

Vergaderjaar 2012–2013

33 400 XV

Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (XV) voor het jaar 2013

Nr. 7

VOORLICHTING VAN DE RAAD VAN STATE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 3 juli 2012

Bij brief van 25 april 2012 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen over de mogelijke kaders bij de keuze voor en de minimale vereisten bij de vormgeving van overgangsrecht op het moment dat er sprake is van wijzigen van aanspraken in de socialezekerheidswetgeving dan wel de pensioenwetgeving ten nadele van uitkeringsgerechtigden dan wel potentiële uitkeringsgerechtigden.*)

1. Het verzoek om voorlichting

Het verzoek om voorlichting ziet in het bijzonder op de grenzen die artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en artikel 17 van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest) in het licht van de gevormde jurisprudentie stellen aan het overgangsrecht en meer in het bijzonder overgangsrecht bij de sociale zekerheidswetgeving en de pensioenwetgeving. Het verzoek is gericht op mogelijke kaders bij de keuze voor en de minimale vereisten bij de vormgeving van overgangsrecht als aanspraken in de sociale zekerheidswetgeving dan wel de pensioenwetgeving wijzigen.

In de in de aanhef genoemde brief heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) aan de Afdeling een viertal vragen voorgelegd:

- a. Wat is de reikwijdte van het eigendomsbegrip in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM met betrekking tot de sociale zekerheid en de pensioenen?
- b. Kunnen de aard en de inhoud van het desbetreffende recht en het feit dat een maatregel bestaande of nieuwe gevallen zal betreffen een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of overgangsrecht nodig is en welke vorm het dient te krijgen?

- c. Hebben eventuele andere compenserende maatregelen invloed op de noodzaak en omvang van het overgangsrecht?
- d. Kan een vooraankondiging van een maatregel van invloed zijn op de omvang van het overgangsrecht?

Voor de beantwoording van de voorlichtingsvragen wordt in kort bestek uiteengezet hoe de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) luidt met betrekking tot artikel 1 van het Eerste Protocol in het algemeen en meer in het bijzonder op het gebied van de sociale zekerheid en pensioenrechten (paragraaf 2). Vervolgens wordt kort aandacht besteed aan overgangsrecht in het algemeen (paragraaf 3). Ten slotte worden de vragen beantwoord (paragraaf 4).

In de bijlage is een summier beslismodel opgenomen. Daaruit blijkt dat geen concrete oplossingen of grenzen kunnen worden aangedragen dan wel bepaald, maar dat in ieder afzonderlijk geval een afweging noodzakelijk is van de in het geding zijnde belangen. Voorts blijkt daaruit dat het overgangsrecht een onderdeel vormt van de rechtvaardiging van een inmenging in het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol en dat daarvoor ook andere elementen van belang zijn.

De voorlichting gaat uit van de betekenis van de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 1 van het Eerste Protocol voor het nationale recht. Voor Unierechtelijke regelingen met betrekking tot sociale zekerheid in de vorm van verordeningen en richtlijnen, is bij de omzetting – voor zover aan de orde – en de toepassing in het nationale recht artikel 17 van het Handvest voor de grondrechten van de EU van belang. Gelet op de toelichting op artikel 17 van het EU-Handvest¹ correspondeert dit artikel met artikel 1 van het Eerste Protocol. De Afdeling beperkt zich daarom tot de bespreking van dit laatste artikel.

In de volgende paragrafen over de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 1 van het Eerste Protocol worden begrippen gebruikt die het EHRM hanteert en die afwijken van hetgeen in Nederland gebruikelijk is. Daarop zal in het onderstaande nader worden ingegaan.

2. Betekenis en toepassing van artikel 1 van het Eerste Protocol

2.1. Algemene kenmerken van het eigendomsbegrip

Voor de bepaling van de reikwijdte van het eigendomsbegrip in artikel 1 van het Eerste Protocol is allereerst van belang dat uit de uitspraken van het EHRM blijkt dat de term «eigendom» («*possessions*», «*biens*») wordt gebruikt als een autonoom begrip, dus los van de kwalificaties die daaraan door het nationale recht worden gegeven. Het EHRM gebruikt als aanduiding «aanspraken» («*benefits*», «*entitlements*») op sociale (zekerheids)voorzieningen, ongeacht of daarvoor bijdragen of premies zijn betaald.²

Het EHRM hanteert als vuistregel dat als «eigendom» wordt aangemerkt (alles) wat op geld waardeerbaar is.³ Dat betreft niet alleen (on)roerende zaken, maar ook vermogensrechten. Eigendomsrechten kunnen ook toekomstige aanspraken betreffen. In dat geval moet sprake zijn van gewettigde verwachtingen («*legitimate expectations*»). Die zijn er, wanneer de betrokkene zijn aanspraak kan baseren op het recht: bestendige wetgeving of vaste jurisprudentie en voorts wanneer hij aan de gestelde (wettelijke) voorwaarden voldoet (bijvoorbeeld voor uitkeringsaanspraken). Daarom wordt gesproken van gewettigde verwachtingen en niet van gerechtvaardigde verwachtingen, die onder omstandigheden op gerechtvaardigd vertrouwen zijn gebaseerd. Aanspraken die zijn gebaseerd op een omstreden uitleg van de wet of regeling en die niet zijn

¹ Pb. EU van 14 december 2007, C 303/02.

