

De Staatssecretaris van Financiën
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

- Staatssec. <i>DC</i>
- Secr. Gen. <i>ghe</i>
- D.G.F.Z. <i>ghe</i>
- cc. DB

Ministerie van Financiën
DB 2006/116
Ontv. 10-3-2006
Uiterl. afdoening
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

Noordgouwe, 21 februari 2006

Betreft: 1. Internationale aspecten levensloopregeling
2. Artikel 10b, eerste lid, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965

Geachte heer Wijn,

De adviescommissie fiscale behandeling pensioenen wil in het kader van haar –met ingang van 1 januari 2006 uitgebreide- wettelijke taak om u te adviseren over de fiscale aspecten van pensioenen een tweetal onderwerpen onder uw aandacht brengen. Dit betreft ten eerste de internationale aspecten met betrekking tot de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (hierna: Wet VPL) en ten tweede artikel 10b, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (hierna: UBLB 1965) in relatie tot de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (hierna: WGBL). Deze brief bevat de adviezen van de adviescommissie; de technische informatie is opgenomen in twee bijlagen.

Internationale aspecten Wet VPL

Aan de internationale aspecten van de levensloopregeling is in de parlementaire behandeling relatief weinig aandacht geschonken. De adviescommissie is van mening dat er in de praktijk een behoefte bestaat aan duidelijkheid op een aantal punten. Deze punten worden in bijlage 1 uitgewerkt. De

adviescommissie adviseert u om met betrekking tot de volgende punten een reactie te geven, zodat deze reacties in de praktijk als aangrijpingspunt kunnen worden gebruikt.

Het eerste punt betreft het pensioenbegrip voor verdragstoepassingen. De adviescommissie is van mening dat de Wet VPL geen wijziging heeft aangebracht in het pensioenbegrip voor verdragstoepassing. In het bijzonder betekent dit volgens de adviescommissie dat er geen sprake kan zijn van een inperking van de erkenning van buitenlandse pensioenregelingen.

Verder adviseert de adviescommissie u om aan de Europese Commissie de vraag voor te leggen of de maatregelen ingevolge de Wet VPL strijdig zouden kunnen zijn met de zogenoemde Pensioenmededeling¹ van de Europese Commissie (EC) waarin uitdrukkelijk het standpunt is verwoord dat op pensioen- en vergelijkbare regelingen de fiscale omkeerregeling van toepassing zou moeten zijn.

De adviescommissie adviseert u om standpunten weer te geven met betrekking tot de internationale aspecten van de levensloopregeling zoals die in bijlage 1 zijn weergegeven (onder andere verdragskwalificatie van de uitkeringen en deelname van grensoverschrijdende werknemers). Naar de mening van de adviescommissie zou het daarbij wellicht zinvol kunnen zijn om te bezien op welke wijze de Scandinavische – en wellicht ook andere - landen die een levensloopregeling hebben ingevoerd omgaan met internationale aspecten.

De adviescommissie adviseert u aan de Europese Commissie de vraag voor te leggen of er bij werknemers die levenslooptegoed opbouwen tijdens een dienstbetrekking waarbij Nederlandse loonbelasting is verschuldigd, strijd kan optreden met het vrije verkeer voor werknemers aangezien zij bij het aangaan van een dienstbetrekking die niet aan de Nederlandse loonbelasting onderworpen is het levenslooptegoed alleen kunnen afkopen of laten staan, maar niet meer kunnen gebruiken voor de financiering van verlof.

Artikel 10b, eerste lid UBLB 1965 in strijd met WGBI

De commissie adviseert u om het huidige artikel 10b, eerste lid, van het UBLB 1965 te wijzigen. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBI) blijkt dat deze specifieke fiscale bepaling (waarschijnlijk) verboden leeftijdsdiscriminatie tot gevolg heeft. Het na 1 mei 2004 handhaven van de opzet van artikel 10b, eerste lid, van het UBLB heeft in de dagelijkse pensioenpraktijk tot gevolg dat een in fiscaal opzicht aanvaardbare eindloonregeling moet voldoen aan deze in de fiscale regelgeving verankerde bepaling om te blijven kwalificeren. Echter, het opnemen van artikel 10b, eerste lid UBLB 1965 in een dergelijke regeling resulteert volstrekt onbedoeld in strijdigheid met andere voor pensioenregelingen geldende regelgeving, waarbij met name wordt gedoeld op de WGBL. Door aanpassing van artikel 10b, eerste lid, UBLB 1965 wordt een einde gemaakt aan deze onwenselijke situatie, alsmede aan de risico's (claims) die hier onvermijdelijk voor de pensioentoezeggende werkgever aan verbonden zijn. De op basis van het onderhavige

