

Socialezekerheidsrecht

Enkele recente ontwikkelingen in het pensioenrecht

Yves STEVENS
hoofddocent KU Leuven

I. Inleiding

21. Net zoals vele andere Westerse landen¹ hervormt België stilaan zijn pensioenen. De vergrijzing, de ontgroening en de verhoogde afhankelijkheidsratio lijken het absolute *leitmotiv*². De uitgangspunten zijn overal dezelfde: promotie van het langer werken, strengere toelaatbaarheidsvoorwaarden, beperkingen op de toekenningen, strengere cumulatieregels, beperkingen aan de afgeleide rechten, verhoogde inzet op de aanvullende pensioenen, meer transparantie en betere communicatie naar de burgers.

Dergelijke hervormingen doen zich steeds gradueel voor. In de Westerse wereld gebeuren pensioenhervormingen nooit bij wijze van revolutie³ maar steeds door gestadige evolutie. Soms wat sneller en meestal wat trager. De laatste twee jaren zat België wat meer in een (kleine) stroomversnelling op wetgevend vlak. Heel wat regels werden aangepast. Zonder dat het evenwel om een volledige herschikking of herijking ging van ons pensioensysteem. Dit is ook logisch: wijzigingen aan pensioensystemen liggen overal ter wereld politiek gevoelig. Dat is ook niet verwonderlijk. Mensen houden vast aan hun (toekomstige) rechten. Aangezien de hierboven aangehaalde uitgangspunten in het algemeen niet echt populair zijn, vergen alle wijzigingen tijd. Dit is de tijd voor een mentaliteitswijziging. Bij wijze van voorbeeld: het idee van een mogelijke verhoging van de pensioenleeftijd is vandaag beter maatschappelijk verdedigbaar dan 10 jaar geleden (losstaand van de vraag of dit terecht of onterecht is). Binnen vijf jaar zal het draagvlak hoogstwaarschijnlijk nog groter zijn.

¹ Europese Commissie, *Witboek: een agenda voor adequate, veilige en duurzame pensioenen*, Brussel, 16 februari 2012, COM(2012) 55, <http://ec.europa.eu/social/>.

² Europese Commissie, *Witboek: een agenda voor adequate, veilige en duurzame pensioenen*, Brussel, 16 februari 2012, COM(2012) 55, 2: “Een vergrijzende bevolking vormt een grote uitdaging voor de pensioenstelsels in alle lidstaten. Tenzij vrouwen en mannen, naarmate zij langer leven, ook langer aan het werk blijven en meer sparen voor hun pensioen, kan de adequaatheid van de pensioenen niet worden gegarandeerd aangezien de vereiste toename van de uitgaven niet op te brengen valt. Tot 2060 zal volgens de projecties de levensverwachting bij de geboorte voor mannen stijgen met 7,9 jaar en voor vrouwen met 6,5 jaar, vergeleken met 2010. En het probleem is niet ver weg – het staat voor de deur nu de baby-boomers met pensioen gaan en de beroepsbevolking van Europa begint te krimpen. Dit wordt weerspiegeld in een jaarlijkse stijging van het aantal 60-plussers met circa twee miljoen, bijna dubbel zo hoog als in de late jaren 1990 en het begin van de jaren 2000. Daarentegen zal het aantal mensen in de meest actieve leeftijdsgroep (20-59 jaar) de komende decennia elk jaar dalen.” Voor België maakt de studiegroep voor de vergrijzing ook jaarlijks een verslag met daarin de belangrijkste Belgische parameters, zie: www.plan.be en meer bepaald de projecties die voorgesteld worden op deze site.

³ In dit verband is het boek van Ellen Immergut en haar collega's een echte aanrader. Het boek analyseert de pensioenpolitiek van een aantal landen en doorgronden daarbij enkele exogene en endogene veranderingsfactoren. E. IMMERGUT, K. ANDERSON en I. SCHULZE (eds.), *The Handbook of West European Pension Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 932 p.

De recente (kleine) stroomversnelling is het werk van de regering Di Rupo. Deze regering heeft in het regeerakkoord van 1 december 2011 immers een apart hoofdstuk over de pensioenen ingelast⁴. Dergelijk apart hoofdstuk is eerder uitzonderlijk. Bovendien is het hoofdstuk relatief detaillistisch uitgewerkt⁵. Deze bijdrage tracht geen overzicht te bieden van de vele kleine wijzigingen in het pensioenlandschap. Hierover bestaan reeds voldoende overzichten en op de websites van de respectievelijke pensioendiensten (voornamelijk RVP en PDOS) kan men steeds actuele informatie vinden⁶. De doelstelling is eerder te concentreren op drie specifieke onderwerpen uit drie pensioendomeinen: de inkomensgarantie voor ouderen, de wettelijke pensioenen en de aanvullende pensioenen. Bij de keuze van de drie onderwerpen is louter en alleen gesteund op persoonlijke interesse. Het gaat driemaal om een wetswijziging waarbij enkele korte bedenkingen geformuleerd worden/zijn.