² EHRM, *Wieczorek t. Polen*, arrest van 8 december 2009, nr. 18176/05, § 65: «(...) within most individual States, there exists a wide range of social security benefits designed to confer entitlements which arise as of right. Benefits are funded in a large variety of ways: some are paid for by contributions to a specific fund; some depend on a claimant's contribution record; many are paid for out of general taxation on the basis of a statutorily defined status (...).»

³ EHRM (GK), *Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*, arrest van 11 januari 2007, nr. 73049/01, § 63, waarin de lijn wordt samengevat van eerdere uitspraken van de Grote Kamer: EHRM (GK), *Iatrides t. Griekenland*, arrest van 25 maart 1999, nr. 31107/96, § 54; EHRM (GK), *Beyeler t. Italië*, arrest van 5 januari 2000, nr. 33202/96; EHRM (GK), *Gratzinger & Gratzinorova t. Tsjechië*, beslissing van 10 juli 2002, nr. 39794/98, § 69; EHRM (GK), *Broniowski t. Polen*, arrest van 22 juni 2004, nr. 31443/96, § 129; EHRM (GK), *Kopecky t. Slowakije*, arrest van 28 september 2004, nr. 44912/98, § 52, § 64–65.

bevestigd door nationale rechtspraak, worden door het EHRM niet aangemerkt als gewettigde verwachtingen.

Wat *niet* tot «eigendom» wordt gerekend, zijn bijvoorbeeld aanspraken die verloren zijn gegaan door vermogensverlies tengevolge van inflatie, recessie en financiële crises.¹ Daarmee is een begrenzing gegeven van het eigendomsbegrip.

2.2. Eigendom en sociale zekerheid

Sociale zekerheidsrechten en sociale voorzieningen worden door het EHRM aangemerkt als eigendomsrechten. Het EHRM gebruikt als aanduiding «aanspraken» («*benefits*», «*entitlements*»), zonder een onderscheid te maken tussen sociale zekerheidsrechten en sociale voorzieningen. De *intrekking* of *beperking* ervan kan worden aangemerkt als inbreuk op een verworven recht, de *toekenning* ervan als een gewettigde verwachting, als de betrokkene een wettelijke aanspraak heeft op een bepaalde uitkering, voor zover hij aan de (wettelijke) voorwaarden voldoet. Ten aanzien van het sociale zekerheidsstelsel hanteert het EHRM de lijn dat artikel 1 van het Eerste Protocol de verdragsstaten niet verplicht om sociale wetgeving tot stand te brengen. Wanneer die echter eenmaal tot stand is gebracht, moeten aanspraken worden toegekend zonder ongerechtvaardigd onderscheid. De verdragsstaten blijven vrij om de soort en de hoogte van de uitkeringen te bepalen.²

Aanvankelijk beperkte het EHRM aanspraken tot die uitkeringen waarvoor premies of bijdragen zijn betaald. Naderhand heeft het EHRM deze voorwaarde laten vallen en kunnen aanspraken op uitkeringen worden aangemerkt als eigendomsaanspraken, ook wanneer daarvoor geen premie of bijdrage is betaald.³

2.3. Eigendom en pensioenen

Met betrekking tot de inrichting van een pensioenstelsel volgt het EHRM in het algemeen de hiervoor geschetste lijn met betrekking tot sociale uitkeringen.

Voor pensioenen geldt dat de hieronder vermelde uitspraken van het EHRM met betrekking tot pensioenen zien op overheidspensioenen, eveneens ongeacht of daarvoor bijdragen of premies zijn betaald. Het gaat hierbij om pensioenen die worden betaald uit de publieke middelen.⁴ In Nederland betreft het de AOW. In het bijzonder bij overheidspensioenen ligt in de verschillende verdragsstaten nu eens het accent op herverdeling (solidariteitsgedachte), dan weer op het verzekeringskarakter.⁵ In verband met deze verschillen is het EHRM met betrekking tot vragen omtrent toekenning van pensioenrechten terughoudend in zijn beoordeling van de verenigbaarheid met artikel 1 van het Eerste Protocol.⁶ Pensioenrechten op privaatrechtelijke grondslag worden aangemerkt als vermogensrechten en zijn «eigendom» in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol.