¹ Weliswaar vormt een Mededeling geen dwingend recht, maar materieel wordt een Mededeling wel aldus uitgelegd. Derhalve worden gevallen waarbij nationaal recht mogelijkwijls in strijd is met het EU-recht door de Europese Commissie door middel van een infractieprocedure voorgelegd aan het HvJ EG.

advies beoogde aanpassing kan worden bereikt door de "vijfjaarseis" en de daarmee samenhangende beperkingen uit artikel 10b, eerste lid, UBLB 1965 te verwijderen.

Wij vernemen graag uw reactie en zijn altijd bereid tot nadere toelichting,

Hoogachtend,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'L.F. van Muiswinkel', is written over a horizontal line.

namens de adviescommissie,
de voorzitter van de adviescommissie fiscale behandeling pensioenen,
prof. dr. L.F. van Muiswinkel

Bijlage 1

Levensloopregeling – Internationale en EU-rechtelijke aspecten

1. Maatregelen inzake pensioen/VUT/prepensioen

Ten aanzien van de maatregelen met betrekking tot VUT, prepensioen en overige pensioenen zijn er naar het zich laat aanzien geen gevolgen op het internationale fiscale of het gemeenschapsrechtelijke terrein. Pensioenen en soortgelijke beloningen vallen onder art. 18 OESO en daar komt met de genomen maatregelen geen wijziging in: de woonstaat is derhalve heffingsbevoegd ook al is het pensioen hier te lande fiscaal gefacilieerd opgebouwd. Alleen bij afkoop e.d. komt de heffingsbevoegdheid aan de werkstaat toe; zie in dit verband met name de verdragen met België en Portugal waarin het huidige Nederlandse verdragsbeleid ten aanzien van het pensioenartikel lijkt te zijn verwoord. Overigens zou wel de vraag kunnen opkomen of ten gevolge van de Wet VPL het pensioenbegrip voor de verdragstoepassing niet wordt ingeperkt. Immers, het verdrag kent zelf geen definitie van pensioen zodat in principe beslissend is hetgeen daaronder naar nationaal recht wordt verstaan. Daar vanuit gaande zou met de aanscherping van met name de pensioenrichtleeftijd in de Nederlandse wetgeving wellicht verdedigd kunnen worden dat regelingen die voorzien in een lagere pensioenleeftijd zonder actuariële korting ten opzichte van de 65-jarige leeftijd, naar Nederlandse begrippen niet als pensioen zouden kunnen worden aangemerkt en derhalve ook voor verdragsdoeleinden niet als zodanig kwalificeren. Gelet op de ruime uitleg die in de regel aan pensioenregelingen voor verdragstoepassing wordt gegeven lijkt dat minder waarschijnlijk. Bovendien bevat het verdragspensioenartikel in de regel de soortgelijkbepaling die een uitbreidende werking aan het pensioenartikel geeft. Deze bepaling zal als dat al nodig is voldoende ruimte bieden om buitenlandse pensioenregelingen onder art. 18 OESO te laten vallen ook al zijn ze niet geheel vergelijkbaar met Nederlandse pensioenregelingen.

Een vergelijkbare vraag kan worden opgeworpen ten aanzien van prepensioen en VUT waarvan de opbouw voortaan immers geheel niet meer wordt gefacilieerd. Op basis van vergelijkbare overwegingen als hiervoor ten aanzien van pensioen is vermeld, lijkt ten aanzien van de onderhavige regelingen dezelfde conclusie te kunnen worden getrokken. Ook onder de huidige verdragstoepassing is niet relevant of de opbouw van de toekomstvoorziening fiscaal wordt gefacilieerd.

