

De nationaalrechtelijke, EU-rechtelijke en belastingverdragsrechtelijke aspecten van eerste en tweede pijler pensioenen.

Naam student: M.C.W. Mampaeij
Studentnummer: 318632
Scriptiebegeleider: Prof. dr. P. Kavelaars
Rotterdam 20 maart 2014

Voorwoord

De vakgroep Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, FEI BV, moet helaas keuzes maken over welke fiscale materie uitgebreid behandeld wordt tijdens de studie Fiscale Economie. Het is immers onmogelijk om alle facetten van de fiscaliteit uitgebreid te behandelen in zo'n beperkte tijd. Dat betekent ook dat bepaalde onderdelen, hoewel niet minder interessant, niet of minder aan bod komen tijdens de colleges. Het leek mij interessant om juist een facet van de fiscaliteit te kiezen die slechts sporadisch aan bod kwam in mijn studie en waar ik eigenlijk vrij weinig van wist voordat ik aan deze scriptie begon. Eén van deze onderwerpen is de theorie omtrent pensioenen en sociale zekerheid. Hoewel pensioenen en sociale zekerheid van groot belang zijn in de praktijk, ben ik er in mijn studie nauwelijks mee bezig geweest.

Deze scriptie is de afsluiting van mijn studententijd. Een tijd die ik, nu het einde nadert, nog meer ben gaan waarderen en waar ik met veel genoegen naar terug kijk. Dit voorwoord wil ik nog graag gebruiken om enkele mensen te bedanken, voor zowel mijn fantastische studententijd als de geweldige hulp die ik heb mogen ontvangen tijdens het schrijven van mijn scriptie.

Allereerst wil ik mijn scriptiebegeleider, Prof. dr. P. Kavelaars, bedanken voor zijn inhoudelijke hulp, creativiteit en geduld. Daarnaast wil ik BDO bedanken voor het bieden van hulp en gelegenheid voor het schrijven van mijn scriptie. Ook wil ik al mijn vrienden en familie bedanken die mij, niet alleen met deze scriptie maar ook gedurende de rest van mijn studie, door dik en dun gesteund hebben. Tot slot, en vooral, wil ik mijn ouders bedanken voor het bieden van de mogelijkheid om te studeren. Zij hebben mijn verwachtingen overtroffen met hun betrokkenheid en scherpe blik die geleid heeft tot dit eindresultaat.

“Let's start at the very beginning, a very good place to start!”

Rotterdam, maart 2014

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	2
LIJST VAN AFKORTINGEN	7
HOOFDSTUK 1 – INLEIDING	9
1.1 Aanleiding	9
1.2 Probleemstelling	12
1.3 Subvragen	12
1.4 Toetsingscriteria.....	12
1.5 Afbakening	13
1.6 Opbouw	13
HOOFDSTUK 2 – SOCIALE ZEKERHEID MET BETREKKING TOT EERSTE PIJLER PENSIOEN IN GRENSOVERSCHRIJDENDE SITUATIES	14
2.1 Inleiding	14
2.2 Sociale zekerheid naar Nederlands recht.....	15
2.2.1 Volksverzekeringen.....	15
2.2.2 Werknemersverzekeringen	17
2.2.3 Speciale regels AWBZ en ZVW	19
2.3 EU-Recht	21
2.3.1 Algemene kenmerken EU-verordening 883/2004.....	21
2.3.2 Toewijzingsregels sociale zekerheid	24
2.3.2.1 Actieven.....	24
2.3.2.2 Postactieven	30
2.4 Deelconclusie	35
HOOFDSTUK 3 – NATIONAALRECHTELIJKE ASPECTEN VAN GRENSOVERSCHRIJDENDE PENSIOENEN BIJ (TIJDELIJKE) EMIGRATIE	38
3.1 Inleiding	38

3.2 Civielrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen	38
3.2.1 Civielrechtelijke aspecten in de nationale situatie	38
3.2.1.1 Algemeen	38
3.2.1.2 Afkoop en vervreemding	39
3.2.1.3 Waardeoverdracht en inkoop pensioenrechten	40
3.2.1.4 De civiele aspecten van de directeur-grotaandeelhouder	41
3.2.2 De civielrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen	43
3.2.2.1 Internationale waardeoverdracht	43
3.2.2.2 Voortzetting pensioenregeling	43
3.3 Opbouw pensioen bij (tijdelijke) emigratie.....	44
3.3.1 Opbouw pensioen in Nederlandse situatie	44
3.3.1.1 De omkeerregeling	44
3.3.1.2 Pensioenregeling	45
3.3.1.3 Kwalificerende uitvoerders	46
3.3.1.4 Onregelmatige afwikkeling.....	47
3.3.2 Pensioen in grensoverschrijdende situaties	50
3.3.2.1 Algemeen	50
3.3.2.2 Pensioen blijft in Nederland en wordt in het buitenland verder opgebouwd	54
3.3.2.3 Tijdens buitenlands verblijf wordt niets opgebouwd; bij terugkeer wordt ingehaald	54
3.3.2.4 De werkgever neemt de hele opbouw in Nederland tijdens buitenlands verblijf voor zijn rekening	55
3.3.2.5 Pensioen wordt overgedragen naar het buitenland.	56
3.4 Uitkering pensioen bij (tijdelijke) emigratie.....	58
3.5 Deelconclusie	61

HOOFDSTUK 4 – NATIONAALRECHTELIJKE ASPECTEN VAN GRENDOVRSCHRIJDENDE PENSIOENEN BIJ (TIJDELIJKE) IMMIGRATIE

4.1 Inleiding	63
4.2 Opbouw pensioen bij (tijdelijke) immigratie	63
4.2.1 De buitenlandse pensioenregeling wordt voortgezet	63
4.2.1.1 Algemeen	63
4.2.1.2 De belastingplichtige komt uit een EU-lidstaat	65
4.2.1.3 De belastingplichtige komt niet uit een EU-lidstaat	70
4.2.2 Overdracht pensioenkapitaal aan Nederlandse pensioenuitvoerder	72
4.2.3 Inkoop dienstjaren	74

4.3 Uitkering bij immigratie.....	75
4.4 Deelconclusie	77
HOOFDSTUK 5 – GRENDOERSCHRIJDENDE PENSIOENEN IN EU-RECHTELIJK EN BELASTINGVERDRAGSRECHTELIJK PERSPECTIEF	79
5.1 Inleiding	79
5.2 Belastingverdragsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen.....	80
5.2.1 Opbouw van een pensioenaanspraak	80
5.2.1.1 OESO-modelverdrag.....	80
5.2.1.2 Toetsing grensoverschrijdende pensioenopbouw aan non-discriminatiebepaling	81
5.2.2 Uitkering van pensioen	81
5.2.2.1 OESO-modelverdrag.....	81
5.2.2.2 Ontwikkeling Nederlands fiscaal verdragsbeleid	83
5.2.2.3 Verdrag van Wenen.....	85
5.2.2.4 Ontwikkeling jurisprudentie	86
5.2.2.5 Toetsing grensoverschrijdende pensioenuitkering bij emigratie	90
5.2.2.6 Toetsing grensoverschrijdende pensioenuitkering na immigratie	90
5.3 EU-rechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen	91
5.3.1 Verdragsvrijheden en jurisprudentie Hof van Justitie	91
5.3.2 Opbouw van pensioenaanspraken	96
5.3.2.1 Pensioenmededeling met betrekking tot opbouw pensioenaanspraak	96
5.3.2.2 Groenboek 2010, de reactie Nederland en het witboek 2012	97
5.3.2.3 Toetsing opbouw pensioen bij emigratie aan EU-recht	98
5.3.2.4 Toetsing opbouw pensioen bij immigratie aan EU-recht	101
5.3.3 Uitkering van pensioen	103
5.3.3.1 Pensioenmededeling met betrekking tot uitkering pensioen	103
5.3.3.2 Toetsing uitkering pensioen aan EU-recht	103
5.3.4 Waardeoverdracht van pensioenaanspraak.....	104
5.3.4.1 Pensioenmededeling en Portability richtlijn	104
5.3.4.2 Toetsing waardeoverdracht aan EU-recht	105
5.4 Deelconclusie	106
HOOFDSTUK 6 – CONCLUSIE	108
6.1 Inleiding	108

6.2 Samenvatting	108
6.3 Analyse bevindingen	113
LITERATUURLIJST	115

Lijst van afkortingen

AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AOW	Algemene Ouderdomswet
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in belastingzaken
bv	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Dga	Directeur-groootaandeelhouder
EG	Europese Gemeenschap
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IW. 1990	Invorderingswet 1990
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
nr.	nummer
NTR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
PA	Pensioen Actief
PM	Pensioen Magazine
PW	Pensioenwet
PSW	Pensioen- en spaarfondsenwet
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SVB	Sociale Verzekeringsbank
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
TPV	Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken
VFP	Vakblad Financiële Planning
V-N	Vakstudie Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VWV	Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht

Wet IB 2001

Wet VPB 1969

Wft

WFR

ZVW

Wet inkomstenbelasting 2001

Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Wet op het financieel toezicht

Weekblad Fiscaal Recht

Zorgverzekeringswet

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding

Pensioenen zorgen tegenwoordig voor veel onrust. De pensioenleeftijd gaat omhoog, pensioenen worden gekort en er heerst grote onzekerheid over de betaalbaarheid van de pensioenen. Volgens het CBS¹ zijn er meer dan 17 miljoen deelnemers aan een pensioenregeling² (zowel slapend als actief) en bijna drie miljoen pensioengerechtigden. Geen wonder dat de aandacht hiervoor stijgt in periodes van economische tegenspoed.

Het pensioenstelsel van Nederland kent drie pijlers. De eerste pijler is het wettelijk pensioen, wat in Nederland voor wat betreft het ouderdomspensioen geregeld is via de Algemene Ouderdomswet. Dit is een basisinkomen die iedere verzekerde ontvangt. Een ieder die in Nederland woont heeft in beginsel recht op de opbouw van een AOW-pensioen. Daarnaast hebben sommige niet-inwoners met inkomsten uit Nederland het recht op de opbouw van AOW. Iemand krijgt een volledige uitkering indien hij 50 jaar (tussen zijn 15^e en 65^e levensjaar³) verzekerd is geweest. Zonder verdere regelingen kan in grensoverschrijdende situaties dubbele verzekeringsplicht of juist helemaal geen verzekeringsplicht ontstaan. Met behulp van EU-verordening 883/2004 wordt de sociale zekerheid, waaronder de behandeling van het eerste pijler pensioen, binnen de EU gecoördineerd. Deze verordening heeft als doel de belemmeringen voor het vrije verkeer van werknemers op het gebied van sociale zekerheid weg te nemen. De Verordening zorgt ervoor dat verkregen rechten niet verloren gaan na emigratie en dat men ten gevolge van migratie in het land van immigratie in beginsel niet ongunstiger wordt behandeld dan wanneer men altijd in dat land heeft gewoond. Werknemers zijn in beginsel sociaal verzekerd in het werkland. Om te voorkomen dat de verzekeringsplicht verschuift indien iemand kortstondig in een andere lidstaat werkt, is een detacheringsregeling opgenomen in de EU-verordening.

Postactieven, ofwel gepensioneerden, zijn in beginsel sociaal verzekerd in het woonstaat. Daarbij bestaat een uitzondering met betrekking tot de zorg (AWBZ en Zorgverzekeringswet). Deze uitzondering is opgenomen om te voorkomen dat lidstaten met veel geïmmigreerde gepensioneerden de relatief hogere medische kosten van deze gepensioneerden moeten dragen. Gepensioneerden zijn verzekerd met betrekking tot de zorg in het land waar vanuit het pensioen uitgekeerd wordt.

¹<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=37179pfd&D1=0-1,4,9&D2=0&D3=I&HDR=G2&STB=T,G1&VW=T>

² Een deelnemer aan een pensioenfonds is, volgens de definitie van het CBS, iedereen die op enig moment premie betaalt of betaald heeft. Bij uitkering is de betreffende persoon geen deelnemer meer. Daarnaast kan een persoon meerdere pensioenregelingen hebben.

³ Aangezien de pensioengerechtigde leeftijd omhoog gaat, verandert de leeftijd waarna de opbouw start eveneens, zodat het totale aantal opbouwjaren gelijk blijft.

De tweede pijler is de pensioenopbouw via de werkgever, ook wel het “aanvullend pensioen” genoemd. Deze tweede pijler is wat betreft hoogte afhankelijk van het loon van een persoon en wordt alleen in dienstbetrekking opgebouwd. Afhankelijk van de privaatrechtelijke afspraken dragen zowel de werkgevers als de werknemers de premie, wat resulteert in een uitkering na de pensioengerechtigde leeftijd.

De derde pijler bevat de individuele aanvullende pensioenvoorzieningen. Daaronder vallen lijfrenten (het van het in leven zijn van één of meer personen afhankelijke recht op een periodieke uitkering in geld, artikel 7:990 BW) en levensverzekeringen.

Door de toenemende mate van internationalisering en globalisering vertrekken steeds meer werknemers en pensioengerechtigden naar het buitenland. Daardoor wordt de problematiek van grensoverschrijdende pensioenen en grensoverschrijdende sociale zekerheid steeds belangrijker en steeds interessanter. Er zijn verschillende pensioensystemen te onderscheiden. In Nederland wordt een VVB-systeem gebruikt: de opbouw van een pensioen is vrijgesteld (V), de waardeaan groei gedurende de periode van de opbouw wordt evenmin belast (V), maar de uitkering wordt daarentegen wel belast (B). Een zeer beperkt aantal landen binnen de EU heeft een ander systeem dan Nederland, zoals het VBB-systeem (opbouw vrijgesteld, aangroei belast, uitkering belast) of het BVV-systeem (opbouw belast, aangroei vrijgesteld, uitkering vrijgesteld), wat voor problemen kan zorgen bij internationale situaties. Indien pensioen wordt opgebouwd in een land met een VVB-systeem en in een BVV-systeem wordt uitgekeerd, wordt zonder verdere regelingen, geen belasting geheven over het pensioen. Vice versa kan pensioen ook dubbel belast worden. Met behulp van belastingverdragen wordt gepoogd dubbele belasting en soms dubbele non-belasting te voorkomen. Na emigratie naar het buitenland, alwaar de uitkering van het pensioen zal plaatsvinden, wil zowel Nederland als de woonstaat over deze uitkering heffen. Volgens het OESO-modelverdrag mag de woonstaat van de pensioengerechtigde over dat (particuliere) pensioen heffen (art. 18 OESO). Omdat Nederland het pensioen fiscaal gefaciliteerd op laat bouwen wil het de pensioenuitkeringen belasten. Op basis van de meeste belastingverdragen verliest Nederland echter na emigratie het heffingsrecht aan het woonland. Om dit te voorkomen heeft Nederland in diens nationale wetgeving enkele exithellingen met betrekking tot pensioenen ingevoerd.

Nederland is, in tegenstelling tot veel andere landen, stringent ten aanzien van de definitie van pensioenen, met name in het geval van oneigenlijke handelingen. Een pensioen is volgens de Nederlandse overheid slechts bedoeld als een periodieke uitkering die levenslang in onderhoudsvoorziening voldoet. Enkele oneigenlijke handelingen zijn het afkopen van, de vervreemding van en het prijsgeven van het pensioen (art. 19b Wet LB 1964). Ook in internationale situaties is Nederland stringent met betrekking tot deze verboden handelingen.

Nederland heeft met een groot aantal landen een verdrag gesloten. Nederland heeft zijn verdragsbeleid met betrekking tot pensioenen in de loop der jaren sterk aangepast. In het verdragsbeleid van 1998 paste Nederland een woonstaatheffing toe. Wanneer iemand naar het buitenland emigreerde en daar een pensioenuitkering kreeg, mocht de woonstaat heffen.⁴ In het fiscale verdragsbeleid 2011 staat dat Nederland heden ten dage een totaal ander systeem nastreeft: een volledige bronstaatheffing voor fiscaal gefaciliteerd opgebouwde pensioenen.⁵ Waarschijnlijk zal dit in het kader van verdragsonderhandelingen uiteraard leiden tot een bronstaatheffing van een bepaald percentage, waarna de woonstaat moet verrekenen. In de nieuwere verdragen, zoals het verdrag met België en Portugal, worden de pensioenen op een andere manier belast dan volgens het OESO-modelverdrag. Nederland behoudt daarbij het heffingsrecht in geval van de hiervoor genoemde oneigenlijke handelingen.

Uit angst voor het verlies van heffingsrechten heeft Nederland enkele exitheffingen met betrekking tot pensioenen ingevoerd. Bij emigratie legt Nederland op grond van artikel 3.83 Wet IB 2001 of op grond van artikel 3.136 Wet IB 2001 een conserverende aanslag op. Daarvoor wordt op grond van art. 25 lid 5 Inv. 1990 uitstel van betaling verleend. Hierin is eveneens opgenomen dat de conserverende aanslag onmiddellijk inbaar is indien sprake is van een zogenoemde oneigenlijke handeling.

Bij het naleven van het belastingverdrag dient de goede verdragstrouw in acht te worden genomen. Dit houdt in dat een verdragsland niet ongeoorloofd heffingsrecht naar zich toe mag trekken door de nationale regelgeving aan te passen. De Hoge Raad heeft in 2009⁶ in een viertal arresten geoordeeld dat deze conserverende aanslag in feiten het heffingsrecht naar Nederland toe trekt. Dit is in strijd met de goede verdragstrouw (onderdeel van het Verdrag van Wenen). Op dezelfde dag als deze arresten schreef de Staatssecretaris al een brief aan de Tweede Kamer dat hij de wet zou wijzigen.⁷ Op 7 juli 2009 werd het wetsvoorstel⁸ aangenomen door de Eerste Kamer. Het is echter maar de vraag of deze nieuwe wetgeving niet in strijd is met de goede verdragstrouw.

De EU en de EC bemoeien zich al enige tijd met het Nederlandse beleid omtrent pensioenen. Zo heeft de Nederlandse regering onder hun druk de wet op enige vlakken aangepast. Het is echter de vraag of deze nieuwe wetgeving niet in strijd is met het EU-recht. Volgens de EC stelt Nederland nog altijd te hoge eisen aan grensoverschrijdende pensioenen. De EC acht dit in strijd met Europese verdragsvrijheden: de vrijheid van vestiging, het vrije verkeer van personen, de vrijheid van

⁴ Kamerstukken II, 1997/98, 25 087, nr. 4.

⁵ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011.

⁶ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 43 978 (BNB 2009/263), nr. 44 050 (BNB 2009/264), nr. 07/13267 (BNB 2009/265) en nr. 08/02288 (BNB 2009/265).

⁷ Brief Staatssecretaris van Financiën, 19 juni 2009, DB/2009/329 M, NTFR 2009/1416.

⁸ Kamerstukken II, 2008/09, 31 990, nr. 2.

dienstverlening en de vrijheid van kapitaal.⁹ Eén van die te stringente eisen is dat Nederland zekerheid eist van werknemers die hun pensioen willen overbrengen naar het buitenland. Dit is volgens de EC een belemmering voor de vrijheid van vestiging.

1.2 Probleemstelling

In het verleden is veel geschreven over grensoverschrijdende eerste en tweede pijlerpensioenen. Dit is echter enkele jaren geleden gestopt, terwijl de praktische reikwijdte nog steeds enorm is. Wat mij betreft een goede reden om te kijken naar de stand van zaken op dit moment en onderzoek te doen naar de vraag of knelpunten bestaan en zo ja, hoe deze opgelost kunnen worden. Daartoe heb ik mijn probleemstelling als volgt geformuleerd:

“Welke nationaalrechtelijke, EU-rechtelijke en belastingverdragsrechtelijke knelpunten bestaan met betrekking tot grensoverschrijdende eerste en tweede pijler pensioenen en hoe kunnen deze knelpunten worden opgelost?”

1.3 Subvragen

Om deze probleemstelling te kunnen beantwoorden zijn de volgende subvragen opgesteld:

1. Hoe is de sociale zekerheidsplicht geregeld en welke knelpunten ontstaan hierbij?
2. Hoe worden grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) emigratie in de Nederlandse wet behandeld en welke situaties, met de eventuele knelpunten, zijn daarbij mogelijk?
3. Hoe worden grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) immigratie in de Nederlandse wet behandeld en welke situaties, met de eventuele knelpunten, zijn daarbij mogelijk?
4. Hoe worden grensoverschrijdende pensioenen belastingverdragsrechtelijk en EU-rechtelijk behandeld, sluit dit aan bij het Nederlandse nationale recht en bestaan er knelpunten of strijdigheden met het verdragsrecht of het EU-recht?

1.4 Toetsingscriteria

De toetsingscriteria voor het toetsen van mijn probleemstelling zijn het EU-recht en het Internationale belastingrecht. Bij het EU-recht wordt gekeken naar de vrijheden, de visie van de Europese Commissie en de jurisprudentie. Bij de toetsing van het Internationale belastingrecht wordt onder andere gekeken naar het Verdrag van Wenen en de jurisprudentie. Tot slot wordt getoetst of de regelingen effectief zijn en welke knelpunten eventueel bestaan. Daarbij wordt beoordeeld of de overheid met deze regeling heeft bereikt wat men wilde bereiken, namelijk dat de belastingclaim op

⁹ Memo Europese Commissie, Inbreukenpakket voor november: voornaamste beslissingen, 21 november 2012.

pensioenen behouden wordt in geval van een zogenoemde oneigenlijke afwikkeling. Daarnaast wordt gekeken of de regelingen redelijk uitvoerbaar is en of het voor de belanghebbende niet te belastend/bezwarend is.

1.5 Afbakening

Deze scriptie gaat alleen over sociale verzekeringen en pensioenen, ondanks dat de behandeling van lijfrenten vergelijkbare problematiek kent. Verder wordt in deze scriptie de omkeerregel als uitgangspunt genomen, dus er wordt geen aandacht geschonken aan het vraagstuk of deze omkeerregel al dan niet terecht wordt toegepast. De nadruk in deze scriptie wordt gelegd op werknemers. Ik beperk me tot de Nederlandse wet.

1.6 Opbouw

Deze scriptie is onderverdeeld in een onderdeel met betrekking tot eerste pijler pensioenen (hoofdstuk 2) en een onderdeel met betrekking tot tweede pijler pensioenen (hoofdstuk 3 tot en met hoofdstuk 5). In hoofdstuk 2 wordt aandacht besteed aan grensoverschrijdende sociale zekerheid met betrekking tot het eerste pijler pensioen. Daarbij wordt zowel aandacht besteed aan de sociale zekerheidspositie van actieven als van postactieven. In hoofdstuk 3 wordt uiteengezet welke knelpunten bestaan met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen bij emigratie. Daarbij wordt allereerst aandacht besteed aan hoe pensioenen worden behandeld in het Nederlandse fiscale en civiele recht. Vervolgens worden verscheidene situaties onderscheiden. In hoofdstuk 4 wordt onderzocht welke knelpunten bestaan met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen bij immigratie, waarbij eveneens verscheidene situaties worden uiteengezet. In hoofdstuk 5 worden de regelingen met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen bij emigratie of immigratie getoetst aan het EU-recht en het belastingverdragsrecht. In hoofdstuk 6 volgt een samenvatting, conclusies en aanbevelingen.

Hoofdstuk 2 – Sociale zekerheid met betrekking tot eerste pijler pensioen in grensoverschrijdende situaties

2.1 Inleiding

In deze scriptie worden zowel eerste als tweede pijler pensioenen behandeld. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe de sociale zekerheidsplicht is geregeld in grensoverschrijdende situaties en welke knelpunten hierbij ontstaan. Hierbij wordt de nadruk gelegd op EU-situaties, aangezien deze het meest voorkomen. Op grond van sociale zekerheidsverdragen is de uitwerking met betrekking tot grensoverschrijdende sociale zekerheid overigens nagenoeg gelijk aan EU-situaties.

Pieters en Schoukens¹⁰ definiëren sociale zekerheid als volgt: *“Het geheel van regelingen die vorm geven aan de solidariteit met personen die geconfronteerd worden met (de dreiging van) een gebrek aan inkomen uit arbeid of met bijzondere kosten’.*” Sociale zekerheid is dus een stelsel dat zorgt voor een inkomen in geval van ouderdom, overlijden, werkloosheid, ziekte of arbeidsongeschiktheid.

Dit hoofdstuk is opgesplitst in twee delen. In paragraaf 2.2 wordt het Nederlandse nationale recht besproken. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de volksverzekeringen en de werknemersverzekeringen. Daarnaast worden de speciale regels met betrekking tot de AWBZ en de Zorgverzekeringswet besproken.

In paragraaf 2.3 wordt nader ingegaan op het EU-recht. Allereerst zullen de algemene kenmerken van de relevante EU-verordeningen worden besproken. Vervolgens wordt nader ingegaan op de toewijzingsregels van de sociale zekerheid. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de sociale zekerheidspositie van actieven en van postactieven. Actieven zijn individuen die daadwerkelijk als werknemer of als zelfstandig ondernemer bij een productieproces betrokken zijn. Postactieven zijn pensioengerechtigden. In het deel over postactieven wordt ook aandacht besteed aan de speciale regels met betrekking tot de verdeling van de medische kosten van gepensioneerden.

Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie over de knelpunten van de sociale zekerheid en, indien nodig, de oplossingen daarvoor.

¹⁰ D. Pieters en P. Schoukens, *Triptiek Sociale Zekerheid, De beginselen van socialezekerheidsrecht en hun toepassing in België en Nederland*, Acco, 2006, blz. 13.

2.2 Sociale zekerheid naar Nederlands recht

2.2.1 Volksverzekeringen

In deze paragraaf worden de nationaalrechtelijke aspecten van de volksverzekeringen besproken. Hierbij beperk ik mij tot de relevante Nederlandse wetgeving met betrekking tot grensoverschrijdende eerste pijler pensioenen.

De Nederlandse sociale zekerheid kan worden onderverdeeld in voorzieningen¹¹ en verzekeringen.¹² De verzekeringen bestaan uit volksverzekeringen¹³, die van toepassing zijn op alle ingezetenen van Nederland (en een aantal niet-ingezetenen, zie hierna), en werknemersverzekeringen¹⁴.

Het verzekerde begrip is bij alle volksverzekeringen (nagenoeg) gelijk. Daarom wordt hieronder slechts uiteengezet hoe het verzekerdenbegrip werkt in de Algemene Ouderdomswet. Dit begrip is van overeenkomstige toepassing voor andere volksverzekeringen (op enkele uitzonderingen met betrekking tot de AWBZ na, zie paragraaf 2.2.3).

Om te kwalificeren voor de AOW is in beginsel het ingezetenschap vereist (artikel 6 lid 1 Algemene Ouderdomswet 1956). Dat houdt in dat iemand in Nederland moet wonen om te kwalificeren voor de opbouw van AOW (artikel 2 AOW 1956). Waar iemand woont wordt aan de hand van feiten en omstandigheden beoordeeld (artikel 3 lid 1 AOW 1956). Voor de bepaling van de woonplaats wordt aangesloten bij het fiscale woonplaatsbegrip (artikel 4 AWR 1959).¹⁵ Dit blijkt onder andere uit arresten van 21 januari 2011¹⁶ en van 4 maart 2011¹⁷, waarin de Hoge Raad besliste dat voor het woonplaatsbegrip uit de sociale zekerheid aangesloten moet worden bij het fiscale woonplaatsbegrip. Uit deze arresten uit 2011 blijkt dat de betrokkene voor de sociale zekerheid in een land woont waarmee hij een duurzame band van persoonlijke aard heeft. Een dubbele woonplaats voor de sociale zekerheid is mogelijk, aangezien de Hoge Raad in een ander arrest¹⁸ heeft geoordeeld dat de band met Nederland niet de sterkste duurzame band van persoonlijke aard van de betrokkene hoeft te zijn. De betrokkene kan derhalve eveneens een duurzame band van persoonlijke aard met een ander land hebben. Dit doet zich volgens de Hoge Raad slechts in uitzonderlijke gevallen voor.

¹¹ De sociale voorzieningen bestaan uit de Wet Werk en Bijstand (WWB), de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wajong) en de Toeslagenwet (TW).

¹² J. Vluggen, Sociale zekerheid in internationaal perspectief, VPF 2008/102.

¹³ De volksverzekeringen bestaan uit de Algemene Ouderdomswet (AOW), de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), de Algemene Nabestaandenwet (ANW) en de Algemene Kinderbijslagwet (AKW).

¹⁴ De werknemersverzekeringen bestaan uit de Ziektewet (ZW), de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen (WIA) en de Werkloosheidswet (WW).

¹⁵ C.L.J.R. Douven, Pensionado, VFP 2013/26.

¹⁶ HR, 21 januari 2011, LJN BP1466, BNB 2011/98.

¹⁷ HR 4 maart 2011, LJN BP6285, BNB 2011/127.

¹⁸ HR 12 april 2013, LJN BZ6824, V-N 2013/26.13.

Niet-ingezetenen die ter zake van hun dienstbetrekking onderworpen zijn aan de Wet LB 1964, zijn eveneens verzekerd voor de AOW (artikel 6 lid 1 onderdeel b AOW 1956). Dit is slechts van toepassing indien sprake is van een echte dienstbetrekking (dus niet de fictieve dienstbetrekking van artikel 3 en artikel 4 Wet LB 1964). Daarnaast moet sprake zijn van loon uit tegenwoordige dienstbetrekking. Loon uit vroegere dienstbetrekking telt, voor de bepaling of een individu verzekerd is voor de AOW, niet mee.

Ingevolge artikel 6 lid 3 AOW kan bij algemene maatregel van bestuur de kring der verzekerden worden uitgebreid of beperkt. Hieraan is invulling gegeven in het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999¹⁹. In dit besluit zijn uitzonderingen op de regel, dat slechts ingezetene of niet-ingezetene met een dienstbetrekking in Nederland verzekerd zijn voor de volksverzekeringen, opgenomen. In paragraaf 2 van dat Besluit wordt de kring van verzekerden uitgebreid. Hierdoor zijn bijvoorbeeld Nederlandse ambtenaren die in het buitenland wonen, rijdend, vliegend en varend personeel van een werkgever die gevestigd is in Nederland en tijdelijk in het buitenland wonende studenten toch verzekerd voor de volksverzekeringen. In paragraaf 3 van het Besluit wordt de kring van verzekerden juist beperkt. Buitenlandse ambtenaren en personeelsleden van buitenlandse ambassades in Nederland zijn op basis van dat besluit bijvoorbeeld niet verzekerd voor de volksverzekeringen. In artikel 24 van het Besluit is een hardheidsclausule opgenomen. De SVB heeft het recht om in individuele gevallen af te wijken van hetgeen wordt bepaald in het Besluit. Een belanghebbende kan in beroep gaan tegen een uitspraak van de SVB over zijn sociale zekerheidspositie.

In artikel 12 van het Besluit Uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999 is een soort detacheringsregeling opgenomen. Indien iemand in Nederland woont, maar in het buitenland werkt voor ten minste drie achtereenvolgende maanden, is die persoon niet verzekerd in Nederland. Hiermee worden ingezetenen dus buiten de verzekeringsplicht gebracht. Hierop bestaat slechts één uitzondering: op het moment dat de persoon de arbeid uitsluitend verricht uit hoofde van een dienstbetrekking bij een in Nederland wonende of gevestigde werkgever, is de werknemer nog steeds sociaal verzekerd in Nederland.

AOW wordt slechts opgebouwd indien de aanvangsleeftijd gepasseerd is en de pensioengerechtigde leeftijd nog niet is bereikt. De aanvangsleeftijd voor de opbouw van AOW is 15 jaar en 2 maanden, terwijl het pensioen ingaat zodra de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar en 2 maanden is bereikt.²⁰ De totale opbouwperiode is dus 50 jaar (artikel 7a AOW 1956). Vanwege de verhoging van de AOW leeftijd is dit artikel ook aangepast zodat het totaal aantal jaren waarin AOW wordt

¹⁹ Besluit van 24 december 1998, Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999, nr. BWBR0010182.

²⁰ Zowel de aanvangsleeftijd als de pensioengerechtigde leeftijd worden stapsgewijs verhoogd tot de pensioengerechtigde leeftijd 67 jaar is, zie artikel 7a AOW 1956.

opgebouwd 50 jaar blijft. De AOW wordt slechts opgebouwd in de jaren dat iemand in Nederland is verzekerd. Indien iemand (tijdelijk) naar het buitenland vertrekt en daardoor niet meer verzekerd is, wordt per jaar 2% van de AOW gekort. Om dit te voorkomen kan worden gekozen voor vrijwillige verzekering (hoofdstuk IV van de Algemene Ouderdomswet).

In hoofdstuk 2 WFSV 2004 wordt de financiering van de werknemersverzekeringen geregeld. Voor de heffing van premies voor volksverzekeringen wordt het gehele wereldinkomen meegenomen. Hierop bestaat een uitzondering in artikel 2.3 Wfsv. Er wordt geen premie volksverzekeringen geheven over buitenlandse socialezekerheidsuitkeringen die aldaar zijn onderworpen aan een premieheffing betreffende uitkeringen inzake ouderdom en overlijden.²¹ Een interessant arrest in dit verband is het arrest van 8 juni 2012.²² In deze casus woonde belanghebbende in Nederland, waardoor zij in Nederland sociaal verzekerd is voor de volksverzekeringen. Belanghebbende ontving een overlevingspensioen uit België. Daarvoor zijn geen premies betaald, maar het tweede jaar werd door de Belgische overheid wel een solidariteitsbijdrage ingehouden. De solidariteitsbijdrage is volgens de Hoge Raad vergelijkbaar met een premie. Voor aftrek is slechts vereist dat de financiering op dezelfde wijze is geregeld als hier in Nederland. Aangezien aan de hiervoor genoemde voorwaarden van artikel 2.3 Wfsv werd voldaan, mocht de overlevingspensioen in aftrek worden gebracht op het Nederlandse premie-inkomen.

Op het moment dat iemand naar het buitenland verhuist en niet meer in Nederland werkt, moet worden beoordeeld of en wanneer diegene niet meer in Nederland woont. Dat iemand vertrekt wil volgens de beleidsregels van de SVB niet gelijk zeggen dat de woonplaats ook daadwerkelijk wijzigt.²³ Op grond van het geheel aan feiten en omstandigheden moet worden beoordeeld of iemand definitief uit Nederland vertrokken is en daarmee het ingezetenschap is beëindigd.

De benadering met betrekking tot de verzekeringsplicht voor de AOW wordt gevolgd door de overige volksverzekeringen. Alleen de AWBZ bevat enkele specifieke regelingen, welke worden besproken in paragraaf 2.2.3.

2.2.2 Werknemersverzekeringen

Werknemersverzekeringen zijn verplichte, publiekrechtelijke verzekeringen voor werknemers (en mensen die met hen gelijk zijn gesteld). De werknemersverzekeringen bestaan uit de Werkloosheidswet (WW), de Ziektewet (ZW), de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen

²¹ Noot P. Kavelaars bij HR 8 juni 2012, nr. 11/02688, BNB 2012/215.

²² HR 8 juni 2012, nr. 11/02688, BNB 2012/215.

²³ De SVB verwijst hierbij naar CRvB 15 juni 1994 en CRvB 22 juni 1994.

(WIA) en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering²⁴ (WAO). De werknemersverzekeringen lopen vrijwel parallel met de loonbelasting. Hierdoor wordt direct aangesloten bij het werkstaatprincipe van EU-verordening 883/2004 (iemand is in beginsel sociaal verzekerd in het werkland, zie paragraaf 2.3.2.1). In hoofdstuk 3 WFSV 2004 wordt de financiering van de werknemersverzekeringen geregeld. De premies worden sinds 2013 volledig betaald door de werkgever (artikel 20 WFSV 2004). Op grond van artikel 11 lid 1 onderdeel e Wet LB 1964 worden de aanspraken betreffende de werknemersverzekeringen vrijgesteld. Op deze aanspraken is de omkeerregel van toepassing: de aanspraken zijn vrijgesteld, de uitkering is belast (op grond van artikel 10 Wet LB 1964). Op grond van artikel 11 lid 1 onderdeel f en onderdeel j Wet LB 1964 kunnen premies voor buitenlandse verzekeringen in aftrek worden gebracht voor zover de buitenlandse verzekering vergelijkbaar is met de Nederlandse werknemersverzekering. In het besluit van 7 april 2009²⁵ wordt verwezen naar een mededeling²⁶ met betrekking tot de fiscale kwalificatie van buitenlandse sociale zekerheidstelsels. In deze mededeling wordt aangegeven welke werknemerspremies aftrekbaar zijn en welke werkgeverspremies vrijgesteld zijn. De hoofdregel is dat de werknemerspremies aftrekbaar en de werkgeverspremies vrijgesteld zijn, indien en voor zover de premies vergelijkbaar zijn met de premies voor ZW, WIA en WW.²⁷ Opmerkelijk is dat bij de kwalificatie van buitenlandse pensioenregelingen (en daarmee de aftrek van pensioenpremies) een regeling uit een EU-lidstaat wordt geaccepteerd als deze in het buitenland werd erkend als pensioenregeling (zie paragraaf 4.2.1). Bij de aftrek van buitenlandse verzekeringen is het daarentegen irrelevant dat de premies aftrekbaar zijn in de andere lidstaat, aangezien een premie slechts aftrekbaar is als ze overeenkomen met de Nederlandse werknemersverzekeringen. Mijns inziens is dit een terechte keuze. Het is immers mogelijk dat premies in het buitenland aftrekbaar zijn, terwijl dit in Nederland niet door de overheid wordt gefaciliteerd. Vice versa is ook mogelijk; dat het Nederlandse werknemersverzekeringensysteem ruimer is dan in het buitenland. Deze verschillen zijn dispariteiten en deze zijn EU-rechtelijk aanvaard.²⁸

In alle werknemersverzekeringen is het verzekerdenbegrip (nagenoeg) gelijk. Verzekerd zijn zij die als werknemer worden aangemerkt. In de ZW, de WW en de WAO staat de definitie van het begrip werknemer, met nagenoeg dezelfde tekst, in artikel 3. Een werknemer is in beginsel een natuurlijk persoon, jonger dan de pensioenrechtleeftijd (67 jaar), die in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat. In de WIA wordt via een schakelbepaling (artikel 4 WIA) eenzelfde

²⁴ De WAO is de voorloper van de WIA. Aangezien deze nog steeds van toepassing is op de mensen die reeds een WAO-uitkering ontvingen voor de invoering van de WIA, is het nog steeds te beschouwen als een Nederlandse werknemersverzekering.

²⁵ Besluit van 7 april 2009, nr. CPP2009/93M.

²⁶ Mededeling van 26 oktober 2011, nr. DGB 2011/6623.

²⁷ C.L.J.R. Douven, Premies voor buitenlandse eerstelijnsvoorziening aftrekbaar, PM 2007/77.

²⁸ Zie het arrest Cassis de Dijon, HvJ 20 februari 1979, zaak 120/78.

werknemersbegrip gehanteerd als in de ZW. Artikel 3 ZW lijkt sterk op artikel 2 Wet LB 1964. Indien iemand een dienstbetrekking buiten Nederland vervuld, wordt hij niet als werknemer in de zin van de ZW aangemerkt, tenzij hij in Nederland woonachtig is en zijn werkgever eveneens in Nederland woont of gevestigd is.

Net als bij de volksverzekeringen bestaat een Besluit waarin de kring der verzekerden wordt beperkt of wordt uitgebreid.²⁹ De kring der verzekerden wordt uitgebreid met rijdend, vliegend of op de binnenwateren varende personeel met een werkgever in Nederland. Daarnaast worden Nederlandse ambtenaren en diplomaten aan de kring der verzekerden toegevoegd. Op deze manier behandelt Nederland al zijn ambtenaren gelijk, ongeacht in welk land zijn werken. Een werknemer die in Nederland woont, maar in het buitenland werkt, is niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen zolang hij in het buitenland verzekerd is voor de geldelijke gevolgen van langdurige arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. De kring der verzekerden wordt eveneens beperkt voor ambtenaren en diplomaten van andere Mogendheden. Artiesten en musici zijn niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen als zij niet in Nederland wonen en slechts een korte periode hier actief zijn. Werknemers die in Nederland wonen, maar actief zijn als rijdend, vliegend of op de binnenwateren varende personeel van een in het buitenland gevestigde werkgever, zijn niet in Nederland verzekerd voor de werknemersverzekeringen in Nederland. Tot slot wordt in artikel 14 een detachingsregeling voor uitzending naar Nederland opgenomen: een werknemer die in dienst is bij een buitenlandse werkgever en in het buitenland woont, maar tijdelijk in Nederland werkzaam is, is niet verplicht verzekerd voor de werknemersverzekeringen.

2.2.3 Speciale regels AWBZ en ZVW

De AWBZ en de ZVW sluiten in beginsel aan bij de AOW. Er bestaan echter een aantal uitzonderingen, welke relevant zijn voor de grensoverschrijdende eerste pijler pensioenen. In deze paragraaf worden deze uitzonderingen behandeld.

Het Nederlandse zorgverzekeringsstelsel bestaat uit drie niveaus. Het eerste niveau is de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (hierna: AWBZ), een volksverzekering. De AWBZ regelt dat de verzekerden zorg, ter voorkoming van ziekten en ter voorziening in hun geneeskundige behandeling, verpleging en verzorging, krijgen (artikel 6 AWBZ). In het Besluit zorgaanspraken AWBZ³⁰ wordt beschreven welke soorten zorg onder de AWBZ vallen. Dit gaat met name om langdurige zorg en wordt slechts verleend indien deze niet op grond van de Zorgverzekeringswet wordt bekostigd. Op grond van het Bijdragebesluit Zorg³¹ wordt een eigen bijdrage geëist.

²⁹ Besluit van 23 augustus 1989, Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden werknemersverzekeringen 1990, Stb. 402.

³⁰ Besluit van 25 oktober 2002, Zorgaanspraken AWBZ, Stb. 2002/527.

³¹ Besluit van 26 september 1996, Bijdragebesluit Zorg, Stb. 1996/486

Het verzekerdenbegrip wordt grotendeels op dezelfde manier bepaald als bij de AOW (zie paragraaf 2.2.2). In artikel 21 Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999 is een uitzondering opgenomen voor de kring der verzekerden van de AWBZ. Op grond van dit artikel is een ingezetene van Nederland niet verplicht verzekerd voor de AWBZ in Nederland, zolang hij op grond van het EU-recht, dan wel een verdrag inzake sociale zekerheid, geen beroep kan doen op verstrekkingen omdat deze ten laste komen van de andere lidstaat van de EU of het land waarmee het verdrag is afgesloten.

Een pensioengerechtigde inwoner van een andere lidstaat van de EU, met een pensioen uit Nederland, is in beginsel sociaal verzekerd in Nederland (zie paragraaf 2.3.2.2). Deze personen zijn op grond van nationaal recht verzekerd voor de AWBZ via artikel 5b AWBZ. Dit artikel zorgt ervoor dat een op grond van een EU-verordening in Nederland verzekerde voor de AWBZ, ook op grond van nationaal recht verzekerd is voor de AWBZ.

Het tweede niveau van het Nederlandse zorgstelsel is de Zorgverzekeringswet 2005 (ZVW). Hoewel de ZVW eigenlijk geen volksverzekering is, kent het een aantal overeenkomsten met deze volksverzekeringen. Het verzekerdenbegrip is identiek aan dat voor de volksverzekeringen, het basispakket is door de overheid samengesteld, het is een stelsel van risico-verevening en de zorgverzekeraars hebben acceptatieplicht.³² De uitvoering van de ZVW vindt echter niet plaats door de overheid, zoals gebruikelijk bij volksverzekeringen, maar door particuliere zorgverzekeraars, waar verzekeringsplichtigen zich zelf voor dienen in te schrijven. Iemand is dus niet van rechtswege verzekerd, maar wel verplicht tot het nemen van een zorgverzekering. De Zorgverzekeringswet sluit aan bij het verzekerdenbegrip uit de AWBZ³³ (artikel 2 ZVW) en daarmee ook grotendeels bij de AOW.

