

Bijlage nr. 13894-b6, bij Staatscourant 2022, nr. 13894.

BIJLAGE 3B. bij nader rapport nr. 2022-0000019635

3B. Nota van wijziging bij het voorstel van wet tot wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001, de Wet op de loonbelasting 1964, de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet in verband met de aanpassing van het fiscale kader voor oudedagsvoorzieningen (Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen)

Advies Afdeling advisering van de Raad van State

No.W06.13.0170/III

's-Gravenhage, 19 juni 2013

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 17 juni 2013, no.13.001225, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Financiën, mede namens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de nota van wijziging bij het voorstel van wet tot wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001, de Wet op de loonbelasting 1964, de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet in verband met de aanpassing van het fiscale kader voor oudedagsvoorzieningen (Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen), met nota van toelichting.

De nota van wijziging voorziet in een aanvulling van het wetsvoorstel verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen (het wetsvoorstel). De nota van wijziging geeft invulling aan de in het kader van het sociaal akkoord geboden mogelijkheid om tot een alternatief te komen voor de aanpassing van het Witteveenkader. Hiervoor is € 250 mln beschikbaar gesteld. In dit kader zijn sociale partners gekomen met het voorstel tot een aanvulling van het pensioenkader met een vrijstellingsregeling in box 3 (vermogensrendementsheffing) van de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001), waardoor het mogelijk wordt een aanvulling op het pensioen op te bouwen – pensioenexcedentregelingen – met vrijstelling van vermogensrendementsheffing. Het verschil met de pensioenopbouw in box 1 en in de loonbelasting is, dat de omkeerregel niet van toepassing is. Er wordt in dit geval geen pensioen opgebouwd uit brutoloon, maar uit het netto-inkomen.

De Afdeling is van oordeel dat de aanvullende inkomensopbrengst van de voorgestelde pensioenexcedentenregelingen (financieel en fiscaal) beperkt is, dat hieraan zeer hoge uitvoeringslasten zijn verbonden, ook omdat het beheer ervan noodzakelijkerwijs gescheiden moet plaatsvinden, en dat verwacht moet worden dat de uiteindelijke opbrengst ervan voor de meeste pensioendeelnemers minimaal, zo niet te verwaarlozen, is. De verhouding van de nota van

wijziging met de pensioenwetgeving roept daarnaast veel vragen op. De Afdeling is in dit verband van oordeel dat deelname aan pensioenexcedentregelingen uitsluitend op vrijwillige basis plaats zou moeten vinden en dus niet verplicht moet kunnen worden gesteld. De deelnemer kan dan zelf de afweging maken of hij, ondanks de te verwachten beperkte opbrengst, toch wil participeren in de voorgestelde pensioenexcedentregelingen.

Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat over de nota van wijziging in deze vorm niet positief kan worden geoordeeld.

1. Praktische betekenis voorgestelde regeling

De voorgestelde regeling betreft een relatief beperkte aanvulling op het Witteveenkader. Uit de toelichting blijkt al dat de uitvoeringslasten voor de regeling aanzienlijk zullen zijn, omdat de regeling gescheiden van de uitvoering van pensioenregelingen dient te worden uitgevoerd. Uit de toelichting blijkt niet wat, gegeven het beperkte karakter van de regeling en de hoge uitvoeringslasten mag worden verwacht van de regeling: wat kost het en wat levert het uiteindelijk op.

De Afdeling plaatst in dit verband de volgende kanttekeningen.

a. Uitvoering door pensioenuitvoerder

Een prealabele vraag is in dit verband wat de consequenties zijn voor het voorliggende voorstel als blijkt dat de pensioenfondsen dit niet kunnen uitvoeren. In de toelichting op de nota van wijziging wordt opgemerkt dat de regeling leidt tot meer complexiteit bij de uitvoering. Daarbij wordt opgemerkt dat de uitvoering door een pensioenfonds kan leiden tot spanning met de eis van één financieel geheel op grond van de Pensioenwet. Die spanning kan leiden tot risico's voor de houdbaarheid van de verplichtstelling. Dit impliceert dat de vraag – aldus de toelichting – of en zo ja hoe pensioenfondsen een dergelijke excedentregeling kunnen uitvoeren, nader moet worden bezien.