De maatregelen ingevolge de Wet VPL lijken in beginsel niet strijdig te zijn met het primaire gemeenschapsrecht. Wel is het opvallend dat daar waar in de zogenoemde Pensioenmededeling¹ van de Europese Commissie (EC) uitdrukkelijk het standpunt is verwoord dat op pensioen- en vergelijkbare regelingen de fiscale omkeerregeling van toepassing zou moeten zijn en Nederland dat standpunt onderschrijft, het nu ten aanzien van VUT en prepensioen daarmee in strijd handelt en zelfs nog verder gaat daar waar het de VUT betreft nu hier in feite sprake is van een dubbele heffing. Op dit punt lijken de maatregelen derhalve wel in strijd met het gemeenschapsrecht. Het zou aanbeveling kunnen verdienen om de EC hier om een standpunt te vragen. Dit geldt temeer daar de EC weliswaar heeft aangegeven dat lidstaten maatregelen moeten nemen om de vergrijzing het hoofd te kunnen bieden, maar daarbij zeker geen voorstellen heeft gedaan om dat te doen op de

¹ Weliswaar vormt een Mededeling geen dwingend recht, maar materieel wordt een Mededeling wel aldus uitgelegd. Derhalve worden gevallen waarbij nationaal recht mogelijkterwils in strijd is met het EU-recht door de Europese Commissie door middel van een infractieprocedure voorgelegd aan het HvJ EG.

wijze waarop dat in Nederland met prepensioen en VUT is gebeurd. De Nederlandse regering lijkt zich daar dus niet op te kunnen beroepen.

2. Levensloopregeling

Ten aanzien van de levensloopregeling zijn er naar het oordeel van de Commissie meer vraagstukken van internationaal en EU-recht, hetgeen met name wordt veroorzaakt doordat dit een regeling is die strikt Nederlands is. In het internationaal en communautair recht is een dergelijke regeling immers onbekend. Belastingverdragen bepalen daaromtrent niets en ook op gemeenschapsrechtelijk terrein is er niets geregeld. Bovendien bevatten de nationaalrechtelijke bepalingen geen regels omtrent de grensoverschrijdende aspecten van de levensloopregeling. Wel staat vast dat er ook in de Scandinavische landen sprake is van levensloopfaciliteiten; in die zin is het Nederlandse systeem niet uniek. Mogelijkerwijs zijn er nog meer landen die dergelijke regeling kennen.

De levensloopregeling zal dus zelfstandig getoetst moeten worden aan de geldende bepalingen. Wat betreft de toepassing van de belastingheffing in grensoverschrijdende situaties bij levensloopregelingen is het de vraag welk verdragsartikel op de uitkeringen van toepassing is. In de meest ruime zin zou als kwalificatie kunnen gelden loon uit vroegere dienstbetrekking (art. 15 of 16 OESO-modelverdrag), art. 18 (pensioen) of art. 18/21 (sociale zekerheid). Naar nationaal recht kwalificeert de uitkering als loon uit dienstbetrekking; de dienstbetrekking vervalt immers niet tijdens het genieten van de levensloopuitkering. In die zin is de uitkering vergelijkbaar met ziekgeld dat immers ook voor een kortstondige periode voorziet in het continueren van de loonbetaling. Zou de levensloopuitkering langer duren – meer dan een jaar – dan gaat die parallel echter weer niet echt op en zou men moeten denken aan de vergelijking met een meer langdurige uitkering, bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid gedurende twee jaren. Dat zou betekenen dat de sociale zekerheidsbepaling van toepassing zou moeten zijn. Dat lijkt evenwel minder passend gelet op het karakter van de levensloopuitkering die als tijdelijk is bedoeld hetgeen bij arbeidsongeschiktheidsuitkeringen in de regel niet zo is. Een volgende vergelijking dringt zich vanzelfsprekend op met pensioen, namelijk voor zover de levensloopuitkering als prepensioen fungeert. Hier doet zich echter een belangrijk verschil voor in formele zin: tijdens de uitkering van de levensloopuitkering blijft de dienstbetrekking in stand en dat staat haaks op het pensioenkarakter. Tot slot zou de levensloopuitkering in algemene zin als een sociale zekerheidsachtige uitkering aangemerkt moeten worden. Hier zou dan dus eigenlijk de soortgelijkbepaling uitkomst moeten bieden. Deze ontbreekt echter in het sociale zekerheidsartikel in de regel. In de regel lijkt het het meest logisch om als uitgangspunt de uitkering onder de arbeidsartikelen te scharen en alleen in het geval dat aansluitend op de levensloopuitkering het pensioen in gaat, het pensioenartikel van toepassing te doen zijn. Voor de uitkerende werkgever is dit van groot belang omdat hij in het ene geval van inhouding kan afzien. Het valt te betwijfelen of hij dat risico zal willen lopen. De vraag resteert verder nog wat er moet gebeuren als de levensloopgerechtigde toch nog een half of heel jaar na afloop van levensloopuitkering gaat werken en pas daarna met pensioen gaat. Dit is natuurlijk wel essentieel omdat de heffingsbevoegdheid in beide varianten in verschillende landen terecht komt. Tot slot is het de vraag hoe het buitenland naar nationaal recht tegen een levensloopuitkering aankijkt en dit in de heffing betreft.

