

Reparatiewetgeving betreffende de premies lijfrenten en pensioen, te goeder trouw?

Een onderzoek naar het terugnemen van gefacilieerde premies op grond van art. 3.136 Wet IB 2001 en de vraag of dit in strijd is met de goede verdragstrouw.

Naam: Davy Schoorl

Studentnummer: 401131

Begeleider: B. Dieleman

Tweede lezer: J.E. van den Berg

Wassenaar, 25-2-2019

Inhoudsopgave

<u>Lijst van gebruikte afkortingen</u>	2
<u>Hoofdstuk 1: Inleiding</u>	4
1.1 Aanleiding tot onderzoek	4
1.2 Probleemstelling	6
1.2.1 Deelvragen	6
1.3 Toetsingskader	6
1.4 Opzet	7
1.5 Afbakening	8
<u>Hoofdstuk 2: Geschiedenis van pensioen</u>	9
2.1 Inleiding	9
2.2 De tweede pijler	9
2.3 De derde pijler.....	10
2.4 Internationaal verdragsbeleid ter zake van pensioen en lijfrenten	12
2.4.1 De OESO aanpak.....	12
2.4.2 Nederlands verdragsbeleid ter zake van pensioen en lijfrenten	13
2.4.2.1 Nederlands verdragsbeleid voor 2011	13
2.4.2.2 Nederlands verdragsbeleid na 2011	14
2.5 Subconclusie.....	15
<u>Hoofdstuk 3: Exitheffingen</u>	16
3.1 Inleiding	16
3.2 Exitheffing binnen Nederland betreffende lijfrenteaanspraken	16
3.2.1 Het Hongarije arrest	16
3.3 Exitheffingen Europese rechtsspraak	17
3.3.1 De Lasteyrie du Saillant	17
3.3.2 De zaak N.....	18
3.4 Exitheffingen binnen Nederland betreffende pensioenaanspraken	19
3.4.1 Pensioenemigratie arresten	19
3.4.2 Het arrest van 13 mei 2005.....	21
3.4.3 Het arrest van 19 juni 2009.....	21
3.4.4 Het arrest van 14 juli 2017.....	22
3.4.4.1 Overwegingen van de AG ten opzichte van lijfrenten.....	23
3.4.4.2 Overwegingen van de AG ten opzichte van pensioenaanspraken	24
3.4.4.3 Overwegingen van de HR ten opzichte van lijfrenten	25

3.4.4.4 Overwegingen van de HR ten opzichte van pensioenaanspraken	27
3.4.4.5 Gevolgen van het arrest	28
3.5 Subconclusie.....	29
<u>Hoofdstuk 4: De wezenlijke verschillen tussen lijfrenten en pensioen</u>	31
4.1 Inleiding	31
4.2 De verschillen tussen lijfrenten en pensioen	31
4.2.1 Het verschil op Nationaal niveau	31
4.2.1.1 Verzekeringsvormen.....	31
4.2.1.2 Juridische basis.....	34
4.2.1.3 Kring van gerechtigde.....	34
4.2.1.4 Afkoopmogelijkheden	35
4.2.2 Het verschil op Internationaal niveau.....	35
4.3 Subconclusie.....	38
<u>Hoofdstuk 5: De goede verdragstrouw, geschonden?</u>	39
5.1 Inleiding	39
5.2 De goede verdragstrouw geschonden met betrekking tot lijfrenten	39
5.3 De goede verdragstrouw geschonden met betrekking tot pensioen	40
5.4 Subconclusie.....	43
5.5 De verschillen tussen lijfrenten en pensioen	44
5.6 Aanbevelingen.....	44
<u>Hoofdstuk 6: Samenvatting</u>	46
<u>Literatuurlijst</u>	49

Lijst van gebruikte afkortingen:

A-G	Advocaat Generaal
Art.	artikel
BNB	Beslissingen in Nederlandse belastingzaken
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal Tijdschrift FED
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
Jo.	juncto
MBB	Maandblad Belasting Beschouwing
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NTFR	Nederlands tijdschrift Fiscaal Recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
p.	Pagina
par.	Paragraaf
r.o	Rechtsoverweging
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de Loonbelasting 1964
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WFT	Wet op het financieel toezicht

Hoofdstuk 1 - Inleiding

1.1 Aanleiding tot onderzoek

In het OESO modelverdrag wordt in artikel 18 de heffing omtrent pensioenen en soortgelijke betalingen exclusief toegewezen aan de woonstaat.¹ Nederland heeft dan ook in veel belastingverdragen een artikel opgenomen die hetzelfde bepaalt. Sinds 2001 is Nederland een andere weg ingeslagen en probeert Nederland een artikel op te nemen dat de heffing aan de bronstaat toewijst. Aangezien er maar weinig belastingverdragen worden vernieuwd of nieuwe belastingverdragen worden gesloten is een dergelijke bronstaatheffing in slechts weinig verdragen opgenomen. De oplossing van de wetgever om onder de oude verdragen toch een heffing in Nederland te kunnen bewerkstelligen was het opleggen van een conserverende aanslag. De conserverende aanslag werd opgenomen in art. 3.83, eerste lid, jo. art. 3.146, derde lid, Wet IB 2001.² De vraag rees of deze exitheffing bij pensioenen niet in strijd is met de goede verdragstrouw uit het verdrag van Wenen. De wetgever zorgde er middels deze exitheffing voor dat Nederland een heffingsrecht creëerde die zij volgens de belastingverdragen voor 2001 niet had.

Op 19 juni 2009 heeft de Hoge Raad ('HR') zich uitgelaten over de exitheffing bij pensioenen. De exit heffingen werden opgelegd, omdat de pensioengerechtigde vanuit Nederland emigreerde naar een verdragsland. De landen die het hier betrof waren Frankrijk, Korea en de Filipijnen die evenals art. 18 van het OESO modelverdrag de heffing exclusief aan de woonstaat toewezen. De verdragen dateren van 1973, 1978 respectievelijk 1989. Ten tijde van het toekennen van de pensioenaanspraken waren deze aanspraken op grond van wettelijke regelingen betreffende de loon- en inkomstenbelasting vrijgesteld. Met ingang van de op 1 januari 2001 ingevoerde bepaling art. 3.83, eerste lid, jo. Art. 3.146, derde lid, Wet IB 2001 waren aan de belanghebbende conserverende aanslagen opgelegd, die betrekking hadden op de waarde in het economische verkeer van de tot het tijdstip van emigratie opgebouwde pensioenaanspraken. De conserverende aanslag zorgde ervoor dat zij als loon in aanmerking werden genomen. De HR was in deze zaak duidelijk en oordeelde dat Nederland met de introductie van deze exitheffing in strijd heeft gehandeld met de goede trouw.³ Het arrest van de HR is geheel in lijn met eerdere jurisprudentie.⁴ De HR gebruikte ongeveer gelijklopende argumenten in de arresten van 19 juni 2009 als in de arresten van 13 mei 2005. Het feit dat de heffing wordt opgelegd vlak voor het moment van emigratie betekent niet dat daarmee het belastingverdrag geen betekenis meer heeft.

De staatssecretaris van Financiën had waarschijnlijk al rekening gehouden met het feit dat hij de zaken van 19 juni 2009 zou verliezen. De staatssecretaris schreef een brief, op

¹ Te denken valt aan lijfrentebetalingen en sociale verzekeringsuitkeringen.

² Deze conserverende aanslag werd in 2001 opgenomen in de Wet IB 2001.

³ Hetzelfde geldt voor de heffing over een afkoopsom betreffende een lijfrente. Zie HR 19 juni 2009, nr. 44 050, V-N 2009/29.10.

⁴ Zie HR 5 september 2003, BNB 2003/380 en HR 13 mei 2005, BNB 2005/232, BNB 2005/233, BNB 2005/234 en BNB 2005/235.

dezelfde dag als de arresten van 19 juni 2009, aan de Tweede Kamer waarin hij reparatiewetgeving aankondigde ten opzichte van de pensioenproblematiek. Hij geeft in deze brief aan dat er sprake is van een vernieuwde conserverende aanslag bij emigratie. De conserverende aanslag wordt opgelegd aan een emigrant die een belastingfaciliteit voor pensioenpremies heeft gehad. De staatssecretaris had hiermee het doel voor ogen om te voorkomen dat een afkoop van pensioen plaatsvindt zonder dat Nederland het verleende belastingvoordeel kan terugnemen.⁵ Er wordt dus gekozen om een verandering van Nationale wetgeving door te voeren in plaats van het aanpassen van belastingverdragen die voor 1 januari 2001 zijn gesloten aan te passen. De belastingverdragen die na deze periode zijn gesloten zijn zoals eerder benoemd aangepast zodat Nederland een (beperkt) heffingsrecht geniet. Dat de staatssecretaris ervoor heeft gekozen om via deze manier toch te kunnen heffen is opmerkelijk te noemen. De HR heeft diverse malen aangegeven, dat Nederland het heffingsrecht niet eenzijdig door middel van Nationale wetgeving naar zich toe kan trekken. De nieuwe wetgeving leek dan ook lange tijd gedoemd te mislukken en het was een kwestie van tijd totdat er over deze reparatiewetgeving werd geprocedeerd.

De HR heeft in dit verband prejudiciële vragen beantwoord van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.⁶ De Rechtbank wijst erop dat er in de literatuur grote vraagtekens worden gezet bij de reparatiewetgeving betreffende de pensioenpremies. In deze zaak speelde het verdrag Nederland-Frankrijk een rol. In dit belastingverdrag is betreffende belastingheffing op pensioen een exclusief heffingsrecht toegewezen aan de woonstaat.⁷ De HR acht de conserverende aanslag die wordt opgelegd op het moment van emigratie in lijn met de goede verdragstrouw uit het Verdrag van Wenen die in acht moet worden genomen bij de uitleg van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk. Nederland mag volgens de HR de facilitering van pensioenpremies terugnemen aangezien het hier volgens de HR een voorwaardelijk aftrekrecht betreft. Zodoende kan Nederland de gevolgen van de arresten van 19 juni 2009 zoveel mogelijk mitigeren. Nederland kan dus uitsluitend een conserverende aanslag opleggen bij emigratie voor zover deze conserverende aanslag de gefaciliteerde premies omvat indien het belastingverdrag het heffingsrecht over de latere uitkeringen toewijst aan de woonstaat. Het lijkt er in dit arrest op dat de HR geen problemen heeft met de terugnemering van de aftrek van pensioenpremies bij emigratie. Er bestaat in de literatuur echter discussie of het arrest van de HR in deze zaak niet 'fout' is geweest en of de reparatiewetgeving niet toch in strijd is met de goede verdragstrouw.⁸ Waarbij er voornamelijk discussie is op de gelijke behandeling die lijfrenten en pensioenen lijken te krijgen.

⁵ Tevens worden hiermee ook de andere verboden handelingen bedoeld.

⁶ HR 14 juli 2017, BNB 2017/186.

⁷ Voor pensioenen is dit opgenomen in art. 18 en voor lijfrente-uitkeringen in art. 22.

⁸ P.J.M. Akkermans, 'Emigratieheffingen bij pensioen en lijfrente: de fiscus heeft bijna het onderste uit de kan', FTV 2017/54.

1.2 Probleemstelling

Gegeven de problematiek en ontwikkelingen op het gebied van de exitheffing bij grensoverschrijdende pensioenen waarbij het exclusieve heffingsrecht is toegewezen aan de woonstaat staat in de masterscriptie de volgende probleemstelling centraal:

Is de aanpak van de Nederlandse wetgever om lijfrenten en pensioenen betreffende de exitheffing bij emigratie gelijk te behandelen adequaat of zouden zij, gelet op hun verschillen, verschillend behandeld moeten worden?

1.2.1 Deelvragen:

Hoofdstuk 2: Wat houdt de pensioenwetgeving in Nederland in en hoe wordt het heffingsrecht in belastingverdragen geregeld?

Hoofdstuk 3: Wat is de eerdere jurisprudentie van de HR betreffende exitheffingen bij pensioenen en lijfrenten?

Hoofdstuk 4: In welke wezenlijke mate verschillen lijfrenten en pensioenen van elkaar?

Hoofdstuk 5: Is de goede verdragstrouw geschonden bij de reparatiewetgeving van 19 juni 2009 betreffende lijfrenten en pensioenen?

1.3 Toetsingskader

Om te beoordelen of de aanpak van de Staatssecretaris van Financiën bij de exitheffing van pensioenen en lijfrenten in strijd is met de goede verdragstrouw, wordt gebruik gemaakt van verschillende toetsingscriteria. Deze toetsingscriteria zijn deels ontleend aan eerdere rechtsspraak van de HR en deels ontleend aan rechtsspraak van het Hof van Justitie ('HvJ').

Bij elke belastingwet die Nederland aanneemt dient er te worden gekeken of Nederland in verdragssituaties het heffingsrecht naar zich toetrekt. Bij de reparatiewetgeving van 19 juli 2009 heeft Nederland het heffingsrecht over pensioenen en lijfrenten naar zich toegetrokken doordat Nederland via een eenzijdige wijziging van belastingwetgeving heffingsrecht creëert en daarmee het exclusieve heffingsrecht van de woonstaat ondergraaft. Dit wordt door de Staatssecretaris van Financiën gerechtvaardigd doordat er sprake is van een voorwaardelijke vrijstelling van de loonbelasting met betrekking tot de pensioenpremieaftrek. Er wordt in de toelichting bij de reparatiewetgeving door de Staatssecretaris van Financiën benadrukt dat slechts de premieaftrek wordt teruggenomen. In deze masterscriptie zal er worden getoetst of de exit heffing zoals die is opgenomen in art. 3.136 lid 2 Wet IB 2001 en art. 3.136 lid 3 Wet IB 2001 niet in strijd is met de goede verdragstrouw. Hierbij worden lijfrenten en pensioenen afzonderlijk getoetst, omdat zij als zodanig van elkaar verschillen en het dus maar de vraag is of zij een gelijke behandeling moeten hebben.

Ten eerste zal worden getoetst of pensioenaanspraken en lijfrenten betreffende de belastingverdragen een gelijke behandeling kennen. In dit kader zal er een toetsing plaatsvinden op basis van verschillende jurisprudentie van de HR.⁹ Daarnaast wordt er getoetst aan het voorwaardelijke karakter dat beiden volgens de Nederlandse wetgever zouden hebben.

Ten tweede zal worden getoetst of de conserverende aanslag die wordt opgelegd bij emigratie betreffende lijfrenten in strijd is met de goede verdragstrouw. Hierbij wordt er getoetst aan de kenmerken van goede verdragstrouw. Er zal hierbij worden gekeken naar de lijn die het HvJ in dit verband heeft uitgezet. De toetsing zal plaatsvinden op basis van de kenmerken van lijfrenten en de criteria die opgenomen zijn in de arresten N en De Lasteyrie du Saillant.

Ten derde zal worden getoetst of de conserverende aanslag die wordt opgelegd bij emigratie betreffende pensioenaanspraken in strijd is met de goede verdragstrouw. Hierbij wordt tevens getoetst aan de kenmerken van goede verdragstrouw. De toetsing zal plaatsvinden op basis van de kenmerken van pensioenaanspraken en de criteria die zijn opgenomen in de hiervoor genoemde arresten.

1.4 Opzet

Allereerst wordt in hoofdstuk twee een antwoord geformuleerd op de eerste deelvraag. Hierbij wordt er gekeken naar de verschillende manier waarop de wetgeving ten aanzien van pensioenaanspraken is vormgegeven en de manier waarop de wetgeving ten aanzien van lijfrenten is vormgegeven. Daarnaast wordt er in hoofdstuk twee tevens beschreven op welke verschillende wijze lijfrenten en pensioen worden behandeld ten aanzien van het belastingverdrag. In hoofdstuk 2 komt ook naar voren wat de reparatiewetgeving inhoudt. Vervolgens wordt er in hoofdstuk drie beschreven hoe de conserverende aanslag op pensioen- en lijfrenteaanspraken tot stand is gekomen en wat de geschiedenis is van de conserverende aanslag. Hierbij worden de verschillende arresten besproken die betrekking hebben op de conserverende aanslag op pensioenaanspraken. In hoofdstuk vier wordt er gekeken naar het verschil in behandeling van pensioen en lijfrenten. In dit hoofdstuk worden het Hongarije arrest, de 2009 arresten en het 2011 arrest beschreven. In hoofdstuk vier worden de verschillen tussen pensioen en lijfrente. Daarnaast wordt in hoofdstuk vier de voorwaardelijkheid van de premieaftrek in twijfel getrokken waarbij pensioenen en lijfrenten apart behandeld worden. In hoofdstuk vijf worden de aspecten van lijfrenten getoetst aan de vraag of een exitheffing op lijfrenten in strijd is met de goede verdragstrouw. Daarnaast wordt in dit hoofdstuk de aspecten van pensioenen getoetst aan de vraag of een exitheffing op pensioenen in strijd is met de goede verdragstrouw. In hoofdstuk vijf wordt daarnaast gekeken of de verschillen tussen lijfrenten en pensioen een

⁹ Hierbij wordt getoetst aan het Hongarije arrest, de 2009 arresten en het 2011 arrest. HR 7 december 2001, nr. 35231, BNB 2002/42, HR 19 juni 2009 BNB 2009/263, 265 en 266, HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160.

gelijke behandeling noodzakelijk acht. Tevens wordt er in dit hoofdstuk een aanbeveling gegeven. In hoofdstuk zes wordt er een korte samenvatting van wat er in deze masterscriptie aan bod is gekomen beschreven. Daarnaast wordt een antwoord op de probleemstelling geformuleerd.

