polisblad kan ondertekenen omdat geen sprake is van een goede gezondheid of de aspirant-verzekerde een aandoening of ziekte heeft die medische behandeling behoeft, schakelt Jubilee haar medisch adviseur in, die, na een machtiging daartoe, medische informatie opvraagt en een advies uitbrengt, zodat Jubilee het risico kan beoordelen en de keuze maakt tussen het wel of niet afsluiten van de verzekering. De beoordeling die in dit geval heeft plaatsgevonden door de medisch adviseur van de verzekeraar na het overlijden van [X], is dezelfde als de beoordeling die de medisch adviseur had moeten maken voorafgaand aan het sluiten van de overlijdensrisicoverzekering, als [X] toen de suikerziekte had vermeld. Gezien het oordeel van de medisch adviseur, had Jubilee in dat geval niet met [X] een overlijdensrisicoverzekering gesloten.

[V] heeft het door Jubilee gestelde alles-of-niets karakter van haar acceptatieprocedure betwist maar het Hof oordeelt dat het Jubilee in beginsel vrij staat om bij een verzekering als de onderhavige het door haar gestelde acceptatiebeleid te volgen. Voorts heeft [V] niet betwist dat Jubilee na het overlijden van [X] dezelfde beoordeling door haar medisch adviseur heeft laten doen, die zij zou hebben laten doen indien [X] voor het sluiten van de verzekeringsovereenkomst had meegedeeld dat hij leed aan suikerziekte waarvoor hij medisch behandeld werd. Het Hof oordeelt dat, bij gebreke van gestelde of gebleken omstandigheden die tot een andere conclusie zouden moeten leiden, moet worden aangenomen dat Jubilee zich als redelijk handelend verzekeraar heeft gedragen, zowel ten aanzien van haar acceptatiebeleid als de beoordeling van het risico (achteraf) in dit geval.

Interessant in deze uitspraak is dat het onderzoek naar de doodsoorzaak en het daaraan voorafgegane ziekteverloop,[28] leidt tot het krijgen van medische informatie die geen betrekking heeft op de doodsoorzaak, maar die toch in het bezit komt van de medisch adviseur en die van belang was bij het accepteren van het risico. De Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens heeft voor dit aspect diverse keren aandacht gevraagd in haar verslagen van werkzaamheden en spreekt in dit verband van 'bijvangst'.[29] De Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens mag deze 'bijvangst' niet delen met de verzekeraar, omdat het vaststellen daarvan buiten haar taakstelling valt zoals omschreven in art. 4 van het *Convenant inzake de bestrijding van fraude met gezondheidsgegevens*.[30]

4.3. De civiele procedures met betrekking tot verzwijging

In de bijna tien jaar dat de Toetsingscommissie nu bestaat, zijn in de gepubliceerde rechtspraak vier uitspraken te vinden, waarin het beroep van de verzekeraar op verzwijging, dat mede gebaseerd was op het oordeel van de Toetsingscommissie, ook aan de civiele rechter is voorgelegd. Het gaat om de zaken die hebben geleid tot de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 1 augustus 2012 (X/RVS),[31] de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 22 januari 2014[32] en de uitspraak in hoger beroep van 21 april 2015 van het Hof 's-Hertogenbosch (X/Nationale-Nederlanden)[33] en de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 4 maart 2015 (X/Reaal).[34]

In de procedure voor de Rechtbank Arnhem kwam de rechtbank tot hetzelfde oordeel als de Toetsingscommissie. Datzelfde gebeurde in eerste aanleg in de procedure voor de Rechtbank Zeeland-West-Brabant, maar in hoger beroep verwierp het Hof 's-Hertogenbosch het beroep op schending van de mededelingsplicht. De taak en werkwijze van de Toetsingscommissie is onder druk komen te staan door het vonnis van de Rechtbank Noord-Holland van 4 maart 2015 in een zaak tegen verzekeraar REAAL.[35] In deze zaak had de verzekerde de verzekeraar niet ingelicht over zijn (geringe) slikklachten, zijn daarmee samenhangende bezoek aan de huisarts en de uiteindelijke doorverwijzing naar een medisch specialist. De Toetsingscommissie

28 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens over de periode augustus 2006-augustus 2007, p. 2, waarin de Toetsingscommissie opmerkt dat zij zich immer op het standpunt heeft gesteld dat de mogelijkheid om van artsen medische informatie over overleden patiënten te verkrijgen, exclusief aan de Toetsingscommissie is voorbehouden. Zie ook Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens over de periode augustus september 2010-december 2011, p 3.

29 Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens augustus 2006-augustus 2007, p. 3-4; Verslag van werkzaamheden Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens augustus 2007-augustus 2008, p. 3.

30 N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, 'De mededelingsplicht ex art. 7:928 BW bij levensverzekering en de toetsingscommissie gezondheidsgegevens', *Het Verzekerings-Archief* 2014, p. 100.

31 Rb. Arnhem 1 augustus 2012, ELCI:NL:RBARN:2012:BX5871.

32 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 januari 2014, ELCI:NL:RBZWB:2014:336.

33 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1484.

34 Rb. Noord-Holland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1711, *JA* 2015/82, m.nt. E.J. Wervelman (onder *JA* 2015/81).

35 Rb. Noord-Holland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1711, *JA* 2015/82, m.nt. E.J. Wervelman (onder *JA* 2015/81).

oordeelde dat er sprake was van verzwijging, waarop de weduwe van de verzekerde een civiele procedure tegen de verzekeraar startte. De rechtbank oordeelde dat van verzwijging geen sprake was en stelde bovendien ambtshalve de werkwijze van de Toetsingscommissie aan de orde:

> "Gelet op de welhaast categorische schending van het medisch beroepsgeheim in dit dossier heeft de rechtbank partijen gevraagd om bij aktewisseling te debatteren over de juridische consequenties van de werkwijze van de Toetsingscommissie (…)."[36]

De rechtbank laat deze discussie uiteindelijk onbesproken in haar vonnis, maar de vraag die zij aan de orde stelt, namelijk of de werkwijze van de Toetsingscommissie in strijd is met art. 88 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG), is wel cruciaal voor het debat over de rol van de Toetsingscommissie. Als het verstrekken van informatie door de behandelend arts van de overleden verzekerde strijdig zou zijn met een wettelijk voorschrift, zal de taak en werkwijze van de Toetsingscommissie moeten worden herzien.

Art. 88 Wet BIG bepaalt dat een ieder verplicht is geheimhouding in acht te nemen ten opzichte van al datgene wat hem bij het uitoefenen van zijn beroep op het gebied van de individuele gezondheidszorg als geheim is toevertrouwd, of wat daarbij als geheim te zijner kennis is gekomen, of wat daarbij te zijner kennis is gekomen en waarvan hij het vertrouwelijke karakter moest begrijpen. Dit algemeen voorschrift heeft in de behandelrelatie tussen arts en patiënt nadere invulling gevonden in art. 7:457 BW, dat onder meer bepaalt dat de hulpverlener ervoor zorg draagt dat aan anderen dan de patiënt geen inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden, bedoeld in art. 7:454 BW, worden verstrekt dan met toestemming van de patiënt. Indien verstrekking plaatsvindt, geschiedt deze slechts voor zover daardoor de persoonlijke levenssfeer van een ander niet wordt geschaad. Indien de hulpverlener door inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden te verstrekken, niet geacht kan worden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen, laat hij zulks achterwege. Art. 7:457 BW bevat geen regeling voor het verstrekken van inlichtingen na het overlijden van de patiënt. De geheimhoudingsplicht is echter niet absoluut en kan worden doorbroken als er sprake is van een wettelijk voorschrift dat tot gegevensverstrekking verplicht, als de arts concrete aanwijzingen heeft om aan te nemen dat de overledene toestemming voor gegevensverstrekking zou hebben gegeven (veronderstelde toestemming) dan wel de arts voldoende concrete aanwijzingen heeft dat door het beroep op zijn geheimhoudingsplicht een ander zwaarwegend belang geschaad zou kunnen worden.[37] Verdedigbaar is mijns inziens dat een inbreuk mogelijk is, als (a) er zwaarwegende aanwijzingen bestaan dat er onzekerheid is over de uitkeringsverplichting van de verzekeraar, (b)

36 Rb. Noord-Holland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1711, *JA* 2015/82, m.nt. E.J. Wervelman (onder *JA* 2015/81), r.o. 4.7.

37 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201; Rb. Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6239.

aannemelijk is dat een redelijk handelend verzekerde toestemming had gegeven voor gegevensopenbaring om deze onzekerheid weg te nemen, en (c) deze wijze van gegevensopenbaring de enige effectieve mogelijkheid is om de gewenste opheldering te verschaffen.[38]

Voor wat betreft het eerste criterium zou kunnen gelden dat het moet gaan om feiten en omstandigheden die rechtvaardigen dat de verzekeraar de zaak voorlegt aan en in behandeling wordt genomen door de Toetsingscommissie. Het tweede criterium gaat ervan uit dat de verzekerde zou willen dat er duidelijkheid komt ten behoeve van de begunstigde over de uitkeringsverplichting van de verzekeraar. Het laatste criterium spreekt voor zich: representatieve organisaties van artsen, patiënten en verzekeraars hebben als uitvloeisel van het Convenant de Toetsingscommissie aangewezen als de enige instantie die onderzoek mag doen om vast te stellen of de verzekeraar gehouden is tot een uitkering. Andere vormen, zoals een 'nu voor alsdan' machtiging van de verzekerde, zijn als niet wenselijk afgewezen.[39] Bovendien heeft het Convenant ook de instemming van de Tweede Kamer[40] en de minister:

> "Aangezien verzekeraars terecht van mening zijn dat fraude bestreden moet kunnen worden, zijn op mijn dringend verzoek besprekingen gevoerd. Eerst tussen het Verbond en de KNMG; later is dit overleg uitgebreid met NP/CF en het Breed Platform Verzekerden en Werk. Doel van deze besprekingen was te komen tot een voor alle partijen aanvaardbare oplossing voor dit probleem. Partijen hebben inmiddels overeenstemming bereikt over een vorm van toetsing van vermoeden van fraude bij het afsluiten of wijzigen van een verzekering die recht doet aan het beroepsgeheim enerzijds en het voorkomen van fraude anderzijds. Het desbetreffende document, dat mijn steun heeft, zal binnenkort door alle betrokkenen worden ondertekend."[41]

Roscam Abbing en Rijksen vatten de wenselijkheid van de taak en werkwijze van de Toetsingscommissie goed samen:

> "Alles overziend zijn de randvoorwaarden in het convenant in relatie tot het medisch beroepsgeheim dusdanig dat een verantwoorde oplossing is gevonden waarbij het belang van de patiënt en het algemeen belang bij geheimhouding van medische informatie optimaal wordt behartigd. De regeling brengt een redelijke balans aan tussen de in het geding zijnde belangen. Denkbare alternatieven zouden verdergaande consequenties hebben gehad (...)."[42]

Het is goed om in het achterhoofd te houden dat het Convenant geheel in overeenstemming is met de Vrede van Tilburg. Het staat een verzekeraar nog steeds niet vrij informatie op te vragen bij de behandelend arts van de verzekerde, zelfs niet op basis

---

38 Inspiratie voor deze criteria is opgedaan in het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3007.

39 Zie voor het gebruik van dergelijke machtigingen bijvoorbeeld Hof Amsterdam 17 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4670 en Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7996.

40 *Kamerstukken II* 1996/97, 23 259, nr. 41, aangenomen motie-Van Hoof inzake de behoefte in de verzekeringspraktijk om met betrekking tot de doodsoorzaak te kunnen worden geïnformeerd.

41 *Kamerstukken II* 1999/2000, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 323, Vragen van het lid Buijs (CDA) aan de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport over het beroepsgeheim voor artsen.

42 H.D.C. Roscam Abbing & W.P. Rijksen, 'Inzage doodsoorzaken: Convenant bestrijding fraude met gezondheidsgegevens', *TvGR* 2002, p. 76.

van een bij leven al ondertekende machtiging.[43] Niet in strijd met de afspraken lijkt mij een door de verzekerde ondertekende verklaring – bijvoorbeeld als onderdeel van de gezondheidsverklaring – waarin hij verklaart (a) op de hoogte te zijn van de taak en werkwijze van de Toetsingscommissie, (b) zich realiseert dat de verzekeraar zich kan wenden tot de Toetsingscommissie en (c) akkoord gaat met de werkwijze van de Toetsingscommissie om medische informatie in te winnen bij behandelend artsen van de verzekerde. Een dergelijke verklaring kan (i) gezien worden als een aanmoediging voor de verzekerde om de vragen in de gezondheidsverklaring zorgvuldig te beantwoorden en (ii) tegemoet komen aan de recente discussie over de reikwijdte van het medisch beroepsgeheim in levensverzekeringskwesties. Ten slotte lijkt mij een dergelijke verklaring niet op veel bezwaar te hoeven stuiten omdat het Convenant en de werkwijze van de Toetsingscommissie de instemming heeft van de representatieve organisaties van artsen, patiënten en verzekeraars.

5. Afsluitende opmerkingen

In het licht van het zelfreguleringsoverleg zoals omschreven in de WMK is door het Verbond van Verzekeraars een (verkort) model gezondheidsverklaring opgesteld, die de instemming heeft van representatieve organisaties van artsen, patiënten en verzekeraars. Sommige verzekeraars maken geen gebruik van deze modelverklaring, maar hanteren zelf opgestelde summiere gezondheidsverklaringen.

Als de verzekerde kort na het sluiten van de levensverzekering overlijdt, kan er bij de verzekeraar behoefte bestaan onderzoek te doen naar de vraag of de verzekerde wellicht zijn precontractuele mededelingsplicht heeft geschonden. De verzekeraar dient voor dit onderzoek de hulp in te roepen van de Toetsingscommissie, aangezien hij zelf geen onderzoek mag doen naar de doodsoorzaak en het daaraan voorafgegane ziekteverloop. De Toetsingscommissie heeft in haar jaarverslagen herhaaldelijk benadrukt dat van een redelijk handelend verzekeraar maximale inspanning wordt verwacht ter voorkoming van verzwijging en dat in dat kader de summiere gezondheidsverklaring duidelijk tekort schiet. Wanneer achteraf blijkt dat een verzekeraar een zelf opgestelde summiere gezondheidsverklaring heeft gebruikt, wordt dat door de Toetsingscommissie meegenomen in haar beslissing. Mijns inziens mag de Toetsingscommissie nog een stap verder gaan en in gevallen waarbij de (verkorte) model gezondheidsverklaring niet is gebruikt, het verzoek tot onderzoek zelfs afwijzen.

Onlangs is de taak en werkwijze van de Toetsingscommissie ter discussie komen te staan in een zaak, waarin de rechter zich afvroeg of de werkwijze van de Toetsingscommissie wel in overeenstemming is met de geheimhoudingsplicht in art. 88 Wet BIG. Het medische beroepsgeheim is vanzelfsprekend een groot goed, maar is niet absoluut. Mijns inziens is verdedigbaar dat een inbreuk op deze geheimhoudingsplicht mogelijk is als (a) er zwaarwegende aanwijzingen bestaan dat er onzekerheid

43 N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, 'De mededelingsplicht ex art. 7:928 BW bij levensverzekering en de toetsingscommissie gezondheidsgegevens', *Het Verzekerings-Archief* 2014, p. 100.

is over de uitkeringsverplichting van de verzekeraar, (b) aannemelijk is dat een redelijk handelend verzekerde toestemming had gegeven voor gegevensopenbaring om die onzekerheid weg te nemen en (c) deze wijze van gegevensopenbaring de enige effectieve mogelijkheid is om de gewenste opheldering te verschaffen.

De partijen bij het zelfreguleringsoverleg over de gezondheidsverklaring zouden kunnen overwegen om in de gezondheidsverklaring een verklaring op te nemen, waarin de verzekerde aangeeft akkoord te gaan met de werkwijze van de Toetsingscommissie. Daar lijkt mij weinig op tegen omdat het Convenant en de werkwijze van de Toetsingscommissie immers de instemming heeft van de representatieve organisaties van artsen, patiënten en verzekeraars. Een dergelijke verklaring kan daarmee tegemoet komen aan de recente discussie over de reikwijdte van het medisch beroepsgeheim in levensverzekeringskwesties.

PROF. MR. H.M. KAPPELLE[1]

Dietvorst met pensioen: artikel 32ba Wet LB 1964 ook!

1. Inleiding

Gedurende de lange en rijke carrière van Gerry Dietvorst schafte de wetgever diverse fiscale faciliteiten voor pensioenen en andere onderhoudsvoorzieningen af. De ongeclausuleerde lijfrentepremieaftrek, de basisaftrek, de vrijstelling voor de kapitaalverzekering eigen woning, VUT- en prepensioenregelingen, zijn daarvan voorbeelden. Een van de laatste in deze rij is de stamrechtvrijstelling zoals we die tot 1 januari 2014 kenden in art. 11 lid 1 onderdeel g Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964). Door het afschaffen van de stamrechtvrijstelling is naar mijn mening de weg vrij om een ander omstreden artikel af te schaffen. Art. 32ba Wet LB 1964 dat de heffing over regelingen voor vervroegde uittreding regelt en dat tot de 'draconische'[2] heffing van in het totaal 104% kan leiden. In dit artikel leg ik uit waarom.

2. Regeling voor vervroegde uittreding

Art. 32ba Wet LB 1964 regelt de pseudo-eindheffing van 52% bij de inhoudingsplichtige die een Regeling voor vervroegde uittreding (RVU) toekent of uitvoert. Een RVU is: 'een regeling die of een gedeelte van een regeling dat uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ten doel heeft voorafgaand aan het ingaan van uitkeringen ingevolge een pensioenregeling of de Algemene Ouderdomswet te voorzien in een of meer uitkeringen of verstrekkingen ter overbrugging van de periode tot het ingaan van het pensioen of de uitkeringen ingevolgde de Algemene Ouderdomswet dan wel tot het aanvullen van uitkeringen ingevolge een pensioenregeling'.[3] Een regeling die een pensioenovereenkomst inhoudt als bedoeld in de Pensioenwet is geen RVU.

Met name de laatste tijd neemt de roep om afschaffing of in ieder geval versoepeling van art. 32ba Wet LB 1964 toe. Kamervragen van Heerma, Omtzigt (CDA)[4] en Bashir

1 Bijzonder hoogleraar fiscaal pensioenrecht aan de VU Amsterdam en directeur Aegon Adfis.
2 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 januari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:494.
3 Art. 32ba lid 6 Wet LB 1964.
4 2015Z01630.

(SP)[5], een brief van VNO NCW-voorzitter Hans de Boer[6] en artikelen in vakbladen[7] zijn daarvan heldere signalen. Daarbij spitst de discussie zich met name toe op de vraag wanneer een regeling een RVU is en in hoeverre de intentie van de werkgever hierbij van belang is. De ene keer acht de rechter dat wel van belang[8], de andere keer niet.[9]

Ik schaar mij achter het pleidooi om art. 32ba Wet LB 1964 af te schaffen. Ter onderbouwing daarvan kies ik in dit artikel echter een andere invalshoek. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis geef ik aan dat de primaire bestaansgrond van art. 32ba Wet LB 1964 lag in het voorkomen van oneigenlijk gebruik van de stamrechtvrijstelling zoals we die tot 1 januari 2014 kenden. Met het vervallen van de stamrechtvrijstelling is ook deze bestaansgrond voor art. 32ba Wet LB 1964 komen te vervallen. Art. 32ba Wet LB 1964 is dus niet langer nodig of nuttig.

Art. 32ba Wet LB 1964 is omstreden vanaf zijn introductie. Indertijd nog 32aa genummerd, ontstond direct na inwerkingtreding verwarring over de reikwijdte van dit artikel en de stamrechtvrijstelling voor gouden handdrukken.

De RVU-heffing vindt zijn oorsprong in de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (VPL).[10] Doel van de regeling was om bij VUT-regelingen en het omslaggefinancierde deel van prepensioenregelingen de uitkeringen als loon te belasten en de aanspraken vrij te stellen en daarnaast de introductie van een heffing van 52% over de werkgeversbijdrage en het vervallen van de aftrekbaarheid van werknemersbijdragen.[11]

De Raad van State was kritisch en stelde vast dat het voorstel weinig te maken heeft met het doen vervallen van de omkeerregel, maar dat het leidt tot een meervoudige heffing over de VUT-uitkeringen en het omslaggefinancierde deel van prepensioenen die tot meer dan 100% van het bedrag van de uitkeringen kan oplopen. De Raad is van oordeel dat deze heffing niet te rechtvaardigen is en adviseert het voorstel op dit punt zodanig aan te passen dat alleen de faciliteit die bestaat uit het toepassen van de omkeerregel komt te vervallen.[12]

De regering geeft in reactie hierop aan dat dit ertoe leidt dat het enkel niet toepassen van de omkeerregel een gunstiger fiscale behandeling van VUT-regelingen inhoudt ten opzichte van de op dat moment geldende fiscale behandeling. Bij de vaststelling van de waarde van een VUT-aanspraak moet niet alleen rekening worden gehouden met de sterftekans en de blijfkans, maar ook met de kans dat tegen de tijd dat de werknemer de VUT-gerechtigde leeftijd bereikt nog een VUT-regeling bestaat. De VUT-aanspraken zouden in dat geval tegen een hele lage waarde (of zelfs tegen

5 2015Z04178.
6 Brief aan de Staatssecretaris van Financiën van 23 januari 2015, met afschriften aan de ministers van SZW en EZ.
7 Th.J.M. van Schendel, 'De RVU-strafheffing bij bedrijfsreorganisaties, deel II', *WFR* 2015/7097, p. 650-654.
8 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:978.
9 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:494.
10 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760.
11 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 3, p. 3.
12 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 4, p. 1.

een waarde van nihil) in de heffing worden betrokken, terwijl de uitkeringen zouden zijn vrijgesteld. Per saldo wordt dan minder geheven dan onder het op dat moment geldende fiscale regime.[13]

De regering is – anders dan de Raad van State – van mening dat geen sprake is van een 'strafheffing'. Bij VUT-regelingen wordt vanwege de technische problemen bij de waardering van VUT-aanspraken en de maatschappelijke ongewenste effecten van VUT-regelingen een ontmoedigend beleid ingezet. Het fiscale instrument wordt hierbij gebruikt om een prikkel te geven om bij voortzetting van een regeling die het mogelijk maakt om voor het bereiken van de leeftijd van 65 jaar het arbeidsproces te verlaten, deze regeling vorm te geven als een kapitaalgedekte prepensioenregeling. Het advies van de Raad van State om het voorstel dusdanig aan te passen dat slechts het voordeel van de omkeerregel vervalt voor VUT-regelingen wordt vanwege de technische problemen en de beleidsmatige overwegingen niet gevolgd.[14]

Van dubbele heffing over zowel de aanspraak als de uitkeringen is volgens de regering in juridische zin geen sprake. Er is namelijk geen sprake van een dubbele heffing over dezelfde grondslag bij dezelfde belastingplichtige. De door een werknemer betaalde VUT-premies hebben als gevolg van de toepassing van het omslagstelsel immers geen betrekking meer op de uitkeringen die hij in de toekomst al dan niet zal ontvangen op basis van deze VUT-regeling. Ook bij de door de werkgever betaalde premies is geen sprake van een dubbele belastingheffing over dezelfde grondslag bij dezelfde belastingplichtige. De belastingheffing over de premie komt immers voor rekening van de werkgever, terwijl de daarmee gefinancierde uitkeringen worden belast bij de werknemer. Overigens geeft de regering wel toe dat er in economische zin wel sprake is van dubbele heffing.[15]

3. Stamrechtvrijstelling

In eerste instantie voorzag het VPL-wetsvoorstel in het vervallen van de in art. 11 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964 opgenomen stamrechtvrijstelling. De motivering daarbij was dat de stamrechtvijstelling (ook) gebruikt zou kunnen worden voor een VUT-achtige regeling of voor een (pre)pensioenregeling. Zonder de afschaffing van de stamrechtvrijstelling zou voor werkgevers en werknemers derhalve de weg open blijven staan om op eenvoudige wijze in onderling overleg VUT- of prepensioenregelingen zodanig vorm te geven, dat nog steeds fiscaal gefaciliteerd vervroegd kan worden uitgetreden.[16]

De Tweede Kamer was hier allesbehalve van overtuigd. CDA, VVD en D66 gaven tijdens de parlementaire behandeling in oktober 2004 aan dat de afschaffing van de stamrechtvrijstelling niet alleen tot gevolg heeft dat deze vrijstelling niet langer kan worden gebruikt om fiscaal gefaciliteerd vervroegd uit te treden, maar ook ten koste gaat van andere situaties waarin de stamrechtvrijstelling op dit moment wordt

13 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 4, p. 5.
14 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 4, p. 6 en 7.
15 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 10, p. 66 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 760, nr. 54, p. 41 en 42.
16 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 3, p. 35.

gebruikt. Zij wijzen daarbij met name op het gebruik van de stamrechtvrijstelling voor het starten van een onderneming en voor het vermijden van pensioengaten.

De regering realiseert zich dat het afschaffen van de stamrechtvrijstelling ook gevolgen kan hebben voor situaties waarin deze thans wordt gebruikt voor andere doelen dan vervroegde uittreding. Zij kiest er – alles afwegende – echter bewust voor om de stamrechtvrijstelling niet geheel of gedeeltelijk in stand te houden. Het volledig in stand houden van de stamrechtvrijstelling zou betekenen, dat alsnog fiscaal gefaciliteerd vervroegd zou kunnen worden uitgetreden, hetgeen uiteraard het effect van de voorgestelde aanpassing van de fiscale behandeling van VUT- en prepensioenregelingen grotendeels teniet zou doen. Ook het gedeeltelijk – dat wil zeggen voor specifieke doelen – in stand houden van de stamrechtvrijstelling is naar de mening van de regering geen wenselijke optie. Omdat dit een erg complexe regeling zou worden met alle administratieve en uitvoeringskosten van dien.[17]

De Kamer bleef sceptisch. De leden Verburg (CDA) en De Vries (VVD) dienden een amendement in dat voorzag in het in stand houden van de stamrechtvrijstelling.[18] In de toelichting schrijven de indieners:

> "De stamrechtvrijstelling dient bezien te worden in samenhang met de vormgeving van de WW en het verdere ontslagrecht. Dat kan meegenomen worden in het belastingplan 2006. De afschaffing van de stamrechtvrijstelling gebeurt in het wetsvoorstel per 1 januari 2006."

Tijdens het wetgevingsoverleg probeert staatssecretaris Wijn het nogmaals:

> "Ik vertel in grote lijnen waarom wij voorstellen de stamrechtvrijstelling af te schaffen. De stamrechtvrijstelling kan feitelijk werken als een VUT. Als een groot bedrijf nu een bepaald bedrag betaalt als werkgeversbijdrage in VUT-regelingen, kan dit het geld op een andere manier toch aan werknemers geven die eerder uittreden maar van wie wij willen dat zij blijven werken uit het oogpunt van de arbeidsparticipatie. De werknemers betalen daar dan geen belasting over – dat is de stamrechtvrijstelling – en krijgen het al dan niet via een BV, in belaste porties terug. Vanuit het zicht van de werkgever lijkt dat sterk op een VUT-regeling. Nu draagt de werkgever bij aan de VUT, straks draagt hij bij aan allerlei kleine stamrechtvrijstellingen van werknemers die hij vervroegd wil laten uittreden. Wij hebben gehoord van grotere bedrijven dat men dit zo zal doen. Dan geef je de facto de werkgever nog steeds een mogelijkheid tot een quasi VUT. Op dit moment kan men eerder uittreden via de VUT-regeling. Dat willen wij niet. Stamrechtvrijstelling is dan een zo voor de hand liggende sluiproute om alsnog een vorm van VUT toe te passen, dat wij die willen afschaffen. Dit is een zo evidente vluchtroute om alsnog een vorm van VUT te hebben, dat ik de opstellers verzoek dit amendement thans niet in te dienen."[19]

Wijn zegt de Kamer toe dat hij dit onderwerp naar voren zal brengen in het Belastingplan 2006, als in de loop van 2005 op basis van overleg met de SER en het SER-advies over de WW toch zal blijken dat de stamrechtvrijstelling alsnog overeind moet blijven. Hij geeft daarbij aan dat ook de Kamer dan de mogelijkheid heeft om de stamrechtvrijstelling alsnog te herintroduceren. Op dit moment is dit de

17 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 760, nr. 10, p. 83 en 84.
18 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 760, nr. 35.
19 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 760, nr. 54, p. 47 en 48.

evidente sluiproute naar de VUT, die zoals hij aangaf zelfs technisch vrijwel hetzelfde werkt.[20] Tijdens de plenaire behandeling herhaalt hij deze toezegging:

> "Ook vanuit de onderhandelingspositie van het kabinet zou ik het verstandig vinden om dit thans in het wetsvoorstel te laten met de volgende toezegging van het kabinet. Als in het overleg met de sociale partners en uit het advies van de SER inzake de WW blijkt dat de stamrechtvrijstelling niet langer een evidente escaperoute is, dan halen we deze er alsnog uit. Dat kan via het Belastingplan 2006. De facto kan daarmee het amendement alsnog worden uitgevoerd."

Mevrouw De Vries reageert daarop met:

> "Wat mij betreft is dat goed en wat mij betreft kan mijn handtekening onder dat amendement uit."[21]

Mevrouw Verburg trekt het amendement dan in. Daarop reageert de heer Depla (PvdA) dat hij met alle plezier zijn handtekening wil zetten in plaats van die van mevrouw De Vries. Het lijkt hem dat er daarmee voldoende steun zal zijn voor een goed amendement als dit.[22] Het vervolgens door Verburg en Depla ingediende identieke amendement[23] wordt zonder stemming aangenomen.

4. Het vervolg

De stamrechtvrijstelling bleef gehandhaafd. Dat wilde echter niet zeggen dat er geen (uitvoerings)problemen meer waren. Tijdens de behandeling van het VPL-wetsvoorstel in de Eerste Kamer kwamen deze uitvoerig ter sprake. Staatssecretaris Wijn gaf daar aan:

> "Wij moeten goed kijken dat een stamrecht als bedoeld in artikel 11, eerste lid, onderdeel g van de Wet op de loonbelasting 1964 niet tevens een VUT-regeling is als bedoeld in artikel 32aa. Op het moment dat een stamrecht voldoet aan de definitie van een regeling voor vervroegde uittreding in het vierde lid van artikel 32aa, dan is artikel 32aa ook van toepassing. Het wordt dan gezien als een quasi-VUT en niet als een stamrecht."[24]

Als voorbeeld geeft Wijn een ontslagvergoeding bij reorganisatie:

> "Als je bij die reorganisatie zegt dat iedereen vanaf 59 jaar wordt ontslagen, dan vinden wij dat de facto een VUT. Als de ontslagen die vallen bij de reorganisatie gelijkelijk verdeeld zijn over alle leeftijden in het bedrijf, dan zit je dichterbij een ontslagvergoeding en krijgt het nog steeds de kwalificatie "stamrecht". Als het wordt gedaan volgens het "last in first out"-principe en eerst de jongere medewerkers worden ontslagen, valt het ook onder het stamrechtvrijstellingsregime omdat dan niet kan worden gezegd dat men probeert de facto een VUT overeind te houden. Volgens ons is de wet daarin op dit moment duidelijk genoeg. Het gaat om het moment dat het stamrecht wordt gevestigd. Als straks in de praktijk blijkt dat het toch gedoe geeft, zullen wij daar nadere regels over stellen conform de lijn die ik net heb geschetst."[25]

---

20 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 760, nr. 54, p. 48.
21 *Kamerstukken II*, 25 november 2004 TK 28, p. 28-1839.
22 *Kamerstukken II*, 25 november 2004 TK 28, p. 28-1840.
23 *Kamerstukken II* 2004/05, 39 760, nr. 31.
24 *Kamerstukken I*, 15 februari 2005, EK 15, p. 15-730.
25 *Kamerstukken I*, 15 februari 2005, EK 15, p. 15-730.

5. Gedoe

En gedoe gaf het! Op 26 mei 2005 publiceerde de Staatssecretaris van Financiën een besluit over het begrip regeling voor vervroegde uittreding, afgrenzing met loonstamrechten en eenmalige ontslaguitkeringen.[26] Daarin geeft hij aan wanneer stamrechtregelingen in ieder geval geen RVU zijn. Daarvoor zijn twee toetsen van belang: de 55-jaar-toets en de 70%-toets. De 55-jaar-toets houdt in dat een stamrechtregeling waarbij de ingangsdatum van de uitkeringen bij in leven zijn van de werknemer vaststaat, geen RVU is indien de periodieke uitkeringen in ieder geval eindigen uiterlijk op de dag dat de (ex-)werknemer de 55-jarige leeftijd bereikt terwijl geen enkele uitkering op jaarbasis hoger is dan 100% van het (laatstgenoten) reguliere jaarloon uit de dienstbetrekking waaruit de werknemer wordt ontslagen.

De 70%-toets komt in beeld als niet wordt voldaan aan de 55-jaar-toets. Bij de 70%-toets vindt een actuariële herrekening plaats uitgaand van de ingangsdatum van het stamrecht. Bij de berekening dient naar actuariële maatstaven berekend te worden wat uit de waarde van het recht aan maximale gelijkblijvende uitkeringen kan worden gekocht met een looptijd vanaf de ingangsdatum tot aan de dag die 24 maanden voorafgaat aan de AOW-uitkering dan wel de eerdere pensioendatum. Indien de op basis van deze berekening resulterende jaarlijkse uitkering gelijk is aan of minder bedraagt dan 70% van het laatstgenoten reguliere loon, is de regeling geen RVU.

Het besluit leidde tot nog al wat commotie. Het ministerie van Financiën zag zich zelfs genoodzaakt een persbericht[27] uit te brengen om duidelijk te maken dat ontslaguitkeringen mogelijk blijven. Het besluit gaat volgens het persbericht niet in tegen het in november 2004 in de Tweede Kamer aangenomen amendement-Verburg/Depla. De stamrechtvrijstelling als zodanig blijft bestaan. Het besluit dat staatssecretaris Wijn nu heeft genomen geldt slechts als handvat om te bepalen of iets een ontslagvergoeding is of eigenlijk een verkapte VUT-uitkering. Het besluit bevat geen nieuwe regelgeving, maar dient slechts tot verduidelijking van bestaande wetgeving.

De Kamerleden Kant (SP)[28], Van Gent en Vendrik (GL)[29] stelden Kamervragen en op verzoek van de commissies voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid en voor Financiën schortte de Staatssecretaris van Financiën de uitvoeringsinstructie zoals opgenomen in het beleidsbesluit van 26 mei 2005 inzake de toepassing van de stamrechtvrijstelling voorlopig op.[30]

In het antwoord op de Kamervragen geeft de staatssecretaris aan dat hierdoor stamrechtregelingen bij ontslag en (rechten op) eenmalige ontslaguitkeringen tot een nader te betalen datum niet zullen worden aangemerkt als regelingen voor

26 Besluit van 26 mei 2005, nr. DGB2005/3299M.
27 PERS-2005-074, 1 juni 2005.
28 2040515680, ingezonden 1 juni 2005.
29 2040515720, ingezonden 2 juni 2005.
30 Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 7 juni 2005, nr. WDB2005-0037, Besluit van 8 juni 2005, nr. DGB2005/3620M.

vervroegde uittreding. Tot die nader te bepalen datum is de heffing van art. 32aa Wet LB 1964 niet van toepassing op deze stamrechten en ontslagvergoedingen.[31]

In het besluit van 8 december 2005[32] geeft de staatssecretaris aan op welke wijze vanaf 1 januari 2006 de toets van art. 32aa Wet LB 1964 op ontslaguitkeringen (waaronder stamrechtregelingen) zal plaatsvinden. Naast de kwantitatieve benadering in het besluit van 26 mei 2005 introduceert dit besluit een kwalitatieve benadering. Als het ontslag niet is gericht op het ontslaan van oudere werknemers is nooit sprake van eindheffing, noch op het moment van toekenning, noch op een ander moment. Daarvan is sprake als een reorganisatie plaatsvindt met het oog op een vermindering van het personeelsbestand op basis van objectieve criteria (zoals het lifo-systeem of het afspiegelingsbeginsel) waarbij niet de intentie bestaat ouderen met het oog op vervroegd uittreden te ontslaan. Daarmee wordt naar de mening van de staatssecretaris recht gedaan aan de huidige praktijk en wordt een eventueel verstarrend effect tussen werkgever en werknemer voorkomen.[33] Ook uitkeringen bij individueel ontslag wegens disfunctioneren of onenigheid over het te voeren beleid of onverenigbaarheid van karakter, zullen in het algemeen niet als RVU worden beschouwd. Het besluit voegt daar echter wel aan toe dat dit uiteraard niet geldt als een werkgever voornamelijk werknemers van boven een bepaalde leeftijd wegens een van de deze omstandigheden ontslaat.

6. En toen

Ook na het besluit van 8 december 2005 bleef de vraag of en wanneer sprake is van een RVU de gemoederen bezighouden. De Hoge Raad wees een zeer restrictieve interpretatie van advocaat-generaal Van Ballegooijen af in zijn uitspraak van 15 juni 2012.[34] Mijns inziens terecht stelt de Hoge Raad dat de door de A-G van belang geachte elementen, te weten of sprake is van een reorganisatie en of alle oudere werknemers worden ontslagen of de gelegenheid krijgen op te stappen, niet in de definitie van een RVU in de wet zijn genoemd. De wetgever heeft willens en wetens een zeer ruime definitie geformuleerd en het parlement is daar vervolgens mee akkoord gegaan. De definitie is daarmee een gegeven voor de rechters.

Op 13 maart 2013 publiceerde het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen (CAP) van de Belastingdienst een Vraag & Antwoord 13-003 op de site www.belastingdienstpensioensite.nl. De vraag ging over een sociaal plan waarin een bedrijf eerst de werknemers in staat stelt zich vrijwillig te melden voor ontslag alvorens het bedrijf (in de verplichte fase) werknemers aanwijst voor ontslag. Een werknemer die vrijwillig met ontslag wil gaan kan zich tijdens het reorganisatieproces melden om plaats te maken voor een collega die anders in de verplichte fase voor ontslag in aanmerking zou

31 DGB 2005-03506, 1 juli 2005.
32 Besluit van 8 december 2005, nr. DGB2005/6722M.
33 Besluit van 8 december 2005, nr. DGB2005/6722M, paragraaf 3.
34 HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8935.

komen. De plaatsmaker kan dan aanspraak maken op een ontslaguitkering of loondoorbetaling uit het sociaal plan. De vraag was hoe de beslissing van de inspecteur zal luiden indien de werkgever de regeling voorlegt met het verzoek een beschikking af te geven als bedoeld in art. 32ba lid 7 tweede volzin Wet LB 1964. Op grond van dit artikel kan een inspecteur vooraf een besluit nemen over de vraag of de voorgelegde regeling een RVU is of niet. Het CAP antwoordt dat in een dergelijk geval de inspecteur te weinig gegevens heeft om een beschikking met een inhoudelijke beslissing te kunnen geven. De voorgelegde regeling is namelijk te onbepaald om deze te kunnen toetsen aan art. 32ba lid 6 Wet LB 1964 en het beleidsbesluit van 8 december 2005. De werkgever kan dus geen zekerheid vooraf krijgen.