Ten aanzien van de toepassing van het communautair recht is het in elk geval duidelijk dat terzake geen sprake is van regelgeving. Zolang de levensloopregeling zich geheel binnen Nederland afspeelt is van gemeenschapsrechtelijke problematiek vanzelfsprekend ook geen sprake. Dat doet zich eventueel pas voor bij grensoverschrijdende opbouw of grensoverschrijdende uitkeringen. Ten aanzien van de opbouw lijken er geen grote problemen: zodra een buitenlander in Nederland werkt zal hij in de regel onder het Nederlandse arbeidsrecht vallen en kan hij participeren in de levensloopregeling. Er vanuitgaande dat zijn salaris in Nederland wordt belast is de bijdrage fiscaal aftrekbaar.

Problematischer wordt het wat er moet gebeuren met de levenslooprechten ten aanzien van degene die gedurende een aantal jaren in Nederland heeft gewerkt en dan weer vertrekt, dan wel altijd in Nederland heeft gewerkt en emigreert. Als men in Nederland met levensloop gaat dan kan de uitkering genoten worden en zijn er geen problemen. Maar wanneer men vertrekt uit Nederland en zijn werkzaamheden elders voortzet zijn de mogelijkheden om de levensloopregeling nog aan te kunnen wenden beperkt zo niet onmogelijk. Formeel kan men vanzelfsprekend wel met levensloop, maar materieel veelal niet. Dat betekent dat er weinig anders opzit het levenslooptegoed af te kopen. Dat zou kunnen betekenen dat degenen die hier te lande tijdelijk komen werken aan een levensloopregeling niets hebben, dan wel rechten opbouwen maar er nadien niets mee kunnen doen. Daarmee worden zij slechter behandeld dan inwoners van Nederland, (a) ofwel omdat zij in feite geen levenslooptegoed kunnen opbouwen omdat opname er van in de regel niet goed mogelijk is omdat zij dat na terugkeer naar hun oorsprongslaan of een derde land niet kunnen, (b) ofwel omdat de termijn dat zij in Nederland verblijven tekort is om een adequaat levenslooptegoed op te bouwen, (c) dan wel zij – anders dan inwoners - uiteindelijk gedwongen worden het tegoed af te kopen. Aldus is er volgens de Commissie Pensioenen sprake van strijdigheid met met name het vrije verkeer van werknemers in de zin van art. 39 EG en/of met art. 7 Vo. 1612/68. Met name deze laatste bepaling is stringent geformuleerd doordat zij elk ongelijke behandeling van werknemers op sociaal en fiscaal gebied verbiedt.