Op 21 november 2007 heeft de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport een brief³⁴ gestuurd aan de Voorzitter van de Tweede Kamer met betrekking tot de buitenlandaspecten van de Zorgverzekeringswet 2005. Het uitgangspunt van de ZVW is de risicosolidariteit: niemand heeft de keuze om wel of niet verzekerd te worden.

Iemand is verplicht verzekerd voor de zorgverzekeringswet in Nederland indien hij eveneens verplicht verzekerd is voor de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (artikel 2 lid 1 Zorgverzekeringswet). Dit zal niet het geval zijn bij een detachering naar Nederland; dan blijft de werknemer immers sociaal verzekerd in het land van herkomst. Indien een werknemer echter tijdelijk naar

³² M. Sol-Bronk en H. Vleeming, Premies, rijksbijdragen en BIKK; Een literatuurstudie naar de historische ontwikkeling van financiële stromen in de volksverzekeringen, SVB, bladzijde 5.

³³ In de voorloper van de Zorgverzekeringswet, de Ziekenfondswet (vervallen per 1 januari 2006), was het verzekerdenbegrip overigens anders dan bij de AWBZ. Voor de Ziektedfondswet was iemand slechts verzekerd indien hij onder de loongrens bleef (artikel 3 ZFW 1964).

³⁴ Kamerstukken II 2007/08, 30 917, nr. 27, Brief Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 21 november 2007, De buitenlandaspecten van de Zorgverzekeringswet (Masterplan buitenland).

Nederland komt zonder detachingsverklaring, kan een probleem ontstaan bij terugkomst van de werknemer. De meeste Nederlandse verzekeraars nemen verzekeringen aan zonder gezondheidsonderzoek. Dit is echter niet in alle landen het geval, waardoor een probleem kan ontstaan bij terugkomst. Dit kan zich bijvoorbeeld uiten in een hogere premie. Daardoor wordt de verzekering tijdens de detachering vaak aangehouden, waardoor een expat een dubbele zorgverzekering krijgt.³⁵ Ik vraag mij af of deze belemmering, een extra gezondheidsonderzoek in verband met het tijdelijk werken in een andere EU-lidstaat, EU-rechtelijk houdbaar is. Op deze manier wordt de vrijheid van werknemers belemmerd zonder een redelijke rechtvaardigingsgrond. Dit kan mijn inziens worden voorkomen door de verzekeraars te verplichten werknemers opnieuw te accepteren indien zij in het verleden reeds door deze verzekeraar zijn verzekerd.

Een Nederlandse inwoner zonder pensioen uit Nederland, maar met pensioen uit andere EU-lidstaten, is sociaal verzekerd in Nederland, maar kan op grond van artikel 22 Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999 een vrijstelling voor de verzekeringsplicht voor AOW en ANW aanvragen. Om voor deze vrijstelling in aanmerking te komen, mag de inwoner geen arbeid verrichten in Nederland en moet de uitkering uit het buitenland (of de uitkering uit het buitenland in combinatie met een Nederlandse sociale zekerheidsuitkering) minimaal 70% van het brutominimumloon³⁶ bedragen. Als de buitenlandse uitkering 70% van het brutominimumloon bedraagt, is de gerechtigde in staat in zijn kosten van levensonderhoud te voorzien, waardoor de Nederlandse overheid in zijn verantwoordelijkheid voor een minimuminkomensgarantie voor zijn onderdanen tegen bepaalde calamiteiten kan terugtreden.³⁷

Tot slot is het derde niveau van het zorgsysteem in Nederland de aanvullende ziektekostenverzekering. Voor de in deze scriptie te onderzoeken problematiek is dit derde niveau niet relevant en blijft deze daarom verder onbesproken.

2.3 EU-Recht

2.3.1 Algemene kenmerken EU-verordening 883/2004

In deze paragraaf wordt het EU-recht met betrekking tot het eerste pijler pensioen besproken. Allereerst worden de algemene kenmerken van de belangrijkste EU-verordening op het gebied van sociale zekerheid, EU-verordening 883/2004, besproken. Vervolgens zullen de aanwijsregels worden besproken van zowel actieven als postactieven, waarbij wordt onderzocht welke knelpunten bestaan bij grensoverschrijdende zekerheid.

³⁵ C.L.J.R. Douven, Expat en financiële planning, VFP 2010/99.

³⁶ Zie HR 14 april 1999, nr. 346, V-N 1999/22.18, waarin de Hoge Raad oordeelde dat van het brutominimumloon moet worden uitgegaan en niet, zoals belanghebbende betoogde, het nettominimumloon.

³⁷ Toelichting op het besluit van 24 december 1998, Stb. 1998, 746, p. 37.

Elk land heeft zijn eigen sociale zekerheidssysteem, maar grensoverschrijdende situaties³⁸ worden in de EU gecoördineerd via EU-verordening 883/2004 en uitvoeringsverordening 987/2009. Deze EU-verordeningen zijn met name gebaseerd op artikel 45 e.v. VwEU (vrij verkeer van werknemers). Aangezien het EU-recht in grensoverschrijdende situaties het Nederlandse recht opzij zet indien dat hiermee strijdig is, wordt allereerst het EU-recht besproken alvorens naar het nationale recht te kijken.

Op 1 mei 2010 is EU-verordening 883/2004 in werking getreden voor de lidstaten van de Europese Unie. Vanaf 1 april 2012 geldt de Verordening eveneens voor situaties tussen de EU en Zwitserland en vanaf 1 juni 2012 geldt de Verordening voor grensoverschrijdende situaties tussen alle EU-lidstaten, Zwitserland en de andere EER-landen. Deze verordening heeft als doel de belemmeringen voor het vrije verkeer van werknemers op het gebied van sociale zekerheid weg te nemen.³⁹

EU-verordening 883/2004 regelt enerzijds de toewijzing van de verzekeringsplicht en probeert anderzijds het verlies van rechten te voorkomen. De sociale zekerheidssystemen kunnen per land sterk verschillen. Dit kan zorgen voor verminderde sociale zekerheidsdekking of juist dubbele uitkeringsrechten. EU-verordening 883/2004 zorgt ervoor dat verkregen rechten niet verloren gaan na emigratie en dat men ten gevolge van de migratie in het land van immigratie in beginsel niet ongunstiger wordt behandeld dan wanneer men altijd in het immigratieland heeft gewoond.⁴⁰

EU-verordening 883/2004 verving de EU-verordening 1408/71. Verordening 883/2004 heeft een eerbiedigende werking ten opzichte van EU-verordening 1408/71 (artikel 87 lid 8 EU-verordening 883/2004). Iemand die op grond van EU-verordening 1408/71 in een andere lidstaat sociaal verzekerd was dan op grond van EU-verordening 883/2004, blijft in het eerstgenoemde land verzekerd zolang zijn situatie gelijk blijft. Hij kan echter een verzoek indienen om te worden behandeld zoals de nieuwe EU-verordening. Slechts inwoners van de EU kunnen een beroep doen op de EU-verordening (de personele reikwijdte van een EU-verordening staat in artikel 2 EU-verordening 883/2004). Inwoners van derde landen die slechts vanwege hun nationaliteit niet onder EU-verordening 883/2004 vallen, maar die rechtmatig op het grondgebied van een EU-lidstaat verblijven, vallen ook onder de EU-verordening 883/2004.⁴¹

Volgens de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie valt een uitkering onder de EU-verordening inzake sociale zekerheid, indien een uitkering aan de rechthebbenden wordt toegekend zonder individuele en discretionaire beoordeling van de persoonlijke behoeften, op grond van een wettelijk omschreven situatie, en wanneer zij verband houdt met één van de in artikel 3 EU-verordening

³⁸ In arrest Petit (HvJ 22 september 1992, nr. C-153/91, Jur. 1992, p. I-4973) is geoordeeld dat de EU-verordeningen niet kunnen worden toegepast in een zuiver nationale situatie.

³⁹ EU-verordening 883/2004, bladzijde 5.

⁴⁰ Zie ook C.L.J.R. Douven, Expat en financiële planning, VFP 2010/99.

⁴¹ EU-verordening 1231/2010, 24 november 2010.

883/2004 (destijds artikel 4 EU-verordening 1408/71) uitdrukkelijk genoemde eventualiteiten.⁴² De opsomming uit artikel 3 EU-verordening 883/2004 is limitatief. Dit houdt in dat wanneer een uitkering geen verband houdt met de in de opsomming van artikel 3 EU-verordening 883/2004 genoemde eventualiteiten, een uitkering niet als een socialezekerheidsuitkering kan worden beschouwd.⁴³

Deze EU-verordening heeft een exclusieve en sterke werking.⁴⁴ Een sterke werking wil zeggen dat indien sprake is van een discriminerende woonplaatseis, de Verordening de nationale regelgeving terzijde stelt. Dit houdt in dat Nederland geen onderscheid mag maken naar nationaliteit of ingezetenschap.⁴⁵ In het arrest Zinnecker woonde een zelfstandige in Duitsland, maar werkte in Nederland. Op grond van de Nederlandse regelgeving was Zinnecker niet sociaal verzekerd in Nederland, maar op grond van de Verordening wel. Het Hof van Justitie besliste dat de Verordening voorrang had, waardoor Zinnecker wel sociaal verzekerd was in Nederland. Na dit arrest is het Besluit Uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999 en het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden werknemersverzekeringen 1990 de kring der verzekerden uitgebreid.

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat een dubbele woonplaats voor de Nederlandse sociale zekerheidswetten mogelijk is (zie paragraaf 2.2.1). In artikel 1 onderdeel j EU-verordening 883/2004 wordt onder het begrip “woonplaats” verstaan de plaats waar een persoon pleegt te wonen. In artikel 11 EU-verordening 987/2009 staat een niet-limitatieve opsomming van relevante feiten voor het bepalen van de woonplaats. In tegenstelling tot de woonplaatsbepaling in de nationale wet is een dubbele woonplaats voor de Verordening niet mogelijk. Indien de lidstaten onderling niet eens kunnen worden op basis van de relevante feiten, is de intentie van de betrokkene doorslaggevend.

Door de sterke werking van de EU-verordening is het mogelijk dat het verzekeringsbegrip verandert op het moment dat sprake is van een discriminerende woonplaatseis. De Hoge Raad oordeelde echter in het arrest van 8 juli 1997⁴⁶ dat Nederland geen premies mag heffen op grond van internationaal, supranationaal of EU-recht, indien naar nationaal recht geen premies mogen worden geheven. Naar aanleiding van dit arrest is artikel 6a AOW ingevoerd. Hierin is opgenomen dat een persoon die op grond van het EU-recht in Nederland verzekerd zou zijn, als verzekerde wordt aangemerkt. Hierdoor wordt rechtstreeks aangesloten bij de Verordening, waardoor Nederland op grond van nationaal recht premies mag heffen indien Nederland dat recht op grond van EU-recht heeft. Op deze manier vormt het hiervoor genoemde arrest van 8 juli 1997 geen beletsel voor het

⁴² Zie onder andere het arrest Hosse, HvJ 21 februari 2006, zaak C-286/03.

⁴³ Zie onder andere het arrest Molenaar, HvJ 5 maart 1998, zaak C-160/96.

⁴⁴ Hoewel de sterke werking duidelijk is in EU-verband, is het onduidelijk of de bilaterale verdragen met betrekking tot sociale zekerheid een sterke werking heeft.

⁴⁵ M.J.G.A.M. Weerepas, Vo. 883/2004: vernieuwing en vereenvoudiging?, NTFRB 2010/15.

⁴⁶ HR 8 juli 1997, nr. 31 540, BNB 1997/310.

invorderen van de premies. De praktische reikwijdte van deze bepaling is echter beperkt, aangezien de Nederlandse wet in combinatie met de hiervoor genoemde Besluiten aansluit bij de Verordening. EU-verordening 883/2004 gaat daarnaast uit van het exclusiviteitsprincipe. Iemand kan slechts in één lidstaat verzekerd zijn.⁴⁷ Onder EU-verordening 1408/71 kon er in bepaalde situaties sprake zijn van verzekeringsplicht in meer dan één land. Dit laatste speelt onder de huidige verordening geen rol meer.

EU-verordening 883/2004 heeft betrekking op alle volksverzekeringen en werknemersverzekeringen. De sociale voorzieningen (Wet Werk en Bijstand, de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten en de Toeslagenwet) vallen niet onder de reikwijdte van EU-verordening 883/2004.

2.3.2 Toewijzingsregels sociale zekerheid

2.3.2.1 Actieven

Op basis van de EU-verordening wordt onder andere de toewijzing van de verzekeringsplicht voor actieven in grensoverschrijdende situaties geregeld. Waar het eerste pijler pensioen wordt opgebouwd, is afhankelijk van aan welk land de sociale zekerheid wordt toegewezen. Iemand bouwt slechts AOW op als hij op grond van de EU-verordening sociaal verzekerd is in Nederland. Hieronder wordt nader ingegaan op de regelingen met betrekking tot grensoverschrijdende werkzaamheden van actieven.

a. Hoofregel

In artikel 11 EU-verordening 883/2004 worden de hoofdregels met betrekking tot de verzekeringsplicht geregeld. Iemand die werkzaamheden, al dan niet in loondienst, verricht in een lidstaat, is in die lidstaat (de werkstaat) sociaal verzekerd. Een verzekerde is premieplichtig in het land waaraan de sociale zekerheid is toegewezen. De lidstaat die het recht heeft om premies te innen voor sociale zekerheid, mag dat doen over het wereldinkomen.

Een loontrekkende, degene die werkzaamheden in loondienst verricht, is dus in beginsel sociaal verzekerd in de werkstaat, ongeacht waar hij woont of zijn werkgever gevestigd is. Het oordeel of iemand werkzaamheden in loondienst verricht geschiedt volgens de regels van de werkstaat (artikel 1 onderdeel a EU-verordening 883/2004). De werkstaat moet wel een lidstaat van de EU zijn of de werkzaamheden worden geacht te zijn uitgevoerd op het grondgebied van de EU.⁴⁸ In het arrest Kits

⁴⁷ Hierop bestaat één uitzondering: artikel 14 EU-verordening 883/2004. Iemand kan in twee landen verzekerd zijn indien sprake is van een vrijwillige of vrijwillig voortgezette verzekering.

⁴⁸ Zie arrest Aldewereld, HvJ 29 juni 1994, nr. C-60/93.

van Heijningen⁴⁹ is beslist dat het niet uitmaakt of in deeltijd dan wel in voltijd wordt gewerkt. Indien een werknemer slechts in een ander land werkt, en aldaar verzekerd is, is het niet relevant of deze werknemer in deeltijd of voltijd werkt. Aangezien de regels van het werken in meer landen (zie hieronder onder onderdeel c) gewijzigd zijn, heeft dit arrest een groot deel van zijn belang verloren.

Onder werkzaamheden anders dan in loondienst wordt in Nederland verstaan iedereen die niet verzekerd is voor de werknemersverzekeringen.⁵⁰ Zelfstandigen vallen onder deze definitie en daarmee onder artikel 11 lid 3 onderdeel a. Zelfstandigen zijn eveneens sociaal verzekerd in de werkstaat. Gezien het onderwerp van deze scriptie, laat ik zelfstandigen verder buiten beschouwing.

Ook commissarissen verrichten werkzaamheden anders dan in loondienst. Commissarissen hebben voor de loonbelasting een fictieve dienstbetrekking op basis van artikel 3 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964. Deze zijn echter niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen⁵¹ en vallen onder de hoofdregel.

Werkelozen met een uitkering naar aanleiding van eerder verrichte werkzaamheden (werkloosheidsuitkering), worden geacht die werkzaamheden nog steeds te verrichten en zijn dus sociaal verzekerd in dezelfde lidstaat als ten tijde van het verrichten van die werkzaamheden (artikel 11 lid 2 EU-verordening 883/2004). Op de hoofdregel bestaan een aantal uitzonderingen, die hieronder besproken zullen worden.

b. Detachering

Eén uitzondering op de hoofdregels betreft detachering. Indien sprake is van een detachering, blijft de werknemer sociaal verzekerd in het land van herkomst en dus niet, zoals de hoofdregel voorschrijft, in het werkland. Deze regeling leidt er toe dat een werknemer, die verbonden blijft aan dezelfde onderneming, niet sociaal verzekerd wordt in de tijdelijke werkstaat. De detacheringbepaling is opgenomen met het doel de vrije dienstverlening te vergemakkelijken ten behoeve van werkgevers die werknemers uitzenden naar andere lidstaten, het vrije verkeer van werknemers te bevorderen en het vermijden van administratieve verwikkelingen die het uitzenden naar een ander land voor korte duur met zich mee zou brengen (overweging 1 en 2 van het A2-besluit⁵²).

In HR 11 juli 2003⁵³ besliste de Hoge Raad dat geen sprake is van detachering in de zin van de EU-verordening indien iemand gedetacheerd wordt en tevens naar het werkland verhuist. De Graaf

⁴⁹ HvJ EG 3 mei 1990 (C-2/89), Jur. 1990, blz. I-1755, V-N 1990/1563.

⁵⁰ Toelichting Verordening (EG) 883/2004 CVA, bladzijde 18.

⁵¹ art. 3, lid 1, Ministeriële regeling SZW van 23 december 1986, nr. 86/10 693, Stcrt. 1986, 251.

⁵² Besluit A2, 12 juni 2009, 2010/C 106/02.

⁵³ HR 11 juli 2003, nr. 37 446, BNB 2003/312.

e.a.⁵⁴ merken mijns inziens terecht op dat deze beslissing onjuist moet worden geacht. Indien de betrokkene slechts tijdelijk in het werkland woont, kan nog sprake zijn van detachering. Alleen op het moment dat de betrokkene beoogt permanent in het werkland te blijven wonen en niet terug te keren naar het land van herkomst, is geen sprake van detachering.

EU-verordening 883/2004 stelt de volgende eisen aan een detachering (artikel 12 EU-verordening 883/2004):

1. De te verwachten duur van de uitzending is maximaal 24 maanden. Bij de SVB kan een “artikel 16 overeenkomst” worden aangevraagd, waarbij de maximale termijn kan worden verlengd tot vijf jaar. Deze vijf jaar kan slechts onder speciale omstandigheden (extra) worden verlengd (zie ook CRvB 29 november 2002).
2. De werknemer verrichte voorheen werkzaamheden in het land waar vanuit gedetacheerd wordt voor rekening van de werkgever. Indien de werknemer minimaal één maand in dienst was van de werkgever in het oorsprongland, wordt hij geacht te hebben voldaan aan dit criterium. Als de periode echter korter is, moet dit criterium worden beoordeeld aan de hand van alle factoren die een rol spelen (artikel 1 A2-besluit).
3. De werknemer verricht de werkzaamheden in de andere lidstaat voor rekening van de werkgever. Om dit te beoordelen wordt onder andere rekening gehouden met de verantwoordelijkheid inzake de aanwerving, de arbeidsovereenkomst, het loon, het ontslag en het gezag om de aard van de werkzaamheden vast te stellen (artikel 1 A2-besluit).
4. De werknemer wordt niet uitgezonden naar een lidstaat om een andere werknemer te vervangen.

In EU-verordening 1408/71 mocht de te verwachten duur van de uitzending maximaal twaalf maanden (eerst een verlenging met een jaar, hoogstens tot vijf jaar) zijn om te kwalificeren voor de detacheringregeling (artikel 14, lid 1, onderdeel A EU-verordening 1408/71).⁵⁵ Het is opvallend dat de detacheringstermijnen van de EU-verordening en belastingverdragen van elkaar afwijken. In belastingverdragen wordt een detacheringstermijn van 183 dagen gebruikt, terwijl de EU-verordening 24 maanden hanteert. Hierdoor is het mogelijk dat iemand wel belast wordt in de werkstaat, maar sociaal verzekerd blijft in het land van herkomst. De opbouw van eerste en tweede pijler pensioenen van een belastingplichtige loopt in deze situatie niet gelijk. De toepassing van de detacheringregeling is verplicht. Een werknemer kan er niet voor kiezen om behandeld te worden

⁵⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, Internationaal Belastingrecht, FED Fiscale Studietoets, vijfde herziene druk, Kluwer, Deventer, blz. 355.

⁵⁵ Op grond van artikel 17 EU-verordening 1408/71 kon de maximale termijn eveneens worden verlengd naar vijf jaar.

volgens de detachingsregeling (de werknemer heeft deze keuze wel indien sprake is van een verlenging tot vijf jaar).

In artikel 4 van het A2-Besluit wordt aangegeven wanneer de detachingsregeling in het bijzonder niet of niet langer van toepassing is op het moment dat de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan een andere vennootschap.

Op basis van artikel 19 EU-verordening 987/2009 kan een werknemer of diens werkgever een A1-verklaring aanvragen. Dit was reeds mogelijk op grond van artikel 11, lid 1, onderdeel a EU-verordening 574/72 (al werd het toen een E101-verklaring genoemd). In deze verklaring verklaart het woonland dat de werknemer daar sociaal verzekerd blijft. Dit is slechts mogelijk indien aan de voorwaarden van detachering is voldaan. Op grond van Europese jurisprudentie (arresten Fitzwilliam⁵⁶ en Banks⁵⁷) is een lidstaat verplicht om de A1-verklaring, verkregen in een andere lidstaat, te accepteren. Toch heeft België een regeling ingevoerd dat een A1-verklaring niet wordt geaccepteerd indien sprake is van misbruik (Art. 23 en 24 Programmawet van 27 december 2012). Het is de vraag of deze Belgische regeling EU-rechtelijk in stand kan blijven. Weerepas⁵⁸ merkt mijns inziens terecht op dat de detachingsregeling misbruik in de hand werkt. Iemand kan immers uitgezonden worden vanuit een land met een laag tarief voor sociale zekerheid naar een land met een hoog tarief. Hierbij kan oneerlijke concurrentie ontstaan. Net als Weerepas ben ik van mening dat op EU-niveau een controlemechanisme, met eventueel grensoverschrijdende bevoegdheden, moet worden geïntroduceerd om dit misbruik tegen te gaan.

Op grond van de Verordening hebben de gezinsleden van gedetacheerde werknemer dekking voor de zorgkosten. Indien gezinsleden niet door het woonland worden erkend (ongehuwde partners, kinderen uit een eerder huwelijk), vallen zij niet onder de Verordening of het verdrag. Zij krijgen dus geen dekking vanuit Nederland, aangezien zij niet onder de AWBZ vallen en ook geen beroep kunnen doen op de Verordening of het verdrag.

c. Werken in meer landen

Indien een werknemer in meer landen werkt, is geen sprake van detachering, maar wel sprake van grensoverschrijdende sociale zekerheid. Volgens Verordening 1408/71 is een werknemer dan sociaal verzekerd in het woonland indien de werknemer een deel van zijn werkzaamheden in het woonland uitoefent of wanneer de werknemer verbonden is aan meer dan één onderneming of meer dan één werkgever die hun zetel in verschillende lidstaten hebben. Indien echter de werknemer niet werkt op het grondgebied van zijn woonstaat, is de werknemer sociaal verzekerd in de lidstaat waarin de

⁵⁶ Arrest Fitzwilliam, HvJ 10 februari 2000, zaak C202/97.

⁵⁷ Arrest Banks, HvJ 30 maart 2000, zaak C-178/97.

⁵⁸ M.J.G.A.M. Weerepas, Schijnconstructies en fraude met buitenlandse werknemers, een veelzijdig probleem, NTFRB2013/42.

werkgever gevestigd is. Gevolg van deze regels is dat een werknemer die slechts weinig in het woonland werkt en veel meer in het buitenland, toch in dat woonland sociaal verzekerd is. Dat is gewijzigd in Verordening 883/2004. Hierbij is de werknemer slechts verzekerd in de woonstaat indien hij daar een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht of indien hij werkzaam is bij verschillende ondernemingen of werkgevers die gevestigd zijn in verschillende lidstaten.

Als de werknemer echter in meerdere landen werkt, maar niet een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden in het woonland verricht en de werkgever slechts in één lidstaat gevestigd is, is hij sociaal verzekerd in de lidstaat waar de werkgever gevestigd is. Mijns inziens kan dit tot een vreemde uitwerking leiden. Een werknemer kan sociaal verzekerd zijn in een staat waar hij niet werkzaam is, daar wordt aangesloten bij de vestigingsplaats van de onderneming. Stel een inwoner van Nederland verricht 10% van zijn werkzaamheden in Nederland en 90% van zijn werkzaamheden in Duitsland, terwijl zijn werkgever gevestigd is in België. Volgens de toewijzingsregels is deze werknemer sociaal verzekerd in België. Deze toewijzingsregel had naar mijn mening de lidstaat aan moeten wijzen waar de werknemer het meest werkzaam is. Als hierdoor twee of meer lidstaten worden aangewezen, waaronder de woonstaat, dan zou de werknemer sociaal verzekerd zijn in de woonstaat. Als de woonstaat hier niet onder valt, dan is de werknemer alsnog sociaal verzekerd in het land waar de werkgever gevestigd is. Op deze manier wordt meer aansluiting gezocht bij het werklandbeginsel van de EU-verordening.

Of sprake is van een substantieel deel wordt beoordeeld aan de hand van de arbeidstijd en/of bezoldiging (in geval van werkzaamheden in loondienst) en omzet, arbeidstijd, het aantal verleende diensten en/of inkomen (in geval van werkzaamheden anders dan loondienst). Over het algemeen is geen sprake van een substantieel deel indien deze criteria minder dan 25% van de totale werkzaamheden bevatten (artikel 14 lid 8 EU-verordening 987/2009). Voor de beoordeling van het percentage werkzaamheden in de woonstaat moet worden gekeken naar waar de werkzaamheden naar verwachting worden verricht in de volgende twaalf maanden (art. 14 lid 10 EU-verordening 987/2009). Door twaalf maanden als referentieperiode te nemen wordt beoogd een stabielere regeling te treffen, waarbij er geen continue wisseling in toepasselijke wetgeving plaatsvindt.⁵⁹ Bij een ongewijzigd arbeidspatroon kan gebruik worden gemaakt van het arbeidspatroon in het verleden.⁶⁰ De werkgever dient dus het arbeidspatroon van zijn werknemers goed te monitoren.

De Verordening sluit voornamelijk aan op het principe dat iemand sociaal verzekerd is in het land waar hij werkt. Een vast percentage van 25% strookt echter niet met dit principe, aangezien iemand dan 75% in een ander land kan werken en daar alsnog niet sociaal verzekerd is. Daarom had mijns

⁵⁹ C. van der Spek, Cursus Belastingrecht, PH.1.1.4.E.b2 Ambtenaren/ambtenaren.

⁶⁰ Practical Guide, The legislation that applies to workers in the European Union (EU), the European Economic Area (EEA) and in Switzerland, part 2, §3, november 2012.

inziens een variabel percentage moeten worden opgenomen: iemand is sociaal verzekerd in het land waar hij het meest werkt. Indien twee of meer landen eenzelfde percentage heeft, waaronder de woonstaat, is de werknemer sociaal verzekerd in het woonland. Op deze manier wordt zowel de exclusieve werking van de Verordening als het bovengenoemde principe geëerbiedigd.

Eén van de redenen voor de vervanging van EU-verordening 1408/71 is het vereenvoudigen van de regels met betrekking tot grensoverschrijdende sociale zekerheid (overweging 3 van EU-verordening 883/2004). Voor bepaalde beroepsgroepen worden geen aparte toewijzingsregels meer gehanteerd, waardoor ze onder de hoofdregels vallen. Dit kan problemen opleveren. Weerepas⁶¹ draagt daarbij het voorbeeld aan van een beroepschauffeur. Voorheen viel een beroepschauffeur onder artikel 14 lid 2 EU-verordening 1408/71, waardoor de chauffeur sociaal verzekerd was in het land waar de werkgever gevestigd was. In EU-verordening 883/2004 is hiervoor echter geen uitzondering meer opgenomen. De beroepschauffeur valt onder de regels met betrekking tot het werken in twee of meer lidstaten. Om te beoordelen of een beroepschauffeur in zijn woonstaat sociaal verzekerd is, moet worden gekeken naar de verwachte werkzaamheden de komende twaalf maanden. Indien minder dan 25% van deze werkzaamheden in de woonstaat wordt verricht, is de chauffeur verzekerd in de lidstaat waar de werkgever gevestigd is. Het is echter de vraag of een gegronde schatting van de plaats waar de werkzaamheden worden verricht in deze situatie mogelijk is. In de EU-verordening 883/2004 kan, mits alle lidstaten het daarmee eens zijn, een soortgelijke bepaling worden opgenomen voor de beroepschauffeur als in EU-verordening 1408/71.

Een ander probleem gerelateerd aan de bovenstaande problematiek inzake een beroepschauffeur is de discoördinatie tussen premieheffing en belastingheffing. In belastingverdragen wordt, tenzij sprake is van een detachering (183 dagen regeling), het heffingsrecht over arbeidsinkomsten toegewezen aan de staat waarin de werkzaamheden worden verricht (zie paragraaf 5.2.1.1). Slechts indien een substantieel deel van de werkzaamheden in het woonland verricht wordt en de 183 dagen van toepassing zijn, is geen discoördinatie tussen premieheffing en belastingheffing. Ook de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid signaleerde dit probleem.⁶² In de verdragsonderhandelingen met België en Duitsland werd gestreefd naar het onderbrengen van beroepschauffeurs onder het specifieke artikel voor bemanningsleden in internationaal verkeer. Dit is echter slechts een oplossing indien substantieel in het woonland wordt gewerkt.

d. Overige actieven

Op grond van EU-verordening 883/2004 wordt een aantal actieven op een andere manier behandeld dan reguliere werknemers.

⁶¹ M.J.G.A.M. Weerepas, Vo. 883/2004: vernieuwing en vereenvoudiging?, NTFRB 2010/15.

⁶² Brief van de minister van SZW van 4 december 2009, nr. IVV/OOG/2009/26708, vraag 15.

In artikel 11 lid 4 is een uitzondering opgenomen voor zeevarenden. Iemand die werkzaamheden aan boord van een zeeschip verricht, is sociaal verzekerd in de lidstaat onder wiens vlag het schip vaart. Dit is slechts anders indien het loon wordt betaald door een onderneming of persoon die in dezelfde lidstaat gevestigd is als waar de zeevarende woont. Dan is de zeevarende sociaal verzekerd in zijn woonstaat. Een zeeschip is als zodanig niet gedefinieerd in de EU-verordening, dus moet naar nationaal recht worden bepaald of sprake is van een zeeschip (artikel 8:2 BW).⁶³ De Nederlandse wetgeving dient te worden toegepast als het zeeschip niet onder de vlag vaart van een lidstaat van de EU/EER of Zwitserland, de werkgever in Nederland is gevestigd en de zeevarende in Nederland of een andere lidstaat van de EU woont.⁶⁴ Indien echter het zeeschip onder de vlag vaart van een land waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten, op grond waarvan de wetgeving van het andere land geldt, zal de Nederlandse wetgeving niet van toepassing worden geacht.

Ambtenaren zijn op grond van artikel 11 lid 3 onderdeel b sociaal verzekerd in het land waar de werkgever gevestigd is. Een ambtenaar is iemand die is aangesteld om in de openbare dienst werkzaam te zijn (artikel 1 Ambtenarenwet). Als een ambtenaar in een andere lidstaat werkzaamheden verricht (bijvoorbeeld in loondienst), is hij sociaal verzekerd in de lidstaat waar hij ambtenaar is (artikel 13 lid 4). In de Verordening is niet bepaald in welk land een ambtenaar sociaal verzekerd is indien diegene in meerdere landen ambtenaar is. Dit impliceert dat de regels voor werknemers in loondienst gelden.⁶⁵ Dit is eveneens de mening van de SVB.⁶⁶

Tot slot zijn diplomaten en militairen in dienst van een lidstaat sociaal verzekerd in die lidstaat. Alle personen die hiervoor niet behandeld zijn, zijn sociaal verzekerd in de woonstaat.

2.3.2.2 Postactieven

Speciale aandacht wordt in EU-verordening 883/2004 gegeven aan postactieven, ofwel gepensioneerden. De normale regels met betrekking tot de werkzaamheden kunnen hier niet gelden, maar er kan wel sprake zijn van grensoverschrijdendheid. Iemand kan immers sociaal verzekerd zijn geweest gedurende zijn actieve loopbaan in een andere lidstaat dan waar hij als gepensioneerde woont, en daardoor een grensoverschrijdend basispensioen ontvangen. Hierna wordt nader ingegaan op de verschillende aspecten van de EU-verordening met betrekking tot gepensioneerden.

⁶³ CRvB 17 april 2002, nr. 98/8488, NTFR 2002/849

⁶⁴ Besluit van 2 juli 2007, nr. CPP2007/584M, BNB 2007/226, op basis van Arrest Aldewereld (HvJ 29 juni 1994, nr. C-60/93).

⁶⁵ C. van der Spek, Cursus Belastingrecht, PH.1.1.4.E.b2 Ambtenaren/ambtenaren.

⁶⁶ Toelichting Verordening (EG) 883/2004 CVA, bladzijde 79.

a. Hoofdregel

Pensioengerechtigden die een sociale zekerheidsuitkering uit een ander land ontvangen zijn op grond van artikel 11 lid 3 onderdeel e van EU-verordening 883/2004 sociaal verzekerd in het woonland. Een uitzondering bestaat voor de AWBZ en de ZVW. De achtergrond hiervan is dat gepensioneerden in het buitenland moeilijk of slechts tegen een hoge premie kunnen worden verzekerd.⁶⁷ Op grond van artikel 30 EU-verordening 883/2004 mogen premies ter dekking van prestaties bij ziekte en van moederschaps- en vaderschapsuitkeringen door een lidstaat worden geheven over het pensioen indien de lasten van deze prestaties door diezelfde lidstaat worden geheven (zie paragraaf 2.3.2.2 voor de kostenaanwijsregels). Op grond van artikel 67 ZVW is een in het buitenland wonende pensioengerechtigde premieplichtig voor de Zorgverzekeringswet.

De Zorgverzekeringswet maakt bij het bepalen van het bijdrage-inkomen geen onderscheid tussen in Nederland en in het buitenland wonende verzekeringsplichtigen, omdat op grond van internationaal en EU-recht de sociale zekerheid slechts aan één staat is toegewezen.⁶⁸ In artikel 69 ZVW 2005 wordt bepaald dat een in het buitenland wonende verzekeringsplichtige, zichzelf moet aanmelden bij het College van zorgverzekeringen⁶⁹. Een bijdrage voor de Zorgverzekeringswet is ook verplicht voor verzekerden in het buitenland. In eerste instantie waren de premies voor de ZVW en de AWBZ even hoog als die van ingezetenen van Nederland. Dat werd echter, mijns inziens terecht, als onevenwichtig beschouwd door de in het buitenland wonende pensioengerechtigden. De kosten worden gedragen door het land waar het pensioen vandaan komt, maar de zorg werd verleend volgens de zorgverzekeringswetgeving en voor de kwaliteit van het woonland. Dit houdt in dat veel buitenlandse verzekerden relatief hoge premies betaalden, voor minder, slechtere en/of goedkopere zorg. Daarnaast moesten veel gepensioneerden zich aanvullend verzekeren, waarbij de premie wordt gebaseerd op een gezondheidstoets.⁷⁰ Gepensioneerden hebben een relatief slechtere gezondheid dan niet-gepensioneerden, waardoor de premie hoger zal zijn. Gepensioneerden kregen dus (over het algemeen) een behoorlijke lastenverzwaring, aangezien enerzijds vaak aan Nederland een (te) hoge premie verschuldigd was, en anderzijds een hoge premie voor de aanvullende ziektekostenverzekering betaald moest worden op basis van de gezondheidstoets.

In een kort geding⁷¹ oordeelde de rechter, baserend op het gelijkheidsbeginsel, dat het heffen van een hoge premie door Nederland inderdaad onevenwichtig is. Volgens de rechter werden ongelijke gevallen gelijk behandeld op zo'n manier dat het in strijd is met het vrij verkeer van werknemers en

⁶⁷ P. Kavelaars, Buitenlandse pensioengerechtigden en de Zorgverzekeringswet, Pensioen Actief 2005/06.

⁶⁸ J.G. Sijstermans, Wegwijs in de (inter)nationale verzekerings- en premieplicht, Hoofdstuk 10 Zorgverzekeringswet, 1 augustus 2013.

⁶⁹ Sinds 2013 is de naam van dit orgaan veranderd naar Zorginstituut Nederland.

⁷⁰ P. Kavelaars, Buitenlandse pensioengerechtigden en de Zorgverzekeringswet, PA 2005/06.

⁷¹ Rechtbank 's-Gravenhage 31 maart 2006, nr. KG 2006-125, V-N 2006/21.17.

de vrijheid van reizen en verblijven. De ongelijkheid komt door het verschil in zorgniveaus van de landen. Mijns inziens is het vreemd dat de rechter hier een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel. Een directe toets op artikel 21 VwEU en artikel 45 VwEU had naar mijn mening een correctere benadering geweest, waarbij de uitkomst waarschijnlijk niet zou verschillen.⁷²

Naar aanleiding van deze uitspraak werd het systeem van een woonlandfactor geïntroduceerd. Bij het berekenen van de premie wordt rekening gehouden met een woonlandfactor (artikel 6.3.1 Besluit Regeling zorgverzekering 2005). De woonlandfactor wordt jaarlijks aangepast en geeft de verhouding weer tussen de gemiddelde uitgave van de zorg in het woonland en de gemiddelde uitgave van de zorg in Nederland. Alle landen, op Noorwegen na, hebben een woonlandfactor beneden 1, wat impliceert dat de zorg in alle overige landen goedkoper en/of van mindere kwaliteit is. De Centrale Raad van Beroep heeft geoordeeld dat het gebruik van een woonlandfactor evenwichtig is.⁷³

Op 1 juni 2011 is de Wet mogelijkheid koopkrachttegemoetkoming oudere belastingplichtigen in werking getreden. Iedere binnenlands belastingplichtige en buitenlands belastingplichtige, waarvan ten minste 90% van het wereldinkomen, met inachtneming van belastingverdragen, in Nederland aan de belastingheffing naar inkomen is onderworpen, heeft recht op een koopkrachttegemoetkoming. Op grond van deze wet heeft een in het buitenland wonende gepensioneerde, van wie het wereldinkomen voor minder dan 90% in Nederland wordt belast, geen recht op deze koopkrachttegemoetkoming. Rechtbank Haarlem oordeelde ⁷⁴ dat de koopkrachttegemoetkoming moet worden aangemerkt als een uitkering die ingaat bij ouderdom. De koopkrachttegemoetkoming valt hierdoor onder de in het arrest Hosse gegeven definitie (zie paragraaf 2.3.1) van een socialezekerheidsuitkering. Daarmee valt de koopkrachttegemoetkoming onder de bepalingen van EU-verordening 883/2004. Op grond van artikel 7 EU-verordening 883/2004 is een onderscheid naar woonplaats niet toegestaan. Rechtbank Haarlem oordeelde dat de extra voorwaarde van buitenlands belastingplichtigen ten opzichte van binnenlands belastingplichtigen, namelijk dat 90% van het wereldinkomen in Nederland belastbaar moet zijn, in strijd is met artikel 7 EU-verordening 883/2004.⁷⁵ Ook de Europese Commissie is van mening dat de beperking voor de export van deze tegemoetkoming een discriminerende voorwaarde is, waarna de Europese Commissie Nederland voor het Hof van Justitie daagde.⁷⁶ Naar aanleiding van de Nederlandse uitspraken en de infractieprocedure van het Hof van Justitie, is met terugwerkende kracht tot 1 juni

⁷² Zie ook Zorgverzekeringswet en geëmigreerde postactieven, Pensioenbrief 2006/36.

⁷³ CRvB 26 augustus 2009, nr. 08/1299 ZFW, RSV 2010/46

⁷⁴ Rechtbank Haarlem 3 april 2012, nr. AWB 11/5753, V-N 2012/29.21.26.

⁷⁵ In gelijke zin oordeelde Rechtbank Haarlem op 3 april nr. 11/5072, nr. 11/5230 en nr. AWB 11/5215.

⁷⁶ Europese Commissie, 21 februari 2013, IP/13/140.

2011 de “Regeling koopkrachttegemoetkoming niet-KOB-gerechtigden met een AOW-pensioen”⁷⁷ in werking getreden. Door deze regeling hebben alle AOW-gerechtigden die woonachtig zijn in een EU-lidstaat, in een EER-lidstaat of in Zwitserland wonen recht op de koopkrachttegemoetkoming, ongeacht waar het wereldinkomen van de AOW-gerechtigde wordt belast.

b. Kostenaanwijsregels

EU-verordening 883/2004 bevat speciale regels met betrekking tot welke lidstaten de lasten van de medische kosten moeten dragen. De medische kosten voor ouderen zijn relatief hoger dan de medische kosten voor een gemiddelde inwoner. Indien veel ouderen naar een lidstaat emigreren, zou die lidstaat met gemiddeld hogere medische kosten worden geconfronteerd. Om budgettaire redenen is besloten om alternatieve aanwijsregels voor medische kosten in te voeren. Mijns inziens is dit budgettaire argument geen geldig argument om de medische kosten op deze omslachtige manier toe te wijzen aan een lidstaat. Zoals hieronder nader uitgelegd, komt het soms voor dat een pensioengerechtigde die al lange tijd geen ingezetene meer van Nederland is, alsnog in Nederland verzekerd is voor de AWBZ en de zorgverzekeringswet. De medische kosten komen dan ten laste van Nederland, terwijl deze pensioengerechtigde voor de andere sociale verzekeringen niet verzekerd is in Nederland. Het budgettaire argument weegt mijns inziens niet op tegen de administratieve rompslomp. Naar mijn mening moet een gepensioneerde volledig verzekerd zijn in het land waar hij woont, ondanks de relatief hogere kosten die een lidstaat moet dragen voor een gepensioneerde. Dit is immers slechts een risico van het systeem waar elke lidstaat mee akkoord is gegaan.

Artikel 23 tot en met artikel 26 van EU-verordening 883/2004 bevatten de vier kostenaanwijsregels voor dubbelgepensioneerden.⁷⁸ Een dubbelgepensioneerde is iemand die uit twee of meer lidstaten van de EU een pensioen ontvangt. Indien een gepensioneerde zowel een wettelijk pensioen ontvangt uit zijn woonland als uit een andere lidstaat van de EU, heeft hij recht op medische zorg in zijn woonland volgens de wetgeving van het woonland en ten laste van het woonland. Deze gepensioneerde mag niet anders worden behandeld dan de gepensioneerden die slechts een uitkering ontvangen uit het woonland (artikel 23 EU-verordening 883/2004). Iemand die in Nederland woont en een uitkering ontvangt uit zowel Nederland als een andere lidstaat van de EU, is sociaal verzekerd in Nederland. De medische kosten voor deze verzekerde komen ten laste van

⁷⁷ Regeling koopkrachttegemoetkoming niet-KOB-gerechtigden met een AOW-pensioen van 5 september 2013, 2013-00001179.

⁷⁸ Jo J.G. Sijstermans, 1 augustus 2013, Wegwijs in de (inter)nationale verzekerings- en premieplicht, Hoofdstuk 5 - Vaststellen toepasselijke wetgeving.

