

Pensioenen in een grensoverschrijdende context

Een analyse van de grensoverschrijdende opbouw en afwikkeling van eerste-, tweede- en derdepijlerfaciliteiten



Naam: K. Dam

Studentnummer: 431973

Scriptiebegeleider: F.M. Werger

Tweede beoordelaar: P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 30 april 2021

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	6
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	8
1.1 Aanleiding	8
1.2 Probleemstelling.....	13
1.3 Deelvragen en opbouw	14
1.4 Afbakening	15
Hoofdstuk 2: Eerste-, tweede- en derdepijlerfaciliteiten in volledig binnenlandse situaties.....	17
2.1 Inleiding.....	17
2.2 Sociale zekerheid en de eerstepijlerfaciliteit	17
2.2.1 Sociale voorzieningen en verzekeringen	17
2.2.2 Volksverzekeringen	17
2.2.2.1 Algemeen.....	17
2.2.2.2 Verzekerden, premieplichtigen en premieheffing	18
2.2.3 Werknemersverzekeringen.....	19
2.3 Pensioen opgebouwd bij de werkgever	19
2.3.1 Civielrechtelijke aspecten	19
2.3.1.1 Afkoop van pensioenen.....	19
2.3.1.2 Waardeoverdracht van pensioenen.....	20
2.3.2 Fiscaalrechtelijke aspecten	21
2.3.2.1 De omkeerregel.....	21
2.3.2.2 Pensioenregelingen en pensioengevend loon	21
2.3.2.3 Pensioenverzekeraars.....	22
2.3.2.4 Onregelmatige afwikkeling en waardeoverdracht	22
2.4 Lijfrenten	23
2.4.1 Definitie lijfrente.....	23
2.4.2 Vormen van lijfrenten	24
2.4.3 Toegelaten uitvoerders.....	24
2.4.4 Reguliere fiscale behandeling	24
2.4.5 Negatieve inkomensvoorzieningen.....	25
Hoofdstuk 3: De eerstepijlerfaciliteit in een grensoverschrijdende context	27
3.1 Inleiding.....	27
3.2 Internationale premieheffing: nationale regelgeving.....	27
3.2.1 Algemene Ouderdomswet en BUB 1999	27
3.2.1.1 Tijdelijke onderbreking arbeid.....	27
3.2.1.2 Werkzaam buiten Europa.....	27
3.2.1.3 Wonen in Nederland, werken in het buitenland	28
3.2.2 Artikel 6a AOW en de koppeling met internationale verdragen.....	29

3.2.3	Belastingheffing over socialezekerheidsuitkeringen.....	29
3.3	Internationale premieheffing: Verordening 883/2004	30
3.3.1	Algemene karakteristieken Verordening 883/2004	30
3.3.1.1	Koppeling met het VwEU	30
3.3.1.2	Waarom een verordening?	31
3.3.1.3	Personele en materiële werkingssfeer.....	31
3.3.1.4	Sterke en exclusieve werking	31
3.3.2	Hoofdregel werknemers	32
3.3.3	Uitzending naar een andere lidstaat	32
3.3.3.1	Voorwaarden detacheringsregeling	32
3.3.3.2	Waarde van de A1-verklaring	34
3.3.4	Werken in verschillende lidstaten	36
3.3.4.1	Aanwijsregel werkzaamheden in twee of meer lidstaten.....	36
3.3.4.2	Marginale werkzaamheden	38
3.3.5	De Duitse mini-jobs	40
3.3.6	Corona en thuiswerken	41
3.3.7	Samentelling tijdvakken en toekenning van uitkeringen.....	42
3.4	Belastingheffing eerstestapjelerfaciliteiten.....	44
3.4.1	Verdeling heffingsbevoegdheid: OESO-MV en Nederlands verdragsbeleid.....	44
3.4.2	Verdeling heffingsbevoegdheid: Nederlandse belastingverdragen	45
3.4.3	Verdieping: geconditioneerde bronstaatheffing.....	46
3.5	Deelconclusie	47
	Hoofdstuk 4: Grensoverschrijdende pensioenen en lijfrenten: nationale wet- en regelgeving	50
4.1	Inleiding.....	50
4.2	Conserverende aanslagen inzake pensioenen en lijfrenten.....	50
4.2.1	Algemeen.....	50
4.2.2	Conserverende aanslag en emigratie (exclusief reparatiewetgeving)	51
4.2.3	De 2009-arresten	52
4.2.4	De reparatiewetgeving en houdbaarheidstoetsing door de Hoge Raad	54
4.2.5	Conserverende aanslag en waardeoverdracht pensioenkapitaal.....	56
4.2.6	Conserverende aanslag en voortzetting buitenlandse pensioenregeling	57
4.3	Voortzetting buitenlandse pensioenregeling in Nederland en vice versa	58
4.3.1	Voortzetting buitenlandse pensioenregeling gedurende verblijf in Nederland ..	58
4.3.1.1	Waarom niet deelnemen in een Nederlandse pensioenregeling?	58
4.3.1.2	Voortzetting buitenlandse pensioenregeling	59
4.3.2	Voortzetting Nederlandse pensioenregeling in het buitenland	63
4.3.2.1	Voortzetting middels toezegging achteraf.....	63
4.3.2.2	Voortzetting middels buitenlandse faciliteit	64
4.4	Voortzetting buitenlandse lijfrenteregeling in Nederland en vice versa	65