II. Eén dag werken bij het OCMW voor een inkomensgarantie?

22. In principe heeft een persoon, die zijn hoofdverblijfplaats in België heeft, na een bestaansmiddelenonderzoek recht op inkomensgarantie voor ouderen (hierna: IGO) vanaf 65 jaar. Voor een bepaalde categorie is er echter een bijkomende voorwaarde. Personen van buitenlandse nationaliteit hebben slechts recht op IGO als zij tevens recht hebben op een Belgisch pensioen⁷. Concreet gaat het meestal om asielzoekers. De wetgever heeft in 2012 hierbij voorgeschreven dat er een minimale loopbaan als werknemer, zelfstandige of ambtenaar in België moet zijn van minstens 312 voltijdse dagequivalenten⁸. Om als buitenlander voortaan een IGO te genieten, moet men met andere woorden 312 voltijdse dagen gewerkt hebben. Dit komt pensioentechnisch overeen met één voltijds werkjaar als werknemer.

De grondslag voor deze nieuwe regeling was het verhoogde risico op sociale fraude in de oude regeling. Voorheen volstond het om één dag gewerkt te hebben in België om een werknemerspensioen te genieten waardoor het recht op IGO zich opende. Volgens de pers zouden een aantal OCMW's zich hieraan bezondigd hebben. Zij zouden mensen als werknemer hebben ingeschreven gedurende minstens één dag bij het eigen OCMW. Dit werd niet gedaan met

⁴ Regeerakkoord 1 december 2011. Hoofdstuk 2.2. Hervorming van de pensioenen, 102-106, <http://premier.fgov.be/nl/regeerakkoord>.

⁵ Door een ministerwissel eind 2012 was er daarenboven ook nog een algemene beleidsnota van 21 december 2012 die in de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd voorgesteld. Algemene beleidsnota pensioenen, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53 2586/019.

⁶ Voor een volledig overzicht, verwijs ik naar de nieuwsbrieven van de leergang pensioenrecht die men kan vinden op de website: www.law.kuleuven.be/leergangpensioenrecht/nieuwsbrief.

⁷ Art. 4 Wet 22 maart 2001 tot instelling van een inkomensgarantie voor ouderen, *BS* 29 maart 2001.

⁸ Art. 108-110 Programmawet (I) 22 juni 2012, *BS* 28 juni 2012. Deze aanpassingen zijn van toepassing op de IGO's die daadwerkelijk en voor de eerste maal ten vroegste op 1 juli 2012 ingaan.

het oog op de uitbouw van een langdurige arbeidsrelatie, maar wel om het recht op IGO te openen. Door deze korte tewerkstelling kwamen deze mensen immers wel in aanmerking voor een pensioen betaald door de federale overheid, en vielen ze dus niet langer ten laste van het plaatselijke OCMW. Via een eigen tewerkstelling opende het OCMW zo het recht op IGO voor oudere asielzoekers. Deze nieuwe regeling van 312 dagen stelt hier echter paal en perk aan. De regeling doet echter ook twee vragen rijzen.

De eerste vraag is een discriminatievraagstuk. Op een parlementaire vraag over de hogervermelde activiteiten van bepaalde OCMW's antwoordde de toenmalige minister van sociale zaken in 2011 dat de invoering van een minimum pensioenloopbaan voor de opening van de/een IGO "zeker als discriminerend" zou worden beschouwd omdat men bepaalde personen of nationaliteiten viseert⁹. Het gaat nog aldus de minister om een basisrecht van iedere persoon die zich legaal op het Belgisch grondgebied bevindt om een minimale tussenkomst te krijgen om in zijn basisbehoeften te kunnen voorzien. De stelling dat dergelijke regel zeker als discriminerend beschouwd zou moeten worden, kan echter betwist worden. Het Grondwettelijk Hof heeft immers al geoordeeld dat de wetgever het voordeel van IGO, gelet op het niet-contributieve karakter, afhankelijk mag stellen van een voldoende sterke band met België¹⁰. De wetgever mag zo - volgens het Grondwettelijk Hof - die band met België baseren op het bestaan van een beroepsloopbaan die een deelname veronderstelt aan de financiering van de gevraagde prestatie. Dit omdat het gaat over het genot van een sociale prestatie die uitsluitend wordt gefinancierd met belastinggeld¹¹. De rechtsleer heeft dan ook terecht afgeleid dat er wel degelijk een bepaalde voorwaarde gesteld worden voor deze (beperkte) categorie van vreemdelingen¹². Er kan immers moeilijk beweerd worden dat tewerkstelling van slechts één dag een voldoende sterke band met België bewijst of dat deze wel zeer beperkte tewerkstelling een deelname veronderstelt aan de financiering van de gevraagde prestatie. Het discriminatie-argument van de minister houdt met andere woorden geen steek.

De tweede vraag is van heel andere aard, namelijk de "sociale fraude" die aan de grondslag ligt van de nieuwe regeling. Als we de pers en de parlementaire vragen mogen geloven, dan hebben een aantal OCMW's zich bezondigd aan "fraude" door de kortstondige tewerkstellingen. Wat is het gevolg hiervan? De arbeidsovereenkomst die het OCMW sloot met de asielzoeker is *mijn inziens* absoluut nietig. Opdat een arbeidsovereenkomst geldig zou zijn, moet er aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan. Eén van deze voorwaarden is de geoorloofde oorzaak van de arbeidsovereenkomst. De wederzijdse verplichtingen van de

⁹ *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 18 april 2011, 53-57 (Vr. nr. 65 K. GROSEMANS).

