

Minister gaat zijn boekje te buiten bij uitbreiding bereik art. 32ba Wet LB

Sinds 1 januari 2011 is het bereik van artikel 32ba Wet LB zeer onverwacht drastisch vergroot, met grote nadelige gevolgen. Via een nieuw artikel 12.2a Uitvoeringsregeling loonbelasting 2011 wordt bewerkstelligd dat vooruitbetaalde vut-bedragen waarover 26% eindheffing was verschuldigd, materieel alsnog een eindheffing van 52% ondergaan. Afgezien van de materiële consequenties van deze wijziging van de regelgeving, stuit het op grote formele bezwaren. In dit artikel gaan wij nader op deze kwestie in.

Per 1 januari 2006 is met het inmiddels beroemde en beruchte art. 32ba (toen nog 32aa) Wet LB de pseudo-eindheffing op regelingen voor vervoegde uittreding (RVU) van kracht geworden. Dit wetsartikel moet ervoor zorgen dat werkgevers geen vut-achtige regelingen voor werknemers geboren vanaf 1950 meer voeren, door dergelijke regelingen bij de inhoudingsplichtige te belasten met een pseudo-eindheffing van 52% (26% tot en met 2010). Deze heffing kan niet op de werknemer worden verhaald. Gemakshalve laten we het woorddeel pseudo in het vervolg van dit artikel weg en spreken we slechts over eindheffing.

Genoemde eindheffing is verschuldigd over een door de inhoudingsplichtige gedane uitkering, dan wel over een voldane en op hem drukkende bijdrage

of premie aan een fonds of verzekeraar. Deze premie hoeft niet daadwerkelijk te worden betaald om eindheffing verschuldigd te zijn; verrekening, schulderkenning of rentedragendheid is op basis van het tweede lid van art. 32ba voldoende. De eindheffing is alleen verschuldigd over de bijdrage die op de inhoudingsplichtige drukt. Als inhoudingsplichtige A ter zake van de uitkering bijdragen of premies van een andere inhoudingsplichtige (B) ontvangt, is hij hierover geen eindheffing verschuldigd. Die is namelijk verschuldigd door de inhoudingsplichtige die deze bijdragen betaalt, derhalve B.

Om nu te voorkomen dat inhoudingsplichtige B vóór de invoering van het eindheffingsregime, dus voor 2006, de toekomstige vut-lasten gingen affinancieren om zo geen eindheffing verschuldigd te zijn, is via de delegatiebepaling van het achtste lid van art. 32ba, art. 106 Uitvoeringsregeling LB 2001 ingevoerd en inmiddels ongewijzigd overgenomen in art. 12.2 Uitvoeringsregeling LB 2011 (URLB). In dit artikel is bepaald dat inhoudingsplichtige A gewoon eindheffing verschuldigd is over de gehele uitkering – dus ook over het deel dat niet op hem drukt – als art. 32ba niet van toepassing was op inhoudingsplichtige B ten tijde dat deze de vut-bijdrage betaalde aan inhoudingsplichtige A.

In de parlementaire behandeling bij deze bepaling is opgemerkt dat het ontgaan van eindheffing moest worden voorkomen.¹ Maar wel bleef de mogelijkheid bestaan om de eindheffing te beperken door het financieringsmoment te vervroegen. Dit vraagt om een toelichting. Het eindheffingsstarief bedroeg 26% van 2006 tot en met 2010 en bedraagt 52% vanaf 2011. Om de eindheffing te beperken tot 26%, moest de vut-bijdrage uiterlijk in 2010 op de inhoudingsplichtige drukken. Dit kon worden gerealiseerd door uiterlijk in 2010 de vut-bijdrage af te storten bij een (nieuw op te richten) fonds, dan wel bij een verzekeraar. Over deze storting was 26% eindheffing verschuldigd en vanaf 2011 was alleen over de rendementsaanwinst 52% eindheffing verschuldigd.



Pierre Akkermans (links) en **Bastiaan Starink**

Mr. P.J.M. Akkermans is vrij gevestigd pensioenjurist en consultant en mr. B. Starink werkt bij Pensions, Actuarial & Insurance Services van PwC en het CompetenceCentre for Pension Research van Tilburg University

Een besparing dus van 26%. Deze besparingsmogelijkheid wordt niet tegengehouden door art. 12.2 URLB, omdat de vooruitbetaling niet plaatsvond in een periode waarin art. 32ba nog niet gold.