4.4.1	Inkomende werknemers en lijfrenten	65
4.4.1.1	Voortzetting buitenlandse lijfrenteverzekering na immigratie	65
4.4.1.2	Kwalificerende buitenlandse belastingplichtigen.....	66
4.4.2	Mogelijkheden lijfrenten bij werken (en wonen) in buitenland	67
4.5	Grensoverschrijdende waardeoverdracht pensioenkapitaal.....	68
4.5.1	Waardeoverdracht pensioenkapitaal vanuit het buitenland.....	68
4.5.2	Waardeoverdracht pensioenkapitaal aan buitenlandse uitvoerder.....	69
4.5.2.1	Algemeen.....	69
4.5.2.2	Voorwaarden waardeoverdracht aan buitenlandse fiscaal niet-aangewezen uitvoerder	71
4.6	Grensoverschrijdende pensioen- en lijfrente-uitkeringen	74
4.6.1	In Nederland woonachtige gepensioneerden	74
4.6.2	In het buitenland woonachtige gepensioneerden.....	76
4.7	Deelconclusie	76
Hoofdstuk 5: Grensoverschrijdende pensioenen en lijfrenten: bilaterale belastingverdragen en EU-recht.....		79
5.1	Inleiding.....	79
5.2	Pensioenen en lijfrenten in verdragsrechtelijk verband.....	79
5.2.1	Verdeling heffingsbevoegdheid: OESO-MV en Nederlands verdragsbeleid.....	79
5.2.2	Verdeling heffingsbevoegdheid: Nederlandse belastingverdragen	82
5.2.3	Afkoopsommen	84
5.2.4	Toetsing Nederlandse wetgeving aan goede verdragstrouw	86
5.2.4.1	Conserverende aanslag	86
5.2.4.2	Maximering pensioenpremiebepaling	89
5.3	Pensioenen en lijfrenten in EU-rechtelijk verband	90
5.3.1	Ontwikkeling jurisprudentie Hof van Justitie	90
5.3.1.1	Conserverende aanslag	91
5.3.1.2	Fiscale facilitering van pensioenen en lijfrenten.....	92
5.3.2	Invloed Europese Commissie op pensioenen en lijfrenten	98
5.3.2.1	Exitheffingenmededeling	98
5.3.2.2	Pensioenmededeling.....	99
5.3.2.3	Infractieprocedures Europese Commissie n.a.v. Pensioenmededeling ..	101
5.3.2.4	Bijstandsrichtlijn	103
5.3.2.5	Richtlijn 98/49/EG	103
5.3.2.6	Lopende infractieprocedure tegen Nederland.....	103
5.3.3	Samenvattend kader fiscaal gefaciliteerde opbouw pensioenen en lijfrenten	104
5.3.4	Toetsing Nederlandse wetgeving aan EU-recht.....	105
5.3.4.1	Conserverende aanslag	105
5.3.4.2	Voortzetting buitenlandse pensioenregeling in Nederland	106
5.3.4.3	Inkoop buitenlandse diensttijd	108