In het licht hiervan dient in de toelichting duidelijk aan te worden gegeven wat er gebeurt met het voorstel indien blijkt de pensioenfondsen niet in staat zijn het voorliggende voorstel uit te voeren.

b.1. Uitvoeringslasten

In de toelichting is geen cijfermatige onderbouwing opgenomen van alle uitvoeringskosten. In het bijzonder wordt niet in beeld gebracht wat de uitvoeringslasten zijn voor pensioenfondsen. Aangenomen moet worden dat deze aanzienlijk zullen zijn, mede gelet op de gescheiden uitvoering. In de toelichting wordt gesteld: "dat het netto pensioenvermogen niet kan worden vermengd met het vermogen onder toepassing van de omkeerregel; dit is verderstrekkend dan uitsluitend een boekhoudkundige scheiding". DNB wijst er daarbij op dat het in het algemeen voor kostenefficiëntie van belang is dat er sprake is van eenvoud en van schaalgrootte; het is ernstig de vraag of daar met deze regeling aan is voldaan.

De uitvoeringskosten zullen in mindering komen op de rendementen van het ingelegde vermogen. Uit de brief van de Stichting van de Arbeid van 7 juni 2013 komt reeds naar voren dat de adviserende leden van de pensioenuitvoerders aantekenen dat de uitvoeringskosten niet in een redelijke verhouding staan tot de premie-inleg. In de recente brief van DNB/AFM wordt daarover opgemerkt dat er met name voor de aanvullende regeling voor inkomens onder € 100 000, een gereede kans is dat een 'disproportioneel groot' deel van de relatief lage premie-inleg ingezet moet worden ter dekking van de uitvoeringskosten.

Naast de genoemde uitvoeringskosten bij de pensioenfondsen zullen volgens de toelichting ook de administratieve lasten bij de bedrijven structureel met ongeveer € 5-10 mln toenemen, in verband met de verplichte renseignering van 'relevante gegevens' aan de Belastingdienst naast éénmalige kosten voor het ontwerpen van het renseigneringsproces en het inrichten daarvan.

Al met al zijn de kosten voor de regeling, waarmee een budgettair belang van € 250 mln is gemoeid, aanzienlijk. Het betreft de kosten voor pensioenuitvoerders, extra kosten voor de Belastingdienst, DNB en AFM, en de renseigneringskosten.

b.2. Betekenis van de regeling voor de deelnemers

De toelichting geeft geen inzicht in de omvang van de aanvulling op het pensioen die met de pensioenexcedentregelingen zal worden opgebouwd, voor verschillende leeftijds- en inkomenscategorieën. Nodig is een cijfermatige aanvulling met betrekking tot de pensioenexcedentregelingen in aanvulling op de cijfers die thans al bekend zijn met betrekking tot het wetsvoorstel.

De toelichting biedt voorts geen informatie over de fiscale betekenis die het voorstel heeft voor deelnemers aan de pensioenexcedentregelingen. De Afdeling meent dat voor een goede beoordeling van de voorgestelde regeling, inzicht hierin onontbeerlijk is. De Afdeling geeft in overweging in de toelichting rekenvoorbeelden voor de verschillende leeftijds- en inkomenscategorieën op te nemen.

Gelet op de lage opbouwpercentages (het betreft immers slechts een – beperkte – aanvullingsmogelijkheid op de 'reguliere' pensioenopbouw) en de daarmee op te bouwen aanspraken, lijkt het fiscale belang daarvan in box 3 zeer beperkt te zijn.

b.3. Conclusie

Gegeven dat de opbouw mogelijkheden van het voorstel beperkt zijn, dat het fiscale belang ook zeer beperkt is, en dat de uitvoeringslasten hoog zullen zijn, moet worden aangenomen dat het totale rendement voor de deelnemers van de voorgestelde regeling zeer beperkt zal zijn. Voor de optoppingsregeling zou dit anders kunnen zijn. Ook DNB/AFM wijzen hier op. Op grond hiervan is de Afdeling van oordeel dat reeds nu kan worden geconcludeerd dat er ernstig aan moet worden getwijfeld of het op deze wijze inzetten van netto-inkomen voor een deelnemer uit een oogpunt van goed vermogensbeheer nog passend te noemen valt. Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling de nota van wijziging te heroverwegen.