Nederland. Indien iemand een tweede pijler pensioen krijgt uit een andere lidstaat waarop premies zijn ingehouden, mag het woonland over dit pensioen geen zorgpremies berekenen.⁷⁹

In het arrest Nikula⁸⁰ kwam deze situatie, een dubbelgepensioneerde met een wettelijk pensioen uit twee of meer lidstaten waaronder de woonstaat, aan bod⁸¹: een in Finland wonende dubbelgepensioneerde ontving een pensioen uit Finland en uit Zweden. Artikel 27 EU-verordening 1408/71 (thans artikel 23 EU-verordening 883/2004) is dus van toepassing op belanghebbende. Op grond van artikel 33 EU-verordening 1408/71 (thans artikel 30 EU-verordening 883/2004) mag Finland premies heffen en innen ter dekking van de kosten. Het Hof van Justitie oordeelde dat Finland zowel premies mag heffen en innen over het wereldinkomen, dus over zowel de Finse uitkering als de Zweedse uitkering. Het bedrag aan ziektekostenpremies mag echter niet hoger zijn dan het in dat land uitbetaalde wettelijke pensioen. Dit arrest is gewezen onder EU-verordening 1408/71. In artikel 33 EU-verordening 1408/71 werd de bewoording “inhouden op het pensioen” gebruikt, waardoor nooit meer premies konden worden geïnd dan het in dat land uitgekeerde pensioen. In het vergelijkbare artikel 30 EU-verordening 883/2004 wordt dit breder getrokken. In EU-verordening 883/2004 staat “heffen en innen”, waardoor de inhouding van ziektekostenpremies niet gelimiteerd wordt tot de uitkering van het wettelijke pensioen. In artikel 5 EU-verordening 883/2004 worden buitenlandse pensioenuitkeringen gelijkgesteld met Nederlandse pensioenuitkeringen. In zoverre heeft het arrest Nikula dus geen betekenis meer.⁸²

Het Hof van Justitie oordeelde echter ook dat slechts premies mogen worden geheven indien over dat deel van het pensioen in het verleden nog niet reeds bijdragen of premies zijn betaald. Dit moet de betrokkene zelf aannemelijk maken en is nog steeds geldig onder EU-verordening 883/2004. Essers en Weerepas⁸³ merken op dat het mogelijk is dat het Hof van Justitie bedoelde dat geen zorgpremies mogen worden ingehouden indien de lidstaat waaruit de uitkering afkomstig is bij de opbouw van het pensioen reeds premies int en bij uitkering geen zorgpremies meer heft. Volgens deze (ruime) interpretatie zou Nederland bijvoorbeeld geen zorgpremies mogen innen over Spaanse pensioenen (daar worden de zorgpremies bij opbouw geïnd en niet bij uitkering), maar wel over Duitse pensioenen, aangezien daar zowel bij de opbouw als bij de uitkering zorgpremies worden geïnd.

⁷⁹ Zie arrest Seherer, HvJ HvJ EG 15 juni 2000, zaak C-302/98, Jur. 2000, blz.I-4585.

⁸⁰ HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-50/05 (Nikula), Jur. 2006, blz.I-7029.

⁸¹ Voor eenzelfde soort casus heeft de Europese Commissie een infractieprocedure tegen Nederland gestart: zaak-Johann (zaak C-66/05). Deze procedure is echter ingetrokken naar aanleiding van het arrest Nikula (Beschikking van de President van de vijfde kamer van het HvJ EG van 22 november 2006, zaak C-66/05, PbEU 2006C 331/24).

⁸² Besluit van 26 januari 2010, Premieheffing, gevolgen arrest Nikula voor de berekening van ziektekostenpremies van dubbelgepensioneerden, BWBR0027148.

⁸³ G.J.C. Essers en mevr. mr. M.J.G.A.M. Weerepas, Premieheffing AWBZ en Zvw over buitenlandse pensioenen: het arrest-Nikula, WFR 2007/429.

Indien de gepensioneerde geen wettelijk pensioen ontvangt uit het woonland, maar wel een wettelijk pensioen uit één of meer andere lidstaten van de EU, bestaat recht op medische zorg in het woonland, maar komen de medische kosten ten laste van het orgaan in het land waar het pensioen vandaan komt (artikel 24 EU-verordening 883/2004). Indien sprake is van pensioen uit twee of meer lidstaten, worden de medische kosten gedragen door het orgaan van de lidstaat wiens wetgeving het langst van toepassing was op de verzekerde. Als hierdoor meerdere organen de lasten van de medische kosten zouden moeten dragen, moeten de lasten gedragen worden door het orgaan van de lidstaat waar de verzekerde als laatste aan de regelgeving onderworpen was. Als een gepensioneerde niet-inwoner slechts een pensioen uit Nederland ontvangt, heeft hij het recht op eenzelfde zorgpakket als een andere inwoner van het woonland, maar komen de kosten ten laste van Nederland.

In EU-verordening 1407/71 was een soortgelijk artikel opgenomen als artikel 24 EU-verordening 883/2004 (in artikel 28 lid 2 onderdeel b EU-verordening 1408/71). In het arrest van 10 oktober 2013⁸⁴ was de vraag hoe de kostenaanwijzing bij een dubbelgepensioneerde zonder pensioen uit het woonland, letterlijk “aan de wettelijke regeling waarvan de rechthebbende het langst onderworpen is geweest”, moet worden geïnterpreteerd. Het was onduidelijk of met deze “wettelijke regeling” een geheel sociaal zekerheidsstelsel wordt bedoeld of alleen een de regelingen betreffende een wettelijk pensioen (AOW in Nederland). Het Hof van Justitie concludeerde dat het gaat om de wettelijke regeling die betrekking heeft op pensioenen of renten. In Nederland geldt dus het aantal verzekeringsjaren van de AOW. Deze uitleg geldt ook voor EU-verordening 883/2004.

Indien de gezinsleden van een dubbelgepensioneerde in een ander land wonen dan de pensioengerechtigde, geldt het volgende: de gezinsleden hebben recht op medische zorg in het land waar zij wonen volgens de aldaar geldende wetgeving. De kosten komen ten laste van hetzelfde orgaan als het orgaan dat de kosten voor de pensioengerechtigde draagt (artikel 26 EU-verordening 883/2004).

2.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht wat de knelpunten zijn van grensoverschrijdende sociale zekerheid met betrekking tot eerste pijler pensioenen. De belangrijkste mogelijke knelpunten of reeds opgeloste knelpunten zijn:

- Op grond van artikel 11 lid 1 onderdeel f en onderdeel j Wet LB 1964 kunnen premies voor buitenlandse verzekeringen in aftrek worden gebracht voor zover de buitenlandse

⁸⁴ HvJ EU 10 oktober 2013, nr. C-321/12, BNB 2014/1.

verzekering vergelijkbaar is met de Nederlandse werknemersverzekeringen. In tegenstelling tot de kwalificatie van buitenlandse pensioenregelingen (en daarmee de aftrek van pensioenpremies), is het niet relevant hoe de verzekeringen in het buitenland worden gekwalificeerd. Mijns inziens is dit terecht. De verschillen in kwalificatie zijn dispariteiten en dispariteiten zijn EU-rechtelijk aanvaard.

- Indien een werknemer tijdelijk in Nederland werkt zonder detachingsverklaring, moet de werknemer een ziektekostenverzekering in Nederland afsluiten. In sommige lidstaten moet een gezondheidsonderzoek worden gedaan voordat een verzekering kan worden afgesloten. Daardoor kan na terugkomst een hogere premie worden gevraagd. Om dit te voorkomen houden expats vaak een dubbele zorgverzekering. Dit is mijns inziens een ongerechtvaardigde belemmering van de vrijheid van werknemers. Mijns inziens moeten verzekeraars verplicht worden werknemers opnieuw te accepteren indien zij in het verleden reeds door deze verzekeraar zijn verzekerd.
- Discoördinatie tussen het belastingstelsel en de sociale zekerheid ontstaat door het verschil in detacheringstermijn. Belastingverdragen gebruiken een maximaal detacheringstermijn van 183 dagen in een (kalender)jaar, de EU-verordening van vijf jaar. Op deze manier kan de opbouw tussen eerste en tweede pijler pensioenen van een belastingplichtige ongelijk lopen.
- Een afgegeven A1-verklaring moet door andere lidstaten worden geaccepteerd. De detachingsregeling werkt misbruik in de hand. Iemand kan immers worden gedetacheerd vanuit een land met een laag tarief voor sociale zekerheid naar een land met een hoog tarief. Hierdoor kan oneerlijke concurrentie ontstaan. Mijns inziens moet op EU-niveau een controlemechanisme worden geïntroduceerd om dit misbruik tegen te gaan, door te controleren of een detachering daadwerkelijk aan de gestelde eisen voldoet.
- De regeling met betrekking tot werken in meer landen is mijns inziens op twee manieren onevenwichtig. Ten eerste moet mijns inziens niet aangesloten worden bij een vast percentage van 25%, maar moet een werknemer sociaal verzekerd worden in het land waar hij de meeste werkzaamheden verricht. Ten tweede kan de regel dat wanneer niet substantieel in het woonland wordt gewerkt, de werknemer sociaal verzekerd is in de lidstaat waar de werkgever gevestigd is, tot vreemde uitwerking leiden. Zo kan een werknemer sociaal verzekerd zijn in een lidstaat waar hij helemaal niet werkt. Ook hier moet mijns inziens worden aangesloten bij de lidstaat waar de werknemer de meeste werkzaamheden verricht.

- Voor de beoordeling van het percentage dat de werknemer werkt in zijn woonland, moet worden gekeken naar waar de werkzaamheden naar verwachting worden verricht in de volgende twaalf maanden. Dit is echter niet altijd naar redelijkheid te schatten, zeker als een werknemer pas voor het eerste jaar ergens werkt, en is erg fraudegevoelig.
- Voor bepaalde beroepsgroepen zijn geen aparte toewijzingsregels meer opgenomen. Dat is op zich wel een vereenvoudiging van de EU-verordening, maar maakt het extra gecompliceerd in sommige situaties, bijvoorbeeld bij de beroepschauffeur.
- Een gepensioneerde met een pensioen uit Nederland is in Nederland verzekerd voor de AWBZ en ZVW. Zij betaalde vaak relatief hoge premies voor minder, slechter en/of goedkopere zorg. Om dit knelpunt op te lossen heeft Nederland een woonlandfactor geïntroduceerd.
- De budgettaire reden om de medische kosten door het land waar het pensioen vandaan komt te laten dragen, weegt mijns inziens niet op tegen de administratieve rompslomp. Het is een uitvloeisel van de regels en de kans op hogere kosten hoort hier nu eenmaal bij de keuze voor het inrichten van de EU-verordening voor het coördineren van de sociale zekerheid. Een gepensioneerde moet naar mijn mening volledig sociaal verzekerd zijn in het woonland.

Hoofdstuk 3 – Nationaalrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) emigratie

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn de knelpunten van grensoverschrijdende eerste pijler pensioenen onderzocht. In het tweede deel van deze scriptie, hoofdstuk 3 tot en met hoofdstuk 5, wordt aandacht besteed aan tweede pijler pensioenen.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) emigratie in de Nederlandse wet worden behandeld en welke situaties, met de eventuele knelpunten, daarbij mogelijk zijn. Hierbij wordt slechts waar en voor zover dat noodzakelijk is ingegaan op het EU-recht en het belastingverdragsrecht, aangezien dit uitgebreid aan de orde komt in hoofdstuk 5. In paragraaf 3.2 worden de civielrechtelijke aspecten van het grensoverschrijdende pensioen uiteengezet. In paragraaf 3.3 wordt de opbouw bij (tijdelijke) emigratie behandeld. Daartoe wordt eerst gekeken naar een volstrekt nationale situatie. Vervolgens komen de nationale regelingen met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen bij emigratie aan bod, waarna vier situaties worden behandeld: het pensioen blijft in Nederland en wordt vanuit het buitenland verder opgebouwd, de opbouw van het pensioen wordt tijdelijk beëindigd en de opbouw wordt later ingehaald, de financiering van de opbouw van het pensioen wordt door de Nederlandse werkgever voortgezet en het pensioen wordt aan een buitenlandse uitvoerder overgedragen en aldaar verder opgebouwd. In paragraaf 3.4 volgt de bespreking van de uitkering van pensioen bij (tijdelijke) emigratie. Daartoe wordt eerst de uitkering van een pensioen in een volstrekt binnenlandse situatie uiteengezet. Vervolgens worden verscheidene scenario's geschetst die kunnen voorkomen in verband met grensoverschrijdende pensioenuitkeringen.

3.2 Civielrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen

3.2.1 Civielrechtelijke aspecten in de nationale situatie

3.2.1.1 Algemeen

Zowel de Pensioenwet 2006 als zijn voorganger, de Pensioen- en spaarfondsenwet 1952, hebben als doel de financiële waarborging van pensioenaanspraken te bewerkstelligen.⁸⁵ In de PW 2006 wordt een pensioen onderverdeeld in drie soorten: het ouderdomspensioen, het nabestaandenpensioen en

⁸⁵ Kamerstukken 2005/06, 30 413, nr. 3, bladzijde 3.

het arbeidsongeschiktheidspensioen. Een pensioen moet tussen werkgever en werknemer overeengekomen zijn. Een ouderdomspensioen is “een geldelijke, vastgestelde uitkering voor de werknemer of de gewezen werknemer bij wijze van inkomensvoorziening bij ouderdom” (artikel 1 PW 2006). Hieronder wordt een aantal relevante aspecten met betrekking tot het (internationale) fiscale recht behandeld.

3.2.1.2 Afkoop en vervreemding

Onder een afkoop wordt volgens de Pensioenwet iedere handeling verstaan waaronder pensioenaanspraken of pensioenrechten hun pensioenbestemming verliezen (artikel 1 PW 2006). In de PSW 1952 stond geen definitie van afkoop. In de praktijk bleek daar wel behoefte aan, waardoor de definitie van afkoop opgenomen werd in de wet.⁸⁶ Er is sprake van afkoop op het moment dat een aanspraak niet meer kan worden gezien als een pensioen volgens de hiervoor in paragraaf 3.2.1.1 gegeven definitie. Het doet hierbij niet ter zake wat de tegenprestatie voor de afkoop is.⁸⁷ Waardeoverdracht valt niet onder afkoop, aangezien bij waardeoverdracht de pensioenaanspraken of pensioenrechten behouden blijft (zie paragraaf 3.2.1.3).⁸⁸

Ook een vervreemding van het pensioen is strijdig met de definitie van pensioen. In de Pensioenwet 2006 is daarom een verbod op vervreemding (artikel 64 PW 2006) en afkoop (artikel 65 PW 2006) opgenomen. Op deze verboden wordt slechts in enkele situaties een uitzondering gemaakt. De pensioenuitvoerder heeft de bevoegdheid om op zijn vroegst twee jaar na de beëindiging van de deelneming de pensioenaanspraak van een gewezen deelnemer af te kopen, indien de aanspraak maximaal € 458,06⁸⁹ per jaar bedraagt (artikel 66 PW 2006). Dit is slechts anders als het recht op afkoop in de pensioen- of uitvoeringsovereenkomst is beperkt of uitgesloten of indien de gewezen deelnemer heeft gemeld dat een procedure tot waardeoverdracht is gestart. In de PSW 1952 kon pas overgegaan worden tot afkoop van het pensioen op de ingangsdatum van dit pensioen (artikel 32 lid 5 PSW 1952). Mijns inziens is de mogelijkheid tot afkoop voor de ingangsdatum van het pensioen een goede ontwikkeling. Een klein pensioen heeft relatief veel uitvoeringskosten voor een pensioenuitvoerder. Op deze manier kunnen deze uitvoeringskosten zoveel mogelijk worden gedrukt.⁹⁰ De tweejaarstermijn is door de wetgever geïntroduceerd om te stimuleren dat de aanspraak alsnog wordt overgedragen, indien binnen twee jaar een nieuwe werkgever wordt gevonden.⁹¹ De pensioenuitvoerder heeft eveneens de mogelijkheid om een klein partnerpensioen of wezenpensioen af te kopen op het moment dat deze minder bedraagt dan € 458,06 per jaar (artikel

⁸⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, bladzijde 221.

⁸⁷ Ibid., bladzijde 222.

⁸⁸ J.R. Hesse en I.J. Koning, Beschikkingmogelijkheden ten aanzien van pensioen, PM 2006/155.

⁸⁹ Dit bedrag gold op 1 januari 2014 en wordt jaarlijks geïndexeerd.

⁹⁰ Zie ook G. Bierlaagh, Kabouterpensioentjes: afkopen of niet?, PM 2008/55.

⁹¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, bladzijde 7.

67 PW 2006). De uitvoerder moet binnen een half jaar na het ingaan van het pensioen de partner of wees hebben geïnformeerd over de afkoop. Ook in het geval van echtscheiding kan de pensioenuitvoerder over gaan tot afkoop van het partnerpensioen (artikel 68 PW 2006).

Op grond van artikel 69 PW 2006 is de pensioenuitvoerder bevoegd om over te gaan tot afkoop van het deel van de pensioenaanspraken dat kan worden gezien als fiscaal bovenmatig pensioen. Een pensioen is slechts fiscaal gefaciliteerd voor zover dit pensioen binnen de begrenzings wordt opgebouwd (artikel 18 lid 3 Wet LB 1964). Over het bovenmatige deel moet daardoor onmiddellijk belasting worden betaald. De pensioenuitvoerder mag het bovenmatige deel afkopen, maar is daartoe niet verplicht.

Indien een pensioenfonds in de financiële problemen komt, mogen de pensioenen worden verminderd (artikel 134 PW 2006). Hesse en Koning⁹² merken mijns inziens terecht op dat deze vermindering van de aanspraken weliswaar onder de definitie van 'afkoop' in de Pensioenwet 2006 valt, maar dat het eigenlijk geen afkoop is. Er staat immers geen geldelijk bedrag tegenover. Een uitzondering voor deze situatie is mijns inziens dan ook terecht opgenomen in de Pensioenwet 2006.

3.2.1.3 Waardeoverdracht en inkoop pensioenrechten

Een waardeoverdracht wordt gedefinieerd in artikel 1 van de Pensioenwet 2006. Een waardeoverdracht is iedere handeling waarbij de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt aangewend ten behoeve van andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij dezelfde uitvoerder, of dezelfde dan wel andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder. Op deze manier wordt een pensioenbreuk voorkomen. In het algemeen verdient iemand aan het einde van zijn carrière meer dan aan het begin. Indien op enig moment van baan is gewisseld, waarbij het pensioen niet wordt overgedragen aan de nieuwe werkgever, wordt in het geval van een eindloonregeling ten aanzien van het beëindigde pensioen een lager loon gebruikt om het pensioen over te berekenen. Daarnaast blijft het pensioen in voorkomende gevallen niet waardeverast.⁹³ Een overdracht wordt echter, gezien de trend van het eindloonstelsel naar het middelloonstelsel, steeds minder interessant.⁹⁴

Een werknemer heeft het recht om zijn opgebouwde pensioenaanspraak over te dragen aan een andere uitvoerder indien een nieuwe dienstbetrekking wordt aangegaan (artikel 71 PW 2006). Dit is slechts mogelijk indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1. De dienstbetrekking of deelneming in de pensioenregeling individueel is beëindigd. Indien in dezelfde groep ondernemingen (ondernemingspensioenfonds) of in dezelfde bedrijfstak

⁹² J.R. Hesse en I.J. Koning, Beschikkingmogelijkheden ten aanzien van pensioen, PM 2006/155.

⁹³ Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen, A.H.H. Bollen-Vandenboorn, Fiscale Geschriften nr. 27, 3 januari 2013, hoofdstuk 10.

⁹⁴ H.J. van Dalen, Waardeoverdracht is tikkende tijdbom voor werkgevers, PM 2010/167.

(bedrijfstakpensioenfonds) blijft werken, is geen sprake van een waardeoverdracht.⁹⁵ De toevoeging “of deelneming in de pensioenregeling” is toegevoegd, zodat de mogelijkheid tot waardeoverdracht eveneens geldt indien een pensioenregeling vrijwillig is voorgezet. Een vrijwillige voortzetting is mogelijk op basis van artikel 54 PW 2006 voor maximaal drie jaar.⁹⁶

2. De waardeoverdracht er toe strekt pensioenaanspraken te verwerven bij de ontvangende pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever of beroepspensioenregeling. Hierbij is geen vereiste dat de waardeoverdracht naar de eerstvolgende werkgever geschiedt. Het is immers mogelijk dat deze werkgever geen pensioenregeling kent.⁹⁷
3. De partner die de begunstigde is voor het partnerpensioen instemt met de overdracht van de waarde van de aanspraak op het partnerpensioen.

Om te voorkomen dat men het pensioen gaat overdragen op het moment dat een pensioenuitvoerder in de financiële problemen komt, is een waardeoverdracht niet toegestaan op het moment dat een pensioenuitvoerder niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen (artikel 72 PW 2006).

Op basis van artikel 76 PW 2006 kan eveneens een overdracht plaatsvinden indien de overeenkomst met de werkgever wijzigt. Hiertoe moet de deelneming individueel beëindigd worden en moet wel aan voorwaarden 2 en 3 hierboven worden voldaan.

De inkoop van pensioenopbouw is mogelijk op grond van artikel 124 PW 2006. Een pensioenfonds kan de mogelijkheid bieden om pensioenaanspraken te verhogen, zolang deze verhoging volgens de pensioenaanspraken van de basispensioenregeling wordt behandeld. De inkoop is slechts mogelijk indien dit toegestaan is volgens de pensioenovereenkomst.

3.2.1.4 De civiele aspecten van de directeur-grotaandehouder

Het begrip “directeur-grotaandehouder” wordt gedefinieerd in artikel 1 PW 2006. Een dga is een persoonlijke houder van (direct of indirect) minimaal 10 procent van de aandelen van het geplaatste aandelenkapitaal van een vennootschap en waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden⁹⁸ of een houder van certificaten dat minimaal 10 procent van het geplaatste aandelenkapitaal vertegenwoordigt en waaraan stemrecht in de algemene vergadering is

⁹⁵ M. Dommerholt, P.M.C. de Lange, J.R. Wirschell, *Pensioenrecht*, tweede druk, Kluwer, Deventer 2007, bladzijde 147.

⁹⁶ J.R. Hesse en C.M. Chan, *Meer duidelijkheid door nieuwe regels waardeoverdracht*, *Pensioen Magazine* 2007/3.

⁹⁷ M. Dommerholt, P.M.C. de Lange, J.R. Wirschell, *Pensioenrecht*, tweede druk, Kluwer, Deventer 2007, bladzijde 148.

⁹⁸ Deze voorwaarde geldt sinds 1 januari 2012 en is ingevoerd in verband met de invoering van de flex-bv. Sindsdien is het mogelijk om verschillende soorten aandelen in de BV uit te geven. Volgens de definitie van de dga in de Pensioenwet 2006 is 10% van de aandelen met stemrecht in de algemene vergadering nodig om te kunnen spreken van een dga.

verbonden.⁹⁹ Een dga wordt volgens de Pensioenwet 2006 niet gezien als werknemer (zie de definitie van werknemer in artikel 1 PW 2006). De Pensioenwet 2006 is hierdoor niet van toepassing op een dga.¹⁰⁰ Volgens Kwekel¹⁰¹ mist een dga hierdoor de wettelijke bescherming die hij wel had in de Pensioen- en spaarfondsenwet 1952. Dit is mijns inziens niet juist, aangezien de dga in principe ook niet onder de Pensioen- en spaarfondsenwet 1952 viel. Toen was echter niet helemaal duidelijk in hoeverre de Pensioen- en spaarfondsenwet van toepassing was op de dga. Feit blijft dat de dga onder de Pensioenwet 2006 sowieso de wettelijke bescherming mist. Volgens de wetgever heeft de dga deze bescherming echter niet nodig, omdat een dga feitelijk de macht heeft in de onderneming en hierdoor zijn eigen belangen kan behartigen.¹⁰² Aangezien de dga niet onder de Pensioenwet 2006 valt, hoeft voor pensioen in eigen beheer slechts te worden voldaan aan de fiscale voorwaarden.¹⁰³ Zie hiervoor paragraaf 3.3.

Het (civiele) afkoopverbod van artikel 65 PW 2006 geldt dus niet voor dga's. Zodoende bestaat het risico dat een curator bij een faillissement overgaat tot afkoop van de pensioenverplichting. Dit wordt echter voorkomen door artikel 7:986 BW, waarin staat dat het recht op afkoop door de curator kan worden beperkt indien het gaat om verzekeringen waarvan de premie fiscaal in aftrek is gebracht, en artikel 22a van de Faillissementswet, waarin wordt bepaald dat de dga en zijn partner of kinderen niet onredelijk mogen worden benadeeld in het geval van verplichte afkoop van het pensioen.¹⁰⁴ Ook de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het pensioen niet in de faillissementsboedel kan vallen, omdat het een hoogstpersoonlijk recht van de gefailleerde is.¹⁰⁵

Aangezien de dga niet onder de Pensioenwet 2006 valt, heeft een dga niet het recht op waardeoverdracht.¹⁰⁶ Indien een dga in een latere periode in loondienst gaat werken, kan het pensioen niet worden overgedragen aan de pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever. Het is evenmin mogelijk om in de tegengestelde situatie een pensioen opgebouwd in loondienst over te

⁹⁹ Indien de belastingplichtige certificaten heeft die tien procent van het geplaatst aandelenkapitaal vertegenwoordigt, moet de dga eveneens ten minste tien procent van het bestuur van het administratiekantoor vertegenwoordigen.

¹⁰⁰ Dga's hadden de mogelijkheid om te opteren voor de toepassing van de Pensioenwet 2006 indien de pensioenregeling reeds toegezegd was voor de invoering van de Pensioenwet 2006 (1 januari 2007), zie artikel 8 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet 2006. Daarom vallen sommige dga's wel onder de Pensioenwet 2006. In het vervolg van deze scriptie wordt met het begrip dga een dga bedoeld die niet geopteerd heeft voor toepassing van de Pensioenwet 2006.

¹⁰¹ P.J. Kwekel, Pensioenwet biedt dga geen bescherming meer, PM 2006/115.

¹⁰² Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, bladzijde 20.

¹⁰³ D.W. Bakker, De DGA en de Pensioenwet: Meer ruimte voor chicanes en 'spielerei'?, VFP 2007/76.

¹⁰⁴ A.H.H. Bollen-Vandenboorn, Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen, Fiscale Geschriften, Sdu Den Haag, derde druk, bladzijde 148.

¹⁰⁵ HR 30 mei 1997, PJ 1997/55, NJ 1997/573.

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, bladzijde 101.

dragen aan een pensioen-bv.¹⁰⁷ Fiscaalrechtelijk wordt slechts waardeoverdracht toegestaan indien dit eveneens is toegestaan op basis van de Pensioenwet 2006, wat dus nooit kan indien het gaat om het pensioen van een dga.

3.2.2 De civielrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen

3.2.2.1 Internationale waardeoverdracht

Een pensioenuitvoerder is verplicht om mee te werken aan een internationale waardeoverdracht indien sprake is van een waardeoverdracht aan een pensioeninstelling uit een andere lidstaat van de EU dan wel de EER (artikel 85 PW 2006), aan een verzekeraar met een zetel buiten Nederland vallend onder de Wft (artikel 85 PW 2006), aan een bij ministerieel besluit aangewezen internationale instelling (artikel 86 PW 2006) en aan het pensioenstelsel van de EU (artikel 86 PW 2006). Een pensioenuitvoerder is bevoegd om mee te werken aan een waardeoverdracht aan een buitenlandse instelling waarvoor geen verplichting tot overdracht bestaat (artikel 87 PW 2006). Indien niet wordt overgedragen terwijl de verplichting tot waardeoverdracht bestaat, kan de pensioenuitvoerder een boete krijgen volgens de Pensioenwet 2006 (artikel 176 PW 2006).

In artikel 30 PW 2006 wordt het toepasselijke recht geregeld. Volgens dit artikel blijven de artikelen van de Pensioenwet 2006 van toepassing indien de rechten worden overgedragen aan een buitenlandse pensioenuitvoerder. De pensioenregeling moet dus blijven voldoen aan de voorwaarden van de Pensioenwet 2006.

Naast de verplichting voor uitgaande internationale waardeoverdrachten (waardeoverdrachten naar het buitenland), heeft een pensioenuitvoerder de verplichting om mee te werken aan een inkomende internationale waardeoverdracht (artikel 91 PW 2001). Dit geldt slechts indien de waardeoverdracht ertoe strekt het de verzoekende werknemer mogelijk te maken pensioenaanspraken te verwerven bij de ontvangende pensioenuitvoerder, de overdragende pensioenuitvoerder niet in de financiële problemen zit en geen voorwaarden aan de pensioenuitvoerder worden gesteld die in strijd zijn met de Pensioenwet 2006. Daarnaast geldt dit slechts indien de overdragende pensioenuitvoerder gevestigd is in een andere lidstaat van de EU. Indien de instelling buiten de EU gevestigd is, heeft de pensioenuitvoerder niet de verplichting, maar wel de bevoegdheid om de waardeoverdracht te accepteren.

3.2.2.2 Voortzetting pensioenregeling

Indien een werknemer wordt gedetacheerd naar een andere EU-lidstaat, kan de Nederlandse pensioenregeling worden voortgezet (artikel 97 PW 2006 juncto artikel 1 PW 2006). Het begrip

¹⁰⁷ A.H.H. Bollen-Vandenboorn, Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen, Fiscale Geschriften, Sdu Den Haag, derde druk, bladzijde 149.

detachering wordt in de Pensioenwet op dezelfde manier uitgelegd als in EU-verordening nr. 1408/71 (artikel 1 PW 2006). Ondanks dat in mei 2010 EU-verordening nr. 1408/71 vervangen is door EU-verordening nr. 883/2004, wordt in de Pensioenwet 2006 nog steeds nr. 1408/71 genoemd. In de praktijk zullen echter beide verordeningen worden geaccepteerd. Via artikel 97 lid 2 PW 2006 zijn de werknemer en de werkgever in Nederland vrijgesteld van het betalen van bijdragen indien reeds in een andere lidstaat van de EU bijdragen worden betaald.

3.3 Opbouw pensioen bij (tijdelijke) emigratie

3.3.1 Opbouw pensioen in Nederlandse situatie

3.3.1.1 De omkeerregeling

In Nederland geldt voor pensioenen de omkeerregeling. Dit houdt in dat bijdragen aan een pensioenregeling niet belast zijn, de premies aftrekbaar zijn en de uitkeringen van het pensioen belast zijn. In Nederland wordt loonbelasting geheven over het belastbaar loon (artikel 9 Wet LB 1964). Het begrip loon is een ruim begrip. Op grond van artikel 10 lid 1 Wet LB 1964 wordt al hetgeen wordt verkregen uit dienstbetrekking belast. Hieronder vallen mijns inziens ook pensioenaanspraken, aangezien dat ook wordt verkregen uit een dienstbetrekking. Wellicht ten overvloede wordt in lid 2 van artikel 10 Wet LB 1964 geregeld dat aanspraken om na verloop van tijd of onder een voorwaarde één of meer uitkeringen of verstrekkingen te ontvangen tot het loon worden gerekend.¹⁰⁸ Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever het volgende beoogd met het begrip aanspraak:¹⁰⁹

“(..) gevallen, waarin ten behoeve van den werknemer naast de contante beloning een voorziening wordt getroffen krachtens welke hij of zijn nabestaanden aanspraken verwerven om op een toekomstig tijdstip - in het algemeen bepaald door de beëindiging der dienstbetrekking - al dan niet onder bepaalde voorwaarden in het genot te worden gesteld van een of meer uitkeringen;”

Pensioenaanspraken vallen onder deze definitie. Een pensioen is een voorziening voor een uitkering in de toekomst en wordt tot het loon gerekend op basis van artikel 10 lid 2 Wet LB 1964. De wetgever wilde aansluiten bij het moment waarop het pensioeninkomen feitelijk werd genoten.¹¹⁰ Om te voorkomen dat belasting wordt geheven op het moment dat de aanspraak wordt toegekend,

¹⁰⁸ L.G.M. Stevens & B.G.J. Schuurman, Pensioen in de loonsfeer, bladzijde 115.

¹⁰⁹ HR 27 november 1957, nr. 13 296, BNB 1958/7.

¹¹⁰ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, bladzijde 45.

is in artikel 11 lid 1 onderdeel c Wet LB 1964 een vrijstelling opgenomen voor aanspraken ingevolge een kwalificerende pensioenregeling. Deze aanspraken behoren, met in achtneming van de normeringen en beperkingen in hoofdstuk IIB Wet LB 1964, niet tot het loon.

De werknemersbijdragen voor het pensioen zijn op grond van artikel 11 lid 1 onderdeel j Wet LB 1964 aftrekbaar van het loon. Ook hier geldt de omkeerregel. Op deze wijze wordt voorkomen dat deze werknemersbijdragen dubbel belast worden: de werknemer moet, indien de bijdragen niet aftrekbaar zijn, deze bijdrage betalen vanuit zijn nettoloon. Later wordt de uitkering eveneens belast.¹¹¹

Op basis van artikel 10 lid 1 Wet LB 1964 wordt al hetgeen dat wordt verkregen uit dienstbetrekking of vroegere dienstbetrekking belast. Loon uit vroegere dienstbetrekking is volgens de Hoge Raad¹¹² een beloning voor de in het verleden verrichte arbeid. De uitkering van het pensioen valt onder loon uit vroegere dienstbetrekking en wordt dus belast op basis van artikel 10 lid 1 Wet LB 1964.

3.3.1.2 Pensioenregeling

Om in aanmerking te komen voor een fiscaal gefaciliteerde opbouw van pensioen, moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Slechts dan kan worden gesproken over een kwalificerende pensioenregeling.

Een pensioenregeling voor de fiscale regelgeving wordt gedefinieerd in hoofdstuk III Wet LB 1964. In artikel 18 Wet LB 1964 staan de toegestane soorten pensioenen. Onder pensioenregeling wordt verstaan een regeling die uitsluitend, dan wel nagenoeg uitsluitend het doel heeft het treffen van een inkomensvoorziening. Aanspraken ingevolge de regeling mogen niet voorzien in een mogelijkheid tot afkoop, vervreemding of het prijsgeven, noch voorwerp van zekerheid worden, anders dan in de gevallen voorzien bij of krachtens de Pensioenwet 2006. Dit is bepaald in artikel 18 lid 1 onderdeel b Wet LB 1964. Op verzoek van de inhoudingsplichtige beslist de inspecteur desgewenst door middel van een voor bezwaar vatbare beschikking of een regeling een kwalificerende pensioenregeling is (artikel 19c Wet LB 1964).

De inkomensvoorzieningen die kwalificeren als pensioenregeling zijn (artikel 18 Wet LB 1964):

- Een levenslange inkomensvoorziening bij ouderdom voor werknemers (ouderdomspensioen).
- Een inkomensvoorziening vanwege overlijden van de belastingplichtige voor echtgenoten (partnerpensioen). Ook degenen met wie zij duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren of hebben gevoerd, met uitzondering van bloed- of aanverwantschap in de eerste graad, vallen hieronder.

¹¹¹ NDFR commentaar bij artikel 11 Wet LB 1964 vrijgesteld loon, R. Pauli, onderdeel 11.

¹¹² HR 21 juni 2000, LJN AA6257, BNB 2000/271.

- Een inkomensvoorziening vanwege overlijden van de belastingplichtige voor kinderen en pleegkinderen onder de 30 jaar (wezenpensioen).
- Een inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid (arbeidsongeschiktheidspensioen).

Onder de pensioenregeling valt eveneens een aanvulling op het ouderdomspensioen na het bereiken van de veertig deelnemingsjaren (40-deelnemingsjarenpensioen).¹¹³ Daarnaast valt hieronder een aanvulling op het partnerpensioen, dan wel het wezenpensioen, in verband met het ontbreken van uitkeringen ingevolge de Algemene nabestaandenwet en het verschil in verschuldigde premie voor de volksverzekeringen over het pensioen voor en na de pensioengerechtigde leeftijd (nabestaanden-overbruggingspensioen).

3.3.1.3 Kwalificerende uitvoerders

Een pensioen moet worden ondergebracht bij een toegestane uitvoerder. In artikel 19a Wet LB 1964 worden de voorwaarden gegeven waaraan een uitvoerder moet voldoen om te kwalificeren als een toegestane uitvoerder. Hieronder vallen een (professioneel) pensioenfonds, dat voor minimaal 90% ten doel stelt een pensioenregeling te verzorgen voor een ouderdomspensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen, partnerpensioen of wezenpensioen, en de professionele levensverzekeraar zoals bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, mits de uitvoerder de pensioenverplichting tot het binnenlands ondernemingsvermogen rekent voor de heffing van de vennootschapsbelasting.

Een ander lichaam dat in Nederland gevestigd is, dat de pensioenverplichting voor de heffing van vennootschapsbelasting tot het binnenlands ondernemingsvermogen rekent en waarbij het gaat om een pensioenovereenkomst met de dga, kan eveneens kwalificeren als een toegestane pensioenuitvoerder. Dit wordt het houden van pensioen in eigen beheer genoemd. Het begrip dga wordt hierbij opgevat zoals in de Pensioenwet (direct of indirect 10% van de aandelen waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden dan wel 10% van de certificaten). Op het moment dat niet meer wordt voldaan aan deze 10% grens, mag vanaf dat moment geen pensioen meer in eigen beheer worden opgebouwd. Indien wel verder wordt opgebouwd in eigen beheer, treedt een sanctie in.¹¹⁴ Op het moment dat de belastingplichtige eveneens een dienstbetrekking aangaat met betrekking tot een andere vennootschap waarvan hij dga is, kan het pensioen verder worden opgebouwd in het oorspronkelijke lichaam.¹¹⁵

De opbouw in eigen beheer binnen Nederland is dus mogelijk op basis van de Nederlandse wet. Hiervoor geldt echter de eis dat het lichaam in Nederland gevestigd is. De wetgever twijfelde of dit

¹¹³ Het aantal deelnemingsjaren wordt in het kader van de verhoging van de pensioenleeftijd eveneens verhoogd, zie kamerstukken II 2009/10, 23 247, nr. 1.

¹¹⁴ Hof Den Bosch 11 december 2009, nr. 2008/00554, V-N 2010/26.1.4.

¹¹⁵ Nadere MvA, Kamerstukken I 1994/95, 23 046, nr. 79d, p. 3.

strijdig zou zijn met het vrije verkeer van vestiging (zie hoofdstuk 5) en vond dat ongewenst. Daarom werd artikel 19a lid 1 onderdeel e Wet LB 1964 toegevoegd.¹¹⁶ Een lichaam dat gevestigd is in een lidstaat van de EU of in de Europese Economische Ruimte (EER) en dat een pensioenverplichting heeft ten opzichte van een dga, kan onder voorwaarden kwalificeren als toegestane uitvoerder. Dit lichaam moet de pensioenverplichting rekenen tot het ondernemingsvermogen. Daarnaast moet het lichaam aannemelijk maken dat het onderworpen is aan een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Het lichaam moet inlichtingen verschaffen over de uitvoering van de regeling en de winstbepaling van het lichaam en tot slot moet het lichaam aansprakelijkheid aanvaarden voor de belasting verschuldigd door een onregelmatige afwikkeling (zie paragraaf 3.3.1.3) of één van de emigratie-artikelen (zie paragraaf 3.3.2).

Een in het buitenland gevestigd pensioenfonds kan kwalificeren als een toegestane uitvoerder indien de pensioenregeling een voortzetting is van de pensioenregeling toen de belastingplichtige nog niet in Nederland woonde of werkte.

Indien een lichaam op grond van het bovenstaande niet kwalificeert als een toegestane pensioenverzekeraar, kan op grond van artikel 19a lid 1 onderdeel f Wet LB 1964 alsnog een lichaam door de Minister worden aangewezen, indien het lichaam inlichtingen verstrekt over de uitvoering van de regeling en zekerheid stelt voor de invordering van de belasting verschuldigd door een onregelmatige afwikkeling of één van de emigratie-artikelen. In artikel 10d Uitv. Besl. LB 1964 worden nadere voorwaarden gesteld aan het aanwijzen van een lichaam als een toegestane uitvoerder. Een pensioenfonds kan worden aangewezen indien het lichaam de gelden beheert met betrekking tot de pensioenregelingen van ten minste 100 werknemers en de overeenkomsten worden gesloten vanuit een vestiging buiten Nederland. Daarnaast kan een verzekeraar worden aangewezen indien de uitvoerder vanwege de Wet op financieel toezicht bevoegd is in Nederland diensten te verrichten. De werknemer kan zekerheid stellen in plaats van de pensioenverzekeraar (artikel 10d lid 4 Uitv. Besl. LB 1964).

3.3.1.4 Onregelmatige afwikkeling

De wetgever heeft een duidelijk visie omtrent pensioenen. Een pensioen dient een inkomensvoorziening te zijn.¹¹⁷ Dit kan zowel een levenslange voorziening (ouderdomspensioen) als een tijdelijke voorziening (wezenpensioen of arbeidsongeschiktheidspensioen) zijn. Indien sprake is van een onregelmatige afwikkeling van een pensioen, waardoor dus geen sprake meer is van een inkomensvoorziening, moet de belastingplichtige de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak als loon uit vroegere dienstbetrekking in aanmerking worden genomen. De

¹¹⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, bladzijde 13.

¹¹⁷ Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3.

belastingplichtige zal dus op dat moment belasting tegen progressief tarief moeten afdragen over de gehele aanspraak, ter grootte van het bedrag dat bij een derde moet worden gestort om de aanspraak te dekken.¹¹⁸ Volgens artikel 6 lid 5 Wet LB 1964 wordt de uitvoerder onmiddellijk inhoudingsplichtig op het moment dat de sanctiebepaling van artikel 19b Wet LB 1964 in werking treedt. Mijns inziens is dit een loze bepaling, aangezien de uitvoerder reeds vanaf het moment dat wordt gestort in de pensioenregeling als inhoudingsplichtige is aan te merken. Dat pas vanaf het genietingsstijdstip hoeft worden ingehouden, doet daar niet aan af.

De verschillende situaties waarvan de wetgever vindt dat sprake is van een onregelmatige afwikkeling van het pensioen worden hierna besproken. Ook worden de sancties van deze onregelmatige afwikkeling behandeld. De eerste situatie waarbij onmiddellijk belasting moet worden betaald over het pensioen is wanneer de pensioenregeling onzuiver wordt. Dit houdt in dat de pensioenregeling niet meer als zodanig aan te merken is. Dit is het geval indien wordt afgeweken van de voorwaarden die de Wet LB 1964 stelt. Onder deze voorwaarden valt ook de eis van een kwalificerende pensioenuitvoerder. Indien de uitvoerder niet meer kwalificeert, is de pensioenregeling onzuiver.¹¹⁹ Een ander voorbeeld dat door de wetgever werd gegeven, is een inhoudelijke wijziging van de regeling waardoor sprake is van een niet-toegestane gerechtigde.¹²⁰

Indien een aanspraak wordt afgekocht, wordt vervreemd of als voorwerp van zekerheid dient, wordt dit gezien als een onregelmatige afwikkeling van de pensioenaanspraak en wordt de aanspraak voor de waarde in het economische verkeer in de heffing betrokken. Een gedeeltelijke afkoop wordt eveneens gezien als een afkoop en moet dus op gelijke voet worden behandeld als een algehele afkoop.¹²¹

Een overdracht van de verplichting ingevolge een pensioenregeling wordt gelijkgesteld met een afkoop van een pensioenregeling (artikel 19b lid 2 Wet LB 1964). Dit geldt voor pensioenregelingen die worden overgebracht naar een niet in Nederland gevestigd pensioenfonds of een lichaam dat het levensverzekeringsbedrijf uitoefent, waarbij het pensioen een voortzetting is van een in Nederland opgebouwd pensioen.

Artikel 19b lid 1 Wet LB 1964 is in een aantal gevallen niet van toepassing. Eén van die uitzonderingen staat in lid 4 van dit artikel. Dit betreft een uitzondering voor de uitkering of afkoop. Indien het pensioen wordt uitgekeerd, dan wel afgekocht onder toepassing van artikel 66, 67 of 68 PW 2006 (zie paragraaf 3.2), wordt de aanspraak niet belast. Het is dus fiscaal toegestaan om een klein pensioen af te kopen. Aangezien een dga niet onder de Pensioenwet 2006 valt, is deze uitzondering voor een dga niet van toepassing. Een dga kan civielrechtelijk wel afkopen, maar krijgt

¹¹⁸ Kamerstukken II 1994/95, 23 046, nr. 3.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

dan een fiscaalrechtelijke sanctie. Mijns inziens zou een dga eveneens de mogelijkheid moeten worden geboden om een klein pensioen af te kopen. Ook voor een dga (en zijn onderneming) heeft een klein pensioen relatief hoge uitvoeringskosten.