In december 2013 publiceerde de Staatssecretaris van Financiën een besluit met een nadere uitwerking van Vraag & Antwoord 13-003 van het CAP en een goedkeuring voor regelingen voor vervroegd uittreden in het kader van sociale plannen.[35] Het komt steeds vaker voor dat een sociaal plan op basis van objectieve criteria (waardoor geen sprake is van een RVU) wordt voorafgegaan door een regeling waarbij werknemers vrijwillig ontslag kunnen nemen. Van dergelijke vrijwillige regelingen wordt vaak gebruikgemaakt door oudere werknemers die op deze wijze plaats kunnen maken voor jongere werknemers die anders zouden moeten afvloeien. Op zich zouden deze vrijwillige regelingen moeten worden getoetst aan de criteria van een RVU. Deze afzonderlijke toetsing kan leiden tot het toepassen van de pseudo-eindheffing op de vrijwillige afvloeiingsregeling terwijl over de totale afvloeiingsregeling in het kader van het sociaal plan met inbegrip van de vrijwillige vertrekregeling wel aan de vereiste objectieve ontslagcriteria wordt voldaan. Dat acht de staatssecretaris niet gewenst als de vrijwillige afvloeiingsregeling als onderdeel is te beschouwen van de totale afvloeiingsregeling binnen het sociaal plan. Daarom keurt hij goed dat de beoordeling of is voldaan aan een objectief ontslagcriterium zoals het afspiegelingsbeginsel, mag plaatsvinden nadat het sociaal plan inclusief de voorafgaande vrijwillige afvloeiingsregeling is afgerond. Hij staat daarbij een doelmatigheidsmarge toe van 10%. Als bij de beoordeling achteraf blijkt dat meer ouderen zijn ontslagen dan mogelijk was binnen de grenzen van de objectieve ontslagcriteria en de doelmatigheidsmarge van 10%, dan is voor de gehele groep oudere werknemers sprake van een RVU, waarop de pseudo-eindheffing wordt toegepast. Ook op basis van dit besluit kan een werkgever dus niet vooraf zekerheid krijgen of een dergelijke regeling als RVU wordt beschouwd of niet.

Het besluit lost de onduidelijkheid dus niet op. In een brief aan de staatssecretaris van Financiën van 23 januari 2015 vraagt VNO NCW-voorzitter Hans de Boer het (weer) mogelijk te maken dat een vrijwillige vertrekregeling vooraf (met inachtneming van de intentie van de werkgever) beoordeeld wordt en niet achteraf op basis van het resultaat. Zekerheid vooraf is belangrijk om werkgevers de mogelijkheid te geven om op een personeelsvriendelijke wijze te reorganiseren. Het hanteren van

35 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 18 december 2013, nr. BLBK2013/2200M.

een vrijwillige vertrekregeling alvorens een sociaal plan te presenteren en in te voeren, moet volgens de werkgeversvoorzitter mogelijk zijn zonder dat een RVU-heffing dreigt. Hier moet vooraf duidelijkheid zijn. Daarom dit verzoek aan de staatssecretaris.

Naar aanleiding van deze brief stelden de Tweede Kamerleden Heerma en Omtzigt (CDA)[36] en Bashir (SP)[37] vragen aan de Staatssecretaris van Financiën. De staatssecretaris geeft in zijn antwoord aan dat een werkgever nog steeds vooraf het oordeel van de Belastingdienst kan vragen. De beslissing van de Belastingdienst is een voor bezwaar vatbare beschikking. De Belastingdienst kan uiteraard pas een beslissing nemen als de werkgever kan aantonen hoeveel werknemers uit de onderscheidenlijke leeftijdscategorieën zullen vertrekken. Deze beleidslijn – die ook al voor die tijd gold – is door Vraag & Antwoord 13-003 van het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen slechts verduidelijkt.

De staatssecretaris geeft aan dat het kabinet het binnen het pallet van arbeidsmarktmaatregelen niet wenselijk vindt de RVU-heffing te versoepelen.

Ook de rechter sprak zich recent uit over de RVU-heffing. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde over een situatie waarin een werkgever moest reorganiseren en een sociaal plan overeenkwam waarin boventallige werknemers zijn aangewezen volgens het afspiegelingsbeginsel bij onderling uitwisselbare functies. Het sociaal plan bevat een vrijwilligers- en een plaatsmakersregeling. De inspecteur merkt het plan door deze regeling aan als een RVU. Hij weigerde daarom een beschikking af te geven als bedoeld in art. 32ba lid 7 Wet LB 1964. De rechtbank stelde voorop dat de bewijslast dat sprake is van een RVU rust op de inspecteur en oordeelde dat de inspecteur niet aannemelijk maakte dat sprake is van een RVU, omdat niet aannemelijk is geworden dat de werkgever de intentie had om nagenoeg alleen oudere werknemers te laten afvloeien. Het ontslag van de werknemers was immers niet gekoppeld aan de leeftijd van de werknemers. De werkgever kon verzoeken van werknemers om gebruik te maken van de vrijwilligers- of plaatsmakersregeling weigeren. De werkgever wees ongeveer 80 verzoeken af, waarvan ongeveer 60 van werknemers van 55 jaar of ouder. Het sociaal plan kwalificeert volgens de rechtbank niet als een regeling voor vervroegde uittreding als bedoeld in art. 32ba lid 6 Wet LB 1964.[38]

In een andere uitspraak van een maand eerder kwam dezelfde rechtbank tot een tegenovergesteld oordeel.[39] Een werkgever moest drastisch bezuinigen en reorganiseren. In 2007 sloot deze werkgever al een sociaal statuut met de vakbeweging en de ondernemingsraad op grond waarvan het bij de reorganisatie niet mogelijk was het afspiegelingsbeginsel te hanteren. Ook was het vanuit organisatorisch oogpunt het

36 2015ZO1630.
37 2015ZO4178.
38 Rb. Zeeland-West-Brabant 19 februari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:978.
39 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 januari 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:494.

beste om te kiezen voor een non-activiteitsregeling die van toepassing is op werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst zijn, op 1 januari 2013 57 jaar of ouder zijn en hebben aangegeven dat zij gebruik willen maken van de regeling. De rechtbank stelt vast dat voor de werkgever de noodzaak bestond om drastisch te bezuinigen. De werkgever heeft tegenover de rechtbank aannemelijk gemaakt dat er geen reëel ander instrument dan vrijwillige uitstroom voorhanden was dat voldoende zou bijdragen aan de noodzakelijke formatie reductie. De werkgever was daardoor naar het oordeel van de rechtbank genoodzaakt om de onderhavige regeling in te voeren. Gelet daarop is de rechtbank van mening dat voor de werkgever sprake is van een draconische heffing. Maar, op grond van het arrest van de Hoge Raad van 15 juni 2012 (zie noot 34) kan de rechtbank echter niet anders dan oordelen dat sprake is van een RVU. Het betreft immers een regeling die voorziet in uitkeringen tot het moment van het bereiken van de AOW-leeftijd, waarvan enkel werknemers van 57 jaar of ouder gebruik kunnen maken. Naar het oordeel van de rechtbank doen aan het voorgaande het doel en de intentie van de werkgever bij de invoering van de regeling niet af. Van belang is slechts de uitwerking van de regeling.

7. Conclusie

De RVU is van aanvang af omstreden. Bedoeld om quasi-VUT-regelingen te voorkomen, bevat de regeling een flinke mate van overkill. Met 'draconische' heffingen tot 104% tot gevolg. Uit de parlementaire historie blijkt dat het kabinet deze overkill met name gerechtvaardigd achtte om de sluiproute van de stamrechtvrijstelling te kunnen afsluiten. De stamrechtvrijstelling is inmiddels gesneuveld. Die bestaansgrond van art. 32ba Wet LB 1964 bestaat dus niet meer. Uit het overzicht dat ik geef in dit artikel blijkt dat art. 32ba Wet LB 1964 niet alleen aanleiding is voor veel discussie, maar ook leidt tot volstrekt onredelijke heffingen en het praktisch onmogelijk maken van verantwoorde sociale plannen. Reden dus om art. 32ba Wet LB 1964 af te schaffen.

Dat zal niet gebeuren voordat Gerry Dietvorst gebruik maakt van zijn vertrekregeling. Maar die heeft gelukkig de vorm van een pensioen in de zin van de Pensioenwet en is per definitie dus geen RVU. Ik heb de afgelopen ruim dertig jaar veel, nauw en altijd met genoegen met Gerry samengewerkt. Zowel op het wetenschappelijke vlak als op het uitvoerende vlak. Dank voor deze samenwerking en het ga je goed!

PROF. DR. P. KAVELAARS[1]

Pijlers in opbouw

Een analyse van het driepijlersysteem in internationaal perspectief

1. Inleiding

Gerry heeft in 1994 grote faam gemaakt met zijn proefschrift over het driepijlersysteem.[2] Een boeiende en fraaie analyse ten aanzien van de wijze waarop de drie pijlers van toekomstvoorzieningen optimaal op elkaar zouden kunnen worden afgestemd. Hoewel er ten aanzien van deze toekomstvoorzieningen in de loop van de tijd zich vele belangwekkende ontwikkelingen hebben voltrokken, moet ook worden geconstateerd dat het van een zuiver driepijlersysteem, zoals door hem bedacht, (nog) niet echt is gekomen. Dat is jammer. Het is er overigens ook niet eenvoudiger op geworden want inmiddels heeft met name de laatste jaren zich nog een vierde en zo men wil vijfde pijler 'gemeld'. Het vermogen in het algemeen (box 3) en meer specifiek in de vorm van de eigen woning (box 1). Een uitdagend thema om deze beschouwing aan te besteden. Ik doe dat echter niet. De reden is dat ik vooral op zoek ben gegaan naar een onderwerp waar onze proefschriften elkaar raken. Ik ben twee jaar voor Gerry gepromoveerd op een onderdeel van een van de pijlers, te weten de grensoverschrijdende aspecten van de eerste pijler of iets algemener, betreffende de sociale verzekeringen.[3] Maar ook aan pensioenen en lijfrenten, de tweede en de derde pijler, zitten uiteraard grensoverschrijdende aspecten. Die aspecten betreffen enerzijds de opbouw van rechten en anderzijds de uitkeringen ontleend aan die rechten. Elders in deze bundel komen de grensoverschrijdende aspecten van uitkeringen op grond van de tweede en de derde pijler aan de orde.

Ik richt me in mijn bijdrage vooral op de opbouw van rechten in het bijzonder betreffende de eerste en de tweede pijler. Gelet op het feit dat de derde pijler facultatief is, besteed ik daar geen aandacht aan.[4] Verder richt ik me in het bijzonder op die situaties

---

1 Hoogleraar Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en directeur van het Wetenschappelijk Bureau van Deloitte Belastingadviseurs.

2 G.J.B. Dietvorst, *De drie pijlers van toekomstvoorzieningen en belastingen*, Deventer: Kluwer 1994.

3 P. Kavelaars, *Toewijzingsregels in het Europees sociaal-verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

4 Hoewel in Nederland formeel geen pensioenplicht bestaat en dus de tweede pijler ook facultatief is, is ten gevolge van cao's en op grond van arbeidsovereenkomsten de facto sprake van een vrijwel volledige verzekering van pensioen van werknemers.

waarbij de opbouw van toekomstvoorzieningen voorwerp van discussie is, te weten bij uitzending van personeel. Omdat ik me richt op de Nederlandse regelgeving beperk ik me verder tot uitzendingen vanuit en naar Nederland. Ik ga in par. 2 eerst in op de eerste pijler en vervolgens in par. 3 op de tweede pijler waarbij ten aanzien van de tweede pijler zowel de civielrechtelijke als de fiscaalrechtelijke aspecten de revue passeren. Kernvraag die voorwerp van deze beschouwing vormt is of de Nederlandse en belastingverdragsregelgeving al dan niet beperkingen met zich brengt ten aanzien van de opbouw van toekomstvoorzieningen met betrekking tot detacheringen.

2. De eerste pijler: de basispensioenen AOW en Anw

a. Verzekeringsplicht

De verzekeringsplicht voor de volksverzekeringen is geregeld in art. 6 lid 1 AOW.[5] Naast de ingezetenen zijn verzekerd degenen die in een echte en tegenwoordige dienstbetrekking zijn onderworpen aan de loonbelasting.[6] Daarnaast bepaalt art. 6 lid 3 AOW dat de kring van verzekerden kan worden uitgebreid en beperkt, hetgeen is geëffectueerd in het Besluit Uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999.[7] Het betreft een veelheid van bijzondere categorieën. Ten aanzien van detacheringen is alleen art. 12 KB 746 van betekenis. Dit artikel bepaalt dat de inwoner die gedurende ten minste drie maanden geheel buiten Nederland werkzaam is voor een niet in Nederland gevestigde werkgever, niet verzekerd is in Nederland. De bepaling speelt overigens alleen een rol in situaties waarbij geen regeling inzake de afbakening van internationale socialeverzekeringsplicht aan de orde is zoals Vo. 883/2004 in de EU en bilaterale verdragen inzake sociale verzekeringen. Een interessante bepaling betreft daarnaast art. 6a AOW. Dit artikel bewerkstelligt, kort gezegd, dat naar nationaal recht verzekeringsplicht en daarmee premieplicht ontstaat indien een regeling inzake internationale sociale verzekeringen (zie hiervoor) daartoe dwingt.[8] Waar het in het internationale belastingrecht niet mogelijk is dat een internationale regeling belastingplicht creëert, is dat in de sfeer van de sociale verzekeringen wel mogelijk. De gedachte daarachter is dat zonder een dergelijke bepaling mogelijkerwijs een situatie ontstaat waarbij iemand nergens is verzekerd. Indien art. 6a AOW tot verzekeringsplicht leidt, betekent dit dat men ook premieplichtig is.

5 Ik beperk me hierna verder tot de AOW; de regels omtrent de Anw zijn gelijkluidend tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven.

6 Ik laat hier de desbetreffende bepalingen in deze heffing in beginsel onbesproken, tenzij relevant voor de onderhavige verzekeringsplicht. De loonbelastingplicht is geregeld in art. 2 in verbinding met art. 6 Wet LB 1964.

7 KB 1998, 746. Het Besluit wordt meestal afgekort tot KB 746 of tot BUB.

8 De bepaling is tot stand gekomen naar aanleiding van ontwikkelingen in de rechtspraak, onder andere het arrest-Zinnicker (HvJ EG 13 oktober 1993, nr. C-121/92, *Jur.* 1993, 5023). We spreken hier van de sterke werking van de Vo. 883/2004 die onder omstandigheden verzekeringsplicht kan creëren, namelijk indien een discriminerend woonplaatscriterium niet-inwoners uitsluit van de verzekeringsplicht. Naast het beginsel van de sterke werking kennen we ook het beginsel van de exclusieve werking dat bewerkstelligt dat iemand altijd in een (lid-)staat verzekerd is met uitsluiting van elke andere staat.

De nationale socialeverzekeringswetgeving bevat buiten voornoemd art. 12 KB 746 geen regels die de verzekeringsplicht van gedetacheerde werknemers regelt. Dat ligt anders met betrekking tot Vo. 883/2004 en de bilaterale verdragen. Ik beperk me tot Vo. 883/2004 die een coördinerende functie vervult ten aanzien van de socialeverzekeringsstelsels binnen de EU. Vo. 883/2004 regelt in titel II de toewijzing van de sociale verzekeringsplicht in grensoverschrijdende situaties en beoogt daarmee te bewerkstelligen dat iemand steeds in één land verzekerd is; verzekeringsplicht leidt tot het gerechtigd zijn tot uitkeringen en tot premieverplichtingen volgens het recht van het verzekerde land.[9] De hoofdregel ten aanzien van werknemers volgt de regel die ook in het internationale arbeidsrecht het uitgangspunt vormt, te weten het recht van het land waar de arbeid wordt verricht (art. 11 lid 3 onderdeel a Vo. 883/2004). Daarbij gaat het om de feitelijke arbeid. Daarnaast bestaat een aantal specifieke toewijzingsregels voor bijzondere groepen personen (zelfstandigen, publiekrechtelijke werknemers, zeevarenden enz.), alsmede uitzonderingsregels die betrekking hebben op bijzondere situaties. Tot deze laatste behoort de detacheringsregel (art. 12 Vo. 883/2004) die bewerkstelligt dat de sociale verzekeringsplicht van gedetacheerden wordt toegewezen aan de woonstaat. Voorop gesteld zij dat deze inbreuk op de hoofdregel een terechte is. Enerzijds op praktische gronden – het tijdelijk verleggen, soms zelfs voor een zeer korte periode, van de verzekeringsplicht is onwenselijk voor de betrokkene, voor diens werkgever en voor de uitvoerende instellingen –, anderzijds op theoretische gronden – de band met de tijdelijke werkstaat is gering.

De kernvraag die vervolgens aan de orde is, is op welke wijze aan dat uitgangspunt invulling moet worden gegeven. Daarover bestaat helaas geen eenduidigheid wanneer we in algemene zin naar detacheringsregelgeving kijken, noch wat betreft de periode, noch wat betreft (overige) voorwaarden. Waar in de sfeer van de belastingheffing art. 15 OESO-MV een absoluut maximum van 183 dagen kent, alsmede een tweetal aanvullende voorwaarden, gaat Vo. 883/2004 uit van een veel langere periode, twee jaar, en beperktere overige voorwaarden. Wat betreft de termijn van detachering is vooral de vraag van belang wat wordt beoogd en hoe vast men wil houden aan de opgemelde hoofdregel uit het internationaal arbeidsrecht. Indien men deze regel zwaar laat wegen en slechts in beperkte mate een inbreuk gerechtvaardigd acht die met name tegemoet moet komen aan praktische problemen bij (in de regel kortstondige) buitenlandse reizen, dan leidt dat tot een korte detacheringstermijn. Wanneer men er meer van uitgaat dat relevant is in welke mate men binding met de uitzendstaat behoudt, dan ligt een (veel) langere detacheringstermijn voor de hand. Een langere detacheringstermijn is in de regel vanuit praktisch oogpunt overigens ook aantrekkelijk voor de werkgever en voor de werknemer. De kernvraag is in dat geval dan wel hoe lang die termijn zou moeten zijn. Daarover valt nauwelijks een verantwoord onderbouwd oordeel te geven. Art. 12 Vo. 883/2004 gaat van een (dwingende) tweejaarstermijn uit met een (facultatieve) verlengingsmogelijkheid tot vijf jaar op grond van art. 16 Vo. 883/2004. Wat betreft de termijn spreken deze

9 Vo. 883/2004 regelt nog vele andere zaken; die laat ik onbesproken.

perioden mij aan. Het is echter de vraag waarom een onderscheid zou moeten bestaan tussen het verplichte karakter van de tweejaarstermijn en het facultatieve karakter van de resterende drie jaar. Dit geldt temeer daar de ervaring uitwijst dat indien op voorhand vaststaat dat iemand langer dan twee jaar wordt uitgezonden (maar minder dan vijf jaar), er direct toestemming wordt verleend voor een vijfjarige detachering. Ik bepleit dan ook om het onderscheid tussen de tweejaars- en de opvolgende driejaarstermijn af te schaffen en alleen nog een maximumtermijn van vijf jaar toe te passen. Daarbij zou dan tegelijkertijd het verplichtende karakter (zoals dat nu geldt gedurende de eerste twee jaren) mogen vervallen, zodat de werknemer zelf kan bepalen in welk van beide staten hij verzekerd is. Veelal zal dat de uitzendstaat zijn, maar ongetwijfeld zullen er ook werknemers zijn die in de feitelijke werkstaat verzekerd willen worden. Een interessante kwestie is daarbij dan nog of de werkgever bij deze keuze zeggenschap zou moeten hebben. Dat is naar mijn oordeel niet het geval, omdat het gaat om de positie en de rechten van de werknemer. Daar doet niet aan af dat dit er onder omstandigheden toe kan leiden dat de werkgever te maken krijgt met hogere premies en mogelijk ook hogere uitvoeringskosten omdat hij in het land van daadwerkelijke tewerkstelling aan de administratieve verplichtingen moet voldoen. Het is toch ook in de regel zo dat de werknemer op verzoek van de werkgever wordt uitgezonden.

Art. 12 Vo. 883/2004 kent naast de maximale detacheringsperiode nog een andere voorwaarde, te weten dat de werknemer voor rekening en risico van de uitzendende werkgever werkzaam moet blijven. Daaraan wordt enerzijds vorm gegeven door materialiteitseisen te stellen aan de werkzaamheden van de werkgever in de uitzendstaat en anderzijds 'sturende invloed' van die werkgever te verlangen. Deze eisen zijn met name ontleend aan de arresten Manpower en Fitzwilliam[10] die zijn uitgewerkt in het detacheringsbesluit A2.[11] Kort gezegd komen ze erop neer dat de formele werkgever in de uitzendstaat voldoende substance heeft en bovendien dat de uitgezonden werknemer onder zijn leiding werkzaam blijft. Deze voorwaarden zijn met name relevant met betrekking tot in- en uitlening en minder van betekenis voor detacheringen. Weliswaar gelden ze voor beide situaties, maar bij detacheringen wordt er min of meer van uitgegaan dat er aan wordt voldaan, hetgeen overigens maar zeer de vraag is. Het substancecriterium zal in de regel inderdaad geen discussie oproepen, maar ten aanzien van het leidinggevencriterium kan dat anders liggen. Formeelrechtelijk zal het wel duidelijk zijn want de arbeidsovereenkomst blijft ongewijzigd, maar materieelrechtelijk is veelal sprake van het geven van leiding in het land van tijdelijke tewerkstelling. Kennelijk moet ervan uit worden gegaan dat het om de formele aanwijzingsbevoegdheid gaat. Dat sluit ook logisch aan bij de gevallen

10 HvJ EG 17 december 1970, nr. 35/70, *Jur.* 1970, 1251 en HvJ EG 10 februari 2000, nr. C-202/97, *Jur.* 2000, 883.

11 Besluit van 12 juni 2009, *PB EU* 24 april 2010, C.106.

van in- en uitlening waar immers de uitzendkracht onder leiding van de uitzendorganisatie werkzaam blijft, hetgeen materieel veelal weer niet het geval is. Opvallend is in dit verband wel dat wanneer we naar de fiscale detacheringsregeling van art. 15 lid 2 OESO-MV (zie verder par. 3.2) kijken, een materiële benadering wordt gevolgd ten aanzien van het begrip werkgever; zie daarover met name de toelichting in het OESO-commentaar bij dat artikel. De vraag is of het leidinggevencriterium eigenlijk wel noodzakelijk is; ik neig er naar die vraag ontkennend te beantwoorden. Wat betreft het substancecriterium ligt dat anders, althans in de gevallen van in- en uitlening. Zonder een dergelijk criterium kan worden bereikt dat uitzendbureaus zich vestigen in 'goedkope' landen waar zij zich beperken tot de aansturing e.d. van het uitzendbureau maar verder geen uitzending wordt aangeboden in het desbetreffende land. Teneinde met name het ontgaan of het sterk beperken van premieheffing tegen te gaan is de substancevoorwaarde terecht opgenomen.

b. Rechten uit meer landen

Vo. 883/2004 is gebaseerd op het beginsel van de exclusieve werking: iemand is in een staat sociaal verzekerd met uitsluiting van elke andere staat. Het HvJ heeft echter in een aantal arresten een zekere inbreuk op dat uitgangspunt aanvaard, zij het dat dit niet de heffing raakt maar het recht op een uitkering en wel in het bijzonder het recht op een ouderdomsuitkering (AOW) en het recht op kinderbijslag (AKW). In het kader van de eerste pijler is het recht op de ouderdomsuitkering interessant, waarbij zij aangetekend dat deze jurisprudentie niet alleen betrekking heeft op detacheringen. In het arrest-Franzen c.s. is in dit verband het volgende geoordeeld ten aanzien van het recht op ouderdomspensioen (AOW): men heeft recht op ouderdomspensioen in de staat waar men krachtens Vo. 883/2004 niet is verzekerd indien aan twee voorwaarden is voldaan:

1. de wetgeving van de verzekerde (werk)staat leidt niet tot daadwerkelijke rechten op ouderdomspensioen; en
2. men voldoet aan de voorwaarden van de wetgeving van de niet-verzekerde (woon)staat om ouderdomspensioen te ontvangen.[12]

In de voordien gewezen gevoegde arresten Hudzinski/Wawrzyniak[13] is een vergelijkbaar oordeel te vinden betreffende gedetacheerde werknemers die op grond van Vo. 1408/71 (de voorganger van Vo. 883/2004) verzekerd bleven in de woonstaat, maar waarbij toch rechten konden worden ontleend ten aanzien van een ouderdomsuitkering uit de niet verzekerde staat waarheen betrokkene was gedetacheerd. In deze arresten ging het overigens om kinderbijslag, maar ten principale geldt deze jurisprudentie zowel voor kinderbijslag als voor ouderdomsuitkeringen. Ik verwijs voor een uitvoerige beschouwing over deze problematiek naar mijn noot in *BNB* 2015/138c*.

12 HvJ EU 23 april 2015, nr. C-382/13, *BNB* 2015/138c*.
13 HvJ EU 12 juni 2012, nr. C-611-612/10, ECLI:EU:C:2012:339.

3. De tweede pijler: het aanvullend pensioen

3.1 Enkele civielrechtelijke aspecten

a. Toepasselijk arbeidsrecht

Pensioen is een arbeidsvoorwaarde. De regelgeving ten aanzien van pensioen is echter niet opgenomen in het arbeidsrecht, althans niet in het BW opgenomen arbeidsrecht, maar in de Pensioenwet (PW). Omdat deze bijdrage in het teken staat van het pensioen van een gedetacheerde werknemer besteed ik alleen aandacht aan die regels uit de PW die daarop betrekking hebben. Ik ga er daarbij van uit dat het Nederlandse recht op de pensioenovereenkomst van toepassing is. In beginsel wordt het toepasselijke arbeidsrecht bepaald door het internationaal privaatrecht (IPR).[14] Als hoofdregel geldt daarbij dat sprake is van een vrije rechtskeuze met een voorkeur voor de keuze van het land waar de daadwerkelijke werkzaamheden plaatsvinden. Is geen rechtskeuze gedaan dan wordt het toepasselijke recht bepaald door het land waar de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht. Indien een dergelijk land niet kan worden aangewezen is het recht van het land waar de werkgever is gevestigd beslissend. In geval van tijdelijke detacheringen blijft het recht van het oorsprongsland beslissend. Het begrip tijdelijk is niet gedefinieerd, maar er wordt vanuit gegaan dat het om een periode van vijf jaar gaat. Overigens is er daarnaast nog de Detacheringsregeling die alleen geldt in EU-verhoudingen[15] en die is aangevuld en gewijzigd ingevolge de Handhavingsrichtlijn.[16] Deze regelingen vormen in feite een aanvulling op Rome 1 (zie noot 14). Ik laat die verder onbesproken. Wel wijs ik erop dat men hier onder andere dezelfde problematiek ziet terugkomen die ook bij de eerste pijler in par. 2 is vermeld, te weten de problematiek van de brievenbusuitzendbureaus.

Art. 1 PW definieert in de eerste plaats wie werknemer is en sluit daarvoor aan bij het civiele recht (art. 7.610 BW).[17] Dezelfde bepaling kent tevens een definitie van een gedetacheerde werknemer. Daarbij heeft de wetgever aansluiting gezocht bij het bepaalde in de EU-regelgeving ten aanzien van de sociale verzekeringen. Opmerkelijk is echter dat art. 1 PW niet is aangepast aan de vervanging van Vo. 1408/71 door Vo. 883/2004 per 1 mei 2010! De vraag is of dat een probleem is. Formeel is het uiteraard ongelukkig en ook ongewenst, maar strikt gnomen niet onoverkomelijk, omdat Vo. 1408/71 bij wijze van overgangsregime nog tot 1 mei 2020 van toepassing kan zijn. Ongelukkig is het natuurlijk wel, ook al omdat de beoordeling of sprake is

14 Dit is uitgewerkt in de Verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome 1), Vo. 593/2008 van 17 juni 2008, *PB EU* 4 juli 2008, L.177.

15 Richtlijn 96/71/EG van 16 december 1996, *PB EG* 21 januari 1997, L.18. De detacheringsrichtlijn is uitgebreid behandeld door M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*, Deventer: Kluwer 2005.

16 Richtlijn 2014/67/EU van 15 mei 2014, *PB EU* 28 mei 2014, L.159. Zie over deze richtlijn F. van Overbeeke, 'Het toepasselijke recht op gedetacheerde werknemers', *Arbeidsrecht* oktober 2014, p. 17 e.v.

17 Enige uitzondering vormt de directeur-aandeelhouder die beschikt over ten minste 10% van de aandelen. Voor het verdere betoog is deze uitzondering niet relevant.

van een gedetacheerde werknemer onder beide Verordeningen niet geheel parallel loopt. Weliswaar is de totale maximale periode van de detachering gelijk (vijf jaar; zie par. 2), maar de periode gedurende de eerste twee jaren kent een verschillende systematiek. Onder Vo. 1408/71 is gedurende het eerste jaar sprake van verplichte toepassing van de detacheringsregeling welke optioneel kan worden verlengd met een tweede jaar (art. 14 Vo. 1408/71). Vo. 883/2004 bepaalt echter dat gedurende de eerste twee jaren sprake is van een verplichte detachering (art. 12 Vo. 883/2004). De vraag is overigens wel hoe deze verwijzing naar Vo. 1408/71 moet worden uitgelegd nu daarin deels een verplichte toepassing van de detacheringsregeling is opgenomen en deels een facultatieve. Indien de werknemer na een jaar (Vo. 1408/71), resp. twee jaar (Vo. 883/2004) opteert voor continuering van de detacheringsregeling lijkt me het antwoord duidelijk: deze kwalificatie werkt dan door naar art. 1 PW. Maar is dat ook het geval als de werknemer geen gebruikmaakt van de optie tot verlenging? De tekst wijst erop dat dit niet zo is. Er staat immers dat het er om gaat dat betrokkene krachtens titel II onderworpen blijft aan de wetgeving van de lidstaat van oorsprong ofwel de woonstaat. Dat is niet het geval wanneer niet wordt geopteerd voor verlenging van de detacheringsregeling. Feitelijk is dat ook de meest wenselijke uitkomst omdat op deze wijze het eerste- en tweedepijlerpensioen op elkaar blijft aangesloten. Het is overigens opmerkelijk dat de bepaling alleen aan de orde kan komen in EU-situaties. Er wordt namelijk expliciet verwezen naar de feitelijke toepassing van Vo. 1408/71; in niet-EU-situaties kan dus geen sprake zijn van een gedetacheerde werknemer, zelfs niet in de gevallen dat een bilateraal sociaalzekerheidsverdrag is gesloten waarin een detacheringsbepaling is opgenomen. De achtergrond hiervan is niet duidelijk. Ook in de gevallen dat er geheel geen internationale socialezekerheidsregeling is, kan dus geen sprake zijn van een gedetacheerde werknemer. Dit zou bijvoorbeeld voor inwoners die krachtens art. 12 KB 746 niet sociaal verzekerd zijn in Nederland (zie par. 2), ertoe kunnen leiden dat zij geen eerstepijlerpensioen opbouwen, maar mogelijk wel een tweedepijlerpensioen. Erg waarschijnlijk is dat overigens niet omdat art. 12 KB 746 alleen van toepassing is indien de werkgever niet in Nederland is gevestigd. Alsdan zal niet snel sprake zijn van Nederlandse pensioenopbouw. Voor niet-inwoners die tijdelijk in Nederland werken zal veelal verzekeringsplicht bestaan krachtens art. 6 AOW (zie eveneens par. 2), zodat het logisch zou zijn dat zij ook hun pensioen in Nederland opbouwen. Dat laatste hangt er met name van af waar de werkgever is gevestigd. Is dat Nederland, dan ligt pensioenopbouw hier te lande voor de hand. Is dat in het buitenland, dan ligt pensioenopbouw aldaar meer in de reden.

b. Detacheringen

Ik beperk me hierna verder tot de gedetacheerde werknemer in de zin van art. 1 PW. Art. 97 PW regelt de pensioenpositie. In essentie worden twee zaken geregeld. Normaliter zal het pensioen van de gedetacheerde werknemer zijn verzekerd in zijn oorsprongstaat waar hij in de regel woont en werkt. Omdat in de sfeer van het internationale arbeidsrecht de hoofdregel is dat het toepasselijke recht wordt bepaald door het land waar de werkzaamheden feitelijk worden verricht ligt het in de rede dat

dit ook geldt ten aanzien van pensioen. Teneinde dat bij detacheringen te voorkomen regelt art. 97 lid 2 PW enerzijds dat Nederland als land van tijdelijke tewerkstelling een vrijstelling van pensioenverzekering verleent.[18] Een dergelijke vrijstelling lijkt alleen relevant indien sprake is van pensioenplicht. Men zou kunnen denken dat dit wat betreft Nederland dus niet aan de orde is, maar dat is niet juist. Immers, op veel werknemers is een verplichtstelling tot deelname aan een pensioenregeling van toepassing. De vrijstelling wordt overigens alleen verleend indien sprake is van deelname aan een buitenlandse pensioenregeling die tijdens de detachering wordt gecontinueerd. Anderzijds regelt art. 97 lid 1 PW dat de pensioenverzekering juist moet kunnen doorlopen indien de gedetacheerde werknemer in een ander land werkzaam wordt. Aan deze bepaling zijn geheel geen voorwaarden verbonden. Ze kan dus kennelijk ook worden toegepast indien in het tijdelijke werkland sprake is van pensioenopbouw. Dat lijkt opmerkelijk en onbedoeld. Aan de andere kant: het ligt niet direct in de rede dat de werknemer voor dubbele pensioenopbouw opteert.

c. Waardeoverdrachten

Indien de detacheringsregeling niet kan worden toegepast, dan wel daarvoor niet volledig wordt geopteerd (zie hiervoor), leidt dat ertoe dat gedurende die periode mogelijkerwijs pensioen wordt opgebouwd in het tijdelijke werkland. Dit hangt er in de eerste plaats van af of dat volgens het recht van dat land tot de mogelijkheden behoort en of de werknemer van die mogelijkheid gebruik wil maken. Het nadeel dat in de regel ontstaat bij een opbouw gedurende het tijdelijk verblijf in het werkland is dat er sprake is van een pensioenbreuk ten opzichte van de situatie dat de pensioenopbouw volgens de regels van de detachering wordt gecontinueerd. De vraag is dan of waardeoverdracht mogelijk is waarbij enerzijds het tot dan toe opgebouwde pensioen zou kunnen worden overgedragen en anderzijds na de periode van detachering het tot dan toe opgebouwde pensioen[19] kan worden (terug) overgedragen naar het land waarvan de werknemer is uitgezonden. Op EU-niveau is op dit punt niets geregeld hoewel het wel de bedoeling is geweest tot een zogenoemde portability-richtlijn te komen.[20] Het voorstel daartoe heeft echter nimmer op voldoende steun mogen rekenen en is daarom ingetrokken. Wel is een andere regeling tot stand gekomen die onder voorwaarden uitkomst kan bieden, te weten de mogelijkheid een pan-Europees pensioenfonds in te voeren.[21] Een dergelijk pensioenfonds is met name bedoeld voor

18 Althans vrijstelling van de pensioenpremieplicht. Kennelijk kan de verzekeringsplicht blijven doorlopen. Dat acht ik opmerkelijk. Tegelijkertijd moet men bedenken dat indien geen premies worden betaald, de verdere opbouw van pensioenrechten niet mogelijk is.

19 Afhankelijk of men bij vertrek naar de tijdelijke werkstaat het pensioen heeft overgedragen is dit alleen het in de tijdelijke werkstaat opgebouwde pensioen, dan wel dat pensioen tezamen met het eerder naar de tijdelijke werkstaat overgehevelde pensioen.

20 Conceptrichtlijn van 20 oktober 2005, COM(2005)507def.

21 Zie in dit verband de IORP-richtlijn van 3 juni 2003, 2003/41/EG, *PB EG* van 23 september 2003, L.235. Op basis hiervan is onder andere de Premie Pensioeninstelling (PPI) geïntroduceerd (in Nederland in 2011) die nadien zou moeten worden gewijzigd in een Algemene Pensioeninstelling (API). Hiervan is het echter (tot op heden) niet gekomen.

internationaal opererende ondernemingen waar veel werknemers werken die worden gedetacheerd. Hun pensioen wordt dan ongeacht waar zij werkzaam zijn steeds bij dat pensioenfonds opgebouwd.

In art. 85-92 PW zijn regels opgenomen die de pensioenuitvoerder onder voorwaarden verplichten hieraan hun medewerking te verlenen. Art. 85 PW betreft uitgaande waardeoverdrachten binnen de EU en legt in feite de verplichting op daaraan medewerking te verlenen onder dezelfde voorwaarden als bij binnenlandse waardeoverdrachten. Met betrekking tot uitgaande niet-EU-waardeoverdrachten is er geen verplichting maar wel de mogelijkheid tot waardeoverdracht waarbij voorwaarden kunnen worden gesteld (art. 87 PW).[22] In alle situaties is in elk geval vereist dat de waardeoverdracht dient te geschieden aan een erkende pensioeninstelling. Een punt dat bij de waardeoverdrachten aan de orde kan en veelal zal komen is dat op het pensioen het recht van het land van ontvangst van toepassing wordt. Omdat Nederland wil voorkomen dat op die manier minder stringente voorwaarden van toepassing worden op in elk geval het in Nederland opgebouwde recht, is in art. 30 PW de bepaling opgenomen dat indien op het pensioen buitenlands recht van toepassing wordt, bepaald moet worden dat de PW daarop ook van toepassing blijft. Een eerste vraag is of deze regel niet in strijd is met het EU-recht (art. 45 en art. 56 VWEU inzake vrij personen-, resp. dienstenverkeer) omdat dit in zekere zin een belemmering zou kunnen opwerpen. Ik neig er toe die vraag ontkennend te beantwoorden voor zover het gaat om het in Nederland opgebouwde pensioen. Op het in het buitenland binnen die regeling opgebouwde pensioen kan de bepaling echter, mijns inziens, niet van toepassing zijn. Een tweede vraag is of ingevolge het IPR het buitenlandse recht niet prevaleert boven art. 30 PW. Ik laat die vraag onbesproken.

Art. 91 en 92 PW bevatten regels voor inkomende waardeoverdrachten naar Nederland; eerstgenoemde bepaling ziet op de EU-waardeoverdrachten en bepaalt, kort gezegd, dat daaraan steeds medewerking moet worden verleend. Vereiste is wel dat de overdracht moet plaatsvinden in het kader van de verwerving van pensioenrechten ofwel in verband met het aanvangen van werkzaamheden in Nederland. Enigszins opmerkelijk is de bepaling dat geen voorwaarden mogen worden gesteld die in strijd zijn met de Pensioenwet, althans gelet op het feit dat Nederland in de gevallen van uitgaande waardeoverdrachten vereist dat de Pensioenwet daarop van toepassing is (zie het eerder aangehaalde art. 30 PW). Art. 92 PW regelt de overige (niet-EU-)waardeoverdrachten naar Nederland; hier geldt echter geen verplichting maar een mogelijkheid tot medewerking.