Voorbeeld

Vut-fonds A doet tussen 2011 en 2020, ondanks het ontmoedigingsbeleid van de wetgever, vut-uitkeringen aan werknemers geboren vanaf 1950. De vut-last bedraagt tussen 2011 en 2020 € 20 miljoen. In 2010 stort de werkgever € 20 miljoen in het vut-fonds en draagt hierover 26% (€ 5,2 miljoen) eindheffing af. Op het vut-fonds drukt vanaf 2011 niets, omdat alle uitkeringen van een andere inhoudingsplichtige zijn ontvangen. Er is dus nergens 52% eindheffing over verschuldigd vanaf 2011. Door de financiering van toekomstige vut-lasten vóór 2011 te laten plaatsvinden, is € 5,2 miljoen bespaard.

Van deze door de wetgever gecreëerde mogelijkheid is vóór 2011 volop gebruik gemaakt. De tekst van de wet- en regelgeving was immers klip en klaar. Niets wees erop dat deze mogelijkheid niet in lijn zou zijn met de bedoeling van de wet- en regelgever. Anders was art. 12.2 URLB reeds bij invoering wel hierop aangepast; de burger mag immers zorgvuldigheid van de wetgever verwachten. En toch wordt genoemde mogelijkheid om vijf voor twaalf, namelijk op 13 december 2010, alsnog gedwarsboemd met de aankondiging, op de website van het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen van de Belastingdienst, van een nieuw art. 12.2a URLB.²

Art. 12.2a URLB

Zoals gezegd is op basis van art. 32ba Wet LB geen eindheffing verschuldigd over RVU-uitkeringen voor zover die niet op de inhoudingsplichtige drukken. In beginsel moet dan iedere uitkering worden gesplitst in een deel dat niet drukt (geen eindheffing) en een deel dat wel drukt (wel eindheffing). In het nieuwe art. 12.2a URLB wordt nu bepaald dat een van een derde ontvangen premie of bijdrage ter zake van de RVU, slechts voor de helft wordt beschouwd niet te drukken op de uitkerende inhoudingsplichtige als die derde slechts 26% eindheffing over de bijdrage of premie heeft betaald.

Voorbeeld

Vut-fonds A doet tussen 2011 en 2020, ondanks het ontmoedigingsbeleid van de wetgever, vut-uitkeringen aan werknemers geboren vanaf 1950. De vut-last bedraagt tussen 2011 en 2020 € 20 miljoen. In 2010 stort de werkgever € 20 miljoen in het vut-fonds en draagt hierover 26% (€ 5,2 miljoen) eindheffing af. Op het vut-fonds drukt vanaf 2011 volgens art. 12.2a slechts de helft (€ 10 miljoen) niet; de andere helft wel. Er is vanaf 2011 dus 52% eindheffing verschuldigd over € 10 miljoen. Per saldo is dus 26% betaald over € 20 miljoen en 52% over € 10 miljoen. Dit komt overeen met 52% over € 20 miljoen.

Met de invoering van art. 12.2a URLB is dus bereikt dat een RVU die wordt uitgekeerd vanaf 2011, altijd wordt belast met een eindheffing van 52%. V - financiering leidt niet meer tot een besparing op de eindheffing. Gezien de doelstelling van de wetgever om vut-regelingen fiscaal te ontmoedigen, valt art. 12.2a dus wel te begrijpen. Maar de wijze en het tijdstip waarop deze beleidswijziging is doorgevoerd, zijn uiterst ongelukkig en onzorgvuldig. Sterker nog, naar onze mening is het proces van regelgeving hier dermate in strijd met het legaliteitsbeginsel dat art. 12.2a onverbindend is. Daar hebben wij een aantal argumenten voor.

Van de door de wetgever gecreëerde besparingsmogelijkheid is vóór 2011 volop gebruik gemaakt. De tekst van de wet- en regelgeving was immers klip en klaar

■ GEWEKT VERTROUWEN EN RESTRICTIEVE INTERPRETATIE

Opvallend is dat de wetgever gedurende de gehele 'gewenningsperiode' 2006-2011 – waarin dus het tarief van 26% eindheffing gold – geen enkele actie ondernam tegen het in zijn ogen ongewenste effect van ontwijking van het hogere eindheffings-tarief van 52%. En dat terwijl hem dit bekend was, alsook dat deze route door veel inhoudingsplichtigen werd gevolgd. Bij de publicatie van het nieuwe URLB 2011, op 8 september 2010, was art. 12.2a daar nog niet in opgenomen, zodat de inhoudingsplichtige mocht aannemen dat de geldende wet- en regelgeving in stand zou blijven. Wie na die datum, maar voor 1 januari 2011 de vut-voorziening wilde afstorten bij een fonds of verzekeraar, rekende en mocht rekenen op het hiervoor geschetste voordeel. Pas op 13 december 2010 werd via de website van het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen aangekondigd dat een nieuw artikel zou worden toegevoegd en dat dit niet meer was dan een voortzetting van bestaand beleid. Dus eigenlijk niet meer dan het puntjes zetten op de i. Met deze plotselinge actie, waarbij op het laagst mogelijke regelingsniveau zogenaamd bestaand beleid wordt vastgelegd, handelt de wetgever in strijd met het beginsel dat gewekt vertrouwen moet worden gehonoreerd.