De sanctiebepaling van artikel 19b Wet LB 1964 is evenmin van toepassing indien een partnerpensioen wordt vervreemd na een echtscheiding op grond van artikel 57 PW 2006 (artikel 19b lid 5 Wet LB 1964). Daarnaast wordt in artikel 19b lid 5 Wet LB 1964 een uitzondering gemaakt voor de situatie dat een pensioenfonds in de financiële problemen komt. Indien een pensioenfonds niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen, mag het de aanspraak verminderen zodat de uitkeringsrechten worden verminderd. Deze uitzondering is opgenomen om te voorkomen dat dit fiscaal als afkoop wordt gezien.

De laatste uitzondering betreft de gevolgen van een echtscheiding of beëindiging van de samenleving van ongehuwde partners indien sprake is van een partnerpensioen. Indien in deze situaties een pensioen geheel of gedeeltelijk wordt vervreemd aan de echtgenoot of partner of wordt omgezet in een andere aanspraak¹²², blijft de sanctie uit het eerste lid (onmiddellijk hieraan voorafgaand de gehele aanspraak tot het loon uit vroegere dienstbetrekking) achterwege.

Indien op basis van artikel 19a lid 1 onderdeel d Wet LB 1964 een pensioen in eigen beheer wordt gehouden, geldt een verbod op het prijsgeven van de aanspraak (zie artikel 19b, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964). Dit is slechts anders indien de aanspraak niet voor verwezenlijking vatbaar is. Hiervan is sprake indien er dwingende maatschappelijke redenen zijn om af te zien van een pensioen. In de parlementaire behandeling zijn in dit verband faillissement, surseance van betaling en schuldsanering genoemd.¹²³ Dit verbod op prijsgeven is, aldus de wetgever, ingevoerd om onregelmatige afwikkeling met betrekking tot pensioenaanspraken in een eigen pensioenlichaam of werkmaatschappij tegen te gaan.¹²⁴ Het is overigens niet toegestaan om na het prijsgeven van het pensioen later over dezelfde periode alsnog, c.q. wederom pensioen op te bouwen.¹²⁵

Indien een werknemer bij het onderbrengen van een pensioen bij buitenlandse pensioenfonds en verzekeringsmaatschappijen zekerheid heeft moeten stellen om het pensioen fiscaal gefaciliteerd op te bouwen, is hij verplicht deze zekerheid te blijven stellen. Indien deze zekerheid niet meer wordt gesteld, wordt onmiddellijk de gehele pensioenaanspraak tot het loon gerekend (artikel 19b, lid 1, onderdeel d Wet LB 1964).

Artikel 19b Wet LB 1964 is een sanctie, aangezien vanwege de verboden handelingen de gehele aanspraak tegen de waarde in het economische verkeer in één keer tot het loon uit vroegere dienstbetrekking wordt gerekend. Dit wordt dan progressief belast in box 1 (artikel 2.20 Wet IB

¹²² Uiteraard moet wel aan de overige voorwaarden worden voldaan.

¹²³ Kamerstukken II 1994/95, 23 046, nr. 14.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Besluit van 9 september 2010, nr. DGB2010/2733M.

2001). De hiervoor genoemde sanctie is echter niet de enige sanctie bij een onregelmatige afwikkeling. Op grond van artikel 30i Algemene wet inzake rijksbelastingen 1959 is revisierente verschuldigd. De revisierente bedraagt 20% van de waarde in het economische verkeer van de aanspraak.

3.3.2 Pensioen in grensoverschrijdende situaties

3.3.2.1 Algemeen

Hiervoor zijn de pensioenregelingen in een volstrekt binnenlandse situatie uiteengezet. In deze paragraaf wordt het pensioen in grensoverschrijdende situaties vanuit de Nederlandse wet bekeken. Hierbij worden de Verdragsrechtelijke en EU-rechtelijke aspecten niet behandeld (zie hoofdstuk 5).

a. Aanslag bij emigratie (artikel 3.83 en artikel 3.136 Wet IB 2001)

Wanneer een werknemer ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, wordt de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde aanspraken uit een pensioenregeling tot het loon gerekend (artikel 3.83 Wet IB 2001). De waarde in het economische verkeer van de opgebouwde aanspraken wordt gesteld op de bedragen die aan een derde moeten worden betaald om dezelfde aanspraken te dekken (artikel 13 Uitv. besl. IB 2001). Hierbij wordt het deel van de aanspraken dat niet ten laste is gekomen van het belastbaar inkomen uit werk en woning, niet meegeteld. Het deel dat niet ten laste is gekomen van het belastbaar inkomen uit werk en woning wordt een “onbeclaimd deel” genoemd.

Het tijdstip van genieten wordt bepaald in artikel 3.146 Wet IB 2001. De opgebouwde aanspraken uit een pensioenregeling worden geacht te zijn genoten op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het moment van ophouden als binnenlands belastingplichtige te worden aangemerkt. De aanspraak wordt dus onmiddellijk voorafgaand aan de emigratie tot het loon gerekend, waardoor de aanspraak progressief wordt belast. Hiervoor kan uitstel van betaling worden gevraagd (zie hierna; onderdeel b). Artikel 3.83 Wet IB 2001 leidt slechts tot heffing indien het pensioen anders wordt behandeld dan hoe de wetgever pensioen ziet (zie 2.3.1.3 met betrekking tot artikel 19b Wet LB 1964). De belastingplichtige is revisierente verschuldigd indien de aanspraak ingevolge een pensioenregeling tot het loon wordt gerekend (artikel 10i lid 1 onderdeel a IW 1990).

De bepaling is eveneens van toepassing op werknemers die op grond van de Nederlandse wet in Nederland woonachtig zijn, maar die op basis van een bilateraal verdrag worden geacht niet in Nederland te wonen. Het is immers mogelijk dat naar Nederlandse maatstaven een belastingplichtige inwoner is van Nederland, maar dat op basis van het verdrag de belastingplichtige inwoner is van de andere staat. Dan verliest Nederland alsnog het heffingsrecht over de claim, waardoor Nederland ook in deze situaties een conserverende aanslag op wil leggen.

Artikel 3.83 Wet IB 2001 geldt voor zowel emigratie waarbij het pensioen in Nederland verzekerd blijft als emigratie waarbij wordt verzocht om waardeoverdracht van het pensioenvermogen naar een buitenlandse uitvoerder.¹²⁶ Het enkele feit dat een belastingplichtige emigreert, zorgt dus al voor het opleggen van een (conserverende) aanslag.¹²⁷

Artikel 3.136 Wet IB 2001 bevat een vergelijkbare regeling als artikel 3.83 Wet IB 2001. Dit artikel is slechts van toepassing indien volgens het verdrag de woonstaat exclusief mag heffen over het pensioen en het verdrag is afgesloten voor 2001. Indien een belastingplichtige, dan wel een gerechtigde (anders dan door overlijden) ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, worden de aanspraken ingevolge een pensioenregeling in aanmerking genomen als negatieve uitgaven voor inkomstenvoorzieningen. De aanspraken worden meegenomen voor het bedrag wat in het verleden niet tot het loon (artikel 3.81 Wet IB 2001) heeft behoord. Indien de waarde in het economische verkeer lager is bij ingegane uitkeringen dan de in het verleden niet tot het loon gerekende bijdragen, zal die lagere waarde als negatieve uitgaven voor inkomstenvoorzieningen worden gerekend. Dit geldt slechts voor reeds ingegane uitkeringen. Voor niet-ingegane uitkeringen biedt artikel 26 lid 3 IW 1990 soelaas: de conserverende aanslag wordt kwijtgescholden tot de lagere waarde van de aanspraken. Ook indien een belastingplichtige volgens de Nederlandse regelgeving in Nederland woont, maar volgens een bilateraal verdrag in een ander land woont, is dit artikel van toepassing.

Het genietingstijdstip van de negatieve uitgaven voor inkomstenvoorzieningen is het tijdstip dat onmiddellijk voorafgaat aan de omstandigheid (Artikel 3.146, lid 4, Wet IB 2001). Artikel 3.136 Wet IB 2001 is, net als artikel 3.83 Wet IB 2001, zowel van toepassing op tijdelijke als op definitieve emigratie.¹²⁸

b. Uitstel van betaling

Op verzoek kan uitstel van betaling worden verleend voor de aanslag met betrekking tot artikel 3.83 Wet IB 2001 en artikel 3.136 Wet IB 2001 (artikel 25 lid 5 IW 1990). Hiervoor moet worden voldaan aan de voorwaarden die worden gesteld in artikel 25 lid 5 IW 1990 juncto artikel 1e en 1f Uitv. Reg. IW 1990.

Om in aanmerking te komen voor uitstel van betaling moet de werknemer voldoende zekerheid stellen. Zekerheid wordt geëist vanwege de beperkte mogelijkheden tot de internationale invordering van belastingschulden.¹²⁹ Bij het stellen van zekerheid kan worden gedacht aan een

¹²⁶ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, bladzijde 125.

¹²⁷ H.M. Kappelle, Biedt de Pensioenwet de directeur-groootaandeelhouder een nieuwe buitenlandroute?, WFR 2007/657.

¹²⁸ Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7.

¹²⁹ Kamerstukken II 1996/97, 24 761, nr. 7, bladzijde 19.

bankgarantie, een (stille of openbare) verpanding van een volwaardige vordering of een hypotheek.¹³⁰ Daarnaast kan het pensioenkapitaal worden verpand aan de Belastingdienst.¹³¹

In de volgende situaties wordt automatisch uitstel van betaling verleend en hoeft geen zekerheid te worden gesteld (artikel 1e Uitv. Reg. IW 1990):

- Pensioenaanspraken die zijn ondergebracht bij een in Nederland gevestigde uitvoerder die op basis van Wft bevoegd is een verzekeringsbedrijf uit te oefenen en de aanspraak tot het binnenlands ondernemingsvermogen rekent. Dit is het geval indien een belastingplichtige naar het buitenland emigreert en zijn opgebouwde pensioen in Nederland laat staan bij een erkende pensioenuitvoerder.
- Pensioenaanspraken die zijn ondergebracht bij een in Nederland gevestigd lichaam dat van vennootschapsbelasting is vrijgesteld omdat het lichaam zich (nagenoeg) uitsluitend ten doel stelt om te zorgen voor een inkomensvoorziening voor werknemers (artikel 5 onderdeel b Wet VpB 1969).
- Pensioenaanspraken die zijn ondergebracht bij een uitvoerder die is gevestigd in een andere lidstaat van de EU, in Noorwegen, in IJsland of in Liechtenstein, mits deze uitvoerder in die staat bevoegd is tot het uitoefenen van het directe verzekeringsbedrijf.

Indien zowel de overdragende als de ontvangende uitvoerder geen aansprakelijkheid voor de loonbelasting heeft aanvaard, zal de belastingplichtige zelf zekerheid moeten stellen.¹³²

Tijdens de periode van uitstel van betaling is geen invorderingsrente verschuldigd (artikel 28 lid 3 IW 1990). Vanaf het moment dat het uitstel van betaling wordt beëindigd, moet wel invorderingsrente worden betaald (artikel 28 lid 4 IW 1990).

Het uitstel wordt beëindigd indien sprake is van een onregelmatige afwikkeling (artikel 19b Wet LB 1964). De belastingschuldige moet de ontvanger daarvan schriftelijk in kennis stellen (artikel 1e lid 4 Uitv. Reg. IW 1990). De Belastingdienst wil dan de conserverende aanslag invorderen. Daarbij wordt op verzoek een deel van de aanslag kwijtgescholden indien de geheven belasting hoger is dan de belasting die had moeten worden betaald indien de belastingplichtige in Nederland had gewoond (artikel 26 lid 3 onderdeel a IW 1990). Daarnaast wordt op verzoek een deel kwijtgescholden dat op grond van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting niet belastbaar is in Nederland (artikel 26 lid 3 onderdeel b IW 1990). Deze kwijtschelding wordt automatisch verleend indien de belastingplichtige in een andere lidstaat van de EU of in Noorwegen, IJsland of Liechtenstein woont (artikel 1f lid 3 Uitv. Reg. IW 1990).

¹³⁰ Leidraad invordering 1990, Artikel 25, paragraaf 1, onderdeel 16.

¹³¹ Ibid., paragraaf 5a, onderdeel 3.

¹³² Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M en artikel 44b IW 1990.

Het uitstel wordt voor maximaal tien jaar verleend. Daarna wordt de conserverende aanslag kwijtscholden op grond van artikel 26 lid 2 IW 1990. Dit gebeurt op de eerste dag van het tiende jaar na afloop van het belastingjaar waarop de belastingaanslag betrekking heeft (artikel 1e lid 3 IW 1990). De kwijtschelding geschiedt in beginsel niet automatisch. De belastingplichtige dient hierom te verzoeken (artikel 1f lid 2 Uitv. Reg. IW 1990). Vervolgens moet de belastingplichtige aantonen dat geen verboden handeling heeft plaatsgevonden. De Belastingdienst neemt na de tienjaarstermijn contact op met de belastingplichtigen die een conserverende aanslag opgelegd hebben gekregen, om hen erop te attenderen dat de termijn afgelopen is en een verzoek tot kwijtschelding ingediend kan worden.¹³³

Volgens El Malki¹³⁴ zijn er twee uitkomsten denkbaar indien de belastingplichtige aan wie de conserverende aanslag is opgelegd niet traceerbaar is door de Belastingdienst en wel een verzoek tot kwijtschelding in moet dienen: de conserverende aanslag blijft staan en er komt eventueel heffingsrente bij of de conserverende aanslag wordt automatisch kwijtscholden. Zij vindt de eerste uitkomst een buitenproportionele maatregel. Daar ben ik het geheel mee eens. Dan moet immers heffingsrente worden betaald over een aanslag die nooit betaald behoefde te worden. El Malki zegt over de tweede uitkomst dat de conserverende aanslag dan een dode letter in de wet wordt: vaak wordt automatisch uitstel verleend en vervolgens ook weer automatisch kwijtscholden. Mijns inziens is hier geen sprake van een dode letter. De conserverende aanslag bestaat niet voor de belastingplichtigen die tien jaar niets met deze aanslag doen, maar juist voor de belastingplichtigen die gedurende die tien jaar een verboden handeling verrichten. De Belastingdienst kan in geval van een verboden handeling de conserverende aanslag nog steeds (indien internationaal toegestaan) invorderen op het moment dat deze verboden handeling plaatsvindt. Naar mijn mening moet de automatische kwijtschelding indien de belastingplichtige niet kan worden gelokaliseerd echter niet worden ingevoerd. Indien een belastingplichtige zelf verzoekt om kwijtschelding, moet hij bewijzen dat er geen verboden handelingen hebben plaatsgevonden met betrekking tot de pensioenaanspraak. Bij automatische kwijtschelding zou dit bewijs niet kunnen worden geëist. Dit verschil is naar mijn mening onredelijk. Indien altijd automatische kwijtschelding wordt verleend, raakt Nederland het zicht op het pensioen in sommige landen kwijt.¹³⁵ Ook dit lijkt mij geen goede uitkomst.

¹³³ Conserverende aanslag: opleggen, uitstel van betaling verlenen, en dan?, K. El Malki, Pensioen Magazine 2011/176.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Indien Nederland een verdrag met betrekking tot uitwisseling van inlichtingen heeft gesloten met het betreffende land, kan Nederland altijd om opheldering vragen. Deze landen vallen dus niet onder de hier bedoelde landen.

3.3.2.2 Pensioen blijft in Nederland en wordt in het buitenland verder opgebouwd

De optie van een voortzetting van de Nederlandse pensioenregeling in het buitenland zal slechts mogelijk zijn in geval van detachering naar een andere EU-lidstaat (artikel 97 PW 2006 juncto artikel 1 PW 2006). Het begrip detachering wordt in de Pensioenwet op dezelfde manier uitgelegd als in EU-verordening nr. 1408/71 of EU-verordening nr. 883/2004 (artikel 1 PW 2006). Zo wordt bewerkstelligd dat de eerste en tweede pijler parallel worden opgebouwd. Zowel de perioden als de andere voorwaarden wijken af van de detacheringsregeling van artikel 15 OESO-Modelverdrag. Kavelaars¹³⁶ pleit ervoor om deze voorwaarden gelijk te trekken.

De pensioenopbouw wordt al dan niet belast in het land waarnaar de werknemer uitgezonden wordt, volgens de aldaar geldende belastingwetten (mits niet wordt voldaan aan het detacheringsartikel uit het verdrag, maar wel aan het detacheringsartikel van de EU-verordening en dus de Pensioenwet 2006). Afhankelijk van het aldaar geldende regime wordt de pensioenopbouw wel of niet belast.¹³⁷ Duitsland heeft bijvoorbeeld gedeeltelijk een systeem waarbij reeds bij de opbouw het pensioen belast wordt. Ook Luxemburg, Hongarije en Polen belasten het pensioen gelijk bij de opbouw.¹³⁸ Indien de werknemer wordt gedetacheerd naar één van deze landen, en niet wordt voldaan aan de eisen van het detacheringsartikel uit het belastingverdrag, zal de opbouw van het pensioen worden belast.

3.3.2.3 Tijdens buitenlands verblijf wordt niets opgebouwd; bij terugkeer wordt ingehaald

Op het moment dat een werknemer naar het buitenland wordt uitgezonden, kan hij tijdelijk de opbouw van zijn pensioen stilzetten. In de buitenlandse periode wordt dan geen pensioen opgebouwd. Bij terugkeer zou de werknemer kunnen kiezen voor het inhalen van de verloren jaren in het buitenland. Inhalen houdt in dat op het moment dat de opgebouwde pensioenrechten van een werknemer onder diens fiscale maximum liggen, via een aanvullende module deze pensioenrechten tot het maximum aangevuld kunnen worden.¹³⁹ Dit fiscale maximum hangt onder andere af van het totaal aantal dienstjaren bij die werkgever.¹⁴⁰ Bij het berekenen van het fiscale maximum, moeten de regels van het moment van inhaal worden gebruikt.¹⁴¹ Inhaal ziet op de diensttijd bij de huidige werkgever inclusief de eventuele fictieve diensttijd. Extra regels omtrent de dienstjaren van de

¹³⁶ P. Kavelaars, Grensoverschrijdend pensioen, NTFRB2008/21.

¹³⁷ J.TH.L. Brouwer en J-O. Kuijkhoven, Pensioenbeleid en voortgezette pensioenopbouw bij uitzending naar het buitenland, WFR 1998/1430.

¹³⁸ P.H. Schonewille, Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen, Fiscale Geschriften nummer 27, hoofdstuk 8, 2012.

¹³⁹ Handreiking inhaal en inkoop van pensioen, 29 mei 2007, kennisgroep pensioenen loonbelasting.

¹⁴⁰ Dit hangt onder meer af van de pensioengevende diensttijd, het pensioengevend loon en toegekende indexaties of toeslagen. Zie voor een uitgebreid stappenplan voor het berekenen van het fiscale maximum van een pensioenregeling de handreiking inhaal en inkoop van pensioen, 29 mei 2007, kennisgroep pensioenen loonbelasting.

¹⁴¹ W.H. Bolderman, Fiscale ruimte voor inhaal en inkoop van pensioen, PM 2007/173.

werknemer voor de pensioenartikelen in de Wet LB 1964 zijn opgenomen in artikel 18g Wet LB 1964 juncto artikel 10a Uitv. Besl. LB 1965.¹⁴² Relevant in het kader van een tijdelijk buitenlands verblijf bij een werkgever, is de mogelijkheid dat wordt geboden in artikel 10a lid 1 onderdeel b Uitv. Besl. LB 1965. Zonder verdere regeling zou een werknemer die bij een concernmaatschappij van de werkgever heeft gewerkt in het buitenland deze jaren niet kunnen aanmerken als dienstjaren bij die werkgever, en dus niet kunnen inhalen over dat deel. Indien de werknemer bij hetzelfde concern heeft gewerkt en in het buitenland geen pensioen heeft opgebouwd, worden de jaren in het buitenland eveneens tot de dienstjaren gerekend. Een concernmaatschappij wordt in artikel 10a Wet LB 1964 gedefinieerd als een lichaam waarin de oorspronkelijke werkgever een belang van ten minste een derde gedeelte bezit, een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de werkgever of zusters waarbij een derde minimaal een derde gedeelte belang heeft in beide vennootschappen. Indien buiten een concernvennootschap wordt gewerkt, worden deze jaren niet als dienstjaren aangemerkt.

Voor het berekenen van de inhaalruimte moet het bedrag van de reeds opgebouwde pensioenrechten worden vergeleken met het maximum dat in het verleden opgebouwd had mogen worden. Dit maximum hangt af van het type pensioenregeling dat op betrokkene van toepassing is, te weten een eindloonregeling, een middelloonregeling of een beschikbare-premieregeling. Wat betreft de eindloonregeling is de berekening vrij eenvoudig: pensioengevende diensttijd * 1,9% * het laatstgenoten pensioengevend loon, met als maximum 100% van het laatstgenoten pensioengevend loon. Het berekenen van het maximum is een stuk lastiger bij de middelloonregeling, dan wel de beschikbare-premieregeling, aangezien daarvoor het werkelijke loonniveau van de verstreken dienstjaren moet worden gehanteerd.

3.3.2.4 De werkgever neemt de hele opbouw in Nederland tijdens buitenlands verblijf voor zijn rekening

Tijdens het verblijf in het buitenland kan de werkgever de gehele opbouw voor zijn rekening nemen. Deze situatie is wettelijk niet geregeld. Het is een privaatrechtelijke afspraak tussen de werkgever en de werknemer. Deze afspraak moet in de salarisvoorwaarden worden vastgelegd. In tegenstelling tot de binnenlandse periode, wordt in de buitenlandse periode 100% van de premie gedragen door de werkgever. Het brutoloon wordt vervolgens verlaagd, zodat de loonkosten voor de werkgever niet hoger worden. Het voordeel van deze benadering is dat het een praktische oplossing is. Een nadeel is dat de pensioengrondslag door het lagere brutoloon verlaagd wordt, met als gevolg dat de opbouw

¹⁴² Besluit van 11 december 2002, nr. CPP2002/1448M. Dit besluit is weliswaar ingetrokken in het besluit van 23 maart 2007, nr. CPP2007/293M, Stcrt. nr. 65. De inhoud geldt echter nog steeds.

van pensioen in deze periode lager is.¹⁴³ Daarnaast kunnen andere regelingen zijn gekoppeld aan het brutoloon, zoals de hypotheek van een huis of het verkrijgen van tantièmes of bonussen.

3.3.2.5 Pensioen wordt overgedragen naar het buitenland.

In binnenlandse situaties heeft een werknemer het recht om, indien een arbeidsrelatie wordt beëindigd, de opgebouwde pensioenaanspraak over te dragen (artikel 71 PW 2006). Op deze manier wordt een pensioenbreuk voorkomen. In het algemeen verdient iemand aan het einde van zijn carrière meer dan aan het begin. Op het moment dat van baan wordt gewisseld en de werknemer een hoger salaris krijgt, zal de pensioenaanspraak dat tot dat moment is opgebouwd niet verder stijgen. Indien in dezelfde pensioenregeling zou worden opgebouwd, zou zowel het gemiddelde loon (van belang voor een middelloonstelsel) als het eindloon (van belang voor het eindloonstelsel), en daarmee de pensioenaanspraak, stijgen. Daarnaast blijft het pensioen in voorkomende gevallen niet waardevast.¹⁴⁴

Op grond van artikel 19b lid 2 eerste volzin Wet LB 1964 wordt een waardeoverdracht aangemerkt als een afkoop, waardoor de waarde in het economische verkeer progressief zal worden belast. Volgens de tweede volzin is dit echter niet van toepassing als geen strijd bestaat met de bepalingen uit de Pensioenwet 2006.

Opbouwen via een buitenlandse pensioenregeling (en daarna eventueel overdracht bij terugkomst) is mogelijk. Net als Van Beek¹⁴⁵ ben ik echter van mening dat het opbouwen van pensioen via een buitenlandse pensioenregeling, zeker in het geval van tijdelijke emigratie, niet opportuun is. Het risico op dubbele heffing blijft bestaan, met name door het mogelijke verschil in de behandeling van pensioenen tussen de verschillende landen (premie belast en uitkering vrijgesteld versus premie vrijgesteld en uitkering belast). Daarnaast is het de vraag hoe de buitenlandse overheid om gaat met het aan een Nederlandse uitvoerder overdragen van het pensioen indien de werknemer teruggaat naar Nederland. Ook bestaat het risico op een pensioenbreuk.

In de Pensioenwet 2006 worden internationale waardeoverdrachten uitgebreid geregeld.¹⁴⁶ Fiscaalrechtelijk wordt onderscheid gemaakt tussen de waardeoverdracht aan een erkende en de waardeoverdracht aan een niet-erkende pensioenuitvoerder. De eerste volzin van artikel 19b lid 2 Wet LB 1964 (waardeoverdracht van een pensioen wordt geacht te zijn afgekocht) is niet van toepassing indien de regelingen uit de Pensioenwet 2006 niet zijn overtreden en de

¹⁴³ Bij een eindloonstelsel is dit geen probleem, aangezien de opbouw na terugkomst wordt gecompenseerd.

¹⁴⁴ Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen, A.H.H. Bollen-Vandenboorn, Fiscale Geschriften nr. 27, 3 januari 2013, hoofdstuk 10.

¹⁴⁵ Fiscale aspecten van grensoverschrijdend pensioenverkeer, fiscale actualiteiten, J. van Beek, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 32.

¹⁴⁶ De internationale waardeoverdrachten worden behandeld in artikel 84 tot en met artikel 92 PW 2006. Zie paragraaf 2.2.2.1.

pensioenuitvoerder een erkende pensioenverzekeraar is. Internationaal heeft dat betrekking op twee soorten pensioenverzekeraars. Allereerst een lichaam dat in een andere lidstaat van de EU gevestigd is, die de pensioenverplichting tot het ondernemingsvermogen rekent en die aannemelijk maakt dat de winst wordt belast in een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Dit lichaam moet ook door de minister zijn aangewezen en moet zich verplichten tot het verschaffen van inlichtingen. Ook moet het lichaam aansprakelijkheid hebben aanvaard voor de verschuldigde belasting met betrekking tot oneigenlijke handelingen. Tot slot moet de belastingplichtige een dga van het lichaam zijn. Het tweede lichaam dat hiervoor kwalificeert is een pensioenfonds of lichaam dat bevoegd het verzekeringsbedrijf uitoefent, dat is aangewezen door de minister en die voldoet aan de voorwaarden met betrekking tot het verschaffen van inlichtingen. Daarnaast moet het lichaam of de werknemer zekerheid stellen voor de invordering van belasting met betrekking tot onbedoelde afwikkeling van het pensioen.

De fiscaalrechtelijke basis voor de waardeoverdracht van pensioen aan niet-erkende pensioenverzekeraars ligt in artikel 19b lid 6 Wet LB 1964. Indien een pensioenregeling overgaat op een andere uitvoerder wordt de aanspraak geacht te zijn afgekocht. Daardoor wordt de waarde in het economische verkeer van de aanspraak aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking (zie paragraaf 3.3.1.4). In een besluit¹⁴⁷ is echter vastgelegd wat de eisen zijn om de overdracht fiscaal geruisloos te laten plaatsvinden. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen een waardeoverdracht in het algemeen en een waardeoverdracht aan een pensioenuitvoerder van de EU, de ECB of andere internationale organisaties. Hieronder wordt slechts uiteengezet welke eisen, volgens dit besluit, worden gesteld aan algemene waardeoverdrachten.

Indien sprake is van pensioen in eigen beheer (artikel 19a lid 1 onderdeel d Wet LB 1964), moet de fiscus akkoord gaan met de hoogte van het over te dragen kapitaal.

Daarnaast moet de werknemer aannemelijk kunnen maken dat de nieuwe functie een substantiële dienstbetrekking is. Dit wordt geacht het geval te zijn indien de dienstbetrekking voor ten minste vijf jaar is aangegaan. De nieuwe pensioenregeling moet gebruikelijk zijn in het land van de dienstbetrekking en de pensioenverzekeraar moet het kapitaal rechtstreeks en in zijn geheel overdragen aan de buitenlandse pensioenuitvoerder. Verder mag de werknemer geen enkele aftrek op het belastbaar inkomen van hem of zijn partner hebben genoten met betrekking tot de waardeoverdracht. Als sprake is van (voorgenomen) emigratie, moeten gegevens worden verstrekt waaruit de woonplaats blijkt en moet het land van immigratie heffen op het moment van uitkering. De overnemende pensioenuitvoerder moet de aansprakelijkheid van de verschuldigde belasting en revisierente overnemen en daaromtrent een overeenkomst met de ontvanger afsluiten, tenzij de

¹⁴⁷ Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, Stcrt. Nr. 27, paragraaf 2.5.

werknemer voldoende zekerheid heeft gesteld. Tot slot moeten de overnemende en overdragende uitvoerder aan de volgende eisen voldoen:

- Overnemende pensioenuitvoerder is een niet in Nederland gevestigd pensioenfonds, welke niet wordt beschouwd als een aangewezen pensioenregeling.
- De overdracht moet voldoen aan de voorwaarden van de Pensioenwet 2006.
- Indien de pensioenuitvoerder niet onder de Pensioenwet 2006 valt, moet hij dat aannemelijk maken. Daarnaast moet hij voldoen aan de regels van artikel 86 PW 2006. Hij moet een verklaring van De Nederlandsche Bank hebben dat hij aan deze voorwaarden voldoet.

Een probleem schuilt in de eis dat moet worden voldaan aan de voorwaarden van de Pensioenwet 2006. Het afkoopverbod mag dus niet ruimer zijn dan hetgeen in Nederland is toegestaan. In veel landen zijn echter ruimere mogelijkheden tot afkoop dan in Nederland.¹⁴⁸

Ondanks dat de overdracht niet wordt gezien als een oneigenlijke handeling, wordt nog wel op basis van artikel 3.83 Wet IB 2001 een conserverende aanslag opgelegd.

Van Engelshoven¹⁴⁹ vindt de afstemming tussen de Pensioenwet 2006 en de fiscale wetgeving niet efficiënt. Vermoedelijk bedoelt hij hiermee effectief. In dat geval ben ik het met hem eens. De voorwaarden van een internationale waardeoverdracht tussen deze wetgevingen zijn niet gelijk. Binnen de Pensioenwet wordt een internationale waardeoverdracht niet beschouwd als een afkoop. In de fiscale wetgeving wordt een internationale waardeoverdracht echter wel als afkoop gezien. Daardoor kan het voorkomen dat volgens de Pensioenwet 2006 een verplichting bestaat tot het overdragen van het pensioen, terwijl voor de fiscale wetgeving de uitvoerder niet wordt erkend. De pensioenuitvoerder riskeert een boete indien niet wordt overgedragen (artikel 176 PW 2006). Indien wel wordt overgedragen, kan de pensioenuitvoerder aansprakelijk worden gesteld voor de exithetfing. Ik pleit er dan ook voor om de voorwaarden voor internationale waardeoverdracht gelijk te trekken tussen de Pensioenwet 2006 en de fiscale wetgeving. Een internationale waardeoverdracht dient niet te worden gezien als een afkoop.

3.4 Uitkering pensioen bij (tijdelijke) emigratie

In Nederland is de omkeerregel van toepassing. Dit betekent dat de opbouw onbelast (mits aan de eisen is voldaan) plaatsvindt, zie paragraaf 3.3.1.1, maar dat de uitkering belast is. Dit gebeurt in de loonbelasting via artikel 10 Wet LB 1964, waarbij de uitkering tot het loon wordt gerekend. Via de

¹⁴⁸ Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen, A.H.H. Bollen-Vandenboorn, Fiscale Geschriften nr. 27, 3 januari 2013, hoofdstuk 10.

¹⁴⁹ H.M. van Engelshoven, Internationale waardeoverdracht: doen wat mogelijk is, in plaats van doen alsof iets kan, PM 2010/45.

schakelbepaling van artikel 3.81 Wet IB 2001 wordt de uitkering van het pensioen ook in de inkomstenbelasting meegenomen.

Indien sprake is van een definitieve emigratie, wordt volgens de Nederlandse wet het pensioen belast via artikel 7.2 Wet IB 2001.

De volgende scenario's zijn mogelijk met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen:¹⁵⁰

- Belastingplichtige woont in Nederland en krijgt een pensioen dat deels is opgebouwd in Nederland en deels in het buitenland.
- Belastingplichtige woont in Nederland en krijgt een pensioen dat deels is opgebouwd in Nederland en deels in het buitenland. Daarbij is het buitenlandse deel overgedragen aan een Nederlandse pensioenuitvoerder.
- Belastingplichtige woont in het buitenland en krijgt een pensioen dat deels aldaar en deels in Nederland is opgebouwd.
- Belastingplichtige woont in het buitenland en krijgt een pensioen dat deels aldaar en deels in Nederland is opgebouwd. Hierbij is het Nederlandse deel overgedragen aan een buitenlandse pensioenuitvoerder.

Hierna wordt dieper ingegaan op de bovenstaande situaties.

a. Belastingplichtige woont in Nederland met een deels in het buitenland opgebouwd pensioen

Indien de belastingplichtige in Nederland woont en een pensioen krijgt dat deels is opgebouwd in Nederland en deels in het buitenland, zal Nederland in beginsel heffen over de gehele uitkering. Het Nederlandse deel wordt belast op basis van artikel 10 Wet LB 1964 juncto artikel 3.81 Wet IB 2001. Op het moment van uitkering wordt op basis van artikel 3.82 onderdeel b Wet IB 2001 een pensioenregeling van een andere mogendheid tot het loon gerekend. Dit geldt slechts voor mogendheden waarvan de belastingwetten naar aard en strekking niet overeenkomen met de Nederlandse loonbelasting of inkomstenbelasting. De uitkering hoeft niet tot het loon gerekend te worden, wanneer aannemelijk wordt gemaakt dat over die uitkering reeds heffing naar het inkomen heeft plaatsgevonden. Indien echter de Nederlandse pensioenregeling in het buitenland wordt voortgezet, is dit artikel niet van toepassing. Immers, Nederland is geen andere mogendheid. Met een beroep op de hardheidsclausule (artikel 63 AWR 1959) worden wat Nederland betreft uitkeringen niet belast indien tijdens de opbouwfase geen fiscale tegemoetkoming wordt genoten.¹⁵¹

De belastingplichtige moet dan wel, aannemelijk maken dat over dat pensioen belasting geheven is

¹⁵⁰ Fiscale aspecten van grensoverschrijdend pensioenverkeer, fiscale actualiteiten, J. van Beek, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 61.

¹⁵¹ Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, Stcrt. Nr. 27, paragraaf 2.5.

die naar aard en strekking overeenkomt met de Nederlandse loon- en inkomstenbelasting. Deze problematiek inzake de soortgelijkheid is aan de orde in HR 17 mei 2013¹⁵². Een belastingplichtige heeft pensioen opgebouwd in Venezuela en Brunei. De belastingplichtige heeft in verband daarmee ter zake van de pensioenuitkering een gedeeltelijke aftrek ter voorkoming van dubbele belasting geclaimd. Dit kreeg hij echter niet, aangezien hij niet aannemelijk heeft gemaakt dat ter zake van de opbouw van het pensioen in Brunei en Venezuela belasting is geheven die naar aard en strekking overeenkomt met de loon- of inkomstenbelasting. De Hoge Raad oordeelde dat indien Nederland mag heffen op grond van de verdragen, het een gunst is van de inspecteur om daar alsnog vanaf te zien. De eisen die aan die gunst gesteld zijn, moeten daarom gerespecteerd worden.

De belastingplichtige kan er ook voor kiezen om ten tijde van remigratie het buitenlandse deel over te dragen aan Nederland. Wat betreft de heffing over het Nederlandse deel blijft dit gelijk aan de situatie hierboven. De overdracht van een buitenlands pensioen naar Nederland wordt uitvoerig besproken in hoofdstuk 4.

b. Belastingplichtige woont in het buitenland met deels in Nederland opgebouwd pensioen

Als de belastingplichtige in het buitenland woont en een uitkering krijgt van een deels in Nederland en deels in het buitenland opgebouwd pensioen, kan Nederland heffen over het Nederlandse deel op grond van artikel 7.2 Wet IB 2001. Nederland kan echter op grond van dat artikel niet heffen over het buitenlandse deel. Voor dat deel is immers geen sprake van inkomen uit Nederlandse bron. Of Nederland uiteindelijk mag heffen, hangt eveneens samen met het belastingverdrag dat Nederland heeft gesloten met het desbetreffende land. Hierover meer in hoofdstuk 5.

In paragraaf 3.3.2.5 is uiteengezet aan welke voorwaarden moet worden voldaan om fiscaal geruisloos over te dragen aan een buitenland gevestigde pensioenuitvoerder. Het moet bijvoorbeeld gaan om de aanvaarding van een substantiële dienstbetrekking (meer dan vijf jaren) en de overnemende uitvoerder moet aan een aantal eisen voldoen. Hierbij wordt echter wel een conserverende aanslag opgelegd. Indien blijkt dat niet aan de eisen wordt voldaan, bijvoorbeeld doordat het pensioen niet regulier wordt afgewikkeld¹⁵³, wordt het uitstel van betaling met betrekking tot de conserverende aanslag opgeheven, mits de tienjaarstermijn nog niet voorbij is.

Tot op heden zijn slechts de Nederlandse regelingen met betrekking tot pensioenen in geval van (tijdelijke) emigratie behandeld. In hoofdstuk 5 worden deze regelingen getoetst aan het EU-recht en aan het belastingverdragenrecht, om vervolgens te concluderen of Nederland zijn regelingen al dan niet moet aanpassen.

¹⁵² HR 17 mei 2013, nr. 12/03972, LJN: BZ8599.

¹⁵³ G.J.B. Dietvorst en J. Dilling, Grensoverschrijdende pensioenen, fiscale praktijkreeks nr. 16, hoofdstuk 5.

3.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) emigratie worden behandeld in de Nederlandse wet en welke knelpunten daarbij ontstaan. De belangrijkste bevindingen uit dit hoofdstuk zijn:

- De wetgever heeft een duidelijke visie omtrent pensioenen. Een pensioen dient een inkomensvoorziening te zijn. Bij een onrechtmatige afwikkeling van een pensioen is geen sprake meer van een inkomensvoorziening. De belastingplichtige moet de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak als loon uit vroegere dienstbetrekking in aanmerking nemen.
- Bij emigratie van een belastingplichtige wordt op basis van artikel 3.83 Wet IB 2001 dan wel artikel 3.136 Wet IB 2001 een conserverende aanslag opgelegd. Voor deze conserverende aanslag wordt uitstel van betaling verleend voor maximaal tien jaar. Hierna vervalt de aanslag.
- Een verzoek tot kwijtschelding van de conserverende aanslag moet worden ingediend door de belastingplichtige aan wie de conserverende aanslag is opgelegd. Als deze belastingplichtige echter niet traceerbaar is, zijn er twee mogelijkheden: de conserverende aanslag blijft bestaan en wordt vermeerderd met heffingsrente of de conserverende aanslag wordt automatisch kwijtgescholden. De eerste maatregel is een buitenproportionele maatregel, aangezien dan heffingsrente moet worden betaald over een conserverende aanslag die wellicht nooit geïnd zal worden. De conserverende aanslag moet dan mijns inziens automatisch worden kwijtgescholden.
- Bij (tijdelijke) emigratie kunnen vier situaties worden onderscheiden. Indien sprake is van detachering, kan de Nederlandse pensioenregeling onder voorwaarden worden voortgezet. Daarnaast kan bij terugkeer worden gekozen voor inhaal van de verloren dienstjaren. Ook is een privaatrechtelijke afspraak tussen werkgever en werknemer mogelijk om een pensioengat (gedeeltelijk) te voorkomen. Zij kunnen overeenkomen dat de werkgever tijdelijk 100% van de pensioenpremie draagt. Hierdoor wordt echter het brutoloon verlaagd en daarmee de pensioengrondslag. De laatste mogelijkheid is de overdracht van het pensioen aan het buitenland. Dit kan onder voorwaarden fiscaal geruisloos plaatsvinden.
- Het begrip detachering wordt in de Pensioenwet op dezelfde manier uitgelegd als in EU-verordening 883/2004 (artikel 1 PW 2006). Zo wordt bewerkstelligd dat de eerste en tweede pijler pensioenen parallel worden opgebouwd. Zowel de perioden als de andere voorwaarden wijken af van de detacheringsregeling van artikel 15 OESO-Modelverdrag. Mijns inziens zou dit gelijk moeten worden getrokken.

- Een knelpunt met betrekking tot geruisloze overdracht aan een buitenlandse pensioenuitvoerder zijn de voorwaarden van de Pensioenwet 2006. Het afkoopverbod mag dus niet ruimer zijn dan hetgeen in Nederland is toegestaan. In veel landen zijn echter ruimere mogelijkheden tot afkoop dan in Nederland.
- In Pensioenwet wordt een internationale waardeoverdracht niet beschouwd als een afkoop. In de fiscale wetgeving wordt een internationale waardeoverdracht echter wel als afkoop gezien. Daardoor kan het voorkomen dat volgens de Pensioenwet 2006 een verplichting bestaat tot het overdragen van het pensioen, terwijl voor de fiscale wetgeving de uitvoerder niet wordt erkend. Mijns inziens moeten de voorwaarden voor internationale waardeoverdracht gelijk worden getrokken tussen de Pensioenwet 2006 en de fiscale wetgeving. Een internationale waardeoverdracht dient niet te worden gezien als een afkoop.

Hoofdstuk 4 – Nationaalrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) immigratie

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk zijn de grensoverschrijdende aspecten van pensioenen bij (tijdelijke) emigratie onderzocht. In dit hoofdstuk wordt onderzocht op welke wijze grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) immigratie worden behandeld en welke (fiscale) consequenties daaraan zijn verbonden. Hiertoe wordt onderscheid gemaakt tussen de opbouw van het pensioen bij (tijdelijke) immigratie (paragraaf 4.2) en de uitkering van het pensioen bij immigratie (paragraaf 4.3). De opbouw van het pensioen bij (tijdelijke) immigratie wordt in paragraaf 4.2 in een drietal situaties uiteengezet: de buitenlandse pensioenregeling kan (onder voorwaarden) worden voortgezet in Nederland, het pensioen kan worden overgedragen aan een Nederlandse uitvoerder en pensioen kan worden ingekocht. In paragraaf 4.3 wordt de uitkering van het pensioen behandeld.

In dit hoofdstuk worden de grensoverschrijdende aspecten van (tijdelijke) immigratie slechts vanuit nationaalrechtelijk perspectief bekeken. In hoofdstuk 5 wordt aandacht besteed aan de EU-rechtelijke en de belastingverdragsrechtelijke aspecten.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie, waarin antwoord wordt gegeven op de vraag welke mogelijkheden een immigrant heeft met betrekking tot zijn pensioenopbouw en –uitkering.

4.2 Opbouw pensioen bij (tijdelijke) immigratie

4.2.1 De buitenlandse pensioenregeling wordt voortgezet

4.2.1.1 Algemeen

Gelet op de richtlijn betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de EU verplaatsen (Richtlijn 98/49/EG¹⁵⁴), is Nederland verplicht om de buitenlandse pensioenregeling als zodanig te erkennen. Met het oog op het vrije verkeer van personen (zie hoofdstuk 5), mag geen belemmering voor de mobiliteit worden opgeworpen. Indien sprake is van detachering moet de mogelijkheid worden geboden door de lidstaten om in de lidstaat waar de gedetacheerde vandaan komt pensioen (verder) op te bouwen (artikel 6 lid 1 Richtlijn 98/49/EG). De belastingplichtige moet dan worden vrijgesteld van het betalen van bijdragen in de lidstaat waar hij uitgezonden wordt. Nederland heeft dit opgenomen in artikel 97 PW 2006. Op grond van artikel 97 PW 2006 kan een gedetacheerde werknemer zijn pensioenregeling

¹⁵⁴ Richtlijn van 29 juni 1998, PbEG nr. L 209 van 25 juli 1998.

voortzetten. De werknemer hoeft zich civielrechtelijk op grond van lid 2 van dit artikel niet aan te sluiten bij een pensioenregeling in Nederland, indien reeds in een andere lidstaat van de EU bijdragen worden betaald (zie paragraaf 3.2.2.2).