¹⁰ Voor een gedetailleerde analyse, zie ook: E. VAN GENECHTEN en Y. STEVENS, "Pensioenen werknemers, zelfstandigen en overheids personeel en inkomensgarantie voor ouderen" in J. PUT en V. VERDEYEN (eds.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 2006-2011*, Brugge, die Keure, 2011, 656.

¹¹ GwH 10 juni 2010, nr. 69/2010, *Soc.Kron.* 2012, afl. 2, 78.

¹² B. VANDENBUSSCHE, *Pensioenhervorming 2012*, Mechelen, Kluwer, 2012, 16. De auteur verwijst tevens naar E. VAN GENECHTEN, *Nieuwsbrief leergang pensioenrecht*, 2011-2012, afl. 5, 29.

partijen, het verrichten van de arbeid en het betalen van het loon, moeten een geoorloofde oorzaak hebben. Dat wil zeggen dat zij niet in strijd mogen zijn met de openbare orde en de goede zeden¹³. Het staat volgens mij buiten kijf dat de openbare orde geschonden is door de handelingen gesteld door het OCMW. Het algemeen belang wordt immers duidelijk geschaad. Verder is een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak of valse oorzaak in beginsel absoluut nietig. De overeenkomst wordt derhalve geacht niet te bestaan en kan geen rechtsgevolgen teweegbrengen. De absolute nietigheid van de arbeidsovereenkomst heeft verregaande en gekende gevolgen: de inroepbaarheid door elke belanghebbende, de ambtshalve opwerping door de rechter, geen dekking door partijen en de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van 30 jaar. Er bestaat echter ook een uitzondering op deze gevolgen. Zo stelt artikel 14 WAO¹⁴ dat de nietigheid niet kan worden ingeroepen ten aanzien van de rechten van de werknemer die voortvloeien uit de toepassing van de arbeidsovereenkomstenwet. Met andere woorden, zelfs als de arbeidsovereenkomst (absoluut) nietig is, behoudt de werknemer zijn rechten. Dit gaat echter slechts op in twee gevallen: 1° ingevolge een overeenkomst nietig wegens inbreuk op de bepalingen die de regelen van de arbeidsverhoudingen tot voorwerp hebben en 2° in de speelzalen. Bovendien is er een gelijkaardige bepaling in artikel 5 van de Arbeidswet die tevens bepaalt dat de nietigheid niet kan worden ingeroepen tegen jeugdige werknemers. Omdat de zaak ten gronde handelt over mensen die een inkomensgarantie voor ouderen willen genieten, laten we dit verder buiten beschouwing.

De relevante vraag is dus: is er *in casu* een inbreuk op de bepalingen die de regelen van de arbeidsverhoudingen tot voorwerp hebben? Zo ja, dan mogen de gevolgen van de absolute nietigheid niet ingeroepen worden tegen de werknemer. Zo nee, de gevolgen van de absolute nietigheid gelden ook voor de werknemer. Er is over deze materie weinig geweten en er bestaat relatief weinig houvast. Rechtspraak en rechtsleer zijn karig. VAN EECKHOUTTE stelt dat *de regelen die de arbeidsverhoudingen tot voorwerp hebben* verband houden met de arbeidsbescherming in de ruime zin en verwijst daarbij naar het verbod op kinderarbeid en de regeling van de buitenlandse arbeidskrachten¹⁵. De weinige rechtspraak handelt veeleer over absolute nietigheid wegens een inbreuk op de goede zeden of wegens dwaling of bedrog¹⁶. Kijkend naar het beoogde doel van de arbeidsovereenkomsten meen ik *in casu* te moeten stellen dat deze overeenkomsten niet tot doel hadden een arbeidsverhouding tot stand te brengen maar eerder sociale bescherming tot stand te brengen op een veeleer sluikse wijze. Vandaar dat ik zou stellen dat er in casu geen inbreuk is geweest op de bepalingen die de regelen van de arbeidsverhoudingen tot voorwerp hebben. Vooraleer dergelijke inbreuk kan plaats vinden, moet er eerst een arbeidsver-

13 W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht met fiscale notities 2012-2013*, I, Mechelen, Kluwer, 2012, 588.

14 Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten BS 22 augustus 1978, *err.* BS 30 augustus 1978.

15 W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht met fiscale notities 2012-2013*, I, Mechelen, Kluwer, 2012, 588.

16 Arbh. Antwerpen 21 september 1988, *JTT* 1990, 14 en Arbh. Bergen 26 januari 2011, *JTT* 2011, 115.

houding zijn en die ontbreekt. De ongeoorloofde oorzaak leidt *mijn inziens* dan ook tot een absolute nietigheid waarachter de werknemer – IGO gerechtigde – zich niet kan verschuilen. Door de absolute nietigheid valt ook de rechtsgrond van de toekenning voor de IGO weg. De overheid zou derhalve deze “valse” IGO-gerechtigden hun rechten kunnen ontnemen.

De OCMW's die deelnamen aan deze praktijk van gefingeerde arbeidsovereenkomsten van één dag zouden mijn inziens vervolgd moeten worden. Naast de juridische kwalificatie is er volgens mij een gebrek aan respect voor de rechtsstaat. Dat deze OCMW's gehandeld hebben met het hart op de juiste plaats is volgens mij in deze ondergeschikt. De OCMW-medewerkers die dit systeem hadden opgezet, hebben oprecht getracht asielzoekers zonder inkomen te helpen op een zo efficiënt mogelijke manier. In een rechtsstaat is het echter de wetgever die moet worden aangesproken om dergelijke sociale problemen ten gronde op te lossen. De wetgever heeft gehandeld door nu duidelijke voorwaarden te stellen voor buitenlanders die IGO willen genieten. Ze moeten minstens 312 dagen gewerkt hebben waardoor ze pensioengerechtigd worden. Ik betwijfel of er nog veel OCMW's onder deze omstandigheden asielzoekers gaan tewerk stellen omhen aan een IGO te helpen.