5.3.4.4	Voortzetting buitenlandse lijfrenteverzekering in Nederland	108
5.3.4.5	Waardeoverdracht naar buitenlandse uitvoerder	108
5.3.4.6	Pensioenen en lijfrenten in de uitkeringsfase	112
5.4	Deelconclusie	113
Hoofdstuk 6: Conclusie		116
6.1	Beantwoording probleemstelling.....	116
6.1.1	Conclusie eerstelijnsfaciliteiten	116
6.1.2	Conclusie pensioenen en lijfrenten.....	118
6.2	Aanbevelingen	122
Literatuur- en jurisprudentielijst.....		124
Bijlage 1: Verdeling heffingsbevoegdheid sociale zekerheidsuitkeringen in de door Nederland gesloten belastingverdragen met Europese landen.....		129
Bijlage 2: De pensioenpremiebepaling in het non-discriminatieartikel van de door Nederland gesloten belastingverdragen met Europese landen.....		131
Bijlage 3: Verdeling heffingsbevoegdheid pensioenen en lijfrenten in de door Nederland gesloten belastingverdragen met Europese landen.....		132

Lijst van gebruikte afkortingen

Anw	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BUB 1999	Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999
BW	Burgerlijk Wetboek
c.a.	circa
EC	Europese Commissie
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap
EU	Europese Unie
e.v.	en volgende
FTV	Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IW 1990	Invorderingswet 1990
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
m.nt.	met noot
n.a.v.	naar aanleiding van
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-B	Beschouwingen Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NVT	niet van toepassing
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV	Modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
p.	pagina

par.	paragraaf
PW	Pensioenwet
r.o.	rechtsoverweging
Stcrt.	Staascourant
Stb.	Staatsblad
SVB	Sociale Verzekeringsbank
TPV	Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken
UB LB 1965	Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965
UR IW 1990	Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990
V-N	Vakstudie Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
Wlz	Wet langdurige zorg
WW	Werkloosheidswet

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding

Uit het 2020-rapport¹ van de Europese Commissie (hierna: EC) inzake de arbeidsmobiliteit binnen EU-verband blijkt dat de internationale arbeidsmobiliteit van actieven² volgens de laatste ontwikkelingen nog altijd aan het groeien is, maar sinds 2017 wel in een lager tempo dan voorheen. In 2019 verbleven 11,9 miljoen EU-burgers in de categorie van 20-64 jaar in een andere lidstaat³ dan de staat waarvan ze staatsburger zijn, waarvan 9,9 miljoen actieven. Dit laatste is een toename van 3% ten opzichte van 2018. In 2019 waren er binnen EU-verband 1,5 miljoen zogenaamde "cross-border workers". Dit betreft werknemers en zelfstandigen die woonachtig zijn in de ene lidstaat en werkzaam in de andere lidstaat, waartoe seizoenwerkers, grenswerkers⁴ en eveneens sommige gedetacheerde werknemers behoren. Het totaal aantal gedetacheerde werknemers⁵ bedraagt ruim 3 miljoen.

De – zoals blijkt uit bovenstaande cijfers – door miljoenen EU-burgers gemaakte keuze om in een andere jurisdictie te gaan wonen en/of werken kan diverse gevolgen hebben voor de fiscale en sociale zekerheidspositie van een individu, aangezien de fiscale en sociale stelsels binnen EU-verband niet zijn geharmoniseerd. De keuze van een werknemer om (bijvoorbeeld) in een andere lidstaat te gaan werken, kan daardoor zowel voordelig als nadelig uitvallen. Verschillen tussen lidstaten inzake nationale wetgevingen worden ook wel dispariteiten genoemd. Dispariteiten vallen niet binnen de werkingssfeer van de zogenaamde vrije verkeersbepalingen – welke verankerd liggen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) – en zijn daardoor EU-rechtelijk toegestaan.⁶ Voor werknemers vormt het in artikel 45 VwEU opgenomen vrije verkeer van werknemers de voornaamste vrije verkeersbepaling. Deze verkeersvrijheid omvat ten eerste de vrijheid van migratie, waarmee wordt bedoeld op het recht van iedere EU-burger om in een ander land dan die van herkomst te wonen en/of te werken. Ten tweede gaat het om een verbod op discriminatie van werknemers afkomstig uit een andere lidstaat in het kader van werkgelegenheid, beloning en arbeidsvoorwaarden.⁷