1.5 Afbakening

In dit onderzoek wordt ingegaan of er sprake is van schending van de goede verdragstrouw bij de reparatiewetgeving van 19 juni 2009. Er wordt in dit onderzoek slechts gekeken naar de conserverende aanslag op pensioen- en lijfrenteaanspraken. De exitheffingen ten opzichte van andere fiscale problemen worden buiten beschouwing gelaten. Het gaat in het kader van dit onderzoek slechts over zogenoemde 'verboden' handelingen ten opzichte van pensioen- en lijfrenteaanspraken.

Hoofdstuk 2 – Geschiedenis van pensioen

2.1 Inleiding

Nederland hanteert ten aanzien van pensioen het driepijlersysteem. De eerste pijler is de Algemene Ouderdoms Wet (‘AOW’). De tweede pijler is het pensioen. De derde pijler is een contract dat de werknemer zelf dient af te sluiten, hieronder vallen dus ook de lijfrentes.¹⁰

In Internationale situaties kunnen er problemen ontstaan omtrent het heffingsrecht van pensioenen. Het huidige verdragsbeleid dat Nederland hanteert kan het heffingsrecht in drie categorieën verdelen.¹¹

- Normale periodieke uitkeringen worden in het woonland belast.
- Als geen sprake is van een periodieke, maar van een eenmalige uitkering of als de pensioenuitkeringen niet volledig of niet tegen een gebruikelijk tarief worden belast behoudt Nederland het heffingsrecht.
- Een beperkte bronstaatheffing bij normale periodieke uitkeringen.

Om meer praktische redenen dient er een aanvraag bij de belastingdienst voor de pensioenverstrekker te worden aangevraagd. Nadat de aanvraag is goedgekeurd ontvangt de belastingplichtige die in het buitenland woont zijn volledige pensioen zonder dat er loonbelasting wordt ingehouden in Nederland. Ingeval de belastingplichtige geen verklaring heeft aangevraagd zal er ondanks dat er geen loonbelasting verschuldigd is wel loonbelasting worden ingehouden. De belastingplichtige kan echter de ingehouden loonbelasting terugvragen.¹²

2.2 De tweede pijler

De tweede pijler ten aanzien van pensioen betreft het opgebouwde, gefacilieerde pensioen. In Nederland kan een werknemer haar pensioen gefacilieerd opbouwen en wordt het opgebouwde pensioen pas bij uitkering belast op grond van art. 10 Wet op de Loonbelasting 1964 (‘Wet LB 1964’). In Nederland neemt ongeveer 90% van de werknemers deel aan een werknemerspensioen.¹³ Indien belastingplichtige in Nederland heeft gewerkt en niet emigreert dan bouwt de belastingplichtige zijn pensioen gefacilieerd op en heeft Nederland het heffingsrecht. Zodoende ontstaat er in dergelijke situaties dus geen probleem. In het geval dat de belastingplichtige in Nederland zijn pensioen gefacilieerd opbouwt en vervolgens emigreert dan verliest Nederland haar heffingsrecht. De wetgever heeft voor pensioen een emigratiebepaling opgenomen in art. 3.83 Wet IB 2001. Het artikel zorgde er destijds voor dat de waarde economisch verkeer van opgebouwde pensioenaanspraken tot het loon worden gerekend, indien de belastingplichtige die werknemer of gewezen werknemer is in de zin van de wettelijke bepalingen van de loonbelasting en aan wie

¹⁰ Ik beperk mij in deze scriptie slechts tot de lijfrentes.

¹¹ Nederland is echter bezig met een aanpassing in haar verdragsbeleid zodat de woonstaatheffing een bronstaatheffing wordt.

¹² In het geval van een volledige woonstaatheffing.

¹³ CBS, ‘Totale pensioenaanspraken van Nederland in beeld’, 2015/02.

pensioen is toegezegd, anders dan door overlijden ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn, of indien na zijn overlijden de gerechtigde tot het binnenlands pensioen ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn.

Op grond van art. 2.8 Wet IB 2001 legde de wetgever in gevallen van emigratie een conserverende aanslag op die de gehele economische waarde van de pensioenaanspraak betrof. De belastingplichtige had recht op uitstel van betaling indien hij aan bepaalde voorwaarden voldeed.¹⁴ De conserverende aanslag kwam na tien jaar te vervallen als de belastingplichtige zich gedurende deze tien jaar aan de voorwaarden hield.¹⁵

Uit het arrest van 2009 is nadien gebleken dat een heffing op de gehele economische waarde van de pensioenaanspraak niet in lijn is met de goede verdragstrouw.¹⁶ Naar aanleiding van de 19 juni 2009 arresten bracht de wetgever een uitbreiding aan op het begrip negatieve uitgaven bij emigratie. In art. 3.136 lid 1 Wet IB 2001 worden bij emigrerende belastingplichtige de als lijfrentepremie afgetrokken bedragen en de premies voor pensioenaanspraken alsmede het over die premies behaalde rendement als negatieve uitgaven voor inkomensvoorziening in aanmerking genomen. Het tweede lid van art. 3.136 Wet IB 2001 beperkt de heffingsgrondslag tot de voor lijfrente afgetrokken premies indien de in het eerste lid genoemde grondslag niet kan worden toegepast als gevolg van een belastingverdrag. Het derde lid beperkt voor pensioenaanspraken in dergelijke gevallen de heffingsgrondslag tot de niet tot het loon gerekende aanspraken. De wetgever beoogde met het invoeren van art. 3.136 Wet IB 2001 de gevolgen van de 19 juni 2009 arresten te hebben gerepareerd.¹⁷ In gevallen waarin heffing over de waarde in het economisch verkeer van de lijfrente- en pensioenaanspraken in strijd is met de goede verdragstrouw uit het Verdrag van Wenen, wordt de heffing beperkt tot een heffing over de afgetrokken lijfrente- en pensioenpremies. Als gevolg van de regeling is er geen sprake van een heffing over een afkoopsom, maar het terugnemen van een onterecht genoten fiscaal voordeel.

2.3 De derde pijler

In Nederland neemt ongeveer 10% van de werknemers deel aan een lijfrente uitkeringsregeling.¹⁸ De definitie van lijfrente wordt gegeven in art. 1.7 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 en luidt als volgt;

‘Een aanspraak volgens een overeenkomst van levensverzekering op vaste en gelijkmatige periodieke uitkeringen die eindigen uiterlijk bij overlijden, welke aanspraak niet kan worden afgekocht, vervreemd, prijsgegeven, of formeel of feitelijk tot voorwerp van zekerheid kan dienen, anders dan op grond van artikel 3.126, eerste lid, onderdeel d, onder 2°, of ten behoeve van uitstel van betaling op grond van artikel 25, vijfde lid, Invorderingswet 1990,

¹⁴ Zie art. 1e uitvoeringsregeling invorderingswet 1990.

¹⁵ Art. 1f lid 2 uitvoeringsregeling invorderingswet 1990.

¹⁶ HR 19 juni 2009, nr. 44 050, V-N 2009/29.10.

¹⁷ In het vervolg van deze scriptie wordt hier naar verwezen als de ‘reparatiewetgeving’.

¹⁸ CBS, ‘Totale pensioenaanspraken van Nederland in beeld’, 2015/02

alsmede de met een zodanige aanspraak verband houdende aanspraak op winstuitkeringen'.¹⁹

Op grond van art. 1.7 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 wordt onder een lijfrente tevens verstaan 'een aanspraak op het tegoed van een lijfrenterekening of op de waarde van een lijfrentebeleggingsrecht, welke aanspraak niet kan worden afgekocht, vervreemd, prijsgegeven of formeel of feitelijk tot voorwerp van zekerheid kan dienen, anders dan op grond van art. 3.126a lid 2 onderdeel c onder 2° of ten behoeve van uitstel van betaling op grond van art. 25 lid 5 Invorderingswet 1990, alsmede de met een zodanige aanspraak verband houdende aanspraak op winstuitkeringen'.²⁰²¹

De heffing over lijfrenten kennen we vanaf 1992. Dit was opgenomen in art. 45c lid 3 Wet IB 1964 en luidde als volgt; 'Als negatieve persoonlijke verplichtingen van een belastingplichtige — zijnde de verzekeringnemer dan wel, indien deze is overleden, de gerechtigde — worden, ingeval hij anders dan door overlijden ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, mede in aanmerkingen genomen de premies voor een aanspraak als bedoeld in artikel 45, eerste lid, onderdeel g, die voor aftrek als persoonlijke verplichtingen in aanmerking zijn gekomen. De in de vorige volzin is niet van toepassing indien de premies in totaal niet meer hebben belopen dan Hfl. 100.000.'

De heffing van lijfrente is in de artikelen 3.124 t/m 3.127 Wet IB 2001 opgenomen. Artikel 3.124 regelt dat de uitgaven die worden gedaan ten aanzien van lijfrenten aftrekbaar zijn van het belastbaar inkomen. In artikel 3.125 Wet IB 2001 is vervolgens opgenomen dat de uitkering van lijfrente binnen vijf jaar nadat belastingplichtige de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt moet ingaan om als lijfrente te kunnen kwalificeren. Artikel 3.126 Wet IB 2001 bepaald wie de toegelaten aanbieders van lijfrenten zijn. De hoofdregel is dat een in Nederland gevestigde verzekeraar of pensioenfonds als toegelaten aanbieder kwalificeert.²² Daarnaast kwalificeert tevens in Nederland wonend natuurlijk persoon of onderneming, mits de lijfrenten zijn bedongen als tegenprestatie voor de overdracht van een onderneming of gedeelte van een onderneming. Artikel 3.127 Wet IB 2001 regelt de hoogte van aftrekbaarheid van lijfrenten. Waarbij de hoofdregel is dat ten hoogste 13.8% van de premiegrondslag uit artikel 3.124, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001 in aftrek mag worden genomen.

In 2001 kwam er een volledige herziening van de inkomstenbelasting wat er toe leidde dat ook het bij artikel betreffende heffing van lijfrente een op het oog geringe, maar toch wezenlijke, tekstuele aanpassing plaats vond. De manier van heffing werd opgenomen in art. 3.136 Wet IB 2001 en luidde als volgt; 'Bij de belastingplichtige die anders dan door overlijden ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, worden indien hij

¹⁹ Zie art. 1.7 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

²⁰ Zie art. 1.7 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001.

²¹ Het begrip lijfrentespaarrekening is ingevolge 1 januari 2017 vervangen door het begrip 'lijfrenterekening'.

²² In deze scriptie ga ik verder niet in of dit eventueel in strijd zou kunnen zijn met EU recht.

verzekeringnemer dan wel, indien deze is overleden, gerechtigde is, de premies voor aanspraken als bedoeld in artikel 3.124, onderdelen a, b en c, die als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aftrek zijn gebracht *alsmede het daarover behaalde rendement* als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking genomen.’

2.4 Internationaal verdragsbeleid ter zake van pensioen en lijfrenten

2.4.1 De OESO aanpak

Nederland hield tot 2001 stevig vast aan het OESO-modelverdrag bij het pensioenartikel. Het OESO-modelverdrag wijst het heffingsrecht van pensioen toe aan de woonstaat.²³ In het commentaar bij art. 18 van het OESO-modelverdrag gaat de OESO in op alternatieven voor staten die hun heffingsrechten met betrekking tot pensioen willen beschermen. Nederland hanteert een systeem binnen de pensioenwetgeving waarbij de premies aftrekbaar zijn en de aanspraak wordt belast. Dit systeem wordt echter niet door alle andere landen op eenzelfde manier gehanteerd waardoor er de mogelijkheid bestaat dat er dubbele heffing of geen heffing ontstaat. In 2005 is het commentaar bij art. 18 OESO-modelverdrag naar aanleiding van het OESO-rapport *Tax treaty issues arising from cross-border pensions* drastisch aangepast. In de paragrafen 12-21 worden de opvattingen beschreven van de allocatie van heffingsrechten in geval van migratie. Daaruit blijkt dat sommige vertrekstaten een eerder verstrekt voordeel willen terugnemen. Uit het commentaar van de OESO blijkt dat dit geen probleem is volgens de OESO, mits de andere staat de uitkeringen belast. Als de andere staat geen premieaftrek toestaat, maar de uitkeringen vrijstelt, ontstaat er non heffing. De OESO beschrijft vervolgens vier alternatieve verdragsbepalingen die gehanteerd worden door staten om dergelijke heffingsvacuüms te voorkomen.

- Exclusief heffingsrecht van de pensioenuitkeringen aan de bronstaat.
- Niet exclusief heffingsrecht van de pensioenuitkeringen aan de bronstaat.
- Een beperkt heffingsrecht behoort toe aan de bronstaat. De woonstaat hanteert een reverse credit.
- Een claw backachtige bepaling die ervoor zorgt dat indien de woonstaat niet heft dat vervolgens de bronstaat mag heffen.

De OESO is echter terughoudend over dergelijke bepalingen. Een exclusief woonstaatheffingsrecht heeft als enig nadeel dat buitenlands pensioeninkomen niet wordt aangegeven. Dit argument houdt echter tegenwoordig weinig stand in een wereld waarin compliance en automatische informatie uitwisseling een steeds groter deel van de fiscale praktijk wordt. De kans dat het buitenlands pensioeninkomen niet opgegeven wordt of ontdekt wordt, wordt daardoor steeds kleiner. De OESO noemt echter vier argumenten tegen een verdeling van het heffingsrecht:²⁴

²³ Opgenomen in art. 18 OESO-modelverdrag.

²⁴ Par. 19 commentaar bij art. 18 OESO-modelverdrag.

- De woonstaat verkeert in een betere positie dan de bronstaat om de draagkracht van een belastingplichtige te meten. Indien de bronstaat een bronbelasting oplegt over de bruto-uitkeringen die als eindheffing fungeert, kan te veel belastingheffing het gevolg zijn. De betaalde belasting kan de belastingplichtige nauwelijks verrekenen indien er in de woonstaat relatief weinig geheven wordt.
- De geëmigreerde pensioengerechtigde ontvangt een pensioenbedrag dat lager of hoger kan uitvallen dan waar hij in eerste instantie rekening mee heeft gehouden.
- Het begrip bronstaat is niet eenduidig te vatten. De bronstaat kan zijn de staat waar het fonds is gevestigd, de staat waar het pensioenrecht is toegekend of de staat waar de belastingvoordelen zijn geclaimd. Er kunnen in dit verband problemen ontstaan bij pensioengerechtigde die in meerdere staten hebben gewerkt.
- Indien het heffingsrecht tevens aan de bronstaat wordt toegekend dan dient belastingplichtige te voldoen aan de belastingheffing van meer dan één staat.

De OESO blijkt een sterke voorkeur te hebben voor een onbeperkt heffingsrecht van de woonstaat ten aanzien van pensioen. De argumenten die de OESO noemt zijn naar mijn mening sterke argumenten voor een onbeperkte woonstaatheffing. Het draagkrachtargument is het meest vooraanstaande argument voor een onbeperkte woonstaatheffing.²⁵²⁶

2.4.2 Nederlands verdragsbeleid ter zake van pensioen en lijfrenten

2.4.2.1 Nederlands verdragsbeleid voor 2011

In de gesloten Nederlandse belastingverdragen komen alle vier de anti-ontgaansbepalingen die in bovenstaande subparagraaf zijn beschreven voor. Dit geldt overigens niet alleen voor pensioen maar ook voor lijfrenten en afkoopsommen van lijfrenten en pensioen. Zoals eerder genoemd is het Nederlandse verdragsbeleid sinds 2001 gewijzigd. In de verdragen met Albanië, België (2001), Georgië, Koeweit, Oeganda, Polen (2002), Portugal, Taiwan en het in 2008 met het Verenigd Koninkrijk overeengekomen verdrag zijn subject-to-taxbepalingen opgenomen. Dit betekent dat de bronstaat mag heffen in de gevallen waarin de woonstaat de uitkeringen tegen een niet normaal tarief of niet normale grondslagen belast. Dit betekent overigens niet dat er geen verdragen meer worden gesloten waarin de periodieke uitkeringen worden toegewezen aan de woonstaat.²⁷²⁸ Nederland heeft echter bij het nieuwe verdragsbeleid in ieder geval één argument van OESO onderuitgehaald. In de nieuw gesloten belastingverdragen heeft Nederland bepalingen opgenomen waarin wordt aangegeven wat er onder bronstaat wordt verstaan. Zo wordt in de verdragen met Albanië, Georgië, Polen en het Verenigd Koninkrijk 2008 bepaald dat betalingen worden geacht

²⁵ C.H.A. Luijken, Fiscaal verdragsbeleid en pensioenuitkeringen, Tijdschrift voor pensioenvraagstukken 2015/23.

²⁶ A.H.H. Bollen-Vandenboorn, *De vergeten grensarbeider en zijn nettopensioen*, MBB 2015, nr. 9, p. 271-276.

²⁷ Zie in dit verband het belastingverdrag met Armenië(2001) of het verdrag met Zuid-Afrika(2005).