1 Toelichting ministeriële regeling van 1 april 2005, nr. WDB 2005/197 M, Stcrt. 2005, 65.

2 www.belastingdienstpensioensite.nl/VA%2010-009.htm.

Daarnaast kunnen grote vraagtekens worden gezet bij de onderbouwing die wordt gegeven om (effectief) tot een eindheffing te komen van 52% voor alle na 2010 gedane vut-uitkeringen. Zoals gezegd was de bedoeling van de wetgever te voorkomen dat het vermogen van voor 2006 gefacilieerde vut-regelingen zou worden aangemerkt als drukkend op de na 2006 gedane uitkeringen. Daartoe zou een delegatiebepaling worden gemaakt. De memorie van toelichting zegt hierover: 'Wanneer vut-uitkeringen worden gedaan aan werknemers die ná 1 januari 2006 op grond van een vut-regeling vervroegd zijn uitgetreden, worden deze uitkeringen (bij fictie) geacht volledig op het fonds te drukken, behoudens voor zover het fonds ná 31 december 2005 van werkgevers of werknemers premie heeft ontvangen ter zake waarvan die werkgevers reeds de heffing van artikel 32aa zijn verschuldigd, onderscheidenlijk de werknemers geen aftrek hebben genoten.'³

Hieruit blijkt duidelijk dat, wanneer na 2005 wél heffing heeft plaatsgevonden – ook al is dat op grond van de bewuste keuze van de wetgever voor een gewinningstarief 'slechts' 26% geweest – dit als niet drukkend op het vut-fonds wordt aangemerkt. Deze restrictieve interpretatie is naar onze mening de enig juiste. In elk geval lijkt ons de uitleg die de minister geeft te extensief, en niet af te leiden uit de wetsgeschiedenis van art. 32aa. Zie ook hierna, waar we het vraagstuk niet bekijken vanuit de uitleg van de wet, maar vanuit de reikwijdte van de delegatiebevoegdheid.

■ IN STRIJD MET MINISTERIËLE BEVOEGDHEID

Zoals gezegd is een inhoudingsplichtige op basis van de wet in formele zin geen eindheffing verschuldigd vanaf 2011 over van andere inhoudingsplichtigen ontvangen bedragen ter zake van een RVU. Maar op basis van art. 12.2a URLB is hij dat wel. De URLB creëert hiermee een fiscale heffing die in de wet ontbreekt, en geeft er zodoende een ruimere werking, c.q. uitleg aan.

De bevoegdheid tot het stellen van nadere regels volgt uit de delegatiebevoegdheid van de minister die de wet hem toekent.⁴ In het achtste lid van art. 32ba Wet LB is opgenomen dat bij ministeriële regeling nadere regels kunnen worden gesteld voor de toepassing van dit wetsartikel. Hiermee heeft de minister een bepaalde bevoegdheid toegekend gekregen voor het stellen van deze regels. Maar hij moet daarmee wel altijd binnen die bevoegdheid blijven. Hij heeft dus geen vrijbrief gekregen om de wet naar eigen goeddunken op te rekken. Welnu, naar onze mening heeft hij *niet* de bevoegdheid gekregen om in de URLB regels te stellen die een eindheffing opleggen die op basis van de Wet LB niet kan worden opgelegd. Wij lichten dit nader toe.

De delegatiebevoegdheid van de minister is omschreven en ingekaderd in het wetgevingsproces van art. 32ba, achtste lid, Wet LB. In de memorie van toelichting is destijds het volgende opgenomen: 'Op grond van de (...) delegatiebevoegdheid zal bij lagere regelgeving worden bepaald hoe het (...) begrip

drukkend moet worden verstaan bij vut-fondsen die bij de invoering van de regeling vermogen hebben dat afkomstig is uit de periode van voor de invoering. Bepaald zal worden dat het niet mogelijk is om zonder heffing dit vermogen aan te wenden voor uitkeringen aan werknemers die na 1 januari 2006 vervroegd zijn uitgetreden.'⁵ De minister is dus gerechtigd om regels te stellen die voorkomen dat *zonder* eindheffing RVU-uitkeringen kunnen worden gedaan. Maar hij mag geen regels stellen die voorkomen dat vanaf 2011 minder dan 52% eindheffing wordt geheven. Met andere woorden, hij mag het ontgaan van een eindheffing voorkomen, maar niet beperken.