III. Vervroegd (wettelijk) pensioen en verplicht terug gaan werken?

23. Een zogenaamd vlaggenschip van de pensioenhervorming van de regering Di Rupo is het optrekken van de pensioenleeftijd voor het vervroegd pensioen met inbegrip van de nodige loopbaanvereiste. Vanaf 2013 verhoogt de toegangsleeftijd voor vervroegd pensioen van 60 jaar stapsgewijs om in 2016 op 62 jaar te komen. Eenzelfde beweging gebeurt met de minimale loopbaanvereiste van 35 jaar. Vanaf 2016 zal die 40 jaar zijn. Het spreekt voor zich dat er op deze nieuwe vervroegde pensioenleeftijd van 62 jaar met 40 jaar anciënniteit tal van uitzonderingen en overgangsmaatregelen zijn geformuleerd. Voor een volledig overzicht verwijs ik naar het praktijkboek sociale zekerheid 2012 of websites *terzake*¹⁷. Voor deze bijdrage wil ik de aandacht vestigen op één specifieke uitzondering op de verhoging van de pensioenleeftijd.

Sommige categorieën van werknemers behouden hun recht om vervroegd op pensioen te gaan op de leeftijd van 60 jaar na 35 jaren loopbaan. Het gaat bijvoorbeeld om mensen van wie de opzeggingstermijn al liep vóór het regeerakkoord werd bekendgemaakt met de daarin aangekondigde maatregelen (28 november 2011). In de nieuwe wetbepalingen staat tevens dat de Koning de bevoegdheid heeft om overgangsmaatregelen te nemen voor werknemers “*die vóór 28 november 2011 in onderling overleg met hun werkgever een overeenkomst van vervroegde uittreding hebben afgesloten die ten vroegste vervalt op de leeftijd van 60 jaar (buiten het kader van werkloosheid met bedrijfsstoelag)*,”

¹⁷ Bijvoorbeeld J. PUT en V. VERDEYEN, *Praktijkboek Sociale Zekerheid*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1186 p.

voor zover de werknemers op dat ogenblik een loopbaan van minstens 35 jaar kunnen bewijzen”¹⁸.

Werknemers die met andere woorden aan hun werkgever een vervroegde uittreding hebben aangevraagd vóór 28 november 2011 (dag van de regeringsverklaring) kunnen na 31 december 2011 nog steeds met vervroegd pensioen gaan op 60 jaar na een loopbaan van minstens 35 jaar. Het uitvoeringsbesluit maakt verder duidelijk dat volgende cumulatieve voorwaarden voldaan moeten zijn¹⁹:

- een individuele en schriftelijke overeenkomst van vervroegde uittreding die ten vroegste eindigt op de leeftijd van 60 jaar;
- de overeenkomst moet los staan van conventioneel brugpensioen;
- de overeenkomst moet gesloten zijn in het kader van:
 - een arbeidsreglement waarvan een kopie is bezorgd aan de FOD WASO vóór 28 november 2011;
 - een collectieve arbeidsovereenkomst geregistreerd bij de FOD WASO vóór 28 november 2011;
 - een WAP-²⁰ conform pensioenreglement van kracht vóór 28 november 2011.
- de werknemer moet ten laatste op 28 november 2011 aan de voorwaarden van het arbeidsreglement, de collectieve arbeidsovereenkomst of het pensioenreglement voldoen.

Als deze werknemers hun aanvraag tot vervroegd rustpensioen indienen, leveren ze aan de Rijksdienst voor Pensioenen, ter ondersteuning van hun aanvraag, naast de kopie van de schriftelijke individuele overeenkomst van vervroegde uittreding ook een kopie van het arbeidsreglement, de collectieve arbeidsovereenkomst of van het pensioenreglement²¹.

Zelfs als men thuis is in de pensioenmaterie, dan komt deze uitzondering bijzonder cryptisch over. Wie wordt er immers geviséerd door dergelijke individuele overeenkomst van vervroegde uittreding? Nota bene nog naast brugpensioen. Men zou natuurlijk kunnen denken aan stelsels zoals het pseudobrugpensioen²². Deze stelsels werden inderdaad immers nog gesloten in het kader

¹⁸ Art. 4 Wet 20 juli 2012 tot wijziging van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen, wat betreft het pensioen van de werknemers en houdende nieuwe overgangsmaatregelen inzake het vervroegd rustpensioen van de werknemers, *BS* 14 augustus 2012 (ed. 2).

¹⁹ Art. 3 KB 26 april 2012 tot uitvoering, inzake het pensioen van de werknemers, van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen, *BS* 30 april 2012 (ed. 2).

²⁰ Wet 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid, *BS* 15 mei 2003 (ed. 2), *err.* *BS* 26 mei 2003 (hierna verkort: WAP).

²¹ Art. 3 KB 26 april 2012 tot uitvoering, inzake het pensioen van de werknemers, van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen, *BS* 30 april 2012 (ed. 2).