22 Daarnaast regelen ook art. 86, 88 en 89 PW waardeoverdrachten die ik evenwel onbesproken laat.

3.2 De fiscale aspecten

In de eerste pijler komen waar het de opbouw betreft, fiscale aspecten niet aan de orde, eenvoudigweg omdat de opbouw daarvan fiscaal niet wordt gefaciliteerd.[23] In dit onderdeel beperk ik me derhalve tot de tweede pijler. Op dit vlak is enerzijds de nationaalrechtelijke regelgeving relevant en anderzijds de verdragstoepassing. Ik bespreek eerst de verdragsrechtelijke aspecten en daarna enkele Nederlandse fiscale aspecten.

a. Verdragsrecht

In verband met de fiscale facilitering van pensioenopbouw is in de eerste plaats relevant te bepalen welk land heffingsbevoegd is ter zake van het arbeidsinkomen dat ten grondslag ligt aan de pensioenvoorziening: in dat land zal de pensioenpremie bij voorkeur in aanmerking moeten worden genomen. Fiscale facilitering sorteert immers geen effect in het land dat niet heffingsbevoegd is. In dit verband zijn met name art. 15 en art. 16 OESO-MV relevant. De toewijzing geschiedt op grond van die bepalingen aan de werkstaat, respectievelijk de vestigingsstaat, tenzij het om een gedetacheerde werknemer gaat in welk geval art. 15, tweede lid, OESO-MV de heffingsbevoegdheid toewijst aan de woonstaat ofwel de staat van waaruit de werknemer is uitgezonden. Voor de in art. 16 OESO-MV bedoelde bestuurders levert de verdeling van de heffingsbevoegdheid in het kader van de onderhavige problematiek in de regel niet veel problemen op: zijn pensioenregeling is normaliter ook in de vestigingsstaat geregeld zodat op dit punt in de regel geen discrepantie bestaat en facilitering van de opbouw geëffectueerd kan worden. Bij een gewone werknemer op wie de hoofdregel van art. 15 OESO-MV van toepassing is, kunnen zich wel gemakkelijk complicaties voordoen. Dit vloeit voort uit de omstandigheid dat de detacheringsregeling van art. 15 lid 2 OESO-MV stringente voorwaarden verbindt aan het kunnen toepassen ervan. Afgezien van de 'doorbelastingsvoorwaarden' (onderdelen b en c van art. 15 lid 2 OESO-MV) die in dit verband minder van belang zijn, betreft het vooral de detacheringsperiode die niet langer mag zijn dan 183 dagen per twaalfmaandsperiode.[24] Met name deze korte detacheringsperiode levert problemen op, namelijk voor de detacheringen die langer duren tot maximaal vijf jaren. In par. 2 hebben we immers gezien dat in de regel de pensioenvoortzetting in de zendstaat gedurende vijf jaren kan worden voortgezet. Daar de heffingsbevoegdheid bij een langere uitzendperiode dan 183 dagen aan de werkstaat toekomt voor de gehele detacheringsperiode (183 dagen is geen drempelperiode), is de fiscale facilitering van de pensioenregeling dus afhankelijk geworden van de fiscale regelgeving in de ontvangststaat. In de meeste gevallen

23 Dat was vroeger, dat wil zeggen voor 1990, anders: de premies voor de volksverzekeringen waren toen voor wat betreft de werknemersbijdragen als persoonlijke verplichting (momenteel uitgave voor inkomensvoorzieningen) aftrekbaar. Met de zogenoemde Oortwetgeving is daar een einde aan gekomen. Dat leidt de facto dus wel tot een dubbele heffing nu de uitkeringen belast zijn (althans wat betreft de AOW en de Anw).

24 In de oudere verdragen is niet een twaalfmaandsperiode relevant, maar een belastingjaar.

zal die regelgeving daar niet in voorzien, ofwel omdat geen sprake is van een kwalificerende pensioenregeling, dan wel omdat geen sprake is van een kwalificerende uitvoerder, dan wel beide niet kwalificeren. Voor wat betreft de Nederlandse regelgeving kom ik hier in onderdeel b op terug.

De hiervoor geschetste gevolgtrekking zou er aanleiding toe kunnen zijn om niet te opteren voor continuering van de pensioenregeling in de oorsprongstaat, maar te opteren voor deelname in de tijdelijke werkstaat. Deze afweging zal per geval gemaakt moeten worden waarbij relevant zijn: de omvang van het op te bouwen pensioenrecht, de premielast, het fiscale voordeel van de facilitering en uiteraard de omstandigheid dat men bij pensioenopbouw in het tijdelijke werkland een kans heeft op pensioenbreuk welke laatste dan mogelijk kan worden voorkomen door (een al dan niet dubbele; zie hiervoor) waardeoverdracht toe te passen. Ook hierbij zijn de fiscale aspecten van betekenis. Deze afweging zal een werknemer in de regel zelf niet kunnen maken.

Naast de verdeling van de heffingsbevoegdheid is een tweede punt van belang. In beginsel regelt een verdrag alleen de voorkoming van dubbele belasting en regelt het niets over aftrekposten e.d. Immers, daarbij doet zich dubbele heffing niet voor. Zoals hiervoor is aangegeven is het veelal een probleem dat naar nationaal recht buitenlandse pensioenpremies niet worden gefaciliteerd en in principe is een verdrag daar ook niet op gericht. In het commentaar bij art. 18 OESO-MV is niettemin een uitvoerige passage opgenomen die aan bovenstaand probleem tegemoet beoogt te komen (Tax treatment of contributions to foreign pension schemes; par. 31-65). Kort gezegd wordt gesuggereerd dat in een verdrag een bepaling zou moeten worden opgenomen die erop neerkomt dat de tijdelijke werkstaat pensioenregelingen die in de andere staat fiscaalrechtelijk worden erkend, ook erkent en derhalve in fiscaal opzicht faciliteert. Het moet dan zowel gaan om de erkenning van de pensioenregeling, als om de uitvoerder. Men kan overigens de uitvoerder ook beschouwen als onderdeel van de voorwaarden van de pensioenregeling. Deze oplossing is in de regel zeer effectief. Men zou die verder nog kunnen koppelen aan een periode van uitzending, omdat er minder reden is een dergelijke regeling permanent toe te passen.

Nederland neemt de OESO-benadering in zijn verdragen terecht over. Zie bijvoorbeeld art. 26, par. 7, Verdrag België. Nederland heeft echter wel als beleid de faciliteit niet in het pensioenartikel op te nemen, maar in het non-discriminatieartikel. Verder beperkt zij de periode van facilitering tot (maximaal) vijf jaar zodat die aansluit bij de detacheringsperiode zoals we die ook hiervoor hebben gezien bij de eerste en de tweede pijler. Opvallend is dat Nederland ook toestaat eventueel een eerstepijlerpensioen op deze wijze te faciliteren; de laatste volzin in genoemde bepaling in het Verdrag België luidt namelijk dat voor de toepassing van de desbetreffende paragraaf met een pensioenregeling gelijk wordt gesteld een regeling ingevolge de sociale wetgeving van de verdragsluitende staat.

Hiervoor merkte ik op dat het onder voorwaarden ook denkbaar zou kunnen zijn tot waardeoverdracht te komen. Dat lijkt met de hiervoor geschetste tegemoetkoming evenwel minder noodzakelijk. Nederland regelt op dat punt in zijn verdragen ook niets. Niettemin doet de OESO in het commentaar bij art. 18 OESO-MV daartoe een suggestie (par. 66-68 van het commentaar bij art. 18 OESO-MV). Deze suggestie, die vorm krijgt in een in par. 68 opgenomen tekstvoorstel, hanteert een vergelijkbare benadering als hiervoor geschetst is ten aanzien van de erkenning van pensioenregelingen, te weten dat grensoverschrijdende waardeoverdrachten die vergelijkbaar zijn met waardeoverdrachten in binnenlandse verhoudingen, gefaciliteerd moeten worden. Zoals gezegd past Nederland deze passage niet toe in zijn verdragen. Met de hiervoor genoemde regeling inzake de erkenning van pensioenregelingen lijkt daar ook minder reden toe. Aan de andere kant zie ik ook niet goed in waarom geen regeling wordt opgenomen. Voor diegenen die waardeoverdracht prefereren moet dat zonder bezwaren mogelijk zijn.

Aan EU-rechtelijke aspecten besteed ik geen aandacht. Ik beperk me ertoe op te merken dat ingevolge de Pensioenmededeling[25] van de EC het over en weer fiscaalrechtelijke erkennen van pensioenregelingen wenselijk is met name in detacheringssituaties. Daarmee volgen de OESO en de EC in feite dus eenzelfde lijn. Daarnaast is van belang dat diverse arresten zijn gewezen door het HvJ die er alle op neerkomen dat grensoverschrijdende pensioenopbouw in principe niet slechter mag worden behandeld dan binnenlandse pensioenopbouw.[26]

b. Nationaal recht

De fiscale facilitering van pensioenopbouw is geregeld in hoofdstuk IIb Wet LB 1964 waar breed is uitgemeten waaraan een pensioenregeling moet voldoen voor fiscale erkenning. Ook in deze paragraaf richt ik me op detacheringen. Ten aanzien van de grensoverschrijdende aspecten zijn in essentie twee zaken van belang, te weten de fiscale erkenning van de pensioenregeling en van de pensioenuitvoerder. Ik maak hierna het onderscheid tussen naar Nederland uitgezonden werknemers en vanuit Nederland uitgezonden werknemers.

Wat betreft de naar Nederland uitgezonden werknemer die zijn pensioenregeling in het buitenland wenst voort te zetten is er in elk geval geen probleem met de facilitering indien een verdrag van toepassing is dat een bepaling bevat zoals onder ad a in deze paragraaf is besproken. Wanneer een dergelijke bepaling ontbreekt, maar wel sprake is van een verdrag, dan zal er ook geen probleem zijn bij detacheringen tot 183 dagen, omdat dan art. 15 lid 2 OESO-MV de heffingsbevoegdheid aan de uitzendende staat toewijst. Bij langere detacheringen biedt de Wet LB 1964 in de eerste aanleg geen aanknopingspunt voor een tegemoetkoming: enerzijds niet omdat de

25 Mededeling inzake de opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende pensioenregelingen van 19 april 2001, COM(2001)214 definitief.

26 Ik wijs bij wijze van voorbeeld op HvJ EG 3 oktober 2002, nr. C-136/00, *Jur.* 2002, 8147 *(Danner)*.

buitenlandse pensioenregeling doorgaans niet kwalificeert en anderzijds omdat de buitenlandse uitvoerder niet zonder meer hoeft te kwalificeren. Wat betreft de pensioenregeling is wel aanwijzing mogelijk ingevolge art. 18h Wet LB 1964. Wat betreft de pensioenuitvoerder is in deze gevallen met name het bepaalde in art. 19a lid 1 onderdeel c Wet LB 1964 relevant op basis waarvan een buitenlandse uitvoerder kan worden erkend als een pensioenregeling aldaar verder vanuit Nederland wordt opgebouwd. Op zich komt Nederland in deze gevallen dus op een redelijk effectieve wijze tegemoet aan de mogelijkheid een buitenlandse pensioenregeling vanuit Nederland fiscaal gefaciliteerd te blijven opbouwen. Niettemin acht ik het wenselijk als Nederland hier de algemene regel toepast dat bij detacheringen, ongeacht of sprake is van een verdrag, de pensioenopbouw steeds wordt gefaciliteerd indien het een naar buitenlands recht erkende pensioenregeling is. De erkenning kan een civielrechtelijke en/of fiscaalrechtelijke zijn. Nederland voert op dit punt van de erkenning overigens wel een expliciet beleid dat is vastgelegd in art. 1.7 lid 2 onderdeel c Wet IB 2001 en in een beleidsbesluit.[27] Voornoemde wetsbepaling erkent voor Nederlandse fiscale doeleinden onder voorwaarden naar buitenlands fiscaal recht erkende pensioenregelingen; anders dan ik hiervoor bepleit speelt het civiele recht daarbij geen rol. In par. 2.2 van het Besluit uit 2008 zijn de voorwaarden en de gevolgen van de fiscale facilitering van de voortzetting van een buitenlandse pensioenregeling opgenomen. Daarbij is vooral opmerkelijk dat het Besluit een hogere fiscale facilitering toekent dan bij overeenkomstige Nederlandse pensioenregelingen indien in het buitenland een groter voordeel in aanmerking kan worden genomen. Kennelijk is de besluitgever de opvatting toegedaan dat het EU-recht daartoe dwingt. Die gedachte onderschrijf ik niet. Mijns inziens is hier sprake van een dispariteit en hoeft Nederland geen ruimere facilitering toe te staan dan volgt uit diens wetgeving. Ik acht die mogelijkheid tot een ruimere facilitering niet wenselijk en niet noodzakelijk.

Ten aanzien van de gevallen waarbij een Nederlandse werknemer die wordt gedetacheerd zijn pensioenregeling hier te lande wil voortzetten, kan Nederland in feite weinig doen. Immers, indien de detachering langer duurt dan 183 dagen heeft Nederland geen heffingsbevoegdheid. Duurt de uitzending korter dan die periode dan zal er geen sprake zijn van een belemmering en kan de fiscale facilitering worden voortgezet. Een complicatie die echter in deze gevallen wel speelt is of buitenlandse diensttijd kwalificeert om pensioen op te bouwen. Dat is in principe niet het geval. Zou dat op de een of andere wijze toch gebeuren, dan is de pensioenregeling in beginsel niet meer kwalificerend. Hoewel daar in de in de vorige noot vermelde Besluiten onder voorwaarden aan tegemoet wordt gekomen, is de voorwaarde dat in EU-situaties geen rekening wordt gehouden met buitenlandse diensttijd met dat recht in strijd.

27 Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, *Stcrt.* 2008, 27. Zie voor een bespreking van dit besluit onder andere P.A. Karman, 'Besluit internationale aspecten van pensioen', *WFR* 2008/6754, p. 521 e.v.

In de hierboven bedoelde gevallen is het alternatief voor het niet (fiscaal gefaciliteerd) kunnen voortzetten van de pensioenregelingen het alternatief dat waardeoverdracht wordt toegepast zoals hiervoor besproken. In art. 19b lid 6 Wet LB 1964 is daartoe een delegatiebepaling opgenomen, maar nu van de delegatiebevoegdheid geen gebruik is gemaakt, sorteert die bepaling in zoverre geen effect. Wel zijn in het eerder aangehaalde Besluit uit 2008 diverse goedkeuringen opgenomen, zowel betreffende inkomende waardeoverdrachten (par. 2.3), als ten aanzien van uitgaande waardeoverdrachten (par. 3.3). Het is opmerkelijk en onjuist dat deze delegatie wordt gebaseerd op voornoemd art. 19b lid 6 Wet LB 1964 omdat uitvoeringsbesluiten daarop niet kunnen zijn gebaseerd. Gelet op de mij nog resterende ruimte, laat ik hetgeen daarin is bepaald verder onbesproken.[28]

4. Afronding

In deze beschouwing heb ik een aantal grensoverschrijdende aspecten de revue laten passeren betreffende de eerste- en de tweedepijlerpensioenen, in het bijzonder toegespitst op detacheringen. Enerzijds kan de conclusie zijn dat een zekere afstemming is bereikt tussen beide pijlers, de civielrechtelijke en de fiscaalrechtelijke behandeling en dat Nederland terecht een liberale lijn volgt, maar anderzijds zijn nog wel verbeteringen wenselijk en mogelijk. Wat mij betreft zouden voor alle regelingen de volgende regels moeten gelden dus zonder de diverse beperkingen die momenteel gelden:

- gelijke detacheringstermijnen en voorwaarden waarbij een detacheringstermijn van vijf jaar wordt erkend, ongeacht of sprake is van een verdrag;
- buitenlandse regelingen steeds worden erkend, indien die in het desbetreffende land een erkende regeling vormen voor fiscale en/of civielrechtelijke doeleinden;
- buitenlandse uitvoerders worden erkend indien die in dat buitenland naar civiel en/of fiscaal recht worden erkend;
- buitenlandse diensttijd wordt erkend.

Het voorgaande geldt op eenzelfde wijze voor verdragstoepassing.

Gerry,
Ik wens je een buitengewoon mooi pensioenleven toe waarvan ik aanneem dat dit gepaard gaat met een uitstekend pensioen: je hebt immers niet voor niets je hele leven 'in het pensioen' gezeten en je hebt niet voor niets gedurende lange tijd invulling gegeven aan het hoogleraarschap inzake toekomstvoorzieningen. Je hebt dat laatste op een uitstekende wijze weten vorm te geven, zowel in wetenschappelijke zin, als wat betreft je maatschappelijke betrokkenheid bij pensioenvraagstukken. Ongetwijfeld zal dat ook gelden voor de onderwijskundige invulling van je professoraat. Het ga jullie zeer lang goed.

28 Voor een meer uitvoerige behandeling van de grensoverschrijdende aspecten van pensioenen in de loonsfeer verwijs ik naar B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer 2015, 7e druk, onder andere par. 3.5.3 over het begrip diensttijd, par. 3.6.3 betreffende de pensioenuitvoerders en par. 3.8 betreffende de sanctiebepalingen.

PROF. DR. MR. H. VAN MEERTEN[1]

Directe horizontale werking van het vrije dienstenverkeer

"*In Nice, we proclaimed the European Union Charter of Fundamental Rights, a text which is of major political importance. Its full significance will become apparent in the future…*"[2]

1. Vooraf

Op een pensioenbijeenkomst (waar anders) zei Gerry me eens: 'waar nodig meer EU, waar niet nodig kunnen de lidstaten dat zelf'. Daar ben ik het mee eens. Alleen wordt dat 'waar nodig' steeds pregnanter.

Voordat ik daarop inga, allereerst Gerry, dank voor je boeiende artikelen en lezingen. Ik heb daar veel van opgestoken en je enthousiasme werkte aanstekelijk. Ik hoop dat je daar nog lange tijd mee doorgaat.

2. Inleiding

In de zoektocht naar transparante, eenvoudige pensioenregelingen, dient ook het EU kader dat deze pensioenregelingen (grotendeels) reguleert[3] aan deze eisen te voldoen. In deze bijdrage zal vooral worden ingegaan op het primaire EU-recht. Gesteld kan worden dat er meer duidelijk gewenst is over een bepaald aspect van dit rechtskader, te weten directe horizontale werking. Rechtszekerheid is een algemeen beginsel van EU-recht[4] en ook inmiddels, zij het impliciet, als EU-grondrecht gekwalificeerd (zie hieronder).

In deze bijdrage wordt geprobeerd – op hoofdlijnen – duidelijkheid omtrent het primaire EU-recht te verschaffen. Allereerst volgen enkele begrippen.

---

1 Hoogleraar Internationaal pensioenrecht en advocaat Clifford Chance Amsterdam.
2 Jacques Chirac, Straatsburg, 12 december 2000.
3 Al was het maar omdat EU-recht voorrang boven nationaal recht heeft.
4 Zie reeds de conclusie A-G Roemer in zaak 1/73, EU:C:1973:78 *(Westzucker).*

3. Enkele begrippen

Het EU-recht heeft voorrang op nationaal recht en kan zelfs nationale grondwetsbepalingen opzijzetten.[5]

Het primaire EU-recht wordt gevormd door de EU-Verdragen en – sinds het bindende werking heeft sinds 2009 – ook het Handvest van de grondrechten (het 'Handvest'). Ook 'algemene beginselen' maken deel uit van het primaire EU recht.[6] Volgens art. 6 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), haalt de EU eveneens de grondrechten van de lidstaten en het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens binnen de werkingsfeer van het EU-recht.[7]

Het secundaire recht van de EU wordt door met name richtlijnen en verordeningen vormgegeven, terwijl het tertiair EU-recht bestaat uit met name de communautaire EU-rechtspraak.

EU-recht-bepalingen kunnen, mits die bepaling voldoende nauwkeurig is en geen nadere uitwerking behoeft, rechtstreekse werking hebben.

Horizontale directe werking van EU-recht zou *inter alia* moeten betekenen dat een burger direct het handelen van een andere burger op de conformiteit met EU-recht kan laten toetsen in een rechtsgeschil.[8]

Art. 56 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) verbiedt beperkingen van het vrij verrichten van diensten in de Unie ten aanzien van de onderdanen van lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die waarin degene is gevestigd ten wiens behoeve de dienst wordt verricht.[9]

---

5 HvJ EU 26 februari 2013, nr. C-399/11 *(Melloni)*.
6 HvJ EG 15 oktober 2009, nr. C-101/08 *(Audiolux)*, o.v. 70.
7 Raad van de Europese Unie, Richtlijn 2000/78/EG, *Publicatieblad* Nr. L 303, 2 december 2000, p. 0016-0022. De raad bepaalt in punt 1 van de considerans: "overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is de Europese Unie gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben, en eerbiedigt de Unie de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden [ondertekend te Rome op 4 november 1950] en zoals die uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het Recht van de Unie."
8 Sommigen spreken dan van 'processuele directe horizontale werking', aangezien het EU-recht (meestal) de materiële overeenkomst tussen particulieren niet bepaalt. Zie HvJ EG 3 april 2008, nr. C-346/06 *(Rüffert)*.
9 HvJ EU 30 april 2014, nr. C-390/12 *(Pfleger)*, o.v. 6.

Pensioenfondsen en PPI's (Institutions for Occupational Retirement Provision; IORP's)[10] zijn naast ondernemingen[11], ook dienstverlener ex art. 56 VWEU, aldus het Hof:

> "Vastgesteld moet worden dat de diensten die door pensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen worden aangeboden op het gebied van bedrijfspensioenregelingen, diensten in de zin van artikel 57 VWEU zijn."[12]

Dat gezegd hebbende, gesteld kan worden dat het primaire EU-recht op (minimaal) twee aspecten verduidelijking behoeft, namelijk ten aanzien van i) de rechtvaardigingen en ii) de onderlinge verhouding tussen primair EU-recht.

4. Rechtvaardigingen

Kort gezegd zijn inbreuken op EU-rechten in beginsel toelaatbaar, maar daarbij moet een verschil gemaakt worden tussen a) nationale maatregelen die direct discrimineren naar nationaliteit (bijvoorbeeld een Nederlandse IORP wordt gunstiger behandeld dan een buitenlandse IORP) en b) nationale maatregelen die dat niet direct doen maar indirect een onderscheid naar nationaliteit effectueren[13] en/of een belemmerd effect hebben op de intracommunautaire handel.[14] Met betrekking tot de grond onder a) bepaalt art. 45 VWEU (vrij verkeer van werknemers) in lid 3 dat beperkingen gerechtvaardigd zijn 'uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid'. In art. 52 VWEU worden dezelfde beperkingen geformuleerd voor de vrijheid van vestiging, die blijkens art. 62 VWEU ook van toepassing zijn op de vrijheid van dienstverlening. Openbaar gezag ex art. 51 VWEU valt ook onder de rechtvaardigheidsgronden genoemd onder a).

De rechtvaardigingsgrond van categorie b) wordt door het Hof als volgt omschreven:

> "Uit de rechtspraak van het Hof volgt evenwel dat dergelijke maatregelen gerechtvaardigd kunnen zijn wanneer zij aan vier voorwaarden voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, beantwoorden aan dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is (…)."[15]

---

10 Zie voor verdere achtergrondinformatie bij de IORP-richtlijn bijvoorbeeld B. Starink & H. van Meerten, 'Cross-border obstacles and solutions for pan-European pensions', *EC Tax Review* 2011, 20(1), p. 30-40.

11 HvJ EG 21 september 1999, nr. C-67/96 *(Albany)*.

12 HvJ EU 11 december 2014, nr. C-678/11 *(Commissie/Spanje)* en HvJ EU 14 januari 2010, nr. C-343/08 *(Commissie/Tsjechië)*, o.v. 43.

13 Onder omstandigheden kan de subcategorie b) ook onder a) worden geschaard. Zie: J.C.M. van Beek, 'Een vrijkaartje voor EG-65-plussers bij alle Italiaanse musea', *NTER* 2003/6.

14 HvJ EG 11 juli 1974, nr. 8/74 *(Dassonville)*.

15 HvJ EG 3 juli 2011, nr. C-297/00 *(Gräbner)*, o.v. 39.

Duijkersloot et al. schrijven dat het leerstuk van horizontale werking van Verdragsvrijheden in de rechtspraak soms wel erkend,[16] maar omstreden is.[17] Omstreden wellicht voor wat betreft het goederenverkeer,[18] maar in brede kring wordt aangenomen dat het vrij verkeer van diensten onder omstandigheden rechtstreeks kan doorwerken in horizontale relaties.[19] In verschillende uitspraken heeft het Hof van Justitie aan de vrijheden die betrekking hebben op het dienstenverkeer directe horizontale werking toegekend.[20]

Echter, hoewel geen belemmering voor horizontale directe werking, lijkt art. 56 VWEU zich tot de lidstaten en niet tot particulieren te richten. Dit roept de vraag op, net als bij het Handvest overigens (zie hieronder), of de hiervoor geformuleerde uitzonderingen op het EU-recht (die een rechtvaardiging kunnen vormen voor nationale maatregelen die inbreuk maken op de verbodsbepalingen) ook door particulieren tegen elkaar kunnen worden ingeroepen. In beginsel kan onderschreven worden dat een ontwikkeling in die richting noodzakelijk is.[21] Inzake het Handvest was de A-G duidelijk:

> "Aan die bewoordingen verbinden de verdedigers van die stelling, waarvan ik mij distantieer, een gevolg a contrario of, zo men verkiest, inclusio unius, volgens hetwelk de bepalingen van het Handvest niet aan particulieren zijn gericht, aangezien zij zijn gericht aan de instellingen en de lidstaten (…) Ik kan volstaan met de opmerking dat teksten – meestal grondwetteksten – die rechtenverklaringen bevatten, traditioneel niet uitdrukkelijk vermeldden wie de adressaten of de passieve subjecten van die rechten waren en dat spontaan werd aangenomen dat zij aan de overheid waren gericht."

Indien dus ook de Verdragsbepalingen zich direct tot een particulier richten, zouden ook de uitzonderingen door een particulier moeten kunnen worden ingeroepen. Al naar gelang het een direct discriminerende maatregel betreft, zou een particulier grond a) of b) moeten kunnen inroepen. Concreet betekent dat dus dat indien een particulier art. 56 VWEU of art. 17 Handvest (bescherming van eigendom) inroept jegens een pensioenfonds, het pensioenfonds deze beide categorieën van rechtvaardigingsgronden kan aanvoeren, al naar gelang welke maatregelen het bewuste pensioenfonds als private partij uitvoert ofwel vaststelt. Hartkamp meent dat het 'niet aanvaardbaar is' om enerzijds aan Verdragsbepalingen directe horizontale werking toe te kennen, maar anderzijds het stelsel van de excepties ongewijzigd te laten, zodat alleen lidstaten bijvoorbeeld de openbare orde kunnen inroepen, maar particulieren, zoals een pensioenfonds, niet. Dit zou de contractsvrijheid van een private partij belemmeren. De vraag is echter of dat zo is. In het Bosman-arrest[22]

16 Uitgebreid: P.C. Müller-Graff, 'Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten', *Europarecht* 2014, p. 3-29.
17 A.P.W. Duijkersloot, 'Kroniek Europees staats- en bestuursrecht', *NTB* 2015/4.
18 HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-171/11 *(Fra.bo)*.
19 H.J. van Harten & T. Nauta, 'Nog geen horizontale rechtstreekse werking van het vrije verkeer van goederen?', *NTER* 2012/10.
20 A. Hartkamp, *Europees recht en Nederlands Vermogensrecht,* Deventer: Kluwer 2011.
21 Idem.
22 HvJ EG 15 december 1995, nr. C-415/93, *(Bosman)*, o.v. 86.

werd reeds overwogen dat niets de particulieren belet om de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid als rechtvaardigingsgrond aan te voeren. Het is waar dat, zoals Hartkamp meent, een particulier vrijwel nooit aan deze eisen zal kunnen voldoen, maar dat lijkt mij een andere kwestie.

Zowel de Verdragsvrijheden als de uitzonderingen dienen dus in beginsel horizontale directe werking te hebben. Maar hoe zit het met verhouding *tussen* primair EU-recht?

5. Verhouding tussen het primaire EU-recht

Een eerste opmerking is dat Hartkamp[23] meent dat de vraag rijst of directe horizontale werking ook kan toekomen aan een algemeen beginsel van EU-recht omdat, ten tijde van het artikel van auteur in 2011, een 'expliciete uitspraak van het Hof er niet is'.[24] De Mol meent in haar proefschrift dat sinds de arresten *Mangold* en *Kücükdeveci* EU-grondrechten horizontale directe werking kunnen hebben.[25] Dit schept verwarring. Het onderscheid wat betreft horizontale directe werking tussen de EU-Verdragsvrijheden en het Handvest enerzijds, en daarmee ook het onderscheid tussen algemene EU-beginselen en EU-grondrechten, en de uitzonderingen op het EU-Verdrag en het Handvest anderzijds (zie boven) is niet (langer) opportuun. Met Kraus kan gemeend worden dat het principieel geen verschil kan uitmaken of wij spreken over de toepasselijkheid van geschreven primair EU-recht of van algemene beginselen die tot het primaire EU-recht behoren.[26] Inmiddels is duidelijk dat de (vermeende) diffuusheid betreffende de vraag of de *Mangold/Kücükdeveci* horizontale directe werking alleen geldt voor EU-grondrechten uit hoofde van de algemene beginselen van EU-recht of dat dezelfde benadering ook voor het Handvest geldt, is komen te vervallen. Een analyse van de recente rechtspraak van het Hof leert dat.[27] A-G Trstenjak[28] is eveneens dat standpunt toegedaan, maar 'toch is niet uit te sluiten dat de uit algemene rechtsbeginselen afgeleide en zich verder ontwikkelende grondrechten een ruimere bescherming bieden dan die van het Handvest'. Dat laatste kan overigens betwijfeld worden (zie hieronder).

Een tweede opmerking is de volgende. Zoals bekend, het handelen van een lidstaat die een Verdragsvrijheid zoals art. 56 VWEU belemmert voldoet slechts aan een uitzondering als dit handelen in overeenstemming is met de grondrechten. Dat

23 A.S. Hartkamp, 'De algemene beginselen van het Unierecht en het privaatrecht', *WPNR* 2011/6901.
24 Zo is in de zaak-Mangold, volgens Hartkamp, "niets gezegd over het rechtsgevolg van de uitspraak voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die in die casuspositie was aangegaan, en hetzelfde geldt voor de ontslagverlening in de zaak Kücükdeveci". Hartkamp, 2011, a.w.
25 M. de Mol, 'De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie', *WLP* 2014, p. 4.
26 D. Kraus, 'Die Anwendung allgemeiner Grundsätze des Gemeinschaftsrechts in Privatrechtsbeziehungen', in: K. Riesenhuber (ed.), *Entwicklungen nicht-legislatorischer Rechtsangleichung im Europäischen Privatrecht*, 2008, p. 54.
27 M. de Mol, 'De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie', *WLP* 2014, p. 256.
28 Conclusie HvJ EU 24 januari 2012, nr. C-282/10 *(Domingues)*, o.v. 127.

bleek reeds uit het arrest-*ERT*.[29] Deze regel wordt wat betreft het Handvest bevestigd. In de zaak-*Pfleger* overwoog het Hof:[30]

> "Zoals de advocaat-generaal in de punten 63 tot en met 70 van haar conclusie heeft opgemerkt, is in omstandigheden zoals die van de hoofdgedingen een niet-gerechtvaardigde of onevenredige beperking van de vrijheid van dienstverlening uit hoofde van artikel 56 VWEU krachtens artikel 52, lid 1, van het Handvest evenmin toelaatbaar met betrekking tot de artikelen 15 tot en met 17 daarvan."

Hoewel de overwegingen van het Hof niet geheel duidelijk maken of afzonderlijke toetsing aan het Handvest steeds achterwege kan blijven of slechts in het geval dat de nationale maatregelen de toets aan art. 56 VWEU niet kan doorstaan, kan, met Fierstra[31] gemeend worden dat na *Pfleger* duidelijk is dat nationale maatregelen die het vrije dienstenverkeer beperken, slechts geoorloofd zijn als zij in overeenstemming zijn met het Handvest.

Kan de omgekeerde situatie zich ook voordoen? Een nationale maatregel (bijvoorbeeld het korten van pensioenaanspraken) die een inbreuk op bijvoorbeeld art. 17 Handvest maakt, maar een gerechtvaardigde inbreuk vormt op art. 56 VWEU? Het lijkt mij – met betrekking tot dezelfde materie – nauwelijks voorstelbaar. Het zou immers betekenen dat aan het vrije dienstenverkeer een hogere status dan het Handvest zou toekomen. Dat lijkt mij niet de bedoeling van de wetgever.[32] Zoals A-G Sharpston al opmerkte, art. 17 van het Handvest stelt geen zwaardere eisen aan een beperking van de vrijheid van dienstverrichting om geoorloofd te zijn dan die welke reeds in de rechtspraak van het Hof met betrekking tot art. 56 VWEU zijn voorzien.[33] Daarbij komt dat in een verticale context reeds werd geoordeeld dat een nationale concessieovereenkomst (tussen een gemeente en een overheidsbedrijf) in strijd kan zijn met een algemeen EU-beginsel dat discriminatie verbiedt. Het algemene beginsel werd op één lijn gesteld met de Verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van dienstverlening.[34]

Ten derde, ten slotte, kunnen bepalingen uit het Handvest worden ingeroepen in horizontale verhoudingen? In het arrest-*Association de médiation sociale* (AMS)[35] lijkt het Hof van Justitie deze principevraag bevestigend te beantwoorden.[36]

---

29 HvJ EG 18 juni 1991, nr. C-260/89 *(ERT)*.
30 HvJ EU 30 april 2014, nr. C-390/12 *(Pfleger)*, o.v. 59.
31 Noot M.A. Fierstra, *SEW* 2014/12.
32 Zie ook de totstandkoming van het Handvest. H. van Meerten, *Een Europese Unie: efficiënt, transparant en democratisch* (diss.), Deventer: Kluwer 2004.
33 HvJ EU 30 april 2014, nr. C-390/12 *(Pfleger)*, o.v. 70.
34 HvJ EG 13 oktober 2005, nr. C-458/03 *(Brixen)*.
35 HvJ EU 15 januari 2014, nr. C-176/12 *(AMS)*.
36 Uitgebreid: C.F.J.A de Waele, 'Horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk', *NTER* 2014/5.

6. Opinie 2/13

Gesteld kan worden dat door de bindende werking in 2009 van het Handvest alle EU algemene rechtsbeginselen zijn 'gedekt', aldus ook de preambule van het Handvest. Het Handvest codificeert immers, direct of indirect, bij mijn weten, alle bestaande (EU-)grondrechten en rechtsbeginselen.[37] Met Barents/Brinkhorst kan zelfs gesteld worden dat er, ook door het Hof zelf, ambtshalve aan het Handvest moet worden getoetst.[38] Dat lijkt in lijn met het arrest-Faber[39], waarin het Hof overwoog:

> "Artikel 5, lid 3, van richtlijn 1999/44 moet aldus worden uitgelegd dat het moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan een nationale regel die in de interne rechtsorde als regel van openbare orde geldt en dat de nationale rechter verplicht is om iedere bepaling waarbij dat artikel in nationaal recht is omgezet, ambtshalve toe te passen."

Dat roept de vraag op naar de verhouding van het Handvest en ander primair EU-recht. De (door het voltallige EU-Hof) gewezen 'Opinie 2/13' – inzake de toetreding van de EU tot het EVRM- biedt wellicht uitkomst.

De mogelijke gevolgen van deze Opinie 2/13 voor het EVRM zijn reeds besproken,[40] en in het Kadi-arrest kwam de verhouding EU-recht en VN-recht aan de orde[41], maar zouden de gevolgen van Opinie 2/13 ook niet *mutatis mutandis* op de verhouding tussen het primaire EU-recht (het Verdrag en het Handvest) van toepassing kunnen zijn?

In Opinie 2/13, in overweging 189, werd voor recht gehouden:

> "Voor zover artikel 53 EVRM de verdragsluitende partijen in beginsel de ruimte laat om strengere maatstaven voor de bescherming van de grondrechten vast te stellen dan die welke door dit Verdrag worden gehanteerd, moeten deze bepaling en artikel 53 van het Handvest, zoals uitgelegd door het Hof, onderling worden afgestemd om ervoor te zorgen dat de door artikel 53 EVRM aan de lidstaten geboden mogelijkheid ten aanzien van de door het Handvest erkende rechten die overeenstemmen met door het EVRM gewaarborgde rechten, beperkt blijft tot wat noodzakelijk is om te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan het door het Handvest vastgestelde beschermingsniveau en aan de voorrang, de eenheid en de nuttige werking van het recht van de Unie."

Kan hier ook niet een aanwijzing in worden gevonden dat het Handvest voorrang heeft boven het EU-Verdrag zelf? Betoogd kan zeer wel worden dat dit het geval is. Een beperking op het EU-Verdrag mag niet 'verder' gaan dan een beperking aangebracht in het Handvest. Welke dat zijn zal het EU-Hof ultimo moeten uitmaken.

---

37 Gemeend kan zelfs worden dat middels het Handvest ook alle 'nationale' rechtsbeginselen 'meegenomen' worden.

38 R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht,* Deventer: Kluwer 2012, p. 131.

39 HvJ EU 4 juni 2015, nr. C-479/13 *(Faber)*.

40 H. van Meerten, *Opinie 2/13: consequenties voor de wetgeving,* Nederland Rechtsstaat, 2015.

41 HvJ EU 3 september 2008, nr. C-402/05 *(Kadi)*, o.v. 316: "De toetsing door het Hof van de geldigheid van een gemeenschapshandeling aan de grondrechten vormt (...) de uitdrukking van een uit het EG-Verdrag als autonoom rechtsstelsel voortvloeiende constitutionele garantie waarop een internationale overeenkomst geen inbreuk kan maken."

De opmerking van Fierstra, namelijk "(d)oordat het Hof van Justitie de vraag van de verwijzende rechter kwalificeert als een vraag die in het bijzonder artikel 267 VWEU betreft, laat het arrest A/B ruimte voor de opvatting dat het Europese recht niet behoeft te worden toegepast als sprake is van een gelijkwaardige bepaling in de (nationale) constitutie of het EVRM", in beginsel niet onderschreven kan worden.[42]

7. Afsluitende opmerkingen

Het Europees recht is lange tijd voorbehouden geweest aan intimi. Dat moet veranderen, ook nu het pensioenrecht steeds meer een EU-karakter krijgt. De burger zal daar steeds vaker een beroep op doen. Een aantal zaken dient derhalve te worden te worden verduidelijkt.

Zoals iedere grondwet, en dat is het Handvest, onder andere ook op grond van Opinie 2/13, zijn er bepalingen die zich voor directe horizontale werking lenen, en bepalingen die daartoe minder geschikt zijn.

Het Handvest heeft voorrang boven het EVRM, en mijns inziens ook boven de andere EU-Verdragen. Het Handvest codificeert alle rechtsbeginselen. Het Handvest en de uitzonderingen daarop dienen, als de bepaling zich daarvoor leent, horizontale directe werking te hebben. Indien een inbreuk op het vrije verkeer van diensten zich voordoet, dient deze (en de mogelijke rechtvaardiging) altijd aan het Handvest gekoppeld te worden.

Maakt de voorrang van het Handvest de Verdragsvrijheden illusoir? Geenszins uiteraard. Zo bevat art. 56 VWEU een gebod dat IORP's vrijelijk diensten in de EU/EEA mogen aanbieden. Zo duidelijk is het in het Handvest niet geformuleerd. Uitzonderingen op art. 56 VWEU dienen wel in overstemming met het Handvest te zijn. De (rechtvaardigen op de) Verdragsbepalingen zouden veeleer als een *lex specialis* van de *lex generalis* het Handvest gezien kunnen worden. De algemene regel – *lex specialis derogat legi generali* – lijkt niet altijd op te gaan!

Een laatste onduidelijkheid die uit de weg moet worden geruimd is of primair EU-recht ook zonder secundair EU-recht kan doorwerken in geschillen tussen particulieren. Het arrest-*AMS*[43] beantwoordt niet de vraag of de *Kücükdeveci*-benadering betekent dat een grondrecht als zodanig horizontale directe werking kan hebben of dat dit enkel kan als sprake is van een 'concretisering' middels secundair EU-recht, zoals een richtlijn.[44] Gemeend kan worden dat 'concretisering' middels secundair EU-recht niet (langer) nodig is voor een bepaling om directe horizontale directe werking te hebben. Immers, EU-Verdragsrechtbepalingen als art. 56 VWEU hebben

42 M.A. Fierstra, 'Prioritaire constitutionele toetsing mag niet tevens het Handvest betreffen', *SEW* 2015/5.
43 HvJ EU 15 januari 2014, nr. C-176/12 *(AMS)*.
44 M. de Mol, 'De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie', *WLP* 2014.

zelfstandige directe horizontale werking, en niet in te zien valt waarom dat voor bepaalde Handvestbepalingen anders moet zijn. Indien deze lijn wordt gevolgd, dan heeft dat de nodige consequenties, inter alia, voor de EU-pensioenrichtlijn, de IORP-richtlijn.