Een van de aspecten waarmee een werknemer rekening moet houden bij de keuze om – al dan niet tijdelijk – in een andere lidstaat te gaan wonen en/of werken betreft de gevolgen voor de opbouw en afwikkeling van pensioenen op het gebied van fiscaliteit en sociale zekerheid. Pensioen kan (in Nederland) worden opgebouwd via drie pijlers: het wettelijke basispensioen vanuit de overheid, een aanvullende pensioenregeling via de werkgever en aanvullende individuele pensioenvoorzieningen. Eerstgenoemde pijler wordt in Nederland primair gevormd door de AOW. Uit artikel 6 AOW volgt dat inwoners van Nederland hiervoor zijn verzekerd zolang zij de pensioenleeftijd nog niet hebben bereikt. Niet-inwoners die met betrekking tot in Nederland in dienstbetrekking verrichte arbeid aan de loonbelasting zijn onderworpen, zijn in beginsel eveneens verzekerd. Doordat lidstaten in principe vrij zijn in de inrichting van hun sociale zekerheidswetgeving, kan het in een grensoverschrijdende context voorkomen dat een

¹ Annual Report on Intra-EU Labour Mobility 2020, Final Report, European Commission.

² Hiertoe behoren zowel werknemers, zelfstandigen als werkzoekenden.

³ Het Verenigd Koninkrijk behoorde in 2019 nog tot de EU. Met ingang van 1 februari 2020 is de Brexit een feit.

⁴ Grenswerkers worden hier gedefinieerd als personen die in de regel dagelijks of minimaal één keer per week teruggaan naar hun woonstaat.

⁵ Hierbij wordt een gedetacheerde werknemers in de zin van artikel 12 Verordening 883/2004 bedoeld.

⁶ Rapport van de Commissie grenswerkers (Geschrift nr. 257), p.4.

⁷ P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2018, par. 3.2.5.

werknemer op basis van de nationale wetgevingen in twee (of meer) staten of juist in geen enkele staat sociaal verzekerd is. Aangezien de premieplicht is gekoppeld aan de verzekeringsplicht, werkt dit daarin door.⁸ Om dergelijke onwenselijke situaties te voorkomen, is binnen EU-verband Verordening 883/2004 van kracht. Deze verordening coördineert de toepasselijke sociale zekerheidswetgeving in grensoverschrijdende situaties op een wijze waarmee wordt gepoogd het vrije verkeer van personen/werknemers te faciliteren. Verordening 883/2004 harmoniseert dus niet.⁹

Volgens Verordening 883/2004 geldt voor werknemers de hoofdregel dat de wetgeving van de werkstaat dient te worden toegepast. Een belangrijke uitzondering hierop betreft het geval van detachering. Het wordt veelal als onwenselijk ervaren dat de werknemer gedurende deze – vaak relatief korte – periode in de desbetreffende andere staat sociaal verzekerd raakt. Dat geldt eveneens inzake de Nederlandse AOW, omdat de toekomstige uitkering wordt verlaagd met 2% voor ieder jaar dat een werknemer niet in Nederland verzekerd is geweest. Verordening 883/2004 geeft voor dergelijke gevallen een regel op grond waarvan de gedetacheerde werknemer gedurende een zekere tijd in zijn/haar "thuisland" sociaal verzekerd kan blijven. In dergelijke gevallen dient via de werkgever een zogenaamde A1-verklaring aangevraagd te worden. Deze verklaring dient als bewijsstuk dat de werknemer tijdens de detachering in zijn/haar "thuisland" sociaal verzekerd blijft. Een afgegeven A1-verklaring is in beginsel onaantastbaar. Uit recente jurisprudentie van het HvJ¹⁰ blijkt echter dat een frauduleus afgegeven A1-verklaring door de tijdelijke werkstaat onder voorwaarden terzijde kan worden geschoven. Een tweede uitzondering betreft de situatie waarin werkzaamheden in twee (of meer) lidstaten worden verricht. Het HvJ heeft zich in een tweetal relatief recente zaken uitgelaten over de vraag wanneer de activiteiten in de tweede lidstaat moeten worden beschouwd als niet-marginale werkzaamheden, wat als gevolg heeft dat de hier bedoelde uitzondering van toepassing is.¹¹