Het is civielrechtelijk dus mogelijk om een buitenlandse pensioenregeling voort te zetten. Of voortzetting van een pensioenregeling mogelijk is, hangt eveneens af van het buitenlandse recht. In het vervolg van deze scriptie wordt aangenomen dat naar buitenlands recht de pensioenregeling in een ander land (in dit geval Nederland) mag worden voortgezet. Een belastingplichtige die deelneemt aan een buitenlandse pensioenregeling kan deze pensioenregeling voortzetten zolang de regeling voldoet aan de voorwaarden die in de wet op de loonbelasting 1964 aan een fiscaal zuivere pensioenregeling worden gesteld (voor de voorwaarden; zie paragraaf 3.3.1.2). Eén van de voorwaarden is dat de pensioenaanspraak ondergebracht moet zijn bij een kwalificerende pensioenuitvoerder. Op grond van artikel 19a lid 1 Wet LB 1964 kunnen sommige buitenlandse uitvoerders aangemerkt worden als een kwalificerende pensioenuitvoerder. Ten eerste wordt op grond van artikel 19a lid 1 onderdeel c Wet LB 1964 een buitenlandse pensioenuitvoerder beschouwd als een toegestane pensioenverzekeraar indien de pensioenregeling een voortzetting is van een pensioenregeling in een periode waarin de werknemer niet in Nederland woonde of in Nederland een dienstbetrekking vervulde. Alvorens sprake is van een dienstbetrekking moet aan drie cumulatieve voorwaarden worden voldaan: de werknemer is verplicht om voor de werkgever te werken, de werkgever is verplicht om de werknemer daarvoor te vergoeden (loon te betalen) en tussen de werkgever en werknemer dient een gezagsverhouding te zijn (deze voorwaarden zijn gebaseerd op artikel 7:160 lid 1 BW). In artikel 19a lid 1 onderdeel e Wet LB 1964 wordt een buitenlands lichaam onder voorwaarden (zie paragraaf 3.3.1.3) aangewezen als een toegestane pensioenverzekeraar indien sprake is van pensioen in eigen beheer. Tot slot kan een lichaam dat bevoegd is het verzekeringsbedrijf uit te oefenen, door de Minister worden aangewezen indien het lichaam aan de voorwaarden met betrekking tot het verschaffen van inlichtingen over de uitvoer van de regeling voldoet en zekerheid stelt met betrekking tot de verschuldigde belasting indien het pensioen onregelmatig wordt afgewikkeld of indien de pensioengerechtigde emigreert (artikel 19a lid 1 onderdeel f Wet LB 1964).

Ondanks dat de buitenlandse pensioenuitvoerder kwalificeert als toegestane uitvoerder, betekent dit niet dat de pensioenregeling ook automatisch kwalificeert. Niet alle buitenlandse pensioenregelingen zullen aan alle overige voorwaarden die de Wet op de loonbelasting 1964 aan een pensioenregeling stelt voldoen. Daarom is in artikel 19d Wet LB 1964 een uitzondering op de hoofdregel dat een pensioenregeling aan alle voorwaarden van de Wet op de loonbelasting 1964 moet voldoen opgenomen. Indien de pensioenregeling slechts in geringe mate afwijkt van de voorwaarden om te kwalificeren als een fiscaal zuivere pensioenregeling, kan deze worden aangewezen als een

kwalificerende pensioenregeling. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om een buitenlandse pensioenregeling aan te wijzen als een kwalificerende pensioenregeling. Dit geldt alleen indien de werknemer slechts tijdelijk in Nederland woont of werkt. De Minister is bevoegd om aanvullende voorwaarden te stellen aan deze uitzonderingen (zie paragraaf 4.2.1.2 en 3.2.1.3). Bij het aanwijzen van een pensioenregeling wordt onderscheid gemaakt tussen tewerkstellingen vanuit een EU-lidstaat en tewerkstellingen vanuit een niet-EU-lidstaat. In de paragrafen hierna worden de voorwaarden besproken die aan deze goedkeuring worden gesteld.

Indien een deelneming in een buitenlandse pensioenregeling wordt voortgezet terwijl de belastingplichtige in Nederland woont, wordt jaarlijks een conserverende aanslag opgelegd ter hoogte van de totale opgebouwde pensioenaanspraak (artikel 3.83 lid 2 Wet IB 2001 juncto artikel 2.8 lid 2 Wet IB 2001). Deze aanslag wordt bij inwoners over het totaal (zowel premies als rendement) opgelegd.¹⁵⁵ De wetgever heeft ervoor gekozen om jaarlijks de volledige aanspraak te belasten, zodat ook het rendement over de pensioenaanspraak dat voor dat jaar is opgebouwd in de heffing wordt betrokken. Aangezien over de volledige pensioenaanspraak een conserverende aanslag wordt opgelegd, wordt een deel van de aanspraak nogmaals in de heffing betrokken. Daarom worden eerdere conserverende aanslagen bij beschikking ongedaan gemaakt. Bij het bepalen van de waarde van de conserverende aanslag wordt geen aanslag opgelegd over het in het buitenland opgebouwde deel van de pensioenaanspraak (artikel 3.83 lid 3 Wet IB 2001). De gedachte achter deze regeling is dat Nederland in de regel geen andere verhaalsmogelijkheid meer heeft indien het pensioen in het buitenland is ondergebracht en het pensioen in het buitenland wordt afgewikkeld op een wijze die niet in overeenstemming is met de Nederlandse regelgeving.

4.2.1.2 De belastingplichtige komt uit een EU-lidstaat

In het Besluit van 31 januari 2008¹⁵⁶ zijn de voorwaarden opgenomen waaraan moet worden voldaan alvorens een buitenlandse pensioenregeling wordt aangewezen als een kwalificerende pensioenregeling. Indien de belastingplichtige uit een andere EU-lidstaat komt, worden de volgende voorwaarden aan de pensioenregeling gesteld.

a. Voortzetting buitenlandse pensioenregeling

De buitenlandse pensioenregeling moet worden voortgezet. Dit moet zijn overeengekomen tussen de Nederlandse werkgever en de uitgezonden werknemer. Onder voortzetting wordt ook verstaan de situatie waar het moment van indiensttreding bij de uitzendende werkgever, het moment van de

¹⁵⁵ Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 3.

¹⁵⁶ Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, Stcrt. 2008, 27.

toetreding tot de buitenlandse pensioenregeling en het moment van tewerkstelling in Nederland in de tijd samenvallen.

De aanwijzing geldt voor de totale duur van de detachering, maar heeft een maximum van vijf jaar. Bij het bepalen of iemand slechts tijdelijk in Nederland woont of werkt, wordt aangesloten bij de maximale detacheringstermijn¹⁵⁷ uit de Verordening inzake de sociale zekerheid (EU-verordening 883/2004 of de daaraan voorafgaande EU-verordening 1408/71). Kavelaars¹⁵⁸ vraagt zich mijns inziens terecht af waarom een verschil bestaat tussen de termijn voor het toestaan van het voortzetten van een buitenlandse pensioenregeling en de termijn bij de 30%-regeling voor ingekomen werknemers (artikel 31a lid 2 onderdeel e Wet LB 1964). Inkomende werknemers die aan de voorwaarden van de 30%-regeling voldoen kunnen een forfaitaire vergoeding voor extra-territoriale kosten in aftrek brengen. Dit kan gedurende een periode van maximaal acht jaar. Het is dus mogelijk dat een ingekomen werknemer nog wel voldoet aan de 30%-regeling voor een detachering naar Nederland, maar niet meer zijn pensioen kan blijven opbouwen in het buitenland. Aangezien het bij deze regeling min of meer om dezelfde inkomende werknemers gaat als waar de onderhavige pensioenproblematiek betrekking op heeft, zou mijns inziens eenzelfde termijn moeten gelden voor de maximale detacheringstermijn waarbij een buitenlandse pensioenregeling nog kan kwalificeren als een pensioenregeling in de zin van de Wet LB 1964 als de maximale periode waarop een beroep kan worden gedaan op de 30%-regeling. Aangezien nu de termijnen voor de eerste pijler (hiervoor genoemde EU-verordening) en tweede pijler (het aanvullende pensioen ofwel de pensioenregeling) gelijk zijn, is dit een argument om de maximale termijn waarop de 30%-regeling van toepassing is te verkorten tot vijf jaar.

b. Fiscale eisen buitenland

De tweede voorwaarde heeft betrekking op de fiscale regelingen in het land van herkomst. De pensioenregeling moet volgens de buitenlandse fiscale wetten kwalificeren als een toegestane pensioenregeling en deze wetten moeten vergelijkbaar zijn met de Nederlandse loon- en inkomstenbelasting. In de toelichting op de voorwaarden wordt vermeld dat de aftrek van premies op dezelfde wijze moet geschieden als in het land van de pensioenregeling. Het is dus mogelijk dat de fiscale facilitering ruimer is dan de nationale regels. Kavelaars¹⁵⁹ merkt mijns inziens terecht op dat er geen reden is zo royaal te zijn. Het verschil in regelgeving tussen lidstaten vormt een dispariteit en

¹⁵⁷ In artikel 12 van EU-verordening 338/2004 wordt 24 maanden genoemd als de detacheringstermijn. Op grond van artikel 16 van deze Verordening kan aan deze termijn een beleidsmatige (verruimde) invulling worden gegeven. In de SVB Beleidsregels wordt hierbij een maximum termijn gesteld van vijf jaar.

¹⁵⁸ P. Kavelaars, Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid, MBB 2011/04.

¹⁵⁹ P. Kavelaars, Grensoverschrijdend pensioen, NTFR-B2008/21.

dat is EU-rechtelijk aanvaard.¹⁶⁰ Het is echter de vraag hoeveel betekenis aan deze voorwaarde toekomt.¹⁶¹ In artikel 19d Wet LB 1964 is immers alleen een delegatiebepaling opgenomen voor de voorwaarden voor de erkenning van de buitenlandse pensioenregeling. De wetgever heeft besloten geen gebruik te maken van deze delegatiebepaling, maar slechts een standpuntbepaling in een uitvoeringsbesluit neer te leggen. Op het moment dat aan alle voorwaarden wordt voldaan, zal de Nederlandse regelgeving van toepassing zijn. Mijns inziens zet dit besluit de wetgeving zelf niet opzij als het nadelig is voor de belastingplichtige, maar geeft het hooguit voorwaarden om te kwalificeren voor de Nederlandse wetgeving. Een belastingplichtige kan uiteraard wel op grond van het vertrouwensbeginsel een beroep doen op het besluit indien het voor hem tot een gunstiger resultaat leidt dan de wet. Als in het buitenland de faciliteit ruimer is dan in Nederland, is een beroep op het besluit in de regel gunstig. Andersom geldt dat indien het bepaalde in het besluit niet voordelig voor de belastingplichtige is, de belastingplichtige een beroep kan doen op de Nederlandse wet. Roos¹⁶² merkt op dat bij bijvoorbeeld Luxemburgse aanvullende pensioenregelingen niet altijd een beroep wordt gedaan op het besluit, aangezien Luxemburg de regelingen zelf niet faciliteert in de opbouwfase en de belastingplichtige daarom beter gebruik kan maken van de Nederlandse regels met betrekking tot de opbouw van pensioen dan van de Luxemburgse regels.

Momenteel is het wetsvoorstel "Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen"¹⁶³ bij de Eerste Kamer aanhangig. De Tweede Kamer heeft reeds met dit wetsvoorstel ingestemd, maar na de plenaire sessie in de Eerste Kamer heeft het kabinet de Eerste Kamer gevraagd de wetsvoorstellen aan te houden. In dit wetsvoorstel is onder andere voorgesteld om het pensioengevend loon te maximeren tot € 100.000 (zie het voorgestelde artikel 18ga Wet LB 1964). Zoals hiervoor reeds bleek, mag een gedetacheerde belastingplichtige (mits aan de voorwaarden van het Besluit van 31 januari 2008 wordt voldaan) volgens de buitenlandse regelgeving met betrekking tot de pensioenopbouw blijven opbouwen. Door in de Nederlandse wet het pensioengevend loon te maximeren, wordt het verschil tussen gedetacheerde en niet-gedetacheerde werknemers met hoge lonen groter. Het is immers mogelijk dat op grond van het buitenlandse stelsel over het gehele loon kan worden opgebouwd. Dit is mijns inziens een extra argument om ook gedetacheerde werknemers volgens de Nederlandse regels te laten opbouwen, in plaats van hen de mogelijkheid te geven volgens de buitenlandse regelgeving op te bouwen. Mocht het wetsvoorstel met het maximale pensioengevende loon van € 100.000 tot wet worden verheven en de besluitgever de gedetacheerde werknemers de mogelijkheid tot het opbouwen volgens de buitenlandse wetgeving wil laten behouden, dan moet naar mijn mening ook het Besluit van 31

¹⁶⁰ Zie het arrest Cassis de Dijon, HvJ 20 februari 1979, zaak 120/78.

¹⁶¹ P.A. Karman, Besluit internationale aspecten van pensioenen, WFR 2008/521.

¹⁶² L.J. Roos, Nieuw besluit over grensoverschrijdende pensioenen (1), PM 2008/44.

¹⁶³ Kamerstukken II 2012/13, 33 610, nr. 2.

januari 2008 worden aangepast, zodat ook in dit Besluit een maximum aan het pensioengevend loon wordt gesteld en in zoverre de buitenlandse wetgeving dus niet wordt gevolgd. Dit zorgt voor een evenwichtigere uitkomst tussen gedetacheerde en niet-gedetacheerde werknemers.

Artikel 19b Wet LB 1964 is een sanctiebepaling voor het afkopen van een pensioen (zie paragraaf 3.2.1.4). Indien een pensioenregeling de mogelijkheid biedt tot afkoop en sparen, hoeft dit een aanwijzing echter niet te beletten. Wel kan worden geëist dat aannemelijk wordt gemaakt dat dit gebruikelijk is in het buitenland. Indien het verblijf in Nederland is geëindigd en nadien het pensioen (gedeeltelijk) wordt afgekocht, trekt de ontvanger het uitstel in. Dit is anders indien sprake is van een gebruikelijke, in de pensioenregeling voorziene, (gedeeltelijke) afkoop van het pensioen. Dan wordt zoveel mogelijk van het opgebouwde pensioen aan de buitenlandse periode toegerekend. Een afkoop is zonder sanctie mogelijk tot het aandeel van het pensioen dat in het buitenland is opgebouwd. Het deel dat is opgebouwd tijdens de Nederlandse diensttijd mag niet worden afgekocht. Ondanks dat in artikel 25 lid 5 IW 1990 geregeld is dat het uitstel van betaling van een conserverende aanslag wordt beëindigd op het moment dat het pensioen wordt afgekocht, zal niet aan dit artikel worden toegekomen zolang slechts het deel van het pensioen dat in het buitenland is opgebouwd wordt afgekocht. Aangezien Nederland geen claim heeft op het in het buitenland opgebouwde deel, is dit mijns inziens een terechte tegemoetkoming.

In het Besluit is een antimisbruik regel opgenomen: de werknemer en zijn werkgever moeten aannemelijk maken dat het gaat om een reële tewerkstelling. De besluitgever heeft dit ingevoerd om misbruik en oneigenlijk gebruik van de aanwijzing te voorkomen. Hierbij geeft de besluitgever het volgende voorbeeld. Een belastingplichtige werkt oorspronkelijk bij een Nederlandse concernmaatschappij, maar gaat daarna in dienst van een buitenlandse concernmaatschappij. Vervolgens wordt die belastingplichtige terug uitgezonden naar Nederland, waarna door een beroep te doen op het Besluit de buitenlandse pensioenregeling kan worden voortgezet onder het (wellicht gunstigere) fiscale regime van een andere lidstaat. Dan moet echter wel eerst in het buitenland een pensioenregeling worden aangegaan. Daarom vermoed ik dat de kans op misbruik niet significant is. De Besluitgever had dit risico op misbruik en oneigenlijk gebruik overigens geheel kunnen voorkomen indien het Besluit, net als hiervoor reeds bepleit, niet had toegestaan dat volgens de regelgeving van het buitenland mag worden opgebouwd. Dan geldt zowel voor inwoners als voor gedetacheerde werknemers de Nederlandse regelgeving, waardoor deze vorm van oneigenlijk gebruik niet meer mogelijk is.

c. Juridisch karakter regeling

Een pensioenregeling kan het juridische karakter hebben van een wettelijk basispensioen (eerste pijler) of een aanvullend pensioen (tweede pijler). In het buitenland is het eerste en tweede

pijlerpensioen echter niet altijd te onderscheiden. Daarom heeft de besluitgever een eis met betrekking tot het juridische karakter van een pensioenregeling opgenomen. De behandeling van het wettelijke basispensioen valt onder de EU-verordening met betrekking tot de sociale zekerheid (EU-verordening 883/2004 dan wel EU-verordening nr. 1408/71 in oude gevallen). Daarvoor geldt het Besluit van 31 januari 2008 niet. De pensioenregeling moet een aanvullende pensioenregeling zijn om gebruik te kunnen maken van dit besluit.

d. Uitvoerder regeling

De pensioenverzekeraar moet onder artikel 19a lid 1 onderdeel c of f Wet LB 1964 vallen. Dit is een niet in Nederland gevestigde pensioenverzekeraar die een buitenlands pensioen voortzet dan wel een pensioenfonds dat door de Minister is aangewezen, indien het pensioenfonds voldoet aan voorwaarden met betrekking tot inlichtingen en het stellen van zekerheid. Deze voorwaarde wordt verzacht in de toelichting op de voorwaarden. Onder toegestane pensioenverzekeraars worden ook verstaan buitenlandse werkgevers die zelf als pensioenuitvoerder van een collectieve regeling optreden, mits dit gebeurt onder overheidstoezicht. Hier is de besluitgever mijns inziens, net als bij het accepteren van het buitenlandse regime (zie onderdeel b hierboven), erg ruimhartig. In Nederland wordt in verband met het risico dat de werkgever het pensioen niet kan uitkeren, niet toegestaan dat de werkgever eveneens de pensioenuitvoerder is (hoofdstuk 3 Pensioenwet 2006). Aangezien het in de Nederlandse situatie niet mogelijk is om een werkgever zelf als pensioenuitvoerder te laten optreden (met uitzondering van pensioen in eigen beheer), is een goedkeuring dat een buitenlandse werkgever wel kan kwalificeren als een toegestane pensioenverzekeraar, erg ruim. Daar doet de eis dat het gebeurt onder overheidstoezicht niets aan af.

Indien eveneens in Nederland pensioen wordt opgebouwd, zal de aanwijzing slechts gelden voor zover niet wordt deelgenomen aan een Nederlandse pensioenregeling. Mijns inziens houdt dit in dat slechts mag worden opgebouwd tot het niveau dat in een Nederlandse pensioenregeling opgebouwd had kunnen worden. Indien in totaal, dus zowel de opbouw in de buitenlandse als de eventuele Nederlandse pensioenregeling, meer is dan in een Nederlandse pensioenregeling gebruikelijk is, mag slechts een deel fiscaal gefaciliteerd worden opgebouwd.

e. Eisen indiening verzoek

De aanwijzing dient te worden verzocht. Hierin moet worden verklaard dat aan de bovenstaande voorwaarden is voldaan. Daarnaast moeten er enkele basisgegevens worden opgenomen.

Bij het verzoek moeten werkgever en werknemer gezamenlijk verklaren dat zij aan alle eisen voldoen. De belastingdienst toetst dan niet meer inhoudelijk, al kunnen werkgever en werknemer hiertoe wel verzoeken.¹⁶⁴

4.2.1.3 De belastingplichtige komt niet uit een EU-lidstaat

Indien de belastingplichtige niet uit een EU-lidstaat komt, moet de pensioenregeling voldoen aan alle voorwaarden die aan een belastingplichtige uit een EU-lidstaat worden gesteld (zie paragraaf 4.2.1.2) en tevens voldoen aan een aantal aanvullende voorwaarden. De aanvullende voorwaarden worden hieronder besproken.

a. Gebruikelijkheid regeling

Om in aanmerking te komen voor de goedkeuring uit het Besluit moet de pensioenregeling in het buitenland gebruikelijk zijn en aldaar fiscaal gefaciliteerd worden opgebouwd. Daarnaast moet het gaan om een inkomensvoorziening voor ouderdom en/of nabestaanden bij overlijden.

Opmerkelijk is dat bij een detachering van iemand die niet uit een EU-lidstaat komt, gedeeltelijke aanwijzing mogelijk is. Deze mogelijkheid werd niet geboden in het vorige Besluit¹⁶⁵ met betrekking tot het erkennen van buitenlandse pensioenregelingen voorafgaand aan het Besluit van 31 januari 2008. Indien een buitenlandse facilitering verder gaat dan de Nederlandse facilitering, zal slechts een gedeelte voor aftrek in aanmerking komen. In deze situatie wordt onderscheid gemaakt tussen het deel van de pensioenopbouw dat wel fiscaal gefaciliteerd kan worden opgebouwd (voor zover de Nederlandse facilitering het toelaat) en het deel dat niet fiscaal gefaciliteerd kan worden opgebouwd. Over het deel dat niet fiscaal gefaciliteerd kan worden opgebouwd is heffing van loon- en inkomstenbelasting verschuldigd.

Nadat over het niet fiscaal gefaciliteerde deel loon- en inkomstenbelasting geheven is, heeft de belastingplichtige een recht op een periodieke uitkering. Een interessante discussie die hierop volgt is of deze periodieke uitkering kan worden gezien als een periodieke uitkering in box 1, waardoor de uitkering wordt belast tegen het progressieve tarief van box 1. Indien dit deel van het pensioen niet wordt gezien als een periodieke uitkering in box 1, zal de uitkering worden belast in box 3. Hierbij wordt de aanspraak op de uitkering reeds bij moment van toekenning in de belastingheffing betrokken en wordt jaarlijks een forfaitair rendement belast.

Volgens de wetsystematiek komt de periodieke uitkering (afdeling 3.5 Wet IB 2001) voor box 3 (afdeling 5.1 Wet IB 2001). In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat het hierbij echter niet

¹⁶⁴ H. Prinsen, Besluit: Internationale aspecten van pensioenen, Pensioen & Praktijk 2008/6.

¹⁶⁵ Besluit van 24 september 2002, nr. CPP2002/1640M.

gaat om uitkeringen uit buitenlandse pensioenregelingen.¹⁶⁶ Het niet fiscaal gefaciliteerde deel wordt dus in de vermogensrendementsheffing van box 3 betrokken. Op het moment dat de uitkering van dit deel plaatsvindt, wordt dat, in tegenstelling tot het fiscaal gefaciliteerde deel, niet meer belast in box 1.

b. Toetsing regeling aan hoofdstuk IIB van de Wet LB

Het resultaat van de opbouw volgens de regels van het buitenland moet vergelijkbaar zijn met het resultaat van de opbouw volgens de regels uit de Wet LB 1964. Indien een verschil bestaat tussen de buitenlandse regelingen en de Nederlandse regelingen, moet een afweging worden gemaakt tussen de overschrijdingen en de onderbenuttingen door de buitenlandse regelgeving van de mogelijkheden die de Nederlandse regelgeving biedt.

Indien de pensioenregeling wijzigt, zal de aanwijzing worden teruggenomen. De werkgever en de werknemer moeten dan opnieuw een verzoek indienen. Daarnaast kan een wijziging van de Nederlandse fiscale wet- of regelgeving plaatsvinden waardoor de aanwijzing (van rechtswege) wordt teruggenomen.

c. Grens fiscale facilitering in Nederland

Fiscale facilitering gaat niet verder dan gebruikelijk in het land van herkomst. Deze voorwaarde is opgenomen om te voorkomen dat een belastingplichtige slechts naar Nederland komt om hier gebruik te maken van voordeligere regelingen met betrekking tot de opbouw van pensioenen. Indien de buitenlandse facilitering gunstiger is, wordt de pensioenregeling aangewezen tot het niveau waarop het in Nederland gefaciliteerd wordt (zie 3.2.1.3.a).

d. Strengere eisen verzoek

Daarnaast zijn de eisen ten aanzien van het verzoek een stuk stringenter. Naast de basis gegevens moeten verscheidene verklaringen worden overgelegd, waaronder een bewijs van tewerkstelling en een verklaring van de pensioenuitvoerder dat de regeling voldoet aan de voorwaarde met betrekking tot de fiscale eisen van het buitenland en de voorwaarde met betrekking tot de gebruikelijkheid van de pensioenregeling in het buitenland. Ook moet een beschrijving van de buitenlandse fiscale facilitering worden toegevoegd, alsmede een kopie van de buitenlandse regeling. Dit verzoek zal, in tegenstelling tot bij EU-inwoners, worden getoetst door de Belastingdienst.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 141.

4.2.2 Overdracht pensioenkapitaal aan Nederlandse pensioenuitvoerder

Zoals in paragraaf 4.2.1.2.a is opgemerkt, krijgt iemand slechts tijdelijk (maximaal vijf jaar) toestemming om het pensioen in het buitenland op te blijven bouwen. Indien de belastingplichtige van plan is om voor een langere periode in Nederland te blijven, geldt de bovenstaande goedkeuring met betrekking tot het blijven opbouwen bij een buitenlandse pensioenuitvoerder niet. In dit geval heeft de belastingplichtige de mogelijkheid het pensioen aan een Nederlandse pensioenuitvoerder over te dragen. Sommige werknemers die voor langere tijd naar Nederland komen, willen graag een overdracht van het pensioen. Hiermee wordt voorkomen dat twee verschillende pensioenpotjes ontstaan, waarbij één niet meer wordt aangepast aan inflatie en toekomstige loonstijgingen (pensioenbreuk).¹⁶⁷ Binnen Nederland is een waardeoverdracht civielrechtelijk mogelijk op basis van artikel 71 tot en met 92 PW 2006. De Nederlandse pensioenuitvoerder is onder enkele voorwaarden verplicht om mee te werken aan de overname van het pensioen van een in een andere lidstaat van de EU gevestigde pensioenuitvoerder, mits de desbetreffende lidstaat geen eisen stelt aan de Nederlandse pensioenuitvoerder of de Nederlandse pensioenregeling die strijdig zijn met de Pensioenwet 2006 (artikel 91 PW 2006).¹⁶⁸ Indien geen sprake is van een verplichting tot meewerken aan een overdracht van het buitenlandse pensioen, heeft de Nederlandse pensioenuitvoerder op grond van artikel 92 Pensioenwet 2006 de bevoegdheid om mee te werken aan de overdracht van het buitenlandse pensioen. Dit artikel is bedoeld om Nederlandse pensioenuitvoerders de mogelijkheid te bieden mee te werken aan waardeoverdrachten vanuit landen buiten de EU.

Een waardeoverdracht wordt fiscaalrechtelijk in beginsel gezien als een afkoop van het pensioen (artikel 19b lid 2 Wet LB 1964). Op grond van artikel 10a lid 1 onderdeel f Uitv.besl. LB 1965 is het mogelijk om een binnenlandse waardeoverdracht fiscaal geruisloos te laten plaatsvinden. In dit artikel wordt eveneens verwezen naar artikel 91 PW 2006, dus een geruisloze grensoverschrijdende waardeoverdracht vanuit een andere EU-lidstaat wordt op grond van artikel 10a lid 1 onderdeel f Uitv.besl. LB 1965 toegestaan. In het Besluit van 31 januari 2008 wordt een aanwijzing gegeven voor bepaalde waardeoverdrachten. Deze aanwijzing geldt indien artikel 10a lid 1 onderdeel f Uitv.besl. 1965 niet van toepassing is. Een buitenlandse pensioenuitvoerder is volgens de Besluitgever doorgaans geen toegestane verzekeraar, waardoor de dienstjaren waarover pensioen is opgebouwd niet worden erkend. Daarmee insinueert de Besluitgever dat internationale waardeoverdrachten niet mogelijk zijn op grond van artikel 10a lid 1 onderdeel f Uitv.besl. 1965. Mijns inziens is dit niet juist. In dit artikel wordt geen eis gesteld aan de overdrager. In artikel 91 PW 2006 wordt immers elke

¹⁶⁷ Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3.

¹⁶⁸ H.M. van Engelshoven, Internationale waardeoverdracht: doen wat mogelijk is, in plaats van doen alsof iets kan, PM 2010/45.

pensioenuitvoerder uit een andere EU-lidstaat genoemd. Voor wat betreft waardeoverdrachten vanuit een andere EU-lidstaat is het Besluit van 31 januari 2008 dus overbodig.

Op basis van de wet wordt de buitenlandse diensttijd echter niet erkend bij overdrachten vanuit andere landen dan EU-lidstaten.¹⁶⁹ Omdat het volgens de Staatssecretaris in sommige gevallen gewenst is dat wel een fiscaal gefaciliteerde overdracht plaats kan vinden, is in het Besluit van 31 januari 2008 een goedkeuring opgenomen waardoor binnenkomende waardeoverdrachten vanuit een ander land dan een EU-lidstaat voor bepaalde pensioenregelingen zijn toegestaan. Indien aan de voorwaarden van dat besluit wordt voldaan, zal ook het deel van de aanspraken die in de buitenlandse periode zijn opgebouwd, fiscaal worden erkend. Op grond van artikel 10 Wet LB 1964 horen aanspraken tot het loon en wordt dus bij binnenkomst in Nederland in beginsel de aanspraak van het pensioen progressief belast in box 1. Indien het pensioen wordt erkend als een pensioenregeling volgens de Wet LB 1964, wordt op grond van artikel 11 Wet LB 1964 de aanspraak niet tot het loon gerekend, waardoor de aanspraak niet in de heffing wordt betrokken in het jaar van immigratie.

Om in aanmerking te komen voor de goedkeuring, moet de buitenlandse pensioenuitvoerder het kapitaal rechtstreeks overdragen aan de Nederlandse pensioenuitvoerder en moet de Nederlandse werkgever niet meer pensioenrechten toekennen dan waar dat kapitaal betrekking op heeft. Door de waardeoverdracht mag geen aftrek ontstaan op het in Nederland belastbare inkomen van de werknemer of zijn partner. Tot slot moet de pensioenregeling aan alle regels met betrekking tot de kwalificerende pensioenregeling voldoen (zie paragraaf 3.2.1.2).

Het is echter de vraag of de wetgeving in het buitenland een overdracht van het pensioenkapitaal eveneens goedkeurt; dat wil zeggen toestaat zonder dat daaraan fiscale of civielrechtelijke gevolgen zijn verbonden. Zij verliezen immers de claim op het aldaar fiscaal gefaciliteerd opgebouwde pensioen indien een OESO-conform verdrag is gesloten (zie paragraaf 5.2.1.1). Binnen de EU zal in verband met het EU-recht een waardeoverdracht door de andere lidstaat niet kunnen worden geweigerd op het moment dat een overdracht binnen die lidstaat wel mogelijk is. Een weigering van een waardeoverdracht is in dat geval een belemmering van het vrije verkeer van werknemers (artikel 45 VwEU).

Het Besluit van 31 januari 2008 geldt slechts voor werknemers, dus slechts voor belastingplichtigen die een dienstbetrekking hebben. De goedkeuring van internationale waardeoverdracht geldt slechts voor “werknemers”. De goedkeuring geldt dus niet voor situaties waarbij geen sprake meer is van een dienstbetrekking. Dit in tegenstelling tot het bepaalde in het Besluit van 17 januari 2002¹⁷⁰ (besluit met betrekking tot de overdracht van buitenlands pensioenkapitaal aan een Nederlandse

¹⁶⁹ P. Kavelaars, Grensoverschrijdend pensioen, NTFR-B2008/21.

¹⁷⁰ Besluit van 17 januari 2002, nr. CPP2001/3181M.

pensioenuitvoerder; inmiddels vervallen). In het Besluit uit 2002 wordt geen onderscheid gemaakt tussen een situatie waarbij nog steeds sprake is van een dienstbetrekking en de situatie waarbij geen sprake meer is van een dienstbetrekking.¹⁷¹ Op het moment dat de waardeoverdracht kwalificeert voor de goedkeuring, valt de pensioenregeling binnen de Wet LB 1964, ongeacht of dit pensioen voordien voldeed aan de wettelijke voorwaarden. Bovengenoemd besluit is overigens vervallen en geactualiseerd opgenomen in het nieuwe Besluit van 31 januari 2008. In deze zin is de goedkeuring in het Besluit van 31 januari 2008 dus beperkter voor inkomende waardeoverdracht dan het voorheen geldende Besluit van 17 januari 2002. Mijns inziens is dit terecht. Het is immers in Nederland evenmin toegestaan om een waardeoverdracht plaats te laten vinden indien geen sprake is van een dienstbetrekking.

4.2.3 Inkoop dienstjaren

Op het moment dat een werknemer immigrereert of tijdelijk in het buitenland heeft gewerkt, wordt op grond van de Nederlandse wetgeving de buitenlandse diensttijd fiscaal niet erkend. In deze paragraaf wordt onderzocht welke mogelijkheden de belastingplichtige heeft met betrekking tot de inkoop van dienstjaren.

Ondanks dat civielrechtelijk geen verschil wordt gemaakt tussen de inkoop en de inhaal van dienstjaren,¹⁷² wordt dit onderscheid wel gemaakt door de Belastingdienst.¹⁷³ Inhaal heeft betrekking op de dienstjaren die de belastingplichtige bij de huidige werkgever heeft gewerkt, inkoop heeft daarentegen betrekking op de jaren dat de belastingplichtige bij een andere werkgever heeft gewerkt.

Bij de inkoop van dienstjaren wordt onderscheid gemaakt tussen de situatie voor 8 juli 1994 en de situatie daarna. Op grond artikel 10a lid 2 Uitv.besl. LB 1965 kan inkoop van ontbrekende dienstjaren voor 8 juli 1994 plaatsvinden, indien de werknemer aannemelijk kan maken dat door de ontbrekende dienstjaren een pensioentekort is ontstaan. Dit is, gezien de voorwaarde dat sprake moet zijn van een “vorige inhoudingsplichtige verbonden lichaam”, slechts mogelijk indien de werknemer geen werknemer meer is van het concern waartoe hij in dienstbetrekking stond gedurende de werkzaamheden in het buitenland. Vanaf 8 juli 1994 bestaat het wettelijke recht tot waardeoverdracht. Om die reden is deze faciliteit slechts opgenomen voor perioden tot 8 juli 1994. De Greef¹⁷⁴ merkt op dat de wetgever hier kennelijk vanuit gaat dat in het buitenland eveneens het wettelijke recht op waardeoverdracht bestaat. De wetgever gaat er eveneens vanuit dat internationale waardeoverdracht in het andere land is toegestaan. Indien in de periode na 8 juli 1994

¹⁷¹ R.M.J.M. de Greef, Fiscale pensioenbelemmeringen in de gemeenschappelijke markt, bladzijde 253.

¹⁷² Fiscale ruimte voor inhaal en inkoop van pensioen, W.H. Bolderman, Pensioen Magazine 2007/173.

¹⁷³ Handreiking inhaal en inkoop van pensioen, 29 mei 2007, kennisgroep pensioenen loonbelasting.

¹⁷⁴ R.M.J.M. de Greef, Fiscale pensioenbelemmeringen in de gemeenschappelijke markt, bladzijde 258.

in het buitenland pensioenaanspraken opgebouwd worden, maar in het desbetreffende land geen recht op waardeoverdracht bestaat, kan geen beroep worden gedaan op artikel 10a lid 1 onderdeel f Uitv.besl. LB 1965 (er is immers geen waardeoverdracht) en evenmin op artikel 10a lid 2 Uitv.besl. LB 1965. Dit lijkt mij echter geen Nederlands probleem, aangezien de keuze om waardeoverdracht toe te staan bij het andere land ligt. In de parlementaire geschiedenis wordt hiervoor wel een oplossing gegeven, namelijk dat wel aanvullende pensioenaanspraken mogen worden ingekocht indien onvoldoende pensioenrechten zijn opgebouwd en in het buitenland niet de mogelijkheid tot waardeoverdracht bestond.¹⁷⁵ De dienstjaren kunnen slechts tot de waarde van het overgedragen pensioenkapitaal in aanmerking worden genomen.¹⁷⁶

Indien een werknemer nog werkt voor een tot hetzelfde concern behorende organisatie, kunnen de dienstjaren in het buitenland worden ingehaald (artikel 10a lid 1 onderdeel b Uitv. Besl. LB 1964). Dit artikel is ingevoerd om te voorkomen dat niet kan worden ingehaald over de jaren dat de werknemer in het buitenland werkt, maar de werknemer wel in dienst blijft van hetzelfde concern. Zie hierover meer in paragraaf 3.3.2.4.

4.3 Uitkering bij immigratie

Vanwege de in Nederland geldende omkeerregeling, wordt een pensioenuitkering belast op grond van artikel 10 lid 1 Wet LB 1964 juncto artikel 3.81 Wet IB 2001. Op grond van artikel 3.82 Wet IB 2001 worden uitkeringen van buitenlandse pensioenregelingen eveneens in de heffing betrokken. Dit is slechts van toepassing voor pensioenregelingen van een andere mogendheid, die volgens de belastingwetten van dat land als pensioenregeling wordt beschouwd, indien deze wetten naar aard en strekking overeenkomen met de Nederlandse loon- en inkomstenbelasting (artikel 1.7 Wet IB 2001). Hierop bestaat één uitzondering, namelijk indien over de pensioenaanspraken reeds buitenlandse belasting is geheven die naar aard en strekking overeenkomt met de loon- of inkomstenbelasting (artikel 3.82, onderdeel b Wet IB 2001). Op deze manier wordt dubbele belasting voorkomen. Immers, de uitkering wordt slechts in de heffing betrokken indien en voor zover niet reeds belasting over die aanspraak is betaald. De bewijslast dat een dergelijke heffing heeft plaatsgevonden rust op de belastingplichtige. Hij moet aannemelijk maken dat reeds belasting is geheven.

Onduidelijk is wat precies wordt bedoeld met een pensioenregeling die overeenkomt met wat in de Nederlandse loonbelasting of inkomstenbelasting als pensioenregeling wordt beschouwd. Het

¹⁷⁵ Toelichting op het Uitvoeringsbesluit LB 1965, bladzijde 6.

¹⁷⁶ Besluit van 22 april 2004, CPP2003/2794M. Dit besluit is reeds vervallen met het Besluit van 8 september 2008, nr. CPP2008/1727M, Stcrt. 2008, aangezien het gaat om een rechtstreekse wetstoepassing.

betrekken van een pensioenuitkering uit een andere mogendheid hangt dus niet af van de manier waarop in het buitenland belasting wordt geheven over de pensioenaanspraak, maar over de voorwaarden van de pensioenregeling zelf. Ook een pensioenregeling uit een land waarin een afkoop toegestaan is, kan kwalificeren als een pensioenregeling in de zin van artikel 1.7 Wet IB 2001, waardoor de uitkering in beginsel onder artikel 3.82 Wet IB 2001 valt.¹⁷⁷ Eenzelfde probleem betreft de kwalificatie wanneer “belasting geheven die naar aard en strekking overeenkomt met de Nederlandse loonbelasting”. Indien dit aannemelijk gemaakt wordt, wordt de aanspraak voor zover in het buitenland heffing naar het inkomen heeft plaatsgevonden immers niet in de heffing betrokken. Indien in het buitenland het rentebestanddeel niet in de heffing is betrokken, wordt dit wel meegenomen in de Nederlandse grondslag. Het antwoord op de vraag wanneer een pensioenregeling wordt beschouwd als een overeenkomstige pensioenregeling zoals gedefinieerd in de Nederlandse wet, is zeer casuïstisch. In elke situatie moet dit afzonderlijk worden getoetst.

Het niet-aftrekbare deel van de eigen bijdrage komt volgens een redelijke wetsuitleg door de Hoge Raad¹⁷⁸ in box 3 terecht, aangezien reeds een met de loonbelasting vergelijkbare heffing heeft plaatsgevonden.¹⁷⁹

Op het moment dat niet wordt voldaan aan de vereisten voor artikel 3.82 onderdeel b Wet IB 2001, wordt de pensioenaanspraak niet behandeld als pensioen. De pensioenuitkering wordt dan belast als een periodieke uitkering. Op grond van artikel 3.100 Wet IB 2001 wordt een pensioenuitkering, voor zover in het buitenland ten laste van het inkomen gekomen, belast als inkomen uit werk en woning (box 1).

In het arrest van 31 mei 2013¹⁸⁰ besliste de Hoge Raad dat een Belgisch overlevingspensioen tot het belastbaar inkomen van belanghebbende behoorde. In deze casus was belanghebbende verplicht verzekerd voor de Nederlandse volksverzekeringen en is zij inkomensafhankelijke bijdrage verschuldigd voor de Zorgverzekeringswet. Belanghebbende ontving een Belgisch overlevingspensioen waarop een solidariteitsheffing ingehouden werd. Volgens belanghebbende is dit een onzuivere pensioenregeling, waardoor de aanspraak belast mocht worden, maar de uitkering onbelast moest blijven. Volgens de destijds geldende regeling moest een regulier pensioen binnen de grenzen van het maatschappelijk aanvaardbare blijven. Volgens het Hof bleef het pensioen daarbinnen, met name omdat het pensioen in 45 jaar opgebouwd was tot een ouderdompensioen van 71% van het laatstverdiende loon. De Hoge Raad besliste dat het oordeel van het Hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Het overlevingspensioen was dus geen onzuivere pensioenregeling zodat de uitkering in de heffing kon worden betrokken. Subsidiair was in geschil of

¹⁷⁷ J.A.W. Vrolijk, NDFR commentaar bij artikel 1.7 Wet IB 2001, paragraaf 4.3.

¹⁷⁸ HR 16 januari 2009, nr. 07/12243, BNB 2009/113.

¹⁷⁹ C.A.H. Luijken, Onzuiver pensioen: hoe belast?, NTFRB2009-37.

¹⁸⁰ HR 31 mei 2013, nr. 12/01758, BNB 2013/182.

de Belgische solidariteitsheffing ervoor zorgde dat het overlevingspensioen op grond van artikel 2.3 onderdeel a Wet financiering sociale verzekeringen niet tot het premie-inkomen hoorde. Deze vraag heeft de Hoge Raad bevestigend beantwoord. Zoals Kavelaars in zijn noot bij dat arrest aangeeft, is de uitkomst van dit arrest juist, maar de manier waarop de Hoge Raad tot dat oordeel kwam niet. De Hoge Raad gaat in dit arrest voorbij aan artikel 3.82 onderdeel b Wet IB 2001 en toetste of het pensioen aan de Nederlandse criteria voor een fiscaal gefaciliteerd pensioen voldeed. Het doet voor de Nederlandse belastingheffing echter niet ter zake hoe België het pensioen kwalificeert of had moeten kwalificeren; het gaat er slechts om dat het pensioen in het buitenland fiscaal gefaciliteerd is opgebouwd. Op grond van artikel 3.82 onderdeel b Wet IB 2001 behoren de uitkeringen tot het loon indien gefaciliteerde opbouw heeft plaatsgevonden.

Voor de gevolgen van een deels in het buitenland opgebouwd pensioen, bijvoorbeeld wanneer iemand tijdelijk in het buitenland gaat wonen, verwijs ik naar paragraaf 3.4.

4.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht hoe grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) immigratie worden behandeld in de Nederlandse wet en welke knelpunten daarbij ontstaan. De belangrijkste bevindingen uit dit hoofdstuk zijn:

- Gelet op de richtlijn betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de EU verplaatsen (Richtlijn 98/49/EG), is Nederland verplicht om de buitenlandse pensioenregeling als zodanig te erkennen.
- Als maximaal vijf jaar in Nederland wordt gewerkt, kan een buitenlandse pensioenregeling worden voortgezet indien aan de overige voorwaarden van het Besluit van 31 januari 2008 wordt voldaan.
- Indien een deelneming in een buitenlandse pensioenregeling wordt voortgezet terwijl de belastingplichtige in Nederland woont, wordt jaarlijks een conserverende aanslag opgelegd ter hoogte van de totale opgebouwde pensioenaanspraak (artikel 3.83 lid 2 Wet IB 2001 juncto artikel 2.8 lid 2 Wet IB 2001). Deze aanslag wordt bij inwoners over het totaal (zowel premies als rendement) opgelegd.
- De aanwijzing voor het voortzetten van een buitenlandse pensioenregeling geldt voor de totale duur van de detachering, met een maximum van vijf jaar. De maximale periode waarin de 30%-regeling kan worden toegepast is echter acht jaar. Aangezien dit vaak om dezelfde werknemers gaat, zouden de termijnen mijns inziens gelijk moeten zijn.
- In de toelichting op de voorwaarden wordt vermeld dat de aftrek van premies bij het voortzetten van een buitenlandse pensioenregeling in EU-situaties op dezelfde wijze moet

geschieden als in het land van de pensioenregeling. Het is dus mogelijk dat de fiscale facilitering ruimer is dan de nationale regels. Mijns inziens is er geen reden zo royaal te zijn, aangezien dispariteiten EU-rechtelijk aanvaard zijn.