²⁸ Let op het gaat hier slechts om periodieke uitkeringen, indien er sprake is van een verboden handeling behoudt Nederland haar heffingsrecht.

afkomstig te zijn uit een verdragsluitende staat voor zover het recht tot vordering van de betalingen in die staat is vrijgesteld van belasting of de bijdragen die daarmee verband houden in die staat in aanmerking zijn genomen voor fiscale facilitering. Daarnaast wordt in deze verdragen opgenomen dat de overdracht van pensioen van een pensioenregeling in een verdragsluitende staat aan de andere verdragsluitende staat het heffingsrecht van de eerstgenoemde staat niet beperkt. Daarnaast hanteert Nederland in de verdragen met Portugal en de Verenigde Staten een reverse credit bepaling. Een dergelijke bepaling zorgt er in feite voor dat het heffingsrecht volledig toevalt aan de woonstaat. Echter, indien de woonstaat het pensioeninkomen tegen een lagere heffing dan de bronstaat belast dan mag de bronstaat bij heffen.²⁹

2.4.2.2 Nederlands verdragsbeleid na 2011

In 2011 is het nieuwe Nederlandse Fiscaal Verdragsbeleid gepubliceerd.³⁰ Er wordt in dit Verdragsbeleid een nieuw beleid ten aanzien van pensioenen uitgezet. De Staatssecretaris achtte dit noodzakelijk aangezien er een toename is van het aantal belastingplichtigen dat het in Nederland opgebouwde pensioen in het buitenland zal genieten. Het belang als bronstaat groeit hierdoor aangezien in Nederland de pensioenopbouw fiscaal gefaciliteerd wordt opgebouwd en Nederland geen heffingsrecht heeft over de uitkeringen als de belastingplichtigen naar het buitenland verhuizen. In Internationaal verband wordt in toenemende mate de wens van de staat waarin de pensioenopbouw fiscaal gefaciliteerd wordt opgebouwd erkend. Nederland streeft ernaar om in het nieuwe Nederlandse Fiscaal Verdragsbeleid 2011 naar een volledige bronstaatheffing te gaan voor fiscaal gefaciliteerd opgebouwd pensioen, ongeacht de fiscale behandeling van pensioenen in de woonstaat. Het Nieuwe Fiscaal Verdragsbeleid 2011 maakt zodoende geen onderscheid meer in afkoopsommen en periodieke uitkeringen van pensioen. Nederland is echter bereid tot een compromis zodat de bronstaat slechts tot een vooraf vastgesteld maximumpercentage mag heffen over periodieke uitkeringen.³¹ De woonstaat houdt in dergelijke gevallen heffingsrecht, echter dient de door de bronstaat geheven belasting te worden verrekend.

De wens van Nederland om een volledige bronstaatheffing te realiseren kan echter, in de gevallen dat het niet haalbaar is, wel een praktisch probleem onopgelost blijven. Voor bijvoorbeeld overheidspensioenen wordt een volledige bronstaatheffing gerealiseerd. In het geval van een waardeoverdracht kunnen particuliere en overheidspensioenen zich mengen. In deze gevallen zal het pensioen moeten worden gesplitst om vast te stellen welk gedeelte van het pensioen onder de woonstaatheffing valt en welk gedeelte onder de bronstaatheffing valt. Nederland streeft naar een opname van een bepaling die bepaalt welk gedeelte binnen de woonstaatheffing valt en welk gedeelte onder een volledige bronstaatheffing valt.

²⁹ Art. 18, derde lid, jo. art. 24, zesde lid, verdrag met Portugal en art. 19, tweede lid, jo. art. 25, zevende lid, verdrag met de Verenigde Staten.

³⁰ Kamerstukken II 2010/11, 25087 nr. 7

³¹ Zie bijvoorbeeld het Belastingverdrag Nederland-Canada

Naast dat Nederland met betrekking tot pensioen een volledige bronstaatheffing probeert op te nemen, wil Nederland tevens lijfrenten niet langer onder het restartikel laten vallen maar probeert zij een bepaling in haar nieuwe verdragen op te nemen in het pensioenartikel die ervoor zorgt dat lijfrenten onder het pensioenartikel vallen. Indien lijfrenten onder het restartikel vallen dan is er sprake van een volledige woonstaatheffing. Aangezien Nederland in haar nieuwe verdragen na 2011 een partiële of volledige bronstaatheffing in het pensioenartikel probeert op te nemen kan, indien lijfrenten tevens onder het pensioenartikel vallen, Nederland heffen over de periodieke uitkeringen van lijfrenten.

Uit vorenstaande blijkt dat Nederland met betrekking tot pensioen en lijfrenten verschillende soorten bepalingen in haar verdragen heeft opgenomen. Dit zorgt ervoor dat er geen eenduidigheid bestaat in de verschillende verdragen waarbij vooral in de oude verdragen (van voor 2001) er een exclusief heffingsrecht aan de woonstaat is toegekend.

2.5 Subconclusie

Ten aanzien van pensioen hanteert Nederland een driepijlersysteem. Het driepijlersysteem is verdeeld in respectievelijk de AOW, pensioen en lijfrenten. Over de AOW behoudt Nederland altijd het heffingsrecht waarbij dit ten aanzien van pensioen en lijfrenten middels het verdrag dient te worden bepaald. Nederland heft over pensioeninkomen volgens art. 3.83 Wet IB 2001 in combinatie met art. 3.136 Wet IB 2001. Lijfrenten worden belast middels art. 3.125 Wet IB 2001. Het heffingsrecht van lijfrenten en pensioen is in beginsel toegewezen aan de woonstaat. In de oudere verdragen die Nederland heeft gesloten is het heffingsrecht toegewezen aan de woonstaat. De nieuwere belastingverdragen die Nederland heeft gesloten kennen een gedeeltelijke bronstaatheffing waarbij er onderscheid kan worden gemaakt tussen de reverse credit methode en claw backachtige bepalingen waarin Nederland een heffingsrecht wordt toegewezen indien de bronstaat pensioenuitkeringen tegen een niet normaal tarief belast.

Hoofdstuk 3 – Exitheffingen

3.1 Inleiding

Op 19 juni 2009 heeft de HR een belangwekkend arrest gewezen in nadeel van de Staatssecretaris van Financiën. Als reactie hierop heeft de Staatssecretaris reparatiewetgeving aangekondigd die de gevolgen van het arrest van 19 juni 2009 beperken. Het arrest van 19 juni 2009 leek het slotstuk te zijn van eerdere jurisprudentie van de HR met betrekking tot het heffingsrecht van pensioenen. In dit hoofdstuk zal ik kort de historie van lijfrenten- en pensioenaanspraken beschrijven om vervolgens de volgens mij relevante arresten tot en met de 19 juni arresten te beschrijven.

3.2 Exitheffingen binnen Nederland betreffende lijfrenteaanspraken

3.2.1 Het Hongarije arrest

Het Hongarije arrest gaf antwoord op de vraag of de regeling die in 1992 is geïntroduceerd strijdig zou kunnen zijn met het Europese recht, alsmede hoe er verdrag technisch dient te worden omgegaan met negatieve persoonlijke verplichtingen.³² De eerste vraag komt in het arrest niet aan de orde, omdat Hongarije geen EU lidstaat is.³³ De tweede vraag wordt in het arrest wel beantwoord hoewel de reikwijdte daarvan beperkt is door de invoering van de Wet IB 2001. De Wet IB 2001 zorgde ervoor dat negatieve persoonlijke verplichtingen worden vervangen door negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen.³⁴ Hierin is tevens opgenomen dat reeds direct voorafgaande aan een emigratie negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking worden genomen in de periode van binnenlandse belastingplicht. Het arrest is echter in zoverre wel belangrijk om aan te geven wat de reikwijdte is van de passage ‘bestanddelen van het inkomen’ van art. 21 OESO-modelverdrag. Daarnaast is het arrest van belang om de voorwaardelijkheid van lijfrenten aan te geven.

De casus die zich voordeed in het Hongarije arrest was als volgt. Belanghebbende woonde in 1993 in Nederland en heeft in maart van dat jaar twee lijfrenteverzekeringen afgesloten. De daarvoor betaalde premies zijn als persoonlijke verplichting in aanmerking genomen. Belanghebbende is vervolgens halverwege 1993 verhuisd naar Hongarije. Met ingang van 1 januari 1994 heeft belanghebbende de lijfrenteverzekeringen afgekocht. Het over 1993 afgetrokken bedrag is door de inspecteur in 1994 in aanmerking genomen als negatieve persoonlijk verplichting.

De HR oordeelde in deze zaak als volgt; ‘De wetgever heeft tot uitgangspunt genomen dat de aftrek van premies wordt verleend onder de voorwaarde dat de overeenkomst

³² HR 7 december 2001, BNB 2002/42.

³³ Het antwoord op deze vraag is in zoverre ook niet van belang gezien dit de oude regeling van lijfrente betreft.

³⁴ Afdeling 3.8 Wet IB 2001.

daadwerkelijk op de overeengekomen wijze wordt uitgevoerd en niet wordt gewijzigd, afgekocht, vervreemd of beleend en dat, zo dit wél geschiedt, die aftrek wordt teruggenomen, aldus dat deze aftrek als negatieve persoonlijke verplichtingen in aanmerking wordt genomen. Dit brengt mee dat de heffing ter gelegenheid van de afkoop van een lijfrente over het bedrag van de premies wezenlijk afwijkt van de heffing over (een gedeelte van) de afkoopsom zelf. De afkoopsom wordt niet belast en de ontvangst van die afkoopsom heeft slechts deze betekenis dat de ontbindende voorwaarde waaronder de aftrek is verleend, in vervulling gaat. Van miskenning van doel en strekking van de Overeenkomst is derhalve geen sprake. De omstandigheid dat negatieve persoonlijke verplichtingen bestaan in het terugnemen van in het verleden in aftrek gebrachte persoonlijke verplichtingen, brengt verder mee dat zij niet kunnen worden gerekend tot de in art. 22 van de Overeenkomst bedoelde 'items of income'.

Uit het arrest blijkt aldus dat lijfrenteverplichtingen voorwaardelijk worden afgesloten en dat terugname van de premies mogelijk is als zich één van de verboden handelingen voordoet.³⁵ Daarnaast blijkt dat lijfrenteverplichtingen onder het zogenoemde 'restartikel' vallen en niet onder het pensioenartikel van art. 18 OESO modelverdrag.

3.3 Exitheffingen Europese rechtspraak

3.3.1 De Lasteyrie du Saillant

De Lasteyrie du Saillant is een Franse zaak, echter vertoont deze zaak grote gelijkenis met de Nederlandse aanmerkelijk belangregeling en de problematiek van emigratie van een aanmerkelijk belanghouder. Nederland legt een conserverende aanslag op met zekerheidsstelling ingeval van emigratie. De Lasteyrie heeft op 12 september 1998 Frankrijk verlaten om te gaan wonen in België.³⁶ Hij heeft een aanmerkelijk belang in een Franse vennootschap die aldaar aan de vennootschapsbelasting is onderworpen. De Franse belastingdienst legt een conserverende aanslag op bij emigratie waaraan een zekerheidsstelling is gekoppeld welke wordt ingevorderd indien binnen vijf jaar na emigratie overdracht, terugkoop, terugbetaling of nietigverklaring van de betrokken vennootschapsrechten plaatsvindt. De Franse belastingdienst wil een zekerheidsstelling met als doel misbruik te voorkomen. De belastingplichtige die emigreert, kan de aanmerkelijkbelangheffing ontgaan door in het nieuwe woonland tot verkoop van aandelen over te gaan. De belastingplichtige stelt dat een dergelijke maatregel in strijd is met vrijheid van vestiging.

A-G Mischo heeft een conclusie over deze zaak gewezen.³⁷ Hij wijst er kort op dat belastingplichtige recht heeft op het verdrag en vervolgens dat er sprake is van strijdigheid met vrijheid van vestiging, omdat belastingplichtige wordt belemmerd om te emigreren.

³⁵ Zie de uitspraak van de HR.

³⁶ BNB 2004/258: Zaak Hughes de Lasteyrie du Saillant.

³⁷ V-N 2003/18.7, NTFR 2003/558.

Belastingplichtige moet namelijk zelf kosten maken alsmede zelf initiatief nemen om uitstel van betaling aan te vragen. Vervolgens is de vraag of er eventuele rechtvaardigingsgronden zijn voor een dergelijke regeling.

Frankrijk voert drie rechtvaardigingsgronden aan:

- Grondslagerosie, een beroep hierop wordt echter niet erkend door Het Hof van Justitie.
- Er wordt een beroep gedaan op bestrijden van belastingontwijking en de bevordering van effectiviteit van belastingcontroles. Op zichzelf is dit een rechtvaardigingsgrond die door Het Hof van Justitie wordt erkend. Er kan echter geen algemene antimisbruik maatregel worden vervat waarin in allerlei situaties misbruik wordt voorondersteld. De A-G wijst hierbij naar de zaken *Leur-Bloem* en *Centros*.³⁸³⁹
- Er wordt tevens een beroep gedaan op fiscale coherentie. Deze wordt volgens de A-G om meerdere redenen afgewezen, met als belangrijkste argument dat het bij de in geding zijnde conserverende aanslag niet gaat om een simpele vervroeging van het heffingstijdstip van een belastingaanslag die in Frankrijk in alle gevallen moet worden betaald.

Het Hof van Justitie wijst het beroep van de Franse belastingdienst op vorenstaande argumenten af met vergelijkbare bewoording als de A-G. Verder merkt het Hof van Justitie in zijn arrest op dat de Franse exitheffing een latente waardevermeerdering van aandelen in de belastingheffing trekt. Dit zorgt ervoor dat de Franse belastingdienst een heffingsrecht creëert over waardevermeerderingen die plaatsvinden nadat belastingplichtige is geëmigreerd. Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat de Franse regeling in strijd is met EU-recht.

De Nederlandse regeling is vergelijkbaar met de Franse regeling waardoor bovenstaande uitspraak gevolgen kon hebben voor Nederland. In navolging van het arrest *De Lasteyrie du Saillant* heeft de Staatssecretaris gereageerd bij brief door het vereiste van een zekerheidstelling bij conserverende aanslagen in relatie tot emigratie naar EU- en EER landen met ingang van 11 maart 2004 af te schaffen.⁴⁰

3.3.2 De zaak N

In de zaak N is het de vraag of de Nederlandse conserverende aanslag in strijd is met het EU-recht. Belanghebbende is op 22 januari geëmigreerd naar het Verenigd Koninkrijk. Op het moment van emigratie was belanghebbende enig aandeelhouder van drie Bv's waarvan de feitelijk leiding naar de Nederlandse Antillen is verplaatst. Er is aan belanghebbende een conserverende aanslag opgelegd. Er is uitstel verleend onder de verplichting zekerheid te

³⁸ HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95.

³⁹ HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97.

⁴⁰ 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8.

stellen. Deze verplichting is ingetrokken naar aanleiding van het arrest *De Lasteyrie du Saillant*.⁴¹

A-G Kokott heeft in onderhavige zaak een conclusie gewezen. Er is volgens de A-G toegang tot het verdrag. De A-G twijfelt echter of er wel sprake is van strijdigheid van de vrijheid van vestiging. De A-G vindt dat er geen sprake is van economische activiteit in de zin van art. 43 EG. Omwille van de eenvoud en het feit dat dit deel uitgekristalliseerd is, ga ik aan verdere argumenten voorbij. Het Hof van Justitie is van mening dat er sprake is van art. 43 EG. Er is derhalve sprake van een regeling die in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Nederland voert één rechtvaardigingsgrond aan:

- De rechtvaardigingsgrond die Nederland aanvoert is het territorialiteitsbeginsel. De A-G overweegt dat in het OESO-modelverdrag de heffingsbevoegdheid over aanmerkelijkbelang inkomsten in overeenstemming met het territorialiteitsbeginsel aan de woonstaat wordt toegewezen. Op het eerste gezicht wijkt art. 13, vijfde lid, OESO-modelverdrag hiervan af, omdat de bronstaat gedurende een periode van vijf jaar na emigratie het heffingsrecht krijgt toegewezen. Er wordt echter gewezen op het feit dat er geen sprake is van een afwijking omdat Nederland slechts bevoegd is te heffen op de in het binnenland ontstane waardeinstijgingen. Er is derhalve geen sprake van strijd met het gemeenschapsrecht. Verder analyseert de A-G waarom het Hof van Justitie in de *Lasteyrie du Saillant* tot een andere conclusie is gekomen. De oorzaak daarvan is dat de Franse wet geen specifieke, maar een algemene antimisbruikmaatregel kende die ook wordt toegepast in het geval er geen fiscale fraude is. De Nederlandse regeling heeft niet alleen het voorkomen van belastingontwijking als doel, maar maakt het tevens mogelijk om op een praktische manier de wijze van heffingsbevoegdheid van het verdrag toe te passen.

Het Hof van Justitie oordeelt als volgt. De Nederlandse regeling is in strijd met het EU-recht echter op basis van de aangevoerde rechtvaardigingsgrond hoeft de Nederlandse regeling niet te worden aangepast.

3.4 Exitheffingen binnen Nederland betreffende pensioenaanspraken

3.4.1 Pensioenemigratie arresten

De pensioenemigratie arresten betreffen drie arresten waarin de verdragstoepassing van fictieve inkomsten centraal staan.⁴²⁴³⁴⁴ Het gaat hier om de vraag hoe het heffingsrecht betreffende een pensioenafkoopsom die naar nationaal recht als fictief loon wordt aangemerkt binnen het verdrag wordt bepaald. Allereerst bevestigt de HR zijn visie dat de

⁴¹ HvJ 11 maart 2004, BNB 2004/258.

⁴² HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379.

⁴³ HR 5 september 2003, nr. 37 657, BNB 2003/379.

⁴⁴ HR 5 september 2003, nr. 37 670, BNB 2003/379.

vedragsbepalingen inzake arbeidsinkomsten een gesloten systeem vormen.⁴⁵⁴⁶ Dit zorgt ervoor dat art. 21 OESO-modelverdrag niet aan de orde kan komen. De Hoge Raad kiest voor zijn benadering om het fictief loon onder art. 18 te laten vallen op grond van twee argumenten:

- De HR is van mening dat de fictieve inkomsten niet vatbaar zijn voor heffing in de woonstaat. De Hoge Raad heeft de reikwijdte van het saldoartikel ingeperkt door te bepalen dat alleen vanuit de woonstaat moet worden gezien of het desbetreffende voordeel als inkomen kwalificeert. De aanduiding 'other items of income of a resident...' moet - aldus de HR- uitgelegd worden naar het concrete heffingsrecht van de woonstaat zoals dat ten aanzien van diens inwoners geldt. Fictief loon wordt in België niet in de heffing betrokken en voldoet aldus niet aan deze voorwaarde.
- Daarnaast is de HR van mening dat de fictief loonregeling impliciet bewerkstelligt dat verdragstechnisch een inkomenssoort kan wijzigen in een ander inkomenssoort, waardoor er eventueel een ander verdragsartikel van toepassing is. De HR ziet bijvoorbeeld de mogelijkheid om toekomstige vermogenswinsten en dividenduitkering te kunnen omzetten in arbeidsinkomen waardoor niet slechts de woonstaat heffingsbevoegd is maar alsmede de bronstaat.

