

No.W12.10.0309/III

's-Gravenhage, 31 augustus 2010

Bij Kabinetsmissive van 16 juli 2010, no.10.002010, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende introductie van een regeling die het mogelijk maakt oudere belastingplichtigen een tegemoetkoming te verstrekken met het oog op compensatie van koopkrachtverlies als gevolg van beleidsmaatregelen (Wet mogelijkheid koopkrachttegemoetkoming oudere belastingplichtigen), met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet in een koopkrachttegemoetkoming voor oudere binnenlands belastingplichtigen. De tegemoetkoming vervangt de huidige in artikel 33b van de Algemene Ouderdomswet (AOW) opgenomen tegemoetkoming. De achtergrond van het voorstel is voornamelijk budgettair van aard.<sup>1</sup> Daarnaast geeft het voorstel uitvoering aan het voornemen om de tegemoetkomingen die hun oorsprong hebben in Nederlandse koopkrachtontwikkelingen als gevolg van wijziging in de fiscale sfeer, strikt te beperken tot degenen die door de fiscale wijzigingen getroffen zijn.<sup>2</sup>

Om dit doel te bereiken wordt in het voorstel in plaats van de bestaande toeslag op de AOW-uitkering een betere aansluiting gezocht bij de fiscaliteit, nu de achtergrond van de regeling ook in de fiscaliteit is gelegen. De opzet van de regeling roept bij de Raad echter bezwaren op. Hij is van oordeel dat in verband daarmee over het voorstel in deze vorm niet positief kan worden geadviseerd.

#### 1. Inleiding

De huidige tegemoetkomingsregeling in artikel 33b AOW is onderdeel van het stelsel van de AOW. In het voorstel wordt gekozen voor een zelfstandige regeling. De aanleiding voor de bestaande regeling is onder meer gelegen in de verzilveringsproblematiek die optrad bij de verhoging van de (fiscale) ouderenkortingen per 1 januari 2005.<sup>3</sup> Om daaraan tegemoet te komen is toen voorzien in een tijdelijke generieke tegemoetkomingsregeling. Daarnaast is toen besloten tot een tweede tijdelijke tegemoetkomingsregeling voor ouderen. Deze regelingen zijn vanaf 1 januari 2006 onderdeel gaan uitmaken van een wettelijke regeling (het huidige artikel 33b van de AOW).<sup>4</sup> Daar bovenop kwam een inkomenscompensatie aan AOW-gerechtigden met als gevolg een generieke opslag op de AOW-uitkering voor alle AOW-gerechtigden. Er is toen niet gekozen voor een generieke verhoging van de AOW-uitkering, teneinde vast te houden aan de koppeling met de ontwikkeling van het netto-minimumloon en de doorwerking naar de aanvullende pensioenen. De uitvoeringslasten van deze tegemoetkoming zijn bovendien relatief beperkt, nu deze

<sup>1</sup> Zie memorie van toelichting, paragraaf 1 (Inleiding), derde tekstblok.

<sup>2</sup> Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 149, nr. 1, blz. 9 (Kabinetsnota 'Internationale arbeidsmobiliteit en sociale zekerheid') en Kamerstukken II 2009/10, 32 123 XV, nr. 2, blz. 18 (Begroting SZW).

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 314, nr. 3, blz. 1.

<sup>4</sup> Wet van 22 december 2005 tot wijziging van de Algemene Ouderdomswet, Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten, de Wet financiering sociale verzekeringen en de Wet op de huurtoeslag en enige andere wetten in verband met het toekennen van tegemoetkomingen aan personen die een uitkering ontvangen op grond van de Algemene Ouderdomswet of de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten en enkele aanpassingen in de berekening van de uitkeringen (Stb. 713).

tegelijkertijd met de AOW-uitkering wordt verstrekt aan alle AOW-uitkeringsgerechtigden.