2.4. Tussenconclusie

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het eigendomsbegrip bijzonder ruim wordt uitgelegd. Slechts in het geval iemand geen gewettigde verwachting kan koesteren of niet voldoet aan de wettelijke voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op een uitkering of tegemoetkoming valt dit, volgens het EHRM, buiten het bereik van artikel 1 van het Eerste Protocol. Deze ruime opvatting is voor de Afdeling op dit moment een gegeven en zal de Afdeling volgen.

¹ EHRM, *Lanchava e.a. t. Georgië*, ontvanke-
lijkheidsbeslissing van 7 februari 2012,
nr. 25678/09, § 19.

² EHRM (GK), *Stec e.a. t. Verenigd Koninkrijk*,
arrest van 12 april 2006, nrs. 65731/01 en
65900/01, § 55, EHRM (GK), *Stummer t.*
Oostenrijk, arrest van 7 juli 2011, nr. 37452/02,
§ 83.

³ EHRM, *Poirrez t. Frankrijk*, arrest van
30 september 2003, nr. 40892/98.

⁴ Ter vermijding van misverstanden: het gaat
niet om pensioenen ten behoeve van
overheidsfunctionarissen.

⁵ EHRM, *Valkov e.a. t. Bulgarije*, arrest van
25 oktober 2011, nrs. 2033/04, 19125/04,
19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04,
24729/04, 171/05 en 2041/05, § 92.

⁶ EHRM (GK), *Stummer t. Oostenrijk*, arrest
van 7 juli 2011, nr. 37452/02, § 105 en 106.

2.5. Inmenging

Inmenging in het eigendomsrecht kan bestaan uit ontneming of regulering. De grens daartussen bakent het EHRM niet scherp af. In veel gevallen laat het EHRM de vraag of het ontneming dan wel regulering betreft rusten. Regulering kan neerkomen op ontneming wanneer geen zinvol gebruik van de eigendom/eigendomsbestanddelen resteert. De ontneming van eigendom kan rechtens zijn (onteigening), maar ook feitelijk. Naarmate een inmenging verder strekt zullen aan de rechtvaardiging hogere eisen worden gesteld.

Voor de vraag of van een inmenging sprake is, hanteert het EHRM een kernrechtbenadering: wordt een uitkeringsaanspraak ontzegd of gereduceerd op een zodanige wijze dat het wezen («*the essence*») van het uitkeringsrecht wordt aangetast, dan komt dit neer op een inbreuk op het eigendomsrecht.¹

2.6. Rechtvaardiging van de inmenging

Om gerechtvaardigd te kunnen zijn, moet de inmenging een wettelijke basis hebben. Dit houdt tevens in dat de inmenging kenbaar en voorzienbaar moet zijn. Die wettelijke basis moet een legitiem doel behelzen, dat past in het kader van het algemeen belang. De beoordelingsmarge van wat een legitiem doel is in het kader van het algemeen belang is ruim, maar het doel mag niet zonder redelijke grond zijn.² Vervolgens moet de inmenging proportioneel zijn. Voor de vaststelling of een inmenging proportioneel is, wordt door het EHRM bezien of de belangenafweging tot een rechtvaardig en evenwichtig resultaat heeft geleid («*fair balance*»). In de belangenafweging kunnen opgewekte verwachtingen of tijdige aankondigingen een rol spelen, evenals maatregelen om de inmenging te verzachten, zoals compensatie (geheel of gedeeltelijk), overgangsmaatregelen of een hardheidsclausule. In het individuele geval is voorts is aan de orde of een persoonlijke en onevenredige zware last aan de betrokkene is opgelegd («*individual and excessive burdens*»). Ten slotte zijn procedurele waarborgen (rechtsmiddelen) vereist om in rechte te kunnen opkomen tegen een inmenging.

2.7. Sociale doelstellingen

Bij de rechtvaardiging van de inmenging vormt het realiseren van sociale doelstellingen (verdelende rechtvaardigheid, solidariteitsbeginsel) een apart aspect. Onder sociale doelstellingen kunnen allerlei maatregelen (ook wetgeving) worden geschaard die betrekking hebben op werkgelegenheid, huisvesting of het realiseren van sociale rechtvaardigheid door inkomens- of belastingmaatregelen. Een species daar weer van is het sociale voorzieningenstelsel, waarin valt te onderscheiden tussen het beëindigen, intrekken of beperken van bestaande aanspraken (het onderwerp waarop deze voorlichting ziet) en de weigering om aanspraken toe te kennen. Daarin speelt het gelijkheidsgebod of het discriminatieverbod veelal een rol. Hierbij kunnen uitkeringen aan de orde zijn die voorzien in een bestaansminimum (inkomensvervangend) of die juist als aanvullend (toeslagen) zijn bedoeld. Voorts kan van belang zijn dat aanspraken zijn gebaseerd op eigen bijdragen of premies, maar dat is geen beslissende factor in de beoordeling van de rechtvaardiging van de inmenging. Het accent kan liggen op sociale rechtvaardigheid (herverdeling van financiële middelen) of op het verzekeringsaspect.