De HR is op basis van bovenstaande argumenten van mening dat fictief loon onder art. 18 van het verdrag valt. De meningen binnen de literatuur zijn hierover verdeeld, echter zal ik hier verder niet op ingaan.⁴⁷

Vervolgens is het in de pensioenemigratie arresten de vraag hoe er dient te worden omgegaan met de afkoop van pensioen. Art. 19b, eerste lid, Wet LB 1964 zorgt ervoor dat in geval van afkoop van pensioen, het pensioen wordt geherkwalificeerd tot loon uit vroegere dienstbetrekking en wel op het tijdstip vlak voor het moment van afkoop. De visie van de staatssecretaris op dit punt is dat deze nationale herkwalificatie zou moeten doorwerken naar het verdrag. De HR maakt in r.o. 3.5 van zaak nr. 37 657 korte metten met de visie van de staatssecretaris. De visie van de staatssecretaris zou in strijd zijn met art. 31 Verdrag van Wenen. Dit artikel bepaalt dat bij de uitleg van verdragen er een zekere goede trouw is, zodat een eenzijdige wijziging niet doorwerkt naar het verdrag. De HR is van mening dat de goeder trouw wordt geschonden omdat Nederland in onderhavig geval een eenzijdige herkwalificatie kent die als uitkomst heeft dat Nederland heffingsbevoegdheid naar zich toe trekt. De HR is gelet op bovenstaande van mening dat een herkwalificatie als gevolg van een verboden handeling er niet voor zorgt dat Nederland heffingsbevoegdheid heeft.⁴⁸

⁴⁵ Zie HR 5 september 2003 37 657, R.o. 4.2.

⁴⁶ In HR 3 mei 2000, nr. 34 653 wordt bepaald dat er een gesloten systeem is met betrekking tot arbeidsinkomsten binnen het belastingverdrag.

⁴⁷ Zie oa. Noot Kavelaars BNB 2003/379.

⁴⁸ Met verboden handeling worden de verboden handeling in art. 19b Wet LB 1964 bedoeld.

3.4.2 Het arrest van 13 mei 2005

De pensioenemigratie arresten hebben een eenvoudig feitencomplex. De pensioengerechtigde/bestuurder van een pensioen BV ten gunste van wie het pensioen is opgebouwd emigreert naar resp. België en de Nederlandse Antillen. Zowel de pensioengerechtigde als de feitelijke leiding verplaatst naar België. In twee procedures gaat het om de loonbelastingheffing ingenomen door de zetelverplaatsing.⁴⁹ In de andere twee procedures gaat het om de ten gevolgen van de zetelverplaatsing opgelegde vennootschapsbelasting.⁵⁰

Ten gevolge van de zetelverplaatsing bij de pensioenemigratie arresten voldoet het pensioen niet meer aan de in art. 19a Wet LB 1964 gestelde voorwaarden. Dit leidt ertoe dat een eventuele facilitering niet meer aan de orde is. Dit geldt niet alleen ten opzichte van toekomstig pensioen, maar ook voor opgebouwde pensioenrechten. Art. 19a Wet LB 1964 eist dat de personenvennootschap in Nederland gevestigd dient te zijn en dat het pensioenvermogen tot het binnenlands vermogen behoort. Er zijn een aantal uitzonderingen, die in onderdeel c en f van art. 19a, eerste lid, Wet LB 1964 beschreven staan echter doen dergelijke uitzonderingen zich in bovenstaande casussen niet voor. De Nederlandse belastingdienst probeert het heffingsrecht over het pensioenvermogen veilig te stellen ingeval het pensioenvermogen het land verlaat. Bij een emigratie verplaatst tevens de zetel van de personenvennootschap en dus verlaat het pensioenvermogen Nederland. De Wetgever probeert de fiscale claim veilig te stellen door de pensioenverplichting tegen het hoogste inkomstenbelastingtarief in de heffing van de vennootschapsbelasting te betrekken. De Hoge Raad oordeelt in deze zaak dat een dergelijke benadering in strijd is met art. 18 van het belastingverdrag en dat het heffingsrecht in deze casussen niet aan Nederland toekomt.

3.4.3 Het arrest van 19 juni 2009

Het arrest van 19 juni 2009 leek het slotstuk te zijn betreffende de exitheffing bij pensioenen. Belanghebbenden zetten in 1993 bij de inbreng van hun onderneming in een BV hun FOR om in een bij de BV bedongen lijfrente. In 1996 emigreren belanghebbenden naar België. De belastingdienst legt bij emigratie geen conserverende aanslag op voor negatieve persoonlijke verplichtingen. De lijfrentes van beide belanghebbenden worden afgekocht in 2002. In 2002 legt de Nederlandse belastingdienst een aanslag op, omdat volgens de inspecteur er sprake is van negatieve persoonlijke verplichtingen ten gevolge van de afkoop. In geschil is of dit onder het oude verdrag met België is toegestaan.

De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat het in strijd is met het oude belastingverdrag met België dat Nederland bij afkoop van een lijfrente door een naar België geëmigreerde inwoner de volledige waarde van de aanspraak op te nemen als een negatieve persoonlijke verplichting. Het oude art. 22 van het belastingverdrag met België wijst de heffing van zowel

⁴⁹ HR 13 mei 2005, BNB 2005/233.

de termijnen als de afkoop van de lijfrentes toe aan België. Het is derhalve onmogelijk dat deze bepaling wordt ontgaan of uitgehold door een Nederlandse regeling. Nederland mag tevens niet het rendement over de periode na emigratie in mindering brengen en vervolgens een aanslag van negatieve persoonlijke verplichtingen opleggen. De schending van het verdrag wordt volgens de Hoge Raad niet weggenomen doordat de inspecteur bereid was om alleen de premieaftrek te belasten, zonder dat daar een wettelijke grondslag voor is. Het feit dat België een soortgelijke regeling heeft ingevoerd doet eveneens niet af aan schending van het belastingverdrag.⁵¹

Het bovenstaande arrest heeft weinig betekenis voor het nieuwe, huidige belastingverdrag met België. Het nieuwe verdrag met België bevat in art. 18, paragraaf 3, een specifieke bepaling voor afkoopsommen van lijfrenten en pensioenen. In deze paragraaf heeft Nederland een bronstaatheffing opgenomen ingeval er sprake is van afkoopsommen van pensioenen, lijfrenten en soortgelijke beloningen waarbij de uitbetaling plaatsvindt voordat reguliere uitkeringen worden gedaan. In art. 18, paragraaf 4, is er vervolgens een bepaling opgenomen die regelt uit welke staat een pensioen, lijfrente of soortgelijke beloning afkomstig is. In het bovenstaande is arrest nog geen sprake van een bronstaatheffing ingeval van afkoop, waardoor bovenstaand arrest weinig betekenis heeft omtrent het belastingverdrag met België. Na het opnemen van een bronstaatheffing in het verdrag met België betekent dit dat Nederland wel inkomstenbelasting kan heffen ingeval van afkoop van pensioen.

Het bovenstaande arrest is echter nog van betekenis aangezien een dergelijke bronstaatheffing in een groot aantal belastingverdragen nog niet is opgenomen. Nederland zou gezien het arrest in deze gevallen geen inkomstenbelasting kunnen heffen wanneer er sprake is van afkoop van pensioen, lijfrenten of soortgelijke beloningen. Dit was volgens de staatssecretaris niet wenselijk waarna hij direct reparatiewetgeving heeft aangekondigd.⁵²

3.4.4 Het arrest van 14 juli 2017

Op 19 juni 2009 oordeelde de HR, zoals hiervoor beschreven, dat het opleggen van een conserverende aanslag aan een geëmigreerde pensioen- of lijfrentegerechtigde in strijd was met de goede verdragstrouw die volgens het Verdrag van Wenen in acht dient te nemen. Kort gezegd kan Nederland geen regeling opnemen waarbij Nederland een eenzijdig heffingsrecht naar zich toe trekt waar zij volgens het belastingverdrag geen recht op zou hebben. De Tweede en Eerste kamer waren sceptisch over het wetsvoorstel waarin art. 3.136 Wet IB 2001 werd aangenomen. Art. 3.136 Wet IB 2001 regelt dat Nederland de genoten premieaftrek en het daarover behaalde rendement weer terug kan nemen in gevallen van emigratie. Na de reparatiewetgeving is in de literatuur de discussie weer opgelaaide of een dergelijke regeling niet in strijd is met de goede verdragstrouw van het

⁵¹ HR 19 juni 2009, nr. 44 050, V-N 2009/29.10.

⁵² Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2009, DB2009/329 M, betreffende "wetsvoorstel conserverende aanslagen pensioen en lijfrente", Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 5.

Verdrag van Wenen. Dit leidde dan ook tot het arrest van de HR die gewezen is op 14 juli 2017.

In het arrest staat de volgende casus centraal. Belanghebbende heeft in 1997 zijn onderneming ingebracht in een BV-structuur. Daarbij heeft hij een lijfrente bedongen. Belanghebbende heeft binnen deze structuur tot 2009 een pensioen in eigen beheer opgebouwd. In 2014 is belanghebbende verhuisd naar Frankrijk. In verband met de emigratie heeft de inspecteur een conserverende aanslag en een beschikking revisierente opgelegd. In verband hiermee heeft de rechtbank prejudiciële vragen aan de HR gesteld over mogelijke strijd met de goede verdragstrouw.⁵³

De rechtbank heeft ter zake van de hiervoor beschreven casus twee prejudiciële vragen voorgelegd aan de HR:

Vraag 1: Komt het in de heffing betrekken bij conserverende aanslag van negatieve uitgaven bij emigratie ter zake van een lijfrente aanspraak voor het op grond van artikel 3.136, tweede lid, van de Wet IB 2001 bepaalde bedrag in een situatie als die van belanghebbende in strijd met de goede trouw die in acht moet worden [genomen] bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag Nederland-Frankrijk?

Vraag 2: Komt het in de heffing betrekken bij conserverende aanslag van negatieve uitgaven bij emigratie ter zake van een pensioenaanspraak voor het op grond van artikel 3.136, derde lid, van de Wet IB 2001 bepaalde bedrag in een situatie als die van belanghebbende in strijd met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag Nederland-Frankrijk?⁵⁴

3.4.4.1 Overwegingen van de A-G ten opzichte van lijfrenten

De premieaftrek wordt anders dan onder de Wet IB 1964 onder het huidige systeem ook teruggenomen wanneer de lijfrente aanspraak bij emigratie niet wordt afgekocht. Er is een fictief genietingsstijdstip, deze heeft echter niet tot gevolg dat inkomsten onder een ander verdragsartikel komen te vallen dan waaronder zij naar hun aard vallen.⁵⁵ In BNB 2003/379 laat artikel 3 paragraaf 2 van het oude belastingverdrag Nederland-Belgie, dat gelijk is aan de bepaling van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk, ruimte om inkomsten te belasten volgens de Nederlandse wettelijke bepalingen met betrekking tot het tijdstip waarop inkomsten in aanmerking worden genomen.

De A-G ziet de ruimte ook voor onderhavig geval, waarin Nederland een faciliteit terugneemt. Nederland is niet gebonden om een dergelijke faciliteit te verlenen.⁵⁶ Daarnaast zorgt het terugnemen van de premieaftrek er niet voor dat inkomsten die normaal

⁵³ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, BNB 2017/186.

⁵⁴ HR, 14 juli 2017, nr. 17/01256 onderdeel 3.5, BNB 2017/186.

⁵⁵ Zie HR BNB 2003/379 (zie onderdeel 7.2).

⁵⁶ HR, 14 juli 2017, nr. 17/01256 (onderdeel 9.28), BNB 2017/186.

gesproken in de woonstaat worden belast buiten het bereik van hun belastingheffing komen. Met andere woorden, de woonstaat verliest geen heffingsrecht.⁵⁷ Daarnaast kunnen de negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen niet tot 'items of income' leiden waar het restartikel op toeziet.

Na inwerktreding van de Wet IB 2001 (en al voor de reparatiewetgeving was aangekondigd) werd de premieaftrek ten behoeve van lijfrentepremies onder voorwaarden verleend.⁵⁸ De sanctie die werd gekoppeld aan het niet meer voldoen aan een van de voorwaarden of het verrichten van één van de besmette handelingen veranderde, maar niet de verantwoordelijkheid van de faciliteit. De A-G ziet derhalve geen reden waarom het terugnemen van de in aftrek gebrachte lijfrentepremies niet terug kan worden genomen. Volgens de A-G hoeft het terugnemen van in het verleden in aftrek gebrachte lijfrentepremies niet in strijd te zijn met de goede verdragstrouw, omdat de sanctie die gold moet worden getoetst aan de goede verdragstrouw ten tijde van het niet meer voldoen aan een van de voorwaarden of het verrichten van één van de besmette handelingen. Het tevens terugnemen van in aftrek gebrachte lijfrentepremies in de periode 2001 tot 19 juni 2009 brengt volgens de A-G niet met zich mee dat sprake is van terugwerkende kracht.

De A-G is dan ook van mening, dat de in art. 3.136, tweede lid, Wet IB 2001 niet in strijd is met de goede verdragstrouw die in acht moet worden genomen bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag Nederland-Frankrijk.⁵⁹

3.4.4.2 Overwegingen van de A-G ten opzichte van pensioenaanspraken

De heffing over pensioen kenmerkt zich door een gesloten stelsel.⁶⁰ Dit gesloten stelsel brengt met zich mee dat in een geval zoals bij belanghebbende de heffing ofwel onder artikel 15 van het Verdrag valt, ofwel onder artikel 18 van het Verdrag. De heffing over pensioen kan slechts onder artikel 15 van het Belastingverdrag vallen bij de verkrijging van een aanspraak. De systematiek omtrent pensioenen is echter niet op deze manier vormgegeven. De aanspraken en bijdragen zijn in beginsel loon, waarna ze worden vrijgesteld van heffing. De aanspraken en bijdragen worden als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking genomen, zonder dat zij bij de verkrijging werden aangemerkt als uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Dit systeem is dermate anders dan het lijfrentesysteem, aangezien ten aanzien van pensioen er geen symmetrische situatie is.

Het is volgens de A-G niet beslissend of op nationaal niveau een fictie nodig is om heffingsbevoegdheden te behouden of te verkrijgen om in strijd te zijn met de goede trouw uit het Verdrag van Wenen. Het is slechts beslissend of dit op verdragsniveau wordt beschouwd als het naar zich toetrekken van heffingsbevoegdheden waarmee de

⁵⁷ Zie HR BNB 2003/379 (zie onderdeel 7.2).

⁵⁸ Zie artikel 45, zesde lid, Wet IB 1964 (zie onderdeel 4.1).

⁵⁹ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, BNB 2017/186.

⁶⁰ HR BNB 2009/263

verdragswerking eenzijdig wordt gewijzigd.⁶¹ Zonder de herkwalficatie en het fictief genietingstijdstip uit art. 3.146, zesde lid, Wet IB 2001 zou Nederland op verdragsniveau niet kunnen heffen.

Uit HR BNB 2005/233 blijkt dat een fictie niet mag bewerkstelligen dat de belastingheffing wegens na die toekenning optredende gebeurtenissen aan de werking van artikel 18 van het Verdrag wordt onttrokken.⁶² Door een beperkte uitleg te geven aan 'verkregen door' (artikel 15 Verdrag) en 'betaald aan' (artikel 18 Verdrag) zou volgens de A-G een fictieve heffing onder geen van beide artikelen vallen. A-G Wattel heeft eerder geconcludeerd dat uit HR BNB 2003/379 en BNB 2003/381 moet worden afgeleid dat moet worden beoordeeld aan welke staat heffing zou zijn toegewezen indien het inkomensbestanddeel daadwerkelijk zou zijn verkregen/betaald. Volgens de A-G zijn de aard van de inkomsten beslissend.

In casus is geen sprake van verkrijging van een pensioenaanspraak, dus valt de heffing onder artikel 18 Verdrag. Nederland rekent eerder vrijgestelde aanspraken en bijdragen wederom tot het loon. In wezen heft Nederland derhalve over loon uit vroegere dienstbetrekking, dit val onder artikel 18 van het Verdrag. De A-G meent dat indien de lijn wordt gevolgd dat de vrijstelling wordt teruggenomen, er dubbele heffing ontstaat.⁶³ Heffing over de aanspraken en bijdragen wijkt onder omstandigheden niet wezenlijk af van de afkoop van de aanspraak.⁶⁴ De A-G komt gezien het bovenstaande tot de conclusie dat de reparatiewetgeving, voor zover die betrekking heeft op pensioenen, in strijd is met de goede verdragstrouw.

3.4.4.3. Overwegingen van de Hoge Raad ten opzichte van lijfrenten

De wettelijke regeling in artikel 3.136, eerste lid, in verbinding met artikel 3.137, eerste lid, van de Wet IB 2001, komt erop neer dat bij de emigratie van een verzekeringnemer van, dan wel de aldaar bedoelde gerechtigde tot een aanspraak op lijfrente, negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking worden genomen ter grootte van de waarde in het economische verkeer van die aanspraak. Indien art. 3.136, eerste lid, Wet IB 2001 als gevolg van een belastingverdrag niet kan worden toegepast worden de eerder in aftrek gebrachte premies voor die aanspraak als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking genomen. Deze worden volgens artikel 3.146, vierde lid, Wet IB 2001 geacht te zijn genoten op het tijdstip onmiddellijk voor emigratie.