PROF. DR. MR. R.E.C.M. NIESSEN[1]

Oudedagsvoorzieningen, overheidsbeleid en het EVRM

1. Inleiding

Gerry is op de eerste plaats een man met een enorm warme persoonlijke uitstraling. Ik heb dan ook vele jaren lang met bijzonder veel plezier met hem samengewerkt op het terrein van zijn vakgebied. Ik denk aan de redactie van *Pensioen & Praktijk*, aan het rapport over pensioenen in Europa en aan vele onderlinge zowel zakelijke als vriendschappelijke contacten. In deze bijdrage aan zijn bundel besteed ik natuurlijk aandacht aan het terrein van het fiscale recht van de oudedagsvoorzieningen. Daarbij vraag ik mij af welke ontwikkelingen zich tijdens zijn loopbaan hebben voorgedaan. En ik betrek er internationale aspecten bij, waar Gerry immers steeds een scherp oog voor heeft gehad. Zo rust deze bijdrage op *drie pijlers* die zijn wetenschappelijke arbeid schragen.

Nederlanders zijn zoals bekend een spaarzaam volkje. Van oudsher is de vorming van fondsen voor oudedagszorg een vertrouwd beeld in de Nederlandse samenleving en gaat dit gepaard met fiscale faciliteiten zoals premieaftrek en vrijstellingen. De omvang van de desbetreffende geldstromen beslaat vele miljarden, voor wat betreft zowel de inleg als de daaraan verbonden faciliteiten.

De wetgever kan op die omvang invloed uitoefenen door al dan niet vrijstellingen toe te kennen dan wel gehele of gedeeltelijke aftrek van premies toe te staan dan wel het heffingstarief te bepalen. Ook kan hij de richting van de geldstroom deels bepalen door de aanwijzing van de toegelaten verzekeraars; en ten slotte bepaalt hij door het al dan niet toekennen van de faciliteiten aan in de wet gedefinieerde polisvormen in belangrijke mate de condities waaronder in de praktijk de meeste polissen worden afgesloten. Daarmee is dan ook het politieke belang van deze materie gegeven: de wetgever beschikt op dit terrein over een belangrijk instrument voor sturing op sociaaleconomisch terrein.

De Nederlandse staat heeft in de tweede helft van de vorige eeuw diverse verdragen gesloten waarbij hij zich ertoe heeft verplicht een reeks fundamentele rechten van zijn burgers te respecteren. Dit is gebeurd in het recht van de Europese Unie dat voor een belangrijk deel immers eveneens fundamentele grondrechten

1 Advocaat-generaal bij de Hoge Raad en bijzonder hoogleraar aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

garandeert. Over de implicaties van het Europese recht voor de oudedagsvoorzieningen is al heel veel geschreven.[2] Dat geldt beduidend minder voor de bepalingen betreffende de mensenrechten, in het bijzonder die van het EVRM.[3] Ik richt mij in deze bijdrage op de vraag of (ook) deze verdragsverplichtingen ten koste gaan van de beleidsvrijheid van de wetgever.

Hierna ga ik eerst kort in op het verband tussen het fiscale instrumentalisme en de oudedagsvoorzieningen. Daarna bezie ik voor enkele terreinen aan de hand van een aantal arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de Hoge Raad welke invloed de mensenrechten op die regelingen hebben of kunnen hebben. In geen opzicht is dit een uitputtend onderzoek. Het gaat mij erom aan lezers aan wie het fiscale recht van de oudedagsvoorzieningen niet meer uitgelegd hoeft te worden, kritische vragen voor te leggen en mogelijk een discussie op gang te brengen.

2. Sturingsinstrument

Sinds het afstuderen van Gerry Dietvorst in 1975 zijn veertig jaren verstreken. Destijds kenden de loon- en inkomstenbelasting op het terrein van de oudedagsvoorzieningen in grote lijnen de regelingen die al sinds het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 bekend waren.[4] Zoal niet de details van de regelgeving dan toch wel hun grondslagen waren nog die welke in een tijdsbestek van bijna honderd jaar waren ontwikkeld.[5]

De premieaftrek voor pensioenen gaat zelfs terug tot de Wet op de bedrijfsbelasting 1893; er gold aftrek voor de inhouding op ambtelijke salarissen wegens premiebetaling.[6] Daarbij werd opgemerkt dat het niet aanging de inhouding te belasten terwijl later ook de uitkering werd belast. Het ontluiken van de omkeerregel en de inkomensuitstelgedachte is hier waarneembaar, dus een typisch fiscaaltechnische redengeving. Die wet kende ook al een vrijstelling in de sfeer van de kapitaalverzekeringen welke mede werd gemotiveerd met een verwijzing naar sociale motieven.[7] Voor lijfrenten en de lijfrentepremieaftrek is pas in §25 van de Leidraad bij het Besluit IB 1941 de gedachte van het inkomensuitstel op de voorgrond gesteld.

2 Onder meer in het rapport *Belastingheffing over pensioenen in Europa*, Geschrift nr. 209 van de Vereniging voor Belastingwetenschap (Deventer: Kluwer 1999) en in het proefschrift van R.M.J.M. de Greef, *Fiscale pensioenbelemmeringen in de gemeenschappelijke markt*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2004.

3 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, *Trb.* 151, 144.

4 Die stand van zaken is vastgelegd in G.J.B. Dietvorst, *Gezins- en oudedagsverzorging*, deel A: Inkomstenbelasting, Deventer: Kluwer 1982.

5 Zie tevens de bespreking van het boek van Dietvorst door J.W. van den Berge in *FED*: Literatuur: 382.

6 Art. 3 lid 3 onderdeel i Wet op de bedrijfsbelasting 1893.

7 Art. 3 lid 3 onderdeel j Wet op de bedrijfsbelasting 1893.

Deze grondslag is fiscaaltheoretisch van aard, maar de historie leert dat ook de wens 'zwevende koopkracht te binden', dat wil zeggen naar de staatskas te trekken, een reden vormde voor de overheid om de aftrekmogelijkheid in het leven te roepen.[8]

Moderne ontwikkelingen

Vanaf de jaren tachtig is de wetgeving in een stroomversnelling geraakt.[9] Globaal genomen is daarvoor vooral een tweetal oorzaken aan te wijzen. Enerzijds heeft de wetgever veel meer aandacht gekregen voor gebleken dan wel gevreesde mogelijkheden voor antifiscaal gedrag van de contribuabelen, en anderzijds waren de sociaaleconomische ontwikkelingen aanleiding tot beperking van de ruimte voor fiscaal gefacilieerde oudedagsvoorzieningen.[10]

Daardoor is de lijfrentepremieaftrek aan strenge beperkingen onderworpen, zijn er anti-ontgaansbepalingen in de wet opgenomen, zijn de stamrechtvrijstellingen in de loon- en inkomstenbelasting gesneuveld, zijn bancaire producten in de wet opgenomen, kwamen regelingen voor vervroegde uittreding op en verdwenen deze weer, zijn de pensioenregels eerst in een nauwsluitend keurslijf geplaatst en recent afgetopt, is de ruimte voor vrijgestelde kapitaalverzekeringen sterk ingeperkt en werd de faciliteit voor de kapitaalverzekering eigen woning afgeschaft.[11]

Nevendoelstellingen

In de opgesomde wetswijzigingen komen diverse fiscale en niet-fiscale doelstellingen naar voren. Van fiscale aard is het streven van de wetgever om te verhinderen dat premieaftrek en vrijstellingen een te groot gat in 's lands begroting slaan; hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan maatregelen ter beperking van het niveau van premieaftrek, aan diverse antimisbruikbepalingen in verband met onder andere afkoop en emigratie en aan afschaffing dan wel aanscherping van de voorwaarden van vrijstellingen voor kapitaalsuitkeringen. Voor een belangrijk deel hebben deze bepalingen mede ten doel fraude en oneigenlijk gebruik van de wettelijke faciliteiten te verhinderen.

Andere maatregelen hebben min of meer nadrukkelijk (mede) niet-fiscale doeleinden. De wetgever formuleert heel scherpe eisen ten aanzien van de vraag welk vormen van oudedagsvoorziening hij wil bevorderen, en voor welke personen en onder welke condities hij nabestaandenvoorzieningen wenst te honoreren. Met deze voorschriften beweegt hij zich op een terrein dat van oudsher in ons poldermodel voorbehouden werd geacht aan de sociale partners.

---

8 Blijkende uit een interventie van de leidende wetgevende ambtenaar (en wetenschapper) B. Schendstok tijdens de Algemene vergadering van de Vereeniging voor de Staathuishoudkunde en de Statistiek, 12 december 1942, p. 49.

9 Een uitgebreide beschrijving van de ontwikkelingen in die periode is te vinden in het proefschrift van G.J.B. Dietvorst, *De drie pijlers van toekomstvoorzieningen en belastingen*, Deventer: Kluwer 1994.

10 Zie dienaangaande R.E.C.M. Niessen, 'Fiscaal pensioenrecht: sturing en tegensturing', in: R.H. Maatman e.a. (red.), *Onderneming en pensioen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 411-427, en de daar vermelde bronnen.

11 Zie over de verschillende onderwerpen nader A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, zesde druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

Bij de beperking van de premieaftrek voor lijfrenten en de recente aftopping van de pensioenpremieaftrek speelt een inkomenspolitiek aspect een rol, namelijk dat deze aftrekken vooral worden gebruikt door personen uit de hogere inkomensgroepen.

De instelling van de regelingen voor vervroegde uittreding was bedoeld om in een periode van werkloosheid een vangnet te bieden voor 'uitstromende' oudere werknemers. Toen omstreeks twintig jaar later dit argument niet meer relevant was en integendeel langer werken uit nationaal-economisch oogpunt de voorkeur verdiende, werden die regelingen afgeschaft en werden in het vorige decennium zelfs zware contra-incentives ingesteld. Ik kom hierop terug in onderdeel 6.

Ook kan worden gewezen op de wens van de wetgever om tussen banken en verzekeraars een 'level playing field' in het leven te roepen dat erop neerkwam dat ook banken mochten delen in de fiscale faciliteiten voor oudedagsvoorzieningen. Vanuit fiscaal oogpunt valt daar wel iets tegenin te brengen wegens het verdwijnen van het verzekeringsaspect, maar voor de wetgever was dat op zeker moment niet meer doorslaggevend.

Het in de tweede helft van de vorige eeuw sterk in zwang geraakte fiscale instrumentalisme leidde dus ertoe dat de omstreeks 1975 bestaande overzichtelijke situatie aan de horizon is verdwenen.

3. Verdragen

In vier decennia is het juridische landschap ook sterk veranderd als gevolg van het sluiten van een reeks verdragen. Wat hier in het algemeen voor het recht kan worden gezegd, geldt in zekere zin nog sterker voor het belastingrecht in het bijzonder. De krachtige invloed die het belastingrecht sinds omstreeks de jaren tachtig ondergaat, is voor een groot deel namelijk onverwacht.

Dat geldt allereerst voor de toepassing van mensenrechtenverdragen, zoals het EVRM en het BUPO[12]: lange tijd kon niemand zich voorstellen dat de Nederlandse wetgeving, laat staan de belastingwetgeving, hiermee in aanraking zou komen. Wij hebben toch een keurig, democratisch geregeerd land waarin iedereen gelijke rechten heeft, en niemand wordt gemarteld of zonder vorm van proces wordt veroordeeld! Bovendien: wat hebben belastingen met mensenrechten te maken?

Wat het Europese vlak betreft: het was zonder meer helder dat omzetbelasting, accijnzen en douaneheffingen geheel of gedeeltelijk werden bepaald door het Europese recht, maar daar het EG-verdrag niets regelde over de directe belastingen, werd aangenomen dat de wetgever op dat terrein autonoom bleef. En van de vrijverkeersprincipes uit het oprichtingsverdrag hadden wij ook niets te vrezen, want – zo was de heersende mening – Nederland was toch de kampioen vrij verkeer met een zeer open economie waarin buitenlanders en vrij handelsverkeer niets in de weg werd gelegd.

12 Internationaal Verdrag inzake de Burgerrechten en de Politieke Rechten van 16 december 1966, *Trb.* 1966, 99.

De tijd heeft geleerd dat Nederland zich voor zijn wetgeving heus niet hoeft te schamen, maar dat op verschillende plaatsen bijstelling of *finetuning* moest plaatsvinden. Het Europese recht heeft fiscaal gezien vooral gevolgen voor grensoverschrijdend verkeer. Als gevolg daarvan moet bijvoorbeeld aan buitenlandse verzekeraars dezelfde behandeling worden gegeven als aan hier te lande gevestigde concurrenten, en hebben buitenlands belastingplichtige natuurlijke personen onder zekere voorwaarden recht op persoonlijke aftrekposten. Maar zoals in de Inleiding al aangekondigd laat ik het recht van de Europese Unie hier verder buiten beschouwing en richt ik mij op het EVRM.

4. Boeterecht

Voor wat betreft het terrein van de mensenrechtenverdragen werd de Nederlandse fiscale wereld min of meer wakker geschud toen de Hoge Raad in 1985 besliste dat de fiscale boetes een vorm van strafvordering in de zin van art. 6 EVRM vormen.[13] Daarna is een stroom arresten gevolgd waardoor het recht betreffende de bestuurlijke boetes steeds meer trekken van het 'gewone' strafrecht heeft overgenomen.[14] Denk aan het principe dat de fiscus de opzet of schuld moet bewijzen, en dat de berechting binnen redelijke termijn moet plaatsvinden.

Op aanslagen is art. 6 EVRM[15] echter niet van toepassing. Over het algemeen geldt zodoende dat een belanghebbende wanneer het om een boete gaat, over betere processuele waarborgen beschikt dan wanneer het een andere fiscale verplichting betreft.

De fiscale bepalingen over oudedagsvoorzieningen zijn materieelrechtelijk van aard en worden door deze ontwikkeling dus niet rechtstreeks geraakt. Maar de goede vervulling van administratieve voorschriften kan en zal vaak worden gehandhaafd door middel van boetebepalingen. Deze kunnen gelden voor de belastingplichtige maar ook voor de verzekeraar op wie verschillende renseigneringsplichten rusten.

Straf?

Een cruciale vraag is hier uiteraard wanneer sprake is van een straf in de zin van art. 6 EVRM. Kan dat wellicht ook het geval zijn bij regelingen die in de wet niet als 'boete' worden gekwalificeerd? Dat die mogelijkheid bestaat, staat wel vast. Dat blijkt wel uit de fiscale rechtspraak, want de AWR kende voorheen alleen 'verhogingen'[16] die in een wat verder verleden door de wetgever zelfs als schadevergoeding werden gezien. In het arrest uit 1985 was dan ook een belangrijk element dat de

13 HR 19 juni 1985, *BNB* 1986/29.
14 M.W.C. Feteris, 'Invloed van het strafrecht op het fiscale boeterecht', *WFR* 2015/7082, p. 140.
15 In art. 47 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie ligt de zaak anders, maar daar ga ik hier niet op in omdat de gevolgen van het Handvest voor de belastingwetgeving vooralsnog tamelijk ongewis zijn.
16 Voorheen o.a. art. 18 en 21 AWR.

Hoge Raad uitdrukkelijk uitsprak dat hier sprake was van een vorm van bestraffing. Hierbij golden naar een arrest van het EHRM[17] de zogenoemde 'Engelcriteria': (1) is naar nationaal recht sprake van strafvervolging?, en zo niet: (2) wat is de aard van het delict, en (3) wat is de ernst van de sanctie?

Met het oog hierop kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld of het terugnemen van de genoten premieaftrek bij afkoop of vervreemding van een lijfrentepolis[18] een vorm van beboeting is. De wetgever meent dat dit een zuiver materiële gevolgtrekking is uit de omstandigheid dat de belanghebbende de voorwaarden waaronder de premieaftrek is verleend, niet heeft nageleefd. Iets vergelijkbaars is aan de hand bij de revisierente[19] die de wetgever in de parlementaire stukken uitdrukkelijk als schadevergoeding heeft gekenschetst.

Waar is de grens?

Toch staat het wel vast dat deze bepalingen (mede?) ten doel hebben de belastingplichtigen af te houden van handelingen die in strijd zijn met de voorwaarden waaronder de premieaftrek is verleend. Waarom zouden deze fiscale vorderingen niet als bestraffend kunnen of moeten worden aangemerkt? Deze vraag is ook gesteld ten aanzien van de omkering en verzwaring van de bewijslast in art. 25e AWR[20] en de heffing van kosten ingevolge de Kostenwet Invordering die in bepaalde gevallen beduidend hoger is dan de reële kosten.[21]

In beide gevallen achtte de Hoge Raad geen strafvervolging aanwezig. De omkering en verzwaring van de bewijslast dienen ertoe om de inspecteur als het ware te compenseren voor het gebrek aan medewerking van de belastingplichtige, en kosten zijn nu eenmaal van andere aard dan een boete.

Het gaat kennelijk om een afweging van een mogelijk te onderkennen punitief element tegenover andere voor de vordering bestaande gronden. Een belanghebbende die in voorkomend geval zou willen verdedigen dat de genoemde heffingen bestraffend van aard zijn, zal er goed aan doen zich erop te beroepen dat de betreffende bepalingen vooral ten doel hebben belastingplichtigen te weerhouden van gedragingen die de overheid onwelgevallig zijn.

Dit alles neemt intussen niet weg dat de bepalingen van art. 6 EVRM op de beleidsvrijheid van de wetgever zoals ik die hierboven heb benoemd, weinig of geen inbreuk maken.

5. Het gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in art. 14 EVRM en het Twaalfde Protocol bij het EVRM bergt de mogelijkheid in zich om het overheidsbeleid op veel terreinen diepgaand te beïnvloeden. Een onbetwiste eis is dat wetten op gelijke wijze op

17 EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978/223 *(Engel)*.
18 Art. 3.133 Wet IB 2001.
19 Art. 30i AWR.
20 HR 8 juli 1998, *BNB* 1998/326.
21 HR 23 oktober 2009, *BNB* 2009/317.

eenieder van toepassing zijn, en dat dus geen privileges worden toegekend aan bepaalde personen of groepen. Andere vormen van ongelijkheid treden op wanneer de overheid bepaalde activiteiten wil stimuleren of juist afremmen. Maar het is niet verstandig om ook in dat opzicht de gelijkheidseis onverkort toe te passen.

Wanneer de overheid in ieder opzicht verplicht zou worden voor elke burger en elk bedrijf steeds dezelfde bepalingen te doen gelden, zou 'beleid' in veel gevallen niet meer mogelijk zijn. Een overheid die economie en samenleving in een 'goede' richting wil sturen, zal efficiency, werkgelegenheid en milieuverantwoord werken willen bevorderen en productiewijzen die de volksgezondheid bedreigen ontmoedigen. Ook kiest zij bijvoorbeeld ervoor mensen die in achterstandssituaties verkeren, meer te steunen dan anderen.

Dergelijke beleidskeuzes moeten niet onmogelijk worden gemaakt en al zeker niet door de rechter. Daarom laat het EHRM in zijn rechtspraak aan de lidstaten een *margin of appreciation*.

Het verdragsrechtelijk gelijkheidsbeginsel geldt ook voor fiscale bepalingen, maar op dit terrein kent het EHRM de nationale wetgever zelfs een *ruime* beoordelingsvrijheid toe.[22] Het is, in elk geval onder fiscalisten, algemeen bekend dat de belastingkamer van de Hoge Raad zich heeft aangesloten bij de terughoudende rechtspraak van het hof in Straatsburg. Al meer dan tien jaar is geen enkele Nederlandse belastingbepaling, ondanks vele klachten, meer in strijd geoordeeld met art. 14 EVRM.[23]

Ondernemer versus werknemer

Zo bezien stonden de kansen dan ook niet goed voor een belastingplichtige ondernemer die zich enkele jaren geleden erover beklaagde dat hij minder mogelijkheden voor de opbouw van een oudedagsvoorziening had dan een werknemer. In de conclusie in deze zaak betoogde ik primair dat ondernemers en werknemers wanneer het gaat om de opbouw van een oudedagsvoorziening, rechtens en feitelijk niet in gelijke posities verkeren. De Hoge Raad beperkte zich tot een verwijzing naar de parlementaire behandeling waarin was besproken dat ook de ondernemer een toereikende oudedagsvoorziening kan opbouwen en dat de in de wet gemaakte onderscheiden dus niet van elke redelijke grond ontbloot zijn.[24]

Dat neemt niet weg dat hierover ook wel anders wordt gedacht. Dietvorst e.a. merkten op dat er tussen de regels sprake is van 'evidente disproportionaliteit' voor degenen die volledig van de pensioenregels gebruik kunnen maken, en voor diegenen die helemaal of in hoofdzaak zijn toegewezen op het lijfrenteregime.[25] En in

22 EHRM 22 juni 1999, *BNB* 2002/398 *(Della Ciaja)*.

23 Overzichtsartikelen hierover van R.E.C.M. Niessen, 'De rechter en het gelijkheidsbeginsel', *TFB* 2009/1, en zeer uitvoerig R.H. Happé, 'Fiscale discriminatie in 26 jaar rechtspraak van de Hoge Raad: een fiscaal en rechtsstatelijk debat', *WFR* 2014/7060, p. 1000.

24 HR 12 oktober 2012, *BNB* 2013/6, *V-N* 2012/52.3, *NTFR* 2012/2431, met commentaar van J.A.G. van Es, *FED* 2013/84 met noot van M.E. Oenema, *Pensioenjurisprudentie* 2013/87 met noot van H.M. Kappelle, *Fiscaal up to Date* 2012/2552.

25 *Gelijke behandeling pensioen en lijfrente*, Brochures Toekomstvoorzieningen deel 2, Universiteit Tilburg, CompetenceCentre for Pension Research, p. 53 (online).

een rapport van de Vereniging voor Belastingwetenschap werd gepleit voor gelijktrekking van de regels voor beide werknemers en ondernemers.[26]

Hier komt het verschil tussen een wetenschappelijke of beleidsmatige benadering en de rechterlijke toetsing scherp naar voren. De toetsing door de rechter is in feite marginaal. Alleen bij evidente verschillen waarvoor geen enkele rechtvaardiging is gegeven en ook niet te geven valt, kan op de voet van het gelijkheidsbeginsel zoals de rechter dat toepast, worden ingegrepen.

Andere vergelijkingen

De vraag is of er toch nog verschillen in de wet op dit terrein kunnen worden aangewezen die misschien binnen het bereik van het verdragsrechtelijk gelijkheidsbeginsel blijven. Ik noem vragenderwijs twee voorbeelden. Ik onthoud mij overigens van speculatie over de kansen op succes van de hierna te bespreken gefingeerde stellingen.

Het eerste betreft het verschil tussen de kring van personen die voor een partnerpensioen in aanmerking komen[27], en die welke als nabestaande in een lijfrenteregeling mogen worden begunstigd.[28] Hier is het lijfrenteregime juist ruimer, aangezien de belastingplichtige in principe een vrije keuze kan maken. Een werknemer met een goede pensioenregeling heeft nauwelijks of geen ruimte voor lijfrentepremieaftrek. Hij zal dus noch via het pensioenregime noch door storting van lijfrentepremies een (substantiële) voorziening voor een nabestaande kunnen opbouwen die valt buiten de kring van degenen die voor een nabestaandenpensioen in aanmerking komen. Is hier wellicht een discriminatie naar samenlevingsvorm in te zien waarvoor een minder ruime beoordelingsvrijheid voor de wetgever geldt?

Het andere voorbeeld betreft de heffing wegens afkoop of vervreemding van een lijfrentepolis, los gezien van de eerder genoemde problematiek van de revisierente en het terugnemen van genoten premieaftrek. De bestaande regels impliceren dat degene die de afkoopsom of vervreemdingsopbrengst geniet, door de werking van het progressieve tarief in veel gevallen meer belasting over de afkoopsom moet betalen dan degene die regulier de uitkeringen geniet. Betoogd zou kunnen worden dat de ratio van de tariefsprogressie hier niet opgaat: beide personen verschillen immers niet in draagkracht. Degene die het bedrag ineens verkrijgt, geniet immers niet iets anders dan degene die de termijnen ontvangt. Het ene is immers niets anders dan de gekapitaliseerde waarde van het andere. Zo dacht ook de wetgever er vroeger over getuige het bestaan van het bijzondere tarief.

De wetgever maakt, kortom, tal van onderscheiden. Over de vraag of hij daarbij steeds voldoende recht doet aan het beginsel dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld, kan van mening worden verschild. Gezien de rechtspraak van de laatste tien jaar lijkt de kans op rechterlijke interventie in een belastingzaak vooralsnog gering en zullen belanghebbenden zich tot de wetgever moeten wenden.

---

26 *Fiscale behandeling van oudedagsvoorzieningen: het kan beter, eerlijker, efficiënter en eenvoudiger*, Geschrift nr. 242, besproken in Geschrift nr. 244, Deventer: Kluwer 2011.

27 Art. 18 lid 1 onderdeel a, onder 2e Wet LB 1964.

28 Art. 3.125 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001.

6. Het recht van eigendom

Art. 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het EVRM waarborgt voor de burger 'het recht op ongestoord genot van zijn eigendom'. Belastingheffing vormt een inbreuk op dat recht. Maar het tweede lid van dat artikel biedt ruimte voor belastingheffing. Dat neemt niet weg dat onder omstandigheden een fiscale vordering toch in strijd kan zijn met deze bepaling.[29]

Een beroep op art. 1 EP is alleen mogelijk wanneer iemand een 'eigendom' wordt ontnomen. Aan deze eis is in belastingzaken nagenoeg altijd voldaan, hoewel over sommige rechten, zoals dat op verliescompensatie, twijfel bestaat. De ontneming van een 'eigendom' is in strijd met art. 1 EP wanneer zij niet 'lawful and not arbitrary' is. Deze eis impliceert dat de wettelijke bepaling 'accessible, precise and foreseeable' moet zijn.

Wanneer een regeling deze twee toetsen heeft overleefd, volgen nog er nog twee: dient zij een 'legitimate aim', bijvoorbeeld het openbaar belang, en is er een 'fair balance' tussen het doel van de regeling en de last die op de burger of het bedrijf wordt gelegd?

Terugwerkende kracht

De zojuist genoemde voorzienbaarheidseis lijkt een opening te bieden voor het aantasten van wijzigingswetten die met terugwerkende kracht worden ingevoerd. Maar het EHRM erkent niet een principieel verbod op terugwerkende kracht van belastingwetgeving. In de weinige Nederlandse gevallen waarin een vorm van terugwerkende kracht aan de orde is, komt het erop aan of de fair balance eis niet is geschonden.[30] Tot nu toe heeft de rechter deze vraag nog in geen enkel geval bevestigend beantwoord.

In relatie tot de oudedagsvoorzieningen is vooral relevant of geëist kan worden dat wetswijzigingen in bepaalde gevallen steeds met eerbiedigende werking moeten worden ingevoerd. Dergelijke gevallen zijn die waarin belastingplichtigen op basis van een bestaande fiscale faciliteit een langlopend contract zijn aangegaan. Een voorbeeld is de hypotheekrenteaftrek. De eigenaar van een eigen woning gaat in verband met de aankoop en financiering van het huis een langlopende verplichting aan en rekent erop dat hij de rente kan aftrekken. Wordt deze bepaling abrupt afgeschaft, dan zal hij in veel gevallen de financieringslast niet meer kunnen opbrengen. Het huis moet dan worden verkocht met alle gevolgen van dien. Vandaar dat de een paar jaar geleden voorgenomen beperking van het tarief waartegen de negatieve opbrengst eigen woning kan worden afgetrokken, wordt uitgevoerd in kleine stapjes over een reeks van jaren.

29 Zie de dissertatie van M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*, Bijlage D, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2009.

30 EHRM 10 juni 2003, *FED* 2003/604 *(M.A. tegen Finland)*.

Lijfrentepremieaftrek

De regeling voor de lijfrentepremieaftrek kent voor wat het overgangsrecht betreft een stukje opmerkelijke historie.[31] Tot en met 1991 kende de Wet op de inkomstenbelasting 1964 een in principe vrije ruimte voor premieaftrek van – omgerekend – ongeveer € 8.000. Bij de invoering van de Wet Brede herwaardering per 1 januari 1992 werd een tranchesysteem ingevoerd dat met zich bracht dat velen die een premiebetalende polis bezaten, de premie geheel of gedeeltelijk niet meer zouden kunnen aftrekken. Krachtens overgangsrecht werd de oude regeling op dit punt echter bestendigd met van regeringszijde de toezegging dat de polishouders de aftrek tot aan het einde van de rit zouden behouden. Maar bij de invoering van de Wet IB 2001 werd de regeling ingetrokken.

Hadden belanghebbenden zich ten overstaan van de rechter met succes hierover kunnen beklagen? Met zekerheid valt hierover niets te zeggen. De toets vangt aan met het begrip 'eigendom'. De verdragsterm 'possession' is veel ruimer dan ons eigendomsbegrip[32], maar of de blote verwachting van een voortzetting van een wettelijke regeling daaronder valt, is nog maar de vraag. Maar in belastingzaken passeert het EHRM deze test nogal eens. Het komt dan aan op de laatste vraag, die naar de 'fair balance'. Ingeval een onevenredig grote benadeling van een belanghebbende optreedt, is het hof in Straatsburg kennelijk bereid daarin een ontneming van eigendom te zien. Tegen het hier veronderstelde standpunt van de klager spreekt dan dat hij de polis premievrij zou kunnen maken, dan wel gebruikmaken van de 'saldomethode' ten aanzien van de uitkeringen. Hij heeft dus naast het gemis van de belastingaftrek geen schade ondervonden behoudens dat de verzekeraarskosten juist in de eerste jaren worden meegenomen in de waardeberekening.

VUT

Als laatste nog aandacht voor de wederwaardigheden van de VUT-regeling, waarbij het fiscale instrumentalisme wel heel pregnant voor het voetlicht komt. De VUT is in de vorige eeuw in het leven geroepen en door de (fiscale) wetgever omarmd. De regeling bood oudere werknemers de mogelijkheid om vervroegd met pensioen te gaan, en in een periode van grote werkloosheid was dit welkom opdat jongeren aan het werk konden gaan. Toen in het begin van de 21e eeuw eerder een tekort aan arbeidskrachten dreigde, was aan die regeling geen behoefte meer; zij vormde integendeel een belemmering voor de groei van de economie. Na de nodige discussie is uiteindelijk met ingang van 2005 de Wet VPL[33] ingevoerd. In art. 32aa Wet LB 1964, later vernummerd tot art. 32ba, werd bepaald dat VUT-uitkeringen voortaan niet alleen meer werden belast bij de werknemer, doch dat daarnaast de werkgever daarover 26% eindheffing (vanaf 2010 52%) moest voldoen.

---

31 H.M. Kappelle verdedigt in zijn proefschrift, *Levensverzekering en fiscaal overgangsrecht*, Universiteit van Amsterdam 2000 (online te raadplegen) met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel dat bij wijziging van fiscale wetgeving inzake levensverzekeringen steeds eerbiedigende werking moet worden verleend. Zie van hem tevens het artikel onder dezelfde titel in *WFR* 1999/6363, p. 1563 e.v.

32 Cfm. Pauwels, t.a.p.; zie tevens de dissertatie van M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2009, p. 241 e.v.

33 Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en invoering levensloop van 24 februari 2005, *Stb.* 2005, 115.

Als gezegd een opmerkelijke regeling. Ingevoerd om de uitstroom van arbeidskrachten te bevorderen, weer ingetrokken omdat een tekort aan arbeidskrachten dreigde. Dat de wetgever maatregelen wil treffen om de werkgelegenheid te reguleren, is alleszins te billijken. Maar niet elke getroffen werkgever zal van mening zijn dat de afweging tussen algemeen en individueel geval hier op de juiste wijze is gemaakt. Er zullen immers gevallen zijn waarin een werkgever, gestimuleerd door het aanvankelijk gevoerde beleid, toezeggingen aan werknemers heeft gedaan die hij naderhand niet eenvoudig meer kan negeren. Bovendien rijst de vraag waarom bepaalde werkgevers een zware extra last te dragen krijgen voor een maatschappelijk probleem waarin zij slechts een miniem aandeel in hebben. Ten slotte kan ook de vraag worden gesteld of een heffing die in bepaalde gevallen tot meer dan 100% kan oplopen, de toets der kritiek kan doorstaan.

7. Conclusies

Op het terrein van de mensenrechten stelt de rechter zich veel terughoudender op dan op dat van het Europese recht waar hij vaak de motor van de harmonisatie is genoemd. Van de drie onderzochte terreinen is alleen dat van het boeterecht diepgaand beïnvloed door de rechtspraak betreffende art. 6 EVRM. Maar in de fiscale rechtspraak betreffende het gelijkheidsbeginsel en het recht van eigendom wordt meestal, net als op andere sociaaleconomische terreinen, een ruime beoordelingsvrijheid aan de wetgever toegestaan. Dat zou anders zijn wanneer bijvoorbeeld het belastingtarief voor vrouwen zou afwijken van dat voor mannen, maar dergelijke onderscheiden worden in de hedendaagse belastingwetgeving niet meer gemaakt.

De fiscale regelingen voor oudedagsvoorzieningen zijn tot nu toe niet in strijd bevonden met een van de genoemde verdragsbepalingen. Het valt niet zonder meer uit te sluiten dat dit in de toekomst op een of ander punt toch zal gebeuren. Maar belangrijke ontwikkelingen zijn naar mijn indruk pas te verwachten wanneer Europabreed de mening zou postvatten dat de rechter eerder mag interveniëren in de wetgeving.

Vooralsnog leveren de mensenrechten nauwelijks een belemmering voor de wetgever op bij zijn instrumentele beleid op het onderzochte terrein. Het discours moet hier gevoerd worden langs de normale lijnen van het democratische bestel. Behalve voor politieke partijen is hier ook een taak weggelegd voor wetenschappers en beoefenaren van de fiscale rechtspraktijk.

PROF. DR. A.C. RIJKERS[1]

Over de reserveringsruimte van artikel 3.129 lid 2 Wet IB 2001

Carpe diem quam minimum credula postero

1. Horatius

Carpe diem. Pluk de dag. Lijkt dit niet de hedonistische basisfilosofie te zijn van jonge mensen vanaf de aanvang van hun arbeidscarrière tot ver in het verloop ervan, althans waar het hun interesse voor pensioen betreft? Pensioenopbouw is duur. De actuele woonlasten zijn hoog. Jonge kinderen vormen een kostbaar bezit. Waarom dan denken aan financiële perikelen in een eventuele en verre toekomst? Het menselijk brein lijkt bovendien niet in staat een reële inschatting te maken van de levensduur tot die verre toekomst. Pas achteraf realiseert een mens zich dat het grootste deel van zijn toekomst al achter hem ligt. Het lijkt ook in de aard der soorten te liggen enkel gericht te zijn op het halen van de volgende dag. In het aanleggen van een buffer voor een denkbeeldige existentie heeft de evolutie kennelijk niet voorzien. Pensioenvorming is daarom iets artificieels. Het zijn daarom de kunsten en de wetenschap die ons de waarde van pensioenvorming inprenten. Denk aan *Jean de La Fontaine*'s 'De krekel en de mier'. Wanneer de krekel in de winter komt bedelen bij de mier die in de zomer voorraad had gevormd, antwoordt de mier:

> "Wat deed je toen de zon nog straalde
> En ik mijn voorraad binnenhaalde?"
> "Ik zong voor jou", zei zacht de krekel.
> "Daaraan heb ik als mier een hekel!
> Toen zong je en nu ben je arm.
> Dus dans nu maar, dan krijg je 't warm!"

Dit fabeltje kennen we allemaal, maar een jong en wijs individu zal er op eigen gelegenheid niet snel naar handelen. Hij plukt de dag. En doet dat met recht en reden. Het adagium van *Horatius* is immers minder hedonistisch van karakter dan enkel

1 Emeritus hoogleraar belastingrecht Universiteit van Tilburg, Fiscaal Instituut Tilburg.

deze twee woorden suggereren. De zin aan het einde van zijn vers luidt immers voluit 'Carpe diem quam minimum credula posterio.' Dat is: 'Pluk de dag en vertrouw nimmer op die van morgen.'[2]

Het wantrouwen in de dag van morgen is terecht. Maar dat verhindert niet het aanbreken ervan. Deze existentiële spanning tussen negeren van de oude dag enerzijds en de rationele noodzaak van een financiële buffer voor die toekomst anderzijds is oplosbaar: *de samenleving* forceert een financiële buffer; zij draagt zorg voor een stabiel en gedegen pensioenstelsel. Het primaat voor de oudedagsvoorziening moet men daarom niet bij het (jonge) individu leggen, maar bij de, rationeel handelende, samenleving.

Een gedegen pensioenstelsel bevrijdt de jongere, werkende mensen van zorgen om morgen. Zij kunnen, aldus zorgelozer, hun energie volledig richten op het economische productieproces waarin zij vandaag participeren. Anders gezegd, een goed pensioenstelsel is van belang voor jonge mensen, niet voor oude.

2. Enkele theoretische aspecten

Nederland heeft een gedegen pensioenstelsel. Ook al wordt er de laatste jaren nogal aan gemorreld, het systeem staat nog stevig op zijn drie pijlers. In 2014 stond Nederland, na Denemarken en Australië, op de derde plaats.[3] Voor wat de oudedagsvoorzieningen betreft, hebben we immers AOW in de eerste pijler, de pensioenaanspraken die werknemers aan hun dienstbetrekking ontlenen in de tweede pijler en de individuele oudedagslijfrenten in de derde. Indien aan voorwaarden wordt voldaan, worden de aanspraken en de opbouwrente niet in de loon- en inkomstenbelasting betrokken. Eerst bij uitkering volgt belastingheffing. Geheel vanzelfsprekend is dat niet. Degene die uit een dienstbetrekking een aanspraak op pensioen verwerft, ontleent daaraan een draagkrachtvermeerdering die tot het inkomen behoort. Inkomen, strikt theoretisch, is immers iedere vermogensmutatie in een zekere periode. Het gaat in een inkomstenbelasting immers louter om de toename van koopkracht, niet om de uitgave of consumptie. Verschuift men de blik echter mede naar consumptie dan krijgen pensioenvoorzieningen een andere kleur dan andere, normale inkomensbestanddelen. Indien pensioenaanspraken belast worden, is de (contante)

2 Het vers, ontleend aan 'A thing of beauty, de bekendste gedichten uit de wereldliteratuur' van Wigman en Schouten, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2005, luidt: "Tu ne quaesieris, scire nefas, quem mihi, quem tibi finem di dederint, Leuconoe, nec Babylonios temptaris numeros. ut melius, quidquid erit, pati! Seu pluris hiemes seu tribuit Iuppiter ultimam, quae nunc oppositis debilitat pumicibus mare Tyrrhenum, sapias, vina liques, et spatio brevi spem longam reseces. Dum loquimur, fugerit invida aetas: carpe diem quam minimum credula postero." In de vertaling van Wigman en Schouten: "Vraag niet (weten is slecht) naar de termijn goddelijk vastgesteld voor mij én ook voor jou, Leuconoë, laat je niet in met al die Babylonische wichelarij. Beter is wat er ook komt te dragen! Hetzij Jupiter méér winters verleent of déze nu geeft als laatste, die de Tuscische zee tegen een wal van puimstenen rotsen afzwakt, wijs zou je zijn als je de wijn filtert en lange illusies snoeit met kortheid van duur. Terwijl ik dit zeg, is de jaloerse tijd weggevlucht: pluk de dag en vertrouw nimmer op die van morgen."

3 Melbourne Mercer Global Pension Index 2014.

waarde van de toekomstige consumptie immers lager dan die van actuele consumptie. Daar komt bij dat pensioenaanspraken niet vrij besteedbaar zijn. Bovendien is het economische en maatschappelijke belang van adequate pensioenvoorzieningen nauwelijks op waarde te schatten.

Een aanspraak op pensioen of op een oudedagslijfrente kan daarom inkomenstheoretisch enerzijds vanwege het disconteringsnadeel en de onbesteedbaarheid als 'inkomenszwak' worden beschouwd. Anderzijds vormt ook het belang van een goed pensioenstelsel rechtvaardiging om pensioenaanspraken onbelast te laten en premies voor lijfrenten in aftrek te laten komen.