¹ Vrij vertaald: de (rechts)grondslag van uitkering wordt geweld aangedaan, vergelijk EHRM, *Wieczorek t. Polen*, arrest van 8 december 2009, nr. 18176/05, § 57. Zie ook EHRM, *Valkov e.a. t. Bulgarije*, arrest van 25 oktober 2011, nrs. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 en 2041/05, § 91 en 97 en EHRM (GK), *Kotov t. Rusland*, arrest van 3 april 2012, nr. 54522/00, § 132.

² EHRM, *Tkachevy t. Rusland*, arrest van 14 februari 2012, nr. 35430/05, § 37, 48 en 50.

2.8. Conclusie

Door het EHRM worden geen algemene uitspraken gedaan over de geldigheid van nationale wetgeving of de toepassing daarvan in het algemeen, maar alleen over de uitwerking en toepassing daarvan in het concrete geval. Daar staat tegenover dat het EHRM in toenemende mate zijn rechtsoverwegingen begint met algemene uitgangspunten («*general principles*»), om die vervolgens op het voorliggende geval toe te passen. Deze uitgangspunten zijn vaak een samenvatting van lijnen in de (eerdere) jurisprudentie en vormen aldus een bruikbaar kader.

Het EHRM laat aan de verdragsstaten, afhankelijk van het recht in kwestie, bij de beperking een beoordelingsmarge, de «*margin of appreciation*». Bij een inmenging in het recht op eigendom wordt voor de vraag of daarbij sprake is van een legitiem doel in het kader van het algemeen belang gewoonlijk een zeer ruime beoordelingsmarge gelaten aan de verdragsstaten, in het bijzonder bij sociale doelstellingen en het benoemen van de middelen om die doelstelling(en) te bereiken. Voor het treffen van een «*fair balance*» bij de inmenging op het recht op eigendom wordt de verdragsstaten eveneens een beoordelingsmarge gelaten.

Gelet op de ruime interpretatie door het EHRM van het eigendomsbegrip mag worden aangenomen dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan worden aangenomen dat sociale zekerheidsrechten en pensioenen alsmede aanspraken daarop buiten het bereik zullen vallen van artikel 1 van het Eerste Protocol. In veruit de meeste gevallen zal daarom een beoordeling aan de orde zijn of de inmenging in het eigendomsrecht gerechtvaardigd is. Daarvoor is van belang dat de wettelijke maatregel niet een kennelijk onredelijk doel dient en dat een legitieme doelstelling in het kader van het algemeen belang is aangevoerd. Omdat daarin door het EHRM een grote mate van beleidsvrijheid wordt gelaten aan de verdragsstaten, met name bij het realiseren van sociale doelstellingen, komt de nadruk onvermijdelijk te liggen op de vraag of een eerlijk en rechtvaardig evenwicht («*fair balance*») is getroffen tussen het te bereiken doel en het gekozen middel. In dat kader is de vormgeving van het overgangsrecht van belang. Daarop heeft de volgende paragraaf betrekking.

3. Vormgeving van het overgangsrecht

In de aanleiding tot de voorlichtingsvragen wordt opgemerkt dat de vormgeving van het overgangsrecht per definitie maatwerk is. De Afdeling onderschrijft deze opmerking in die zin dat de uiteindelijke beslissing is gebaseerd op een keuze welke van de betrokken belangen het zwaarst heeft te wegen. De afwegingen om tot die keuze te komen, behoren inzichtelijk te zijn en op systematische wijze te worden gemaakt. Met het oog op artikel 1 van het Eerste Protocol kan een aantal algemene aandachtspunten worden genoemd dat bij iedere afzonderlijke afweging aan de orde is, zij het met wisselend gewicht.

De *rechtszekerheid* zal veelal in het geding zijn bij voorgenomen veranderingen die bestaan uit vermindering of beëindiging van bestaande rechten of aanspraken. De veranderingen kunnen eventueel noodzakelijk zijn omdat er zwaarwegende belangen zijn die zulke veranderingen vorderen. Wanneer die veranderingen worden aangebracht, is van belang dat zij voorzienbaar zijn, zodat de betrokkenen zich kunnen instellen op de aangekondigde wijzigingen en eventueel maatregelen kunnen treffen. Daarbij komt tevens de *rechtsgelijkheid* aan de orde. Vastgesteld moet worden of bij de invoering en de uitvoering van een wijziging een ieder gelijk wordt behandeld of dat, al dan niet tijdelijk, een onderscheid wordt

gemaakt dat is te rechtvaardigen uit oogpunt van te eerbiedigen belangen. De belangen van rechtszekerheid, van de rechtsgelijkheid en die van de (noodzaak tot) verandering werken veelal tegengesteld aan elkaar.¹

3.1. Aard van het overgangsrecht

Gewoonlijk worden drie typen van overgangsrecht onderscheiden: maatregelen met terugwerkende kracht, maatregelen met onmiddellijke werking en maatregelen met uitgestelde of met eerbiedigende werking. Op deze typen wordt hieronder kort ingegaan.