De omstandigheid dat de negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen volgens de Nederlandse wetgeving geacht worden te zijn genoten op een tijdstip waarop de belastingplichtige nog ingezetene van Nederland is brengt in beginsel mee dat de werknemer ter zake van een heffing over die negatieve uitgaven geen beroep kan doen op rechten die op grond van een belastingverdrag toekomen aan inwoners van het land

⁶¹ Zie HR BNB 2003/379 (zie onderdeel 7.2).

⁶² Conclusie uit HR BNB 2005/233 (zie onderdeel 6.3) getrokken in HR BNB 2009/263 (onderdeel 6.4).

⁶³ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256 (zie onderdeel 9.56), BNB 2017/186.

⁶⁴ Zie het hierboven beschreven Hongarije-arrest.

waarnaar hij zijn woonplaats verlegt.⁶⁵ Een heffing kan volgens de HR in strijd komen met de goede trouw als daarmee een voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard bezien ter heffing is toegewezen aan de immigratiestaat.⁶⁶

Op grond van artikel 22 van het Verdrag Nederland-Frankrijk is Frankrijk slechts bevoegd om belasting van haar inwoners te heffen over zowel de termijnen als de afkoopsom. De goede trouw uit het Verdrag van Wenen brengt met zich mee dat zij niet kan worden uitgehold of ontgaan door een eenzijdige regeling op grond waarvan de waarde van de aanspraak op de lijfrente tot het inkomen wordt gerekend vlak voordat belastingplichtige emigreert.⁶⁷ De toepassing van artikel 3.136, tweede lid, Wet IB 2001 leidt niet tot een heffing over de waarde van de aanspraak. De bepaling zorgt er slechts voor dat de als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aftrek gebrachte premies van lijfrente in verband met de emigratie van de lijfrente gerechtigde in aanmerking worden genomen als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Dit leidt er volgens de HR toe dat niet de waarde van de aanspraak wordt belast, maar dat een voorwaardelijk verleende aftrek wordt teruggenomen.⁶⁸

De hiervoor beschreven systematiek geldt niet in de periode 1 januari 2001 tot 16 juli 2009. De wettelijke systematiek leidde er in die periode toe dat bij emigratie van de belastingplichtige in wezen belasting werd geheven over de waarde van de aanspraak op lijfrente. Die heffing had geen betrekking op het bedrag van de premie die voor de verwerving van de lijfrente was betaald. Van de aftrek van de lijfrentepremies die in deze periode zijn betaald kan niet worden gezegd dat zij een voorwaardelijk karakter hadden. Ditzelfde geldt voor de lijfrentepremies die zijn betaald voor 1 januari 1992, omdat de wet toen geen mogelijkheid kende om in aftrek gebrachte persoonlijke verplichtingen terug te nemen.

De HR antwoordt de eerste vraag als volgt;

‘Het in de heffing betrekken bij conserverende aanslag van negatieve uitgaven bij emigratie ter zake van een lijfrenteaanspraak voor het op grond van artikel 3.136, tweede lid, van de Wet IB 2001 bepaalde bedrag komt niet in strijd met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing van het Verdrag, voor zover de desbetreffende uitgaven zijn gedaan in de periode van 1 januari 1992 tot 1 januari 2001 of in de periode na 15 juli 2009.’

3.4.4.4. Overwegingen van de Hoge Raad ten opzichte van pensioenaanspraken

De waarde in het economisch verkeer van opgebouwde aanspraken van een pensioenregeling worden op grond van art. 3.83, eerste lid, Wet IB 2001 tot het loon van de

⁶⁵ HR, 14 juli 2017, nr. 17/01256, BNB 2017/186.

⁶⁶ zie HR 19 juni 2009, nr. 43978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201, BNB 2009/263 .

⁶⁷ zie HR 19 juni 2009, nr. 43978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201, BNB 2009/263 .

⁶⁸ HR 7 december 2001, nr. 35231, ECLI:NL:HR:2001:AD6774, BNB 2002/42 .

belastingplichtige gerekend indien de werknemer aan wie het pensioen is toegezegd, en, anders dan door overlijden, ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn. Indien dit artikel niet kan worden toegepast als gevolg van een belastingverdrag wordt volgens art. 3.136, derde lid, Wet IB 2001 als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking genomen de aanspraken en bijdragen van de pensioenregeling voor zover deze volgens art. 3.81 Wet IB 2001 niet tot het loon zijn gerekend. Art. 3.146, vierde lid, zorgt ervoor dat de negatieve uitgaven worden geacht te zijn genoten op het tijdstip dat onmiddellijk aan de emigratie voorafgaat.

Ten aanzien van pensioen bevat het Verdrag twee toewijzingsregels die beide in aanmerking kunnen komen en elkaar tevens uitsluiten. Dit betreft de artikelen 15 en 18. De toekenning van een aanspraak op pensioen is een beloning ter zake van een dienstbetrekking als bedoeld in artikel 15 van het Verdrag. Ingevolge deze bepaling mag Nederland in een verdragssituatie de waarde van de aanspraak belasten, voor zover de dienstbetrekking in Nederland wordt uitgeoefend.⁶⁹ Indien art. 3.83, eerste lid, Wet IB 2001 geen toepassing vindt dan kan ingevolge art. 3.136, derde lid, Wet IB 2001 de niet tot het loon gerekende aanspraken en bijdragen als negatieve uitgaven voor inkomensvoorziening worden aangemerkt. Artikel 18 van het Verdrag staat hieraan niet in de weg. Die bepaling heeft betrekking op de inkomsten die voortvloeien uit de pensioenaanspraak of de bijdragen voor pensioen, en niet op het alsnog belasten van een voorwaardelijk vrijgestelde aanspraak op of bijdragen in de gevallen waarin niet langer aan de voorwaarden is voldaan. Dit is tevens de systematiek in de gevallen waarin eerder verleende vrijstellingen in de nationale wet worden teruggenomen, zoals het geval is in art. 3.136, derde lid, Wet IB 2001. De vormgeving van de wet heeft niet tot gevolg dat de bijtelling geen beloning in de zin van artikel 15 of 18 van het Verdrag zou zijn. De werking van de toewijzingsregels van het Verdrag worden niet ondergraven en dus ook de daarbij in acht te nemen goede trouw wordt niet geschonden volgens de HR.

De HR plaatst overigens als kanttekening hierbij dat de voorschriften die golden tot de inwerkingtreding van de regeling in 2009 wezenlijk verschilden. Deze regeling voorziet in het alsnog in de heffing betrekken van aanspraken en bijdragen ingevolge een pensioenregeling voor zover deze aanspraken en bijdragen volgens art. 3.81 Wet IB 2001 niet tot het loon zijn gerekend. Op grond van de voordien geldende voorschriften werd in voorkomende gevallen de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraak belast op basis van een fictie. Deze voorschriften voorzagen niet in het terugnemen van een voorwaardelijke vrijstelling, maar een heffing over de opgebouwde pensioenrechten. De onvoorwaardelijk verleende vrijstelling kan daarom niet op de voet van deze bepaling worden teruggenomen zonder schending van de goede trouw.

⁶⁹ Zie HR 19 juni 2009, nr. 43978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201, BNB 2009/263.

De HR antwoordt als volgt ten aanzien van pensioen;

‘het in de heffing betrekken bij conserverende aanslag van negatieve uitgaven bij emigratie ter zake van een pensioenaanspraak voor het op grond van artikel 3.136, lid 3, van de Wet IB 2001 bepaalde bedrag komt niet in strijd met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing van het Verdrag, voor zover het gaat om aanspraken en bijdragen ingevolge een pensioenregeling die na 15 juli 2009 op grond van artikel 3.81 van de Wet IB 2001 niet tot het loon zijn gerekend.’

3.4.4.5 Gevolgen van het arrest

Het arrest is met name relevant voor emigratie naar landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft dat voor lijfrente en/of pensioen uitsluitend woonstaatheffing voorschrijft. In casu gaat het om het Verdrag met Frankrijk uit 1973. Het verdrag met Frankrijk kent geen bronstaatheffing voor reguliere periodieke uitkeringen en tevens ook niet in het geval van afkoop van pensioen. Artikel 3.136, tweede en derde lid, Wet IB 2001 geven voor verdragen zonder bronstaatheffing de ruimte aan de Nederlandse belastingdienst om, vlak voor het moment van emigratie, conserverende aanslagen op te leggen voor de in de Nederlandse periode in aftrek gebrachte premies voor lijfrenten en vrijgestelde aanspraken en bijdragen voor pensioenen. Voor het arrest van juli 2009 werden conserverende aanslagen opgelegd over de volledige waarde economisch verkeer van de bij emigratie opgebouwde rechten. De benadering die destijds werd gehanteerd was in strijd met de goede verdragstrouw bij soortgelijke belastingverdragen als het verdrag met Frankrijk. Nadien is er zoals eerder beschreven een andere benadering van het slechts terugnemen van eerder genoten aftrek of vrijstelling. De nadruk ligt volgens de HR bij het uitgangspunt dat als gevolg van art. 3.136, tweede en derde lid, Wet IB 2001 sprake is geweest van een aftrek van premies en een vrijstelling van aanspraken met een voorwaardelijk karakter.

De benadering die de HR heeft gekozen brengt met zich mee dat tussen het gewezen arrest in 2009 en de nu opgelegde conserverende aanslagen ten aanzien van lijfrente en pensioen het bedrag moet worden herzien. De premies en vrijstellingen voor juli 2009 moeten eruit worden ‘gefilterd’. Bij alleen lijfrenten kunnen nog oude premies, de periode van de brede herwaardering in 1992 en 2001, wel worden meegenomen in de conserverende aanslag, omdat de nationale regeling destijds ook een voorwaardelijk karakter had. De HR gebruikt het woord compartimentering voor een dergelijke benadering. De gewezen systematiek die de HR hanteert brengt echter de nodige uitvoeringslasten met zich mee. Bij toekomstige conserverende aanslagen moet de compartimentering plaatsvinden, zodat er precies dient te worden onderzocht welk bedrag in welk jaar in aftrek is gebracht. Let wel op dat de conserverende aanslag slechts wordt ingevorderd indien er een besmette handeling in de tienjaaruitsteltermijn plaatsvindt. Daarnaast heeft de HR benadrukt dat voor de benadering die dient te worden gehanteerd het feit dat het ‘pensioen in eigen beheer’ is opgebouwd

geen criterium is. Naar mijn mening betekent dit dat deze manier van compartimenteren relevant is voor al het pensioen waarop de omkeerregel van toepassing is.

Naar aanleiding van het arrest van 14 juli 2017 heeft de wetgever ervoor gekozen om de te hanteren systematiek op te nemen in de wet. In het Belastingplan 2019 is ervoor gekozen om de systematiek per 1 januari 2019 in artikel 10a.19 Wet IB 2001 op te nemen en luidt als volgt;

Artikel 10a.19 Overgangsbepaling conserverende aanslagen lijfrente en pensioen

‘1. Voor de toepassing van artikel 3.136, tweede lid, blijven de aldaar bedoelde premies buiten beschouwing voor zover deze betrekking hebben op de periode tot en met 31 december 1991 of op de periode van 1 januari 2001 tot en met 15 juli 2009.

2. Voor de toepassing van artikel 3.136, derde lid, blijven de aldaar bedoelde aanspraken en bijdragen buiten beschouwing voor zover deze betrekking hebben op de periode tot en met 15 juli 2009.’

De wetgever heeft er zodoende voor gekozen om de compartimentering op te nemen in hoofdstuk 10A, het hoofdstuk voor ‘Overig overgangsrecht ten gevolge van wijzigingswetten’. Naar mijn mening is de plek die de wetgever heeft gekozen om de compartimentering op te nemen niet juist. De wetgever heeft namelijk een eerdere bepaling omtrent het compartimenteren in hoofdstuk 3 Wet IB 2001 opgenomen. Het had volgens mij juister geweest om een dergelijke bepaling op te nemen in een toegevoegd lid bij artikel 3.136 Wet IB 2001 zodat de wijze van compartimentering duidelijker is.

3.5 Subconclusie

Het is duidelijk dat de Staatssecretaris veel waarde hecht aan het heffingsrecht op pensioenaanspraken. De Staatssecretaris probeert door middel van extheffingen het heffingsrecht te behouden. De conserverende aanslag die hiermee gepaard gaat is niet in strijd met Europees Recht zolang hier geen voorwaarden aan verbonden zijn.

De strijd die de Nederlandse staatssecretaris voert om heffingsbevoegdheid te hebben op pensioen- en lijfrenteaanspraken ingeval van emigratie lijkt gestreden nadat het arrest van 19 juni 2009 is gewezen. De Staatssecretaris legt zich hier echter niet bij neer en kondigt direct na het arrest reparatiewetgeving aan waarbij de Staatssecretaris alsnog het heffingsrecht verkrijgt bij de combinatie van een verboden handeling en emigratie. De reparatiewetgeving is in de literatuur veelal bekritiseerd omdat Nederland een heffingsrecht creëert. Dit was dan ook de reden dat er uiteindelijk in deze kwestie een arrest is gewezen. Het arrest op 14 juli 2017 bepaalde dat Nederland geen heffingsrecht creëerde en dat pensioenaanspraken een voorwaardelijk karakter hebben. Nederland mag derhalve ingeval van emigratie de pensioenpremies terugnemen. Nederland mag echter niet over de rentecomponent van pensioenaanspraken heffen. Het arrest lijkt het slotstuk te zijn van de

decennialange strijd van de Nederlandse fiscus om te kunnen heffen over in Nederland opgebouwde pensioenaanspraken in geval van emigratie naar het buitenland. Alhoewel de discussie omtrent het voorwaardelijk zijn van de pensioenpremie aftrek geen eenduidig antwoord betreft.

Hoofdstuk 4 De wezenlijke verschillen tussen lijfrenten en pensioen

4.1 Inleiding

De manier van heffen en de kenmerken van lijfrenten en pensioen zijn in de eerdere hoofdstukken aan bod gekomen. Lijfrenten en pensioen werden beide op verschillende wijze in de belastingheffing betrokken. Hoewel beide onder het EET systeem werden belast, het systeem waar de premies aftrekbaar zijn en de uitkeringen worden belast, zijn er ook verschillen. In de praktijk komen pensioenaanspraken veel vaker voor dan lijfrenten, waardoor het belang voor de Nederlandse schatkist ten aanzien van de heffing op pensioen groot is. In het arrest 14 juli 2017 heeft de HR de heffing over lijfrente en pensioen min of meer gelijkgetrokken, op de periode van 1992 tot 1 januari 2001 na. De verschillende aspecten van lijfrenten en pensioen en hun wezenlijke verschillen zullen in dit hoofdstuk worden beschreven.

4.2 De verschillen tussen lijfrenten en pensioen

4.2.1 Het verschil op nationaal niveau

4.2.1.1 Verzekeringsvormen

De definitie van lijfrente is opgenomen in art. 1.7, eerste lid, van de Wet IB 2001. Deze definitie heeft betekenis voor de belastbaarheid van ontvangen lijfrentetermijnen.⁷⁰ De definitie is, zoals eerder beschreven, in belangrijke mate ontleend aan artikel 45, zesde lid, Wet IB 1964. De definitie wijkt op één belangrijk punt af. Na de herziening van de Wet IB 2001 werd namelijk als negatieve uitgaven van persoonlijke verplichtingen ook het behaalde rendement over de in aftrek gebrachte premies voor lijfrenten in de heffing van de Wet IB 2001 betrokken. Om als lijfrenten te kwalificeren zijn de begrippen ‘overeenkomst van levensverzekering’, ‘vast en gelijkmatig’ en ‘periodieke uitkeringen’ van belang.

De definitie van het begrip ‘overeenkomst van levensverzekering’ wordt in artikel 1.6a Wet IB 2001 vormgegeven. In die bepaling is geregeld dat onder een levensverzekering wordt verstaan: een overeenkomst van levensverzekering als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (‘WFT’). In dat kader neemt de Staatssecretaris van Financiën het standpunt in dat voor de toepassing van de Wet IB 2001 volledig wordt aangesloten bij de uitleg die de Nederlandsche Bank aan het begrip levensverzekering geeft in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf. De fiscale toets behoeft zodoende niet afzonderlijk te worden uitgevoerd.⁷¹ In het Rapport werkgroep levensverzekeringen WTV-Wet IB zijn nadere criteria opgenomen betreffende de inhoud van het begrip levensverzekering.⁷² Deze houden kortgezegd in dat van een levensverzekering eerst sprake kan zijn indien de begunstigde een

⁷⁰ De belastbaarheid is geregeld in artikel 3.100 Wet IB 2001.

⁷¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 1 december 2000, nr. CPP2000/2752M, V-N 2000/55.1 p. 5061.

⁷² Werkgroep, ‘Rapport van de werkgroep levensverzekeringen WTV-Wet IB van 4 juni 1993’, FED 1993/525.

gerede kans heeft dat de overeenkomst hem meer oplevert dan de waarde van de ter zake betaalde premies vermeerderd met het door de verzekeraar behaalde rendement.