- Een buitenlandse pensioenregeling mag worden voortgezet bij een buitenlandse werkgever die zelf als pensioensuitvoerder van een collectieve regeling optreedt. Dit dient echter wel onder overheidstoezicht te gebeuren. In Nederland wordt in verband met het risico dat de werkgever het pensioen niet kan uitkeren, niet toegestaan dat de werkgever eveneens de pensioenuitvoerder is. Deze goedkeuring dat een buitenlandse werkgever wel kan kwalificeren als een toegestane pensioenverzekeraar vind ik erg ruim.
- Als iemand langer dan vijf jaar in Nederland werkt, is een geruisloze overdracht van het pensioenkapitaal mogelijk. Binnen Nederland is een fiscaal geruisloze overdracht onder bepaalde voorwaarden toegestaan. Op grond van het Besluit van 31 januari 2008 is ook in internationale situaties een overdracht van pensioenkapitaal mogelijk.
- Op het moment dat een werknemer immigrereert of tijdelijk in het buitenland heeft gewerkt, wordt op grond van de Nederlandse wetgeving de buitenlandse diensttijd fiscaal niet erkend. Indien een werknemer nog werkt voor een tot hetzelfde concern behorende organisatie, kunnen de dienstjaren in het buitenland worden ingehaald (artikel 10a lid 1 onderdeel b Uitv. Besl. LB 1964). Dit artikel is ingevoerd om te voorkomen dat niet kan worden ingehaald over de jaren dat de werknemer in het buitenland werkt, maar de werknemer wel in dienst blijft van hetzelfde concern.

Hoofdstuk 5 – Grensoverschrijdende pensioenen in EU-rechtelijk en belastingverdragsrechtelijk perspectief

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is onderzocht welke mogelijkheden bestaan voor belastingplichtigen met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen in het geval van emigratie (hoofdstuk 3) en immigratie (hoofdstuk 4), gezien vanuit de Nederlandse fiscale regelgeving. In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat de belastingverdragsrechtelijke en EU-rechtelijke aspecten en regels zijn ten aanzien van grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) emigratie en (tijdelijke) immigratie. Daarnaast wordt bekeken of dit aansluit bij het (Nederlandse) nationale recht en of er knelpunten of strijdigheden met het verdragsrecht en het EU-recht bestaan. Tot slot wordt onderzocht of er strijdigheden bestaan tussen het internationale recht en het EU-recht.

In paragraaf 5.2 worden de belastingverdragsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen bij emigratie en immigratie behandeld. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de opbouw van de pensioenaanspraak (paragraaf 5.2.1) en de uitkering van pensioen (paragraaf 5.2.2). Bij de opbouw wordt bij de toetsing de nadruk gelegd op artikel 15 OESO (het arbeidsartikel) en het non-discriminatie artikel uit het OESO modelverdrag (artikel 24 OESO). Bij de uitkering staat artikel 18 OESO (pensioenartikel) centraal, waarbij ook wordt gekeken naar de relatie tussen artikel 18 OESO en artikel 15 OESO (het arbeidsartikel). Verder wordt de evolutie van het Nederlands verdragsbeleid behandeld. Aan de hand van de goede verdragstrouw uit het Verdrag van Wenen en de daaraan gekoppelde belangrijkste arresten, worden de regelingen met betrekking tot het pensioen van een belastingplichtige die immigrereert, dan wel emigreert getoetst.

In paragraaf 5.3 worden de EU-rechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen bij emigratie en immigratie behandeld. Allereerst wordt aandacht besteed aan de verdragsvrijheden en de arresten met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen. Vervolgens wordt een onderscheid gemaakt tussen de opbouw van pensioenaanspraken (paragraaf 5.3.2), uitkering van pensioen (paragraaf 4.3.3) en de waardeoverdracht van een pensioenaanspraak (paragraaf 5.3.4). De mening van de Europese Commissie wordt in al deze gevallen uiteengezet, waarna de Nederlandse regelingen met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen worden getoetst aan het EU-recht. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie met het antwoord op de vraag of er knelpunten en/of strijdigheden bestaan bij de regelingen met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen.

5.2 Belastingverdragsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen

5.2.1 Opbouw van een pensioenaanspraak

5.2.1.1 OESO-modelverdrag

De toekenning van een pensioenaanspraak als zodanig is onderdeel van het loon. De heffingsbevoegdheid wordt geregeld door het arbeidsartikel (artikel 15 OESO) of het bestuurdersartikel (artikel 16 OESO). Het land dat heffingsbevoegd is over de arbeidsinkomsten, mag dus bepalen op welke wijze de fiscale opbouw van pensioen is geregeld. Op grond van artikel 15 OESO is in principe het werkland heffingsbevoegd over het inkomen. Dit is slechts anders als voldaan is aan het detachingsregel van art. 15, tweede lid OESO: indien een werknemer minder dan 183 dagen in een periode van twaalf maanden in een staat is, de beloning ten laste komt van de werkgever in de andere staat en het salaris niet ten laste komt van een vaste inrichting in de staat van uitzending, blijft de heffingsbevoegdheid in de staat waar vanuit wordt uitgezonden. Indien geen sprake is van detachering, wordt het pensioen al dan niet vrijgesteld volgens de regels van het werkland.

Artikel 24 van het OESO-modelverdrag verbiedt een discriminatoire behandeling. Op grond van lid 1 van dat artikel mogen inwoners van het ene land niet anders of zwaarder belast worden dan inwoners van het andere land onder dezelfde omstandigheden. Dit artikel zegt dus onder andere dat gedetacheerde werknemers fiscaal niet slechter mogen worden behandeld dan de inwoners van het land waar naartoe gedetacheerd wordt. Dit houdt overigens niet in dat een belastingplichtige de keuze moet hebben tussen de twee landen, om zo behandeld te worden volgens de voor hem gunstigste wetten.¹⁸¹ Op het moment dat op grond van het verdrag is bepaald welk land heffingsrecht heeft, moet de belastingplichtige worden behandeld volgens de wetgeving van dat land, maar niet minder gunstig dan de inwoners van dat land onder dezelfde omstandigheden.

Mijns inziens is de opname van artikel 24 in het OESO-modelverdrag bijzonder. Het OESO-modelverdrag heeft als doel het voorkomen van dubbele belasting of non-belasting. Dit non-discriminatie artikel gaat onder andere over de opbouw van pensioen, waardoor een andere kwestie aan de orde is dan de verdeling van de heffingsbevoegdheid.

In Nederland worden inwoners en niet-inwoners anders behandeld in de Wet IB 2001. In de Wet IB 2001 wordt een onderscheid gemaakt tussen binnenlands en buitenlands belastingplichtigen. Er is geen sprake van een discriminatoire behandeling indien dit onderscheid wordt gemaakt, aangezien hier geen sprake is van “dezelfde omstandigheden”.

¹⁸¹ OESO Commentaar 2010, artikel 24, nummer 2.

Nederland heeft in veel recente verdragen een non-discriminatiebepaling voor de aftrekbaarheid van pensioendotaties opgenomen. Deze bepaling is meestal opgenomen in het non-discriminatieartikel, maar kan ook zijn opgenomen in het pensioen-artikel (zoals in het verdrag met de Verenigde Staten).¹⁸² In het verdrag met België is deze bepaling bijvoorbeeld opgenomen in lid 7 van het non-discriminatieartikel (artikel 26). Hierin is bepaald dat een bijdrage aan een erkende pensioenregeling in het verdragsland waarin niet gewerkt wordt, voor een periode van vijf jaar door de werkstaat op dezelfde manier in de heffing moet worden betrokken als een bijdrage aan een pensioenregeling in de werkstaat. Dit geldt slechts indien de werknemer reeds bijdroeg voordat de dienstbetrekking werd aangegaan en de werkstaat oordeelt dat de pensioenregeling overeenkomt met een door de werkstaat erkende pensioenregeling.

5.2.1.2 Toetsing grensoverschrijdende pensioenopbouw aan non-discriminatiebepaling

In hoofdstuk 4 is aandacht besteed aan de situatie waarbij een belastingplichtige (tijdelijk) naar Nederland verhuist. In het geval van een permanente verhuizing, wordt de belastingplichtige gelijk behandeld als een binnenlandse belastingplichtige. In het geval van detachering naar Nederland, echter, hoeft dit niet het geval te zijn.

Bij detachering naar Nederland kan een belastingplichtige onder voorwaarden zijn buitenlandse pensioenregeling voortzetten. Deze voorwaarden zijn besproken in paragraaf 4.2.1.2 en paragraaf 4.2.1.3. Zeker indien het land van herkomst van de belastingplichtige buiten de EU gelegen is, zijn de regels erg stringent en op sommige vlakken mijns inziens strijdig met de non-discriminatiebepaling. Een belastingplichtige die als land van herkomst een land buiten de EU heeft, kan op basis van het Besluit van 31 januari 2008 slechts fiscaal gefaciliteerd opbouwen tot het niveau dat in het buitenland fiscaal opgebouwd kan worden opgebouwd. In deze situatie wordt iemand die inwoner is van het ene verdragsland (bij detachering blijft de belastingplichtige woonachtig in het land van herkomst) nadelig behandeld ten opzichte van de eigen inwoners van het andere verdragsland. Naar mijn mening dient deze eis te vervallen.

5.2.2 Uitkering van pensioen

5.2.2.1 OESO-modelverdrag

De behandeling van arbeidsinkomsten is in het OESO-modelverdrag een gesloten systeem. Artikel 15 OESO, waarin de heffing is toegewezen aan het werkland tenzij sprake is van detachering, is de hoofdregel van dit gesloten systeem.¹⁸³ Na artikel 15 komen de “lex specialis” met betrekking tot de behandeling van arbeidsinkomsten, welke voorrang hebben op de hoofdregel. In artikel 18 OESO

¹⁸² I.J.J. Burgers, Internationaal verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrenten: quo vado?, WFR 2010/259.

¹⁸³ Zie HR 3 mei 2000, nr. 34 361, BNB 2000/296 en HR 3 mei 2000, nr. 34 653, BNB 2000/328.

wordt de uitkering van pensioen geregeld.¹⁸⁴ Indien het pensioen niet onder artikel 18 OESO valt, valt het onder artikel 15 OESO vanwege het gesloten systeem. Aan het restartikel, artikel 21 OESO, kan hierdoor nooit worden toegekomen.¹⁸⁵

Artikel 15 OESO verdeelt de heffingsbevoegdheid tussen de verdragslanden met betrekking tot inkomsten uit tegenwoordige dienstbetrekking en inkomsten uit vroegere dienstbetrekking. De vraag is wanneer een uitkering kwalificeert als pensioen (en daarmee valt onder artikel 18 OESO) en wanneer kwalificeert als loon uit vroegere dienstbetrekking (artikel 15 OESO). Dit is met name van belang bij schadeloosstellingen en gouden handdrukken.¹⁸⁶ Hierbij is het karakter van de uitkering (te meten aan de vormgeving) beslissend.¹⁸⁷ Een uitkering mag niet te vroeg ingaan om te kunnen worden beschouwd als pensioen.¹⁸⁸ De bedoeling van de werkgever en de belastingplichtige is niet beslissend voor de kwalificatie. De aard en strekking van de vergoeding wijzigt niet door een subjectieve omstandigheid.¹⁸⁹

Indien de uitkering kwalificeert als pensioen, is artikel 18 OESO van toepassing. In artikel 18 OESO wordt een exclusieve woonstaatheffing geregeld voor het heffingsrecht over pensioenuitkeringen. In het commentaar op het OESO-modelverdrag worden hiervoor twee argumenten aangedragen.¹⁹⁰ Ten eerste is de woonstaat beter in staat om de draagkracht van een inwoner te meten. Daarvoor moet rekening gehouden worden met het wereldwijde inkomen en alle persoonlijke omstandigheden (zoals verplichtingen met betrekking tot familie). Als tweede argument wordt genoemd dat met een woonstaatheffing de administratieve verplichtingen van de belastingplichtige worden verminderd. In de (Nederlandse) parlementaire geschiedenis wordt als aanvullend argument aangedragen dat de belastingplichtige gebruik maakt van de openbare voorzieningen van de woonstaat en daaraan moet bijdragen.¹⁹¹

In het OESO-commentaar worden ook de problemen erkend die kunnen ontstaan bij grensoverschrijdende pensioenen.¹⁹² Door toenemende globalisatie en mobiliteit worden grensoverschrijdende pensioenen en daarmee de problemen rondom grensoverschrijdende pensioenen steeds belangrijker. Landen hebben hun pensioenregelingen ontwikkeld vanuit puur nationaal perspectief. Daarbij hebben ze gekozen voor verschillende systemen (opbouw belast of uitkering belast, opbrengsten van uitvoerders belast of vrijgesteld).¹⁹³

¹⁸⁴ Lijfrenten worden overigens grotendeels op dezelfde manier behandeld als pensioenen.

¹⁸⁵ Zie HR 3 mei 2000, nr. 34 361, BNB 2000/296 en HR 3 mei 2000, nr. 34 653, BNB 2000/328.

¹⁸⁶ P. Kavelaars, Arbeidsinkomsten en verdragstoepassing, TFO 2005/56.

¹⁸⁷ Zie bijvoorbeeld HR 22 juli 1988, nr. 25 075, BNB 1989/2.

¹⁸⁸ HR 3 mei 2000, nr. 34 653, BNB 2000/328.

¹⁸⁹ HR 3 mei 2000, nr. 34 361, NTFR 2000/678, r.o. 3.7.

¹⁹⁰ OESO Commentaar 2010, artikel 18, paragraaf 1.

¹⁹¹ Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, bladzijde 50.

¹⁹² OESO Commentaar 2010, artikel 18, paragraaf 8 e.v.

¹⁹³ De meeste buitenlandse systemen werken conform het Nederlandse systeem.

Sommige landen, zoals Nederland (zie paragraaf 5.2.2.2), hebben liever een bronstaatheffing¹⁹⁴, omdat zij eerst de pensioenopbouw fiscaal faciliteren en de uitkering willen belasten. Hiermee wordt ook voorkomen dat de uitkeringen nergens belast worden. Het staat de landen vrij om bilateraal een oplossing te zoeken voor dit probleem. De OESO draagt alternatieve systemen aan indien landen hun heffingsbevoegdheid niet (volledig) prijs willen geven aan de woonstaat:¹⁹⁵

- Exclusieve bronstaatheffing.
- Een niet-exclusieve woonstaatheffing.
- De bronstaat mag een vast percentage heffen over het pensioen. Daarvoor moet de woonstaat voorkoming geven.
- De bronstaat mag heffen indien de woonstaat niet heft.

De lidstaten moeten volgens OESO rekening houden met het feit dat de woonstaat een beter zicht heeft op het wereldwijde (belastbare) inkomen. Daarnaast moeten de lidstaten rekening houden met de moeilijkheden in het bepalen van de bron en de extra compliance-kosten van de belastingplichtige.

5.2.2.2 Ontwikkeling Nederlands fiscaal verdragsbeleid

Het Nederlands fiscaal verdragsbeleid geeft aan welk beleid de Nederlandse regering voert bij het sluiten van nieuwe verdragen. Het Nederlandse verdragsbeleid is in de loop der jaren op het gebied van pensioenen een aantal malen gewijzigd. Daarbij is een drietal fases te onderscheiden.

De periode voor 1997 kan worden beschouwd als de eerste fase. Voor 1987 werd bij pensioenuitkering een exclusieve woonstaatheffing gehanteerd, zie bijvoorbeeld het verdrag met Frankrijk (1973). Daarbij werd de zienswijze van de OESO (zie 5.2.2.1) gevolgd. Dit houdt in dat het land waar de belastingplichtige woont mag heffen over de pensioenuitkering, ongeacht waar het pensioen is opgebouwd. In het Algemeen Fiscaal Verdragsbeleid van 1987¹⁹⁶ heeft de staatssecretaris van Financiën het probleem onderkend dat inwoners van Nederland naar het buitenland vertrokken om daar het pensioen onbelast dan wel tegen een veel lager tarief af te kopen (pensioenvlucht). In het fiscaal verdragsbeleid van 1987 werd al aangegeven dat tegen deze oneigenlijke handeling opgetreden moest worden door de verdragen aan te passen. In het beleid van 1987 wordt uitgegaan van een woonstaatheffing, tenzij de beloning geen periodiek karakter heeft en wordt uitbetaald ten aanzien van een vroegere dienstbetrekking uit de andere staat. Bij afkoop geldt dus een bronstaatheffing ter voorkoming van pensioenvlucht.

¹⁹⁴ OESO Commentaar 2010, artikel 18, paragraaf 13.

¹⁹⁵ Ibid., paragraaf 15.

¹⁹⁶ Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nr. 2, bladzijde 22.

De tweede fase is de periode tussen het verdragsbeleid van 1998 en het verdragsbeleid van 2011. In het verdrag met België (2001) en het verdrag met Portugal (1999) is dit nieuwere verdragsbeleid verwerkt. De pensioenartikelen opgenomen in deze verdragen wijken dan ook flink af van de pensioenartikelen in verdragen van voor 1998.

In het internationaal fiscaal (verdrags)beleid van 1998¹⁹⁷ is het volgende over pensioenen opgenomen. Nederland streeft niet zonder meer een onbeperkte woonstaatheffing meer na. Net als in 1987 geeft de staatssecretaris van Financiën hier aan dat Nederland het heffingsrecht wil behouden voor afkoopsommen. Dit is echter niet alleen ter voorkoming van pensioenvlucht. Nederland houdt hierbij stevig vast aan de definitie van pensioen: een levenslange uitkering als onderhoudsvoorziening. Een afkoop is strijdig met deze definitie. Daarnaast wil Nederland eveneens mogen heffen indien de uitkering van het pensioen in het buitenland niet of laag wordt belast. Daarbij wordt geen voorkoming van dubbele belasting gegeven. Indien het pensioen niet of te laag wordt belast (voor minder dan 90% in de heffing betrokken), heft Nederland dus eveneens. Dan bestaat de Nederlandse bronstaatheffing naast de woonstaatheffing. Dit geldt overigens slechts indien sprake is van een aanzienlijk pensioen. In het verdrag met België wordt hierbij een grens van 25.000 euro per jaar gehanteerd, in het verdrag met Portugal is de grens 10.000 euro. Dit verschil is vermoedelijk een gevolg van de wensen van de andere staat. Door dit verschil in de grens kan de keuze van een belastingplichtige worden beïnvloed. Stel dat iemand een uitkering heeft van 20.000 euro per jaar, dan komt de uitkering in Portugal boven de grens, maar in België niet. Landen zijn echter vrij om het verdrag te onderhandelen. Het Hof van Justitie heeft in Arrest D¹⁹⁸ geoordeeld dat een verschil in behandeling op grond van een verdrag tussen landen niet strijdig is met het EU-recht. De derde fase is de tijd na het laatst gepubliceerde verdragsbeleid (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011). Hierin is bepaald dat Nederland een exclusieve bronstaatheffing voor alle in Nederland opgebouwde pensioenen nastreeft¹⁹⁹, ongeacht of het pensioen regulier wordt afgewikkeld of wordt afgekocht. Nederland wil het heffingsrecht behouden, aangezien vanwege toenemende internationalisering meer belastingplichtigen hun pensioen in het buitenland gaan genieten en Nederland daarmee een steeds groter financieel belang krijgt om Nederlandse pensioenen te kunnen belasten. De staatssecretaris van Financiën is voorbereid op de situatie dat verdragspartners niet akkoord gaan met een volledige bronstaatheffing, dus is in dezelfde notitie een compromis opgenomen. Indien de verdragspartner niet akkoord gaat met een volledige bronstaatheffing, wordt een beperkt heffingsrecht voor de bronstaat overeengekomen. Een vast percentage zou dan moeten worden belast door de bronstaat, waarbij verrekening in de woonstaat plaatsvindt. In de

¹⁹⁷ Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, bladzijde 50 en 51.

¹⁹⁸ HvJ 5 juli 2006, Arrest D, nr. C-376/03, BNB 2006/1.

¹⁹⁹ Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011, bladzijde 53 e.v.

verdragsonderhandelingen met Curaçao is voor het eerst sinds de wijziging van het verdragsbeleid onderhandeld over het percentage van de bronstaatheffing; dit is ook gerealiseerd (bronstaatheffing 15%). Een bronstaatheffing is overigens al wel te vinden in het verdrag met Canada, maar dat verdrag stamt uit 1986 en is dus niet opgesteld volgens het Verdragsbeleid 2011.

De wens van de Nederlandse wetgever om het heffingsrecht over het pensioen bij emigratie te behouden is niet verwonderlijk. Op basis van gegevens van het CBS²⁰⁰ kan worden geconcludeerd dat in de afgelopen tien jaar meer pensioengerechtigden geëmigreerd zijn dan geïmmigreerd. Indien sprake is van een woonstaatheffing, verliest Nederland dus netto heffingsrecht over pensioenen. Mijns inziens is een beperkt heffingsrecht voor de bronstaat een evenwichtige uitkomst. Enerzijds heeft de bronstaat in het verleden het fiscale voordeel gegeven en zou het mogen heffen over het pensioen, maar heeft de bronstaat geen kosten voor de belastingplichtige. Anderzijds maakt het woonland wel kosten voor de pensioengerechtigde, namelijk voor de faciliteiten (zoals infrastructuur) die hij in dat land gebruikt. Een compromis tussen een volledige woonstaatheffing en een volledige bronstaatheffing is mijns inziens dus het meest evenwichtig. Hieraan zouden echter wel problemen kleven met betrekking tot internationale waardeoverdracht. Na overdracht naar het buitenland is immers geen sprake meer van een grensoverschrijdende activiteit, waardoor aan het verdrag niet wordt toegekomen. Compartimentering zou hierbij een uitkomst kunnen bieden. Bij emigratie wordt een conserverende aanslag opgelegd over de pensioenaanspraak tot dat moment. Bij uitkering mag Nederland over het deel dat in Nederland is opgebouwd heffen.

5.2.2.3 Verdrag van Wenen

Alvorens in te gaan op de relevante arresten met betrekking tot pensioenen, wordt aandacht besteed aan het Verdrag van Wenen. Op grond van de internationale verdragen mag Nederland al dan niet heffen over arbeidsinkomsten en pensioenen. In 1969 is in Wenen een verdrag²⁰¹ gesloten inzake het verdragenrecht. Dit verdrag is in 1980 voor de eerste landen in werking getreden, maar in Nederland duurde het tot 9 mei 1985 voordat het verdrag werd toegepast.²⁰² Inmiddels hebben 115 landen het verdrag geratificeerd en 15 landen het verdrag ondertekend.²⁰³ Opvallend is dat de EU-lidstaten Frankrijk en Roemenië dit verdrag niet hebben ondertekend dan wel geratificeerd.

In artikel 26 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht 1969 staat het beginsel van de goede verdragstrouw:

²⁰⁰ <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=03742&D1=0-1&D2=0&D3=I&D4=0&D5=0&D6=13-17&HDR=T,G4,G5&STB=G1,G3,G2&VW=T>

²⁰¹ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, gesloten te Wenen op 23 mei 1969.

²⁰² <http://www.minbuza.nl/producten-en-diensten/verdragen/zoek-in-de-verdragenbank/1969/5/003029.html>

²⁰³ Voor de volledige tabel, zie <http://www.minbuza.nl/producten-en-diensten/verdragen/zoek-in-de-verdragenbank/1969/5/003029.html>.

“Elk in werking getreden verdrag verbindt de partijen en moet door hen te goeder trouw ten uitvoer worden gelegd.”

Vervolgens staat in artikel 27 VVW 1969 dat verdragsstaten niet de nationale wet mogen aanpassen om het niet uitvoeren van een verdrag te rechtvaardigen:

“Een partij mag zich niet beroepen op de bepalingen van zijn nationale recht om het niet ten uitvoer leggen van een verdrag te rechtvaardigen. Deze regel geldt onverminderd artikel 46.”

Artikel 27 VVW 1969 voorkomt dus *treaty override*. Dit houdt in dat een verdragsstaat de nationale regelingen aanpast om het heffingsrecht eenzijdig naar zich toe te trekken. Indien een verdragsstaat in strijd met de goede verdragstrouw handelt, mag de andere staat de werking van het verdrag opschorten (artikel 60 VVW 1969). Op grond van het Verdrag van Wenen mag Nederland dus het heffingsrecht niet zonder aanpassing van het verdrag zelf naar zich toetrekken, omdat het dan strijdig met de goede verdragstrouw handelt. Nederland moet de nationaalrechtelijke regelgeving aanpassen indien sprake is van strijdigheid met de goede verdragstrouw.

5.2.2.4 Ontwikkeling jurisprudentie

In deze paragraaf wordt de ontwikkeling in de jurisprudentie met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen geanalyseerd. Allereerst wordt de jurisprudentie met betrekking tot de herkwalficatie van artikel 19b Wet LB 1964 behandeld. Een pensioenuitkering valt onder een soortgelijk artikel als artikel 18 OESO (woonland bevoegd). Nederland probeert met behulp van artikel 19b Wet LB 1964 de uitkering ineens onder het arbeidsartikel te krijgen (over het algemeen werkland heffingsbevoegd). Vervolgens wordt de jurisprudentie met betrekking het fictieve heffingsmoment van artikel 3.83 Wet IB 2001 geanalyseerd, waarbij de vraag is of Nederland de heffingsbevoegdheid naar zich toe trekt door dit fictieve heffingsmoment te creëren.

a. Herkwalficatie via artikel 19b Wet LB 1964

In het *Singapore*-arrest²⁰⁴ kocht belanghebbende zijn pensioenaanspraak ter hoogte van de in het buitenland opgebouwde pensioenaanspraak af. Over het deel van de pensioenaanspraak dat in Nederland was opgebouwd werd op grond van artikel 19b Wet LB 1964 loonbelasting ingehouden in verband met de afkoop van (een deel van) het pensioen. In dit verdrag is bepaald dat het heffingsrecht over een pensioenuitkering, ongeacht of deze uitkering wordt afgekocht, wordt toegewezen aan de woonstaat (in casu aan Singapore). Met behulp van deze fictie, het heffen over een pensioen wanneer afkoop plaatsvindt, is beoogd het heffingsrecht voor Nederland te behouden.

²⁰⁴ HR 5 september 2003, nr. 37 657, BNB 2003/380.

Indien een oneigenlijke handeling plaatsvond, werd de fiscale facilitering teruggenomen. In plaats van dat het pensioen onder artikel 18 OESO valt, en daarmee het heffingsrecht in dit geval voor Singapore is, valt het door deze fictie onder artikel 15 OESO (of artikel 16 OESO in het geval van bestuurdersbeloningen). Daardoor mag Nederland heffen over het pensioen. De Hoge Raad oordeelde dat een herkwalificatie om het pensioen onder artikel 15 of artikel 16 OESO te laten vallen, in strijd is met de goede verdragstrouw omdat Nederland daarmee – in strijd met het verdrag - eenzijdig de heffingsbevoegdheid naar zich toetrekt nadat het verdrag is gesloten.

In een viertal arresten in 2005²⁰⁵ heeft de Hoge Raad zich nogmaals uitgesproken met betrekking tot de herkwalificatie op grond van artikel 19b Wet LB 1964 (destijds artikel 11c Wet LB 1964) en de goede verdragstrouw. Ten gevolge van een zetelverplaatsing voldoet het pensioen niet meer aan de eisen van artikel 19a Wet LB 1964. Daardoor wordt op grond van artikel 19b Wet LB 1964 loonbelasting geheven. Dit is volgens de Hoge Raad strijdig met de goede verdragstrouw. Nederland mag niet bij fictie proberen het heffingsrecht over inkomsten te behouden. Herkwalificatie werkt dus niet door naar het verdrag indien het verdrag eerder is afgesloten dan dat de fictie in werking trad.

Bij zowel het Singapore-arrest als de arresten uit mei 2005 is het belangrijk op te merken dat zij gaan over fase 1 uit het verdragsbeleid. In al deze verdragen staat (of stond destijds) dus een volledige woonstaatheffing. De regeling van artikel 19b Wet LB 1964 (destijds artikel 11c Wet LB 1964) is in de wet gekomen in 1995.²⁰⁶ De verdragen waar het in deze arresten om gaat waren reeds afgesloten voor 1995. Indien het verdrag na 1995 afgesloten is, zouden deze arresten mijns inziens geen betekenis hebben. Dan is de verdragspartner immers op de hoogte van de bepaling van artikel 19b Wet LB 1964.

b. Juni 2009-arresten en reparatiewetgeving

In juni 2009 heeft de Hoge Raad een drietal arresten gewezen met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen.²⁰⁷ In deze arresten emigreerde de belastingplichtige naar een verdragsland (Frankrijk, Korea en Filippijnen). Deze verdragen zijn afgesloten in respectievelijk 1973, 1978 en 1989. Ook deze arresten gaan dus over fase 1 in het verdragsbeleid. Op het moment van emigratie werd aan de belastingplichtige een conserverende aanslag ter hoogte van de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenrechten opgelegd op grond van artikel 3.83 Wet IB 2001. De Hoge Raad concludeerde dat deze bepaling strijdig was met de goede verdragstrouw. In rechtsoverweging 3.4.2 geeft de Hoge Raad het belangrijkste argument waarom artikel 3.83 Wet IB

²⁰⁵ HR 13 mei 2005, BNB 2005/232, BNB 2005/233, BNB 2005/234 en BNB 2005/235.

²⁰⁶ Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 3.

²⁰⁷ HR 19 juni 2009, nr. 43 978 (BNB 2009/263), nr. 07/13267 (BNB 2009/265) en nr. 08/02288 (BNB 2009/265). Overigens is in dezelfde zin geoordeeld over de afkoopsom van een lijfrente in HR 19 juni 2009, nr. 44 050, BNB 2009/264.

2001 strijdig is met de goede verdragstrouw. De conserverende aanslag die naar aanleiding van artikel 3.83 Wet IB 2001 wordt opgelegd, heeft betrekking op de waarde van de uitkering en niet op het alsnog belasten van de waarde van de aanspraak. Het heffingsrecht over een pensioenuitkering is echter in het toepasselijke verdrag aan de immigratiestaat toegewezen. Het artikel is pas in 2001 in de wet gekomen ten gevolge van het Verdragsbeleid van 1998, terwijl de verdragen met de verdragslanden ouder waren. Voordat dit artikel in de wet kwam, waren de pensioenaanspraken bij emigratie vrijgesteld. De fictie van artikel 3.83 Wet IB 2001 zorgt ervoor dat Nederland heft over een inkomensbestanddeel waarover het oorspronkelijk geen heffingsrecht had. Deze uitkomst is in lijn met de eerder genoemde arresten van de Hoge Raad.²⁰⁸

Nadat de Hoge Raad in juni 2009 de regeling met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen in strijd achtte met de goede verdragstrouw, heeft de wetgever met spoed artikel 3.136 Wet IB 2001 aangepast. Op de dag van de uitspraak van de Hoge Raad stuurde de staatssecretaris van Financiën een brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer.²⁰⁹ Volgens de wetgever was er een acuut potentieel heffingslek, omdat inwoners van landen waarmee een oud verdrag is afgesloten, zonder heffing (vanuit Nederland gezien) konden afkopen. De Graaf e.a.²¹⁰ beargumenteren, mijns inziens terecht, dat van een heffingslek geen sprake hoeft te zijn. Nederland houdt zelf vast aan een strenge definitie van pensioen (een levenslange periodieke uitkering), waarbij afkoop verboden is, maar de meeste landen staan afkoop gewoon toe en wordt er dus alsnog geheven.

Volgens de regering liet de Hoge Raad in de juni 2009-arresten ruimte open voor aanpassing van de wet om alsnog te kunnen heffen indien sprake is van een exclusieve woonstaatheffing (wat over het algemeen geldt voor verdragen afgesloten voor 2001).²¹¹ Door de aanpassing van artikel 3.136 Wet IB 2001 werd niet een conserverende aanslag opgelegd over de waarde in het economische verkeer, maar slechts over de in aftrek gebrachte premies, indien het verdrag met het emigratieland voor 2001 was afgesloten en voorzag in een exclusieve woonstaatheffing (zie paragraaf 3.3.2.1). Op deze manier is niet artikel 18 OESO, het pensioenartikel, maar artikel 15 OESO van toepassing, waardoor Nederland heffingsbevoegd is, althans volgens de wetgever. Nederland zou daardoor niet in strijd handelen met de goede verdragstrouw.

Artikel 3.136 Wet IB 2001 geldt slechts indien de belastingplichtige emigreert naar een verdragsland waarmee het verdrag afgesloten is voor 2001. In de verdragen na 2001 heeft Nederland een voorbehoud opgenomen voor oneigenlijk gebruik (zie het verdragsbeleid in paragraaf 5.2.2.2).

²⁰⁸ E.C.C.M. Kemmeren, Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers, WFR 2009/881.

²⁰⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën, 19 juni 2009, nr. DB09/2009/329m.

²¹⁰ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, Internationaal Belastingrecht, FED Fiscale Studieresie, vijfde herziene druk, Kluwer, Deventer, blz. 355.

²¹¹ MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 2.

c. Verdrag na 2001 (tweede fase fiscaal verdragsbeleid)

In het arrest van 15 april 2011²¹² werd opnieuw een casus met betrekking tot pensioenen en emigratie voorgelegd aan de Hoge Raad. In dit arrest emigreerde belanghebbende in 2003 naar België. In tegenstelling tot de arresten uit 2009, was het verdrag waar het in dit arrest om ging (België), afgesloten in fase 2 van het verdragsbeleid. Het verdrag met België is immers afgesloten in 2001. België was op de hoogte van de regelingen in de Wet IB 2001.

Ook in dit arrest werd de nadruk gelegd op de goede verdragstrouw: Nederland mag niet meer heffingsbevoegdheid claimen dan dat door het bilaterale verdrag wordt toegekend (als het verdrag ouder is dan de nationale wet). De conserverende aanslag is niet strijdig met de goede verdragstrouw, aangezien het artikel al in de wet stond alvorens het verdrag werd afgesloten en Nederland mogelijk nog heffingsbevoegdheid krijgt op een later moment. De conserverende aanslag mag echter slechts worden ingevorderd indien Nederland op het moment dat het oneigenlijk gebruik plaatsvindt heffingsbevoegd is. De invordering van de conserverende aanslag moet dus worden beoordeeld op het moment dat het pensioen tot uitkering komt. Pötgens²¹³ constateert mijns inziens terecht dat het hierbij niet uitmaakt of het gaat over een conserverende aanslag voor de waarde in het economische verkeer of voor slechts de premies die in aftrek zijn gebracht.

Luijken²¹⁴ merkt op de conserverende aanslag eigenlijk vrij weinig nut meer heeft. Als Nederland het heffingsrecht bezit op het moment van oneigenlijk gebruik, is Nederland toch al bevoegd om een aanslag op te leggen. Nederland wil juist een aanslag opleggen om te voorkomen dat de claim daarop verloren gaat.

In de noot bij dit arrest²¹⁵ merkt Kavelaars op dat in het arrest geen eisen wordt gesteld aan de conserverende aanslag. Ondanks dat de Hoge Raad opmerkte dat het uitstel van betaling automatisch en zonder verdere voorwaarden wordt verleend, is dit niet geformuleerd als een eis. Binnen de EU wordt de conserverende aanslag inderdaad automatisch en zonder verdere voorwaarden verleend, maar buiten de EU is dit anders. Ik ben het met Kavelaars eens dat dit eigenlijk een voorwaarde had moeten zijn. Immers, indien uiteindelijk blijkt dat Nederland niet heffingsbevoegd is, heeft Nederland wel eisen gesteld op het moment van emigratie.

Naar aanleiding van het arrest heeft de staatssecretaris van Financiën in de Overige Fiscale Maatregelen 2012²¹⁶ de wet gewijzigd. Daardoor moet de ontvanger op het moment dat het oneigenlijke gebruik plaatsvindt beoordelen of Nederland heffingsbevoegd is.

²¹² HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160.

²¹³ F.P.G. Pötgens, Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord, NTFR-B 2011/32.

²¹⁴ C.A.H. Luijken, Afschaffing conserverende aanslag pensioenaanspraken aanstaande?, TPV 2011/28.

²¹⁵ Noot P. Kavelaars bij Hoge Raad, 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160.

²¹⁶ MvT Kamerstukken II, 2011/12, 33 004, nr. 2, blz. 23.

5.2.2.5 Toetsing grensoverschrijdende pensioenuitkering bij emigratie

In deze paragraaf worden de grensoverschrijdende aspecten van pensioenen bij (tijdelijke) emigratie getoetst aan het belastingverdragenrecht.

Net als Pötgens en Kappelle²¹⁷ vraag ik me af hoe artikel 3.136 Wet IB 2001 zich verhoudt tot de overweging van de Hoge Raad²¹⁸ dat het heffingsrecht van de andere verdragsstaat niet mag worden uitgehold of ontgaan door een bepaling op te nemen in de nationale wet die pensioenaanspraken verandert in een looncomponent direct voorafgaand aan de emigratie. Ondanks dat nu slechts de in aftrek gebrachte premies worden belast, is de onderliggende systematiek van de onvoorwaardelijke vrijstelling niet veranderd. Door de nieuwe wetgeving wordt dus door emigratie nog steeds getracht een inkomensbestanddeel onder artikel 15 OESO in plaats van artikel 18 OESO te laten vallen. Het nieuwe artikel sluit nog steeds aan bij een gefingeerd belastbaar feit bij emigratie. Ook Kemmeren²¹⁹ is van mening dat de reparatiewetgeving zorgt voor een eenzijdige wijziging in de toedeling van de heffingsrechten. Kemmeren pleit dan ook voor aanpassing van de belastingverdragen in plaats van aanpassing van de wetgeving, bijvoorbeeld via woonplaatsgebonden compartimentering.

Mijns inziens is artikel 3.136 Wet IB 2001 in strijd met het verdragenrecht. Volgens de Hoge Raad mag slechts een conserverende aanslag worden opgelegd indien Nederland nog kans heeft om ergens in de toekomst het heffingsrecht over het pensioen te krijgen. Art. 3.136 Wet IB 2001 wordt echter slechts toegepast in het geval van een exclusieve woonstaatheffing. In die gevallen mag volgens de Hoge Raad nooit een conserverende aanslag worden opgelegd. Daarnaast wordt, zoals reeds hierboven betoogd, nog steeds een inkomensbestanddeel dat eigenlijk onder artikel 18 OESO valt, nu onder artikel 15 OESO gebracht. Dat heeft de Hoge Raad reeds in diverse arresten in strijd met de goede verdragstrouw geoordeeld.

5.2.2.6 Toetsing grensoverschrijdende pensioenuitkering na immigratie

In deze paragraaf worden de grensoverschrijdende aspecten van pensioenen bij (tijdelijke) immigratie getoetst aan het belastingverdragenrecht.

Zoals reeds in 5.2.2.4 is besproken, mag Nederland niet het heffingsrecht naar zich toe trekken door nationale regelingen in te voeren en daarmee het verdrag te ondermijnen. Aangezien sprake is van immigratie, en Nederland in alle verdragen, mits er door de woonstaat wordt geheven, een (gedeeltelijke) woonstaatheffing heeft opgenomen, is het belastingverdragenrecht in het geval van

²¹⁷ F.P.G. Pötgens en H.M. Kappelle, Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen, WFR 2010/74.

²¹⁸ In zowel de 19 juni-arresten als in de arresten met betrekking tot de her kwalificatie van pensioen via artikel 19b Wet IB 2001.

²¹⁹ E.C.C.M. Kemmeren, Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers, WFR 2009/881.

definitieve immigratie geen probleem. Immers, Nederland heeft het heffingsrecht al en kan dit dus niet (ongewenst) naar zich toe trekken.

Indien echter sprake is van tijdelijke immigratie, kan Nederland nog wel de claim op dat pensioen verliezen. In de situatie dat een buitenlandse pensioenregeling wordt voortgezet, wordt jaarlijks een conserverende aanslag opgelegd die de vorige conserverende aanslag vervangt. Een heffing die aangrijpt bij het moment van emigratie kan in strijd komen met de goede verdragstrouw.²²⁰ Het heffingsrecht kan zo immers door Nederland naar zich toe worden getrokken, zodat de claim niet verloren gaat. Concluderend uit de jurisprudentie met betrekking tot het verdragenrecht (zie paragraaf 5.2.2.4) kan worden gesteld dat indien Nederland nog zicht heeft op heffing in de toekomst, een conserverende aanslag mag worden opgelegd. Deze mag echter slechts geïnd worden op het moment dat in het verdrag geregeld staat dat Nederland heffingsbevoegd is.

Nederland heeft verschillende soorten verdragen: verdragen met een bronstaatheffing (zie het verdrag Nederland-Canada), een exclusieve woonstaatheffing (zie een OESO-conform verdrag), een niet-exclusieve woonstaatheffing (zoals het verdrag met België, waarbij in sommige situaties Nederland nog mag heffen) en verdragen met een exclusieve bronstaatheffing (omdat pensioenen in die woonstaat onbelast zijn). Aangezien Nederland geen onderscheid in de nationale wet maakt ten opzichte van de inning van conserverende aanslagen tussen verschillende soorten verdragen, is deze regeling mijns inziens in strijd met de goede verdragstrouw. Nederland legt immers ook een conserverende aanslag op indien het volledige heffingsrecht toekomt aan het buitenland (op basis van artikel 3.136 Wet IB 2001).

5.3 EU-rechtelijke aspecten van grensoverschrijdende pensioenen

5.3.1 Verdragsvrijheden en jurisprudentie Hof van Justitie

Binnen de EU moet sprake zijn van een interne markt. Dat is een ruimte waarbij geen binnengrenzen zijn, waarin vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal wordt gewaarborgd (artikel 26 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Elke regeling van een lidstaat die in strijd is met de hiervoor genoemde vrijheden, moet door de lidstaat worden aangepast. Ook de fiscale behandeling van pensioenen moet dus voldoen aan het EU-recht.

In deze scriptie zijn met name artikel 21 VwEU, artikel 45 VwEU, artikel 56 VwEU en artikel 63 VwEU van belang. In artikel 21 VwEU staat de vrijheid van reizen en verblijven. De vrijheid van reizen en verblijven geldt als er geen sprake (meer) is van een economische activiteit. Dit is bijvoorbeeld het geval bij pensioengerechtigden. Over het algemeen is bij hen geen sprake meer van een

²²⁰ Zie Hoge Raad, 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160 (zie paragraaf 4.2.2.4).

economische activiteit. Pensionado's moeten zonder belemmering kunnen verhuizen naar een andere lidstaat. In artikel 45 VwEU is de vrijheid van werknemers geregeld. Elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen werknemers van de lidstaten en elke belemmering van de vrijheid van werknemers is niet toegestaan. Dit geldt voor werkgelegenheid, beloning en andere arbeidsvoorwaarden. Hieronder valt dus eveneens de opbouw van pensioen. In artikel 56 VwEU staat de vrijheid van diensten. De beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie is verboden. Dit is met name relevant voor internationale pensioenuitvoerders (pensioenfondsen, pensioenverzekeraars en eigen beheer lichamen die internationaal handelen). Deze diensten moeten zonder belemmering kunnen worden verleend. Tot slot de vrijheid van kapitaalverkeer, geregeld in artikel 63 VwEU, aangezien pensioen leidt tot kapitaalvorming wegens de cumulatie van premies en oprenting.