De hiervoor aangeduide typen zien meestal op de factor tijd, het tijdstip waarop de voorgenomen wijziging effect sorteert: vanaf een gekozen tijdstip in het verleden, in ieder geval gelegen vóór het moment waarop de maatregel in werking treedt (terugwerkende kracht), vanaf het moment van inwerkingtreding (onmiddellijke werking) of op een in de toekomst gelegen moment (uitgestelde werking of eerbiedigende werking). De vormen kunnen daarnaast betrekking hebben op te onderscheiden gevallen: bestaande of nieuwe rechtsverhoudingen, feiten of (groepen) personen. Ook mengvormen zijn denkbaar, zoals uitgestelde werking voor bepaalde (groepen) personen of rechtsverhoudingen en onmiddellijke werking voor de overige (groepen) personen of rechtsverhoudingen. De reden om dergelijk onderscheid te maken, kan zijn gelegen in het onderscheid tussen sociale verzekeringen die zijn opgebouwd uit daarvoor ingehouden (wettelijke) premies of bijdragen, dan wel sociale voorzieningen die worden bekostigd uit de publieke middelen. Voorts kan een onderscheid passend worden geacht tussen bestaande («oude») en toekomstige («nieuwe») gevallen.

3.2. Terugwerkende kracht

Terugwerkende kracht wil zeggen dat de maatregel ingrijpt op feiten en rechtsverhoudingen van vóór de datum van inwerkingtreding. De invoering van maatregelen met *terugwerkende kracht* behoeft bijzondere aandacht. In beginsel moet de invoering van belastende maatregelen met terugwerkende kracht worden vermeden, omdat daarmee een wijziging wordt aangebracht in bestaande rechten en rechtsverhoudingen, die dateren van vóór de datum van inwerkingtreding. De rechtszekerheid verzet zich daartegen. Wanneer zwaarwegende belangen desalniettemin terugwerkende kracht vorderen, geldt een verzwaarde motiveringsplicht waarin deze zwaarwegende belangen worden omschreven en afgewogen tegen het belang van de rechtszekerheid. Tijdige aankondiging kan de spanning met de rechtszekerheid verminderen en aldus het nadelige effect van terugwerkende kracht verzachten.²

3.3. Onmiddellijke werking

Onmiddellijke werking is eigenlijk geen vorm van overgangsrecht, nu in het geval niets is geregeld een maatregel onmiddellijk rechtsgevolg sorteert vanaf het moment dat zij in werking treedt. Dat betekent dat bestaande rechtsverhoudingen onder de werking van de nieuwe maatregel (wet, regeling) vallen. Ook dat kan op gespannen voet staan met de rechtszekerheid. In verband daarmee dient ook de keuze voor onmiddellijke werking te worden gemotiveerd. Hier kan een (tijdige) aankondiging – voor zover mogelijk – eveneens bijdragen aan de voorzienbaarheid van de maatregel.

¹ Zie de Notitie overgangsrecht in de sociale zekerheid van de Staatssecretaris van SZW, Kamerstukken I 1999/2000, 25 900, EK 87, nr. 87b, blz. 3. Zie ook M.R.T. Pauwels, «Fiscaal overgangsrecht: balanceren tussen verandering en rechtszekerheid» in: *Tijd voor verandering/Over overgangsrecht*, preadviezen voor de Vereniging voor Bestuursrecht 148, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, blz. 222.

² Voorts wordt in de literatuur het bezwaar van artikel 4 van de Wet algemene bepalingen (Wet AB) genoemd: de wet heeft slechts kracht voor toekomstige gevallen. Daar kan tegenin worden gebracht dat de wetgever met een regeling van gelijke orde (formele wet) van de Wet AB kan afwijken, dus mag kiezen voor terugwerkende kracht, zonder in strijd met deze wettelijke bepaling te handelen. Voor lagere regelgevers of uitvoeringsbesluiten geldt dit niet, zie A. Weggeman, *Overgangsrecht* (preadviezen voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid), Den Haag: Sdu 2001, blz. 57.