De definitie van het begrip ‘periodieke uitkeringen’ kan worden afgeleid uit art. 3.100 Wet IB 2001. De uitdrukking ‘periodieke uitkeringen en verstrekkingen’ is in de Wet IB 2001 niet gedefinieerd. De vereisten zijn echter wel af te leiden uit jurisprudentie die in dit kader is gewezen onder het Besluit IB 1941 en de Wet IB 1964 en behouden haar belang voor de Wet IB 2001. De meest gangbare omschrijving van een ‘periodieke uitkering en verstrekking’ luidt als volgt: ‘een periodieke uitkering of verstrekking is een uitkering of verstrekking welke een onderdeel is of kan zijn van een reeks van uitkeringen of verstrekkingen waarvan het totale beloop afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis, zulks beoordeeld vanuit de schuldenaar en naar het moment waarop de uitkeringen of verstrekkingen een aanvang nemen, een en ander voor zover de uitkeringen en verstrekkingen niet een onderdeel vormen van een complex van rechten en verplichtingen die bij voortduring tegenover elkaar staan.’⁷³ Op lijfrenten is het onzekerheidsvereiste specifiek toegespitst. Bij lijfrente komt het onzekerheidsvereiste vaak neer op de kans op overlijden. De Staatssecretaris van Financiën heeft zich beleidsmatig op het standpunt gesteld dat indien een combinatie van lijfrenten uit art. 3.125 Wet IB 2001 het geval is elk van deze lijfrente moet voldoen aan het onzekerheidsvereiste. Dit leidt ertoe dat indien zich een combinatie van type lijfrente voordoet dat elk type lijfrente apart op het onzekerheidsvereiste dient te worden getoetst.

Naast de voornoemde begrippen dient tevens te worden voldaan aan het begrip ‘vast en gelijkmatig’. De gelijkmatigheid is overgenomen uit artikel 45, zesde lid, Wet IB 1964 en houdt in dat de uitkeringen met gelijke tussenpozen dienen te worden gedaan. Een maandelijks gelijke uitkering zou dus een mogelijkheid kunnen zijn. Het begrip ‘vast’ vindt tevens zijn oorsprong in artikel 45, zesde lid, Wet IB 1964 en houdt in dat de uitkeringen onderling in beginsel steeds een gelijke hoogte moeten hebben. In de parlementaire behandeling is tevens naar voren gekomen dat in navolging van artikel 19b, eerste lid, onderdeel b, Wet LB 1964 de begrippen ‘prijsgeven’ en ‘formeel en feitelijk’ zijn toegevoegd. De wetgever beoogt hiermee te voorkomen dat een aanspraak op een lijfrente, die voor de toepassing van de invorderingswet als voorwerp van zekerheid dient teneinde uitstel van belastingbetaling te realiseren, als een belaste aanspraak wordt aangemerkt.⁷⁴

Een lijfrenteverzekering is bedoeld als een aanvulling op je pensioen. Dit impliceert dat een belastingplichtige slechts een bedrag mag aftrekken van box 1 inkomen voor zover er een pensioentekort is. Een pensioentekort ontstaat bijvoorbeeld als een belastingplichtige in het buitenland heeft gewerkt en daar geen pensioen heeft opgebouwd.⁷⁵ Indien de belastingplichtige in een bepaald jaar niet zijn volledige jaarruimte in aftrek brengt dan mag het restant in een later jaar alsnog worden gebruikt. Dit noemt men de reserveringsruimte.

⁷³ Vakstudie Inkomstenbelasting, art. 1.7 Wet IB 2001, aant.2.

⁷⁴ *MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 76.*

⁷⁵ Overigens kan ook in een puur Nederlandse situatie een pensioentekort ontstaan.

Met betrekking tot pensioen mag er in een bepaald jaar voor maximaal 12.678 euro in aftrek worden gebracht.⁷⁶⁷⁷ Indien deze niet volledig wordt benut kan voor het overige een aftrekbare lijfrenteverzekering worden afgesloten.

In art. 1.7 van de Wet IB 2001 wordt voor de definitie van pensioen aangehaakt bij het begrip dat wordt gehanteerd in de Wet LB 1964. In art. 18, eerste en tweede lid, Wet LB 1964 is de definitie van het begrip ‘pensioenregeling’ opgenomen. Op grond van de huidige wettekst wordt onder een pensioenregeling verstaan een regeling die uitsluitend, of met het oog op uitzonderlijke gevallen van restbegünstiging, nagenoeg uitsluitend ten doel heeft het treffen van een of meer van de volgende pensioenvormen:

- ‘Een levenslange inkomensvoorziening bij ouderdom voor werknemers en gewezen werknemers (een ouderdomspensioen).
- Een inkomensvoorziening na hun overlijden ten behoeve van hun echtgenoten en gewezen echtgenoten, dan wel van degenen met wie zij duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren of hebben gevoerd en met wie geen bloed- of aanverwantschap in de eerste graad bestaat (een partnerpensioen).
- Een inkomensvoorziening na hun overlijden ten behoeve van hun kinderen en pleegkinderen die de leeftijd van 30 jaar nog niet hebben bereikt (een wezenpensioen).
- Een inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid zodra die langer dan een jaar duurt en welke niet uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk moet worden geacht (een arbeidsongeschiktheidspensioen).
- Het ouderdomspensioen na het bereiken van 41 deelnemingsjaren aanvult (een deelnemingsjarenpensioen).
- Het partnerpensioen dan wel wezenpensioen aanvult in verband met het ontbreken van uitkeringen ingevolge de Algemene nabestaandenwet en het verplicht in verschuldigde premie voor de volksverzekeringen over het pensioen voor en na de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in artikel 7a, eerste lid, van de Algemene Ouderdomswet (een nabestaandenoverbruggingspensioen.)’⁷⁸

In de pensioenregeling dient te worden opgenomen dat de aanspraken niet kunnen worden afgekocht, vervreemd of prijsgegeven, dan wel formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid kunnen worden. De pensioenregeling dient te worden ondergebracht bij een lichaam als bedoeld in art. 19a, eerste lid, Wet LB 1964. De regeling dient tevens binnen de hier boven genoemde begrenzings uit art. 18 Wet LB 1964 blijven.

Tijdens de parlementaire behandeling bij de invoering van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 wordt beschreven dat pensioenaanspraken fiscaal worden behandeld als uitgesteld loon. De

⁷⁶ Dit verschilt overigens per inkomen, de berekening die hiervoor geldt is als volgt: (Inkomen 2019 – 12.678 euro)*0.133.

⁷⁷ Tot een maximale premiegrondslag van 107.593 euro.

⁷⁸ Artikel 18 Wet LB 1964.

belastingheffing vindt niet plaats op het moment van toekenning van de aanspraak, maar op het moment van het genieten van de pensioentermijnen. Daarnaast wordt de rente aangroei van het uit premies gevormde pensioenvermogen niet belast. Dit noemt men de zogenoemde ‘omkeerregel’ en sluit aan bij de feitelijke inkomensbeleving van belastingplichtigen. Er is volgens de Staatssecretaris geen reden om deze omkeerregel ter discussie te stellen. De Staatssecretaris wil echter zekerheid over de heffing van de uitkeringen. In de brief van 11 april 1994 wordt aangegeven dat er geen zekerheid is dat de fiscale coherentie bij handhaving van de systematiek kan worden verzekerd.⁷⁹ De Staatssecretaris heeft in de nota inzake een verkenning van het belastingstelsel voor de 21^e eeuw aangegeven dat de problematiek van grensoverschrijding verder beperkt zou kunnen worden in een stelsel met een voorwaardelijk aftrek van pensioen- en lijfrentepremies en een voorwaardelijke vrijstelling van pensioenaanspraken. De Staatssecretaris geeft daarnaast aan dat deze gedachte zo moet worden vormgegeven dat een dergelijke opzet blijft binnen de grenzen die de EU regelgeving stelt.⁸⁰ Opvallend hierbij is dat de Staatssecretaris aangeeft tot een mogelijkheid van een voorwaardelijke vrijstelling/aftrek en dat er bij een dergelijke opzet dient te worden gekeken naar EU regelgeving. In het arrest van 14 juli 2017 is er echter in zijn geheel niet gekeken naar EU wetgeving. Naar mijn mening had een vermelding van het EU recht en een toetsing aan deze regelgeving binnen het arrest gepast.

4.2.1.2. Juridische basis

Het grootste principiële verschil is dat een pensioen zoals beschreven in de Pensioenwet is gebaseerd op een pensioenregeling die deel uitmaakt van de arbeidsvoorwaarden tussen werkgever en werknemer.⁸¹ Dit betekent dat de werkgever de verzekeringnemer is van de pensioenverzekering en de verschuldigde premie dient te voldoen aan de pensioenuitvoerder. De werknemer neemt op vrijwillige basis de premie geheel voor zijn rekening, dit doet niks af aan het feit dat de werkgever de verzekeringnemer is. Dit is slechts anders in het geval dat een werknemer het pensioen op vrijwillige basis voortzet na beëindiging van het deelnemerschap. Een uitvoerder van een pensioen kan op basis van de Pensioenwet slechts pensioenfondsen, levensverzekeraars of PPI's betreffen. Een lijfrente in de zin van de Wet IB 2001 is een particuliere verzekering die geen verband houdt met arbeid. De particulier is in dit geval de verzekeringnemer en hij dient dan ook zelf de premie aan de uitvoerder te voldoen. De uitvoerder van een lijfrentepremie kan een verzekeraar, bank of een beleggingsinstelling betreffen.

4.2.1.3. Kring van gerechtigden

Bij pensioenen is de verzorgingsgedachte het belangrijkste element. Dit kenmerkt zich doordat de kring van gerechtigden voor de uitkering van pensioen beperkt is tot de

⁷⁹ *Kamerstukken II 1993/94*, 23 046, nr. 9.

⁸⁰ *MvT, Kamerstukken II 1998/99*, 26 020, nr. 3, p. 1–3.

⁸¹ Dit blijkt tevens uit het feit dat het feit dat pensioen is opgenomen in de Wet LB 1964.

werknemer, zijn partner en zijn pensioengerechtigde kinderen. Anderen komen slechts in 'uitzonderlijke gevallen van restbegunstiging' in aanmerking. Zowel bij de lijfrentespaarrekening en het lijfrentebeleggingsrecht als bij de nabestaandenlijfrente mogen de uitkeringen ten gevolge van het overlijden toekomen aan elke willekeurige begunstigde die de verzekeringnemer heeft aangewezen. Dit is dus niet per definitie een partner of eventuele kinderen. Een begunstigde kan in het geval van een lijfrenteverzekerings tevens een begunstigde zijn waarmee geen samenlevingsverband of huwelijk bestaat. In dit verband is de begunstiging voor een nabestaandenlijfrente dus ruimer dan voor een nabestaandenpensioen.

4.2.1.4. Afkoopmogelijkheden

Een belangrijk verschil tussen pensioen en lijfrente zit tevens in de mogelijkheden tot afkoop. Pensioen is afkoopbaar in de gevallen voorzien bij of krachtens de pensioenwet. Dit houdt in dat pensioenen mogen worden afgekocht (tot 2018) in de gevallen waarin het een kleine waarde betreft.⁸² Na 2018 is een afkoop van pensioen niet meer mogelijk. Lijfrenten mogen worden afgekocht. In gevallen waarin de waarde van de opgebouwde lijfrenteverzekerings hoger is dan €4.317, dan dient er een revisierente van 20% te worden betaald over het bedrag dat deze €4.317 te boven gaat.

In Nationaal verband zijn de verschillen van pensioen en lijfrenten duidelijk. Het pensioen wordt geregeld in de Wet LB 1964 en behoort tot de arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en een werkgever, zodoende is er een dusdanig verband met de dienstbetrekking. De lijfrenten worden geregeld in de Wet IB 2001 waar een specifieke bepaling is opgenomen die regelt hoe lijfrenten dienen te worden vormgegeven. Daarnaast is de invulling van pensioen en lijfrente verschillend. In het geval van pensioen wordt er aangehaakt bij een levenslange periodieke uitkering, waar een lijfrente dient te voldoen aan een 'vaste en gelijkmatige periodieke uitkering in de vorm van een levensverzekering'.

4.2.2 Het verschil op Verdragsniveau

Lange tijd werd gedacht dat lijfrenten uitkeringen onder het pensioenartikel van belastingverdragen zouden kunnen vallen aangezien er een 'soortgelijke' bepaling is opgenomen. De HR was echter op dit punt duidelijk en is van mening dat er niet voldoende verband is met de dienstbetrekking om lijfrentenuitkeringen binnen het pensioenartikel te belasten en zodoende dus ook niet onder het arbeidsartikel. Het heffingsrecht over lijfrentenuitkeringen wordt verdeeld volgens het restartikel en dus wordt het heffingsrecht toegewezen aan de woonstaat. Sinds het Notitie Fiscaal Verdragsbeleid in 2011 zet Nederland in zijn verdragen echter een nieuwe lijn uit waarin lijfrentenuitkeringen onder het pensioenartikel vallen.⁸³

⁸² Artikel 18, eerste lid, onderdeel b Wet LB 1964 j.o. artikel 65 Pensioenwet.

⁸³ Zie in dit verband het belastingverdrag Nederland-Duitsland 2016.

Nadien is er in het Hongarije arrest bepaald dat op basis van de toenmalige wetgeving alleen de genoten lijfrentepremieaftrek terug kan worden genomen en dus niet de waarde in het economisch verkeer in de heffing wordt betrokken.⁸⁴ De HR ging ervan uit dat sprake was van een voorwaardelijk verleende aftrek, die kon worden teruggenomen indien niet langer aan de voorwaarden werd voldaan. De voorwaardelijkheid van lijfrente wordt zodoende bevestigd voor de periode voor 1 januari 2001. Nadien heeft de Staatssecretaris geprobeerd om over de gehele aanspraak een conserverende aanslag op te leggen. Dit werd in strijd geacht met de goede verdragstrouw.⁸⁵ De reparatiewetgeving zorgt ervoor dat nu ook voor pensioen de genoten pensioenaftrek kan worden teruggenomen. Het heffingsrecht omtrent pensioen wordt geregeld door art. 18 van het OESO-modelverdrag en wijst het heffingsrecht exclusief toe aan de woonstaat. Betwijfeld kan worden of pensioen een vorm van voorwaardelijkheid kent. Pensioenaanspraken zijn naar mijn mening onvoorwaardelijk indien er wordt voldaan aan de voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet LB 1964. De reparatiewetgeving zorgt ervoor dat een conserverende aanslag kan worden opgelegd in het geval van emigratie over de in aftrek gebrachte pensioenpremies. De systematiek waarin de aanspraak in eerste instantie onvoorwaardelijk wordt vrijgesteld is niet gewijzigd; deze blijft onverkort van toepassing. Daarnaast is art. 19b, tweede lid, Wet LB 1964 niet gewijzigd. Een overdracht van pensioen naar een buitenlandse verzekeraar leidt derhalve tot een afkoop. De conclusie die de HR in HR 23 januari 2004, BNB 2004/132 en BNB 2004/133 heeft gewezen, dat geen sprake is van een in het verleden toegekende vrijstelling, maar van een afkoop blijft derhalve volledig overeind. Een afkoop van pensioen- of lijfrenteaanspraken wordt na de jurisprudentie die gewezen is door de HR gezien als een verboden handeling. Indien zich een verboden handeling voordoet dan wordt er niet meer aan de voorwaarde van lijfrenten en pensioen voldaan en zodoende kan Nederland haar opgelegde conserverende aanslag innen.⁸⁶

Nadat het Hongarije arrest is gewezen heeft de Nederlandse wetgever de wetgeving daarna aangescherpt, waardoor niet de verleende aftrek werd teruggenomen, maar de waarde in het economisch verkeer de grondslag voor de conserverende aanslag werd. De HR heeft hier op 19 juni 2009 korte metten mee gemaakt, aangezien de heffing over de waarde in het economisch verkeer niet wezenlijk afwijkt van de heffing over de afkoopsom zelf.⁸⁷ De regeling die Nederland hanteerde was zodoende in strijd met de goede verdragstrouw van art. 22 van het voormalige belastingverdrag met België, op grond waarvan België uitsluitend bevoegd was zijn inwoners te belasten over zowel de termijnen als de afkoopsom. De toenmalige regeling gold slechts ten aanzien van lijfrenten.

⁸⁴ Het gaat hier om de regeling voor de Wet IB 2001.

⁸⁵ Als gevolg hiervan is sinds 19 juni 2009 de Staatssecretaris teruggevallen op het oude systeem waardoor de voorwaardelijkheid van lijfrentepremies weer werd gevolgd.

⁸⁶ F.P.G. Pötgens, H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', WFR 2010/74.

⁸⁷ HR 19 juni 2009, BNB 2009/264.

De verdeling van het heffingsrecht van Pensioen valt onder art. 18 van het OESO-modelverdrag en wijst een exclusief heffingsrecht toe aan de woonstaat. Nederland hanteert echter een andere benadering, zoals beschreven in hoofdstuk 2, en kent in de verschillende belastingverdragen een drietal mogelijkheden waarop het heffingsrecht is verdeeld:

- Normale periodieke uitkeringen worden in het woonland belast.
- Als geen sprake is van een periodieke, maar van een eenmalige uitkering of als de pensioenuitkeringen niet volledig of niet tegen een gebruikelijk tarief worden belast behoudt Nederland het heffingsrecht.
- Een beperkte bronstaatheffing bij normale periodieke uitkeringen.

De conserverende aanslag wordt opgelegd in het geval van emigratie. Indien zich één van de verboden handelingen voordoet, zoals beschreven in hoofdstuk 3.2, dan wordt de conserverende aanslag geïnd. In het geval van lijfrenten wordt de conserverende aanslag opgelegd over de periodes waarin de lijfrentepremie is voldaan van 1 januari 1992 tot 1 januari 2001 en de periode na 15 juli 2009. In het geval van pensioen wordt de conserverende aanslag opgelegd over de periode waarin de pensioenpremie is voldaan na 15 juli 2009. Er mag volgens vaste jurisprudentie van het HvJ geen zekerheden worden geëist ten opzichte van de conserverende aanslag.