Bedoeld economisch en maatschappelijk belang brengt dan óók mee dat de toegepaste methodiek voor belastingplichtigen zo eenvoudig mogelijk is. Met dat argument kom ik op een meer technisch aspect van de huidige inkomstenbelasting, te weten de methodiek van aftrekbaarheid voor premies voor oudedagslijfrenten in het algemeen en die van de inhaal van verzuimde premieaftrek (de zogenoemde reserveringsruimte) in het bijzonder, als eerste onderwerp van dit opstel. Ik zal betogen dat de rekentechniek voor de reserveringsruimte vereenvoudigd kan worden.

3. Premieaftrek, jaarruimte

De Wet IB 2001 laat voor een aantal, in art. 3.124 genoemde, lijfrenten en periodieke uitkeringen premieaftrek toe. Daaronder vallen lijfrenten[4] ter compensatie van een pensioentekort, nader omschreven in art. 3.125. De omvang van de in het kalenderjaar aftrekbare premie[5] is vastgelegd in het eerste lid van art. 3.127, ook wel jaarruimte genoemd. Voor de berekening van de gewone premieaftrek in een kalenderjaar, bijvoorbeeld de jaarruimte van 2015, worden gegevens gehanteerd van het daaraan voorafgaande jaar, dus 2014. Dit is praktisch omdat bij het indienen van de aangifte over 2015 de benodigde gegevens over 2014 in ieder geval geheel bekend mogen worden verondersteld.

De jaarruimte bestaat, kort gezegd, uit een bepaald percentage van het inkomen van de belastingplichtige uit het voorafgaande jaar na vermindering van dat inkomen met een bedrag dat de in het jaar van aftrek opgebouwde rechten op AOW representeert (de premiegrondslag). Die uitkomst wordt eventueel nog verminderd met een bedrag voor de opbouw van pensioenaanspraken van de belastingplichtige als werknemer. Bovendien komt op die uitkomst eventueel in mindering de netto dotatie aan de fiscale oudedagsreserve (FOR) in het voorafgaande jaar van de belastingplichtige als ondernemer.

In 2015 bedraagt dat percentage 13,8. Het inkomen is de som van de winst uit onderneming[6], het belastbare loon, belastbare resultaat uit overige werkzaamheden en belastbare periodieke uitkeringen. Dit inkomen wordt in 2015 echter tot maximaal € 100.000 in aanmerking genomen. De AOW-franchise bedraagt in 2015

4 Daaronder mede te begrijpen een lijfrentespaarrekening en een lijfrentebeleggingsrecht.
5 Daaronder mede te begrijpen stortingen op een lijfrentespaarrekening en overmakingen voor een lijfrentebeleggingsrecht.
6 Voor toevoeging aan en afneming van de oudedagsreserve en voor de ondernemersaftrek.

€ 11.936. De opbouw van pensioenaanspraken bij een werknemer wordt in 2015 gesteld op 6,5 maal de aangroei van jaarlijkse uitkeringen door toeneming van diensttijd in het voorafgaande jaar. De vermindering voor de oudedagsreserve is het positieve saldo van de toevoeging aan en de afneming van de reserve in het voorafgaande kalenderjaar.

De jaarruimte voor een ondernemer in 2015 die *in 2014* enkel winst genoot van € 70.000, geen pensioenaanspraken heeft en geen gebruikmaakt van de FOR bedraagt aldus € 8.013.[7]

4. Premieaftrek, reserveringsruimte

In een kalenderjaar kan náást het bedrag dat aan jaarruimte beschikbaar is bovendien lijfrentepremie worden afgetrokken om in het verleden verzuimde aftrek in te halen. De rekenregels voor deze aftrekruimte zijn neergelegd in het tweede lid van art. 3.127 Wet IB 2001, ook wel reserveringsruimte genoemd.

Deze inhaal is mogelijk voor de zeven aan het jaar voorafgaande jaren. Voor het jaar 2015 bedraagt deze extra ruimte 17% van de premiegrondslag die geldt voor 2015. De maximale inhaalaftrek bedraagt in 2015 echter € 7.052.[8]

De bepaling van de in een jaar te benutten inhaal- of reserveringsruimte is echter niet eenvoudig. In de eerste plaats moet voor ieder in te halen jaar worden bepaald tot welk bedrag (wel) gebruikgemaakt is van de voor dát jaar geldende jaarruimte. Daarvoor moeten de wettelijke formules voor de jaarruimte van die verstreken jaren worden achterhaald. Bovendien moeten de inkomens van de aan die jaren *voorafgaande* jaren bekend zijn. Vervolgens moet eerst het oudste jaar worden ingehaald.

Deze rekenexercitie zal hierna aan de hand van een voorbeeld in beeld worden gebracht. Daarna zal aan de hand van dat voorbeeld worden bezien of, binnen doel en strekking van de reserveringsruimte, de gegevens en rekenbehoeften kunnen worden beperkt.

5. Voorbeeld

Het voorbeeld betreft een belastingplichtige die, bijvoorbeeld begonnen als resultaatsgenieter, geleidelijk als zzp'er een redelijke winst is gaan genieten. In tabel 1 is deze winst weergegeven in de kolom PI (persoonlijk inkomen). Deze ondernemer heeft geen pensioenopbouw als werknemer. Hij maakt evenmin gebruik van de FOR. In 2015 gaat hij, op de leeftijd van 40 jaar, voor het eerst gebruikmaken van de jaarruimte. Tevens wil hij vanaf 2015 zo veel mogelijk de reserveringsruimte benutten. Aangenomen wordt dat hij over de financiële middelen beschikt om deze premielasten te dragen.

7 0,138 x (70.000 – 11.936) – 0 – 0.

8 Met dien verstande dat dit maximum € 13.927 bedraagt voor een belastingplichtige die bij aanvang van 2015 tien jaar of minder verwijderd is van de pensioengerechtigde leeftijd.

Bezien wij de zeven aan 2015 voorafgaande jaren (2008-2014) dan blijkt de in totaal in te halen premieruimte een bedrag van € 33.123 te omvatten. Dit is de som van alle niet benutte jaarruimten. Die zijn berekend aan de hand van het desbetreffende jaarruimtepercentage toegepast op de premiegrondslag (kolom PG). De premiegrondslag is het persoonlijke inkomen van het *voorafgaande* jaar verminderd met de AOW-franchise van het desbetreffende jaar. Daarbij valt op dat over het jaar 2008 geen inhaalruimte valt te benutten, hoewel het inkomen van dat jaar zelf dit wel rechtvaardigt. Voor de jaarruimte van 2008 dient echter het persoonlijke inkomen van 2007 te worden genomen. En dat bedraagt, gegeven de AOW-franchise voor 2008 (kolom AOW), te weinig. Bij een in de loop der jaren stijgend inkomen is het teruggrijpen naar het inkomen van het voorafgaande jaar voor het bepalen van de inhaalruimte in het algemeen daarom nadelig voor de belastingplichtige. Indien, in dit voorbeeld, de inkomens van het *desbetreffende* jaar als maatstaf zouden zijn genomen, bedraagt de totaal in te halen ruimte € 44.677.

Tabel 1

	PI	**AOW**	**PG**	**Percentage jaarruimte**	**Jaar-ruimte**	**Benut**	**Niet benutte jaarruimte**	**Totaal in te halen**
2007	10.000							
2008	20.000	11.155	0	0,17	0	0	0	0
2009	30.000	11.345	8.655	0,17	1.471	0	1.471	1.471
2010	40.000	11.561	18.439	0,17	3.135	0	3.135	4.606
2011	50.000	11.631	28.369	0,17	4.823	0	4.823	9.429
2012	60.000	11.829	38.171	0,17	6.489	0	6.489	15.918
2013	70.000	11.829	48.171	0,17	8.189	0	8.189	24.107
2014	80.000	11.829	58.171	0,155	9.017	0	9.017	33.123

Gegeven een in te halen ruimte van € 33.123 met ingang van 2015, bezien we de gang van zaken bij de feitelijke inhaalmanoeuvre. Verondersteld wordt dat de winst van de belastingplichtige jaarlijks met € 10.000 blijft stijgen. Evenwel, omdat het inkomen dat als basis voor de inhaal kan dienen in 2015 is gemaximeerd op € 100.000 wordt het persoonlijke inkomen voor de jaren 2016 en volgende op dat laatste bedrag gesteld. Ook de in 2015 geldende AOW-franchise (€ 11.936), het inhaalpercentage (17%) en het maximale inhaalbedrag (€ 7.052) worden voor de volgende jaren op die waarden gesteld.

Tabel 2 laat zien dat dan in het jaar 2019 de achterstallige ruimte van € 33.123 zal zijn ingehaald, terwijl tabel 3 het ritme van deze inhaal weergeeft.

Tabel 2

	PI	AOW	PG	% jaarruimte	Jaar-ruimte	Benut	Niet benutte jaarruimte	Totaal in te halen
2014	80.000							
2015	90.000	11.936	68.064	0,138	9.393	9.393	0	33.123
2016	100.000	11.936	78.064	0,138	10.773	10.773	0	26.071
2017	100.000	11.936	88.064	0,138	12.153	12.153	0	19.019
2018	100.000	11.936	88.064	0,138	12.153	12.153	0	11.967
2019	100.000	11.936	88.064	0,138	12.153	12.153	0	4.915
2020	100.000	11.936	88.064	0,138	12.153	12.153	0	0

Tabel 3

	Percentage reserverings-ruimte	Maximale inhaalruimte in het jaar	Inhaal	Nog in te halen	Totale premiebetaling	Leeftijd
2015	0,17	7.052	7.052	26.071	16.445	40
2016	0,17	7.052	7.052	19.019	17.825	41
2017	0,17	7.052	7.052	11.967	19.205	42
2018	0,17	7.052	7.052	4.915	19.205	43
2019	0,17	7.052	4.915	0	17.068	44
2020	0,17	7.052	0	0	12.153	45

In de praktijk zal het inhalen van een achterstand in opbouw van een oudedagslijfrente minder snel geschieden dan in de vijf jaren in dit voorbeeld. Het totale bedrag aan premies voor jaarruimte en inhaal zal doorgaans teveel vergen van de belastingplichtige. Dat brengt mee dat belastingplichtigen voorrang zullen geven aan premiebetaling voor de inhaal ten koste van de jaarruimte. Dat betekent dat de reserveringsruimte enerzijds afneemt en anderzijds weer toeneemt met de niet benutte jaarruimte van het jaar waarin wordt ingehaald. Ook dit aspect kan een rol spelen in een poging de benodigde rekenexercities zo veel mogelijk te vereenvoudigen. Aan de mogelijke vereenvoudiging besteed ik aandacht in het volgende onderdeel.

6. Vereenvoudiging inhaalmethodiek

Aangezien de premieaftrek voor oudedagslijfrenten als zodanig is gemaximeerd, zal ook de reserveringsruimte noodzakelijk beperkt moeten blijven tot de niet benutte jaarruimten in het verleden. Dat dit verleden eveneens beperkt wordt tot zeven jaren staat hier niet ter discussie.

De belastingplichtige zal dus moeten weten hoeveel premieaftrek hij in die zeven jaren heeft benut.

Tegenover die benutte premieaftrek staat de jaarruimte die de belastingplichtige had kunnen benutten. Het is overbodig daarvoor precies terug te grijpen naar de wetteksten die golden in de zeven verstreken jaren. In de actuele wet kan een rekenformule worden opgenomen met een fictief opbouwpercentage en een AOW-franchise, zodanig dat het in te halen bedrag nagenoeg geheel overeenkomt met de in werkelijkheid niet benutte jaarruimten.

Aangezien de jaarruimte afhankelijk is van het persoonlijk inkomen, zullen ook de persoonlijke inkomens uit de verstreken jaren bekend moeten zijn. Uiteraard is het niet nodig noch wenselijk te koppelen aan een *voorafgaand* jaar. Evenmin is het nodig verder aan het inkomen per jaar vast te houden. Voldoende is het gemiddelde inkomen van die jaren. Het gemiddelde inkomen is bovendien een betere maatstaf voor de werkelijke pensioenbehoefte. Op dat gemiddelde inkomen kan vervolgens de rekenformule uit de actuele wet worden losgelaten.

Tabel 4 laat zien hoe het totaal in te halen bedrag is berekend. Hierbij is het *fictieve* percentage voor de jaarruimte (bepaald door trial and error) gesteld op 12,5. De AOW-franchise is gesteld op het voor 2015 geldende bedrag van € 11.936. Het gemiddelde inkomen van de jaren 2008-2014 bedraagt € 50.000. Per jaar bedraagt de in te halen premie dan € 4.758. Het totaal in te halen bedrag komt uit op € 33.306 (tegen € 33.123 in de oorspronkelijke berekening).

Tabel 4

	Gemiddeld PI	**AOW**	**PG**	**Forfaitair percentage jaarruimte**	**Jaarruimte**	**Benut**	**Niet benutte jaarruimte**	**Totaal in te halen**
2008	50.000	11.936	38.064	0,125	4.758	0	4.758	4.758
2009	50.000	11.936	38.064	0,125	4.758	0	4.758	9.516
2010	50.000	11.936	38.064	0,125	4.758	0	4.758	14.274
2011	50.000	11.936	38.064	0,125	4.758	0	4.758	19.032
2012	50.000	11.936	38.064	0,125	4.758	0	4.758	23.790
2013	50.000	11.936	38.064	0,125	4.758	0	4.758	28.548
2014	50.000	11.936	38.064	0,125	4.758	0	4.758	33.306

Aantekening verdient dat de vermindering van de jaarruimten vanwege de opbouw van pensioenaanspraken en eventuele FOR-dotaties in dit voorbeeld op nihil zijn gesteld. Indien deze elementen in de praktijk een rol spelen, kan het totaal ervan gemiddeld worden en vervolgens in mindering worden gebracht op het bedrag van de gemiddelde niet benutte jaarruimte (hier € 4.758).

De tabellen 5 en 6 laten het verloop van de inhaal zien. Daarbij is het maximaal in te halen bedrag per jaar gesteld op het ook voor 2015 geldende maximum van € 7.052.

Tabel 5

	PI	AOW	PG	Percentage jaarruimte	Jaar-ruimte	Benut	Niet benutte jaarruimte	Totaal in te halen
2014	80.000							
2015	90.000	11.936	68.064	0,138	9.393	9.393	0	33.306
2016	100.000	11.936	78.064	0,138	10.773	10.773	0	26.254
2017	100.000	11.936	88.064	0,138	12.153	12.153	0	19.202
2018	100.000	11.936	88.064	0,138	12.153	12.153	0	12.150
2019	100.000	11.936	88.064	0,138	12.153	12.153	0	5.098
2020	100.000	11.936	88.064	0,138	12.153	12.153	0	0

Tabel 6

	Percentage reserverings-ruimte	Maximale inhaalruimte in het jaar	Inhaal	Nog in te halen	Totale premiebetaling	Leeftijd
2015	0,17	7.052	7.052	26.254	16.445	40
2016	0,17	7.052	7.052	19.202	17.825	41
2017	0,17	7.052	7.052	12.150	19.205	42
2018	0,17	7.052	7.052	5.098	19.205	43
2019	0,17	7.052	5.098	0	17.251	44
2020	0,17	7.052	0	0	12.153	45

Ook nu is de achterstand in 2019 weggewerkt in nagenoeg gelijke stappen.

Art. 3.127 Wet IB 2001 kan aldus worden aangevuld met een rekenmethode voor de reserveringsruimte die in beginsel enkel de invoer van de in de afgelopen zeven jaren genoten persoonlijke inkomens en van de afgetrokken premies behoeft. Wetteksten van voorafgaande jaren hoeven niet meer te worden geraadpleegd. Inkomen van aan een in te halen jaar voorafgaand jaar oefent geen verstorende invloed meer uit. In de ideale situatie waarin een belastingplichtige optimaal de jaarruimte en de inhaalruimte kan benutten, blijft het jaarlijkse gemiddelde van het in te halen bedrag gelijk.

Met dit alles is het bepalen van in te halen premieaftrek echter nog steeds geen sinecure. Er is dan ook meer nodig om een betere pensioenopbouw door zzp'ers in het bijzonder en persoonlijke ondernemers in het algemeen te bewerkstelligen. Actieve informatieverstrekking en een begin van verplichte premiebetaling zijn evenzeer wenselijk.

7. Actief informeren

Een zzp'er/ondernemer zou jaarlijks *actief* geïnformeerd moeten worden over de fiscale inhaalruimte (reserveringsruimte) waarover hij beschikt. In veel gevallen zal dat een gegeven zijn over het bestaan waarvan hij voorheen waarschijnlijk geen notie had. De mededeling *'U beschikt in 2016 over een fiscale pensioeninhaalruimte van € 13.254'* zal voor de belastingplichtige aanleiding zijn zich nader te beraden over het metterdaad benutten van die ruimte. Bovendien hoeft de belastingplichtige dan in eerste aanleg niet zelf de berekeningen uit te voeren. De Belastingdienst beschikt over alle benodigde data. Zij kan geautomatiseerd deze voorlichtende taak verrichten.

Let wel, het is geen gemakzucht die ertoe voert de Belastingdienst weer met een nieuwe klus op te zadelen. Het gaat om voorlichting die voortvloeit uit de gewijzigde maatschappelijke en economische omstandigheden waarin zzp'ers en flexwerkers een in omvang toenemende, relevante groep vormen. Deze groep verdient, ook op het punt van pensioenopbouw, adequate begeleiding. Het vloeit ook voort uit mijn stelling dat de verantwoordelijkheid voor de oudedagsvoorziening in eerste instantie bij de samenleving ligt.

Een dergelijke actieve informatieverstrekking zal er ook toe kunnen leiden dat zzp'ers hun pensioenlasten gaan doorberekenen in hun uurtarief. Naar verluidt, gebeurt dat momenteel niet of te weinig.[9] Ook gaan die ondernemers er vaak te gemakkelijk van uit dat hun pensioen wel zal worden opgebracht uit de verkoop, te zijner tijd, van hun onderneming. Maar zij kennen het slotakkoord van *Horatius* niet: 'quam minimum credula posterio'.

Ik sta in de gedachte over actieve informatieverstrekking niet alleen. In zijn bijdrage aan de Rijkersbundel wijst *Dietvorst*[10] op de bevindingen van de *Werkgroep ANP*.[11] In zijn gedachtelijn onder punt 12 schrijft de werkgroep: 'De huidige methodiek om de lijfrentepremieaftrek te berekenen voldoet tot op zekere hoogte, maar in een arbeidsvormneutraal pensioenkader kan het beter. Zo kan met de huidige stand van zaken van de techniek een meer fijnmazige methode worden ontwikkeld die in de huidige situatie beter aansluit bij het feitelijke pensioentekort. De Belastingdienst kan hierbij een actieve rol spelen door jaarlijks aan te geven op het vooringevulde aangifteformulier hoeveel extra premie voor het werknemerspensioen of voor lijfrente van het inkomen afgetrokken kan worden. Er zijn vele manieren om jaarlijks deze ruimte te bepalen.'[12]

Ook voor het Pensioenregister is hier mogelijk een taak weggelegd, met dien verstande dat het daar slechts om passieve informatieverstrekking gaat.

---

9 Zie Eppo König, 'Elke maand wat geld, of in één keer een auto', *NRC* 12 juni 2015.

10 G.J.B. Dietvorst, 'Een arbeidsvormneutraal pensioenkader: een logische vervolgstap', in: *Rijkersbundel,* p. 47, 2013, Tilburg University.

11 *Arbeidsvormneutraal pensioenkader: een logische vervolgstap*, CompetenceCentre for Pension Research van Tilburg University, 2013, Tilburg University.

12 Rapport *Arbeidsvormneutraal pensioenkader: een logische vervolgstap*, p. 5.

8. Beperkte verplichte premiebetaling

Met *Dietvorst* – aan wie dit opstel is opgedragen – heb ik in het verleden, bij het koffieapparaat, een en andermaal gediscussieerd over de vraag of voor zelfstandigen, net als bij werknemers het geval is, de opbouw van een oudedagspensioen niet verplicht gesteld zou moeten worden.[13] Deze gedachte begint veld te winnen. Al zegt de hiervoor genoemde werkgroep ANP het niet met zo veel woorden, uit de grondstelling dat het pensioenstelsel onafhankelijk van de arbeidsvorm moet zijn ingericht, volgt dat de regels voor de opbouwfase voor werknemers en ondernemers gelijk moeten zijn. Daarin ligt opgesloten dat, indien er een verplichte afdracht is voor werknemers, dat ook zo heeft te gelden voor ondernemers. Het volgt ook uit betoog van de werkgroep dat een adequate oudedagsvoorziening ook voor de overheid van belang is. 'Indien iemand geen of onvoldoende inkomen heeft na het beëindigen van de actieve periode zal in grotere mate een beroep worden gedaan op overheidsvoorzieningen. Dit maakt dat de belangen van de overheid en van belastingplichtige parallel lopen.'[14]

In eerder genoemd NRC-artikel wordt eveneens gesteld dat werknemers zonder cao en kleine zelfstandigen pensioen moeten opbouwen. *Lever* (CPB) zegt daarover in dat artikel: "Er is geen reden om de groeiende groep zzp'ers uit het pensioenstelsel te houden." En *Ponds* (UvT/APG) spreekt daarin uit: "Je kunt zzp'ers verplichten om een bepaald percentage op hun uurloon te leggen. Een eenvoudige manier om te sparen voor je oude dag, naar rato van je inkomen."

Een verplichte pensioenopbouw voor *alle* ondernemers (dus ook voor dga's) is geen vorm van paternalisme in onze zogenaamde 'participerende' samenleving, maar vloeit voort uit de aard van haar carpe diem-leden.

Niettemin zal zo'n verplichting op de gebruikelijk weerstand kunnen rekenen. De invoering ervan kan daarom op bescheiden schaal geschieden. Te denken valt aan een premie van 1% van de winst (na AOW-franchise en vóór aftrek van de ondernemersaftrek). Daarmee kan het stelsel zich in wet en uitvoering (waaronder een pensioenfonds) in de loop der jaren gaan zetten.

Zo'n beperkte premieplicht kan – zoals ook van actieve informatieverschaffing kan worden verwacht – op zijn beurt belastingplichtigen stimuleren om inmiddels, vrijwillig, gebruik te maken van de jaarruimte en de reserveringsruimte voor oudedagslijfrenten (onder te brengen bij hetzelfde fonds).

Zo'n beperkte premieplicht kan vervolgens in de jaren die komen, uitgroeien naar een meer volwaardige pensioenregeling voor ondernemers.

13 Waarbij terzijde zij vermeld dat de perverse en misleidende fiscale oudedagsreserve zo snel mogelijk moet worden afgeschaft.

14 Rapport *Arbeidsvormneutraal pensioenkader: een logische vervolgstap*, p. 3.

9. Slot

In dit aan collega Dietvorst opgedragen opstel heb ik aandacht besteed aan de zogenoemde derde pijler van het Nederlandse pensioenstelsel. Daarin heb ik mij geconcentreerd op de rekenmethodiek die momenteel vastzit aan de inhaal van verzuimde premieaftrek voor oudedagslijfrenten. Die rekenmethodiek kan eenvoudiger. Ik heb aan de hand van een uitgewerkt voorbeeld enkele suggesties gedaan.

Daarnaast ondersteun ik de gedachte van de ANP-werkgroep om aan ondernemers door de Belastingdienst jaarlijks gerichte informatie te doen verstrekken omtrent deze inhaalruimte.

In de derde plaats bepleit ik invoering van verplichte pensioendotatie door ondernemers, zij het dat bij invoering ervan matigheid wordt aanbevolen.

De voorstellen steunen op de idee dat jonge mensen de dag plukken. De dag van morgen moeten zij kunnen laten voor wat hij is: niet te vertrouwen.

10. Voor Gerry

Horatius' jaloerse tijd transformeert van wetenschappelijke weging voor een te torsen toekomst naar praktische prognoses voor een verscholen vacuüm.

Maar, de metamorfose vloeit uit in de mal van blijmoedigheid, immers Gerry's onverholen perpetuum.

MR. DR. G.M.C.M. STAATS[1]

Over ondernemerspensioen, de motor van de economie en bergbloemen

Het pensioen in eigen beheer is een onderwerp dat telkens weer aanleiding is tot discussie. Dit is zeker het geval sinds de Staatssecretaris van Financiën bij de behandeling van het Belastingplan 2013 aangekondigd heeft te gaan onderzoeken of het ondernemerspensioen gewijzigd moet worden. Inmiddels zijn verschillende publicaties verschenen, maar tot een werkelijke wijziging is het tot op dit moment nog niet gekomen.

1. Aanleiding, centrale vraag en overzicht chronologische ontwikkelingen

In het *Weekblad* ben ik eerder uitgebreid op de discussie omtrent het pensioen in eigen beheer ingegaan.[2] Mijn conclusie destijds was de volgende:

> "Tot dusver overtuigen de argumenten om het pensioen in eigen beheer af te schaffen niet. Er zijn geen data die argumenten om het pensioen af te schaffen, ondersteunen. (…) Om serieus te kunnen onderbouwen of het pensioen in eigen beheer zou moeten worden afgeschaft is meer empirisch onderzoek noodzakelijk naar mijn mening. De argumenten van de wetgever zijn duidelijk. Daarnaast mag ook worden verwacht dat het pensioen in eigen beheer leidt tot een gedegen oudedagsvoorziening. De fiscaliteit mag namelijk naar mijn mening niet het doel zijn voor het aangaan van een pensioenovereenkomst binnen de BV. Een pensioenvoorziening is veel meer dan dat. Het zou moeten uitmonden in een adequaat ouderdomspensioen, maar ook de risico's van bijvoorbeeld het partnerpensioen moet worden onderkend. Zo is een bijzonder relevante vraag wat er met de pensioengelden gebeurt in of buiten de eigen onderneming. Tot dusver overheerst bij de critici het onderbuikgevoel en dat is in ieder geval geen goede graadmeter. De Belastingdienst en het Ministerie van Financiën lijken bij uitstek de partij om dit op te pakken, bij voorkeur in samenwerking met de praktijk. Daarnaast moet goed worden nagedacht over de alternatieven. Op welke wijze kan het beter? (…) Een belangrijke vraag is voorts hoe het zit met de financieringsbehoefte van de onderneming? Dit is namelijk de belangrijkste reden van de wetgever om het pensioen in eigen beheer mogelijk te maken. Maar ook moet men zich de vraag stellen of ondernemers iets zullen regelen als dit buiten de eigen onderneming moet. (…) verricht verder onderzoek naar het pensioen in eigen beheer. Slechts dan kan een zinvolle en gefundeerde discussie gevoerd worden."

---

1 Werkzaam bij het Bureau Vaktechniek van BDO Belastingadviseurs alsmede verbonden aan het Fiscaal Instituut van de Universiteit van Tilburg. In het *WPNR* verschijnt in het najaar 2015 een artikel van mijn hand over hetzelfde onderwerp. Deze bijdrage is mede op het artikel in het *WPNR* gebaseerd.

2 G.M.C.M. Staats, 'Wat moet er gebeuren met het pensioen in eigen beheer?', *WFR* 2011/6896, p. 287-292.

Dat nader onderzoek is er gekomen. Bewust of onbewust heeft de Staatssecretaris van Financiën dat in gang gezet bij de Kamerbehandeling van het Belastingplan 2013. Hij is hierbij ingegaan op het verschil tussen de fiscale en commerciële waardering van het pensioen in eigen beheer. Hij gaf aan dat "*het hanteren van twee waarderingsstelsels naast elkaar kan leiden tot onduidelijkheden en naar het gevoel van sommigen ook tot onevenwichtigheden*". Hij heeft daarom toegezegd "*om te kijken of er mogelijkheden zijn om de gevolgen van het huidige onderscheid tussen commerciële en fiscale waarderingsregels bij pensioen in eigen beheer te mitigeren.*"[3]

Uiteindelijk is hij een jaar later in een brief hierop verder ingegaan.[4] Hierover zijn op 14 februari 2014 Kamervragen gesteld.[5] De staatssecretaris heeft hierop gereageerd op 2 juni 2014.[6] Dit leidde weer tot andere vragen en antwoorden.[7] Ten slotte heeft de staatssecretaris een brief over de oplossingsrichtingen inzake het pensioen in eigen beheer op 1 juli 2015 verzonden aan de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer.[8] De behandeling in de Tweede Kamer staat gepland voor eind september.

Zoals feitelijk al blijkt uit de inleiding, dient het pensioen in eigen beheer een tweeledig doel: de financiering van de onderneming én de oudedagsvoorziening voor de ondernemer. Bij een wijziging van de huidige systematiek moeten dus beide aspecten worden beschouwd. Een wijziging moet tot een verbetering ten opzichte van het huidige systeem leiden. De centrale vraag is dan ook, op welke wijze een aanpassing van het ondernemerspensioen wordt bereikt, waarbij de huidige problemen (meervoud, want niet alleen het verschil tussen de fiscale en commerciële waarde is een probleem, maar meer zaken) worden opgelost en een houdbaar systeem voor de toekomst ontstaat.

In de volgende paragrafen wordt een kort historisch overzicht gegeven van dit dossier, vervolgens de huidige stand van zaken en wordt afgesloten met enkele korte beschouwingen.

2. Kort historisch overzicht

Naast de directeur-grootaandeelhouder (dga) heeft ook de IB-ondernemer de mogelijkheid een oudedagsvoorziening in de eigen onderneming op te bouwen: de zogenoemde oudedagsreserve. Het is van belang hier even aandacht aan te schenken, daar de achterliggende gedachten veel op elkaar lijken. Op grond van art. 3.67 Wet IB 2001 heeft de ondernemer het recht om jaarlijks 9,8% van de winst – met een maximum van € 8.631 (2015) – te reserveren.

3 Handelingen 2012/13, nr. 12, *Kamerstukken*, 33 402, 17 december 2012, p. 97.
4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 752, nr. 75, Brief van 6 december 2013, kenmerk DB/2013/576.
5 Inbreng van een schriftelijk overleg over Pensioen in eigen beheer, ontklemming fiscale oudedagsreserves en stakingslijfrenten en verruiming kleine afkoopregeling lijfrenten (Kamerstuk 33 752, nr. 75), kenmerk 2014D05718.
6 Brief van 2 juni 2014 aan de Tweede Kamer, kenmerk DB/2014/208M.
7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 752, nr. 94.
8 Staatssecretaris van Financiën, Kamerbrief Oplossingsrichtingen pensioen in eigen beheer, kenmerk DB/2015/106 U, 1 juli 2015.

De oudedagsreserve en het pensioen in eigen beheer kennen veel overeenkomsten, maar er bestaan ook belangrijke verschillen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het risicodeel van de oudedagsvoorziening (voornamelijk het partnerpensioen). Dit is in het geheel niet aanwezig bij de oudedagsreserve en wel bij het pensioen in eigen beheer. Ook is het pensioen in eigen beheer meer gebaseerd op salaris/inkomen dan de oudedagsreserve; bovendien is de regelgeving voor het pensioen in eigen beheer veel meer uitgewerkt dan voor de oudedagsreserve. De oudedagsreserve en pensioen in eigen beheer zijn dus niet gelijk aan elkaar. Ik verwijs hiervoor naar het overzicht dat Dietvorst enkele jaren geleden heeft gegeven.[9]

In 1973 is de oudedagsreserve ontstaan naar aanleiding van het rapport van de Commissie-Van Soest.[10] Deze commissie kreeg als opdracht te onderzoeken of tussen de belastingheffing van zelfstandigen en die van loontrekkenden verschillen bestaan die leiden tot ongelijkheden ten nadele van zelfstandigen en eventueel voorstellen te doen tot wijziging van de belastingwetgeving. De Commissie concludeerde destijds dat zelfstandigen met betrekking tot het opbouwen van oudedagsvoorzieningen duidelijk waren achtergesteld ten opzichte van werknemers. Dit kwam doordat werknemers naast pensioenopbouw ook nog de mogelijkheid hadden tot lijfrentepremieaftrek. Het al dan niet hebben van een pensioenregeling *was* niet van invloed op de hoogte van de lijfrentepremieaftrek. Zelfstandige ondernemers konden wel gebruikmaken van lijfrentepremieaftrek, maar (uiteraard) geen pensioen opbouwen.[11]

De Commissie-Van Soest constateerde dat zelfstandige ondernemers behoefte hebben aan een oudedagsvoorziening. Zij streefde naar een regeling die de ondernemer in staat stelt een oudedagsvoorziening op te bouwen, waarbij de gereserveerde gelden in de eigen onderneming kunnen worden aangewend.[12] Het argument voor de Commissie om dat binnen de eigen onderneming te kunnen doen is dat "een goede economische functievervulling door een zelfstandige inhoudt dat het hem over het algemeen niet mogelijk zal zijn belangrijke bedragen buiten de onderneming te beleggen".[13] In dat kader stelt zij een Fiscale Pensioenreserve voor. De toenmalige regering heeft dit advies overgenomen.

Ook met betrekking tot het pensioen in eigen beheer gelden soortgelijke overwegingen. Hoewel in eerste instantie bij Brede Herwaardering II werd voorgesteld om in eigen beheer pensioen op te bouwen af te schaffen, is dit toch niet doorgegaan. Hierbij werd overwogen:

> "Wij achten het niet opportuun aan de bestaande mogelijkheid op dit punt een einde te maken aangezien vanuit een oogpunt van financiering van de onderneming van de werkgever op dit punt een maatschappelijke behoefte bestaat."

9 G.J.B. Dietvorst, 'Pensioen in eigen beheer en oudedagsreserve niet meer van deze tijd?', *Pensioen Magazine* 2009/5.
10 Zelfstandige, loontrekker en fiscus, Rapport Commissie-Van Soest, *Kamerstukken II* 1970/71, 11 259, nr. 2 (hierna: Rapport Commissie-Van Soest).
11 Rapport Commissie-Van Soest, hfd. 3, par. 2.
12 Rapport Commissie-Van Soest, hfd. 3, par. 4.
13 Rapport Commissie-Van Soest, hfd. 7.

Vervolgens wordt ook de schatkist erbij betrokken:

> "Hierbij is voorts van belang dat in een eigen-beheersituatie die risico's zowel aan de zijde van de pensioengerechtigde liggen als gevolg van het ondernemersrisico als aan de zijde van de fiscus in verband met de fiscale claim op de pensioenaanspraak. In zoverre is er sprake van een evenwichtige verdeling van de risico's met betrekking tot de pensioenaanspraak."[14]

Bij de invoering van de Pensioenwet (PW) sluit de wetgever de dga uit van de werking van de PW.

> "Belangrijkste reden is dat een DGA een werknemer is die de feitelijke macht heeft in een onderneming en beschouwd kan worden als eigenaar. Zijn hoedanigheid van werknemer is van ondergeschikt belang. Een DGA heeft de bescherming van de wet niet nodig. Hij kan zijn eigen belangen ook in de rol van eigenaar behartigen."[15]

Hieruit blijkt dat de wetgever van mening is dat de ondernemer een bijzondere positie inneemt met betrekking tot het opbouwen van een oudedagsvoorziening.

De aanleiding van de discussie omtrent het ondernemerspensioen is, zoals hiervoor aangegeven, gelegen in het feit dat er een groot verschil bestaat tussen de fiscale en commerciële waarde van het pensioen in eigen beheer. De belangrijkste verschillen tussen de fiscale en commerciële waardering van pensioenverplichtingen zijn gelegen in:
- de te hanteren rekenrente;
- de leeftijdsterugstellingen (het anticiperen op een stijgende levensverwachting);
- de indexatie; en
- het risico van vooroverlijden.

Het voert te ver om uitgebreid op de historische ontwikkeling van deze verschillen in te gaan.[16] In de kern komt het erop neer, dat de fiscale wetgeving stringente regels hanteert voor de waardering van het pensioen in eigen beheer,[17] die aanzienlijk afwijken van de wijze waarop deze verplichting commercieel moet worden berekend. Dit leidt ertoe dat de commerciële waarde in 2015 vaak meer dan het dubbele is van de fiscale waarde.

3. Vervolg

Naar aanleiding van zijn toezegging bij het Belastingplan 2013 heeft de staatssecretaris op 6 december 2013 een brief aan de Tweede Kamer doen uitgaan. Hierin geeft hij aan dat het nadrukkelijk niet de bedoeling is het pensioen in eigen beheer ter discussie te stellen. De voorkeur gaat uit naar een fiscale oudedagsfaciliteit

14 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 046, nr. 3, p. 3.
15 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 20-21.
16 Zie hierover uitgebreid G.M.C.M. Staats, 'Waardeoverdracht dga-pensioen: stand van zaken', *Pensioen Magazine* 2012/10 en G.M.C.M. Staats, 'Pensioen van de DGA en waardeoverdracht', *Belastingbrief* 2008/1.
17 Zie vooral art. 3.27 en 3.28 Wet IB 2001 en art. 8 lid 6 Wet VPB 1969.

waarbij de premies beschikbaar blijven voor de onderneming.[18] Van de drie varianten die de staatssecretaris in zijn brief schetst, heeft de Fiscale Pensioenreserve zijn voorkeur. Feitelijk lijkt deze erg veel op de oudedagsreserve van art. 3.67 Wet IB 2001, maar dan in de BV.

Naar aanleiding van deze brief zijn Kamervragen gesteld. In zijn schriftelijke antwoorden van 2 juni 2014 geeft de staatssecretaris nogmaals aan, dat de eerder geschetste Fiscale Pensioenreserve de meeste aanknopingspunten geeft voor een echte vereenvoudiging. Hij heeft echter toegezegd ook de haalbaarheid van een beschikbarepremieregeling in eigen beheer met een vaste oprenting te onderzoeken.[19] Inmiddels was de Fiscale Pensioenreserve al omgedoopt tot de Oudedagsbestemmingsreserve (OBR).

4. De Oudedagsbestemmingsreserve of het Oudedagssparen?

Op 1 juli 2015 heeft de Staatssecretaris van Financiën een brief met de uitwerking van de oplossingsrichtingen voor het pensioen in eigen beheer aan de Tweede Kamer aangeboden (kenmerk DB/2015/106 U).[20] Hierin werkt de staatssecretaris de OBR, en een nieuwe variant, het 'oudedagssparen' uit.

De voor de staatssecretaris belangrijke randvoorwaarden bij een oudedagsvoorziening in eigen beheer zijn:
- structureel eenvoudiger en begrijpelijker voor zowel de dga als de Belastingdienst;
- de ingelegde middelen moeten beschikbaar kunnen blijven voor de eigen onderneming;
- het moet mogelijk blijven om voorzieningen te treffen voor (potentiële) nabestaanden;
- budgettaire neutraliteit.

Een echte beschikbarepremieregeling in eigen beheer is volgens de staatssecretaris niet mogelijk, omdat dan de beleggingen afgezonderd moeten worden. Dit zou nodig zijn om de gemaakte rendementen te kunnen toerekenen en de beleggingen zijn dan niet meer beschikbaar voor de onderneming. Overigens blijft onduidelijk waarom de beleggingen dan afgezonderd moeten worden, daar dit op geen enkele wettelijke basis lijkt te rusten. Echter, in dit kader werkt hij het 'oudedagssparen' uit dat hier behoorlijk op lijkt. De beoogde ingangsdatum voor de wijzigingen is 1 januari 2016.

4.1. De Oudedagsbestemmingsreserve

De Oudedagsbestemmingsreserve (OBR) zou een faciliteit in de vennootschapsbelasting moeten worden waarbij belastingvrij vermogen wordt gereserveerd voor de toekomstige aanwending voor een oudedagsvoorziening voor een dga, zonder dat in de opbouwfase reeds juridisch afdwingbare rechten aan de dga worden toegekend.

18 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 752, nr. 75, Brief van 6 december 2013, kenmerk DB/2013/576.
19 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 752, nr. 94, p. 9.
20 http://www.rijksoverheid.nl/ministeries/fin/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2015/07/01/bijlage-oplossingsrichtingen-peb.html.