Bij de thans voorgestelde regeling geldt dezelfde doelstelling, te weten de mogelijkheid om een tegemoetkoming te verstrekken ter compensatie van koopkrachtverlies als gevolg van beleidsmaatregelen. Er wordt echter gekozen voor een regeling die geen relatie meer heeft met de AOW, en deels aanknoopt bij de belastingplicht voor de inkomstenbelasting, en die ook wat betreft de uitvoering los wordt gemaakt van de AOW. Beoogd wordt dat aldus per saldo de exporteerbaarheid wordt uitgesloten, waardoor vanaf 2011 een besparing van ruim € 110 mln moet worden bereikt. De voorgestelde regeling hangt in zekere zin tussen de systemen van de sociale zekerheid en de fiscaliteit, hetgeen vragen oproept over de ratio van het voorstel, over de verhouding tot het recht van de Europese Unie, alsmede vragen over uitvoerings- en rechtsbeschermingsaspecten.

De Raad merkt over de gekozen aanpak het volgende op.

## 2. Beoordeling van het voorstel

### a. *Ratio*

Het voorstel biedt de ruimte om jaarlijks te beoordelen of er een tegemoetkoming wordt gegeven. De toelichting biedt evenwel geen duidelijke aanknopingspunten voor de wijze waarop de regeling in de praktijk zal worden ingevuld. Uit de ingeboekte ombuigingsbedragen tot 2015 leidt de Raad af dat uitsluitend de export van de tegemoetkoming wordt beperkt en de tegemoetkomingsregeling overigens onverkort wordt voortgezet.

De oorspronkelijke aanleiding voor het invoeren van de koopkrachttegemoetkoming voor oudere binnenlands belastingplichtigen is gelegen in het bieden van een tegemoetkoming aan belastingplichtigen ter behoud van koopkracht en het bieden van een oplossing voor de verzilveringsproblematiek. De tegemoetkoming wordt echter verstrekt aan alle oudere (binnenlands) belastingplichtigen, ongeacht hun financiële positie of inkomen. Dit roept de vraag op naar de ratio van het blijven verstrekken van een tegemoetkoming op generieke basis, dit mede in het licht van het omvangrijke beslag dat de regeling inmiddels op de openbare middelen legt (ruim € 1,2 mrd<sup>5</sup>). Het ligt meer voor de hand om, zoals dat op andere terreinen gebeurt, de regeling inkomensafhankelijk te laten zijn.<sup>6</sup>

Meer specifiek merkt de Raad in dit verband op dat in artikel 3, eerste lid, van het voorstel is geregeld dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat de groep betrokkenen ter compensatie van koopkrachtverlies als gevolg van beleidsmaatregelen, recht heeft op een tegemoetkoming. De grondslag voor dit recht is aldus zeer open geformuleerd. Niet duidelijk is om welke beleidsmaatregelen het moet gaan, en evenmin aan de hand van welke criteria wordt bepaald of al dan niet van de geboden mogelijkheid gebruik wordt gemaakt. Vervolgens wordt de gehele invulling van de tegemoetkomingsregeling overgelaten aan een op te stellen algemene maatregel van bestuur en lagere regelgeving.

<sup>5</sup> Zie memorie van toelichting, paragraaf 4.1 (Programmamakosten).

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld het Besluit tegemoetkoming specifieke zorgkosten.

Door de gekozen opzet wordt uit de tekst van artikel 3 onvoldoende duidelijk wanneer en op welke gronden een recht op tegemoetkoming bestaat. De Raad acht dit bovendien niet in overeenstemming met het primaat van de wetgever.<sup>7</sup>

b. *Brede aanpak*

Met het oog op de maatregelen die in de komende jaren genomen zullen moeten worden in verband met de financiële crisis en het houdbaar maken van de overheidsfinanciën, zijn onlangs verschillende oplossingsrichtingen verkend, waarin hervorming van inkomensondersteunende maatregelen en de fiscaliteit een belangrijke rol spelen.<sup>8</sup> Deze problematiek zal aan de orde moeten komen in een breder opgezet beleid gericht op houdbare overheidsfinanciën. Tegen die achtergrond plaatst de Raad vraagtekens bij de opportuniteit van het voorstel. Naar de Raad meent, ligt het meer voor de hand om de verzilveringsproblematiek van de (fiscale) ouderenkortingen mee te nemen in een bredere aanpak van de (fiscale en niet-fiscale) toeslagenproblematiek, waartoe, ook gelet op de noodzakelijke maatregelen ten behoeve van het houdbaar maken van de openbare financiën, alle aanleiding is. Dit klemt temeer nu de invoering van de voorgestelde tegemoetkoming met aanzienlijke in- en uitvoeringskosten gepaard gaat.