²² Pseudobrugpensioenen zijn regelingen waarbij een werknemer wordt ontslagen zonder dat hij/zij voldoet aan de voorwaarden om van het SWT (brugpensioen) te genieten, maar waarbij een gelijkaardig voordeel als bij SWT wordt toegekend.

van een CAO of soms zelfs een arbeidsreglement. Maar wat te denken van stelsels van vervroegde uittreding geregeld in “*een WAP conform pensioenreglement van kracht vóór 28 november 2011*”? Over wie kan dit gaan?

Om deze uitzondering te begrijpen moet men naar bepaalde overgangsbepalingen van de WAP van 2003 kijken. De uitzondering behandelt namelijk een uitzonderingsregime rond de pensioenleeftijd voor de aanvullende pensioenen.

Het gaat meer bepaald om de pensioenleeftijd bij de aanvullende pensioenen die er sinds de WAP is gekomen. Deze pensioenleeftijd bij het aanvullend pensioen is technisch ingebed in een verbod op afkoop (art. 27 WAP). Wordt namelijk verboden: de afkoop van de verworven reserves of de uitbetaling van de prestaties vóór het bereiken van de leeftijd van 60 jaar, of vóór de pensionering indien de werknemer zijn wettelijk pensioen vóór zijn 60e jaar opneemt. Voorheen kwam een ‘vervroegde’ afkoop geregeld voor, bijvoorbeeld in geval van brugpensioen. Dit is sinds de WAP principieel verboden. In de Memorie van Toelichting bij de WAP wordt er verder gepreciseerd dat de afkoop van de reserves niet mogelijk mag zijn voor de wettelijke (vervroegde) pensionering²³. De wetgever heeft zo met andere woorden een einde willen stellen aan een praktijk die erin bestond dat de aangeslotene bij zijn uittreding – ongeacht de leeftijd – sowieso zijn verworven reserves kon afkopen voor zover dit voorzien was in het pensioenreglement²⁴. In de pensioenpraktijk kwamen soms bijzonder lage pensioenleeftijden voor. Dit gebeurde niet in het minst in het kader van vervroegde uittredingsmechanismes.

Veelal bestaat het voordeel uit een aanvullende vergoeding bovenop de werkloosheidsuitkering. Deze regelingen kunnen voortvloeien uit een cao afgesloten op sectoraal of op ondernemingsvlak of uit een individueel akkoord. Voor een gedetailleerde historische analyse: G. GIESELINK, Y. STEVENS en B. VAN BUGGENHOUT, “Vervroegde uittreding van oudere werknemers in België”, *BTSZ* 2002, afl. 4, 575-613.

23 Wetsontwerp betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1340/001; MvT Wetsontwerp betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1340/001, 54.

24 Door de Raad van State werd opgemerkt dat door deze nieuwe bepaling ingegrepen wordt op bestaande contractuele bepalingen en dat aldus de rechtszekerheid mogelijk in het gedrang komt. Voor zulke afwijking dient een redelijke verantwoording te bestaan die bovendien de evenredigheidstoets zal moeten kunnen doorstaan: Wetsontwerp betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1340/001, 138. Door een regeringsamendement nr. 7 (Amendement wetsontwerp betreffende de aanvullende pensioenen, *Parl.St.* Kamer 2000-01, 1340/002, 6) is nadien de leeftijd terug gebracht tot 60 jaar. De minister gaf aan in de bespreking in de kamercommissie dat die nieuwe leeftijd het gevolg was van een evenwichtig akkoord waarmee zowel werkgevers als werknemers konden instemmen. De leeftijd van 60 jaar is trouwens ook reeds in tal van reglementen ingeschreven (Verslag namens de commissie voor de sociale zaken uitgebracht door Mevrouw M. DE BLOCK, *Parl. St.* Kamer, 2000-01, nr. 1340/5, 60).

In het sociaal luik van de WAP is de pensioenleeftijd nu duidelijk vastgelegd. In het fiscaal recht zit er echter nog een leemte. Ondanks het duidelijk verbod op afkoop voor 60 jaar wordt fiscaal er wel aanvaard dat men afkoopt voor die leeftijd. De fiscale gunsttarieven zijn dan echter niet van toepassing. De kapitaal en afkoopwaarden die worden uitgekeerd voor de pensioenleeftijd worden fiscaal als volgt behandeld:

- belasting aan het progressieve tarief, met toepassing van de vermindering voor pensioenen, voor wat betreft het gedeelte van het kapitaal of afkoopwaarde gevormd door werkgeversbijdragen en dat gevormd met persoonlijke bijdragen gestort vóór 1 januari 1993 (art. 515*bis* WIB'92);
- afzonderlijke belasting aan 33% voor wat betreft het gedeelte van het kapitaal of afkoopwaarde gevormd door persoonlijke bijdragen.

Fiscaal is vervroegde afkoop voor de leeftijd van 60 jaar dan ook zeker niet interessant.