De belangrijkste kenmerken van de OBR zijn:[21]
- De grondslag voor de dotatie aan de OBR is het belastbare loon van de dga;
- Het dotatiepercentage is maximaal een vast percentage;
- Het is aan de vennootschap om al dan niet te doteren in enig jaar;
- Inhaal in een later jaar is niet mogelijk;
- Er vindt geen oprenting van de OBR plaats;
- Een deel van de dotatie of gevormde OBR kan worden aangewend voor een externe afdekking van het vooroverlijdensrisico;
- De tegenover de OBR staande activa kunnen worden gebruikt in de onderneming;
- De Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVPS) is niet van toepassing op een OBR;
- Waarschijnlijk hoeft de OBR niet als verplichting te worden opgevoerd op de commerciële balans;
- Wel is zeker voor de vennootschap dat in de toekomst een bepaalde kasuitstroom zal plaatsvinden, ofwel het bedrag van de reserve ofwel de te betalen vennootschapsbelasting plus revisierente. Dit leidt er toe dat de commerciële waardering van de OBR in de opbouwfase vrijwel zeker afwijkt van de fiscale waardering;
- De OBR heeft invloed op de dividendruimte;
- Uiterlijk op het verplichte aanwendingsmoment (meestal de AOW-gerechtigde leeftijd) moet de OBR worden aangewend voor de verwerving van een lijfrente voor de dga of in eigen beheer (duur twintig jaar);
- De uitkeringsverplichting kan niet worden ondergebracht bij een ander lichaam dan waar de OBR is opgebouwd;
- Als op het aanwendingstijdstip geen aanwending plaatsvindt, valt de reserve vrij in de winst. Dit leidt tot vennootschapsbelasting en een rentevergoeding aan de fiscus. De rentevergoeding geldt niet bij faillissement e.d., of wanneer de onderdekking is veroorzaakt door reële ondernemings- of beleggingsverliezen en geen sprake is van verwijtbaar handelen door het lichaam of de dga;
- De uitkeringen uit de OBR worden bij de dga in box 1 belast.

4.2. Oudedagssparen[22]

De tweede variant is het oudedagssparen in eigen beheer (oudedagssparen). Dit zou een faciliteit in de loonbelasting worden (naast de bestaande regelingen voor (extern op te bouwen) eindloon-, middelloon- en beschikbarepremieregelingen). Vanaf opbouw is het oudedagssparen een juridisch afdwingbaar recht voor de dga.

21 Dit is geen complete opsomming, maar slechts bedoeld om een idee te krijgen van de OBR. Voor een complete opsomming verwijs ik naar de brief van de staatssecretaris.
22 Zie vorige voetnoot.

De belangrijkste kenmerken van het oudedagssparen zijn:
- Jaarlijks kan maximaal een bepaald percentage van het belastbare loon gereserveerd worden binnen de vennootschap;
- Elk jaar kan worden gekozen of een bedrag opzij wordt gezet en zo ja, hoeveel;
- Inhaal in een later jaar is niet mogelijk;
- Omdat het een juridisch afdwingbaar recht is, vormt het voor de vennootschap een verplichting (vreemd vermogen);
- Jaarlijks vindt oprenting met de marktrente plaats ten laste van de winst;
- Het saldo moet uiteindelijk (meestal bij AOW-gerechtigde leeftijd) worden gebruikt voor het extern bedingen van een lijfrente voor de dga of voor gelijkmatige uitkeringen gedurende twintig jaar aan de dga vanuit het eigenbeheerlichaam (geen ander lichaam mogelijk);
- Een deel van het saldo kan worden aangewend voor een externe afdekking van het vooroverlijdensrisico;
- Het bedrag dat is opgebouwd binnen het oudedagssparen is niet beschikbaar voor het doen van dividenduitkeringen (vreemd vermogen). Keert de vennootschap toch meer dividend uit, dan wordt dit aangemerkt als afkoop en resulteert progressieve heffing plus 20% revisierente bij de dga;
- De commerciële waardering is hoogstwaarschijnlijk gelijk aan de fiscale waardering;
- Niet-reguliere afwikkeling van de oudedagsspaarverplichting leidt tot progressieve heffing plus 20% revisierente (behoudens bij faillissement e.d.), of wanneer de onderdekking is veroorzaakt door reële ondernemings- of beleggingsverliezen en geen sprake is van verwijtbaar handelen door het lichaam of dga;
- Het oudedagssparen is geen pensioen in de zin van de WVPS (eventueel kan deze wet worden aangepast zodat het oudedagssparen wel hieronder valt);
- Uitkeringen uit oudedagssparen worden bij de dga in box 1 belast.

Omdat het oudedagssparen wat meer aan de eisen van de staatssecretaris voldoet, gaat zijn voorkeur uit naar deze faciliteit.

4.3. Overgangsrecht

Voor reeds bestaande pensioenaanspraken in eigen beheer bestaat een keuzemogelijkheid.

Omzetting in nieuwe faciliteit
De bestaande pensioenverplichting kan zonder loonheffing of vennootschapsbelasting worden omgezet in de OBR of het oudedagssparen ter grootte van de fiscale waarde van de pensioenverplichting. Feitelijk is dit het afzien van pensioenrechten in combinatie met een wijziging van de resterende rechten in een blote verwachting. Daarvoor moeten zowel de dga als de partner tekenen. Vanaf het moment van omzetting kan verdere opbouw in de OBR of het oudedagssparen plaatsvinden.

Geen omzetting in nieuwe faciliteit
Het is ook mogelijk de bestaande pensioenverplichting te bevriezen. De huidige regelgeving blijft van toepassing. Verdere opbouw van nieuwe pensioenaanspraken in eigen beheer is niet mogelijk.

Omzetting in de nieuwe faciliteit kan niet worden verplicht en daarom zal er nog tientallen jaren overgangsrecht bestaan.

4.4. Of toch afschaffen van elk pensioen in eigen beheer?

Volgens de staatssecretaris wordt steeds vaker de vraag gesteld of het pensioen in eigen beheer moet worden afgeschaft. De Belastingdienst stelt vast dat dga's weinig nieuwe pensioenverplichtingen in eigen beheer aangaan en dat bestaande pensioenverplichtingen premievrij zijn gemaakt. De staatssecretaris wil van het parlement weten of aangestuurd moet worden op een einde van het eigen beheer. Maar in eerste instantie richt hij zich op de hervorming van het pensioen in eigen beheer.

5. Korte beschouwingen

Het is bijzonder jammer dat in de discussie omtrent het pensioen in eigen beheer niet stil wordt gestaan bij het eigenlijke onderwerp: *een oudedagsvoorziening*. De staatssecretaris beperkt zich tot wettelijke techniek. Toch zou de oudedagsvoorziening centraal moeten staan in dit kader. Wellicht wordt met het invoeren van een nieuwe faciliteit een oplossing gevonden voor het verschil in waardering tussen de fiscale en commerciële voorziening. Maar is dat zo belangrijk? Naar mijn mening is het wezenlijk op zoek te gaan naar een adequate oudedagsvoorziening voor de ondernemer.

Het lijkt erop dat de OBR dan wel het oudedagssparen niet echt een adequate oudedagsvoorziening zullen zijn. Zo is het inhalen van jaren waarin niet is gedoteerd niet mogelijk en vindt maar bescheiden oprenting plaats. Dit alleen al leidt tot een magere voorziening.

De zinspeling van de staatssecretaris in zijn brief van 1 juli 2015 op het eventueel afschaffen van eigen beheer, omdat op dit moment nauwelijks nieuwe regelingen worden opgestart, dan wel de bestaande regelingen zijn stopgezet, is ronduit unfair. Onderzoek van de Werkgroep Ondernemerspensioen van Tilburg University toont aan dat veel ondernemers niet meer starten met het pensioen in eigen beheer of hiermee gestopt zijn, vanwege de financiële crisis, de complexiteit van de regelgeving, fiscale redenen en het verschil tussen de commerciële en fiscale waardering.[23] De reden is dus niet, anders dan kan worden opgemaakt uit de woorden van de staatssecretaris, dat de dga niet meer in eigen beheer wenst op te bouwen. Overigens zal ook het jarenlange ontmoedigingsbeleid van de Belastingdienst een reden zijn voor terughoudendheid bij dga's.

23 G.M.C.M. Staats, 'Het ondernemerspensioen: wat vindt de adviseur?', *Pensioen Magazine* 2015/4.

Maar moet het dan mogelijk zijn om een oudedagsvoorziening op te bouwen in de eigen onderneming? Zoals aan het begin van deze bijdrage aangegeven, heb ik al eerder de argumenten voor en tegen afschaffing van het pensioen in eigen beheer besproken. Naar mijn mening is het belangrijkste bezwaar tegen afschaffing, dat een goed alternatief ontbreekt. Verzekeraars bieden nauwelijks goede oplossingen voor het pensioen in eigen beheer en ook is het maar zeer de vraag of de ondernemer zijn pensioen buiten de onderneming zal gaan regelen als het niet meer in de eigen onderneming mag.

Daarom moet het opbouwen van een oudedagsvoorziening in de eigen onderneming naar mijn mening mogelijk blijven, maar moet worden nagedacht over het verplicht afzonderen van de aanspraak op de oudedagsvoorziening. Natuurlijk blijven de liquiditeiten dan niet meer beschikbaar voor de onderneming, maar de wetgever zou er ook voor kunnen kiezen een alternatieve faciliteit in het leven te roepen die voor aanvullende liquiditeitsruimte zorgt. Financiering van de onderneming én een oudedagsvoorziening zijn uitgangspunten die op gespannen voet met elkaar lijken te staan.

Zelfs zou ik willen pleiten voor onderzoek naar het min of meer verplichten van deelname aan een oudedagsvoorziening door ondernemers. Meer en meer belastingplichtigen worden ondernemer of pseudo-ondernemer, althans geen werknemer, en de vraag is of het aan deze belastingplichtigen moet worden overgelaten om al dan niet aan een oudedagsvoorziening deel te gaan nemen. Ik betwijfel dat ten zeerste. In mijn proefschrift heb ik al een systeem beschreven waarbij sprake is van automatische deelname aan een oudedagsvoorziening met de mogelijkheid van opting-out.[24]

Het zou getuigen van lef als de wetgever eens zou kijken naar alle vormen van oudedagsvoorzieningen voor ondernemers die op dit moment bestaan[25] om te bekijken of hier enige vorm van uniformiteit in aan te brengen is (en dat kan!). Op dit moment geldt haast voor iedere faciliteit een eigen set regels.

6. De motor van de economie?

Zijn ondernemers de motor van de Nederlandse economie en rechtvaardigt dat een totaal andere behandeling met betrekking tot oudedagsvoorzieningen? Naar mijn mening is dat niet het geval. Het maatschappelijk belang is er dat iedere belastingplichtige een adequate oudedagsvoorziening zal opbouwen. Met de nu door de staatssecretaris voorgestelde nieuwe faciliteiten lijkt dat niet te gaan gebeuren. Verdere actie is daarom nodig.

---

24 G.M.C.M. Staats, *Personal Pensions in the EU*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2015.

25 Denk aan het Witteveenkader voor het pensioen al dan niet in eigen beheer, de oudedagsreserve, het fiscale kader voor beroepspensioenregelingen, lijfrenten, de stakingslijfrente bij einde van de onderneming, de lijfrente na overlijden ondernemer en sinds 2015 de nettolijfrente en het nettopensioen (2015).

7. Tot slot

Gerry, ik heb feitelijk precies twintig jaar met je mogen samenwerken. Het begon bij het Fiscaal en Juridisch Adviesbureau (die naam had nooit veranderd mogen worden) van Interpolis. We hadden daar een fantastische tijd met een uniek team. Vanaf 2001 hebben we ook samengewerkt op Tilburg University. Dit heeft uiteindelijk geleid tot mijn proefschrift, met jou als promotor. Heel bijzonder.

Ik heb ontzettend veel van je geleerd. Uiteraard heb je me 'het vak' geleerd, maar ook jouw persoonlijkheid heeft mij veel gebracht. Daarvoor wil ik je erg graag bedanken. Als ik zo mijn gedachten de vrije loop laat, komt toch jouw beeldscherm op de vierde etage van Westpoint bij mij boven en zie ik de typerende tekst weer over het beeldscherm zweven: *Wie op de vlakte blijft, zal nooit bergbloemen plukken*.

MR. DR. B. STARINK[1]

Verdeling van heffingsrechten over pensioenuitkeringen in het verdrag Nederland-Canada

Waarom deze methode niet te prefereren is

Op 8 april 2015 promoveerde ik op het proefschrift *Belastingheffing over particulierpensioen en overheidspensioen in grensoverschrijdende situaties*.[2] Gerry was één van de promotores en heeft aan de basis gestaan van het onderzoek.[3] Uit onze vele en inspirerende discussies weet ik dat zijn voorkeur voor de verdeling van heffingsrechten uitgaat naar een systeem zoals dat is opgenomen in het verdrag Nederland-Canada; kortweg een beperkte verrekenbare bronlandheffing van maximaal 15%. Dat gaf hij in zijn laudatio bij mijn promotie nogmaals aan. Blijkbaar heb ik Gerry met mijn proefschrift niet kunnen overtuigen van een ander systeem, namelijk een systeem van een evenredig gedeeld heffingsrecht over pensioenuitkeringen tussen het bronland en het woonland. In deze bijdrage aan zijn wetenschappelijke vriendenbundel doe ik een ultieme poging hem alsnog te overtuigen.[4]

1. Verdeling heffingsrechten over grensoverschrijdende pensioenuitkeringen

Het betreft geen uitzonderingssituatie wanneer iemand een pensioenuitkering ontvangt terwijl hij woonachtig is in een ander land dan waarin het pensioen is opgebouwd. Ter illustratie: bijna 10% van de AOW-uitkeringen werd ultimo 2013 uitgekeerd aan personen die niet in Nederland wonen.[5] Voor het aanvullende tweedepijlerpensioen zal grosso modo eenzelfde percentage gelden. Mondiaal beschouwd kan worden aangenomen dat miljoenen mensen hun pensioenuitkeringen vanuit een

1 Werkzaam bij het CompetenceCentre for Pension Research, onderdeel van het Fiscaal Instituut Tilburg, Tilburg University. Daarnaast is hij werkzaam bij Pensions, Actuarial & Insurance Services van PwC en tevens als Research Fellow verbonden aan Netspar.

2 B. Starink, *Belastingheffing over particulierpensioen en overheidspensioen in grensoverschrijdende situaties* (diss. Tilburg), 2015. Een handelseditie met dezelfde titel is verschenen in de serie Fiscale Monografieën, nr. 144, Deventer: Kluwer 2015.

3 De tweede promotor is prof. dr. Jan van der Geld.

4 Passages uit deze bijdrage komen zowel overeen met passages uit mijn proefschrift als met passages uit een artikel van mijn hand uit *Pensioen Magazine* zonder dat hier steeds naar wordt verwezen. B. Starink, 'Woon- en bronlandheffing over overheids- en particulierpensioen', *Pensioen Magazine* 2015/4, p. 18 en 19.

5 Kwartaalbericht maart 2014, SVB, p. 6. Per ultimo december 2013 werden er in totaal aan 3.222.595 AOW-klanten uitkeringen verricht waarvan 321.425 aan personen die niet in Nederland woonachtig zijn.

ander land ontvangen. Bij dergelijke grensoverschrijdende pensioenuitkeringen dient het heffingsrecht over de uitkering te worden toebedeeld aan één of meerdere betrokken landen. Op basis van art. 18 van het OESO-modelverdrag wordt het heffingsrecht exclusief toegekend aan het woonland. Deze exclusieve toerekening van het heffingsrecht over particulierpensioen aan het woonland,[6] staat steeds vaker ter discussie.[7] Zo streeft de Nederlandse verdragssluiter sinds 2011 naar een exclusieve bronlandheffing over pensioenuitkeringen.[8] De argumentatie voor een exclusieve bronlandheffing is gelegen in het uitgangspunt dat het bronland de pensioenopbouw fiscaal zou hebben gefacilieerd door middel van de bij de lezer bekend veronderstelde omkeerregel.[9] Hierna zal ik allereerst toelichten waarom ik deze argumentatie niet ondersteun.

1.1. De omkeerregel is geen faciliteit

De omkeerregel wordt door velen als fiscale faciliteit of subsidie aangemerkt en daarmee als de belangrijkste reden voor instelling van een bronlandheffing. Als we de Wet op de loonbelasting 1964 beschouwen, dan is een pensioenaanspraak ook eerst belast op basis van art. 10 waarna de aanspraak in art. 11 wordt vrijgesteld. Echter, dat de Nederlandse wetgever deze systematiek als zodanig in de wet heeft opgenomen, betekent nog niet dat het theoretisch ook juist is.

Het draagkrachtbeginsel vormt de basis voor een inkomstenbelasting juist omdat het draagkrachtbeginsel bijdraagt aan een rechtvaardige belastingheffing. "*Dit beginsel het beste verdelingsbeginsel is dat het belastingtheoretisch denken tot nu toe heeft opgeleverd.*"[10] Inkomen komt tot uiting in vergroting van de draagkracht.

Op basis van het draagkrachtbeginsel moet belastingheffing plaatsvinden overeenkomstig de financiële draagkracht (koopkracht, ability to pay, Leistungsfähigkeit).[11] Draagkrachtvermeerdering en dus inkomen kan het best worden bepaald via de vermogensaanwasmethode.[12] Inkomen is daarmee de stijging van het vermogen van een

6 Het heffingsrecht over overheidspensioen is op grond van art. 19 lid 2 OESO-modelverdrag toegekend aan het bronland.

7 Zo pleit Burgers voor een bronlandheffing over pensioenuitkeringen. I.J.J. Burgers, 'Internationaal verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrenten: quo vado?', *WFR* 2010/259 (e.v.). En dat is slechts één voorbeeld van de vele pleidooien uit binnen- en buitenland.

8 Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 53.

9 Deze argumentatie is onder andere terug te vinden in onderdeel 13 van het OESO-commentaar bij art. 18.

10 Commissie ter bestudering van de mogelijkheid van belastingheffing over vermogensmutaties, Inkomstenbelasting over vermogensmutaties. Geschrifte van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 208, Deventer: Kluwer 1998, p. 24.

11 A.C. Rijkers & I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Fiscaliteit en vermogensvorming in een inkomensbelasting', in: S. van Weeghel (ed.), Continuïteit en vernieuwing: Een visie op het belastingstelsel, Ministerie van Financiën 2010.

12 Hofstra en Stevens geven aan dat de vermogensvergelijkingstheorie het zuiverste uitgangspunt voor de inkomstenbelasting vormt. H.J. Hofstra & L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting* (druk 4), Deventer: Kluwer 1994, p. 42. Later meent Stevens dat ook de vermogensvergelijkingstheorie niet evident sluitend is en niet maatschappelijk zonder bezwaren uitvoerbaar is. L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Deventer: Kluwer 2014, p. 71.

individu gedurende een bepaalde periode, abstraherend van gepleegde consumptieve uitgaven.[13] Deze methode ter bepaling van fiscaal inkomen wordt breed erkend en is veelvuldig onderzocht. De vraag is nu wanneer het verkrijgen van een pensioenaanspraak tot een vermogensmutatie en dus inkomen leidt. Vervolgens is de vraag wanneer deze vermogensmutatie het best daadwerkelijk in de belastingheffing betrokken zou kunnen worden. Hierbij wordt uitdrukkelijk geabstraheerd van het positief recht.

De eerste vraag die gesteld moet worden is of de pensioenaanspraak theoretisch tot belastbaar inkomen leidt of niet. Van inkomen is sprake wanneer er een draagkrachtvermeerdering is. Anders gezegd: leidt een pensioenaanspraak tot een draagkrachtvermeerdering ondanks het feit dat het geld nu nog niet kan worden uitgegeven?

Ter illustratie: twee personen van 63 jaar hebben ieder een huidig inkomen van € 100.000. Beiden pensioneren op leeftijd 65. De eerste persoon ontvangt bij pensionering een AOW- en pensioeninkomen van tezamen € 70.000. De tweede persoon ontvangt slechts AOW. Ondanks dat beide personen een huidig inkomen hebben van € 100.000, kan de eerste persoon bij de bank wel een hypothecaire geldlening verkrijgen en de tweede persoon niet, omdat de bank in dit geval het inkomensvooruitzicht van alleen AOW meeneemt in de toetsing voor een hypotheek. Dat illustreert dat persoon één met uitzicht op een pensioenuitkering nu al draagkrachtiger is dan persoon twee.

Dit voorbeeld illustreert dat de aangroei van een pensioenaanspraak een vermogensmutatie én een draagkrachtvermeerdering met zich brengt. De draagkrachtvermeerdering is door actuariële rekenkunde goed kwantificeerbaar. In beginsel is het verkrijgen van de aanspraak dus al draagkrachtverhogend. In het Nederlandse pensioensysteem zijn pensioenaanspraken bij een professionele uitvoerder ondergebracht. Zij leiden vóór de pensioendatum niet tot *verteerbaar* inkomen, mede omdat de aanspraak niet via afkoop, vervreemding, verpanding of belening liquide is te maken vanwege het fiscale en civielrechtelijke verbod hiertoe. Dit in tegenstelling tot veel vorderingen, niet-liquide vermogensbestanddelen en niet-courante vermogensbestanddelen. Ondanks dat een pensioenaanspraak nog niet tot verteerbaar inkomen leidt, leidt het dus wel tot een draagkrachtvermeerdering en dus tot inkomen. Het ontvangen van de daadwerkelijke pensioenuitkeringen is nog slechts afhankelijk van het verstrijken van de tijd en het in leven zijn van de pensioengerechtigde. De waarde van de aanspraak staat als het ware al op de gepensioneerde te wachten; hij of zij moet alleen nog de pensioengerechtigde leeftijd bereiken. Er is daarmee sprake van een onvoorwaardelijke aanspraak op een pensioenuitkering onder opschortende voorwaarde.[14]

---

13 Definitie ontleend aan R.P. van den Dool, *Belastingheffing over kapitaalinkomen bij natuurlijke personen, een onderzoek naar de mogelijkheden tot het invoeren van een vermogensaanwasbelasting*, Deventer: Kluwer 2009, p. 102. Van den Dool doelt hiermee op het Schanz-Haig-Simons (SHS) inkomensbegrip.

14 Zie ook J.E.A.M. van Dijck, *Het genieten van inkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 140.

De vraag is vervolgens of dergelijke mutaties van pensioenaanspraken ook op dat moment theoretisch (dus niet op basis van positief recht) belastbaar horen te zijn. Indien wordt aangesloten bij de vermogensaanwasmethode, vormt het verkrijgen van de aanspraak zoals gezegd fiscaal inkomen. Indien wordt aangesloten bij de vermogenswinstmethode, behoort het pensioen pas tot het inkomen bij het verkrijgen van de uitkering. De vraag is nu welke methode bij pensioenaanspraken rechtvaardiger en beter uitvoerbaar is.

De vermogensaanwasmethode heeft zoals gezegd als voordeel dat het leidt tot een inkomensbegrip dat zo veel mogelijk aansluit bij heffing naar draagkracht.

De vermogenswinstmethode (of in casu de vermogensaanwasmethode aangevuld met het realisatiebeginsel) heeft als voordeel dat rekening wordt gehouden met typische kenmerken van een pensioenaanspraak waarbij realisatie vóór pensioendatum onmogelijk is, zulks in tegenstelling tot vermogensbestanddelen die verpand of beleend kunnen worden. Juist vanwege dit onderscheidende kenmerk van pensioenaanspraken, moet voor wat betreft pensioenaanspraken aan het realisatiebeginsel een grote waarde worden toegekend. Een extra argument voor deze stelling is dat pensioenaanspraken dermate verknocht zijn dat bij overlijden van de gerechtigde, afgezien van een eventueel aan de ouderdomspensioenaanspraak gekoppelde nabestaandenvoorziening, de aanspraak niet vererft maar vervalt aan de uitvoerder. Het tot het fiscaal inkomen rekenen van de pensioenaanspraak zou alsdan kunnen leiden tot de onwenselijke situatie dat belasting is betaald over een element dat nooit daadwerkelijk gerealiseerd wordt, bijvoorbeeld bij voortijds overlijden.[15] Immers, "*in zoodanige gevallen zou de belasting worden betaald op grond van een veronderstelling, die niet verwezenlijkt wordt*".[16] Hetzelfde is van toepassing indien een uiteindelijke pensioenuitkering lager uitvalt dan verwacht vanwege korting dan wel tegenvallende beleggingsresultaten, toegenomen levensverwachting of een lage rentestand op pensioendatum bij een beschikbarepremieregeling. Ook zijn geen liquiditeiten beschikbaar ten tijde van het verkrijgen van de aanspraak om de belasting mee te voldoen. Overigens zijn dat direct grote nadelen van de zuivere vermogensaanwasmethode.

De voor- en nadelen van de vermogensaanwasmethode beschouwend, en ondanks dat pensioenaanspraken draagkrachtverhogend zijn en een dergelijke draagkrachtvermeerdering bij voorkeur bij verkrijging van de aanspraak reeds belast moet zijn conform de vermogensaanwasmethode, is het verdedigbaar dat in ieder geval voor

15 Van den Dool meent dat pensioenaanspraken door middel van vermogenswinstbelasting in plaats van vermogensaanwasbelasting in de heffing moeten worden betrokken gezien het zeer specifieke karakter van pensioenaanspraken. Ik deel deze mening. R.P. van den Dool, *Belastingheffing over kapitaalinkomen bij natuurlijke personen, een onderzoek naar de mogelijkheden tot het invoeren van een vermogensaanwasbelasting*, Deventer: Kluwer 2009, p. 233.

16 *Kamerstukken II* 1935/36, 146, nr. 4, p. 7.

pensioenaanspraken een uitzondering van toepassing is.[17] In het kader van pensioen dient aan de vermogensaanwasmethode dus het realisatiebeginsel te worden toegevoegd.

Het belasten van de pensioenuitkering in plaats van de aanspraak is naar mijn mening dan ook een juiste invulling van het inkomensbegrip dat is gebaseerd op de vermogenswinstmethode.[18] Desondanks wordt vaak beweerd dat de omkeerregel een door de wetgever gecreëerde begunstiging of subsidie is. Dat lijkt tegenstrijdig. Immers, als een bepaalde fiscale behandeling juist is, hoe kan er dan sprake zijn van een begunstiging?

Op basis van het voorgaande is het verkrijgen van een pensioenaanspraak draagkrachtverhogend, maar op theoretische gronden hoort deze draagkrachtverhoging pas belast te worden in de uitkeringsfase. Dit omdat het realisatiebeginsel bij pensioenen van groot belang is en pensioen immers pas verteerbaar inkomen vormt op het moment dat het tot uitkering komt. Tot dat moment is het pensioenvermogen geblokkeerd ondergebracht bij een pensioenuitvoerder en is het niet toegestaan dit af te kopen of zelfs te verpanden of te belenen. Dat belastingheffing over pensioenen pas plaatsvindt in de uitkeringsfase is vanuit het gehanteerde inkomensbegrip dan ook een juiste methode en de positiefrechtelijke omkeerregel is daarmee geen faciliteit. Een vanuit het gehanteerde inkomensbegrip juister systeem dan de omkeerregel, kan niet worden aangemerkt als een faciliëring dan wel subsidie ten opzichte van een vanuit het gehanteerde inkomensbegrip onjuister systeem als de hoofdregel. Ook niet als dat leidt tot lagere of latere belastingopbrengsten.[19] Desondanks wordt de omkeerregel vaak als belangrijk argument gebruikt voor het instellen van een bronlandheffing. Dat is echter onjuist. Al dan niet gedeeltelijke bronlandheffing zou weliswaar de norm moeten zijn, maar om andere redenen. Op deze redenen ga ik hierna in.

17 Hemels verwijst in het *WFR* naar de parlementaire behandeling van de Wet op de inkomstenbelasting 1914. "Baten die naar haren oorsprong als inkomen zijn te beschouwen, doch waarvan een gedeelte niet overeenkomstig het doel van alle inkomen noch van kapitaalvorming kan worden besteed, omdat het voor andere doeleinden moet dienen, verliezen voor dat gedeelte het karakter van inkomen." Hemels, 'Periodieke giften: een tweeluik. Deel I: Oorsprong en weerslag in de Wet IB 2001', *WFR* 2014/1061.

18 Nut en noodzaak van de omkeerregel wordt overigens regelmatig ter discussie gesteld. Zo stelt de Europese Commissie dat de kosten van de omkeerregel aanzienlijk zijn en er vraagtekens gezet kunnen worden bij de doelmatigheid ervan. Zie Groenboek pensioenen van de Europese Commissie, 7 juli 2010, COM(2010)365 definitief. Dit is overigens opmerkelijk gezien de pensioenmededeling van de Europese Commissie van 19 april 2001 waarin de omkeerregel juist werd gepropageerd.

19 Anders K. Caminada & K. Goudswaard, 'Revenue Effects of Tax Facilities for Pension Savings', *Atlantic Economic Journal* 2008/36 (2), p. 233-246. Zij kwantificeren het budgettaire effect van de omkeerregel en bestempelen het als een subsidie.

1.2. Bronland- versus woonlandheffing

Nu bronlandheffing in ieder geval niet op basis van de omkeerregel de norm moet zijn, is de vraag of (gedeeltelijke) bronlandheffing dan wel (gedeeltelijke) woonlandheffing de norm moet zijn en op grond van welke *andere* argumenten.

Een keuze voor een verdeling van heffingsrechten over pensioenuitkeringen moet mijns inziens aan de voorwaarde van gelijkwaardigheid voor zowel de belastingplichtige als de betrokken landen voldoen. Dit betekent dat tegemoet gekomen moet worden aan de gerechtvaardigde belangen van zowel het bronland als het woonland (ook wel distributieve gelijkwaardigheid genoemd). De verdeling van heffingsrechten moet tevens uitvoerbaar zijn.

Bij de verdeling van heffingsrechten tussen het bronland en het woonland kunnen de volgende kanttekeningen worden geplaatst:
- Een onbeperkte woonlandheffing doet onvoldoende recht aan de belangen van het bronland en een onbeperkte bronlandheffing doet onvoldoende recht aan de belangen van het woonland;
- Een volledig in plaats van gedeeld heffingsrecht betekent dat landen alle of geen heffingsrechten hebben, wat extra druk in verdragsonderhandelingen met zich brengt;
- Een onbeperkte woonlandheffing kan fiscaal geïnitieerde emigratie in de hand werken.

Ik bespreek eerst de kenmerken van exclusieve woonlandheffing. Het belangrijkste argument vóór woonlandheffing is dat een inwoner van een land profiteert van alle publieke voorzieningen die het woonland heeft ingericht en dat van een inwoner een bijdrage aan deze publieke voorzieningen kan worden verlangd door middel van belastingheffing. Ik heb hier in mijn proefschrift onderzoek naar gedaan en ben uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat dit argument steekhoudend is.

Het belangrijkste argument vóór bronlandheffing is dat de gerechtigde tot de bron destijds profijt heeft gehad van de publieke voorzieningen in het bronland en dat de bron mede hierdoor heeft kunnen ontstaan. Na onderzoek heb ik geconcludeerd dat ook dit argument steekhoudend is. Sterker nog, de argumenten vóór bronlandheffing zijn niet sterker dan die van vóór woonlandheffing en vice versa. In het kader van de verdeling van heffingsrechten tussen twee landen geniet een gelijkwaardig en evenredig gedeeld heffingsrecht tussen het bronland en het woonland daarom de voorkeur omdat beide genoemde landen een legitiem recht hebben om de pensioenuitkering (deels) in de heffing te betrekken. Mijn verwachting is dat een gedeeld heffingsrecht de druk op verdragsonderhandelingen, met name tussen pensioenimporterende en -exporterende landen, wegneemt. Ook past het in de huidige internationale trend waarbij landen niet langer ten koste van hun verdragspartner zo veel

mogelijk heffingsrechten naar zich toe trekken. Beide landen hebben recht op hun *fair share* in de belastingopbrengst. Alhoewel het BEPS-rapport van de OESO[20] zich richt op belastingheffing van multinationals, is de doelstelling van het BEPS-rapport evengoed van toepassing op pensioeninkomsten:

> "Taxation is at the core of countries' sovereignty, but the interaction of domestic tax rules in some cases leads to gaps and frictions. When designing their domestic tax rules, sovereign states may not sufficiently take into account the effect of other countries' rules."[21]

Het beter op elkaar afstemmen van belastingverdragen, ook als het gaat om pensioeninkomsten, waarbij met de belangen van beide landen rekening wordt gehouden zal naar verwachting uiteindelijk een positieve impuls geven aan de kwaliteit en effectiviteit van het internationaal fiscaal verdragenrecht.

Resumerend zijn de argumenten om ofwel het bronland ofwel het woonland een voorkeursrecht te geven bij de verdeling van heffingsrechten over pensioenuitkeringen alles afwegende niet overtuigend. Mede daarom hebben het bronland en het woonland in principe beide gedeeltelijk recht op belastingheffing over de pensioenuitkeringen.[22]

De vraag is vervolgens in welke verhouding deze verdeling moet plaatsvinden. Op deze vraag is geen eenduidig wetenschappelijk verantwoord antwoord mogelijk, mede omdat de gewenste verhouding per bilaterale situatie kan verschillen. Ik heb echter geen argumenten gevonden op grond waarvan het woonland dan wel het bronland per definitie een groter heffingsrecht zou toekomen. Omdat de belangen van het bronland en het woonland gelijkwaardig zijn, ligt een 50-50 verdeling voor de hand. Deze evenredige verdeling is dan niet het resultaat van een (actuariële) berekening, maar zuiver gebaseerd op de vergelijkbare belangen van het bronland (dan wel de gezamenlijke bronlanden) en het woonland. Indien vanwege zwaarwegende belangen een afwijkende verhouding wenselijk is, staat het landen uiteraard vrij hier navolging aan te geven. Echter, een verhouding die sterk afwijkt van een gelijke verhouding ligt niet voor de hand omdat alsdan mogelijk onvoldoende recht wordt gedaan aan de belangen van één van de landen. Een 50-50 verdeling creëert eenduidigheid en eenvoud, zeker indien meerdere bronlanden betrokken zijn.

In het verdrag Nederland-Canada is ook een gedeeld heffingsrecht opgenomen. Dit gedeelde heffingsrecht werkt echter praktisch uit als een vrijwel volledige bronlandheffing. Ik licht dit hierna toe.

---

20 OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013,
21 OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing. 2013, p. 9.
22 Von Schanz meent dat 75% van het inkomen in het bronland moet worden belast en 25% in het woonland. Vogel bespreekt deze opinie van Von Schanz in K. Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments', *Intertax* 1988/8, p. 219. Vogel verwijst naar Von Schanz, 'Zur Frage der Steuerpflicht', 9 II, *Finanzarchiv* 1, 4, 1982.

2. Verdrag Nederland-Canada

Op 21 augustus 1987 is het eerste verdrag met Canada[23] vernieuwd.[24] In 1993 is het verdrag gewijzigd[25] en de eerste twee leden van art. 18 luiden nu als volgt.

> *Artikel 18: Pensioenen, lijfrenten, sociale verzekeringsuitkeringen en alimentatie-uitkeringen*
> 1. Pensioenen, lijfrenten en andere soortgelijke betalingen, alsmede afkoopsommen uit een pensioenregeling of opkomende bij de afkoop, het annuleren, het aflossen, de verkoop of een andere vorm van vervreemding van een lijfrente, alsmede een pensioen en andere uitkering, betaald krachtens de bepalingen van een stelsel inzake sociale zekerheid, afkomstig uit een van de Staten en betaald aan een inwoner van de andere Staat, mogen in die andere Staat worden belast.
> 2. Deze inkomsten mogen echter ook in de Staat waaruit zij afkomstig zijn, overeenkomstig de wetgeving van die Staat worden belast, maar in het geval van periodieke betalingen mag de aldus geheven belasting 15 percent van het brutobedrag ervan dat volgens de wetgeving van die Staat belastbaar is, niet overschrijden.

In het tweede lid is een bronlandheffing van maximaal 15% opgenomen. Zoals gezegd, heeft Gerry zijn sympathie uitgesproken voor deze beperkte verrekenbare bronlandheffing. Deze bronlandheffing is echter de facto geen *beperkte* maar in vrijwel alle gevallen een *volledige* bronlandheffing en daarom naar mijn mening niet te prefereren. Tijdens de parlementaire behandeling is het volgende opgemerkt (onderstreping door mij):

> "Op voorstel van Nederland wordt de belastingheffing in alle gevallen van periodieke betaling van pensioenen en sociale zekerheidsuitkeringen beperkt tot 15% van het bruto bedrag van het pensioen of de uitkering. De beperking van de Nederlandse belastingheffing tot 15% van het bruto bedrag van de uitkeringen en pensioenen moet gezien worden tegen de achtergrond van de omstandigheid dat ingevolge de Nederlandse nationale wetgeving die inkomsten, als zij worden betaald aan inwoners van Canada, in veel gevallen slechts worden belast tegen een tarief van 13%. Daardoor komt ook nu de door Nederland geheven belasting in veel gevallen niet uit boven het tarief van 15% dat ingevolge artikel 18 van het Verdrag op dit moment geldt voor alle particuliere pensioenen (…)"[26]

Ik licht dit verder toe.

De belastingtarieven voor niet-inwoners van Nederland die geen premies volksverzekeringen en premies werknemersverzekeringen verschuldigd zijn, bedragen op grond van art. 2.10 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) in 2015:

23 Daterend van 2 april 1957, *Trb.* 1957, 61.
24 Gesloten te Den Haag op 27 mei 1986, *Trb.* 1986,65. In werking getreden op 21 augustus 1987, *Trb.* 1987. 147 en van toepassing per 1 januari 1987.
25 *Trb.* 1993, 52.
26 *Kamerstukken I/II* 1992/93, 23 308, nr. 363 en 1, p. 7.

Belastbaar inkomen van meer dan	**Maar niet meer dan**	**Tarief**
-	€ 19.822	8,35%
€ 19.822	€ 33.589	13,85%
€ 33.589	€ 57.585	42%
€ 57.585	-	52%

Abstraherend van eventuele aftrekposten en heffingskortingen, bedraagt het gemiddelde belastingtarief bijna 15% bij een belastbaar inkomen van € 39.000. Dat is een fors pensioen, wetende dat een gemiddeld aanvullend pensioen in Nederland € 7.200 bedraagt per persoon exclusief AOW.[27] Dat leidt tot de conclusie dat de beperkte verrekenbare bronlandheffing zoals opgenomen in het verdrag met Canada in waarschijnlijk vrijwel alle situaties de facto een onbeperkte bronlandheffing betekent, althans in de situatie waarbij Nederland het bronland is. Slechts relatief hoge pensioenen zouden voor een deel belastbaar zijn in het woonland. Indien een dergelijke bepaling zou worden opgenomen in alle door Nederland gesloten belastingverdragen, is welbeschouwd geen sprake van een gedeeld heffingsrecht maar van een bronlandheffing. Dat is weliswaar conform de Nederlandse voorkeur maar niet conform de voorkeur van Gerry. Hij heeft zich altijd voorstander getoond van een gedeeld heffingsrecht:

> "Een andere wijze van verdeling van de heffingsrechten waar Starink niet voor kiest, is een verrekenbare bronheffing van bijvoorbeeld 15%. De woonstaat betrekt daarbij het hele pensioen in de heffingsgrondslag en verleent een korting op de te betalen belasting van 15%. In het verdrag met Canada is voor deze uitwerking gekozen. Het woonland houdt vervolgens rekening met de persoonlijke omstandigheden van de belastingplichtige, zoals persoonlijke verplichtingen. Vanwege de eenvoud, de uitvoerbaarheid en de zekerheid voor de belastingplichtige voel ik meer voor deze uitwerking van het gedeelde heffingsrecht."[28]

In zijn voorkeur voor het model zoals opgenomen in het verdrag Nederland-Canada staat Gerry niet alleen. Zo is in het parlement bij de behandeling van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 voldoende aandacht gegeven aan het systeem van 15% beperkte verrekenbare bronlandheffing. In de Tweede Kamer is gepleit voor een substantiële bronlandheffing, een heffing die in ieder geval hoger is dan 15%.[29] Ik vermoed echter dat de Kamer zich niet realiseerde dat een bronlandheffing van 15% al zeer substantieel is. Dat kan te wijten zijn aan het feit dat een belastingtarief van 15% laag klinkt. We hebben immers een toptarief van 52%. Maar zoals aangetoond is een tarief van gemiddeld 15% al heel hoog omdat de premies volksverzekeringen niet meetellen. De Nederlandse *belasting*tarieven zijn gewoon gemiddeld niet extreem hoog. Kortom: Gerry en ik verschillen niet van mening over de voorkeur voor een gedeeld heffingsrecht, maar wel over de methode waarop dit gedeeld heffingsrecht bereikt moet worden. Mijn voorkeursmethode werk ik hierna uit.