c. *EU-rechtelijke aspecten*

Het wetsvoorstel knoopt, anders dan de bestaande tegemoetkomingsregeling, niet aan bij de AOW, maar bij de belastingplicht. De toelichting betoogt in dit verband dat het voorstel aansluit bij de fiscaliteit en past binnen de oorspronkelijke doelstelling ten aanzien van de verzilveringsproblematiek.<sup>9</sup> De toelichting stelt voorts dat de in de regeling voorgestelde koopkrachttegemoetkoming, in tegenstelling tot de in de AOW geregelde tegemoetkoming, dan ook buiten de sociale zekerheid valt en dientengevolge ook geen internationaalrechtelijke exportverplichting meer op grond van Verordening 883/2004<sup>10</sup> en de bilaterale verdragen bestaat.<sup>11</sup>

Wat betreft de genoemde verordening merkt de Raad op, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) een uitkering als een socialezekerheidsuitkering kan worden beschouwd wanneer zij aan de rechthebbenden wordt toegekend zonder individuele en discretionaire beoordeling van de persoonlijke behoeften, op grond van een wettelijk omschreven situatie, en wanneer zij verband houdt met een van de in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1408/71 (de voorloper van Verordening 883/2004) uitdrukkelijk genoemde eventualiteiten (waaronder ouderdom).<sup>12</sup> Daarbij berust het onderscheid tussen prestaties die van de werkingsfeer van verordening nr. 1408/71 zijn uitgesloten, en die welke daar onder vallen, vooral op de constitutieve elementen van elke prestatie, met name het doel waarop zij is gericht en de voorwaarden waaronder zij wordt toegekend, en niet op het

<sup>7</sup> Zie in dit verband ook aanwijzing 22 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

<sup>8</sup> Zie in dit verband met name de verschillende heroverwegingsrapporten (Kamerstukken II 2009/10, 32 359, nrs. 1 en 2) en het rapport van de Studiecommissie Belastingstelsel (Kamerstukken II 2009/10, 32 140, nr. 4).

<sup>9</sup> Zie memorie van toelichting, paragraaf 2.2 (Voorgestelde wijziging), tweede tekstblok.

<sup>10</sup> Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (Pb EU L 166).

<sup>11</sup> Zie memorie van toelichting, paragraaf 2.2 (Voorgestelde wijziging), eerste tekstblok.

<sup>12</sup> Zie onder andere arresten C-286/03, Hosse, Jur. blz. I-1771, C-396/05, C-419/05 en C-450/05, Habelt, Jur. blz. I-11895, en C-228/07, Petersen, Jur. 2008, blz. I-6989.

feit dat een prestatie door een nationale wetgeving al dan niet als een socialezekerheidsuitkering wordt aangemerkt.<sup>13</sup>

De thans voorgestelde tegemoetkoming wordt toegekend zonder individuele en discretionaire beoordeling van de persoonlijke behoeften; immers alle oudere binnenlands belastingplichtigen komen ervoor in aanmerking, ongeacht hun inkomens- of vermogenspositie. Om als belastingplichtige in aanmerking te komen voor de tegemoetkoming is vereist dat de betrokkene in aanmerking kan komen voor de ouderenkorting, bedoeld in artikel 8.17 van de Wet inkomstenbelasting 2001, dat wil zeggen dat de belastingplichtige 65 jaar of ouder is<sup>14</sup>. Aldus kan worden betoogd dat het een maatregel betreft die verband houdt met één van de in de Verordening genoemde eventualiteiten, te weten ouderdom.