3.4. Eerbiedigende werking en uitgestelde werking

Eerbiedigende werking houdt in dat de «oude» gevallen worden ontzien en alleen de «nieuwe» gevallen onder de werking van de wet vallen. Het oude recht blijft voortbestaan naast het nieuwe recht, doordat is omschreven welke feiten, rechtsverhoudingen of (groepen) personen onder de werking van de oude regeling (blijven) vallen.¹ Ook hier dringt zich de vraag op of het maken van een onderscheid tussen «oude» en «nieuwe» gevallen kan worden gerechtvaardigd. Voorts is van belang dat gelijke behandeling van ongelijke gevallen door het EHRM eveneens wordt aangemerkt als ongeoorloofd onderscheid.² Blijft het oude recht slechts voor een bepaalde periode van kracht, dan is sprake van *uitgestelde werking*. Dat betekent dat door tijdsverloop zowel de «oude» als de «nieuwe» gevallen onder het gewijzigde rechtsregime zullen vallen. De eerbiedigende werking kent de beperking tot een bepaalde periode niet, maar meestal zal door tijdsverloop het aantal «oude» gevallen afnemen of uitsterven, zodat de eerbiedigende werking uiteindelijk haar betekenis verliest.

3.5. Aankondiging

In het algemeen kan de aankondiging van een maatregel (zoals een voorgenomen wetswijziging) worden beschouwd als een bijdrage aan de voorzienbaarheid: de betrokkene wist of heeft kunnen weten dat een wijziging op handen was en heeft zich daarop kunnen instellen. Ook al is dat laatste niet altijd mogelijk, het verzacht de inbreuk op het beginsel van de rechtszekerheid, c.q. het vertrouwen (de al dan niet gerechtvaardigde verwachting) dat alles bij het oude zal blijven. Dit vertrouwensbeginsel (in dit verband verwant aan het rechtszekerheidsbeginsel) moet duidelijk worden onderscheiden van de gewettigde verwachting ten aanzien van toekomstige aanspraken («*legitimate expectations*»). Een (tijdige) aankondiging laat onverlet dat de maatregel in de Nederlandse situatie veelal een (formeel) wettelijke regeling vergt en daarmee parlementaire goedkeuring behoeft.

3.6. Aankondigingseffecten

Een tijdige aankondiging van een wijziging van het recht waarin een inmenging in het eigendomsrecht is voorzien zal een bijdrage kunnen zijn aan de tot stand te brengen «*fair balance*», die is vereist om de inmenging te kunnen rechtvaardigen. Er zijn evenwel situaties denkbaar dat een aankondiging bewerkstelligt dat de beoogde maatregel in haar uitwerking wordt gefrustreerd, doordat betrokkenen stappen ondernemen om de aangekondigde maatregel te ontwijken of anderszins aan de werking ervan proberen te ontsnappen. Op het terrein van de sociale zekerheid zal van een anticiperend gedrag niet snel sprake zijn, omdat betrokkenen slechts beperkt of in het geheel niet de mogelijkheid hebben om aan de werking van een maatregel te ontsnappen. Zo zal het intreden van de pensioengerechtigde leeftijd zich voltrekken buiten de wil van de betrokkene, evenals het intreden van een verzekerd risico.

3.7. Wat wordt geregeld en voor wie?

Met betrekking tot de vraag voor wie (een wijziging van) een regeling gaat gelden, kan worden onderscheiden in de omschrijving van (groepen van) personen, van benoemde rechtsverhoudingen of van omschreven (rechts)feiten.

Belangrijker, uit oogpunt van de motiveringsplicht en de «*fair balance*», is de vraag wat wordt geregeld, hetgeen de aard betreft van de regeling en waarin zij voorziet: heeft de regeling een verzekeringkarakter, betreft het

¹ F.H. van der Burg, *Overgangsrecht* (preadviezen voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid), Den Haag, Sdu 2001, blz. 23.

² EHRM (GK), *Thlimmenos t. Griekenland*, arrest van 6 april 2000, nr. 34369/97.

een basisvoorziening of aanvullende voorziening of een toeslag. Voorts kan van belang zijn hoe de regeling werkt: in de vorm van een omslagstelsel of als door middel van inleg of bijdragen opgebouwde aanspraken, inkomensafhankelijk of niet.

Bij onderscheid van overgangsmaatregelen voor specifieke groepen (bijvoorbeeld cohorten) bij uitgestelde werking of eerbiedigende werking is van belang dat het onderscheid kan worden gerechtvaardigd. In dit verband is relevant dat het EHRM in zaken over artikel 1 van het Eerste Protocol uitspraak heeft gedaan over een mogelijke schending van artikel 14 van het EVRM in het voorliggende geval. Met name wanneer het aanspraken betreft in de sfeer van de sociale voorzieningen, moeten voor onderscheid naar sekse of nationaliteit zeer zwaarwegende redenen bestaan («*very weighty reasons*») om het onderscheid te kunnen rechtvaardigen. Voor onderscheid op andere gronden, bijvoorbeeld leeftijd, wordt een lichtere toets gehanteerd, namelijk of het onderscheid redelijk en objectief is gerechtvaardigd, soms of het onderscheid geschikt en noodzakelijk is ter bereiking van het gestelde legitieme doel.