27 www.cbs.nl, Personen met AOW en aanvullend pensioen 2011 en eigen berekeningen.
28 G.J.B. Dietvorst, 'Een archaïsche belastingafspraak', *Pensioen Magazine* 2015/5.
29 *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 25, p. 7.

3. Methode van evenredige belastingvrijstelling in vergelijking met de methode uit het verdrag Nederland-Canada

Vanwege de nadelen van het systeem zoals opgenomen in het verdrag met Canada, gaat mijn voorkeur uit naar een methode van verdeling van heffingsrechten waarbij daadwerkelijk sprake is van een gedeeld heffingsrecht tussen de landen; de methode van de evenredige belastingvrijstelling. Bij deze methode wordt door het woonland het totale pensioeninkomen in de grondslag betrokken en belast tegen het normale (progressieve) tarief. Daarna wordt een naar de maatstaven van het woonland verschuldigde belasting over het in het buitenland belaste deel van 50% van het inkomen op de belastingschuld in mindering gebracht. Deze situatie doet zich in de huidige OESO-conforme verdragen bijvoorbeeld voor indien vanuit het bronland een pensioen wordt uitgekeerd dat voor de helft bestaat uit particulierpensioen en voor de helft uit overheidspensioen. De evenredige belastingvrijstelling is de methode die Nederland voornamelijk toepast.

Ter vergelijking van beide methodes, bereken ik hieronder de verschuldigde belasting in zowel het bronland als het woonland. Ik hanteer gemakshalve voor beide landen de Nederlandse belastingtarieven. Indien de methode uit het verdrag Nederland-Canada wordt gehanteerd, verloopt de belastingheffing als volgt:

Inkomen	**Totale belasting**	**Belasting bronland**	**Belasting woonland**	**% heffing van totaal bronland**	**% heffing van totaal woonland**
€ 25.000	€ 2.372	€ 2.372	€ -	100%	0%
€ 50.000	€ 10.454	€ 7.500	€ 2.954	72%	28%
€ 75.000	€ 26.640	€ 11.250	€ 15.390	42%	58%
€ 100.000	€ 39.640	€ 15.000	€ 24.640	38%	62%

Opvallend is dat een evenredig gedeeld heffingsrecht pas ontstaat bij een inkomen van ca. € 62.500. Bij een hoger inkomen heft het woonland relatief meer; bij een lager inkomen het bronland. Tot € 39.000 heft het bronland zelfs volledig. Kortom: van een gedeeld heffingsrecht is in de praktijk vrijwel nooit sprake en van een *evenredig* gedeeld heffingsrecht al helemaal niet.

Indien de helft van het inkomen belast is in het bronland en het woonland het wereldinkomen belast en daarbij een evenredige belastingvrijstelling verleend voor het aan het bronland toegewezen heffingsrecht, dan is de belastingheffing als volgt:

Inkomen	**Totale belasting**	**Belasting bronland**	**Belasting woonland na vrijstelling**	**% heffing van totaal bronland**	**% heffing van totaal woonland**
€ 25.000	€ 2.230	€ 1.044	€ 1.186	47%	53%
€ 50.000	€ 7.600	€ 2.372	€ 5.227	31%	69%
€ 75.000	€ 18.525	€ 5.204	€ 13.320	28%	72%
€ 100.000	€ 30.275	€ 10.454	€ 19.820	35%	65%

Opvallend is dat in deze situatie beide landen relatief ongeveer evenveel belasting heffen, althans tussen de circa 30% en 70% van het totaal. Het progressieve tariefstelsel maakt dat de verhouding niet helemaal gelijk is en de totale belastingdruk voor de burger lager is. Ik vind dat niet bezwaarlijk. Veel belangrijker is de minder dominante positie van het bronland en het resultaat waarbij ook bij relatief lage pensioenen toch sprake is van een evenwichtige verdeling van heffingsrechten tussen het bronland en het woonland.

4. Tot slot

Beste Gerry, met dit artikel heb ik een poging gedaan je te overtuigen van het feit dat de methode van een gedeeld heffingsrecht over pensioenuitkeringen zoals opgenomen in het verdrag Nederland-Canada, uiteindelijk niet tot het door ons beide gewenste resultaat leidt. Maar eigenlijk hoop ik ook dat ik je *niet* heb kunnen overtuigen zodat we nog vaak over deze en andere pensioenzaken mogen discussiëren.

Ik heb onze samenwerking vanaf het moment dat ik in 2004 als student-assistent bij je begon, altijd als zeer waardevol, interessant maar vooral plezierig en leerzaam ervaren. Je hebt me begeleid van student-assistent tot promotus en daarvoor wil ik je hartelijk danken. Maar jouw pensionering betekent geen afscheid. Ik ben ervan overtuigd dat we elkaar nog zeer regelmatig op de universiteit of elders zullen treffen. Je bent tenslotte niet voor niets *Ondernemend met pensioen.*

PROF. DR. L.G.M. STEVENS[1]

In de fiscale doolhof op zoek naar stabiele oudedagsvoorzieningen

1. Inleiding

Een doolhof of dwaaltuin is een stelsel van paden die uitdagen om langs misleidende omwegen toch het doel te vinden. Meestal is dit een bewust aangelegde recreatieve voorziening die beoogt het 'aangenaam verpozen' een extra spannende dimensie te geven. Het is het tegendeel van een efficiënt en overzichtelijk netwerk van paden dat de bereikbaarheid van een bepaald doel ondersteunt. Als ik het huidige stelsel van oudedagsvoorzieningen aanduid als een 'doolhof' of 'dwaaltuin', wordt daarmee niet de positieve snaar van de gezelligheid geraakt, maar de verzuchting geventileerd dat de geplaveide paden van regelgeving bepaald niet tot de bedoelde overzichtelijke en stabiele oudedagsvoorziening leiden. Ook de fiscale regelgeving is debet aan de toenemende complexiteit. De hoge mutatiegraad in de regelgeving staat op gespannen voet met het levenslange karakter van de te vormen voorzieningen. Daar komt bij dat deze voorzieningen in het huidige tijdsgewricht worstelen met omgevingsfactoren die de financiële houdbaarheid bemoeilijken. Dat alles creëert onzekerheid en onbehagen. Het is daarom gewenst te werken aan een eenvoudig, effectief en eerlijk belastingstelsel, waarin de oudedagsvoorziening op passende wijze haar plek krijgt.

Het is de verdienste van Gerry Dietvorst geweest het driepijlersysteem van de oudedagsvoorzieningen in de fiscaliteit van een stevig fiscaalwetenschappelijk fundament te voorzien. Daarin is ook ruimschoots aandacht besteed aan de samenhang tussen de dragende pijlers en de inpassing in de belastingtheorie. Hij durfde het aan daarvoor een nieuw concept te bepleiten, het Geïntegreerd Systeem Toekomstvoorzieningen (GST). Dat is gebaseerd op de uitgangspunten van de inkomstenbelasting als draagkrachtheffing. Daarin neemt de inkomensuitstelgedachte een belangrijke plaats in. Maar zijn ambities strekten nog verder. Hij beoogde een grondpatroon te geven voor een geheel nieuw fiscaal systeem ten aanzien van toekomstvoorzieningen in Nederland en in de EG.[2]

---

1 Emeritus hoogleraar fiscale economie Erasmus Universiteit Rotterdam en kroonlid van de SER.

2 G.J.B. Dietvorst, *De drie pijlers van toekomstvoorzieningen en belastingen*, Deventer: Kluwer 1994, hoofdstuk 9.

Wat is er van dit ambitieuze plan terecht gekomen? Voor de beoordeling daarvan moeten we de uitkomst toetsen aan de criteria die Gerry Dietvorst zelf heeft geformuleerd. Zijn toetspunten waren: eenvoud, aansluiting bij de maatschappelijke behoefte, flexibiliteit, zuiverheid in motivering, soliditeit, uniformiteit, afwezigheid van medische belemmeringen, acceptatiemogelijkheid van de bank als contractspartner, geen belemmering voor emigratie en inpasbaarheid in het EG- (thans: het EU-)kader. Het voert voor dit opstel echter te ver om al die aspecten te revue te laten passeren. Ik zal mij beperken tot een selectie die aansluit op de genoemde kenmerken van een goed belastingstelsel: de regels moeten eenvoudig, effectief en eerlijk zijn.[3]

2. Externe ontwikkelingen

2.1. Globalisering en EU-brede mobiliteit

2.1.1. Algemene consequenties

Na 1994, het jaar van de promotie van Gerry Dietvorst, is de wereld niet stil blijven staan. Integendeel, de mondiale ontwikkelingen hebben ons met zeer ingrijpende veranderingen geconfronteerd. Zo heeft internet de maatschappelijke en financiële verhoudingen substantieel gewijzigd. In samenhang met mondialisering en EU-brede mobiliteit heeft deze ICT-ontwikkeling de mogelijkheid gecreëerd immense kapitaalstromen in microseconden van de ene plaats op de wereld naar de andere te dirigeren, met alle monetaire stabiliteitsrisico's van dien. Het heeft bovendien tot grote machtsconcentraties bij financiële instellingen en informatiebeheerders geleid die via reguleringsmaatregelen door toezichthouders binnen beheersbare proporties moeten worden gehouden. Binnen de pensioenwereld is de behoefte aan vertrouwenwekkende transparantie explosief gestegen, maar tegelijkertijd is de regeldruk ten behoeve van de informatie aan de pensioenconsument fors toegenomen. De duale economie van werkgevers- en werknemersverbanden wordt verdrongen door een netwerkeconomie met een grote verscheidenheid aan zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers).

Voor de burgers zijn inmiddels de bewegingsvrijheid binnen een Europa zonder grenzen en de afwezigheid van nationale grensbelemmeringen een vanzelfsprekendheid geworden. Dit fenomeen kent positieve en negatieve facetten. De daardoor sterk gestegen internationale arbeidsmobiliteit heeft nieuwe kansen gecreëerd, maar ook de kwetsbare personen op de nationale arbeidsmarkt geconfronteerd met pijnlijke verdringingseffecten. Nationale voorschriften met een mobiliteitsbeperkend karakter worden in de EU niet meer aanvaard. De Europese Commissie treedt op

3 De daarop gerichte beschouwing is een compilatie van eerdere publicaties die ik niet telkens als vindplaats zal vermelden. Als belangrijkste bronnen kunnen gelden: *Fiscale Fascinatie* (2006) en het *Handboek Inkomstenbelasting 2001* (2014), uitgegeven door Kluwer te Deventer.

tegen ongerechtvaardigde beperkingen. Dat betreft ook de regelingen op het terrein van de toekomstvoorzieningen. In dat kader wordt met argusogen gekeken naar exitheffingen en conserverende aanslagen.

2.1.2. Gevolgen mobiliteit voor heffingssoevereiniteit

In 2013 ontvingen bijna 350.000 buitenlanders een pensioen vanuit Nederland. Het jaarlijks aan hen uitgekeerde pensioenbedrag bedraagt ongeveer € 1,8 miljard.[4] Als gevolg van de toenemende migratie groeide ook de belangentegenstelling tussen pensioenexporterende en pensioenimporterende landen. Daarin werd de afbakening van de heffingsbevoegdheid tussen naties steeds nadrukkelijker onderwerp van discussie. Op Europees terrein poogden de lidstaten in een open dialoog een sociaal en financieel houdbaar pensioenstelsel tot stand te brengen. In dat verband werd op 15 mei 2003 door de Europese Raad ingestemd met de Europese richtlijn 'betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening' (richtlijn 2003/41/EG). De bedoeling van de pensioenrichtlijn is grensoverschrijdende pensioenuitvoering mogelijk te maken door bestaande belemmeringen op te heffen. Voorts werd de intentie uitgesproken toepassing van de omkeerregel als richtsnoer aan te houden. De overtuiging dat deze systematiek het beste aansluit bij de inkomensbeleving van de burgers, werd breed gedragen.

De praktijk is echter weerbarstiger dan de leer. Toepassing van de omkeerregel kan tot gevolg hebben dat de heffingsbevoegdheid verschuift van het bronland (het land waar de pensioenaanspraken zijn opgebouwd) naar het bestemmingsland (het land waar de pensioengerechtigde zijn uitkeringen geniet). Bij grote verschillen in de belastingdruk kan dat leiden tot fiscaal geïndiceerde pensioenemigraties.[5] Het kan lidstaten verlokken tot het bewust creëren van een fiscaal gunstige concurrentiepositie om met name welvarende pensioengerechtigden aan te trekken. De consequentie daarvan is dat het pensioenexporterende land er vervolgens toe overgaat om de heffingsbevoegdheid over de in eigen land opgebouwde pensioenen sterker te beschermen.[6] Handhaving van de nationale heffingssoevereiniteit en bevordering van de internationale mobiliteit zijn belangen die van nature met elkaar op gespannen voet staan.

De internationale verdeling van het recht om belasting te heffen is een nogal pragmatische aangelegenheid. Het OESO-modelverdrag is daarbij richtinggevend, maar niet bepalend. Volgens het OESO-model worden privaatrechtelijke pensioenen doorgaans slechts belast in het woonland,[7] terwijl publiekrechtelijke pensioenen ook

4 B. Starink, 'Woon- en bronlandheffing over particulier- en overheidspensioen', *Pensioen Magazine* april 2015.
5 Zie ook P. Kavelaars, 'Modelverdrag en pensioen', *P&P* september 2004, opinie.
6 L.G.M. Stevens, 'Fiscale Beleidsnotities 2005', *WFR* 2004/1363.
7 Art. 18 OESO-modelverdrag.

in het bronland belast blijven.[8] In het laatstgenoemde geval wordt door het woonland rekening gehouden met de omstandigheid dat ook het bronland het pensioen aan belasting heeft onderworpen.

Bepalend voor de heffingsbevoegdheid zijn evenwel de bilaterale verdragen. Daardoor wordt er per land veel energie gestoken in verdragsonderhandelingen, in de uitvoeringsinterpretatie en in de geschilbeslechting. Een gemeenschappelijke aanpak zou efficiënter zijn, maar het is voorlopig nog ondenkbaar dat nationale politici hun rol als behartigers van het nationale belang zullen relativeren. De talloze daarmee samenhangende interpretatieproblemen worden voor lief genomen. Zij bestrijken een breed uitvoeringsveld. De vraag of een pensioen als privaatrechtelijk of publiekrechtelijk moet worden aangemerkt is voor de pensioenconsument normaliter van ondergeschikt formeel belang, maar zodra de belastingdruk in het bron- en het bestemmingsland substantieel verschillend is, heeft de kwalificatie grote gevolgen voor het netto pensioenresultaat (o.a. HR 1 maart 2013, *BNB* 2013/191). Ook ontstaan er tussen de belastingautoriteiten onderling, of tussen de belastingplichtige en een heffende staat, regelmatig belangwekkende en tijdrovende discussies over de precieze inhoud van de verdragsbegrippen. Dat begint al bij de inhoud van het begrip 'pensioen'. Pas na jarenlange onzekerheid over de kwalificatie van de pensioenafkoop is daaromtrent duidelijkheid ontstaan (HR 13 mei 1987, *BNB* 1987/207 en HR 20 mei 1987, *BNB* 1992/21). Toen besliste de Hoge Raad dat 'afkoop van pensioen' onder de categorie 'pensioen en andere soortgelijke beloningen' valt. Ten gevolge daarvan is in beginsel het woonland daarover heffingsbevoegd. In reactie daarop moest de Staatssecretaris van Financiën terugkomen op zijn beleid waarin slechts afkoopsommen voor ingegane pensioenen waren toegewezen aan het woonland. Ook op andere punten moest het pensioenbegrip verdragsrechtelijk nader worden ingevuld. Zo voldeed de restitutie van pensioenpremies niet aan de pensioendefinitie (Hof Amsterdam 29 oktober 1986, *BNB* 1988/95). In HR 23 december 2005, *BNB* 2006/116, werd de afkoop van een lijfrente, die na emigratie naar de Nederlandse Antillen als schadeloosstelling wegens het beëindigen van een dienstbetrekking werd toegekend, evenmin als pensioen gekwalificeerd, aangezien de afkoopsom het voor een pensioenuitkering kenmerkende periodieke karakter ontbeerde. Eerder werd in soortgelijke zin beslist in HR 3 februari 1999, *BNB* 1999/169, nadat na emigratie een pensioenrecht werd omgezet in een stamrecht dat niet meer de essentiële kenmerken van een pensioen bevatte. HR 6 november 1985, *BNB* 1986/35, oordeelde in gelijke zin betreffende gouden handdrukken en vergelijkbare afkoopsommen.

De verhoudingen worden nog ingewikkelder zodra bij verdragsinterpretatie het leerstuk van de verdragstrouw om de hoek komt kijken. Het is niet toegestaan een heffingsrecht van een verdragspartner via een forfait, fictie of anderszins uit te hollen (HR 13 mei 2005, *BNB* 2005/232 en HR 13 mei 2005, *BNB* 2005/233), óók

8 Art. 19 lid 2 OESO-modelverdrag.

niet indien op het moment waarop de Nederlandse wet het belastbare feit in het bronland fingeerde, de belanghebbende nog in Nederland woonde (HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/263-264).[9] Hoe gevoelig deze problematiek ligt, werd gedemonstreerd door het feit dat de Nederlandse wetgever met extreme spoed reageerde op een onwelgevallige rechterlijke beslissing. Binnen tien dagen werd het complete traject voor 'reparatiewetgeving' doorlopen om te bereiken dat vanaf 29 juni 2009 de effecten van deze beslissing weer ongedaan werden gemaakt. Ook in situaties waarin een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is die voorziet in een exclusieve woonstaatheffing ter zake van (niet-periodieke) pensioen- en/of lijfrente-inkomsten, kan sindsdien heffing plaatsvinden bij belastingplichtigen die in Nederland voor de pensioen- of lijfrentepremie aftrek wegens uitgaven voor een inkomensvoorziening hebben gehad. Heffing over de uitkering vindt dan plaats tot het bedrag waarvoor bij de verwerving van de pensioen- of lijfrenteaanspraak een aftrek is genoten tot maximaal de waarde in het economische verkeer van de aanspraak op het emigratiemoment (art. 3.136 lid 2 en 3 Wet IB 2001). Het is overigens maar de vraag of deze fraus-legisachtige reparatiebepaling houdbaar zal blijken, aangezien dit in feite een (gedeeltelijke) heffing over de uitkering impliceert.[10]

Deze jurisprudentie leert dat grensverkennend gedrag niet alleen bij belastingplichtigen wordt aangetroffen. Behartiging van het eigen schatkistbelang is ook de Nederlandse staat (en andere staten) niet vreemd. Het risico dat een lage belastingdruk in een pensioenimporterend land ongewenste pensioenemigratie zou bevorderen heeft er in de meer recente belastingverdragen toe geleid dat bepalingen zijn opgenomen die het heffingsrecht door het bronland mogelijk maken als de effectieve belastingdruk over de pensioenuitkering in het bestemmingsland substantieel lager is dan in het bronland.

2.1.3. Vereenvoudigende regulering

In dit mijnenveld van internationale pensioencomplicaties is een vereenvoudigende regulering zeer gewenst. De start is gemaakt door EU-breed het principe te onderschrijven dat in de belastingheffing over pensioenen de omkeerregel wordt toegepast. Beter nog zou het zijn als op EU-niveau de fiscale behandeling van pensioenen zou worden geharmoniseerd. Daarbij zou ik het door Gerry Dietvorst aanbevolen verdelingsprincipe willen volgen. Daarbij is in beginsel het woonland heffingsbevoegd over de pensioenuitkering, maar het bronland mag daarop een tariefmatig gemaximeerde bronheffing inhouden die verrekenbaar is met de inkomstenbelasting die in het woonland over de pensioenuitkering wordt geheven.[11]

---

9 Daarbij werd door de Hoge Raad ook gewezen op het eerdere arrest HR 5 september 2003, *BNB* 2003/380.

10 Zie uitgebreider: L.G.M. Stevens, *Handboek inkomstenbelasting 2001*, Deventer: Kluwer 2014, tekstblok 699 en 1032.

11 Ook B. Starink bepleit in *Pensioen Magazine* april 2015 een gedeeld heffingsrecht als 'een fair share'-oplossing. B. Starink, 'Woon- en bronlandheffing over particulier- en overheidspensioen', *Pensioen Magazine* april 2015.

2.2. Vergrijzing en noodzaak tot bezuiniging

2.2.1. Betaalbaarheidsproblemen

De betaalbaarheid van de oudedagsvoorziening is binnen onze vergrijzende samenleving een punt van grote zorg. Vooral aan het einde van de 20e eeuw werden beleidsmakers zich ervan bewust dat Europa zich daadwerkelijk moest gaan instellen op een verdubbeling van het aantal ouderen als percentage van de potentiële beroepsbevolking. Ingeschat werd dat de afhankelijkheidsgraad van gemiddeld 24% in 2000 zou gaan stijgen tot 49% in 2050. Het WRR-rapport *Ouderen voor Ouderen* uit 2002 gaf als prognose dat in Nederland in het jaar 2010 tegenover elk cohort van 100 personen in de leeftijd van 15-65 jaar, 22 personen zouden staan die ouder zijn dan 65 jaar. In de jaren tussen 2010 en 2040 loopt de 'grijze druk' snel verder op tot 100:42. Verhoudingsgewijs zijn er niet alleen meer ouderen, maar ze hebben ook een hogere levensduurverwachting.[12] Dat impliceert ook een belangrijke autonome druk op de socialezekerheidsuitgaven, uitgaven voor gezondheidszorg en daarmee samenhangende maatschappelijke ondersteuning. Deze processen zijn momenteel concreet voelbaar geworden en maken beleidsmatige aanpassingen onontkoombaar. Inmiddels is de AWBZ al omgebouwd tot de Wet maatschappelijke ondersteuning en de Wet langdurige zorg. Beperking van de groei in zorgkosten leidt tot aanpassingsprocessen die politiek zeer gevoelig liggen, maar waarvoor geen gemakkelijk uitvoerbare alternatieven beschikbaar zijn. De electorale gevoeligheid noopt tot compromissoire regelingen die zowel bij zorgvragers als bij zorgaanbieders irritatie over de daardoor opgeroepen extra regeldruk oproepen.

2.2.2. Betaalbaarheidsaanpassingen AOW

De vergrijzing is uiteraard binnen de toekomstvoorzieningen het meest voelbaar in de AOW. Deze basisvoorziening vormt immers de eerste pijler van de toekomstvoorzieningen. De vergrijzingskosten worden door toepassing van het omslagstelsel door de niet-AOW-gerechtigden gedragen. Door de snelle vergrijzing wordt dit voor de jongere generatie evenwel een te zware last. Het draagvlak moet worden verbreed. Dit is op min of meer verholen manier al gebeurd door sinds 1997 de AOW-premie te maximeren op 17,9%. De feitelijk hogere premiekosten worden sindsdien jaarlijks via de schatkist bijgepast en op die wijze voor een toenemend aandeel door alle belastingplichtigen gedragen. Voor 2015 bedroeg deze vanuit de belastingopbrengst gefinancierde premiebijdrage circa € 8 miljard.

Ik heb mij steeds voorstander betoond van algehele fiscalisering, zowel om te komen tot een eerlijke verdeling van lasten als om redenen van eenvoud. Als we de premieheffing van 17,9% voor de AOW jaarlijks met bijvoorbeeld 1-procentpunt zouden

12 Een uitvoerige analyse betreffende de betaalbaarheid van het Nederlandse pensioenstelsel in Europees kader is aan de orde in paragraaf 1.2 van het Rapport *Zorgen over morgen* (2002).

uitruilen tegen belastingverhoging, is de algehele fiscalisering na achttien jaren een feit. Fiscalisering versterkt het intergenerationeel contract tussen oud en jong. Het vervallen van de vrijstelling voor premieheffing van de AOW impliceert een substantiële verbreding van de heffingsgrondslag. Deze voor de hand liggende oplossing is echter nog steeds niet gekozen. Beleidsmakers hebben zich beperkt tot gekunstelde lapmiddelen. Zo geldt sinds 1 januari 2011 voor alle belastingplichtigen die geboren zijn op of na 1 januari 1946 (en die dus bij invoering van de maatregel op 1 januari 2011 jonger waren dan 65 jaar) een beperkte inkorting van de premievrijstelling. Voor de categorie 'jongere AOW-gerechtigden' wordt jaarlijks het maximum voor het premie-inkomen ingekort door de tabelcorrectiefactor slechts voor 75% toe te passen (art. 2.10a Wet IB 2001). Door het meegroeien van de onderscheidende leeftijd moet het effect van de vrijstellingsbepaling geleidelijk minder worden. Deze partiële 'uitsterfregeling' introduceert echter een blijvende ongelijke behandeling tussen de 'oudere' en de 'jongere' AOW-gerechtigden, is ingewikkeld en zet nauwelijks zoden aan de dijk. In 2015 moesten de 'jongere AOW-gerechtigden' op jaarbasis maximaal € 47 méér betalen.

Wel wordt door middel van twee wetten sinds 2013 als substantiële – en méér voor de hand liggende – ingreep om de betaalbaarheid van de AOW te versterken de AOW-ingangsleeftijd stapsgewijs verhoogd. In 2018 staat deze op 66 jaar en in 2021 op 67 jaar.[13] Daarna wordt de AOW-ingangsdatum telkens aangepast aan de gewijzigde levensverwachting. Die ontwikkeling heeft uiteraard tot gevolg dat voor de aanvullende pensioenen soortgelijke aanpassingen moeten worden doorgevoerd.

2.2.3. Betaalbaarheidsaanpassingen van pensioen

Ook voor de (aanvullende) pensioenen speelt de vergrijzing een kostenverhogende rol. Bij toepassing van het kapitaaldekkingsstelsel geldt met name het oplopende langlevenrisico als oorzaak van de stijgende premielasten. Voorts maakt de langdurig lage rente het behoud van de vereiste dekkingsgraad van de pensioenfondsen extra problematisch. Deze problemen worden versterkt door het ECB-beleid om door het opkopen van schuldpapier de rente laag te houden. Het zet de solidariteit tussen jong en oud bij de verdeling van de pensioenlasten onder structurele druk.

Voor de betaalbaarheid en de risicoverdeling van het aanvullend pensioen is voorts de opmars van de defined contribution-regelingen (beschikbarepremiestelsel) ten koste van de defined benefit-regelingen (gebaseerd op eindloon, middelloon of vaste bedragen) een belangrijke ontwikkeling. In de defined benefit-regeling stelt de werkgever zich garant voor het uiteindelijke pensioenresultaat. In de defined contribution-regelingen beperkt de werkgever zich daarentegen tot het ter beschikking stellen van een premiebedrag waarmee de werknemer zijn pensioen moet financieren.

13 Wet versnelling van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd, *Stb.* 2015, 218.

De werkgevers waren het afgelopen decennium in afnemende mate bereid mede risico's te dragen voor instandhouding van het pensioenresultaat. Daarbij is de transitie van de traditionele werkgevers/werknemers-economie naar de netwerkeconomie steeds duidelijker tot uitdrukking gekomen. Gecollectiveerde voorzieningen blijken steeds moeizamer uitvoerbaar.[14] De zzp'ers in hun verscheidenheid van werkvormen maken de traditionele werkgevers/werknemersrelaties steeds diffuser. De daaruit voortvloeiende transformatieprocessen hebben op pensioengebied tot verhitte debatten geleid. Bert de Vries betoogde: 'Bij rijpe pensioenfondsen kan in redelijkheid niet meer van werkgevers worden verlangd, dat zij een zo groot deel van het beleggingsrisico voor hun rekening nemen. Dat past overigens ook niet bij moderne arbeidsverhoudingen, waarin pensioenregelingen een normaal onderdeel van de arbeidsvoorwaarden vormen.'[15] Beetsma en Van Praag spraken daarentegen van een 'Amerikaans pensioen' dat een gevaar is voor de werknemer. Zij betoogden: 'Voor werknemers is het zaak om zich goed te realiseren wat de overgang van een DB- naar een DC-systeem inhoudt.'[16] Inmiddels is duidelijk geworden dat de werknemers voor de houdbaarheid van hun pensioen op de beschikbare loonruimte zijn aangewezen en voor de instandhouding van de intergenerationele solidariteit vooral op elkaar. Zzp'ers zijn voor hun pensioen, evenals de meeste andere ondernemers, op zichzelf aangewezen.[17]

Evenals bij de AOW het geval is, moet voor instandhouding van de betaalbaarheid van het pensioen worden overgeschakeld op versobering van de rechten. Dit is in eerste instantie gebeurd door de pensioengrondslag op basis van het laatstverdiend salaris om te zetten in middelloonregelingen. Voorts werd de maatschappelijke noodzaak tot pensioenversobering 'van bovenaf' opgelegd door invoering van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en de introductie van de levensloopregeling (Wet VPL). Voor werknemers die vóór 1 januari 2005 reeds 55 jaar of ouder waren, bleef op grond van overgangsrecht het bestaande regime van kracht.[18] De beslissing daarvoor het fiscale instrument in stelling te brengen strijdt met het steeds door de beleidsmakers verdedigde standpunt dat de fiscale regelgeving op pensioengebied niet leidend, maar volgend is. Maar dat de praktijk anders is, wisten we al lang, want zonder fiscale faciliëring via toepassing van de omkeerregel zou de opbouw van pensioen in Nederland nooit zo'n grote vlucht hebben kunnen nemen.

14 Stichting van de Arbeid, *Moderne en betaalbare pensioenen voor alle werknemers*, publicatienr. 5/01, Den Haag, 2001.

15 B. de Vries, opstel in de afscheidsbundel *Vergezichten*, Driebergen: Uitgeverij Riskmatrix BV 2005, p. 61-64.

16 R.M.W.J. Beetsma & B.M.S. van Praag, *Opinie NRC*, 7 augustus 2006.

17 Fiscaal zijn zzp'ers gewone ondernemers; maatschappelijk worden ze vaak als een aparte categorie werknemers beschouwd. Ondernemers kunnen deelnemer zijn in een beroepspensioenfonds of een bedrijfstakpensioenfonds.

18 De Wet VPL heeft er ook toe geleid dat met ingang van 1 januari 2005 het overbruggingspensioen uit de definitie van gefacilieerde pensioenregelingen is geschrapt. Wel werd voor bestaande regelingen een overgangsregeling getroffen.

Tot de inwerkintreding van de Wet VPL volgden VUT, prepensioen en pensioen nog een overzichtelijk uniform regime. De aanspraken waren onbelast en de daaruit voortvloeiende periodieke uitkeringen werden integraal als inkomsten uit vroegere arbeid belast (omkeerregel). Dat was in overeenstemming met het door Nederland zo sterk bepleite 'Lissabonprincipe'. Ingaande 2006 was het echter uitgerekend Nederland dat op dit beginsel inbreuk maakte door voor elk type toekomstvoorziening een afzonderlijk fiscaal regime te creëren. Voor vervroegde pensioenuitkeringen werd de omkeerregel ingetrokken. De aanspraken op vervroegd pensioen worden sindsdien belast en de waardeaangroei in de uitkeringsfase valt onder de vermogensrendementsheffing. Daardoor moeten vanaf 2006 prepensioencomponenten en gewone pensioencomponenten nadrukkelijk van elkaar worden onderscheiden. Voor VUT-regelingen is nog navranter ingegrepen. Zij worden dubbel belast. De VUT-financiering wordt met 52%-eindheffing belast, terwijl de uitkering eveneens aan de belastingheffing blijft onderworpen. VUT-regelingen zijn zodoende niet meer levensvatbaar en in feite ondergebracht in een sterfhuisregime.[19] Slechts voor 'gewone' pensioenen, dat wil zeggen dat de regeling gericht is op een ingangsleeftijd van 65 jaar (pensioenrichtleeftijd), wordt de omkeerregel ongewijzigd gecontinueerd.

Met deze rigoureuze ingreep in het fiscale stelsel kregen de eenvoud en rechtvaardigheid van het pensioenstelsel een gevoelige knauw. Bovendien is het precieze onderscheid tussen de verschillende categorieën regelingen in de praktijk lang niet altijd duidelijk aan te geven. Ook de wijze waarop prepensioenregelingen soms door levensloopregelingen werden vervangen, droeg niet bij aan de gewenste duidelijkheid. Maatschappelijk wenselijke combinatiemogelijkheden tussen demotie en deeltijdpensioen worden gefrustreerd. Voorts leverde het moeilijke onderscheid tussen prepensioen en ontslagvergoeding al bij invoering de nodige commotie op. Het gevolg was ongewenste rechtsonzekerheid en een scherpe stijging van de uitvoeringslasten. Mijn conclusie is dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat het nodig was de eenvoud van de gelijke behandeling van VUT, prepensioen en regulier pensioen zo abrupt te doorbreken. Zolang het vervroegde pensioen door de pensioengerechtigde via een actuariële herrekening zelf wordt betaald, is er weinig reden daar zo moeilijk over te doen. In feite werkt het fiscale instrument dus niet adequaat.

Overtuigender is de verhoging van de pensioenleeftijd. Analoog aan de verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd is ingaande 2014 de pensioenrichtleeftijd voor de gefacilieerde pensioenregeling op 67 jaar gesteld. In verband daarmee zijn per 1 januari 2014 de maximale opbouwpercentages voor ouderdomspensioen verlaagd van 2% naar 1,9% voor eindloonregelingen en van 2,25% naar 2,15% voor middelloonregelingen. Voor 2015 en latere jaren zijn de opbouwpercentages voor het ouderdomspensioen 1,657% voor eindloonstelsels en 1,875% voor middelloonregelingen. Deze aanpassingen in de fiscale regelgeving liggen in het verlengde van de verhoging van de AOW-leeftijd.

19 Ook hier geldt een overgangsregeling voor 55-plussers.

De meest recente fiscale maatregel, waarin eveneens het belastinginstrument expliciet is ingezet om versobering in de pensioenopbouw af te dwingen, betreft de aftopping van de pensioengrondslag tot een maximumbedrag van € 100.000. Deze maximering is op 1 januari 2015 van kracht geworden (art. 18ga Wet LB 1964).[20] Bij die gelegenheid is tevens – ter vervanging van de eerder voorgestelde, maar afgewezen, pensioenexcedentregeling – ter compensatie een zogenoemde 'nettolijfrente/oudedagsvoorziening' uitgewerkt. In hoofdlijnen komt deze aanvullende oudedagsvoorziening erop neer dat indien en voor zover het pensioengevend loon hoger is dan € 100.000, er in de vorm van deze producten gefacilieerd voor de oudedag kan worden bijgespaard. Het daarin besloten liggend vermogen is in box 3 vrijgesteld van inkomstenbelasting. De hoogte van de in te leggen premie wordt bij algemene maatregel van bestuur bepaald. Als uitgangspunt geldt dat dit samen met de gefacilieerde pensioenopbouw tot een uitkering van maximaal 75% van het gemiddelde loon moet kunnen leiden. Opmerkelijk is dat op het zelfde moment waarop het parlement aandringt op een substantiële vereenvoudiging van het belastingstelsel, dit soort bizar ingewikkelde en bewerkelijke regelingen worden ingevoerd voor een beperkte groep zeer zelfredzame belastingplichtigen die daarop – zeker gelet op de aard van de doelgroep – bepaald niet zitten te wachten. Deze faciliteit omvat maar liefst elf wetsartikelen. Dat had niet mogen gebeuren. Het bestaan van twee oudedagsregelingen naast elkaar met verschillend fiscaal regime komt de gewenste transparantie bepaald niet ten goede.

Buiten de fiscaliteit wordt om de betaalbaarheid van het pensioenstelsel in stand te houden volop gewerkt aan maatschappelijke aanpassingsscenario's. In dat kader heeft de SER in zijn *Advies Toekomst Pensioenstelsel*[21] (2015) de opbouw van 'persoonlijk pensioenvermogen met collectieve risicodeling' als interessante, maar nog onbekende variant naar voren geschoven. Een contract op basis van persoonlijk pensioenvermogen en collectieve risicodeling maakt maatwerk beter mogelijk. De behoefte van jongeren aan meer risicovolle beleggingen (om zo een risicopremie te incasseren) en die van ouderen aan meer veilige beleggingen, behoeven dan niet meer met elkaar te botsen. Het is gewenst financiële en demografische schokken over de deelnemers te spreiden. Intergenerationele risicodeling kan welvaartswinst opleveren, al kunnen de mogelijkheden beperkt worden door toenemende discontinuïteitrisico's wegens afnemende levensduur van bedrijven en sectoren. Ook moet een aantal transitieproblemen (zoals de doorsneesystematiek) onder ogen worden gezien. Het zal duidelijk zijn dat – zeker in het huidige tijdsgewricht met zeer beperkte economische groei – deze pensioendiscussie maatschappelijk uiterst gevoelig ligt. De belangrijkste bijdrage van de fiscale wetgever zal zijn dat hij zorgdraagt voor begeleidende fiscale regelgeving en zich onthoudt van verstorende initiatieven.

20 Novelle Pensioenakkoord.
21 Sociaal-Economische Raad, Advies 2015/01.

2.3. Flexibilisering

De per 1 juni 1999 in werking getreden 'Flexibiliseringswetgeving' is het resultaat van een maatschappelijk breed levende wens tot individugerichte en 'maakbare' regelgeving. Om die reden werden op alle onderdelen van de pensioenregeling (pensioensysteem, ingangsleeftijd, relevante dienstjaren, pensioengevend loon, wisselende omvang van de uitkeringstermijnen) keuzemogelijkheden ingebouwd. Dat leidde ertoe dat in plaats van de open norm 'maatschappelijke opvattingen omtrent pensioen' in de wet zeer gedetailleerd vastgelegde bandbreedtes werden opgenomen waarbinnen de flexibiliteit zich mocht bewegen. Dat had echter als contraproductief effect dat de pensioenregeling niet meer op basis van de open norm naar haar totale inhoud kon worden beoordeeld. De wettelijke vormgeving van de bandbreedtes van afzonderlijke onderdelen kwam centraal te staan en werd bepalend voor de beoordeling van de regeling. Alles werd verder tot in detail geregeld in beleidsstandpunten die, voorbereid door de betrokken kennisgroepen in de Belastingdienst op pensioen- en levensverzekeringsterrein, door de Staatssecretaris van Financiën werden gepubliceerd. Zij kregen als zodanig de status van pseudowetgeving. Door stapeling van cafetaria-achtige beloningssystemen in combinatie met flexibel pensioen ontwikkelde zich op pensioengebied in rap tempo een superspecialisme. De bijbehorende doolhofregelgeving maakte dit terrein voor fiscalisten die een algemene praktijk voerden, feitelijk nagenoeg ontoegankelijk.