De enkele omstandigheid dat alleen (binnenlands) belastingplichtigen voor de tegemoetkoming in aanmerking komen (zie in dit verband de toelichting, paragraaf 2.2),<sup>15</sup> brengt niet mee dat deze niet als socialezekerheidsuitkering moet worden gezien maar als een onderdeel van het fiscale stelsel, zoals de toelichting betoogt.<sup>16</sup> Er wordt weliswaar aangeknoopt bij de (binnenlandse) belastingplicht, maar slechts voor het bepalen van de groep gepensioneerden die voor de tegemoetkoming in aanmerking komen. De fiscale positie van de betrokkene speelt vervolgens geen enkele rol bij de toepassing. Belastingplichtigen die de ouderenkorting kunnen verzilveren of die een hoger inkomen hebben, komen toch in aanmerking voor de tegemoetkoming. Ook leidt toepassing van de regeling niet tot een lagere belastingaanslag, maar wordt een vast bedrag per gepensioneerde rechtstreeks uitgekeerd. De regeling wordt ook niet door de Belastingdienst uitgevoerd. Nauwere aansluiting bij de fiscaliteit zou kunnen worden bereikt door de tegemoetkoming te beperken tot diegenen die bij de ouderenkorting daadwerkelijk door de verzilveringsproblematiek worden geraakt. Daarmee wordt tevens beter gewaarborgd dat de beoogde niet-exporteerbaarheid daadwerkelijk geëffectueerd zal kunnen worden.

#### d. *Conclusie*

Concluderend plaatst de Raad vraagtekens bij de gekozen opzet van de tegemoetkomingsregeling.

De Raad is van oordeel dat de kennelijk beoogde generieke benadering van de regeling een groot beslag legt op de openbare middelen, terwijl de ratio ervan een meer specifieke (inkomensafhankelijke) benadering vraagt. Artikel 3 is in dit opzicht te open geformuleerd waardoor onduidelijk is welke groepen ouderen als gevolg van

<sup>13</sup> Zie onder meer zaak 249/83, Hoeckx, Jur. 1985, blz. 973, C-111/91, Commissie/Luxemburg, Jur. 1993, blz. I-817, C-332/05, Celozzi, Jur. 2007 blz. I-563 en C-212/06, Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering, Jur. 2008, blz. I-1683.

<sup>14</sup> Voor de ouderenkorting komen alleen belastingplichtigen ouder dan 65 jaar in aanmerking met een verzamelinkomen van niet meer dan € 34 649. Deze inkomensgrens geldt echter niet voor de tegemoetkoming.

<sup>15</sup> Alsmede buitenlands belastingplichtigen van wie 90% van hun inkomen in Nederland belast is en die om die reden in aanmerking komen voor de fiscale faciliteiten in verband met de persoonlijke situatie.

<sup>16</sup> Volgens de jurisprudentie van het HvJ EU betekent de (nationaalrechtelijke) kwalificatie als fiscale maatregel niet dat een regeling niet kan worden geacht binnen de werkingssfeer van verordening 883/2004 te vallen (zaken C-34/98, Commissie/Frankrijk, Jur. 2000, blz. I-995, C-169/98, Commissie/Frankrijk, Jur. 2000, blz. I-1049, en C-103/06, Derouin, Jur. 2008, blz. I-1853).

welke beleidsmaatregelen relevant koopkrachtverlies kan ontstaan, noch wordt aangegeven aan de hand van welke criteria een tegemoetkoming wordt verstrekt.

De Raad heeft voorts twijfels over de opportuniteit van het voorstel in het licht van de ingrijpende maatregelen in de sfeer van alle bestaande fiscale en niet-fiscale toeslagen, die in de komende jaren genomen zullen moeten worden in verband met de financiële crisis en het op orde brengen van de overheidsfinanciën.

Ten derde betwijfelt de Raad of de tegemoetkomingsregeling, zoals uitgewerkt in het wetsvoorstel, kan worden beschouwd als een regeling die niet valt onder de reikwijdte van Verordening 883/2004. De beoogde niet-exporteerbaarheid is daardoor eveneens twijfelachtig, en dus ook het bereiken van de beoogde budgettaire besparing. Deze risico's kunnen worden verminderd door, in lijn met hetgeen hiervoor is opgemerkt, de tegemoetkomingsregeling meer toe te snijden op diegenen voor wie inkomensondersteuning in de rede ligt. Door deze individualisering van de regeling is het risico dat ze onder de Verordening valt geringer, omdat de tegemoetkoming dan gerelateerd wordt aan de persoonlijke behoefte.