2. Verplichtstelling

Het huidige artikel 117 Pw (ingevolge het wetsvoorstel wordt dit het eerste lid van artikel 117 Pw) bepaalt dat een pensioenfonds uitsluitend een vrijwillige pensioenregeling kan uitvoeren indien dit een aanvulling op een door datzelfde pensioenfonds uitgevoerde basispensioenregeling betreft. Het in het wetsvoorstel voorgestelde artikel 117, tweede lid, van de Pw (en de overeenkomstige bepaling in artikel 115 van de Wet verplichte beroepspensioenregeling) regelt dat een pensioenfonds een fiscaal bovenmatige pensioenregeling uitsluitend kan uitvoeren als vrijwillige pensioenregeling. Het in dat wetsvoorstel voorgestelde artikel 117, derde lid, van de Pw bepaalt

dat onder een fiscaal bovenmatige pensioenregeling wordt verstaan een pensioenregeling die – kort gezegd – niet blijft binnen de in de Wet LB 1964 gestelde grenzen (het Witteveenkader).

Het thans voorliggende voorstel voorziet er via aanpassing van het bedoelde artikel 117, derde lid, van de Pw evenwel in, dat pensioenexcedentregelingen niet als bovenmatig worden aangemerkt. Daaruit leidt de Afdeling af dat met het voorstel wordt beoogd dat verplichtstelling mogelijk is.

De Afdeling merkt allereerst op dat pensioenexcedentregelingen in wezen als bovenmatig dienen te worden aangemerkt. De regeling vormt immers een aanvulling op de basispensioenregeling. De omkeerregel is hierop niet van toepassing en deze wordt uit netto-inkomen opgebouwd. Daarmee doorbreekt de nota van wijziging de nieuwe uitgangspunten die met het wetsvoorstel worden geïntroduceerd.

Voorts is de Afdeling van mening dat een verplichtstelling van een pensioenexcedentregeling als onderdeel van de pensioenovereenkomst tot een ongewenste beperking van de bestedingsvrijheid van netto-inkomsten leidt. Pensioen is uitgesteld loon, vandaar ook dat de werknemer/gepensioneerde geen aanspraak heeft op het pensioenvermogen zelf, maar op toekomstig loon/uitkeringen. De daarmee verband houdende premies worden ingehouden op het brutoloon. Uitgangspunt is dat wat een werknemer met zijn netto-inkomen (dus na aftrek van pensioenpremies) doet en of hij dat direct besteedt of gebruikt voor vermogensvorming, aan de werknemer zelf is. De voorgestelde regelingen inzake aanvullende pensioenen en de fiscale behandeling daarvan knopen echter aan bij het nettoloon. Omdat de pensioenexcedentregeling alleen betaald mag worden uit het netto-inkomen van de werknemer heeft de inhouding in die zin geen relatie met de hiervoor genoemde arbeidsovereenkomst. De verplichtstelling van een excedentenregeling maakt derhalve inbreuk op de bestedingsvrijheid van de werknemer van zijn inkomsten uit arbeid. Over de inkomsten is fiscaal al afgerekend en zij hebben de loonsfeer (box 1) verlaten: het betreft immers vermogensvorming (box 3). Het komt de Afdeling daarom voor dat een mogelijke verplichtstelling als onderdeel van de pensioenovereenkomst, een ongewenste beperking van de bestedingsvrijheid van netto-inkomsten oplevert.

Tot slot is de Afdeling van oordeel dat, gegeven de beperkte omvang van het hiermee gegenereerd aanvullend inkomen en de hoge uitvoeringslasten daarvan, een verplichtstelling in de meeste gevallen tot een disproportionele belasting voor deelnemers leidt.

Gelet op het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat deelname aan pensioenexcedentregelingen uitsluitend op vrijwillige basis plaats zou moeten vinden en dus niet verplicht moet kunnen worden gesteld. In verband daarmee adviseert zij de in de nota van wijziging voorgestelde wijziging van artikel 117 van de Pw (en de overeenkomstige wijziging van artikel 115 van de Wet verplichte beroepspensioenregeling) te schrappen en de uitsluiting van de verplichtstelling zo nodig uitdrukkelijk te regelen.