Een regeling is strijdig met het EU-recht indien sprake is van een belemmering (nationale maatregelen belemmeren de uitoefening van de fundamentele vrijheden of maakt het minder aantrekkelijk²²¹) van de hiervoor genoemde verdragsvrijheden of van discriminatie, terwijl hiervoor geen acceptabele rechtvaardigingsgrond wordt aangedragen. Het Hof van Justitie is in het verleden echter terughoudend geweest met het accepteren van rechtvaardigingsgronden.²²² De door het Hof van Justitie geaccepteerde rechtvaardigingsgronden zijn het fiscale territorialiteitsbeginsel²²³, het kunnen uitvoeren van doeltreffende fiscale controles²²⁴, coherentie van het belastingsysteem²²⁵ en een specifieke antimisbruikmaatregel tegen belastingfraude of -ontwijking²²⁶. Wanneer een rechtvaardigingsgrond niet wordt geaccepteerd, is sprake van een ongeoorloofde belemmering en moet de regeling worden aangepast zodat het wel voldoet aan het EU-recht. Indien de rechtvaardigingsgrond wel wordt geaccepteerd, moet worden gekeken of de regeling proportioneel en noodzakelijk is. De regeling moet de minst versturende belemmering voor het internationale verkeer zijn.

In verscheidene arresten heeft het Hof van Justitie geoordeeld over grensoverschrijdende pensioenen. Uit arrest *Bachmann*²²⁷ blijkt dat volgens het Hof van Justitie artikel 45 en artikel 56 VwEU zich ertegen verzetten dat in een lidstaat slechts premies aftrekbaar zijn indien deze werden

²²¹ A.W. van der Woude, EG-rechten, discriminaties en belemmeringen, WFR 2000/1471.

²²² J. Kruithof, Handelwijze van de belastingwetgever bij Europeesrechtelijke onzekerheden, WFR 2012/999.

²²³ Het fiscale territorialiteitsbeginsel houdt in dat het Hof van Justitie de wijze waarop in internationale situaties de heffingsbevoegdheid tussen de landen geregeld is respecteert. Zie de arresten *Futura Participations SA* (HvJ 15 mei 1997, nr. C-250/95, FED 1997/500.) en *Arrest Marks & Spencer* (HvJ EU 13 december 2005, zaak C-446/03).

²²⁴ Zie bijvoorbeeld: *Cassis de Dijon*, HvJ EU 20 februari 1979, zaak 120/78.

²²⁵ De coherentie van het belastingsysteem houdt in dat sprake is van een specifieke fiscale samenhang binnen het rechtssysteem. Zie bijvoorbeeld *Bachmann*, HvJ EU 28 januari 1992, zaak C-204/90.

²²⁶ Zie bijvoorbeeld: *Kefalas*, HvJ EU 12 mei 1998, C-367/96.

²²⁷ Arrest *Bachmann*, HvJ EU 28 januari 1992, zaak C-204/90.

betaald aan een in diezelfde lidstaat gevestigde instelling. Dit werd echter gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren (coherentie-argument). Met samenhang werd in het onderhavige arrest bedoeld het verband tussen de aftrekbaarheid van de premies en het belasten van de uitkeringen. In de Belgische wetgeving werd een uitkering slechts belast indien in het verleden premies in aftrek zijn gebracht. Indien premies in aftrek kunnen worden gebracht, moet de lidstaat ook de zekerheid hebben later over deze uitkeringen te mogen heffen. Bovendien zou België een pensioen zoals in dit arrest nooit faciliteren, ongeacht of het gaat om een binnenlandse of een buitenlandse situatie.

In een later arrest²²⁸ werd duidelijk dat het Hof van Justitie in het arrest Bachmann ervan uit ging dat belastingplichtige niet in België woonde en de premies niet aan een in België gevestigde verzekeringsmaatschappij werd betaald. Bachmann woonde echter wel in België. Weber²²⁹ is van mening dat deze uitkomst opmerkelijk is, aangezien België kon heffen over de uitkering (hij woont nog in België) en België een emigratieheffing kon opleggen indien Bachmann op een later moment emigreerde (een minder belemmerende maatregel). Het Hof van Justitie ging er echter vanuit dat Bachmann te zijner tijd weer in Duitsland woont en dat België daardoor niet kan heffen, waardoor het coherentie-argument de belemmering van artikel 45 en artikel 56 VwEU rechtvaardigde.

In het arrest Bachmann werd geen rekening gehouden met een eventueel bilateraal verdrag. In het arrest *Wielockx*²³⁰ doet het Hof van Justitie dat wel. Met betrekking tot de fiscale oudedagsreserve oordeelde het Hof van Justitie in arrest *Wielockx* dat de vrijheid van vestiging zich ertegen verzet dat een in Nederland wonende belastingplichtige wel een oudedagsreserve kon opbouwen (op grond van artikel 3 lid 3 Wet IB 1964), terwijl een in België wonende belastingplichtige, die (nagenoeg) geheel zijn inkomen in Nederland verdiende, dat niet kon. Nederland had in haar wetgeving opgenomen dat een uitkering van de fiscale oudedagsreserve niet kon worden belast, omdat Nederland destijds in alle belastingverdragen een volledige woonstaatheffing had opgenomen. De wetgever vond dat de opbouw van een fiscale oudedagsreserve niet hoefde te worden gefaciliteerd, omdat Nederland toch niet mocht heffen over de uitkering. Voor een buitenlands belastingplichtige werd uitsluitend belasting geheven over het “belastbaar binnenlands inkomen”, verminderd met de verliezen (artikel 48 en artikel 49 Wet IB 1964). De oudedagsreserve was in lid 3 van artikel 48 Wet IB 1964 niet genoemd als een aftrekbaar bedrag. Op grond van artikel 45c lid 5 onderdeel c Wet IB 1964 kon wel een pensioenregeling bij een buitenlandse uitvoerder worden voortgezet, maar dit is niet mogelijk wanneer de belastingplichtige in het buitenland bleef wonen.²³¹ Dat de oudedagsreserve wel mag worden opgebouwd wanneer het een inwoner van Nederland betreft, maar niet wanneer

²²⁸ HvJ EG 21 november 2002, zaak C-436/00 (X en Y II), BNB 2003/221.

²²⁹ D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht*, EBR.5.1.5.B De zaak-Bachmann.

²³⁰ Arrest *Wielockx*, HvJ 11 augustus 1995, zaak C-80/94.

²³¹ G.C. van de Wetering, *Bachmann gesneuveld, Lidstaten gekneveld, Europa de overwinnaar?*, WFR 1996/98.

het een inwoner van België, die (nagenoeg) het gehele inkomen in Nederland verdient, betreft, is een belemmering van de vrijheid van vestiging. Voor deze belemmering was geen gegronde rechtvaardigingsgrond te vinden. De fiscale samenhang vindt niet plaats op het niveau van een belastingplichtige, maar op het niveau van het belastingverdrag (rechtsoverweging 24). In de omgekeerde situatie heeft de betreffende lidstaat immers wel het heffingsrecht (verdragscoherentie). Een lidstaat heeft er zelf voor gekozen om een verdrag af te sluiten en daarmee zijn fiscale heffingsjurisdictie te beperken. Dat Nederland nooit mag heffen over de uitkering van de fiscale oudedagsreserve is geen rechtvaardiging om de aftrek vanwege de fiscale oudedagsreserve te weigeren, omdat Nederland zelf ervoor heeft gekozen om het heffingsrecht prijs te geven.

Naar aanleiding van het arrest *Wielockx* is de Nederlandse wetgeving aangepast. Hierdoor wordt de fiscale oudedagsreserve behandeld als onderdeel van de winst, waardoor het verdragswinstartikel (gebaseerd op artikel 7 OESO) van toepassing is in plaats van het pensioenartikel (gebaseerd op artikel 18 OESO). De fiscale oudedagsreserve wordt gevormd ten laste van de ondernemingswinst. De afname van de fiscale oudedagsreserve zal behoren tot de winst uit onderneming. Nederland is op grond van het verdragswinstartikel heffingsbevoegd over de winst uit onderneming en daarmee over de uitkering van de fiscale oudedagsreserve.

Ook in het arrest *Danner*²³² werd de rechtvaardigingsgrond van fiscale coherentie niet geaccepteerd door het Hof van Justitie. Dit arrest betrof een belanghebbende die definitief geëmigreerd was vanuit Duitsland naar Finland, maar zijn oudedagsvoorziening in Duitsland wilde continueren. Finland stond aftrek van de premies aan een buitenlandse pensioeninstelling niet toe, waardoor er sprake was van een belemmering van de verkeersvrijheden. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat hier geen beroep kan worden gedaan op de rechtvaardigingsgrond "samenhang van het belastingstelsel", aangezien alle uitkeringen worden belast in Finland, ongeacht of de aanspraken in het verleden fiscaal gefaciliteerd opgebouwd zijn.²³³ Op dit punt is het arrest *Danner* afwijkend ten opzichte van het arrest *Bachmann*: in de Belgische wetgeving was opgenomen dat uitkeringen slechts werden belast indien de premies voor die uitkering in het verleden in aftrek zijn gebracht.

In arrest-*Safir*²³⁴ werd geoordeeld dat het niet toegestaan is om wel aftrek van pensioenpremies te verlenen bij betalingen aan een verzekeringsmaatschappij in de lidstaat zelf, maar geen aftrek te verlenen bij betalingen aan een verzekeringsmaatschappij gevestigd in het buitenland. Een kapitaalverzekering afgesloten bij een Zweedse verzekeringsmaatschappij werd door de Zweedse wetgeving anders behandeld dan een kapitaalverzekering afgesloten bij een in een andere lidstaat

²³² Arrest *Danner*, HvJ EU 3 oktober 2002, zaak C-136/00.

²³³ P. Kavelaars, *Pensioenen in Europeesrechtelijk verband* (1), TPV 2009/13.

²³⁴ Arrest *Safir*, HvJ EU 28 april 1998, zaak 118/96.

gevestigde kapitaalverzekering. Een kapitaalverzekering buiten Zweden moet worden gemeld aan de Zweedse belastingdienst en moet aan een aantal administratieve verplichtingen voldoen. Hierdoor wordt zowel de dienstverlener als de gebruiker van de dienst belemmerd. Dit is volgens het Hof van Justitie een ongerechtvaardigde belemmering van de vrijheid van dienstverrichting. Een rechtvaardigingsgrond die werd aangedragen was de mogelijkheid van een 'fiscale leemte', ofwel inkomsten die nergens belast werden. Het Hof van Justitie is niet duidelijk of een fiscale leemte kan gelden als een rechtvaardiging. Uit overweging 33 kan worden afgeleid dat het Hof van Justitie een fiscale leemte wel als rechtvaardiging kan zien, maar in overweging 34 lijkt het Hof van Justitie een fiscale leemte niet als rechtvaardiging te zien.²³⁵ Mijns inziens zou een fiscale leemte geen rechtvaardiging mogen zijn. Er ontstaat slechts een fiscale leemte als de belastingstelsels van de twee betrokken landen niet overeenkomen, waardoor het ene land wel (op dat moment) wil heffen en het andere land niet. Dit zijn dispariteiten en die zijn EU-rechtelijk aanvaard. Het aanvaarden van een fiscale leemte als rechtvaardiging voor een belemmering ondermijnt het principe van dispariteiten. Bovendien kunnen belastingverdragen hier een rol spelen.

Met betrekking tot de emigratie van een pensioengerechtigde, zijn nog twee arresten van belang. Beide arresten hebben betrekking op een aanmerkelijk belang-situatie, maar die problematiek is sterk vergelijkbaar met die van de emigratie van een pensioengerechtigde. Zowel bij de emigratie van een aanmerkelijk belang-houder als bij de emigratie van een pensioengerechtigde wordt een heffingsmoment gecreëerd onmiddellijk voorafgaand aan de emigratie. Daarnaast wordt bij beiden uitstel van betaling verleend (conserverende aanslag). In arrest *Hughes de Laysterie du Saillant*²³⁶ oordeelde het Hof van Justitie dat heffing op nog niet gerealiseerde waardevermeerderingen bij emigratie in strijd is voor de vrijheid van vestiging. Een algemeen vermoeden van belastingfraude gebaseerd op het emigreren naar een andere lidstaat is geen rechtvaardiging voor deze belemmering.²³⁷ In *Zaak N*²³⁸ oordeelde het Hof van Justitie dat het opleggen van een conserverende aanslag in strijd is met de vrijheid van vestiging. Dit wordt echter gerechtvaardigd door het fiscale territorialiteitsbeginsel. De conserverende aanslag ging echter verder dan noodzakelijk, aangezien zekerheid moest worden gesteld alvorens uitstel van betaling werd gegeven en geen rekening werd gehouden met waardedalingen na emigratie. De conclusie van het Hof van Justitie is in het geval van de conserverende aanslag glashelder: een migrerende werknemer mag niet minder worden behandeld dan een werknemer binnen een lidstaat. Een werknemer mag niet worden belemmerd om zich tussen lidstaten te verplaatsen. De conserverende aanslag mag (ook voor pensioenen) wel

²³⁵ B.J. Kiekebeld, De (on)mogelijkheden van compenserende heffing binnen EU-verband, WFR 2003/914.

²³⁶ Arrest Hughes de Laysterie du Saillant, HvJ EU 11 maart 2004, zaak C-9/02.

²³⁷ H.M. Kappelle, Is het Nederlandse pensioenstelsel (inmiddels) Europa-proof?, WFR 2006/350.

²³⁸ Arrest N, HvJ EU 7 september 2006, zaak C-470/04.

worden opgelegd, maar slechts wanneer het uitstel van betaling automatisch en zonder voorwaarden wordt verleend.

5.3.2 Opbouw van pensioenaanspraken

5.3.2.1 Pensioenmededeling met betrekking tot opbouw pensioenaanspraak

Op 19 april 2001 heeft de Europese Commissie de pensioenmededeling²³⁹ gepubliceerd. Deze mededeling is een standpuntbepaling van de EC en is niet bindend voor de lidstaten. Hiermee wil de EC de fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen voor migrerende werknemers opheffen. De EC heeft gekozen voor een *soft law*-benadering. Allereerst werd een mededeling gepubliceerd met daarin een analyse van de relevante Europese arresten (met name een aantal van de in 4.3.1 besproken arresten) en de mening van de EC. Vervolgens vonden inbreukprocedures plaats indien de lidstaten niet aan de mededeling voldeden. Deze benadering bleek effectief. In 22 van de 23 lidstaten waar de premies voor pensioenregelingen kunnen worden afgetrokken, kunnen eveneens premies voor grensoverschrijdende pensioenen in aftrek worden gebracht.²⁴⁰

Met betrekking tot de opbouw van pensioenaanspraken zegt de pensioenmededeling het volgende. In veel lidstaten gold dat premies niet aftrekbaar waren op het moment dat deze werden betaald aan een instelling in een andere lidstaat of zijn de voorwaarden waar aan voldaan moet worden alvorens de belastingplichtige aftrek van de premies krijgt veel stringenter. In sommige lidstaten moeten instellingen uit andere lidstaten een hogere rendementsheffing betalen. Tot slot belasten sommige lidstaten de uitkeringen uit een andere lidstaat zwaarder dan een uitkering uit die lidstaat.

Daarnaast draagt de EC verscheidene oplossingen aan voor verschillen in de behandeling van pensioenen. Allereerst het unilateraal ondernemen van stappen om dubbele belasting te voorkomen, bijvoorbeeld door in de wet op te nemen om uitkeringen niet te belasten indien de bijdragen niet in aftrek zijn gekomen. Ten tijde van de publicatie van de mededeling hadden zowel Denemarken als Zweden dit reeds in hun wet opgenomen. Nederland heeft dit later eveneens ingevoerd via artikel 3.82 Wet IB 2001. Naast het opnemen in de wet, kunnen lidstaten een bepaling opnemen in hun onderlinge verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Indien de belastingregels van landen obstakels zijn met betrekking tot de Verdragsvrijheden, moeten die obstakels worden geëlimineerd.

²³⁹ Mededeling van 19 april 2001, COM(2001)214def.

²⁴⁰ H.P.M. van Bijnen, commentaar bij artikel 3.136 Wet IB 2001, NDFR.

5.3.2.2 Groenboek 2010, de reactie Nederland en het witboek 2012

Op 7 juli 2010 heeft de EC een groenboek met betrekking tot internationale pensioenen gepubliceerd, genaamd "Towards adequate, sustainable and safe European pension systems".²⁴¹ In dit groenboek wordt onder andere aandacht besteed aan het verwijderen van obstakels die verband houden met de mobiliteit binnen de EU. Het vrije verkeer van productiefactoren, met name arbeid en kapitaal, moet in acht worden genomen bij het opstellen van de wetgeving met betrekking tot pensioenen. Belemmeringen in het vrije verkeer zorgen voor hogere pensioenkosten en beïnvloeden de keuze van de belastingplichtige. Dit komt volgens de EC vooral door het verschil in systemen en regelingen en door wettelijke onzekerheden. Onder wettelijke onzekerheden verstaat de EC een onduidelijke definitie van grensoverschrijdend verkeer, te weinig regulatie in prudentiële regelgeving en een complexe interactie tussen EU-regelgeving en nationaalrechtelijke regelgeving. Werknemers moeten de mogelijkheid hebben om snel te wisselen van werkgever. De EC komt met het idee van een pensioenopsporingsdienst op EU-niveau. Van 't Zet²⁴² betwijfelt echter of dit met enthousiasme zal worden ontvangen door de lidstaten, gezien de extra bureaucratie in Brussel en de vraag of er een significant voordeel (na het afwegen kosten en baten) bestaat van het houden van die administratie op EU-niveau. Verder vraagt de EC zich af of de IORP-Richtlijn effectief is. Op 3 juni 2003 is de IORP-Richtlijn²⁴³ (Institutions for Occupational Retirement Provision) gepubliceerd. Deze richtlijn wordt ook wel pensioenfondsenrichtlijn genoemd. De IORP-richtlijn bevat voorschriften met betrekking tot bedrijfsuitvoering van pensioenfondsen, evenals het toezicht op de pensioenfondsen.²⁴⁴ Voor de in deze scriptie te onderzoeken problematiek is deze richtlijn niet relevant en blijft deze daarom verder onbesproken.

Op 17 november 2010 heeft de Nederlandse regering in een brief een reactie gestuurd op het groenboek.²⁴⁵ Nederland is van mening dat het inderdaad noodzakelijk is om eventuele belemmeringen weg te nemen en dat dit pas bereikt wordt indien werknemers in alle lidstaten pensioen kunnen opbouwen en in alle lidstaten de opgebouwde pensioenaanspraken behouden blijven. Op 16 februari 2012 heeft de EC een witboek, de geaccordeerde versie van het groenboek,

²⁴¹ Groenboek van 7 juli 2010, Towards adequate, sustainable and safe European pension systems, COM(2010) 365/3.

²⁴² M.P. van 't Zet, Groenboek Europese Commissie: naar adequate, houdbare en zekere Europese pensioenstelsels, TPV 2010/30.

²⁴³ Richtlijn 3 juni 2003, 2003/41/EG.

²⁴⁴ Voor een uitgebreide uiteenzetting van de IORP-Richtlijn, zie R. ten Wolde, Wat zijn Europese pensioenfondsen?, PA 2005/02.

²⁴⁵ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 17 november 2010, nr. AV/PVB/10/22430, V-N 2004/21.8.

met betrekking tot pensioenen gepubliceerd.²⁴⁶ In dit witboek wordt nauwelijks aandacht besteed aan grensoverschrijdende pensioenen. Daarom zal ik hier niet verder op ingaan.

5.3.2.3 Toetsing opbouw pensioen bij emigratie aan EU-recht

In deze paragraaf zal ik toetsen op welke vlakken de huidige regels met betrekking tot de opbouw van pensioenaanspraken van emigrerende werknemers en de verdragstoepassing daarvan mogelijk strijdig zijn met het EU-recht.

a. Conserverende aanslag bij emigratie

Bij emigratie van de werknemer die pensioen heeft opgebouwd, wordt een conserverende aanslag opgelegd (artikel 3.83 Wet IB 2001). Dit zou in strijd kunnen zijn met de vrijheid van vestiging, aangezien iemand belemmerd wordt om te emigreren. Volgens het Hof van Justitie (in het arrest N) is een conserverende aanslag gerechtvaardigd en proportioneel, indien aan een aantal eisen wordt voldaan.²⁴⁷

- De conserverende aanslag dient automatisch te worden opgelegd en dus niet op verzoek.
- Uitstel van betaling dient automatisch te worden verleend.
- De oplegging van de conserverende aanslag dient onvoorwaardelijk te zijn (hoeft geen zekerheid te worden gesteld).
- Latere verliezen moeten in aanmerking worden genomen. Deze voorwaarde is minder van belang met betrekking tot pensioenen. Het is echter wel mogelijk indien een pensioenkapitaal minder waard wordt.

Naar aanleiding van arrest *De Laysterie du Saillant* en vragen van de Tweede Kamer heeft de Staatssecretaris in een brief uiteengezet dat het stellen van zekerheid niet meer vereist is om uitstel van betaling te krijgen bij emigratie naar een ander EU-lidstaat.²⁴⁸ De in die brief aangekondigde maatregelen zijn opgenomen in de wet *Overige fiscale maatregelen 2005*. Dientengevolge worden bij emigratie naar een andere lidstaat van de EU geen zekerheden meer gevraagd (naar derde landen blijven de strikte eisen van toepassing). Ook wordt automatisch en renteloos uitstel van betaling verleend. Door deze aanpassingen is de Nederlandse conserverende aanslag mijns inziens niet (meer) in strijd met het EU-recht.

De conserverende aanslag en de voorwaarden voor het verkrijgen van het uitstel van betaling zijn dus niet in strijd met het EU-recht. Nederland acht echter de conserverende aanslag invorderbaar in

²⁴⁶ Witboek van 16 februari 2012, Een agenda voor adequate, veilige en duurzame pensioenen, COM(2012) 55.

²⁴⁷ A.C.P. Bobeldijk, A.E. de Leeuw, H.M. ten Vergert, De regeling van de conserverende aanslag: nu wel EU-proof?, WFR 2012/197.

²⁴⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8.

bepaalde situaties. Het Hof van Justitie heeft nog geen uitspraak gedaan of en in hoeverre de mogelijkheid tot invordering een belemmering kan zijn voor een emigratie en daarmee in strijd is met het EU-recht. In de volgende situaties acht Nederland de conserverende aanslag invorderbaar:

- Indien het pensioen wordt afgekocht, vervreemd, voorwerp van zekerheid wordt.
- Indien het pensioen wordt prijsgegeven, wanneer dit pensioen in eigen beheer is opgebouwd.
- Wanneer de pensioenregeling niet langer als zodanig wordt aangemerkt.
- Verplichte zekerheidsstelling wordt beëindigd.
- Indien het pensioen overgaat op een andere uitvoerder.

Indien deze situaties zich voordoen in een volstrekt binnenlandse situatie, wordt in beginsel de totale aanspraak direct daaraan voorafgaand aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking. Een uitzondering hierop is de waardeoverdracht van pensioen. Dit wordt fiscaal gezien als afkoop, maar wordt zowel in nationale als internationale situaties (mits voldaan aan bepaalde voorwaarden) vrijgesteld van de heffing van belasting. Mijns inziens wordt in dit geval een inwoner van een andere lidstaat niet nadelig behandeld. Indien die belastingplichtige ingezetene van Nederland zou zijn geweest, zou hij hetzelfde zijn behandeld. Het kan dus niet worden gezien als een belemmering.

De staatssecretaris van Financiën heeft in de wet Overige Fiscale Maatregelen 2012²⁴⁹ de Wet LB 1964 gewijzigd zodat deze niet in strijd is met het EU-recht. Eerst werd slechts rekening gehouden met de waardedaling na emigratie (zoals reeds aangegeven is dit minder van belang bij pensioenen). De wet werd verder zodanig gewijzigd dat aan enkele administratieve verplichtingen niet meer moest worden voldaan.

b. Zekerheidsstelling

Nederland heeft zoals gezegd een aantal aanvullende eisen (zie paragraaf 4.2.1.2) voor buitenlandse uitvoerders. In het Memo van 21 november 2012²⁵⁰ heeft de EC Nederland formeel verzocht om enkele voorschriften met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen te wijzigen.²⁵¹ Volgens de EC zijn deze voorwaarden in strijd met het vrij verkeer van burgers en werknemers, de vrijheid van vestiging, de vrijheid van dienstverrichting en het vrij verkeer van kapitaal (artikelen 21, 45, 49, 56 en 63). Nederland heeft hierop gereageerd dat zij de regelingen niet strijdig vindt met het EU-recht.²⁵² Vooralsnog is verdere actie van de EC uitgebleven. Met betrekking tot de opbouw van pensioen is de

²⁴⁹ MvT Kamerstukken II, 33 004, nr. 2, blz. 23.

²⁵⁰ Inbreukenpakket voor november: voornaamste beslissingen, 21 november 2012, Memo/12/876.

²⁵¹ Zaak nummer 2009/4025.

²⁵² Brief Staatssecretaris van Financiën, 19 april 2013, Verzoek om nadere informatie over lopende infractieprocedures Financiën, AFP 2013/178 U.

EC van mening dat een aantal voorschriften strijdigheid opleveren met het EU-recht (ook enkele voorschriften met betrekking tot internationale waardeoverdracht staan in deze memo; zie paragraaf 5.3.4.2). Deze hebben met name betrekking op het stellen van zekerheid. Met garanties of zekerheid wordt bedoeld dat de Nederlandse overheid alsnog belasting kan heffen en revisierente kan invorderen indien de voorwaarden voor de fiscaal gefaciliteerde opbouw van pensioenen worden geschonden.²⁵³ De voorschriften met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenopbouw worden hieronder besproken.

Buitenlandse pensioenuitvoerders dienen zekerheid te stellen aan de Nederlandse autoriteiten, wanneer zij fiscaal gefaciliteerde pensioenen willen aanbieden op de Nederlandse markt. EU-rechtelijk is de eis van het stellen van zekerheid niet houdbaar, zo blijkt uit het arrest De Laysterie du Saillant (zie paragraaf 5.3.1). De eis van het stellen van zekerheid uit artikel 19a lid 1 onderdeel f Wet LB 1964 wordt inmiddels afgezwakt door artikel 10d lid 3 Uitv.besl. LB 1965. Daarin is bepaald dat de zekerheidstelling achterwege kan blijven wanneer een pensioenuitvoerder gevestigd is in een andere lidstaat van de EU en die aansprakelijkheid aanvaardt voor de eventueel verschuldigde belasting. Kappelle²⁵⁴ merkt op dat weliswaar formeel geen strijdigheid bestaat met het EU-recht – een buitenlandse pensioenuitvoerder kan immers onder nagenoeg dezelfde voorwaarden in Nederland handelen als een binnenlandse pensioenuitvoerder – maar dat er materieel wel belemmeringen zijn in het vrije verkeer. Buitenlandse pensioenuitvoerders maken slechts zeer sporadisch gebruik van de mogelijkheid om in Nederland diensten aan te bieden, waaruit volgens hem blijkt dat buitenlandse pensioenuitvoerders wel degelijk worden belemmerd. Mijns inziens is dit geen juist argument. Een buitenlandse pensioenuitvoerder kan onder nagenoeg dezelfde voorwaarden in Nederland handelen als een binnenlandse pensioenuitvoerder, dus is er geen reden om aan te nemen dat een buitenlandse pensioenuitvoerder ongerechtvaardigd wordt belemmerd. Dat buitenlandse pensioenuitvoerders zich niet begeven op de Nederlandse markt, kan ook simpelweg betekenen dat de Nederlandse regelingen erg strikt zijn in vergelijking met buitenlandse regelingen, waardoor de markt zelf niet interessant blijkt. Dit zijn dispariteiten tussen de verschillende lidstaten vanwege belasting- en civielrechtelijke regelingen en die zijn EU-rechtelijk aanvaard. Mijns inziens is dit eerste voorschrift niet strijdig met het EU-recht vanwege de optie tot het aanvaarden van de aansprakelijkheid voor belastingschulden, hetgeen eveneens geldt voor binnenlandse pensioenuitvoerders.

Het tweede voorschrift met betrekking tot de opbouw van pensioen betreft werknemers die hun pensioen willen opbouwen of onderbrengen bij een buitenlandse pensioenuitvoerder. Zij dienen dan eveneens zekerheid te stellen. Mijns inziens is dit strijdig met het EU-recht, aangezien het

²⁵³ P.J. te Boekhorst en M.E. Kastelein, *Exitheffingen, garanties en directiepensioenlichamen*, NTFRA2013-16.

²⁵⁴ H.M. Kappelle, *Geëmigreerde pensioengerechtigde kan geen kant uit!*, WFR 2012/218.

belemmerend is voor het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van diensten. Gezien de bijstandsrichtlijn²⁵⁵ kan Nederland altijd informatie betreffende dat pensioen opvragen aan het buitenland.

5.3.2.4 Toetsing opbouw pensioen bij immigratie aan EU-recht

In deze paragraaf toets ik op welke vlakken de huidige regels met betrekking tot de opbouw van pensioen door immigrerende werknemers mogelijk strijdig zijn met het EU-recht.

Een buitenlandse pensioenregeling kan op grond van het Besluit van 31 januari 2008²⁵⁶ onder voorwaarden voor maximaal vijf jaar worden voortgezet. Hier wordt onderscheid gemaakt tussen pensioenregelingen binnen de EU en pensioenregelingen buiten de EU. Aangezien pensioenregelingen buiten de EU niet relevant zijn voor de toetsing aan het EU-recht, laat ik deze buiten beschouwing.

Nederland dient op basis van Richtlijn 98/49/EG²⁵⁷ een buitenlandse pensioenregeling te erkennen. Op grond van het Besluit van 31 januari 2008 kan een inkomende werknemer een faciliteit krijgen tot de hoogte van de faciliteit in het buitenland. Zoals ik reeds in paragraaf 4.2.1.2 heb beargumenteerd, is dit mijns inziens slechts van toepassing indien het voordelig is voor de belastingplichtige. Dit besluit zet immers de wet niet opzij.

Roos²⁵⁸ rakelt in dit verband een interessante discussie op: met wie moet een naar Nederland gedetacheerde werknemer volgens het EU-recht gelijk worden behandeld? Daarvoor zijn twee opties: gelijk worden behandeld met de situatie waarbij de werknemer in het oorsprongland was gebleven, of gelijk worden behandeld met een werknemer in het (nieuwe) werkland. Op grond van art. 18 VwEU, het non-discriminatieartikel, dienen alle werknemers op het grondgebied van een lidstaat gelijk te worden behandeld. Bij detachering wordt hier op het gebied van sociale zekerheid echter een inbreuk op gemaakt. Een gedetacheerde werknemer kan immers sociaal verzekerd blijven in het land van herkomst.²⁵⁹ Roos meent dat hier de vergelijkingsmaatstaf niet de werknemer uit het nieuwe land is, maar de werknemer uit de oorsprongstaat. Ook de EC lijkt deze mening te zijn toegedaan.²⁶⁰ De EC maakt het onderscheid tussen migrerende en niet-migrerende werknemers. Mijns inziens is dit onderscheid het verschil tussen een detachering (de werknemer migreert niet) of een langdurige tewerkstelling (de werknemer migreert wel). Indien een werknemer tijdelijk tewerk wordt gesteld in een ander land, is het volgens de EC belemmerend als de werknemer slechter wordt

²⁵⁵ Richtlijn van 19 december 1977, nr. 77/799.

²⁵⁶ Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, Stcrt. 2008, 27.

²⁵⁷ Richtlijn van 29 juni 1998, Publicatieblad Nr. L 209 van 25 juli 1998 blz. 0046 - 0049.

²⁵⁸ L.J. Roos, Nieuw besluit over grensoverschrijdende pensioenen (1), PM 2008/44.

²⁵⁹ Zie hiervoor Verordening 1408/71 (voor oude gevallen) en de recentere Verordening 883/2004. In hoofdstuk 9 wordt hier dieper op ingegaan.

²⁶⁰ Mededeling van 19 april 2001, COM(2001)214def.

behandeld dan een werknemer uit de oorsprongsstaat. Dit maakt het immers minder aantrekkelijk om tijdelijk in het buitenland te gaan werken.

Karman²⁶¹ is het niet eens met deze visie van Roos. Ten eerste omdat de richtlijn die door Roos is aangehaald er slechts voor zorgt dat lidstaten de pensioenregelingen uit andere lidstaten erkennen. Dit betekent niet dat de lidstaat ook de fiscale facilitering daarvan moet erkennen. Daarnaast moet volgens Karman worden gekeken naar een belemmering vanuit de uitzendstaat en niet de staat waar naartoe uitgezonden wordt. De uitzendstaat moet uitgaande werknemers gelijk behandelen aan werknemers binnen die lidstaat. De lidstaat waar naartoe wordt uitgezonden, moet de inkomende werknemers gelijk behandelen als de binnenlandse werknemers. Indien beide lidstaten dit doen, is er geen sprake van een belemmering. Dan is hooguit sprake van een dispariteit, wat door het Hof van Justitie niet wordt gezien als strijdig met het EU-recht.²⁶² Indien Nederland minder faciliteert dan het buitenland, is dat wellicht een belemmering om naar Nederland te komen, maar dat komt slechts door een verschil in stelsel (dispariteit) en niet vanwege een nationale regeling. Mijns inziens moet inderdaad een gelijke behandeling worden bewerkstelligd tussen werknemers binnen een lidstaat, ongeacht waar zij vandaan komen en op welke manier hun pensioen tot op heden behandeld is in het land van herkomst.

Nederland faciliteert, indien aan de voorwaarden wordt voldaan, de buitenlandse pensioenregeling tot het niveau waarop het buitenland gefaciliteerd zou hebben. Indien het buitenland dus meer faciliteert dan Nederland, krijgt de belastingplichtige een ruimere faciliteit.

Roos en Karman zijn het er wel mee eens dat deze goedkeuring niet in strijd is met het EU-recht. Volgens Karman streeft de regeling zelfs zijn doel, namelijk het in overeenstemming zijn met het EU-recht, voorbij. Ook Kavelaars is deze mening toegedaan.²⁶³

Op het moment dat de inkomende werknemer inderdaad een beroep kan doen op het Nederlandse recht dan wel op de ruimere facilitering, is van strijdigheid met het EU-recht mijns inziens geen sprake. Een inkomende werknemer wordt immers op zijn minst gelijkgesteld met een Nederlandse werknemer. Mijns inziens is de ruimere facilitering niet nodig en hoeft slechts aansluiting gevonden te worden bij de Nederlandse wet, meer algemeen: de wetgeving in het land van immigratie, c.q. van waar het pensioen wordt opgebouwd.

De overige voorwaarden die aan deze goedkeuring worden gekoppeld zijn, zijn naar mijn mening evenmin een belemmering om deze goedkeuring te gebruiken.

²⁶¹ Zie ook P.A. Karman, Besluit internationale aspecten pensioenen, WFR 2008/251.

²⁶² Zie het arrest Cassis de Dijon, HvJ 20 februari 1979, zaak 120/78.

²⁶³ P. Kavelaars, Grensoverschrijdend pensioen, NTFR-B 2008/21.

5.3.3 Uitkering van pensioen

5.3.3.1 Pensioenmededeling met betrekking tot uitkering pensioen

In de Pensioenmededeling wordt eveneens een knelpunt met betrekking tot de uitkering van pensioen gesignaleerd. Dit heeft betrekking op het systeem van de fiscale behandeling van bedrijfspensioenen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen drie systemen: het VVB-regime (bijdragen vrijgesteld, beleggingsopbrengsten en vermogenswinsten pensioeninstellingen vrijgesteld, uitkeringen belast), het VBB-regime (bijdragen vrijgesteld, opbrengsten pensioeninstellingen belast, uitkeringen belast) en het BVV-regime (bijdragen belast, opbrengsten pensioeninstellingen en uitkeringen vrijgesteld). Destijds, in 2001, waren er vijftien lidstaten. Het grootste deel, elf van de vijftien lidstaten, heeft een VVB-regime. Drie lidstaten (Denemarken, Italië en Zweden) hadden een VBB-regime en twee lidstaten (Duitsland²⁶⁴ en Luxemburg) hadden een BVV-regime. Op dit moment hebben Duitsland, Luxemburg, Hongarije en Polen een BVV-systeem.²⁶⁵ De EC merkt op dat dit voornamelijk een probleem oplevert bij de uitkering, aangezien dan dubbele belasting optreedt wanneer eerst in een BVV-land wordt opgebouwd en vervolgens in een VVB-land wordt uitgekeerd. Vice versa is het ook mogelijk dat nergens belasting wordt geheven. Daarnaast kan het pensioen, zonder verdere regelingen, nergens worden belast indien het wordt opgebouwd in een VVB-land en wordt uitgekeerd in een BVV-land. De EC geeft vervolgens aan hoe zij denkt dat hiermee moet worden omgegaan. Allereerst vindt de EC dat het VVB-regime breder geaccepteerd dient te worden. Het systeem van belastingheffing over de uitkering kan de goedkeuring van de EC dragen. Kavelaars²⁶⁶ merkt op dat de Mededeling op dit vlak weinig zinvol is, aangezien de lidstaten die voor de Mededeling geen VVB-systeem hadden, dat na de Mededeling nog niet hebben gekregen. De EC merkt op dat in sommige landen de uitkering sterker wordt belast wanneer deze uitkering uit het buitenland komt, dan binnenlandse uitkeringen. Dat is volgens de EC strijdig met EU-recht.

5.3.3.2 Toetsing uitkering pensioen aan EU-recht

In beginsel wordt een pensioenuitkering uit een andere mogendheid belast op grond van artikel 3.82 onderdeel b Wet IB 2001. Slechts indien aannemelijk wordt gemaakt dat over het pensioenaanspraak reeds belasting is geheven die naar aard en strekking overeenkomt met de Nederlandse loon- of inkomstenbelasting, wordt de uitkering niet belast in box 1. De gehele pensioenaanspraak wordt dan in aanmerking genomen in box 3, alwaar de rente impliciet wordt belast.

²⁶⁴ Duitsland heeft zowel een VVB als een BVV-regime.

²⁶⁵ A.H.H. Bollen-Vandenboorn, Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen, derde druk, Sdu Den Haag, bladzijde 233.

²⁶⁶ P. Kavelaars, Grensoverschrijdend pensioen, NTFR-B 2008/21.

Inkomende postactieven mogen niet slechter worden behandeld dan anderen ingezeten postactieven. Aangezien bij beiden de uitkering wordt belast, is mijns inziens hier geen probleem in verband met het EU-recht.

5.3.4 Waardeoverdracht van pensioenaanspraak

5.3.4.1 Pensioenmededeling en Portability richtlijn

De EC vindt het belangrijk dat migrerende werknemers de mogelijkheid krijgen tot een fiscaal geruisloze waardeoverdracht van een pensioenaanspraak naar een andere lidstaat. In de Pensioenmededeling wordt daar reeds kort aandacht aan besteed. Daarbij merkt de EC wel op dat het ook mogelijk is dat waardeoverdracht binnen een land niet of slechts in enkele gevallen wordt toegestaan. Volgens de EC is sprake van een ongeoorloofde belemmering van de verkeersvrijheden indien een lidstaat met een VVB- of VBB-systeem belasting heft over de waarde van de pensioenaanspraak wanneer deze wordt overgedragen aan een pensioenuitvoerder in een andere lidstaat terwijl de eerstgenoemde lidstaat fiscaal geruisloze overdracht binnen het land wel toestaat. In 2005 heeft de EC een concept²⁶⁷ voor een “portability”-richtlijn gepubliceerd. De mogelijkheid tot fiscaal geruisloze overdracht van een pensioenaanspraak is echter niet meer opgenomen in het volgende concept van de richtlijn, omdat Nederland fel tegenstander was. De argumentatie voor Nederland was dat niets geregeld was indien in een aantal landen pensioen is opgebouwd en dat pensioen aangelegenheden in Nederland geregeld worden door de sociale partners. Net als Kavelaars²⁶⁸ ben ik van mening dat dit geen steekhoudende argumenten zijn en het dus een gemiste kans is om de mogelijkheid tot een fiscaal geruisloze overdracht van een pensioenaanspraak te realiseren. Vervolgens is besloten²⁶⁹ om de fiscaal geruisloze overdracht te schrappen uit de richtlijn. Op 9 oktober 2007 werd een nieuwe conceptrichtlijn²⁷⁰ gepubliceerd. Deze is inmiddels aangenomen door het Europese Parlement (op 27 november 2013). Deze richtlijn heeft echter niets meer te maken met de “meeneembaarheid van pensioenrechten”, maar regelt nu enkele andere onderwerpen met betrekking tot hoe pensioenen behandeld moeten worden: de minimumleeftijd waarop pensioen kan worden opgebouwd (21 jaar), de maximale tijd dat iemand moet wachten alvorens pensioen op te mogen bouwen en indien een werknemer nog geen pensioenrechten heeft verworven op het moment dat de dienstbetrekking wordt beëindigd, moet het bedrag dat betaald is voor die werknemer worden terugbetaald. Daarmee is de (fiscale) facilitering van grensoverschrijdende pensioenrechten dus helemaal van tafel.

²⁶⁷ Conceptrichtlijn van 20 oktober 2005, COM(2005)507def.

²⁶⁸ P. Kavelaars, Grensoverschrijdend pensioen, NTFR-B 2008/21.

²⁶⁹ Persmededeling Raad van Europese Unie, 30 november-1 december 2006, 15487/06.

²⁷⁰ Conceptrichtlijn van 9 oktober 2007, nr. COM(2007)603def.

5.3.4.2 Toetsing waardeoverdracht aan EU-recht

In deze paragraaf worden de Nederlandse regelingen in verband met internationale waardeoverdracht getoetst aan het EU-recht.

a. Waardeoverdracht pensioen naar het buitenland

EU-rechtelijk moeten internationale waardeoverdrachten worden toegestaan indien nationale waardeoverdracht ook toegestaan is, zie het arrest Commissie tegen België.²⁷¹ In de Memo van 21 november 2012 (zie paragraaf 5.3.2.3) heeft de EC Nederland formeel verzocht enkele voorschriften met betrekking tot internationale waardeoverdracht, met name gerelateerd aan het stellen van zekerheid, aan te passen. Zoals in paragraaf 3.3.2.5 is besproken, zijn de fiscale eisen die worden gesteld aan de overdracht van pensioenen naar het buitenland zwaarder dan de overdracht van pensioenen binnen Nederland. Met Kavelaars²⁷² ben ik van mening dat dit een belemmering is om in het buitenland te gaan werken en/of wonen. Het is mijns inziens strijdig met de vrijheid van vestiging, de vrijheid van werknemers en de vrijheid van kapitaal. Hiervoor bestaat geen acceptabele rechtvaardigingsgrond. Nederland kan altijd informatie opvragen over pensioenen door middel van de eerder genoemde bijstands- en inlichtingenrichtlijn. In mijn ogen doorstaan de stringentere eisen aan een internationale waardeoverdracht de toetsing van het EU-recht niet. De EC heeft in mijn ogen dan ook gelijk met het verzoek om de wet op dit punt aan te passen.

Bij een waardeoverdracht moet eveneens worden voldaan aan de eisen van de Pensioenwet 2006. Artikel 30 PW 2006 bevat de eis dat de pensioenregeling moet blijven voldoen aan de voorwaarden van de Pensioenwet 2006, ook al wordt het overgedragen aan het buitenland. Het afkoopverbod mag dus niet ruimer zijn dan in Nederland, wat in veel landen wel het geval is. Ook dit is belemmerend voor het emigreren naar het buitenland. Aangezien er een bijstands- en inlichtingenrichtlijn bestaat, is hiervoor mijns inziens evenmin een acceptabele rechtvaardigingsgrond. De regelingen met betrekking tot de waardeoverdracht van pensioen is dus in strijd met het EU-recht.

b. Overdracht van buitenlands pensioenkapitaal aan een Nederlandse uitvoerder

In binnenlandse situaties is een overdracht van het pensioenkapitaal in de regel zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk onbelemmerd mogelijk. Indien (tijdelijk) in het buitenland wordt gewerkt, wordt de buitenlandse diensttijd niet erkend. Kavelaars merkt mijns inziens terecht op dat dit strijdig is met het EU-recht.²⁷³ Dit is immers een belemmering van het vrije verkeer van werknemers en het vrije

²⁷¹ Arrest Commissie tegen België, HvJ EU 5 juli 2007, zaak C-522/04.