Een andere oorzaak van complexe regelgeving was de vrees van de fiscus dat met name dga's te hoge pensioenen zouden bedingen. In deze gevallen ontbreekt namelijk de belangentegenstelling tussen werkgevers en werknemers die normaliter de pensioenregelingen binnen de perken houdt. Daarom is in de fiscale regelgeving de relatief kleine groep dga's in feite steeds maatgevend geweest voor de regelgeving betreffende de grote groep van deelnemers aan collectieve pensioenregelingen. Dat verklaart dat de veelheid van detailregelingen gegoten is in beperkende bepalingen, terwijl voor de meeste werknemers de vrees voor bovenmatige pensioenen niet aan de orde is. Het zou mijn voorkeur hebben de tot 1 juni 1999 geldende open norm 'maatschappelijke opvattingen omtrent pensioen' weer in ere te herstellen. Het zou daarbij voldoende zijn de pensioenrichtleeftijd, het op dat moment maximaal haalbare pensioenresultaat en de bijbehorende salaris/diensttijdnorm wettelijk vast te leggen. Ook dat bij vervroegde pensioeningang actuariële herrekening plaatsvindt. Een meer grofmazige benadering moet mogelijk zijn, want het ligt op grond van de bestaande tariefstructuren niet voor de hand dat werkgevers een hoger pensioen toekennen dan in overeenstemming is met de maatschappelijke opvattingen omtrent pensioen. Sinds invoering van de Wet IB 2001 is dat ook niet meer het geval voor de dga-pensioenen. Integendeel! Pensioen wordt doorgaans zwaarder belast dan dividend. Daarom heeft de wetgever zelfs de gebruikelijkloonregeling als minimumbepaling ingevoerd. Het huidige zogenoemde 'Witteveenkader' heeft sindsdien vooral een functie in het arbeidsvoorwaardenoverleg. Het is evenwel geen taak voor de fiscale wetgever om in dat kader normatief actief te zijn.

2.4. Eenheid van regelgeving in de omzetbelasting

Het proces van toenemende complicering lijkt zich ook voor te doen in de omzetbelasting bij de toepassing van de vrijstelling voor beheersactiviteiten. De vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen is geregeld in art. 135 lid 1 Btw-richtlijn. In Nederland is dit vastgelegd in een vrijstelling voor het beheer van door beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen ter collectieve belegging bijeengebrachte vermogens (art. 11 lid 1 onderdeel i onder 3° Wet OB 1968). Ze beoogt het beleggen in effecten via beleggingsinstellingen te vergemakkelijken door deze diensten van de heffing uit te sluiten. Het HvJ EU preciseert in het ATP-arrest (HvJ EU 13 maart 2014, *V-N* 2014/15.19) dat het de bedoeling van de vrijstelling is de keuze tussen rechtstreeks beleggen in effecten en beleggen via gemeenschappelijke beleggingsfondsen niet te verstoren. De staatssecretaris stelt zich in de toelichtende beleidsbrief van 19 september 2014, *V-N* 2014/52.14, – kort gezegd – op het standpunt dat de vrijstelling voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen in beginsel ziet op het beheer van DC-pensioenregelingen, maar niet op het beheer van DB-regelingen. Het is mijns inziens bij de uitvoering van pensioenregelingen ook in de omzetbelasting van belang dat een gelijk speelveld (ook internationaal) tot stand wordt gebracht en in stand wordt gehouden voor alle pensioenvormen.

3. Inpassing van de toekomstvoorziening in de draagkrachtgedachte

Een deugdelijk belastingstelsel behoort, zoals gezegd, rechtvaardig, effectief en eenvoudig te zijn. Binnen deze randvoorwaarden moeten de budgettaire en de instrumentele functie van de belastingheffing worden vormgegeven. Draagkrachtbelastingen, zoals de inkomstenbelasting, sluiten aan bij de notie dat de sterkste schouders de zwaarste lasten dienen te dragen. Als maatstaf voor draagkracht is theoretisch pleitbaar uit te gaan van 'consumptie' in plaats van 'inkomen'. Consumptie is namelijk een betere maatstaf voor het beslag dat mensen leggen op schaarse middelen dan inkomen. Een consumptiebelasting zorgt ervoor dat een gelijke belasting wordt opgelegd bij mensen met dezelfde inkomensverwervende capaciteiten, maar met een anders in de tijd gespreid consumptiepatroon.[22] Ze vereist echter dat ter voorkoming van verstoringen in het internationale heffingspatroon ook andere landen deze benadering volgen. Deze wens tot harmonisering is vergelijkbaar met het pleidooi de omkeerregel bij pensioenen grensoverschrijdend toe te passen.

De bestaande inkomstenbelasting is echter geen zuivere inkomstenbelasting. Op cruciale punten sluit de wettelijke vormgeving van de heffingsgrondslag aan op het *verteerbare* inkomen in plaats van het *werkelijk verdiende* inkomen (onder andere door toepassing van de omkeerregel inzake pensioen- en lijfrenteregime, de fiscale oudedagsreserve, de levensloopfaciliteit). Deze benadering past mijns inziens prima

22 Zie S. Cnossen (1978). Dit vereist dat ook de vermogens die men via vererving verwerft, betrokken worden in de belastingheffing.

in een draagkrachtbenadering. We zien echter dat de laatste jaren de wetgever de werkingssfeer voor dergelijke voorzieningen steeds verder beperkt. Het meest duidelijk gebeurde dit in de genoemde aftopping van het pensioengevend loon tot maximaal € 100.000.

Bij de invoering van de Wet IB 2001 is gezocht naar een verantwoorde inpassing van de inkomensuitsteltheorie. Daarbij is gepoogd de verschillende oudedagsvoorzieningen allemaal onder één overkoepelende oudedagsparaplu te brengen en de bestaande verschillen in opbouwmogelijkheden weg te werken. Dat is echter nog steeds niet volledig gelukt. Ter wille van het belang van het gelijke speelveld is het gewenst die ambitie alsnog te realiseren.

4. Tot slot: reparatiebeleid

Naast het reeds genoemde herstel van de open normen in de fiscale pensioenregelgeving is momenteel het reparatiebeleid met betrekking tot de dga-pensioenen zeer urgent. Maak het dga's mogelijk zonder strafheffing af te zien van hun pensioen of dit af te kopen. Mijn pleidooi in die richting krijgt zo langzamerhand Cato-achtige kenmerken. Maar men kan zich afvragen waarom – gegeven de huidige macroeconomische omstandigheden en de nijpende urgentie – deze wensen nog steeds niet werden vervuld en zo verkrampt wordt opgetreden tegen het prijsgeven of het afkopen van dergelijke pensioenaanspraken.

Ten gevolge van de kredietcrisis staan veel pensioen-BV's onder water. Dat is in de meeste gevallen het gevolg van de weinig florissante positie van hun beleggingen en de sterk gedaalde rente die de marktwaarde van de verplichting enorm heeft doen stijgen. Vaak bestaan de beleggingen uit verstrekte leningen of verhuurd onroerend goed aan de werk-BV, die inmiddels in handen is van de kinderen of andere bedrijfsopvolgers van de gepensioneerde dga. Terwijl de waarde van de beleggingen van de pensioen-BV daalt, lopen de pensioenverplichtingen onder invloed van de contractuele, onvoldoende doordachte, indexeringsbepalingen meestal juist op. Dit brengt de pensioen-BV in een precaire financiële situatie. Deze wordt versterkt door het risico dat na verloop van tijd de opgelopen verliezen gaan verdampen. Sanering van de financieringsstructuur van de familievennootschappen is wenselijk en mogelijk door het starre fiscale beleid inzake het afzien en afkopen van pensioenaanspraken te versoepelen. De zware sanctiebepalingen staan immers in veel gevallen het gewenste herstelbeleid in de weg. In de huidige opzet is het prijsgeven van pensioenrechten om tot sanering van de financiële verhoudingen te komen door de doorgaans daarmee gepaard gaande strafheffing geen reële optie. Met ingang van 1 januari 2013 is via het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 18 maart 2013, *V-N* 2013/17.14, de deur voor het onbestrafte prijsgeven weliswaar op een kier gezet, maar het beleid ademt toch de sfeer van benepenheid en demonstreert een doorgeslagen vrees voor oneigenlijk gebruik. De belanghebbende moet 'overtuigend aantonen' dat voldaan is aan een waslijst van voorwaarden. Terecht is door W.J.M. Vennix in *WFR* 2012/1470 en door S.J. Ruesinck in *WFR* 2012/1514, het kenbaar gemaakte beleid als 'te beperkt' en 'te strikt' gediskwalificeerd.

Bij versoepeling van het beleid, komt de fiscus niets te kort. Integendeel, de schatkist spint er garen bij. De belasting stroomt eerder binnen en de risico's dat belastingclaims op pensioenaanspraken verloren gaan, vervallen. Het afzien van pensioen leidt bij de verschuldigde vennootschap immers tot winstvrijval en het betalen van vennootschapsbelasting of het benutten van de verrekenbare verliezen. Bij afkoop moet de pensioengerechtigde over de zakelijk bepaalde afkoopwaarde inkomstenbelasting betalen. Een dergelijke versoepeling zou trouwens prima passen in het eerder ontwikkelde kabinetsbeleid om allerlei vormen van gebonden vermogensopbouw – soms zelfs door toekenning van begunstigende grondslagkortingen – mede ten behoeve van het terugdringen van het begrotingstekort liquide te maken. Bovendien past deze optie in de meer principiële heroverweging van de fiscaal gefacilieerde pensioenopbouw voor dga's in eigen beheer. Daarin is moeilijk te accepteren dat de fiscale wetgever bij de fiscale winstbepaling voor de waardering van pensioenverplichtingen een rekenrente van 4% voorschrijft, terwijl de overheid als toezichthouder op de dekkingsgraad van pensioenfondsen een dergelijk percentage als onacceptabel zou diskwalificeren. Beter is het voor de jaarwinstberekening vast te blijven houden aan de open norm van het goede koopmansgebruik, waarin het voorzichtigheidsbeginsel zijn functie behoudt. Voor de jaarwinstberekening blijft de waarde in het economische verkeer gelden. Thans is het tijd het benepen gemillimeter vaarwel te zeggen en doortastende stappen te zetten naar een effectief fiscaal herstelbeleid en vereenvoudigende regels. Dat geldt vooral op het gebied van het dga-pensioen. Daarmee is niet alleen de gehele MKB-sector gediend, maar ook de BV Nederland.

MR. DRS. M.R. VISSER[1]

Verbreding van de digitale pensioensnelweg

1. Woord vooraf en inleiding

Gerry Dietvorst inspireerde mij in 2002 in zijn vak *Fiscale en civielrechtelijke aspecten van toekomstvoorzieningen* aan de Universiteit van Tilburg voor het 'pensioenvak'. Mijn eerste daad: een onderzoek naar een pensioenregister in Nederland. Met Gerry als mentor en katalysator van dit onderzoek maakte ik voorzichtig kennis met behoorlijk complexe pensioenmaterie. In een andere rol doe ik dat onder zijn inspirerende leiding bij het CompetenceCentre for Pension Research (CCP) van Tilburg University nog steeds, al is het blikveld inmiddels verruimd; van de traditionele drie pensioenpijlers (AOW, werknemerspensioen en lijfrente) naar een dynamische Pensioenschijf van Vijf (met als extra ingrediënten ander vermogen – waaronder de eigen woning – en het menselijk kapitaal). En waar het snijvlak van pensioen en fiscaliteit ons bij elkaar bracht, kijken we steeds vaker ook buiten het fiscaal-juridische en zoeken we naar verbindingen. Dank voor je inspiratie Gerry, ik hoop nog lang van je te mogen leren. Samen *Ondernemend met pensioen*.

In deze bijdrage kijk ik vooruit naar de ontwikkelingen en mogelijkheden van het pensioenregister als breder pensioenplatform. Deze digitale pensioensnelweg van de toekomst mag wat mij betreft breder worden en ook een verbindingslus met Europa is een welkome aanvulling. Met de nieuwe Wet pensioencommunicatie zijn per 2015 de pensioenverkeersregels aangescherpt, ook voor het pensioenregister. De grootste uitdaging blijft om mensen veilig en verantwoord op weg te sturen richting hun pensioen. Dat vergt kennis, maar vooral kunde. En een heldere bewegwijzering.

2. Kort historisch overzicht van het pensioenregister in Nederland

6 Januari 2011 is een historische datum in het Nederlandse pensioenlandschap als het gaat om digitale ontsluiting van persoonlijke pensioeninformatie. Op die dag is het pensioenregister in Nederland gelanceerd: www.mijnpensioenoverzicht.nl biedt voor het eerst online een totaalbeeld van de AOW en het via de werkgever opgebouwde pensioen.

---

1 Werkzaam als onderzoeker bij het CompetenceCentre for Pension Research, onderdeel van het Fiscaal Instituut Tilburg, Tilburg University en als beleidsadviseur/onderzoeker bij Netspar. Daarnaast is hij zelfstandig ondernemer via Pensioen GeMi.

Het idee van een pensioenregister had tijd nodig om te rijpen.[2] Eind 2002 introduceerden zowel de Consumentenbond als de Commissie Nationaal Pensioendebat (hierna: de Commissie) het begrip pensioenregister in Nederland. De Commissie concludeert in haar rapport 'Zorgen over Morgen' dat pensioeninformatie beter moet worden toegesneden op de doelgroep waarvoor zij bestemd is. Tevens wordt het pensioenregister door de Commissie min of meer gezien als een fiscaal noodzakelijk hulpinstrument om nog gebruik te kunnen maken van de lijfrentepremieaftrek in de Wet inkomstenbelasting 2001. Door het wegvallen van een faciliteit als de ongetoetste basisaftrek, zou er een grotere druk komen te staan op het vaststellen van een pensioentekort om nog lijfrentepremieaftrek te kunnen claimen. Het vaststellen van een pensioentekort zou door instelling van een pensioenregister, waar alle pensioenrechten van belastingplichtigen in worden geadministreerd, eenvoudiger moeten worden. In dat kader beveelt de Commissie aan een onderzoek uit te voeren naar de haalbaarheid van een pensioenregister.[3] Gerry Dietvorst pikte deze aanbeveling op en bracht het tijdens zijn colleges *Fiscale en civielrechtelijke aspecten van toekomstvoorzieningen* aan de Universiteit van Tilburg in als onderwerp voor een paper. Samen met medestudenten Arjan Merkus en Maarten kleine Kalvenhaar ging ik in 2003 de uitdaging aan. Eén compleet pensioenoverzicht op één centrale locatie zou mensen de gewenste behoefte aan helderheid en toegankelijkheid kunnen bieden. Het pensioenregister als een vernieuwend communicatienetwerk tussen pensioenuitvoerders en pensioendeelnemers. Het paper mondde eind 2003 uit in een onderzoeksrapport 'Pensioenregister in zicht? De haalbaarheid van een pensioenregister'.[4]

Ik licht er een aantal conclusies uit. Het belang van voorlichting over pensioenen wordt door alle in het onderzoek betrokken instanties en partijen onderschreven. Verschillende manieren zijn denkbaar om tot betere informatieverstrekking te komen. Het pensioenregister is een alternatief met een breed draagvlak. Zowel bij pensioendeelnemers als bij diverse pensioenstakeholders bestaat een positieve houding ten opzichte van het idee van een centraal pensioenregister. Over de exacte inhoud en vorm bestond echter nog geen overeenstemming. De onderzoekers zijn van mening dat men bij de opzet van een pensioenregister bij voorkeur zou moeten streven naar een uitgebreid inzichtregister, waar naast AOW en werknemerspensioen ook lijfrenten worden betrokken. Over de twee belangrijkste randvoorwaarden, te weten de financiering en het beheer van het pensioenregister, bestond evenmin

2 Voor een uitgebreider overzicht van de totstandkoming van het pensioenregister in Nederland, zie: M.R. Visser 'Het pensioenregister alsnog wettelijk verankerd in de Pensioenwet', in: Verslag 7e Interpolis Pensioenlezing 'Het pensioenregister: wat is het ambitieniveau?' 2007, Universiteit van Tilburg, CompetenceCentre for Pension Research, p. 7-11 (online). De samenvatting hierna is mede op dit artikel gebaseerd.

3 W.A. Vermeend e.a., Rapport van de Commissie Nationaal Pensioendebat 'Zorgen over morgen', Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2002, aanbeveling 16d.

4 Dit rapport is later uitgebracht als de eerste Brochure Toekomstvoorzieningen van het door Gerry Dietvorst opgerichte CompetenceCentre for Pension Research aan de Universiteit van Tilburg. Zie: L.J. Merkus, M. kleine Kalvenhaar & M.R. Visser, *Pensioenregister in zicht? De haalbaarheid van een pensioenregister*, Universiteit van Tilburg, CompetenceCentre for Pension Research 2006 (online).

overeenstemming. De onderzoekers zijn van mening dat gezien de maatschappelijke relevantie de pensioenuitvoerders en overheid samen de kosten zouden moeten dragen. Het beheer van het register zal volgens de onderzoekers in handen moeten komen van een onafhankelijke derde partij, waarbij de Sociale Verzekeringsbank als voornaamste kandidaat werd gezien. Dit mede door de al aanwezige gegevensinfrastructuur; het traceren en koppelen van gegevens zou daarom efficiënt kunnen gebeuren.

Na verdere discussie en afstemming in 2004 en 2005, en een blik op landen als Denemarken en Zweden die al een pensioenregister hadden, nam de Sociale Verzekeringsbank (SVB) in mijn beleving een voortrekkersrol op zich in de discussie rond de operationalisering ervan.[5] Het sloot mooi aan bij een initiatief van de SVB om een burgerpolis te ontwikkelen. De burgerpolis lag in het verlengde van een pensioenregister en zou moeten leiden tot meer inzicht en transparantie in het gehele socialezekerheidsstelsel.

De parlementaire behandeling van de Pensioenwet bleek daarna het politieke podium waar het pensioenregister landde. Meer transparantie en aandacht voor communicatie was in de Pensioenwet een van de speerpunten. Een (gewijzigd) amendement[6] van de Kamerleden Omtzigt (CDA), Verbeet (PvdA) en De Vries (VVD) resulteert uiteindelijk in 2007 tot de wettelijke verankering van het pensioenregister in art. 51 van de Pensioenwet. Tot 1 januari 2011 luidde dit artikel:

> *"De pensioenuitvoerders richten een pensioenregister in dat uiterlijk op 1 januari 2011 operationeel is."*

Veel van de aanbevelingen uit het rapport 'Pensioenregister in Zicht' zijn uiteindelijk overgenomen. Te denken valt aan aspecten rondom het beheer (via de Stichting Pensioenregister wordt de dienstverlening van de Beheerorganisatie verzorgd door de SVB[7]), de financiering (een gedeelde) en het waarborgen van de privacy (via DigiD, na raadpleging worden de gegevens op de website weer gewist). Helaas is de aanbeveling om ook lijfrenten op te nemen in het pensioenregister (nog) niet overgenomen. Dat neemt niet weg dat naar mijn mening een solide basis voor de digitale pensioensnelweg voor de toekomst is gelegd. Maar er blijven wensen (zie paragraaf 3 en 4).

---

5 In de SVB Meerjarenplanning 2005 t/m 2009 (p. 19, online) is over de betrokkenheid bij een pensioenregister de volgende opmerking te vinden: "Zo is de SVB voornemens om in 2005 met pensioenuitvoerders en andere geïnteresseerde partijen bij te dragen aan de opzet van een nieuw nationaal pensioenregister. Dit kan worden gezien als een eerste stap naar meer transparantie naar de burger."

6 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 58.

7 De Stichting Pensioenregister is een initiatief van de gezamenlijke Nederlandse pensioenfondsen, de pensioenverzekeraars en de SVB. "De stichting heeft op grond van artikel 51 Pensioenwet en artikel 62 Wet verplichte beroepspensioenregeling de taak tot het ontwikkelen en beheren van het Pensioenregister; zij vervult een centrale en coördinerende rol in de werking van het Pensioenregister als geheel." Zie: Stichting Pensioenregister, *Jaarverslag 2013*, p. 12 en 31 (online).

In het meest recente jaarverslag van de Stichting Pensioenregister valt te lezen dat in 2013 www.mijnpensioenoverzicht.nl 2.608.897 keer is bezocht, iets vaker dan in 2012 (2.211.229).[8] Aangegeven wordt dat een bezoek meetelt als iemand succesvol heeft ingelogd via DigiD, het burgerservicenummer is herkend bij de SVB en de AOW-gegevens zijn opgehaald uit het SVB-systeem. Ik maak daaruit op dat het niet per se unieke bezoekers betreft; sommige deelnemers zullen mogelijk vaker per jaar kijken hoe ze ervoor staan. De website wordt relatief vaak bezocht aan het begin van het jaar, rond de verzending van de Uniforme Pensioenoverzichten (UPO's) en tijdens publiekscampagnes. Pensioenfondsen en verzekeraars merken dat blijkbaar aan hogere bezoekersaantallen en een groter aantal vragen via telefoon en e-mail.

Hoewel het bereik en numerieke gebruik van het pensioenregister natuurlijk slechts een beperkte – en misschien wel slechte – graadmeter is, vind ik het best een prestatie. Met alle onzekerheden en ontwikkelingen rond het pensioen, kan ik me voorstellen dat veel mensen hun kop liever in het zand steken. Het is een uitdaging om meer mensen te verleiden zich – met enige regelmaat – in hun eigen pensioensituatie te verdiepen. Daarbij is het pensioenregister natuurlijk slechts een van de vele middelen om dat te doen.

Ondanks de vele goede initiatieven en bedoelingen op het gebied van pensioencommunicatie en verhoging van het pensioenbewustzijn van mensen, blijkt uit de Pensioenmonitor van Wijzer in Geldzaken dat de pensioenkennis, -houding en -gedrag ten opzichte van 2013 nauwelijks in beweging is.[9] Ongeveer de helft van de beroepsbevolking ziet de urgentie om zich te verdiepen in de financiële situatie na pensionering (53%), maar de groep die zich ook daadwerkelijk verdiept in de eigen financiële pensioensituatie is aanmerkelijk kleiner. Het is de vraag of de nieuwe Wet pensioencommunicatie daarin verandering gaat brengen en welke bijdrage nieuwe functionaliteiten in het pensioenregister bijvoorbeeld kunnen bieden.

3. Wet pensioencommunicatie

De overheid heeft in 2015 met de nieuwe Wet pensioencommunicatie de regels in de Pensioenwet aangepast, ook voor het pensioenregister. Ik richt me in deze bijdrage vooral op de ontwikkelingen ten aanzien van het pensioenregister, maar bespreek eerst kort een aantal algemene aanpassingen. Zo komen er meer mogelijkheden tot het digitaal verstrekken van informatie. De pensioenuitvoerder mag kiezen om dat elektronisch of schriftelijk te doen; indien belanghebbende echter bezwaar maakt tegen elektronische verstrekking, verstrekt de pensioenuitvoerder de informatie schriftelijk.[10]

8 Stichting Pensioenregister, *Jaarverslag 2013*, p. 14 (online).
9 Pensioenmonitor 2014, *Wijzer in geldzaken*, p. 8 en p. 10 (online).
10 Art. 49, lid 1 jo. lid 3, Pensioenwet.

Vanaf 1 juli 2015 dient de informatie die de pensioenuitvoerder verstrekt correct, duidelijk en evenwichtig te zijn.[11] Dat dient ook tijdig te gebeuren. Naast de invoering van onder andere de nieuwe open norm 'evenwichtig', valt te constateren dat de reikwijdte van de informatiebepalingen is verbreed: ook niet-verplichte informatie dient te voldoen aan de wettelijke bepalingen in de Pensioenwet.

Bij de open norm 'evenwichtig' informeren gaat het bijvoorbeeld over het vermelden van relevante nadelen (en risico's) naast relevante voordelen. In de visie van gedragstoezichthouder Autoriteit Financiële Markten (AFM) benadrukt de norm 'evenwichtig' de balans in informatieverstrekking, voor een eerlijke weergave van situaties en context. Verder is het volgens de AFM geen statische norm en is deze extra van belang bij keuzes en gebeurtenissen in het leven.[12]

Een andere relevante wettelijke wijziging betreft het feit dat pensioenuitvoerders dienen te bevorderen dat informatie aansluit op behoeften en kenmerken van hun deelnemers.[13] In de visie van de AFM betekent dit onder andere dat deelnemers handelingsperspectief dient te worden gegeven. De aansluiting op de behoefte van de deelnemer is van belang bij het maken van keuzes. Daarbij adviseert de AFM om gebruik te maken van klantpanels om communicatie te toetsen bij de doelgroep.[14]

Dan een aantal interessante wijzigingen in relatie tot het pensioenregister. Een belangrijke doelstelling is dat de deelnemer op eenvoudige wijze kennis moet kunnen nemen van zijn pensioensituatie. Door het pensioenregister uit te breiden met nieuwe functionaliteiten biedt het de deelnemer de mogelijkheid om zelf informatie naar zich toe te halen over hoeveel pensioen hij krijgt, of dat voldoende is en welke actie mogelijk of nodig is, zo valt te lezen in de memorie van toelichting.[15] Om de uitbreiding van het pensioenregister mogelijk te maken is de doelomschrijving van het pensioenregister aangepast. Per 1 juli 2015 kent het eerdergenoemde art. 51 van de Pensioenwet maar liefst tien leden. Ik volsta met een weergave van lid 1 en 10, die luiden:

> *Lid 1:*
> "Er is een pensioenregister, ingericht en in stand gehouden door de pensioenuitvoerders, dat tot doel heeft op duidelijke en begrijpelijke wijze de aanspraakgerechtigde of de pensioengerechtigde in de gelegenheid te stellen gegevens over zijn pensioenaanspraken en pensioenrechten te raadplegen, waarbij deze gegevens, voor zover het ouderdomspensioen betreft, tevens weergegeven worden op basis van een pessimistisch scenario, een verwacht scenario en een optimistisch scenario. Het pensioenregister heeft verder tot doel inzicht te geven in de hoogte van het te bereiken pensioen, de keuzes ten aanzien van het pensioen en de gevolgen van deze keuzes en van

11 Art. 48, lid 1, Pensioenwet.
12 Zie AFM presentatie pensioencommunicatie 'Open normen – een toelichting', juni 2015 (online, raadpleegbaar via website www.afm.nl).
13 Art. 48 lid 2 Pensioenwet.
14 Zie AFM presentatie pensioencommunicatie 'Open normen – een toelichting', juni 2015 (online, raadpleegbaar via website www.afm.nl).
15 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 008, nr. 3.

belangrijke gebeurtenissen op het pensioen van de aanspraakgerechtigde of de pensioengerechtigde. Onder pensioenaanspraken en pensioenrechten in de zin van dit artikel worden tevens verstaan aanspraken op ouderdomspensioen en recht op ouderdomspensioen op grond van de Algemene Ouderdomswet."

Lid 10:
"Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld met betrekking tot dit artikel over onder meer de scenario's, de actualisatie van de te verstrekken gegevens, het opnemen van gegevens met betrekking tot de keuzes ten aanzien van het pensioen en de gevolgen van deze keuzes en van belangrijke gebeurtenissen op het pensioen en de fasering van het opnemen van deze gegevens."

De uitbreiding van het pensioenregister kent een gefaseerde invoering en heeft betrekking op de volgende elementen[16]:
1. *Overzicht (hoeveel krijg ik per maand?)*
2. *Inzicht (is dat voldoende voor mij?)*
3. *Handelingsperspectief (wat kan ik doen?)*

Door een weergave van drie scenario's (pessimistisch, verwacht en optimistisch) is het bijvoorbeeld de bedoeling van de wetgever dat individuen beter inzicht krijgen in het te bereiken pensioen. Het kan een bijdrage leveren aan realistischere verwachtingen. In een brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer wordt aangegeven hoe de gefaseerde inwerkingtreding van de Wet pensioencommunicatie eruit ziet.[17] De weergave van het te bereiken pensioen in de drie eerdergenoemde scenario's in het pensioenregister is voorzien in de loop van 2017 (fase 3). Dan zal ook de ingroei van pensioengerechtigden in het pensioenregister starten. De meerwaarde van het pensioenregister voor pensioengerechtigden is volgens het kabinet dat zij de invloed van inflatie en risico's dan kunnen zien op hun pensioeninkomen.[18] In de Kamerbrief wordt aangegeven dat in verband met de benodigde flexibiliteit de inwerkingtreding van fase 3 later in een apart besluit wordt neergelegd.[19] Vanaf 1 juli 2015 (fase 1) treden onder andere de algemene eisen aan pensioencommunicatie en de ruimere mogelijkheden voor digitale communicatie in werking. Ook starten dan andere onderdelen van de uitbreiding van het pensioenregister. De tijdsplanning gebeurt in samenspraak met de Stichting Pensioenregister.

Een tijdlijn met de belangrijke punten op weg naar pensionering, meer informatie over de gevolgen voor pensioen van werkloosheid, eerder stoppen of langer doorwerken en de optie voor partners om samen in te loggen, zijn enkele belangrijke toevoegingen aan www.mijnpensioenoverzicht.nl die in 2015 te verwachten zijn.[20]

16 Voor een verdere (beoogde) invulling van deze elementen, zie*: Kamerstukken II* 2014/15, 34 008, nr. 3.
17 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 008, nr. 33.
18 *Kamerstukken I* 2014/15, 34 008, nr. C, p. 5.
19 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 008, nr. 33.
20 Uit: M. van Wijk, *Vernieuwd Mijnpensioenoverzicht.nl krijgt tijdlijn en partnerlogin*, 13 mei 2015 PensioenPro (online).

Een andere nieuwe functionaliteit betreft een vergelijking met het huidige netto maandinkomen. Vanaf 2016 zullen ook de gegevens op de website actueler worden: collectieve wijzigingen (zoals een lagere opbouw) dienen dan binnen vier maanden te worden doorgegeven na wijziging in de systemen van het pensioenfonds of de verzekeraar. Vanaf 2017 geldt hetzelfde voor individuele wijzigingen, zoals een scheiding.

Aan het einde van deze paragraaf over de nieuwe Wet pensioencommunicatie vraag ik nog aandacht voor een hoopvolle toezegging van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Naar aanleiding van discussie inzake de motie-Krol (50Plus) – die de regering vraagt, in goed overleg met betrokken organisaties, ook lijfrenten op te nemen in het pensioenregister – en een breed draagvlak voor deze denkrichting in de Kamer[21], heeft de staatssecretaris toegezegd in 2016 nadere informatie te geven over de mogelijkheden voor uitbreiding van het pensioenregister met derdepijlerproducten.[22] Een eervolle vermelding van de oproep van Gerry Dietvorst in het *Vakblad Financiële Planning*, lijkt mij in deze bijdrage zeker op zijn plaats: 'Een amendement met de oproep om banken en levensverzekeraars wettelijk te verplichten om lijfrenten op te nemen in het pensioenregister lijkt mij niet kansloos. De behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is nog gaande. Wie pakt deze handschoen op?'.[23]

4. Extra banen en een betere bewegwijzering op de pensioensnelweg

Dat ook lijfrenten straks een plek krijgen in het pensioenregister lijkt mij wenselijk voor een beter totaaloverzicht (zie ook paragraaf 2). Naar mijn overtuiging kan dit ook het denken in een bredere financiële planning voor later stimuleren. In dat kader is het mooi dat de Stichting Pensioenregister in de toekomst wil bekijken of de aansluiting verbeterd kan worden op pensioenplanners van derde partijen, zoals de Pensioenschijf van Vijf van het Nibud.[24] 'We blijven doorgaan met uitbreiden en optimaliseren', zegt Francine Giskes, voorzitter van de Stichting Pensioenregister tegen FD PensioenPro. 'Maar we zeggen er ook bij dat er een grens aan is. We maken bijvoorbeeld geen complete financiële planner. Wat we bieden is het pensioengedeelte van iemands financiële plaatje.'

De vraag komt op tot waar het pensioengedeelte van iemands financiële plaatje reikt. Naast de AOW en het werknemerspensioen kunnen mensen immers ook zelf aanvullend sparen voor het inkomen voor later. Dat kan op verschillende manieren.

---

21 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 008, nr. 26 en *Handelingen II* 2014/15, 34 008, nr. 59, item 10.

22 Zie: 'Bijlage: Planning pensioenonderwerpen voorjaar 2015' bij Kamerbrief planning pensioenonderwerpen 2015, 1 mei 2015.

23 Zie: G.J.B. Dietvorst, 'Pensioeninformatie verbetert, goed nieuws voor financieel planner', *VFP* 2015/25.

24 Zie: M. van Wijk, *Vernieuwd Mijnpensioenoverzicht.nl krijgt tijdlijn en partnerlogin*, 13 mei 2015 PensioenPro (online). Over de idee van de Pensioenschijf van Vijf, zie: M.R. Visser, 'Ieder zijn eigen pensioenschijf van vijf', *Pensioen Magazine* 2011/48.

Bijvoorbeeld belastingvriendelijk via lijfrente of banksparen. Zoals eerder aangegeven, is het wat mij betreft volstrekt logisch om ook deze aanvullingen bij www.mijnpensioenoverzicht.nl te betrekken. Die 'derde rijbaan' had er allang kunnen liggen, al heb ik begrip voor de impact van alle ontwikkelingen op pensioen (wetgevings)gebied de afgelopen jaren voor de (betrouwbaarheid van) informatie in het pensioenregister. De juistheid en adequaatheid van gepresenteerde gegevens staan wat mij betreft voorop.[25]

Maar ook de eigen woning kan gezien worden als onderdeel van de oudedagsvoorziening.[26] Een vrijgespaarde woning is een soort pensioen-in-natura: met lagere woonlasten volstaat een lagere pensioenambitie. De wetgever staat sinds 1 januari 2013 alleen nog hypotheekrenteaftrek toe als de hypotheekschuld ten minste annuïtair wordt afgelost. Dit betekent dat zeker voor jongere generaties de woonlasten na pensionering beperkt zullen zijn. Maar 'stenen kan men niet eten' en het verzilveren van de overwaarde van de eigen woning blijkt in de praktijk niet altijd even makkelijk.[27]

En wat te denken van vrije besparingen (in box 3), die men zou willen gebruiken als aanvulling op het meer 'traditionele' pensioen? Individuele pensioenproducten en vrije besparingen vormen nu samen ongeveer 15% van de financiering van de oude dag; de eigen woning zorgt gemiddeld voor ongeveer 10% van de financiering van de oude dag.[28] In die zin dus zeker iets om rekening mee te houden, ook als het gaat om het voorsorteren op eventuele verdere verbreding van de pensioensnelweg. Vooralsnog zou ik me richten op 'drie rijbanen' en de bewegwijzering naar het pensioenregister waar mogelijk verbeteren. Daar kan de Stichting Pensioenregister makkelijker doorschakelen naar een hogere versnelling. Een paar tips[29]:

1. Ga 'social', laat je zien en doe mee in de pensioendiscussie. Waarom is het pensioenregister niet actief op bijvoorbeeld Twitter en/of LinkedIn? Een eigen app? Dienstverlenend inspelen op onzekerheden die er leven bij mensen via deze kanalen, kan wellicht zorgen voor meer verkeer naar de website.

25 In zelfde zin: Werkgroep Arbeidsvormneutraal pensioenkader (werkgroep ANP), *Arbeidsvormneutraal pensioenkader: een logische vervolgstap*, CompetenceCentre for Pension Research, Tilburg University 2013, p. 30 (online).

26 Zie bijvoorbeeld: L. Spoor, 'Je huis of je leven?', Netspar NEA-Paper, nr. 9, juni 2008 en W. Asbeek Brusse & C.J. van Montfort (red.), *Wonen, zorg en pensioenen. Hervormen en verbinden*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid, december 2012.

27 Zie: G.J.B. Dietvorst, 'Versteend vermogen', *Vp-bulletin* 2014/3 en bijvoorbeeld Z.D.M. van den Boogaard & M.R. Visser, 'Over de waarde van de eigen woning als pensioenvoorziening', *WPNR* 6987/723, 21 september 2013.

28 Zie: Knoef e.a., 'Veel variatie in de pensioenopbouw van Nederlandse huishoudens', Netspar Brief 2, april 2015 (online). De onderzoekers gaan ervan uit dat mensen hun vrije besparingen niet als erfenis achterlaten en dat huishoudens die hun hypotheek (deels) afgelost hebben relatief lage woonlasten hebben, maar dat zij hun huis niet 'opeten'.

29 Deze tips en (passages rond) de gedachte van extra rijbanen zijn mede gebaseerd op een blog van mijn hand in 2013 bij Euroforum 'Pensioeninnovatie: www.trackmypension.eu' (online).

2. Lift mee op een belangrijk DigiD momentum: de jaarlijkse belastingaangifte. Versterk de band met de Belastingdienst en wellicht checken mensen straks voor of na het invullen van de aangifte ook het pensioen.[30]
3. Bied de informatie ook in het Engels aan. Naast expats en mensen die het Nederlands niet beheersen, is dit ook interessant voor een eventuele Europese verbindingslus. Bij verdere stappen naar een EU pensioenregister, of verbindingen tussen nationale registers, is dat een welkome aanvulling.[31]

5. Tot slot

De grootste uitdaging blijft om mensen veilig en verantwoord op weg te sturen richting hun pensioen. Dat vergt kennis, maar vooral kunde. Want informatie kan nog zo goed zijn, mensen blijven irrationeel gedrag vertonen.[32] Zo blijkt uit gedragswetenschappelijk onderzoek dat ze beperkte kennis en wilskracht hebben om tot afgewogen en doordachte beslissingen te komen en snel ontmoedigd zijn als ze teveel keuzemogelijkheden hebben. Daarnaast laten mensen zich sterk door de presentatie van keuzes en informatie sturen.[33]

Tijdige, correcte, duidelijke en evenwichtige informatie alleen is dus nog geen garantie voor het nemen van adequate financiële beslissingen voor de oude dag. In de ontwikkeling naar meer eigen verantwoordelijkheid bij pensioen, zullen we mensen dus moeten helpen. Dat is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de overheid, pensioenuitvoerders, werkgevers, financiële dienstverleners en adviseurs. Met veel bewegende pensioenpanelen is het zinvol om te kijken wie waarvoor eigenlijk verantwoordelijk is (of gehouden zou kunnen worden aan een bepaalde zorgplicht) en wat effectief beleid is ter ondersteuning. Naast de stappen in de goede richting die zijn – of worden – gezet met de Wet pensioencommunicatie, zie ik qua positieve beïnvloeding van het gedrag van mensen mogelijkheden met een goede keuzearchitectuur met verstandige standaarden (defaults) voor iedereen die niet wil of kan kiezen.[34] Verder onderzoek daarnaar is wenselijk. Met verbetering en verbreding van de digitale pensioensnelweg alleen zitten we op een dood spoor.

---

30 Bij de versterking van de band met de Belastingdienst, kan mogelijk ook het eerdere aanbod om de kennis binnen de Belastingdienst te benutten bij de verdere ontwikkeling van het pensioenregister worden betrokken. Zie: M.R. Visser, 'Plannen met pensioenregister vormen realistische eerste stap', *Pensioen Magazine* augustus/september 2008, p. 34.

31 Zie bijvoorbeeld: TTYPE, 'Establishing an ETS. Recommendations for creating a European pension tracking service', March 2015 (online). Gerry Dietvorst nam in 2008 zitting in een expert group die destijds onder andere al pleitte voor het opzetten van een nationaal pensioenregister in alle EU landen. Zie: 'Realising a single labour market for researchers. Report of the European Rerearch Area expert group, EC 2008 (EUR 23321)' (online). Voor onderzoekers in Europa is er al een functionerende portal: www.findyourpension.eu.

32 Zie bijvoorbeeld: H. Prast, F. Teppa & A. Smits, 'Is information overrated? Evidence from the pension domain', Netspar Discussion Papers 12/2012-050.

33 Zie (ook voor interessante literatuurverwijzingen naar gedragswetenschappelijk onderzoek): Pensioenstelsel en keuzegedrag. Een bijdrage van Wijzer in geldzaken aan De Nationale Pensioendialoog, 2015 (online).

34 Voor een interessant denkkader, zie bijvoorbeeld: C. van Ewijk & R. Mehlkopf, 'Kosten en baten van keuzevrijheid in pensioenen', *ESB* Jaargang 100 (4703S) 12 februari 2015.