3. Pensioenexcedentregeling en Pensioenwet

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

Met de voorgestelde wijzigingen wordt beoogd aansluiting te zoeken bij de pensioenregelingen op grond van de Pw. Blijkens de voorgestelde wijzigingen van artikel 117, derde lid, van de Pensioenwet respectievelijk artikel 115, derde lid, van de Wet verplichte beroepspensioenregeling en blijkens de toelichting daarop worden pensioenexcedentregelingen beschouwd als (fiscaal niet bovenmatige) pensioenregelingen. Dat impliceert dat de Pensioenwet van toepassing is op

pensioenexcedentregelingen. Dit roept verschillende vragen op over de verhouding van de voorgestelde fiscale regeling met de pensioenwetgeving.

a. De Pensioenwet en de pensioenexcedentregelingen

Er wordt geregeld dat de pensioenexcedentregelingen moeten voldoen aan de in de Wet LB 1964 gestelde voorwaarden. Daarmee is aansluiting op de regels van de Pensioenwet echter nog niet verzekerd, en evenmin is verzekerd, dat de regels van de Pensioenwet die gelden voor de verschillende typen pensioenregelingen zonder meer op pensioenexcedentregelingen kunnen worden toegepast.

Blijkens de toelichting vormt een pensioenexcedentregeling een aanvulling op de basispensioenregeling. Niet is duidelijk, gelet op het voorstel, wat de aanvullende overeenkomst zou moeten inhouden ; of wordt beoogd dat een pensioenovereenkomst verschillende pensioenregelingen gaat omvatten elk met een eigen uitvoeringsovereenkomst, of dat er verschillende losstaande overeenkomsten zijn. In het ene geval zou de werkgever wel en in het andere geval niet betrokken zijn. Ook is niet duidelijk of voor de toepassing van de verschillende bepalingen van de Pensioenwet, zoals die inzake overdracht, afkoop, uitruil, de pensioenexcedentregeling als een zelfstandige pensioenregeling moet worden gezien of dat deze onlosmakelijk gekoppeld wordt aan de pensioenregeling ten opzichte waarvan deze het excedent vormt. Als de voorgestelde voorziening onder dezelfde pensioenovereenkomst zou kunnen worden gebracht, ligt het voor de hand daarvoor voorzieningen te treffen om ervoor te zorgen dat de pensioenexcedentregeling 'meeloopt' met de bijbehorende 'hoofd'pensioenregeling. Het voorstel voorziet daar niet in.

Gelet op de geringe opbouwpercentages die gemoeid zijn met de verschillende pensioenexcedentregelingen, is de kans groot dat deze als kleine pensioenregelingen zullen kwalificeren, met als gevolg dat deze kunnen worden afgekocht. Dit ligt minder voor de hand gegeven het aanvullend karakter van de uitkering. In het voorstel dient derhalve duidelijk te zijn of deze afkoop wordt beoogd of wordt uitgesloten.

Voorts is het de vraag of de verschillende soorten pensioenexcedentregelingen (ouderdom, partner en wezen) afzonderlijk of gezamenlijk moeten worden geadmistreerd. De toelichting gaat op bovengenoemde aspecten niet in.

De Afdeling adviseert om in de toelichting nader op het vorenstaande in te gaan en de nota van wijziging zo nodig aan te passen.

b. Ringfencing of geen ringfencing

Indien er sprake is van uitvoering van de pensioenexcedentregeling door een pensioenfonds moet worden voldaan aan de bijzondere eisen die ingevolge de Pensioenwet gelden voor pensioenfondsen. Het gaat daarbij in het bijzonder ook om het verbod op ringfencing, dat wil zeggen dat indien een pensioenfonds meerdere pensioenregelingen uitvoert, deze pensioenregelingen financieel één geheel moeten vormen (artikel 123 van de Pw). Dit verbod kan alleen worden doorbroken indien het fonds voor verschillende (groepen van) ondernemingen optreedt.

De voorgestelde fiscale regeling heeft voor pensioenfondsen echter tot gevolg dat er sprake is van twee verschillende opbouwsystemen. Voor de gebruikelijke pensioenregelingen geldt een

omkeerregeling, deze geldt niet voor de pensioenexcedentregelingen. De vermogens van die verschillende systemen zullen dan ook gescheiden moeten worden gehouden. Het voorgestelde artikel 19a, zesde lid, van de Wet LB 1964 maakt het evenwel mogelijk dat, indien binnen een pensioenfonds is gekomen tot ringfencing van de vermogens in verband met de pensioenregeling enerzijds en de pensioenexcedentregeling anderzijds, er sprake is van een voor de fiscaliteit toegelaten verzekeraar. Dit impliceert derhalve dat het verbod van ringfencing mag worden doorbroken. Het voorstel kent evenwel geen artikelen die het in de Pensioenwet opgenomen verbod op ringfencing voor bedrijfstakpensioenfondsen doorbreken. De voorgestelde fiscale voorschriften zijn aldus niet verenigbaar met de eisen die de Pensioenwet stelt.