²⁷² P. Kavelaars, Grensoverschrijdend pensioen, NTFR-B 2008/21.

²⁷³ Ibid.

verkeer van diensten. Overdracht van buitenlands pensioenkapitaal is onder voorwaarden echter wel goedgekeurd, zie paragraaf 4.2.2. Dat de Staatssecretaris wel een goedkeuring hiervoor heeft opgenomen, doet niets af aan de strijdigheid van de Nederlandse wet met het EU-recht. Dat is immers slechts een standpuntbepaling van de Staatssecretaris en niet een wettelijk recht.

5.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre de Nederlandse fiscale pensioenregelingen met betrekking tot de (tijdelijke) emigratie en immigratie van een belastingplichtige strijdig zijn met het EU-recht en het verdragenrecht. De belangrijkste bevindingen uit dit hoofdstuk zijn:

- Het verdragsbeleid van Nederland ten aanzien van pensioenen is in de loop der jaren veel veranderd. Voor 1997 werd een exclusieve woonstaatheffing gehanteerd. Daarbij werd de zienswijze van OESO gevolgd. Tussen 1998 en 2011 streefde Nederland niet zonder meer een onbeperkte woonstaatheffing na. Na 2011 streeft Nederland een volledige bronstaatheffing na. Indien de verdragspartner niet akkoord gaat met een volledige bronstaatheffing, wordt een beperkt heffingsrecht voor de bronstaat overeengekomen. Mijns inziens is een beperkt heffingsrecht voor de bronstaat een evenwichtige uitkomst. Enerzijds heeft de bronstaat in het verleden het fiscale voordeel gegeven en zou het mogen heffen over het pensioen. Anderzijds maakt het woonland de kosten voor de pensioengerechtigde, namelijk voor de faciliteiten (zoals infrastructuur) die hij in dat land gebruikt.
- Herkwalificatie van pensioen op grond van artikel 19b Wet LB 1964 is volgens de Hoge Raad strijdig met de goede verdragstrouw, omdat Nederland bij fictie probeert het heffingsrecht over inkomsten te behouden. Dit artikel is in 2001 in de wet gekomen. Mijns inziens zou de uitkomst van dit arrest anders zijn geweest als het ging om een verdrag dat is afgesloten na 2001, aangezien de verdragspartner dan op de hoogte was van artikel 19b Wet LB 1964.
- In de juni-2009 arresten oordeelde de Hoge Raad dat artikel 3.83 Wet IB 2001 strijdig is met de goede verdragstrouw bij verdragen die afgesloten zijn voor 2001, aangezien Nederland eenzijdig het heffingsrecht naar zich toetrekt. In 2011 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat 3.83 Wet IB 2001 niet in strijd is met de goede verdragstrouw als het toepasselijke verdrag na 2001 is afgesloten.
- Naar aanleiding van de juni-2009 arresten heeft de wetgever artikel 3.136 Wet IB 2001 aangepast. Door de nieuwe wetgeving wordt bij emigratie nog steeds getracht een inkomensbestanddeel onder artikel 15 OESO in plaats van artikel 18 OESO te laten vallen.

Daarbij mag een conserverende aanslag alleen worden opgelegd indien Nederland nog zicht heeft op heffing in de toekomst. Mijns inziens is artikel 3.136 Wet IB 2001 in strijd met de goede verdragstrouw.

- Op basis van het arrest *De Laysterie du Saillant* is een conserverende aanslag EU-rechtelijk toegestaan indien het uitstel van betaling automatisch, zonder rente en zonder zekerheidsstelling wordt verleend. De conserverende aanslag die wordt opgelegd bij emigratie voldoet aan deze eisen en is dus niet strijdig met het EU-recht. De conserverende aanslag wordt geïnd indien sprake is van een oneigenlijke handeling. Ook deze invordering van de conserverende aanslag is mijns inziens niet strijdig met het EU-recht.
- Buitenlandse pensioenuitvoerders dienen zekerheid te stellen aan de Nederlandse autoriteiten, wanneer zij fiscaal gefaciliteerde pensioenen willen aanbieden op de Nederlandse markt. Deze zekerheidsstelling kan achterwege blijven wanneer een pensioenuitvoerder gevestigd is in een andere lidstaat van de EU en deze aansprakelijkheid aanvaardt voor de eventueel verschuldigde belasting.
- Werknemers dienen zekerheid te stellen indien zij hun pensioen willen opbouwen of onderbrengen bij een buitenlandse pensioenuitvoerder. Mijns inziens is dit strijdig met het EU-recht, aangezien het belemmerend is voor het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van diensten.

Hoofdstuk 6 – Conclusie

6.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk wordt allereerst een samenvatting van deze scriptie gegeven. Daarbij wordt een antwoord geformuleerd op de verschillende subvragen. In paragraaf 6.3 wordt vervolgens een analyse van deze bevindingen gemaakt: daarbij worden de knelpunten van grensoverschrijdende pensioenen en sociale zekerheid uiteengezet, evenals het vergelijken van beide systemen. Met behulp van het antwoord op de subvragen wordt een antwoord gegeven op de hoofdvraag:

“Welke nationaalrechtelijke, EU-rechtelijke en belastingverdragsrechtelijke knelpunten bestaan met betrekking tot grensoverschrijdende eerste en tweede pijler pensioenen en hoe kunnen deze knelpunten worden opgelost?”

6.2 Samenvatting

Aan de hand van de in paragraaf 1.3 opgestelde subvragen worden hieronder de bevindingen uit deze scriptie uiteengezet.

Deelvraag 1: Hoe is de sociale zekerheidsplicht geregeld en welke knelpunten ontstaan hierbij?

Het Nederlandse sociale zekerheidsstelsel kan worden onderverdeeld in de volksverzekeringen, de werknemersverzekeringen en de sociale voorzieningen. De volksverzekeringen zijn op elke ingezetene van toepassing, evenals op niet-ingezetenen die ter zake van hun dienstbetrekking onderworpen zijn aan de Wet LB 1964. In het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999 worden uitzonderingen gegeven op deze hoofdregel.

De werknemersverzekeringen lopen vrijwel gelijk met de loonbelasting. Op grond van artikel 11 lid 1 onderdeel e Wet LB 1964 worden aanspraken ingevolge de werknemersverzekeringen vrijgesteld van het loon. Premies van buitenlandse verzekeringen, die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse werknemersverzekeringen, zijn eveneens aftrekbaar. De beoordeling of een buitenlandse verzekering vergelijkbaar is met een Nederlandse werknemersverzekering is vastgelegd in het besluit betreffende de kwalificatie van buitenlandse sociale zekerheidsstelsels.

Een ingezetene van Nederland is niet verplicht verzekerd voor de AWBZ in Nederland, zolang hij op grond van het EU-recht dan wel een verdrag inzake sociale zekerheid geen beroep kan doen op verstrekkingen omdat deze ten laste komen van de andere lidstaat van de EU of het land waarmee een verdrag is gesloten. De Zorgverzekeringswet sluit aan bij de AWBZ.

EU-verordening 883/2004 betreft de coördinatie van sociale zekerheid. Deze Verordening heeft een sterke en exclusieve werking. Op grond van EU-verordening 883/2004 is iemand in beginsel

verzekerd in het land waar hij werkt, tenzij sprake is van detachering. Er is sprake van detachering indien de maximale termijn vijf jaar is, de werknemer voorheen werkzaamheden verrichtte voor de werkgever in het oorsprongsland, de werknemer werkzaamheden verricht voor de werkgever en de werknemer niet wordt uitgezonden om een andere werknemer te vervangen. Als de werknemer in meer landen werkt, waarvan meer dan 25% in het woonland, is de werknemer sociaal verzekerd in zijn woonland.

Bij postactieven geldt dat de pensioengerechtigde sociaal verzekerd is in het woonland. Op deze regel bestaat een uitzondering voor de AWBZ en de ZVW. Een pensioengerechtigde is verzekerd voor de AWBZ en de ZVW in Nederland indien hij AOW-gerechtigd is. Omdat in het buitenland het zorgniveau anders is dan in Nederland, heeft Nederland een woonlandfactor geïntroduceerd.

EU-verordening 883/2004 regelt ook ten laste van welke lidstaat de medische kosten van gepensioneerden vallen. Aangezien gepensioneerden relatief meer medische kosten hebben dan actieven, wilden lidstaten niet opdraaien voor geïmmigreerde gepensioneerden. De medische kosten van iemand die zowel een pensioen ontvangt uit de woonstaat als uit een andere lidstaat, komen ten laste van het woonland. Indien iemand geen pensioen ontvangt uit het woonland maar wel uit één of meer lidstaten uit de EU, heeft de gepensioneerde recht op medische zorg uit het woonland, maar komen de kosten ten laste van de lidstaat onder wiens wetgeving de gepensioneerde het langst heeft geressorteed. Als hierdoor verscheidene organen de lasten van de medische kosten zouden moeten dragen, moeten de lasten gedragen worden door het orgaan van de lidstaat waar de verzekerde als laatste onderworpen was.

Deelvraag 2: Hoe worden grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) emigratie in de Nederlandse wet behandeld en welke situaties, met de eventuele knelpunten, zijn daarbij mogelijk?

In Nederland geldt in verband met pensioenen de omkeerregeling. Dit houdt in dat de premies – indien wordt voldaan aan de voorwaarden – aftrekbaar zijn en de uitkeringen worden belast. Om in aanmerking te komen voor een kwalificerende pensioenregeling, moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Indien sprake is van een onrechtmatige afwikkeling – zoals bijvoorbeeld het geval is indien de pensioenaanspraak (gedeeltelijk) wordt afgekocht – wordt de aanspraak ineens en progressief belast.

Wanneer een werknemer ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, wordt de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde aanspraken uit een pensioenregeling, tot het loon gerekend (artikel 3.83 Wet IB 2001). Hiervoor kan voor maximaal tien jaar uitstel van betaling worden gevraagd op grond van artikel 25 lid 5 Wet IB 1990. Indien Nederland een verdrag heeft afgesloten waarbij het heffingsrecht over een pensioenuitkering exclusief is toegewezen aan de

woonstaat, en het verdrag is afgesloten voor 2001, geldt artikel 3.136 Wet IB 2001. Op grond van dit artikel wordt de aftrek die in het verleden is geclaimd voor de pensioenopbouw teruggenomen.

Bij detachering kan het pensioen in Nederland opgebouwd blijven of in het buitenland verder worden opgebouwd. Bij dit detacheringsbegrip wordt aangesloten bij het detacheringsbegrip van EU-verordening nr. 883/2004 inzake sociale zekerheid. Het detacheringsbegrip uit EU-verordening 883/2004 wijkt af van het detacheringsbegrip dat wordt gebruikt in de belastingverdragen.

Iemand kan bij emigratie kiezen om tijdens het buitenlandse verblijf niets op te bouwen. Bij terugkeer kan vervolgens worden ingehaald. Inhalen houdt in dat de pensioenrechten van een werknemer via een aanvullende module worden aangevuld tot het fiscale maximum. Ook kan de werkgever tijdens het buitenlandse verblijf de gehele opbouw in Nederland voor zijn rekening nemen.

Tot slot kan het pensioen fiscaal geruisloos worden overgedragen naar het buitenland indien niet in strijd is gehandeld met de Pensioenwet en het pensioen is ondergebracht bij een erkende pensioenuitvoerder. Op basis van het Besluit van 31 januari 2008 kan onder voorwaarden ook worden overgedragen aan een niet-erkende pensioenuitvoerder. De overnemende pensioenuitvoerder moet de aansprakelijkheid voor de verschuldigde belasting en de revisierente overnemen en daaromtrent een overeenkomst met de ontvanger afsluiten, tenzij de werknemer voldoende zekerheid heeft gesteld. Daarnaast moeten de overnemende en overdragende uitvoerder aan enkele eisen voldoen. Het afkoopverbod mag in het buitenland echter niet ruimer zijn dan in Nederland, wat in veel landen wel het geval is.

Bij uitkering heft Nederland op grond van artikel 10 Wet LB 1964 juncto artikel 3.81 Wet IB 2001 over de gehele uitkering, ook als deze aanspraak deels in het buitenland is opgebouwd. Met een beroep op de hardheidsclausule (artikel 63 AWR) wordt een uitkering niet belast indien de belastingplichtige tijdens de opbouwfase geen fiscaal voordeel heeft genoten. De belastingplichtige moet dan wel aannemelijk maken dat over het pensioen belasting is geheven die naar aard en strekking overeenkomt met de Nederlandse loon- en inkomstenbelasting.

Op grond van artikel 7.2 Wet IB 2001 kan Nederland heffen indien een deels in Nederland opgebouwd pensioen wordt uitgekeerd in het buitenland. Indien een dergelijk pensioen aan het buitenland wordt overgedragen, wordt een conserverende aanslag opgelegd.

Deelvraag 3: Hoe worden grensoverschrijdende pensioenen bij (tijdelijke) immigratie in de Nederlandse wet behandeld en welke situaties, met de eventuele knelpunten, zijn daarbij mogelijk?

Op grond van EU-wetgeving is Nederland verplicht om een pensioenregeling uit een andere EU-lidstaat als zodanig te erkennen. Indien sprake is van detachering, moet de mogelijkheid worden geboden om de pensioenregeling uit het land van herkomst verder op te bouwen. Als de

pensioenregeling voldoet aan de eisen die de Wet LB 1964 stelt aan een kwalificerende pensioenregeling, kan deze regeling worden voortgezet. Een buitenlandse pensioenuitvoerder kan kwalificeren als een erkende pensioenuitvoerder indien de pensioenregeling een voortzetting is van een periode waarin de belastingplichtige niet in Nederland woonde (artikel 19a lid 1 onderdeel c Wet LB 1964). De Minister kan evenwel een pensioenuitvoerder aanwijzen die kan worden beschouwd als een erkende pensioenuitvoerder.

Een pensioenregeling moet voldoen aan alle eisen van de Wet LB 1964. Op grond van artikel 19d Wet LB 1964 kan een buitenlandse pensioenregeling worden aangewezen, zodat deze pensioenregeling als een kwalificerende pensioenregeling geldt. Dit geldt als een werknemer slechts tijdelijk in Nederland woont of werkt. Jaarlijks wordt een conserverende aanslag opgelegd ter hoogte van de totale opgebouwde pensioenaanspraak. In het Besluit van 31 januari 2008 zijn de voorwaarden opgenomen waaraan moet worden voldaan alvorens een buitenlandse pensioenregeling wordt aangewezen als een kwalificerende pensioenregeling. Nederland geeft in EU-situaties aftrek ter hoogte van de premies die in het buitenland aftrekbaar zouden zijn. De werknemer kan echter, indien dit voor hem voordeliger is, ook de Nederlandse wet toepassen. Dit is mijns inziens erg royaal, aangezien dispariteiten EU-rechtelijk aanvaard zijn.

Een fiscaal geruisloze overdracht van pensioenkapitaal aan een Nederlandse pensioenuitvoerder is, onder voorwaarden uit het Besluit van 31 januari 2008, zonder Nederlandse belastingheffing mogelijk. De buitenlandse pensioenuitvoerder moet het kapitaal rechtstreeks overdragen aan de Nederlandse pensioenuitvoerder. De Nederlandse pensioenuitvoerder mag niet meer pensioenrechten toekennen dan waar het kapitaal betrekking op heeft. De pensioenregeling moet aan alle regels met betrekking tot kwalificerende pensioenregelingen voldoen. Het is echter de vraag of het andere land deze overdracht toestaat, aangezien zij op deze manier (wellicht) de claim op het pensioen verliezen.

De uitkering van een kwalificerende (buitenlandse) pensioenregeling wordt op grond van artikel 3.82 Wet IB 2001 in de heffing betrokken, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat in de opbouwfase geen fiscale faciliteit is genoten. Indien het pensioen niet voldoet aan de vereisten voor de behandeling als pensioen, wordt de uitkering als periodieke uitkering op grond van artikel 3.100 Wet IB 2001 belast.

Deelvraag 4: Hoe worden grensoverschrijdende pensioenen belastingverdragsrechtelijk en EU-rechtelijk behandeld, sluit dit aan bij het Nederlandse nationale recht en bestaan er knelpunten of strijdigheden met het verdragsrecht of het EU-recht?

De toekenning van een pensioenaanspraak als zodanig is onderdeel van het loon. Het land dat heffingsbevoegd is over de arbeidsinkomsten mag dus bepalen op welke wijze de fiscale opbouw van pensioen is geregeld. In artikel 15 OESO is de detachingsregeling opgenomen: indien minder dan

183 dagen in een ander land wordt verbleven in een periode van twaalf maanden, de beloning ten laste komt van de werkgever in de andere staat en het salaris niet ten laste komt van een vaste inrichting in de staat waarnaar wordt uitgezonden, mag het uitzendland heffen over deze inkomsten. Artikel 24 is het non-discriminatieartikel.

Op grond van artikel 18 OESO is de woonstaat heffingsbevoegd indien een uitkering kwalificeert als pensioen. Voor 1997 had Nederland hetzelfde beleid als OESO momenteel heeft. De visie van Nederland is veranderd in een volledige bronstaatheffing. Mijns inziens is een gedeeltelijke bronstaatheffing een evenwichtige uitkomst.

Op grond van het Verdrag van Wenen mag Nederland niet ongeoorloofd heffingsrecht naar zich toe trekken (goede verdragstrouw). Dit is in het verleden verscheidene malen in de jurisprudentie aan bod gekomen met betrekking tot de herkwalficatie van artikel 19b Wet LB 1964 (oneigenlijke afwikkeling). In een drietal arresten in 2009 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 3.83 Wet IB 2001 in strijd is met de goede verdragstrouw. Dit artikel was in de wet gekomen nadat de in casu van toepassing zijnde verdragen waren afgesloten, en Nederland probeerde op deze manier heffingsrecht te behouden. Met spoed is na deze arresten artikel 3.136 Wet IB 2001 ingevoerd. Hierdoor wordt de in het verleden verleende faciliteit teruggenomen, waardoor een arbeidsartikel (zoals artikel 15 OESO), en niet het pensioenartikel (zoals artikel 18 OESO) van toepassing is, althans zo beoogt de wetgever. Mijns inziens is dit artikel nog steeds strijdig met de goede verdragstrouw. Het nieuwe artikel sluit nog steeds aan bij een gefingeerd belastbaar feit bij emigratie.

In 2011 heeft de Hoge Raad zich nogmaals uitgelaten over artikel 3.83 Wet IB 2001. Verschil met de juni 2009-arresten, was dat dit arrest het verdrag met België betrof. Dit verdrag was gesloten nadat artikel 3.83 Wet IB 2001 in de wet kwam. Aangezien België van dit artikel af wist, trok Nederland niet ongeoorloofd het heffingsrecht naar zich toe. Bij invordering van de conserverende aanslag is mogelijk wel schending van de goede verdragstrouw.

Bij het tot stand brengen van wetgeving moet de Nederlandse wetgever zich houden aan de Europese verkeersvrijheden: vrijheid van reizen en verblijven, vrijheid van werknemers, vrijheid van diensten en vrijheid van kapitaalverkeer. De Europese Commissie heeft de pensioenmededeling gepubliceerd. De EC wil de fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen voor migrerende werknemers opheffen.

De Nederlandse regeling met betrekking tot de conserverende aanslag is mijns inziens niet meer in strijd met het EU-recht, aangezien de conserverende aanslag automatisch wordt opgelegd, renteloos blijft en geen zekerheid hoeft te worden gesteld. Buitenlandse pensioenuitvoerders moeten zekerheid stellen alvorens zij mogen opereren op de Nederlandse markt. Werknemers die hun pensioen willen opbouwen of onderbrengen bij een buitenlandse pensioenuitvoerder dienen

zekerheid te stellen. Dit is mijns inziens wel strijdig met het EU-recht, aangezien het belemmerend is voor het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van diensten.

EU-rechtelijk moeten internationale waardeoverdrachten worden toegestaan indien een nationale waardeoverdracht toegestaan is. De fiscale eisen die worden gesteld aan de overdracht van pensioenen naar het buitenland zijn zwaarder dan de overdracht van pensioenen binnen Nederland. Dit is mijns inziens strijdig met de vrijheid van vestiging, het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van kapitaal.

6.3 Analyse bevindingen

Naar aanleiding van het bovenstaande kan het volgende worden opgemerkt met betrekking tot grensoverschrijdende pensioenen en sociale zekerheid.

a. Knelpunten eerste pijler pensioenen

De verplichting tot het doen van een gezondheidsonderzoek in andere lidstaten voor het afsluiten van een verzekering kan een probleem opleveren indien iemand tijdelijk naar Nederland komt zonder detachingsverklaring. Daardoor kan na terugkomst een hogere premie worden gevraagd. Om dit knelpunt op te lossen moeten verzekeraars mijns inziens verplicht worden werknemers opnieuw te accepteren indien zij in het verleden reeds door deze verzekeraar zijn verzekerd.

De regeling met betrekking tot werken in meer landen moet mijns inziens meer aansluiten bij het werklandbeginsel uit de EU-Verordening. Daartoe moet naar mijn mening in plaats van het criterium van 25% een variabel percentage worden gehanteerd, waarbij wordt aangesloten bij de lidstaat waar de meeste werkzaamheden worden verricht.

Bij het bepalen van het percentage dat de werknemer werkt in zijn woonland, moet worden gekeken naar waar de werkzaamheden naar verwachting worden verricht in de volgende twaalf maanden. Dit is echter soms moeilijk te schatten, zeker als een werknemer pas voor het eerste jaar ergens werkt.

Een afgegeven A1-verklaring moet door andere lidstaten worden geaccepteerd. De detachingsregeling werkt misbruik in de hand. Mijns inziens moet op EU-niveau een controlemechanisme worden geïntroduceerd om dit misbruik tegen te gaan, door te controleren of een detachering daadwerkelijk aan de gestelde eisen voldoet.

Op grond van EU-verordening 883/2004 komen medische kosten van gepensioneerden ten laste van de lidstaat uit welke de gepensioneerde zijn pensioen ontvangt (ongeacht waar hij woont), aangezien de lidstaat waar de gepensioneerde naar geëmigreerd is niet de relatief dure medische kosten van gepensioneerden wil dragen. Mijns inziens is dit een vreemd en omslachtig systeem. Dit is immers slechts een risico van het systeem waar elke lidstaat mee akkoord is gegaan.

b. Strijdighedenregelingen met betrekking tot tweede pijler pensioenen met belastingverdragsrecht en EU-recht

Zoals in de samenvatting hierboven is uiteengezet, zijn de huidige regelingen met betrekking tot tweede pijler mijns inziens op een paar punten strijdig met het belastingverdragsrecht (de goede verdragstrouw) en het EU-recht.

Het nieuw ingevoerde artikel 3.136 Wet IB 2001 is mijns inziens nog steeds in strijd met de goede verdragstrouw. Deze heffing grijpt aan bij een gefingeerd belastbaar feit bij emigratie. De wetgever probeert nog steeds door middel van herkwalificatie het heffingsrecht naar zich toe te trekken. Naar mijn mening is de enige oplossing voor het behouden van het heffingsrecht het aanpassen van de belastingverdragen, ook al is dit een tijdrovend proces.

Werknemers die hun pensioen willen onderbrengen bij een buitenlandse pensioenuitvoerder, moeten zekerheid stellen. Deze eis van het stellen van zekerheid dient te vervallen.

De regels met betrekking tot de overdracht van een pensioen aan een buitenlandse pensioenuitvoerder zijn stringenter dan de regels met betrekking tot een waardeoverdracht binnen Nederland. In EU-rechtelijk verband is dit strijdig met de verdragsvrijheden, waardoor de fiscale eisen overeen moeten komen.

c. Andere knelpunten tweede pijler pensioenen

Het detacheringsbegrip uit de belastingverdragen wijkt af van het detacheringsbegrip van de EU-verordening 883/2004 met betrekking tot sociale zekerheid. Bij het voortzetten van een pensioenregeling wordt aangesloten bij het detacheringsbegrip van de EU-verordening 883/2004. Daarvoor bestaat de maximale termijn van vijf jaar. De termijn bij de toewijzing van de heffingsbevoegdheid op grond van belastingverdragen, en daardoor het toepasselijke regime van de opbouw van pensioen, bedraagt slechts 183 dagen. Mijns inziens zouden deze termijnen gelijk moeten worden gesteld.

Opvallend is verder dat de 30%-regeling, wat vaak dezelfde werknemers betreft als degene die een buitenlandse pensioenregeling voort willen zetten, een andere termijn hanteert.

De afstemming tussen de Pensioenwet en de fiscale wetgeving is niet effectief. De voorwaarden van een internationale waardeoverdracht tussen deze wetgevingen zijn niet gelijk, waardoor het mogelijk is dat een verplichting tot overdracht op grond van de Pensioenwet bestaat, terwijl dit in de fiscale wetgeving als afkoop wordt gezien. Indien niet wordt overgedragen, riskeert de pensioenuitvoerder een boete. Indien wel wordt overgedragen, kan de pensioenuitvoerder aansprakelijk worden gesteld voor de exitheffing. Mijns inziens zouden deze wetten op elkaar afgestemd moeten worden. Een internationale waardeoverdracht dient niet te worden gezien als een afkoop.

Literatuurlijst

Boeken

- J. van Beek, *'Fiscale aspecten van grensoverschrijdend pensioenverkeer'*, fiscale actualiteiten, Deventer: Kluwer 2004.
- A.H.H. Bollen-Vandenboorn, *'Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen'*, Fiscale Geschriften, derde druk, Den Haag: SDU.
- G.J.B. Dietvorst en J. Dilling, *'Grensoverschrijdende pensioenen'*, fiscale praktijkreeks nr. 16.
- M. Dommerholt, P.M.C. de Lange, J.R. Wirschell, *'Pensioenrecht'*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2007.
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *'Internationaal Belastingrecht'*, FED Fiscale Studiereserie, vijfde herziene druk, Deventer: Kluwer.
- R.M.J.M. de Greef, *'Fiscale pensioenbelemmeringen in de gemeenschappelijke markt'*.
- D. Pieters en P. Schoukens, *'De beginselen van socialezekerheidsrecht en hun toepassing in België en Nederland'*, Triptiek Sociale Zekerheid, Acco 2006.
- P.H. Schonewille, *'Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen'*, Fiscale Geschriften nummer 27, hoofdstuk 8, 2012.
- J.G. Sijstermans, *'Wegwijs in de (inter)nationale verzekerings- en premieplicht'*, Hoofdstuk 10 Zorgverzekeringswet, 1 augustus 2013.
- C. van der Spek, *'Cursus Belastingrecht'*, PH.1.1.4.E.b2 Ambtenaren/ambtenaren.
- L.G.M. Stevens & B.G.J. Schuurman, *'Pensioen in de loonsfeer'*, Deventer: Kluwer 2008.
- D.M. Weber, *'Cursus Belastingrecht'*, EBR.5.1.5.B De zaak-Bachmann.

Artikelen

- D.W. Bakker, *'De DGA en de Pensioenwet: Meer ruimte voor chicanes en 'spielerei'?'*, VFP 2007/76.
- G. Bierlaagh, *'Kabouterpensioentjes: afkopen of niet?'*, PM 2008/55.
- H.P.M. van Bijnen, commentaar bij artikel 3.136 Wet IB 2001, NDFR.
- A.C.P. Bobeldijk, A.E. de Leeuw, H.M. ten Vergert, *'De regeling van de conserverende aanslag: nu wel EU-proof?'*, WFR 2012/197.
- P.J. te Boekhorst en M.E. Kastelein, *'Exitheffingen, garanties en directiepensioenlichamen'*, NTFRA2013-16.

- W.H. Bolderman, 'Fiscale ruimte voor inhaal en inkoop van pensioen', PM 2007/173.
- J.T.H.L. Brouwer en J-O. Kuijkhoven, 'Pensioenbeleid en voortgezette pensioenopbouw bij uitzending naar het buitenland', WFR 1998/1430.
- I.J.J. Burgers, 'Internationaal verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrenten: quo vado?', WFR 2010/259.
- H.J. van Dalen, 'Waardeoverdracht is tikkende tijdbom voor werkgevers', PM 2010/167.
- C.L.J.R. Douven, 'Pensionado', VFP 2013/26.
- C.L.J.R. Douven, 'Premies voor buitenlandse eerstestijlvoorziening aftrekbaar', PM 2007/77.
- C.L.J.R. Douven, 'Expats en financiële planning', VPF 2010/99.
- J.J. Hendriks, 'De nieuwe EG-Verordening inzake sociale zekerheid: moderner en eenvoudiger?', MBB 2010/06.
- K. El Malki, 'Conserverende aanslag: opleggen, uitstel van betaling verlenen, en dan?', PM 2011/176.
- H.M. van Engelshoven, 'Internationale waardeoverdracht: doen wat mogelijk is, in plaats van doen alsof iets kan', PM 2010/45.
- G.J.C. Essers en mevr. mr. M.J.G.A.M. Weerepas, 'Premieheffing AWBZ en Zvw over buitenlandse pensioenen: het arrest-Nikula', WFR 2007/429.
- J.R. Hesse en C.M. Chan, 'Meer duidelijkheid door nieuwe regels waardeoverdracht', PM 2007/3.
- J.R. Hesse en I.J. Koning, 'Beschikkingmogelijkheden ten aanzien van pensioen', PM 2006/155.
- C.A.H. Luijken, 'Afschaffing conserverende aanslag pensioenaanspraken aanstaande?', TPV 2011/28.
- C.A.H. Luijken, 'Onzuiver pensioen: hoe belast?', NTFRB2009-37.
- H.M. Kappelle, 'Biedt de Pensioenwet de directeur-groootaandeelhouder een nieuwe buitenlandroute?', WFR 2007/657.
- H.M. Kappelle, 'Geëmigreerde pensioengerechtigde kan geen kant uit!', WFR 2012/218.
- H.M. Kappelle en F.P.G. Pötgens, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen', WFR 2010/74.
- H.M. Kappelle, 'Is het Nederlandse pensioenstelsel (inmiddels) Europa-proof?', WFR 2006/350.
- P.A. Karman, 'Besluit internationale aspecten van pensioenen', WFR 2008/521.
- P. Kavelaars, 'Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid', MBB 2011/04.
- P. Kavelaars, 'Arbeidsinkomsten en verdragstoepassing', TFO 2005/56.

- P. Kavelaars, 'Grensoverschrijdend pensioen', NTFRB2008-21.
- P. Kavelaars, noot bij Hoge Raad, 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160.
- P. Kavelaars, 'Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)', TPV 2009/13.
- P. Kavelaars, 'Buitenlandse pensioengerechtigden en de Zorgverzekeringswet', PA 2005/06.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers', WFR 2009/881.
- B.J. Kiekebeld, 'De (on)mogelijkheden van compenserende heffing binnen EU-verband', WFR 2003/914.
- J. Kruithof, 'Handelwijze van de belastingwetgever bij Europeesrechtelijke onzekerheden', WFR 2012/999.
- P.J. Kwekel, 'Pensioenwet biedt dga geen bescherming meer', PM 2006/115.
- R. Pauli, NDFR commentaar bij artikel 11 Wet LB 1964 vrijgesteld loon, onderdeel 11.
- F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord', NTFR-B 2011/32.
- H. Prinsen, 'Besluit: Internationale aspecten van pensioenen', Pensioen & Praktijk 2008/6.
- L.J. Roos, 'Nieuw besluit over grensoverschrijdende pensioenen (1)', PM 2008/44.
- J. Vluggen, 'Sociale zekerheid in internationaal perspectief', VPF 2008/102.
- J.A.W. Vrolijk, NDFR commentaar bij artikel 1.7 Wet IB 2001, paragraaf 5.3.
- M.J.G.A.M. Weerepas, 'Vo. 883/2004: vernieuwing en vereenvoudiging?', NTFRB 2010/15.
- M.J.G.A.M. Weerepas, 'Schijnconstructies en fraude met buitenlandse werknemers, een veelzijdig probleem', NTFRB2013/42.
- G.C. van de Wetering, 'Bachmann gesneuveld, Lidstaten gekneveld, Europa de overwinnaar?', WFR 1996/98.
- R. ten Wolde, 'Wat zijn Europese pensioenfondsen?', PA 2005/02.
- A.W. van der Woude, 'EG-rechten, discriminaties en belemmeringen', WFR 2000/1471.
- M.P. van 't Zet, 'Groenboek Europese Commissie: naar adequate, houdbare en zekere Europese pensioenstelsels', TPV 2010/30.
- 'Zorgverzekeringswet en geëmigreerde postactieven', Pensioenbrief 2006/36.

Jurisprudentie

Nederlands recht

- Rechtbank 's-Gravenhage 31 maart 2006, nr. KG 2006-125, V-N 2006/21.17.
- Rechtbank Haarlem 3 april 2012, nr. AWB 11/5215, V-N 2012/29.21.22
- Rechtbank Haarlem 3 april 2012, nr. 11/5072, V-N 2012/29.21.21
- Rechtbank Haarlem 3 april 2012, nr. 11/5230, V-N 2012/29.21.23

- Rechtbank Haarlem 3 april 2012, nr. AWB 11/5753, V-N 2012/29.21.26.
- Hof Den Bosch 11 december 2009, nr. 2008/00554, V-N 2010/26.1.4.
- Centrale Raad van Beroep, 17 april 2002, nr. 98/8488, NTFR 2002/849.
- Centrale Raad van Beroep, 26 augustus 2009, nr. 08/1299 ZFW, RSV 2010/46.
- Centrale Raad van Beroep, 15 juni 1994, nr. AOW 1993/42, AB 1995/76.
- Centrale Raad van Beroep, 22 juni 1994, nr. KBW 1993/83.
- Hoge Raad, 27 november 1957, nr. 13 296, BNB 1958/7.
- Hoge Raad, 22 juli 1988, nr. 25 075, BNB 1989/2.
- Hoge Raad, 30 mei 1997, PJ 1997/55, NJ 1997/573.
- Hoge Raad, 8 juli 1997, nr. 31 540, BNB 1997/310.
- Hoge Raad, 14 april 1999, nr. 346, V-N 1999/22.18.
- Hoge Raad, 3 mei 2000, nr. 34 361, BNB 2000/296.
- Hoge Raad, 3 mei 2000, nr. 34 653, BNB 2000/328.
- Hoge Raad, 21 juni 2000, LJN AA6257, BNB 2000/271.
- Hoge Raad, 5 september 2003, nr. 37 657, BNB 2003/380.
- Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 144, LJN: AR1497, BNB 2005/232.
- Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 610, LJN: AR1683, BNB 2005/233.
- Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 613, LJN: AR1738, BNB 2005/234.
- Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 40 192, LJN: AR2238, BNB 2005/235.
- Hoge Raad, 16 januari 2009, nr. 07/12243, BNB 2009/113.
- Hoge Raad, 19 juni 2009, nr. 43 978, BNB 2009/263.
- Hoge Raad, 19 juni 2009, nr. 44 050, BNB 2009/264.
- Hoge Raad, 19 juni 2009, nr. 07/13267, BNB 2009/265.
- Hoge Raad, 19 juni 2009, nr. 08/02288, BNB 2009/265.
- Hoge Raad, 12 februari 2010, nr. 2008/03403, BNB 2010/133.
- Hoge Raad, 21 januari 2011, LJN BP1466, BNB 2011/98.
- Hoge Raad, 4 maart 2011, LJN BP6285, BNB 2011/127.
- Hoge Raad, 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160.
- Hoge Raad, 8 juni 2012, nr. 11/02688, BNB 2012/215.
- Hoge Raad, 12 april 2013, LJN BZ6824, V-N 2013/26.13.
- Hoge Raad, 17 mei 2013, nr. 12/02972, NTFR 2013/1179.
- Hoge Raad, 31 mei 2013, nr. 12/01758, BNB 2013/182.

EU-recht

- Hof van Justitie EU, 20 februari 1979, zaak C-120/78 (Arrest Cassis de Dijon).
- Hof van Justitie EU, 3 mei 1990, zaak C-2/89, Jur. 1990, blz. I-1755, V-N 1990/1563.
- Hof van Justitie EU, 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Arrest Bachmann).
- Hof van Justitie EU, 22 september 1992, nr. C- 153/91 (Arrest Petit), Jur. 1992, p. I-4973.
- Hof van Justitie EU, 29 juni 1994, zaak C-60/93 (Arrest Aldewereld).
- Hof van Justitie EU, 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Arrest Wielockx).
- Hof van Justitie EU, 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura Participations SA), FED 1997/500.
- Hof van Justitie EU, 5 maart 1998, zaak C-160/96 (Molenaar).
- Hof van Justitie EU, 28 april 1998, zaak C-118/96 (Arrest Safir).
- Hof van Justitie EU, 12 mei 1998, zaak C-367/96 (Arrest Bachmann).
- Hof van Justitie EU, 10 februari 2000, zaak C202/97 (Arrest Fitzwilliam).
- Hof van Justitie EU, 30 maart 2000, zaak C-178/97 (Arrest Banks).
- Hof van Justitie EU, 15 juni 2000, zaak C-302/98 (Arrest Sehrer), Jur. 2000, blz.I-4585.
- Hof van Justitie EU, 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Arrest Danner).
- Hof van Justitie EU, 21 november 2002, zaak C-436/00 (Arrest X en Y II), BNB 2003/221.
- Hof van Justitie EU, 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Arrest Hughes de Laysterie du Saillant).
- Hof van Justitie EU, 13 december 2005, zaak C-446/03 (Arrest Marks & Spencer).
- Hof van Justitie EU, 21 februari 2006, zaak C-286/03 (Arrest Hosse).
- Hof van Justitie EU, 5 juli 2006, zaak C-376/03 (Arrest D), BNB 2006/1.
- Hof van Justitie EU, 18 juli 2006, zaak C-50/05 (Arrest Nikula), Jur. 2006, blz.I-7029.
- Hof van Justitie EU, 7 september 2006, zaak C-470/04 (Arrest N).
- Hof van Justitie EU, 22 november 2006, zaak C-66/05 (zaak Johann).
- Hof van Justitie EU, 5 juli 2007, zaak C-522/04 (Arrest Commissie tegen België).
- Hof van Justitie EU, 10 oktober 2013, zaak C-321/12, BNB 2014/1.

Kamerstukken en beleid

- Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nr. 2
- Kamerstukken II 1992/93, 23 046, nr. 3.
- Kamerstukken II 1994/95, 23 046, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1996/97, 24 761, nr. 7.
- Kamerstukken II, 1997/98, 25 087, nr. 4.

- Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3.
 - Kamerstukken II, 1998/99, 26 727, nr. 3.
 - Kamerstukken II, 1999/2000, 26 727, nr. 7.
 - Kamerstukken II, 2005/06, 30 413, nr. 3.
 - Kamerstukken II, 2007/08, 30 917, nr. 27
 - Kamerstukken II, 2008/09, 31 990, nr. 2.
 - Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3.
 - Kamerstukken II 2009/10, 23 247, nr. 1.
 - Kamerstukken II, 2011/12, 33 004, nr. 2.
 - Kamerstukken II, 2012/13, 33 610, nr. 2.
-
- Besluit van 23 augustus 1989, Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden werknemersverzekeringen 1990, Stb. 402.
 - Besluit van 26 september 1996, Bijdragebesluit Zorg, Stb. 1996/486
 - Besluit van 24 december 1998, Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999, nr. BWBR0010182.
 - Besluit van 17 januari 2002, nr. CPP2001/3181M.
 - Besluit van 24 september 2002, nr. CPP2002/1640M.
 - Besluit van 25 oktober 2002, Zorgaanspraken AWBZ, Stb. 2002/527.
 - Besluit van 11 december 2002, nr. CPP2002/1448M.
 - Besluit van 22 april 2004, nr. CPP2003/2794M.
 - Besluit van 2 juli 2007, nr. CPP2007/584M, BNB 2007/226
 - Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, Stcrt. Nr. 27
 - Besluit van 8 september 2008, nr. CPP2008/1727M, Stcrt. 2008.
 - Besluit van 7 april 2009, nr. CPP2009/93M.
 - Besluit van 26 januari 2010, nr. BWBR0027148.
 - Besluit van 9 september 2010, nr. DGB2010/2733M.
-
- Toelichting op het besluit van 24 december 1998, Stb. 1998, 746, p. 37.
 - Brief Staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8.
 - Brief Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 21 november 2007, De buitenlandaspecten van de Zorgverzekeringswet (Masterplan buitenland).
 - Brief Staatssecretaris van Financiën, 19 juni 2009, nr. DB09/2009/329m.
 - Brief van de minister van SZW van 4 december 2009, nr. IVV/OOG/2009/26708.

- Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 17 november 2010, nr. AV/PVB/10/22430, V-N 2004/21.8.
- Brief Staatssecretaris van Financiën, 19 april 2013, Verzoek om nadere informatie over lopende infractieprocedures Financiën, AFP 2013/178 U.
- Regeling koopkrachttegemoetkoming niet-KOB-gerechtigden met een AOW-pensioen, 5 september 2013, 2013-00001179.
- Leidraad invordering 1990, 1 juni 1990, BWBR0004800.
- Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011.
- Handreiking inhaal en inkoop van pensioen, 29 mei 2007, kennisgroep pensioenen loonbelasting.
- Toelichting op het Uitvoeringsbesluit LB 1965.

Europese regelgeving en beleid

- Richtlijn van 19 december 1977, nr. 77/799.
- Richtlijn van 29 juni 1998, Publicatieblad Nr. L 209 van 25 juli 1998 blz. 0046 - 0049.
- Richtlijn 3 juni 2003, 2003/41/EG.
- EU-verordening 1408/71, 14 juni 1971.
- EU-verordening 883/2004, 29 april 2004.
- EU-verordening 1231/2010, 24 november 2010.
- Uitvoeringsverordening 987/2009, 16 december 2009.
- Conceptrichtlijn van 20 oktober 2005, COM(2005)507def.
- Conceptrichtlijn van 9 oktober 2007, nr. COM(2007)603def.
- Mededeling van 19 april 2001, COM(2001)214def.
- Mededeling van 26 oktober 2011, nr. DGB 2011/6623.
- Memo Europese Commissie, Inbreukenpakket voor november: voornaamste beslissingen, 21 november 2012.
- Persmededeling Raad van Europese Unie, 30 november-1 december 2006, 15487/06.
- Besluit A2, 12 juni 2009, 2010/C 106/02.
- Groenboek van 7 juli 2010, Towards adequate, sustainable and safe European pension systems, COM(2010) 365/3.
- Witboek van 16 februari 2012, Een agenda voor adequate, veilige en duurzame pensioenen, COM(2012) 55.

- Verzoek wijziging wetgeving pensioenen 21 november 2012, MEMO/12/876, zaak nummer 2009/4025.
- Pensioenen: Commissie daagt Nederland voor het Hof wegens discriminatie van gepensioneerden in het buitenland, Europese Commissie, 21 februari 2013, IP/13/140.

Overige publicaties

- Toelichting Verordening (EG) 883/2004 CVA
- M. Sol-Bronk en H. Vleeming, Premies, rijksbijdragen en BIKK; Een literatuurstudie naar de historische ontwikkeling van financiële stromen in de volksverzekeringen, SVB, bladzijde 5.
- Practical Guide, The legislation that applies to workers in the European Union (EU), the European Economic Area (EEA) and in Switzerland, part 2, §3, november 2012.

Websites

- <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=37179pfd&D1=0-1,4,9&D2=0&D3=l&HDR=G2&STB=T,G1&VW=T>
- <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=03742&D1=0-1&D2=0&D3=l&D4=0&D5=0&D6=13-17&HDR=T,G4,G5&STB=G1,G3,G2&VW=T>
- <http://www.minbuza.nl/producten-en-diensten/verdragen/zoek-in-de-verdragenbank/1969/5/003029.html>
- <http://www.minbuza.nl/producten-en-diensten/verdragen/zoek-in-de-verdragenbank/1969/5/003029.html>