Rubriek	Lijfrenten	Pensioen
Grondslag	Individuele overeenkomst	Arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever.
Premiebetaler	Aanvrager (individuele particulier)	Werkgever
Kring van begunstigden	Aanvrager, erfgenaam	Werknemer, (ex) partner, kinderen, werkgever
Fiscale wetgeving	Inkomstenbelasting	Loonbelasting
Fiscale heffing	Inleg aftrekbaar, uitkering belast	Inleg werkgever niet belast, uitkering belast
Inhaalruimte	Reserveringsruimte met maximaal 7 jaar terugwerkende kracht	Inhaalruimte pensioen over gehele diensttijd.
Uitkering bij leven	Tijdelijk en levenslang	Levenslang
Uitkering ineens/afkoop	Ja is mogelijk bij oud regime polissen	Nee behoudens afkoop kleine pensioenen (1-1-2018)
Aanbieders	Banken en verzekeraars	Pensioenfondsen, verzekeraars en PPI's
Hoogte premie	13,8%(belastbaar inkomen [max 107.593] – 12.678) – 6,5* 37/40* A-F. Premie blijft gelijk bij stijgende leeftijd.	Bepaald door opbouw in middelloon en door de staffel van de beschikbare pensioen regeling.

4.3 Subconclusie

De heffing ten opzichte van lijfrente is geregeld in de Wet IB 2001, waar de heffing ten opzichte van pensioen is geregeld in de Wet LB 1964. Daarnaast dient het pensioen te worden ondergebracht bij een erkende verzekeraar en moet het pensioen betrekking hebben op een levenslange periodieke uitkering die maximaal vijf jaar nadat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt dient in te gaan. Pensioen was tot de reparatiewetgeving niet voorwaardelijk. De heffingsrechten ten aanzien van pensioen wordt geregeld middels art. 18 van het OESO-modelverdrag. Het OESO-modelverdrag wijst de heffingsrechten exclusief toe aan de woonstaat, echter heeft Nederland in zijn belastingverdragen een andere weg ingeslagen. Zodoende kent Nederland in sommige gevallen een beperkte bronstaatheffing, of in geval van een niet gebruikelijk tarief op de pensioenuitkering is er een soort claw back bepaling waardoor Nederland ook kan heffen.

Lijfrenten hoeven niet te worden ondergebracht bij een erkende verzekeraar en moeten betrekking hebben op een vaste en gelijkmatige periodieke uitkering die ziet op een levensverzekering en mag maximaal vijf jaar na het ingaan van de pensioengerechtigde leeftijd ingaan. Lijfrenten premies worden geacht voorwaardelijk te zijn voor de invoering van de Wet IB 2001 en zijn in de periode tot de reparatiewetgeving onvoorwaardelijk, omdat een wetswijziging ervoor zorgde dat de gehele aanspraak werd belast, hetgeen in strijd was met de goede verdragstrouw. Daarnaast worden de heffingsrechten ten aanzien van lijfrenten geregeld middels het restartikel. Die wijst de heffingsrechten exclusief toe aan de woonstaat.⁸⁸

Hoofdstuk 5 De goede verdragstrouw, geschonden?

5.1 Inleiding

Op 19 juni 2009 heeft de HR geoordeeld dat exitheffingen op pensioenen in strijd zijn met pensioenartikelen van Nederlandse belastingverdragen voor 2001. Het pensioenartikel voor 2001 wijst namelijk een exclusief heffingsrecht toe aan de woonstaat. Op dezelfde dag heeft de Staatssecretaris reparatiewetgeving aangekondigd. De reparatiewetgeving houdt in dat de Nederlandse gefacilieerde premieaftrek voorwaardelijk is en dat in geval van emigratie een conserverende aanslag kan worden opgelegd over het in totaal in aftrek gebrachte bedrag. Dit geldt overigens niet alleen voor pensioen maar ook voor lijfrenten. De wetgever heeft deze systematiek opgenomen in art. 3.136 Wet IB 2001. In navolging van de reparatiewetgeving heeft de HR geoordeeld in het arrest van 14 juli 2017 dat de reparatiewetgeving niet de goede verdragstrouw schendt. Tenminste niet voor de periode na 15 juli 2009 voor pensioen en voor lijfrenten de periodes 1 januari 1992 tot 1 januari 2001 en de periode na 15 juli 2009. In dit hoofdstuk zal ik een antwoord formuleren op de volgende probleemstelling:

Is de aanpak van de Nederlandse wetgever om lijfrenten en pensioenen betreffende de exitheffing bij emigratie gelijk te behandelen adequaat of zouden zij, gelet op hun verschillen, verschillend behandeld moeten worden?

De probleemstelling wordt beantwoord door eerst te toetsen of er in strijd is gehandeld met de goede verdragstrouw met betrekking tot lijfrenten. Vervolgens wordt getoetst of er in strijd is gehandeld met de goede verdragstrouw met betrekking tot pensioen.⁸⁹ Na het beantwoorden van deze twee vragen zal ik toetsen of zij gelet op hun verschillen, verschillend behandeld dienen te worden.

5.2 De goede verdragstrouw geschonden met betrekking tot lijfrenten

Lijfrenten zijn wettelijk geregeld in de inkomstenbelasting. De lijfrente is een particuliere verzekering die op geen enkele manier verband houdt met de arbeid. De werkgever is niet betrokken bij het afstaan van premies, maar de volledige verantwoordelijkheid ligt bij de particulier zelf. De wetgever is van mening dat de in aftrek gebrachte premies met betrekking tot lijfrenten terug mogen worden genomen aangezien de premieaftrek een voorwaardelijkheid kent. Uit het arrest van 14 juli 2017 blijkt dat de HR de voorwaardelijkheid als doorslaggevend acht voor de goede trouw toets.

Het oude artikel 3.136 lid 1 Wet IB 2001 regelde het volgende: In het geval dat een belastingplichtige anders dan door overlijden ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn, worden de lijfrentepremies en het daarover behaalde rendement als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking genomen. Indien een belastingverdrag de hoofdregel belemmert mag ingevolge lid 2 slechts de lijfrentepremies worden

⁸⁹ In dit hoofdstuk zal worden getoetst of art. 3.136 van de Wet IB in strijd is met de goede verdragstrouw.

teruggenomen. Lijfrenten vallen onder oude verdragen over het algemeen onder het restartikel.

Bij lijfrente is het duidelijk wat de betaalde en in aftrek genomen premies tot aan het moment van emigratie zijn. Er is een directe relatie tussen de verzekeringnemer en de daaruit vloeiende aanspraak. In het geval van lijfrenten is het dus makkelijk te bepalen wat de in aftrek gebrachte premies zijn. In het Hongarije arrest is voorts bepaald dat de premieaftrek bij lijfrenten een voorwaardelijkheid kent. Slechts in de periode van 1 januari 2001 tot 15 juli 2009 is er geen voorwaardelijkheid van lijfrente aangezien de wetgever in deze periode een conserverende aanslag oplegde over de waarde van de aanspraak. Hierin wordt dus ook het rendement in de heffing getrokken. De periode van 1992 tot en met 2001 kende een vorm van voorwaardelijkheid aangezien er in het Hongarije arrest is bepaald dat de Wetgever als uitgangspunt heeft genomen dat de aftrek van premies wordt verleend onder de voorwaarde dat de overeenkomst daadwerkelijk op de overeengekomen wijze wordt uitgevoerd en niet wordt gewijzigd, afgekocht, vervreemd of beleend. Een lijfrenteverzekering kan in het geval van overlijden van de verzekeringnemer overgaan op een willekeurige begunstigde. De willekeurige begunstigde verkrijgt op deze manier een verzekering die fiscaal gefacilieerd is opgebouwd. Dit lijkt mij thans niet de bedoeling, een voorwaardelijkheid van de in aftrek gebrachte premies zou hier soelaas bieden.⁹⁰

Zo blijkt naar mijn mening dat de voorwaardelijkheid van lijfrenten niet ter discussie hoeft te staan. Zo is ook in het Hongarije arrest al geoordeeld dat lijfrentepremies voorwaardelijk zijn. Er wordt slechts een compartimentering aangehouden met betrekking tot de lijfrentepremies aangezien de wetgever in de jaren tussen 1 januari 2001 tot 15 juli 2009 de gehele aanspraak wilde belasten. Nu het heffingsrecht over de aanspraak is toegewezen aan de woonstaat middels art. 22 Belastingverdrag was de wetgeving in deze periode in strijd met de goede verdragstrouw en dus heeft Nederland geen heffingsrecht over deze periode. Nadat er in 2009 is geoordeeld dat het heffen over de gehele lijfrenteaanspraak in strijd was met de goede verdragstrouw en er nadien slechts een wijziging heeft plaatsgevonden om de in aftrek gebrachte premies terug te nemen doet zich de situatie voor zoals die voor de herwaardering in 2001 gold. Er is zodoende dan ook geen reden om het oude Hongarije arrest niet in stand te laten.

5.3 De goede verdragstrouw geschonden met betrekking tot pensioen

Pensioen is wettelijk geregeld in de Pensioenwet in combinatie met de Wet LB 1964. Ingevolge art. 11 lid 1 aanhef en onderdeel j, ten eerste, Wet LB 1964 worden pensioenbijdragen gerekend tot het vrijgesteld loon. De aanhef van art 11 lid 1 Wet LB 1964 impliceert tevens dat niet alleen het werknemersdeel maar ook het werkgeversdeel van de bijdragen aan de pensioenaanspraak vrijgesteld loon is.

⁹⁰ P.J.M. Akkermans, 'Emigratieheffingen bij pensioen en lijfrente: de fiscus heeft bijna het onderste uit de kan', FTV 2017/54.

Het pensioen dat wordt opgebouwd is een onderdeel van de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever. Pensioen houdt daarmee een verband met de geleverde arbeid. De werkgever staat de premies geheel of ten dele af aan het desbetreffende pensioenfonds in naam van de werknemer. Indien er niet op tijd aan de verplichting wordt voldaan zal de werkgever een incasso ontvangen en niet, zoals bij lijfrentes het geval is, de werknemer. De heffing over de uitkering van pensioen valt onder artikel 18 van het belastingverdrag.⁹¹ In artikel 18 van het belastingverdrag is een exclusieve woonstaatheffing opgenomen. De herkwalficatie uit de reparatiewetgeving zorgt er in feite voor dat pensioen onder artikel 15 van het belastingverdrag valt. In artikel 15 van het belastingverdrag is een bronstaatheffing opgenomen waardoor Nederland als gevolg van deze herkwalficatie het heffingsrecht heeft ten aanzien van pensioen. Nu de opbouw van pensioen onlosmakelijk verbonden is met de arbeid valt er dus wat voor te zeggen om dit onder het arbeidsartikel te laten vallen. In het belastingrecht geldt echter de regel dat een *lex specialis* prevaleert boven een *lex generalis*.

Waar bij lijfrenten duidelijk zichtbaar is wat de betaalde en in aftrek genomen premies tot aan het tijdstip van emigratie zijn, en er een directe relatie is tussen de individueel betaalde premies en de daaruit voortvloeiende aanspraak, is dat bij collectieve pensioenen niet het geval. De premie wordt meestal vastgesteld als percentage van het totale loon van alle werknemers die bij een bepaalde werkgever in dienst zijn. Daarnaast betaalt de werknemer slechts een deel van die premies door middel van een inhouding op het loon. De bijdragen en premies zullen dus in een veelvoud van de gevallen forfaitair moeten worden toegerekend aan de individuele belastingplichtige in het geval hij emigreert. Dit is tevens bij invoering van de reparatiewetgeving onderkend.⁹²

Over het algemeen bestaat bij pensionering 56% van de waarde in het economisch verkeer van de pensioenaanspraken uit premies en 44% uit rendement.⁹³ Doordat het premiegedeelte van het pensioen in de heffing zal mogen worden getrokken zal een fors deel van het totale pensioen door Nederland kunnen worden belast. Het feit dat de negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen bij pensioen forfaitair of fictief zullen moeten worden vastgesteld kan er mogelijk voor zorgen dat de reparatiewetgeving in strijd is met de goede verdragstrouw.

In het arrest van 14 juli 2017 r.o. 5.10 overweegt de HR het volgende:

“Zoals in onderdeel 5.2 van deze beslissing is overwogen, kan een heffing die aangrijpt bij emigratie in strijd komen met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing van het belastingverdrag tussen de betrokken staten, als daarmee een voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard bezien – al dan niet potentieel – ter heffing is toegewezen aan de immigratiestaat.”

⁹¹ Ervan uitgaande dat het belastingverdrag in lijn is met het OESO modelverdrag.

⁹² *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 990, nr. 7.

⁹³ B. Starink, *Belastingheffing over particulier pensioen en overheidspensioen in grensoverschrijdende situaties*, (diss. Tilburg), 8 april 2015, p. 77.

De HR lijkt aan te knopen bij de aard van het object van de heffing, in het geval van pensioen is dit een voordeel die belast zou moeten worden door de woonstaat. Naar mijn mening zorgt het feit dat er een fictie nodig is om te bepalen in welke mate een aanspraak uit premies bestaat ervoor dat er strijd is met de goede verdragstrouw. De HR gaat in zijn arrest hier echter niet verder op in.

Het grootste argument van de wetgever is de voorwaardelijkheid van de in aftrek gebrachte pensioenpremies. De Wetgever heeft ervoor gekozen om het Hongarije arrest als fiscaal theoretische onderbouwing te kiezen voor de voorwaardelijkheid van pensioenpremies. Indien je naar de letterlijke tekst van de Wet LB 1964 kijkt dan blijkt daaruit geen enkele voorwaardelijkheid. De reparatiewetgeving is opgenomen in de Wet IB 2001 en knoopt voor het begrip pensioenregeling aan bij art. 1.7 Wet LB 1964 en voor het begrip loon bij art 3.81 Wet IB 2001. In de toelichting bij de reparatiewetgeving ontbreekt echter een onderbouwing voor het voorwaardelijke karakter van de vrijstelling in de loonbelasting. Er wordt in de toelichting slechts benadrukt dat ten aanzien van pensioen slechts de premieaftrek wordt teruggenomen en niet de volledige aanspraak in de heffing wordt betrokken.

Het is echter opvallend dat de wetgever ervoor heeft gekozen om juist de voorwaardelijkheid van pensioen als argument te kiezen voor zijn reparatiewetgeving. In de 2009 arresten oordeelde de HR juist dat indien sprake is van een pensioenregeling zoals beschreven in hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964, de daaruit voortvloeiende aanspraken onvoorwaardelijk zijn vrijgesteld.⁹⁴ Uit de wet blijkt derhalve geen enkele voorwaardelijkheid van de premieaftrek. In de Wet LB 1964 is eveneens geen bepaling opgenomen die ervoor zorgt dat in het geval van emigratie de premieaftrek alsnog tot het loon rekent. Daarnaast mag je in Nederland in principe het pensioen niet afkopen op basis van artikel 65 van de Pensioenwet. Er is naar mijn mening zodoende geen keuzemogelijkheid of je het opgebouwde pensioen wilt ontvangen voor de pensioengerechtigde leeftijd. Eenmaal opgebouwd pensioengeld blijft dan ook opgebouwd pensioengeld totdat je de pensioengerechtigde leeftijd hebt behaald. Dit is dan ook een recht dat onvoorwaardelijk vaststaat.

Het is dan ook opmerkelijk dat gezien de 2009 arresten de HR alsnog heeft geoordeeld dat de premieaftrek voorwaardelijk is. Er is namelijk in het systeem van de loonbelasting geen duidelijke wijziging aangebracht. Slechts de reparatiemaatregel die opgenomen is in art. 3.136, derde lid, Wet IB 2001 zou derhalve een voorwaardelijkheid van premieaftrek moeten bewerkstelligen. In navolging hierop oordeelde de HR dat er geen voorwaardelijkheid van premieaftrek uit de wet blijkt voordat de reparatiewetgeving van kracht werd. Het is opmerkelijk dat de HR hiervoor heeft gekozen aangezien voor de reparatiewetgeving het volledige pensioen kon worden belast in de woonstaat. Nadat de reparatiewetgeving van kracht werd valt ongeveer 56% van de aanspraak niet meer binnen het heffingsbereik van de woonstaat, maar mag de bronstaat (Nederland) hierover heffen omdat dit deel onder een

⁹⁴ HR 19 juni 2009, nr. 44 050, r.o. 3.4.1 , V-N 2009/29.10.,

ander artikel van het belastingverdrag valt als gevolg van een wetsaanpassing vanuit Nederland. Naar mijn mening is dit dan ook een schoolvoorbeeld van een eenzijdige regeling die het heffingsrecht van de andere verdragsstaat beperkt. De reparatiewetgeving is zodoende in strijd met de goede verdragstrouw. De HR is naar mijn mening te kort door de bocht gegaan door in het arrest van 14 juli 2017 de reparatiewetgeving die Nederland ten aanzien van pensioen heeft ingevoerd deels goed te keuren. In navolging van dit arrest heeft Nederland per 1-1-2019 de compartimentering die de HR in dit arrest aanhoudt opgenomen in de Wet IB 2001. De wijziging die Nederland in 2009 heeft ingevoerd om de in aftrek gebrachte premies terug te nemen heeft er zodoende voor gezorgd dat het opbouwen van pensioen voorwaardelijk is. Zoals ik in dit hoofdstuk heb beschreven ben ik van mening dat de pensioenopbouw niet voorwaardelijk is en dus is een dergelijke compartimentering onvoldoende.