c. Gelijke premieopbouw

Voorts wijst de Afdeling erop dat de wijze waarop de opbouwpercentages worden berekend vragen oproept in relatie tot artikel 118 van de Pw dat – kort gezegd – vereist dat de werknemerspremie voor alle deelnemers gelijk is of een gelijk percentage van het brutoloon bedraagt. In de voorgestelde regeling is sprake van nettobedragen (premie) waarmee een bepaalde opbouw van het pensioenexcedent correspondeert. Die nettobedragen aan premie corresponderen niet zonder meer met een gelijk percentage van het brutoloon of een gelijk brutobedrag, omdat het verschil tussen bruto en netto voor iedereen afhankelijk is van de individuele situatie. Dit roept de vraag op of de regeling voor die gevallen verenigbaar is met artikel 118, eerste lid, onder b, van de Pw.

Conclusie

De Afdeling komt tot de conclusie dat indien het de bedoeling is dat pensioenexcedentregelingen op grond van de Pensioenwet als aanvullend op bestaande pensioenregelingen moeten worden aangemerkt en door hetzelfde pensioenfonds worden uitgevoerd, nadere aanpassingen van de Pensioenwet noodzakelijk zijn.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het vorenstaande in te gaan en de nota van wijziging aan te passen.

4. Overige opmerkingen

a. Ontwikkelingen met betrekking tot het pensioenstelsel

In het advies over het wetsvoorstel is de Afdeling ingegaan op de samenhang van dat voorstel met de discussie over de toekomst van het pensioenstelsel. In dat verband is onder andere gewezen op de veranderde arbeidsmarkt, de gestegen levensverwachting en het karakter van pensioentoezeggingen. De thans voorgestelde regeling versterkt de noodzaak om het debat over het fiscale stelsel dienaangaande in samenhang met dat debat te voeren. Het is de Afdeling opgevallen dat de voorgestelde maatregel enerzijds een stapje is in de richting van een verlegging van de pensioenopbouw van de loonsfeer naar de (private) vermogenssfeer, terwijl het voorstel anderzijds leidt tot het juist vasthouden aan en zelfs uitbreiden van de bestaande structuren doordat deze voortaan ook kunnen doordringen in de privésfeer (het vermogensbeheer) van de werknemer. Hiervoor is daarop al nader ingegaan.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het vorenstaande in te gaan.

b. Onevenwichtigheden

Uit de toelichting op de nota van wijziging en uit de brief van 7 juni 2013 van de Stichting van de Arbeid komt naar voren dat bij de uitwerking van de regeling uitgangspunt is, dat een fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw voor iedereen, ongeacht het inkomen, in gelijke mate mogelijk moet blijven.

De Afdeling merkt op dat betwijfeld moet worden of het voorstel hieraan voldoet. Doordat de regeling niet in de loonsfeer is geregeld, maar in box 3 (vermogen), zijn de fiscale effecten van het voorstel voor individuele werknemers afhankelijk van hun individuele situatie in box 3. Voor veel werknemers zal immers gelden dat de fiscale baten beperkt zijn, omdat zij bij gebrek aan voldoende belast vermogen vooralsnog toch al geen vermogensrendementsheffing betalen. Juist bij de jongere generaties waar de inperking van het Witteveen kader relatief meer impact heeft, zal dat het geval kunnen zijn.

Met betrekking tot de aanvullende regeling voor inkomens boven € 100 000 merkt de Afdeling op dat in het nader rapport over het wetsvoorstel is opgemerkt dat het kabinet 'het niet nodig acht dat de samenleving de pensioenopbouw over inkomen boven deze grens fiscaal faciliteert' omdat boven die grens 'niet meer het bieden van een oudedagsvoorziening voorop staat, maar eerder vermogensopbouw'. De voorgestelde vrijstelling in box 3 is hiermee in tegenspraak, doordat die vermogensopbouw alsnog fiscaal wordt gefaciliteerd. Bovendien zal juist voor deze categorie werknemers gelden dat zij baat kunnen hebben bij deze extra vrijstelling, omdat zij vanwege de aanwezigheid van voldoende belast vermogen al vermogensrendementsheffing betalen (en dus al volledig profiteren van de bestaande vrijstelling in box 3).