Bijlage 2

Artikel 10b, eerste lid UBLB 1965 in strijd met WGBL

Toelichting en achtergrond advies

Artikel 10b, eerste lid, van het UBLB 1965 bepaalt dat in geval van een eindloonregeling gedurende vijf jaar voorafgaande aan de in de pensioenregeling vastgestelde ingangsdatum, loonstijgingen tot maximaal 2% boven de gemiddelde loonindex voor CAO-lonen per maand in aanmerking komen als loonbestanddelen waarover pensioen wordt opgebouwd. Deze beperkende bepaling geldt niet voor loonstijgingen die het gevolg zijn van gangbare functiewijzingen of gangbare leeftijdsperiodieken. Tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL is aangegeven dat deze specifieke bepaling "zich niet goed verhoudt tot de WGBL", met andere woorden mogelijk/waarschijnlijk verboden leeftijdsdiscriminatie in de zin van de WGBL tot gevolg heeft. In overleg met de Staatssecretaris van Financiën zou door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid toen nog worden bezien in hoeverre in een oplossing zou kunnen worden voorzien¹.

Deze kwestie is in het kader van de wijziging van een aantal fiscale uitvoeringsbesluiten eind 2004 expliciet aan de orde gekomen. Hierbij heeft de Raad van State geadviseerd artikel 10b UBLB 1965 te handhaven. De motivering voor handhaving die de Raad van State in haar advies gebruikt overtuigt evenwel niet.

Met name niet, omdat:

(1) in het advies wordt voorbijgegaan aan de gebruikelijke toets-elementen of bij artikel 10b, eerste lid UBLB 1965 al dan niet sprake is van verboden leeftijdsdiscriminatie in de zin van de WGBL;

(2) in het advies is verzuimd de vraag te betrekken of de werkgever die genoodzaakt is deze specifieke beperking in zijn pensioentoezegging op te nemen, de discriminerende effecten daarvan kan rechtvaardigen jegens de deelnemers aan de pensioenregeling;

(3) de in het advies gekozen benaderingswijze eenzijdig is georiënteerd op de "eindloongedachte". Deze benadering is niet (meer) actueel, gezien het ervaringsgegeven dat pensioenfondsen de afgelopen jaren massaal zijn overgestapt van eindloon- naar middelloonsysteem. Dat deze trend zich heeft voorgedaan blijkt onder meer uit het Nationaal Strategierapport Pensioenen 2005, juli 2005 (bladzijde 16):

(a) In 2000 bij pensioenfondsen ondergebrachte regelingen (uitgedrukt in % actieven): 59% op eindloombasis en 31% op middelloonbasis.

(b) In 2004 (idem): 12% (!) op eindloombasis en 74% (!) op middelloonbasis.

Nu de pensioenregelingen van pensioenfondsen massaal zijn omgezet van eindloon- naar middelloon, is fiscale vrees voor "eindloonachtige pensioenpromoties" als verondersteld in artikel 10b, eerste lid UBLB 1965 niet langer reëel.

Desondanks heeft het kabinet het advies van de Raad van State gevolgd en is artikel 10b, eerste lid, van UBLB 1965 in haar oorspronkelijke opzet gehandhaafd.

Dit heeft tot gevolg dat een op zich in fiscaal opzicht aanvaardbare eindloonregeling waarin van deze specifieke bepaling gebruik wordt gemaakt zich blijft kwalificeren als een fiscaal zuivere pensioenregeling.

Echter, tegelijkertijd is een dergelijke pensioenregeling principieel in strijd met de WGBL (zie hiervoor). Pensioenuitvoerders verkeren als gevolg daarvan sedert 1 mei 2004 in grote onzekerheid ten aanzien van het "WGBL-proof" zijn van dit specifieke onderdeel. Pensioenuitvoerders lopen daarmee het onaanvaardbare risico niet te voldoen aan de hen door toezichthouder DNB opgelegde verplichting dat de regeling in overeenstemming moet zijn met geldende wet- en regelgeving, waaronder (uiteraard de WGBL).

Een verplichting waar de DNB pensioenuitvoerders in de "WGBL-brief" van 28 juli 2005 nog eens expliciet op attendeert. Op grond daarvan zijn

¹ Zie Kamerstukken 28170, Eerste Kamer, C (bladzijde 5).

pensioenuitvoerders ten behoeve van mogelijke claims van
pensioengerechtigden nu genoodzaakt om financiële voorzieningen te treffen.