4. Beantwoording van de in het verzoek tot voorlichting gestelde vragen

a. Wat is de reikwijdte van het eigendomsbegrip in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM met betrekking tot de sociale zekerheid en de pensioenen?

De jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 1 van het Eerste Protocol laat zien dat het EHRM het begrip «eigendom» als een autonoom begrip uitlegt en daaraan een wijde strekking toekent. Voor de sociale zekerheid en overheidspensioenen die uit de publieke middelen worden betaald (de AOW) betekent dit dat voor vrijwel alle (wijzigingen van) regelingen op dit gebied artikel 1 van het Eerste Protocol van toepassing zal zijn in de hiervoor (paragraaf 2.3.) aangeduide zin. Voor pensioenrechten in de tweede pijler en de derde pijler gaat het om vermogensrechten die «eigendom» zijn in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol. De terughoudende opstelling van het EHRM ten aanzien van pensioenrechten ziet voor de Nederlandse situatie op de AOW en niet op de tweede en derde pijler pensioenen, die op privaatrechtelijke leest zijn geschoeid. Bij een inmenging in het eigendomsrecht legt het EHRM het zwaartepunt bij de vraag naar de proportionaliteit, met name in die zin, dat wordt beoordeeld of de afweging van de betrokken belangen tot een eerlijk en evenwichtig resultaat («*fair balance*») heeft geleid.

b. Kunnen de aard en de inhoud van het desbetreffende recht en het feit dat een maatregel bestaande of nieuwe gevallen zal betreffen een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of overgangsrecht nodig is en welke vorm het dient te krijgen?

In de jurisprudentie van het EHRM wordt onderscheid gemaakt tussen sociale voorzieningen (ongeacht of die uit de publieke middelen wordt betaald, zoals de bijstand, dan wel een verzekeringskarakter hebben) die voorzien in een minimum bestaansniveau, zoals bijstand, inkomensvervangende uitkeringen en aanvullende uitkeringen. In het geval de betrokkenen een uitkering wordt onthouden of ontnomen die voorziet in een minimumbestaansniveau stelt het EHRM zwaardere eisen aan de proportionaliteit van de inmenging. Daarbij zal van belang zijn of het «bestaande» gevallen betreft of «nieuwe». In het laatste geval zal sprake moeten zijn van gewettigde verwachtingen («*legitimate expectations*», zie paragraaf 2.1). In dat verband moeten de relevante verschillen tussen «bestaande» en «nieuwe» gevallen duidelijk in kaart worden gebracht, zodat op grond daarvan de keuze kan worden gemaakt voor onmiddellijke

werking, uitgestelde werking of eerbiedigende werking. Voorts is van belang in het kader van de proportionaliteit (met name wat betreft de voorzienbaarheid) dat een tijdige aankondiging van de voorgenomen maatregel (inmenging) wordt gedaan, zodat de betrokkenen zich daarop kunnen instellen.

Voor *bestaande* gevallen zal in het algemeen moeten worden voorzien in een vorm van overgangsrecht: uitgestelde werking of eerbiedigende werking. Afhankelijk van de aard van de sociale voorziening en de omvang van de aanspraken (in volume en gewicht) zal de *duur* van het overgangsrecht moeten worden vastgesteld. Daarbij zal de *aard* van het overgangsrecht moeten worden vastgesteld in het licht van de doelstelling van de maatregel (inmenging). Wanneer het terugdringen van de collectieve lasten wordt beoogd of een bezuinigingsdoelstelling wordt nagestreefd, zal een royaal bemeten overgangsregeling in omvang en duur afbreuk doen aan het beoogde doel. Hetzelfde geldt voor het aanbieden van een vorm van compensatie, omdat een langdurige en volledige compensatie een beoogde bezuiniging of terugdringing van tekorten teniet zal doen. Tot slot is bij de vormgeving van het overgangsrecht van belang dat een ingewikkelde regeling van het overgangsrecht zal leiden tot hogere uitvoerings- en handavingskosten. Het belang van uitvoering en handhaving kan bijdragen aan de motivering en de rechtvaardiging van een sobere vormgeving van het overgangsrecht.

Voorzieningen die het karakter hebben van een verzekering (bijvoorbeeld tegen inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid of ouderdom) vragen in dit opzicht bijzondere aandacht, omdat voor dergelijke regelingen premies of bijdragen zijn betaald, maar nog niet is uitgekeerd omdat het verzekerd risico niet is opgetreden. In het bijzonder is hiervan sprake bij overheidspensioenen. Tevens zal moeten worden vastgesteld of de betrokkene een gedragsalternatief heeft of de mogelijkheid om gebruik te maken van een alternatieve regeling.

Zoals hiervoor is aangegeven, heeft het EHRM zich in zijn oordelen, voor zover die betrekking hadden op de inrichting van overheidspensioenen, zeer terughoudend betoond vanwege de verschillende uitgangspunten die daaromtrent worden gehanteerd (solidariteitsgedachte, inkomensherverdeling, inkomenspolitiek).