Omdat de minister met art. 12.2a URLB iets heeft willen regelen waartoe hij niet gerechtigd is, is art. 12.2a naar onze mening onverbindend en wordt het derhalve geacht niet te bestaan. Zou ook de wetgever van mening zijn dat art. 12.2a heeft te gelden, dan moet dit letterlijk en figuurlijk via de koninklijke weg, namelijk via een wijziging van de Wet LB gebeuren.

■ TERUGWERKENDE KR CHT

De invoering van art. 12.2a URLB is een 'reparatiemaatregel' die materieel terugwerkende kracht heeft. Immers, bij de afwikkeling en financiering van lopende vut-regelingen zijn de te verwachten eindheffingen ingecalculleerd. Het beschikbare budget is veelal bindend voor de cao-partijen toegewezen aan het vut-fonds dat de afwikkeling verzorgt, dan wel afgestort bij een verzekeraar. Daarop kan bij een onvoorziene latere lastenoverschrijding niet worden teruggekomen. Met de financiering van de vut-regeling en de afdracht van de eindheffing is de zaak afgewikkeld: de fiscus heeft zijn deel gehad. De aanvullende heffing op een reeds afgewikkelde zaak kan daarom worden aangemerkt als het invoeren van wetgeving met materieel terugwerkende kracht. De werking van art. 12.2a URLB komt namelijk neer op het hanteren van de fictie dat de financiering van de vut-regeling heeft plaatsgevonden vóór 1 januari 2006. Daarmee wordt het gematigde overgangstarief van 26% met terugwerkende kracht onderuitgehaald. In ons eerdere voorbeeld bedroeg de totale financieringslast van de vut-regeling € 25,2 miljoen (€ 20 miljoen voor de vut-uitkeringen, en € 5,2 miljoen aan eindheffing). Door de reparatiemaatregel komt daar met terugwerkende kracht nog eens € 5,2 miljoen bij. Dat is geen marginale lastenverzwaring meer.

3 Kamerstukken II 2003/2004, 29 760, nr. 3, blz. 32.

4 Het parlement dient als medewetgever constant te waken voor te ruime delegatiebevoegdheden, omdat anders een te groot deel van de wetgevende macht in handen zou komen van de uitvoerende macht, hetgeen in strijd is met de trias politica, de strikte scheiding der machten. Zie ook De Kam e.a., p. 81 in *Belastingrecht in hoofdlijnen*, Deventer: Kluwer 2010.

5 Kamerstukken II, 2003/04, 29 760, nr. 3, p. 32.

In beginsel heeft (fiscale) wetgeving geen terugwerkende kracht.⁶ Aan het verlenen van terugwerkende kracht aan belastende bepalingen worden strenge eisen gesteld, omdat het kan leiden tot aantasting van de rechtspositie.⁷ Te denken valt aan situaties waarin snel ingrijpen van de wetgever is geboden ter wille van een rechtvaardige belastingheffing:

- bij regelingen die misbruik of oneigenlijk gebruik beogen tegen te gaan;
- wanneer sprake is van een evidente ommissie in een wet die leidt tot duidelijk onbedoelde gevolgen, waardoor bijvoorbeeld aanmerkelijke fiscale claims verloren gaan.

Ons lijkt dat geen van beide gevallen zich hier voor doet, en dat dus deze materieel terugwerkende kracht niet is toegestaan.⁸ Wij zien ook geen reden anders te oordelen omdat hier geen sprake is van formeel terugwerkende kracht. Het onderscheid tussen beide kan flinterdun zijn, en dat is hier, gezien de handig gekozen regelconstructie, zeker het geval. Het effect is immers hetzelfde als wanneer bij wetswijziging met formeel terugwerkende kracht het tarief van 26% over de jaren 2006-2010 was verhoogd naar 52%.⁹

Ook verzekeraars en banken onder- vinden bij bijvoorbeeld stamrechten grote nadelen van art. 12.2a

■ NEVENEFFECTEN

De invoering van art. 12.2a URLB is overduidelijk bedoeld om te voorkomen dat via financiering vóór 2011 slechts 26 in plaats van 52% eindheffing over een RVU is verschuldigd vanaf 2011. In de praktijk zijn de consequenties groot. Veel branchebrede vut-regelingen hebben hun premie afgestemd op de wet- en regelgeving zoals die gold tot en met 2010. Deze partijen worden nu op het allerlaatst geconfronteerd met een enorme lastenverzwaring, die door de werkgevers en werknemers in de branche moet worden betaald. In tijden van loonmatiging en oplopende pensioenkosten is dit een zeer onwelkome verrassing.