Ten tijde van de invoering van de WAP werd de introductie van een wettelijke pensioenleeftijd van 60 voor aanvullende pensioenen aanzien als een vrij ernstige ommekeer in vergelijking met de situatie daarvoor²⁵. Ervoor betekende immers: vrijheid en blijheid. Daarom werden er een aantal belangrijke overgangsmaatregelen opgenomen in de wet²⁶. Zo liet de wetgever bijvoorbeeld toe dat tot 15 november 2003 alle pensioentoezeggingen nog een pensioenleeftijd van 58 jaar mochten invoeren (in de plaats van 60). Deze uitzondering mocht echter geen uitwerking meer hebben na 31 december 2009. Vanaf dan was het 60 jaar voor iedereen en voor alle aanvullende pensioentoezeggingen. Een andere – en in het kader van deze bijdrage belangrijke – overgangsmaatregel stelde dat het verbod op afkoop van de reserves of de uitbetaling van de prestaties vooraleer de leeftijd van 60 jaar is bereikt, niet geldt tot 31 december 2009 voor welbepaalde pensioentoezeggingen. Het gaat meer bepaald om pensioentoezeggingen die zijn ingevoerd door CAO, pensioenreglement, of een individuele pensioenovereenkomst voor 15 november 2013 of die voortvloeien uit de verlenging van een voor die datum gesloten CAO (art. 61, §1 WAP). Concreet hielden deze toezeggingen in dat mensen nog vroeger dan 60 hun aanvullend pensioen konden trekken zolang het maar voor 31 december 2009 was. Ook voor al deze plannen golden de gunstige belastingtarieven.

De datum die hier in het oog moet worden gehouden, is 31 december 2009. Toen de financiële crisis(es) van 2007, 2008 en 2009 volop woedde, waren er tal van ondernemingen die herstructureerden. Brugpensioen in het kader van herstructurering was een veel voorkomend instrument. Zelfs het pseudobrugpensioen – hoewel fiscaal minder interessant – werd ook gehanteerd voor de mensen die niet in aanmerking kwamen voor het brugpensioen. Maar – zoals steeds – waren er ook restcategorieën: mensen die niet in aanmerking kwamen voor brugpensioen of pseudobrugpensioen maar die wel – op een sociaal vriendelijke manier – “moesten” afvloeien. De creativiteit van enkelingen leidde er toe dat de aanvullende pensioentoezeggingen zoals hiervoor beschre-

²⁵ V. DE BRABANTER, G. GIESELINK, V. PERTRY, P. ROELS en Y. STEVENS, *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Mechelen, Kluwer, 2004, 459.

²⁶ Art. 57 en 61 WAP.

ven plots handig van pas kwamen. Deze pensioentoezeggingen lieten mensen immers toe om nog voor de leeftijd van 60 jaar maar uiterlijk op 60 jaar hun reserves af te kopen. Een aantal (voornamelijk grotere) ondernemingen zetten volgende constructie op:

- werknemers werden ontslagen of werden vrijgesteld van arbeid via CAO;
- de werknemers leden geen financieel verlies door dit ontslag of deze vrijstelling; het aanvullend pensioen werd namelijk gehanteerd als financieeringsmechanisme om de periode tussen het ontslag of de vrijstelling van arbeid te overbruggen tot aan het vervroegd pensioen;
- (ex)-werknemers kregen zo een aanvullend pensioen uitbetaald vanaf hun ontslag of vrijstelling tot aan hun vervroegd pensioen op 60 jaar;
- sommige plannen betaalden deels uit in rente (meestal wanneer het vervroegd pensioen een aanvang kende vóór 31 december 2009) maar als het vervroegd pensioen plaats vond na 31 december 2009 dan werd er meestal een éénmalig kapitaal uitbetaald waarbij er exact werd aangegeven met welke maandelijksse rente dit overeenstemde tot aan het vervroegd pensioen.

Het fiscaal voordelig aanvullend pensioen werd zo een glijmiddel tot aan het vervroegd pensioen op de leeftijd van 60 jaar. Met de graduele optrekking van de vervroegde pensioenleeftijd naar 62 jaar, zullen er ongetwijfeld een aantal mensen in deze constructie geschrokken zijn. De constructie was immers opgebouwd rond de start van het vervroegd pensioen vanaf 60 jaar met een minimale loopbaan van 35 jaar. Zeker bij de ontslagen werknemers werd er ook geen verdere loopbaan opgebouwd. Ze zouden dan ook niet op pensioen kunnen gaan, maar moesten ofwel terug gaan werken ofwel wachten tot de leeftijd van 65 jaar. Ik kan me inbeelden dat sommige mensen slecht geslapen hebben van dit vooruitzicht. Tegen vrienden en familie vertelt men immers dat men reeds met pensioen is. De betrokken (grote) ondernemingen hebben echter duidelijk sterke politieke connecties of goede lobbygroepen. Want met de zinsnede “*stelsels van vervroegde uittreding geregeld in een WAP conform pensioenreglement van kracht vóór 28 november 2011*” wordt niet geraakt aan de hogervermelde constructie. De ex-werknemers kunnen op hun beide oren slapen. Als de rente afloopt of het kapitaal is opgesoupeerd, kunnen ze rustig vanaf 60 jaar van hun vervroegd wettelijk pensioen genieten. De constructie blijft overeind.