Wanneer onderscheid wordt gemaakt tussen (groepen van) personen is van belang dat dit onderscheid kan worden gerechtvaardigd. In dit verband wijst de Afdeling op de jurisprudentie van het EHRM (zie hiervoor) dat voor de onderscheidingsgronden sekse en nationaliteit zeer zwaarwegende redenen («*very weighty reasons*») moeten bestaan om het onderscheid te kunnen rechtvaardigen. Voor andere onderscheidingsgronden vereist het EHRM dat het gemaakte onderscheid redelijk en objectief gerechtvaardigd is.

c. Hebben eventuele andere compenserende maatregelen invloed op de noodzaak en omvang van het overgangsrecht?

In aanvulling op hetgeen in het voorgaande daarover reeds is opgemerkt, wijst de Afdeling advisering er op dat compenserende maatregelen in het kader van de proportionaliteitstoets van belang zullen zijn, met name wanneer wordt gekozen voor onmiddellijke werking of zelfs voor terugwerkende kracht. Ook hier zal weer het dilemma optreden dat compenserende maatregelen enerzijds zeer geschikt zijn om een inmenging in het eigendomsrecht te verzachten en daarom uit oogpunt van proportionaliteit gewenst of zelfs noodzakelijk zijn, terwijl anderzijds royaal bemeten compenserende maatregelen het effect van de inmenging

(de beoogde bezuiniging, hervorming of stabilisering van de overheidsfinanciën) ernstig kunnen schaden of zelfs teniet doen. Ook hier kan worden opgemerkt dat een complexe vormgeving van het overgangsrecht de uitvoerings- en handhavingskosten onevenredig hoog kan doen oplopen. Omdat op dit punt een belangenafweging onvermijdelijk is, zal een duidelijke en draagkrachtige motivering van de noodzaak van de inmenging zijn vereist.

d. Kan een vooraankondiging van een maatregel van invloed zijn op de omvang van het overgangsrecht?

De vooraankondiging van een maatregel die een inmenging zal inhouden in het eigendomsrecht kan bijdragen aan de proportionaliteit daarvan, voor zover de betrokkenen zich kunnen instellen op de aangekondigde wijziging en eventueel kunnen omzien naar alternatieven. Daarvoor is van belang dat een vooraankondiging tijdig geschiedt. Wat als tijdig kan worden aangemerkt, is afhankelijk van de concrete omstandigheden.

5. Algemene conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat bij de beoordeling van de rechtvaardiging, met name uit een oogpunt van proportionaliteit, van de inmenging in het eigendomsrecht onder meer de vormgeving van overgangsrechtelijke maatregelen van belang is. Niet alleen de keuze van de soort, de omvang en de duur van deze maatregelen is relevant, maar ook de motivering ervan. Omdat in veel gevallen sprake zal zijn van tegengestelde belangen (rechtszekerheid en rechtsgelijkheid versus de noodzaak tot ingrijpen) is met name van belang dat de verschillende belangen in het concrete geval worden benoemd en dat wordt aangegeven hoe ze zijn afgewogen. In dat opzicht is een zorgvuldige vormgeving van overgangsrechtelijke maatregelen van wezenlijke betekenis voor de aanvaardbaarheid van ingrepen in sociale zekerheidsvoorzieningen en pensioenrechten. Dat is in lijn met de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 1 van het Eerste Protocol. Het feit dat het eigendomsrecht in de vorm van artikel 1 van het Eerste Protocol juridisch bindend is beschermd, stelt eisen aan een deugdelijke en toereikende motivering van de maatregelen die daarop mogelijk een inmenging (zullen) inhouden. Overgangsrecht is voor de rechtvaardiging van de inmenging van belang, zoals blijkt uit het bijgevoegde summiere beslismodel.

De vice-president van de Raad van State,
J. P. H. Donner

*) Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W12.12.0147/III

Summier beslismodel artikel 1 Eerste Protocol

- is sprake van eigendom?
 - zo ja, is dit bestaand eigendom of toekomstig («*legitimate expectations*»)?
- is sprake van een inmenging (onteigening, regulering)?
- wordt het karakter van de eigendom(saanspraak) («*essence of the right*») door de inmenging aangetast?
 - is de inmenging te rechtvaardigen door:
 - wettelijke basis met legitiem doel, kenbaar en voorzienbaar,
 - vaststelling van de betrokken (wederzijdse) belangen,
 - de afweging daarvan
 - verzachtende maatregelen, al dan niet in combinatie:
 - tijdige aankondiging (voorzienbaarheid)
 - compensatie (geheel of gedeeltelijk)
 - overgangsrecht: soort, duur en omvang (rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, uitvoerbaarheid)
 - hardheidsclausules voor gevallen van persoonlijke en onevenredige zware last («*individual and excessive burdens*»)