6 Zie art. 4 Wet Algemene Bepalingen. Voor het belastingrecht is terugwerkende kracht overigens ook niet uitgesloten (art. 104 Grondwet).

7 Zie de nog altijd lezenswaardige notitie ‘Terugwerkende kracht in fiscale regelgeving’ van staatssecretaris Vermeend van 8 oktober 1996 (Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 25 212, nr. 1). De toegezegde herziening van deze notitie is nog niet verschenen.

8 Zie voor een wel toelaatbaar geachte terugwerkende kracht recent HR 2 oktober 2009, LJNBI 1892, nr. 07/10481, VN 2009/48.15 ten aanzien van de pc-privéregeling.

9 Zie hierover het proefschrift van M.R.T. Pauwels, Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen, Sdu uitgevers, 2009, met name hoofdstuk 5.

10 Openbaar beschikbaar via www.belastingdienstpensioensite.nl.

11 Zie ook de redactie van Vakstudie-Nieuws, V-N 2001/5.2.3, p. 93.

De ogenschijnlijk zeer gehaaste invoering van dit artikel in december 2010 heeft echter een nog ruimer effect dan slechts het voorkomen van een in de ogen van de minister ongewenste voorfinanciering. Zo ondervinden ook verzekeraars bij bijvoorbeeld stamrechten grote nadelen van art. 12.2a. Een verzekeraar is bij een stamrecht, gefinancierd uit een als RVU kwalificerende ontslagvergoeding, op basis van de Wet LB slechts eindheffing verschuldigd over het verschil tussen het uit te keren en het ontvangen bedrag. Dit verschil, de rendementsaan groei, is vooraf nauwkeurig te becijferen door de verzekeraar. De hierover verschuldigde eindheffing is daarom in de kostprijs van het stamrecht verdisconteerd. Door de invoering van art. 12.2a zijn verzekeraars ineens 52% eindheffing verschuldigd over de helft van de door de klant gestorte koopsom.

Dit is niet alleen onverwacht; het is ook onredelijk. Immers, verzekeraars zijn slechts uitvoerder van een regeling en geen partij in de toezegging ervan. De ‘boete’ komt echter wel bij hen terecht. Het is maar de vraag of de verzekeraar deze extra eindheffing op basis van de polisvoorwaarden kan verhalen op de oud-werkgever en -werknemer. Verzekeraars handelden volledig te goeder trouw. Zo heeft het Centraal Aanspreekpunt Pensioenen van de Belastingdienst in een brief van 16 maart 2006 aan het Verbond van Verzekeraars duidelijk aangegeven dat verzekeraars niet kunnen worden geconfronteerd met eindheffing over bedragen die niet op hen drukken.¹⁰ Op deze toezegging, alsmede op de daaraan ten grondslag liggende wet- en regelgeving, hebben verzekeraars hun beleid en polisvoorwaarden ingericht. Het is onzorgvuldig van de minister om dit met een pennenstreek te ondermijnen.¹¹ Het vorenstaande geldt overigens niet alleen voor verzekeraars, maar ook voor banken, aangezien zij sinds enkele jaren geblokkeerde stamrechtbankspaarrekeningen aanbieden en als inhoudingsplichtige voor de uitkeringen worden aangemerkt.

■ TEN SLOTTE

De bedoeling van de minister is duidelijk: een lek repareren dat eigenlijk geen lek was, maar een volkomen voorzienbare en legale benutting van de voordeligste fiscale route. Van de minister en de wetgever mag evenwel zorgvuldigheid worden geëist. Daarvan is in deze kwestie om diverse redenen geen sprake. Het zou de minister sieren als hij erkent dat de wetgever bij het invoeren van de voorganger van art. 32ba Wet LB, per 1 januari 2005, niet heeft voorzien wat wel voorzienbaar was, namelijk de mogelijkheid tot beperking van eindheffing. Wat ons betreft zou de minister art. 12.2a URLB moeten intrekken en zou de wetgever zich moeten onthouden van invoering van een gelijklopende regeling. De wetgever en de minister dienen zich te houden aan de rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur. Daar hoort wat ons betreft ook bij dat de gevolgen van eigen fouten uit het verleden als een sportief man worden aanvaard. ●