IV. Hoe jonger op (aanvullend) pensioen, hoe fiscaal voordeliger?

24. De uitkeringen in de vorm van een éénmalig kapitaal voor de aanvullende pensioenen gefinancierd met bijdragen van de onderneming kennen vanaf 1 juli 2013 enkele nieuwe tarieven²⁷. Het huidige tarief van 16,5 % wordt verhoogd tot 20 % bij een uitkering op de leeftijd van 60 jaar, en tot 18 % bij een uitkering op 61 jaar. Het huidige 10 %-tarief blijft gelden op voorwaarde dat de aangeslotene 'effectief actief' blijft tot zijn 65ste en het pensioenkapitaal ook

²⁷ Programmawet 22 juni 2012, BS 28 juni 2012.

ten vroegste vanaf die leeftijd wordt uitgekeerd. Volgend schema geeft de oude en de nieuwe tarieven aan voor de aanvullende pensioenen (exclusief) gefinancierd via werkgeverstoelagen:

Uitkering vanaf leeftijd	Vóór 1 juli 2013	Na 1 juli 2013
60	16,5%	20%
61	16,5%	18%
62-64	16,5%	16,5%
65 en ouder	16,5% of 10%*	16,5% of 10%*

* Het percentage van 10% is van toepassing op voorwaarde dat de werknemer het kapitaal ten vroegste ontvangt op de wettelijke pensioenleeftijd (65 jaar of wettelijke afwijking) en de laatste drie jaar voor deze wettelijke pensioenleeftijd ononderbroken effectief heeft gewerkt²⁸.

Deze nieuwe regeling lijkt tamelijk éénduidig en eenvoudig. De formulering van de wetteksten roept echter enkele vragen op. Het gaat meer bepaald om artikel 171 WIB '92 dat gewijzigd werd door de programmawet van 22 juni 2012²⁹. Het nieuwe artikel 171, 3°bis WIB '92 legt de aanslagvoet op 20% *“in zover het kapitalen betreft die door werkgeversbijdragen of bijdragen van de onderneming zijn gevormd en bij leven worden uitgekeerd: aan de werknemer of de bedrijfsleider op de leeftijd van 60 jaar [...]”*. Daarnaast verandert 171, 4°, f) WIB '92 lichtelijk in de aanhef. Dit artikel legt het tarief van 16,5% vast voor *“kapitalen en afkoopwaarden die inkomsten vormen [...] en ze aan de begunstigde worden uitgekeerd naar aanleiding van zijn pensionering (eigen onderstreping) of bij leven vanaf de leeftijd van 62 jaar [...]”*.

Discussie kan ontstaan over de notie “pensionering”. In de praktijk van de aanvullende pensioenen is het perfect mogelijk en zelfs frequent voorkomend dat men het aanvullend pensioen reeds opneemt nog voor dat men op “wettelijk” pensioen is. In de huidige stand van zaken (begin 2013) is het juridisch perfect haalbaar om bijvoorbeeld het aanvullend pensioenkapitaal af te kopen (dit is “pensionering” in de zin van de aanvullende pensioenen) op de leeftijd van 60 maar slechts op “wettelijk” pensioen te gaan op een latere leeftijd. De twee pensioneringen moeten met andere woorden niet simultaan lopen.

De wetgever heeft niet willen verhelpen aan dergelijke discordantie tussen het wettelijk en het aanvullend pensioen. De wetgever had dit volgens mij beter wel gedaan. Het staat in de sterren geschreven dat dit vroeg of laat problemen gaat opleveren. Zo bijvoorbeeld nu reeds met de interpretatie van het nieuwe artikel 171, 4°, f) WIB '92. Stel dat een werknemer op 1 augustus 2013 vervroegd met wettelijk pensioen wil gaan op de leeftijd van 60 jaar. Dit kan bijvoorbeeld nog omdat hij onder één van de vele wettelijke uitzonderingsregimes valt. Op diezelfde leeftijd vraagt hij zijn aanvullend pensioen op. Hij “pensioneert” dan ook aanvullend. Welk is het toepasbare tarief? Op het eerste

²⁸ Voor een gedetailleerde analyse, zie C. SCHILDERMANS, *“Het fiscaal regime van de aanvullende pensioenen en sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid”* in X., *Kluwer's Verzekeringshandboek*, III, Diegem, Kluwer, losbl., III.3-01 - III.3-79.

²⁹ Programmawet 22 juni 2012, BS 28 juni 2012.

gezicht kan men kijken naar het nieuwe artikel 171, 3^o*bis* WIB '92. Dan is de heffing gelijk aan 20%. Grondslag: de betrokkene is slechts 60. Het vroegere gunsttarief van 16,5% wordt opgetrokken naar 20%. Maar men kan net zo goed kijken naar artikel 171, 4^o, f) WIB '92. Dan is de heffing gelijk aan 16,5%. Grondslag: de betrokkene is gepensioneerd. In laatst vermeld artikel staat immers *“naar aanleiding van zijn pensionering”*.

Welke van de twee interpretaties zal het uiteindelijk zijn? Men zou kunnen reneren dat het meest voordelige tarief moet spelen voor de belastingplichtige bij een onduidelijke wet. Dit heeft echter het bizarre gevolg dat het voordeliger wordt om “aanvullend” op pensioen te gaan op de leeftijd van 60 dan op de leeftijd van 61, want vanaf dan geldt het tarief van 18%. Dit kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. De wetgever beoogt het langer werken immers te promoten. Dit staat daar haaks op. Men zou natuurlijk kunnen stellen dat ik spijkers op laag water zoek en dat de wetgever dit bij een volgende gelegenheid recht zet of dat de fiscale administratie wel een circulaire zal uitvaardigen die één en ander uitklaart. Dit kan misschien wel zo zijn, maar het neemt niet weg dat men in de fiscale wetgeving momenteel gevangen blijft met de notie “pensioenering”. Deze notie in de fiscale wetgeving verwijst immers naar het wettelijk pensioen. Het is en blijft de notie “afkopen” die verwijst naar het aanvullend pensioen.