Daarenboven wijst de Afdeling op de ongelijkheid die het gevolg is van het voorstel waar het gaat om de (bruto) premie in het kader van artikel 118 van de Pw, waarop hiervoor reeds is gewezen.

De plaatsing van de regeling in het kader van box 3 hoeft naar het oordeel van de Afdeling dan ook niet evenwichtig uit te pakken. Aan het blijkens de toelichting gestelde doel van een gelijke mate van fiscaal gefaciliteerde pensioenopbouw is in zoverre niet voldaan. De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het vorenstaande in te gaan.

c. Koopkracht

In het wetsvoorstel is er van uitgegaan dat de versobering in belangrijke mate zal leiden tot premievrijval. In het advies over het wetsvoorstel heeft de Afdeling aandacht gevraagd voor de mogelijkheid dat sociale partners ervoor zullen kiezen om de premieafdracht niet te verlagen maar deze gelijk te houden, teneinde daarmee de pensioenregeling op onderdelen te verbeteren (herstel van de dekkingsgraad of opvangen van de kostenstijging als gevolg van de toegenomen levensverwachting). Uit de discussies die nadien hebben plaatsgevonden, kan worden afgeleid dat er serieus rekening mee moet worden gehouden dat zo'n scenario werkelijkheid zal worden. In dat geval houdt de thans voorgestelde pensioenexcedentregeling, indien deze verplicht zou worden, feitelijk een lastenverzwaring in en daarmee een koopkrachtdaling voor de pensioendeelnemers.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het vorenstaande in te gaan.

d. Voorlichting aan de deelnemer

Het is van belang dat over een pensioenregeling op een duidelijke en begrijpelijke wijze wordt gecommuniceerd met de deelnemers. In de hiervoor genoemde brief van DNB/AFM wordt erop gewezen dat het voorstel van de Stichting van de Arbeid in aanzienlijke mate de

communicatieopgave vergroot. In de toelichting wordt aan de wijze van communicatie geen aandacht besteed en daarmee niet aan de vraag hoe de voorgestelde regeling aan deelnemers valt uit te leggen. De Afdeling adviseert dit alsnog te doen.

e. Buitenlandse instellingen

In het voorstel wordt voor het bepalen van de toegelaten aanbieders van pensioenexcedentregelingen aangeknoopt bij de huidige regelingen terzake in het kader van de omkeerregel. Het is de Afdeling opgevallen dat, anders dan bij de omkeerregel het geval is, aanbieders in andere lidstaten van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte niet worden aangemerkt als toegelaten aanbieder. Zij worden dus niet in staat gesteld pensioenexcedentregelingen aan te bieden die fiscaal gefaciliteerd worden.

De Afdeling is van oordeel dat dit een beperking inhoudt van de vrijheid van dienstverlening in de zin van artikel 56 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. De Afdeling merkt op dat deze beperking, vanwege de samenhang van pensioenexcedentregelingen met de pensioenregeling zelf, ook door zal werken naar het aanbieden van de andere fiscaal gefaciliteerde oudedagsvoorzieningen. Voor het handhaven van een dergelijke beperking dient een in het Europese recht door het Hof van Justitie van de Europese Unie aanvaarde rechtvaardigingsgrond te bestaan en dient de proportionaliteit van de maatregel vast komen te staan. De toelichting gaat hier niet op in.

De Afdeling adviseert hierin alsnog te voorzien en zo nodig het voorstel aan te passen.

5. Instrumentalisering fiscaliteit

De Afdeling merkt daarnaast op dat met het onderhavige voorstel de fiscale regelgeving opnieuw wordt ingezet voor niet-fiscale doeleinden, zonder dat van tevoren inzicht bestaat in de mogelijke effecten van de voorgestelde maatregel. Dit druist in tegen het in de Fiscale Agenda voorgenomen beleid de instrumentalisering terug te dringen en de fiscale wetgeving waar mogelijk te vereenvoudigen. De Afdeling merkt voorts op dat met de regeling € 250 mln aan publieke middelen wordt ingezet voor een zeer gecompliceerde regeling waaraan hoge uitvoeringslasten zijn verbonden, terwijl de uiteindelijke opbrengst ervan voor een pensioendeelnemer minimaal, zo niet te verwaarlozen, is.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft blijkens het vorenstaande bezwaar tegen de inhoud van de nota van wijziging en geeft U in overweging goed te vinden dat deze niet aldus wordt gezonden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De vice-president van de Raad van State,