Gelet op het vorenstaande is de Raad is van oordeel dat indiening van de voorgestelde tegemoetkomingsregeling in deze vorm dient te worden heroverwogen.

### 3. Uitvoeringsaspecten

#### a. *Formele aspecten*

De huidige tegemoetkoming ingevolge artikel 33b van de AOW is wat betreft de uitvoering eenvoudig. Het bedrag van de tegemoetkoming wordt toegevoegd aan de maandelijkse AOW-uitkering. Daarbij is niet sprake van een afzonderlijke beschikking. De tegemoetkoming loopt aldus wat betreft de formele aspecten (procedures, handhaving (inclusief boetes), informatie-uitwisseling, inning en dergelijke), mee met de uitvoering van de AOW.

Voor de voorgestelde tegemoetkoming geldt dit niet. Deze is uitdrukkelijk buiten het kader van de sociale verzekeringen geplaatst, waardoor de socialezekerheidswetgeving, onder andere wat betreft deze aspecten, niet van toepassing is. Maar ook is niet gekozen voor toepassing van de fiscale regels, met name die in de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Teruggewallen moet dan ook worden op de algemene regels van de Algemene wet bestuursrecht. Bij het ontbreken van enige bijzondere regeling wordt hoger beroep ingesteld bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, hetgeen gelet op de aard van de materie niet direct voor de hand ligt.

In dit verband merkt de Raad op dat een artikelsgewijze toelichting ten onrechte achterwege is gelaten.

De Raad adviseert dit aspect nader te bezien en het voorstel en de toelichting aan te passen.

#### b. *Betaling zonder beschikking*

In artikel 5, eerste lid, van het voorstel is, in aansluiting op het bestaande artikel 33b, derde en vierde lid, van de AOW, geregeld dat de betaling van de tegemoetkoming (maandelijks) plaatsvindt zonder dat dit bij beschikking is vastgesteld. Kennelijk is

hiermee beoogd de bestaande praktijk, waarbij de betaling zoveel mogelijk meeloopt met de betaling van de AOW-uitkering. In het voorstel is de band met de AOW echter verbroken. Het meelopen met de AOW wordt bovendien bemoeilijkt omdat de kring van personen verschilt: niet alle AOW-gerechtigden hebben recht op de tegemoetkoming, terwijl er ook niet-AOW-gerechtigden zijn die wél recht hebben op de tegemoetkoming. Over het voldoen aan de criteria kan de nodige discussie ontstaan. Daarbij kan niet zonder meer op de gegevens van de Belastingdienst worden gevestigd: de Sociale verzekeringsbank (SVB) werkt, geleid op de artikelen 4 en 6, met actuele gegevens, terwijl de Belastingdienst pas achteraf, aan de hand van de aangifte, de belastingplicht en de aard van de belastingplicht vaststelt. Door het ontbreken van een artikelsgewijze toelichting is onduidelijk of met de gekozen opzet de rechtsbescherming voldoende is gewaarborgd. Dientengevolge is de Raad van oordeel dat de opzet van de tegemoetkoming uitvoeringstechnische complicaties meebrengt die nader dienen te worden bezien.

c. *Uitvoeringskosten*

Bij de bestaande tegemoetkoming worden geen afzonderlijke beschikkingen vastgesteld bij de verstrekking. De verstrekking ervan loopt mee met de maandelijkse AOW-uitkering. Er is, zoals de toelichting vermeldt, in het voorstel echter sprake van een geheel nieuw uitvoeringstraject binnen de SVB. Met name is daarbij arbeidsintensief dat de tegemoetkoming ook geldt voor buitenlands belastingplichtigen waarvan meer dan 90% van hun inkomen in Nederland wordt belast, die blijkens de opzet van de regeling ook in aanmerking komen voor de tegemoetkoming. Deze kosten zijn in de toelichting nog niet inzichtelijk gemaakt. Ook de lasten van bezwaar en beroep zijn nog niet in kaart gebracht. De Raad adviseert daarin alsnog te voorzien.

De Raad van State heeft bezwaar tegen de opzet van het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Vice-President van de Raad van State,