De meest éénduidige oplossing zou er in bestaan dat de afkoop van het aanvullend pensioen op de leeftijd van 60 jaar niet meer mogelijk zou zijn. Men zou zo de toegelaten afkoopleeftijd gradueel kunnen laten oplopen zoals bij de pensioenleeftijd voor het wettelijk pensioen (60,5 in 2013; 61 in 2014; 61,5 in 2015 en 62 in 2016). Deze oplossing is echter veel complexer dan het lijkt. Dat het een aanpassing vergt van ongeveer alle pensioenreglementen in het land is evident, maar wat minder evident is, is de aanpassing van de loopbaanvereiste. Het gros van de huidige aanvullende pensioenreglementen voorziet in een berekening van het pensioen in $N/40$. Dat wil zeggen dat men een volledige loopbaan opbouwt over een periode van 40 jaar. Met het optrekken van de leeftijd, zou het raadzaam zijn om ook deze $N/40$ op te trekken. Voor bepaalde types van aanvullende pensioenplannen (meestal vaste prestatieplannen) is de bepaling van de loopbaan echter een cruciaal element in de wijze van (toekomstige) financiering. Het optrekken van de $N/40$ naar bijvoorbeeld $N/42$ is allesbehalve financieel neutraal voor de inrichter omwille van de gewijzigde (en verlengde) financieringsverplichtingen.

V. Conclusie

25. In deze bijdragen komen drie thema's aan bod die weinig met elkaar te maken hebben. In het pensioenlanschap gaat het zelfs over drie uitersten. OCMW's die oudere asielzoekers aan een inkomensgarantie voor ouderen willen helpen, het gebruik van het aanvullend pensioen als glijmiddel voor het vervroegd wettelijk pensioen en de fiscale optimalisatie van het aanvullend pensioen.

De drie thema's hebben volgens mij één gemeenschappelijk kenmerk: de relatief hoge juridische techniciteit. Pensioenrecht wordt als het ware geteisterd door bijzonder complexe technische regels waarvan het nut of de oorsprong vaak onduidelijk zijn. In de drie aangehaalde pensioensituaties is het als leek in de pensioenmaterie zo goed als onmogelijk de ware toedracht van de regelingen te achterhalen. Deze techniciteit van het recht is ongetwijfeld te verklaren vanuit de complexe maatschappij in dewelke we leven maar ze wordt steeds moeilijker behapbaar. De tijd van de generalistische juristen is al lang verleden tijd. De vakgerichte specialisten zwaaien de plak. Dit houdt meerdere evidente gevaren in zoals een duidelijk democratisch deficit omdat de parlementsleden instemmen met wetgeving die ze amper zelf begrijpen of een "gouvernement d'administration" waarbij de administraties de eigenlijke reële beslissingen nemen in de plaats van de uitvoerende macht. Het grootste gevaar schuilt hem volgens mij echter in het nieuwe analfabetisme.

De complexiteit en techniciteit van het recht creëert een nieuwe vorm van analfabeten. Het volstaat al lang niet meer om te kunnen lezen of schrijven om "mee te zijn" in onze maatschappij. Heel wat mensen die men bezwaarlijk analfabeet of dom kan noemen, zien de bomen niet meer door het spreekwoordelijke juridische bos. Men moet derhalve maar vertrouwen op de overheid, de consultant of de fiscale adviseur om geholpen te worden. Dit alles in de hoop dat zij het wel weten en – bovenal - gelijk hebben.

Nemen we de overheid. De buitenlandse oudere asielzoeker die door het OCMW werd tewerkgesteld gedurende 1 dag, heeft die überhaupt geweten dat die ingeschreven was als werknemer? Hoogstwaarschijnlijk niet. Voor de betrokkene ging het wellicht allemaal om dezelfde mengelmoes van administratieve verplichtingen en papierwinkel. Zij hadden blind vertrouwen in wat voor hen de overheid vertegenwoordigde: het OCMW.

Nemen we de consultant-pensioenadvocaat. De ietwat oudere werknemer die ontslagen wordt bij een grotere onderneming zonder op brugpensioen te kunnen gaan, heeft die überhaupt begrepen waarom dat er een aanvullend pensioen (als men het al zo noemde) in het leven werd geroepen om een overbrugging te doen tot aan het vervroegd pensioen? Voor de betrokkene ging het hoogstwaarschijnlijk vooral over een financiële compensatie tot aan het pensioen. Al goed dat consultants-pensioenadvocaten tijdig zagen dat er mogelijk-kerwijze een probleem optrad bij de verhoogde vervroegde pensioenleeftijd. Het blind vertrouwen van de betrokkenen werd niet beschaamd.

Nemen we de fiscale adviseur. De man of vrouw die vanaf 1 juli 2013 vervroegd op pensioen gaat, kan er maar beter voor zorgen een goed ingelicht fiscaal adviseur onder de arm te nemen. Het verschil tussen een belasting aan 16,5% of 20% is niet te verwaarlozen. Voor de betrokkene is het noodzakelijk een blind vertrouwen te hebben in de adviseur en hopen dat die een juiste piste bewandelt.