5.4 Subconclusie

Na de 2009 arresten heeft de Nederlandse wetgever reparatiewetgeving aangekondigd die ervoor zorgt dat Nederland in het geval van emigratie de fiscaal gefacilieerde premieaftrek als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking kon nemen voor zowel lijfrenten als pensioen. Nu Nederland geen heffingsrecht had ten aanzien van pensioen voordat de reparatiewetgeving van kracht was rijst de vraag of de reparatiewetgeving niet in strijd is met de goede verdragstrouw. In het geval van lijfrenten acht ik de reparatiewetgeving niet in strijd met de goede verdragstrouw omdat al in het Hongarije arrest is geoordeeld dat de lijfrente premieaftrek een voorwaardelijkheid kent. Nu Nederland in de periode van 1 januari 2001 tot 15 juli 2009 de gehele aanspraak wilde belasten en dit in strijd werd geacht met de goede verdragstrouw wordt over de periode geen conserverende aanslag opgelegd over de in aftrek gebrachte lijfrentepremies en dient er zodoende te worden gecompartmenteerd. In het geval van pensioen acht ik de reparatiewetgeving in strijd met de goede verdragstrouw. De HR heeft in de 2009 arresten al geoordeeld dat pensioenaanspraken geen vorm van voorwaardelijkheid kent. Er is geen substantiële wijziging aangebracht in de in de Wet LB 1964 opgenomen systematiek ten aanzien van pensioen. De toevoeging van artikel 3.136, derde lid, Wet IB 2001 zou er derhalve op zichzelf voor moeten zorgen dat de in aftrek gebrachte pensioenpremies een voorwaardelijk karakter krijgt. Dit terwijl de regeling aansluit bij de systematiek die geldt in de Wet LB 1964. De toevoeging van artikel 3.136, derde lid, Wet IB 2001 zorgt in wezen voor een herkwalficatie van het deel van het pensioen dat de premies betreft, zodat dit niet langer onder het pensioenartikel van het belastingverdrag valt maar onder het arbeidsartikel. Dit is naar mijn mening een eenzijdige regeling vanuit Nederland die het heffingsrecht van het desbetreffende verdragsland beperkt en dus in strijd is met de goede verdragstrouw.

5.5 De verschillen tussen lijfrenten en pensioen

In paragrafen 5.2 tot en met 5.4 ben ik tot de conclusie gekomen dat de conserverende aanslag met betrekking tot lijfrenten niet in strijd is met de goede verdragstrouw en de conserverende aanslag met betrekking tot pensioen wel in strijd is met de goede verdragstrouw. Nu er door de wetgever voor is gekozen om lijfrenten en pensioen gelijk te behandelen is het de vraag of dit ook daadwerkelijk zou moeten gebeuren, aangezien zij wezenlijk verschillen. Het enige verschil is het feit dat het premiedeel bij lijfrenten ook in de periode 1992 t/m 2001 mag worden teruggenomen. In deze periode hanteerde de Wetgever eenzelfde systematiek al voor lijfrenten totdat de gehele aanspraak werd belast na de brede herwaardering.

De opbouw van lijfrenten wordt geregeld op basis van een individuele overeenkomst, met andere woorden een individu heeft de keuze om een lijfrenteverzekering af te sluiten of niet. De opbouw van pensioen wordt geregeld in de arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en een werkgever, die overigens vaak onder een cao vallen en dus is opbouw van pensioen in een groot deel van de gevallen verplicht.

Daarnaast wordt de premie van een lijfrente afgestaan door de belastingplichtige die de lijfrenteverzekering heeft afgesloten. Een belastingplichtige weet zodoende precies de hoeveelheid premie die hij heeft afgestaan. In het geval van pensioen is dit anders. De werkgever draagt de premie af in naam van de belastingplichtige. Een werkgever heeft vaak meerdere werknemers en draagt de premies van al deze belastingplichtige af op basis van een indexering waardoor het niet geheel duidelijk is welk deel van de premie is afgedragen in naam van een individuele belastingplichtige.

Tevens is het mogelijk om een lijfrenteverzekering die een belastingplichtige heeft afgesloten in een keer te laten uitkeren. Er is dus een mogelijkheid tot afkoop. Een pensioen mag volgens artikel 65 van de Pensioenwet niet worden afgekocht. Een mogelijkheid tot afkoop impliceert naar mijn mening een voorwaardelijk effect. Indien ik iets opbouw en ik kan met geen mogelijkheid mijn opgebouwde geld eerder ontvangen dan het moment waarop ik de gewenste leeftijd heb bereikt dan is er volgens mij een vorm van onvoorwaardelijkheid.

De bovengenoemde verschillen zouden ervoor moeten zorgen dat een lijfrenteverzekering anders dient te worden behandeld dan een pensioen. De wetgever heeft er echter voor gekozen om lijfrenten en pensioen gelijk te behandelen. Naar mijn mening is dit gelet op de verschillen tussen lijfrenten en pensioen onjuist.

5.6 Aanbevelingen

In deze masterscriptie kom ik tot de conclusie dat de conserverende aanslag met betrekking tot lijfrenten niet in strijd is met de goede verdragstrouw en de conserverende aanslag met

betrekking tot pensioen wel in strijd is met de goede verdragstrouw. Een aanpassing van de wet is aldus gewenst.

De jarenlange strijd die de wetgever heeft gevoerd om een heffingsrecht te houden op gefacilieerd pensioen lijkt eindelijk te zijn gewonnen. In alle nieuwe verdragen die Nederland sluit probeert Nederland in het pensioenartikel van het Belastingverdrag een bepaling op te nemen om te kunnen heffen over een uitgekeerd pensioen. Aangezien er in deze verdragen een heffingsrecht over uitgekeerd pensioen is, is de conserverende aanslag met betrekking tot pensioen in zijn geheel niet nodig. Het pensioen wordt uitgekeerd door (naar alle waarschijnlijkheid) een Nederlandse pensioenuitvoerder. Het is derhalve dan ook niet lastig om hierover belastinggeld in te houden aangezien zij dit in ieder geval al moeten.

Daarnaast is er een ontwikkeling aan de gang van automatische informatie uitwisseling. Waar de Nederlandse belastingdienst voorheen misschien problemen had met het identificeren van belastingplichtige die mogelijk hun pensioen hadden afgekocht en zo via de conserverende aanslag hier alsnog over wilde heffen, is dit nu niet meer nodig aan de hand van de automatische informatie uitwisseling.⁹⁵ De belastingdienst kan deze belastingplichtigen makkelijker opsporen om deze alsnog via een gewone aanslag te belasten. Daarnaast vraag ik mij af hoe vaak een conserverende aanslag wordt opgelegd. Gezien de vorenstaande argumenten adviseer ik de Wetgever om de conserverende aanslag in zowel het geval van pensioen in zijn geheel af te schaffen. Aangezien de conserverende aanslag met betrekking tot lijfrenten niet in strijd is met de goede verdragstrouw behoeft de wet op dit punt geen aanpassing. De Wetgever heeft de conserverende aanslag niet meer nodig om te kunnen heffen aangezien het heffingsrecht middels het Belastingverdrag al is geregeld. Een nationaalrechtelijke bepaling die het heffingsrecht verzekerd is zodoende niet meer nodig om te kunnen heffen. In de gevallen dat het heffingsrecht niet geregeld is middels het Belastingverdrag is de huidige systematiek naar mijn mening in strijd met de goede verdragstrouw. De Wetgever dient in die gevallen terug te vallen op het oude systeem waarin er slechts heffing kan plaatsvinden indien zich één van de verboden handelingen voordoet.

⁹⁵ Afkoop is mogelijk in sommige landen.

Hoofdstuk 6 Samenvatting

In deze masterscriptie staat de conserverende aanslag ten opzichte van lijfrenten en pensioen centraal. De Wetgever heeft een lange strijd gevoerd om de conserverende aanslag in lijn met de goede verdragstrouw te krijgen. In juni 2009 leek de HR dan ook korte metten te maken met de toenmalige conserverende aanslag die poogde om de volledige aanspraak te belasten. De HR oordeelde in deze zaak dat het heffen over zowel de in aftrek gebrachte premies alsmede het behaalde rendement in strijd is met de goede verdragstrouw. Na het gewezen arrest heeft de Wetgever reparatiewetgeving aangekondigd waardoor de conserverende aanslag niet de gehele aanspraak betrof maar slechts het in aftrek gebrachte premiedeel. De Wetgever heeft dit opgenomen in art. 3.136 Wet IB 2001. De Wetgever betoogde dat dit niet in strijd is met de goede verdragstrouw aangezien de in aftrek gebrachte premies een vorm van voorwaardelijkheid kende. Deze systematiek is met betrekking tot lijfrenten in het Hongarije arrest goedgekeurd voor de periode voor de brede herwaardering in 2001. In de periode 2001 tot en met juni 2009 heeft de Wetgever conserverende aanslagen over de gehele aanspraak opgelegd voor zowel lijfrenten als pensioen. De Wetgever heeft met de reparatiewetgeving de systematiek met betrekking tot lijfrenten als een leidraad gebruikt en heeft dezelfde systematiek nu ook met betrekking tot pensioen ingevoerd. Lijfrenten en pensioen worden met betrekking tot de conserverende aanslag min of meer gelijk getrokken. In deze masterscriptie staat de volgende probleemstelling centraal:

‘Is de aanpak van de Nederlandse wetgever om lijfrenten en pensioenen betreffende de exitheffing bij emigratie gelijk te behandelen adequaat of zouden zij, gelet op hun verschillen, verschillend behandeld moeten worden?’

Om deze probleemstelling te beantwoorden heb ik uiteengezet op welke wijze de conserverende aanslag binnen zowel pensioen en lijfrenten is vormgegeven. De conserverende aanslag met betrekking tot lijfrenten is in de periode van 1992 t/m 2001 volgens het Hongarije arrest niet in strijd met de goede verdragstrouw. Lijfrenten kennen volgens de HR een vorm van voorwaardelijkheid en zodoende mag de wetgever het in aftrek gebrachte premiedeel als negatieve persoonlijke verplichting in de heffing betrekken. In 2001 heeft de Wetgever ervoor gekozen om niet langer slechts het in aftrek gebrachte premiedeel in de heffing te betrekken maar ook het rendement. In de pensioenemigratie arresten heeft de HR geoordeeld dat de conserverende aanslag met betrekking tot pensioen in strijd is met de goede verdragstrouw tenzij één van de verboden handelingen optreedt. In juni 2009 is vervolgens het belangrijkste arrest gewezen tot dan. In dit arrest oordeelt de HR dat een conserverende aanslag opleggen op de gehele aanspraak in strijd is met de goede verdragstrouw. De Nederlandse Wetgever eigende zichzelf een eenzijdig heffingsrecht toe hetgeen in strijd is met het Verdrag van Wenen aangezien het heffingsrecht over pensioen uitsluitend is toegewezen aan de woonstaat.⁹⁶ De Wetgever had mogelijk al gerekend op een

⁹⁶ In de meeste tot dan toe overeengekomen belastingverdragen.

voor de schatkist niet gunstige uitspraak en heeft direct na het arrest reparatiewetgeving aangekondigd. De reparatiewetgeving die de Wetgever heeft aangekondigd viel terug op het oude systeem waarin de premieaftrek wordt teruggenomen, echter geldt deze systematiek niet slechts voor lijfrenten maar ook voor de pensioenen. De Wetgever is van mening dat de in aftrek gebrachte premies een voorwaardelijk karakter kent en derhalve wordt er in geval van emigratie een conserverende aanslag opgelegd over het in aftrek gebrachte premiedeel. De Wetgever voert echter deze strijd niet slechts op Nationaal niveau maar is sinds 2001 bezig om in de belastingverdragen niet een onbeperkte woonstaatheffing met betrekking tot pensioen op te nemen maar een beperkte bronstaatheffing in combinatie met een woonstaatheffing.

Daarnaast heb ik in deze masterscriptie de verschillende aspecten van zowel lijfrenten als pensioen beschreven. De verschillen tussen pensioen en lijfrenten zijn wat mij betreft dusdanig groot dat een gelijke behandeling verre van ideaal is. In de tabel hieronder is kort weergegeven wat de grootste en meest belangrijke verschillen zijn voor het beantwoorden of lijfrenten en pensioen gelijk behandeld moeten worden, gelet op hun verschillen.

Rubriek	Lijfrenten	Pensioen
Grondslag	Individuele overeenkomst	Arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever.
Premiebetaler	Aanvrager (individuele particulier)	Werkgever
Kring van begunstigden	Aanvrager, erfgenaam	Werknemer, (ex) partner, kinderen, werkgever
Fiscale wetgeving	Inkomstenbelasting	Loonbelasting
Fiscale heffing	Inleg aftrekbaar, uitkering belast	Inleg werkgever niet belast, uitkering belast
Inhaalruimte	Reserveringsruimte met maximaal 7 jaar terugwerkende kracht	Inhaalruimte pensioen over gehele diensttijd.
Uitkering bij leven	Tijdelijk en levenslang	Levenslang
Uitkering ineens/afkoop	Ja is mogelijk bij oud regime polissen	Nee behoudens afkoop kleine pensioenen (1-1-2018)
Aanbieders	Banken en verzekeraars	Pensioenfondsen, verzekeraars en PPI's
Hoogte premie	13,8%(belastbaar inkomen [max 107.593] – 12.678) – 6,5* 37/40* A-F. Premie blijft gelijk bij stijgende leeftijd.	Bepaald door opbouw in middelloon en door de staffel van de beschikbare pensioen regeling.

Het belangrijkste argument om de in aftrek gebrachte premies te kunnen terugnemen is dat zowel lijfrenten als pensioen een voorwaardelijk karakter kent. In deze masterscriptie kom ik tot de conclusie dat lijfrenten een voorwaardelijk karakter kent aangezien zij uit een

individuele overeenkomst bestaat en een mogelijkheid hebben tot afkoop. Er is een keuze om een lijfrente op te bouwen als individu en als je mogelijk niet meer achter deze keuze staat dan bestaat de mogelijkheid tot afkoop. Wat mij betreft zorgt dit ervoor dat lijfrenten een voorwaardelijk karakter hebben. Overigens is de wetgever op de oude systematiek teruggevallen met betrekking tot de conserverende aanslag en zou dus het Hongarije arrest gewoon nog moeten gelden. Met betrekking tot pensioen kom ik tot de conclusie dat de premieaftrek geen voorwaardelijkheid kent. Pensioen is immers opgenomen in de arbeidsovereenkomst en er is in deze overeenkomst vaak geen keuze of er wel of geen pensioen wordt opgebouwd. Daarnaast kan opgebouwd pensioengeld niet worden afgekocht in Nederland. Pensioengeld staat daarmee vast en kan slechts in termijnen ontvangen worden wanneer je de pensioengerechtigde leeftijd bereikt. Dit zorgt er naar mijn mening voor dat er geen voorwaardelijkheid is. Eenmaal opgebouwd pensioengeld kan dus met geen mogelijkheid eerder worden ontvangen.

In deze masterscriptie pleit ik ervoor om de conserverende aanslag met betrekking tot lijfrenten en pensioen in zijn geheel te schrappen. De heffing over lijfrenten en pensioen is in steeds meer belastingverdragen geregeld en zijn er bepalingen opgenomen die ervoor zorgen dat de bronstaat (deels) mag heffen over lijfrenten- of pensioenuitkeringen. Daarnaast zorgt automatische informatie uitwisseling ervoor dat informatie over een belastingplichtige die pensioen of lijfrenten ontvangt en waar Nederland mogelijk heffingsrecht heeft, gemakkelijk bij de Nederlandse belastingdienst terecht komt. De Nederlandse belastingdienst heeft wat mij betreft de conserverende aanslag derhalve niet meer nodig om te kunnen heffen over de uitkeringen.

Literatuurlijst:

P.J.M. Akkermans, 'Emigratieheffingen bij pensioen en lijfrente: de fiscus heeft bijna het onderste uit de kan', FTV 2017/54.

CBS, 'Totale pensioenaanspraken van Nederland in beeld', 2015/02

C.H.A. Luijken, Fiscaal verdragsbeleid en pensioenuitkeringen, Tijdschrift voor pensioenvraagstukken 2015/23.

A.H.H. Bollen-Vandenboorn, *De vergeten grensarbeider en zijn nettopensioen*, MBB 2015, nr. 9, p. 271-276.

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

P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (1)', NTFR-B 2009/28.

P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (2)', NTFR-B 2009/29.

F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag bij emigratie van pensioen- en lijfrentegerechtigde (deels) gesauveerd; Hoge Raad, nr. 17/01256', NTFRB 2017/50,

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

B. Starink, *Belastingheffing over particulierpensioen en overheidspensioen in grensoverschrijdende situaties*, (diss. Tilburg), 8 april 2015, p. 77.

Van Dun, noot onder HR 14 juli 2017, NTFR 2017/1862

Vakstudie Inkomstenbelasting, art. 1.7 Wet IB 2001, aant. 2

Werkgroep, 'Rapport van de werkgroep levensverzekeringen WTV-Wet IB van 4 juni 1993', FED 1993/525

Voorlopig rechtsspraak overzicht:

HR 7 december 2001, BNB 2002/42

HR 5 september 2003, BNB 2003/380

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

HR 19 juni 2009, nr. 44 050, V-N 2009/29.10.

HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, BNB 2017/186

Het Hof van Justitie:

HvJ 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), NTFR 2006/1288.

HvJ 11 maart 2004, zaak C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant)

Parlementaire behandeling:

Kamerstukken II 1993/94, 23 046, nr. 9

MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 76

MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 020, nr. 3, p. 1–3

Kamerstukken II 2010/11, 25087 nr. 7

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 1 december 2000, nr. CPP2000/2752M, V-N 2000/55.1 p. 5061

Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2009, DB2009/329 M, betreffende "wetsvoorstel conserverende aanslagen pensioen en lijfrente", Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 5.