Ook inzake het via de werkgever opgebouwde pensioen¹² bestaan (grote) verschillen tussen de geldende pensioenstelsels in de diverse landen. Naast de hoogte van de op te bouwen pensioenen en de aard van de arrangementen verschillen ook de fiscale faciliteiten die van toepassing zijn op pensioenvoorzieningen sterk per jurisdictie. Een belangrijke overeenkomst tussen de pensioenstelsels in de meeste Europese landen – waaronder Nederland – betreft de toepassing van de zogenaamde omkeerregel, welke inhoudt dat pensioenen gedurende de opbouwfase fiscaal worden gefaciliteerd middels een vrijstelling of aftrekpost indien sprake is van een kwalificerende pensioenregeling en dat de toekomstige uitkering daarentegen juist wel wordt belast.¹³ Zo worden pensioenen slechts één keer in de heffing betrokken.

Voornamelijk werknemers die tijdelijk in een andere lidstaat worden tewerkgesteld, willen doorgaans hun bestaande pensioenregeling voortzetten. Een eerste argument hiervoor is dat in veel gevallen sprake is van detachering in de zin van Verordening 883/2004, waardoor de werknemer in het land van herkomst verzekerd kan blijven. Aangezien het

⁸ P. Kavelaars, 'Grensoverschrijdende aspecten van de socialeverzekeringsplicht', *TPV* 2019/13, par. 2.

⁹ H.B. Bröker, 'Internationale sociale zekerheid: in welk land is iemand sociaal verzekerd?', *TPV* 2015/28, par. 1.

¹⁰ Zie onder andere: HvJ EU 2 april 2020, C-37/18 en C-370/17, ECLI:EU:C:2020:260 (*Vueling*).

¹¹ HvJ EU 13 september 2017, C-569/15 & C-570/15, ECLI:EU:C:2017:673 (X).

¹² Wanneer hierna wordt gesproken over pensioenen zonder nadere toelichting, dan wordt hiermee het tweedepijlerpensioen genoemd.

¹³ B. Dieleman, 'Voortzetting Nederlandse pensioenregeling door uitgaande werknemers', *PensioenMagazine* 2015/67.

(tweedepijler)pensioen veelal complementair is aan de eerstepijlerfaciliteit, ontstaat vaak de wens om de bestaande pensioenregeling voort te kunnen zetten. Ook het feit dat de werknemer op relatief korte termijn terugkeert en de vertrouwdheid met de bestaande pensioenregeling kunnen een rol spelen.¹⁴ Het probleem is echter dat de buitenlandse pensioenregeling van werknemers die (tijdelijk) in Nederland komen werken veelal niet voldoet aan de criteria van hoofdstuk IIB Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964), waardoor de omkeerregel in beginsel niet toepasbaar is. Ter bevordering van de internationale arbeidsmobiliteit wijst de staatssecretaris van Financiën (hierna: de staatssecretaris) in het 'Besluit internationale pensioenen'¹⁵ buitenlandse pensioenregelingen onder voorwaarden aan als erkende pensioenregeling. Ondanks dat in de 2015-update van het besluit diverse verduidelijkingen en verruimingën zijn opgenoemd ten opzichte van de vorige versie, wordt in de literatuur gesteld dat het nieuwe besluit nog steeds niet volledig EU-proof is.¹⁶

Hoewel EU-lidstaten op fiscaal terrein autonomie bezitten, moet de fiscale wet- en regelgeving wel in overeenstemming zijn met de vrije verkeersbepalingen. Deze zijn immers dwingend van toepassing op het gehele rechtssysteem van EU-lidstaten.¹⁷ De ontwikkelingen op EU-terrein met betrekking tot het grensoverschrijdend fiscaal gefaciliteerd kunnen voortzetten van een bestaande pensioenregeling zijn zichtbaar op twee niveaus.¹⁸ Het eerste niveau betreft een reeks prejudiciële beslissingen van het HvJ met als rode draad dat telkens – met uitzondering van de Bachmann-zaak¹⁹ – een nationaalrechtelijke bepaling van een lidstaat waarbij – vergeleken met binnenlandse uitvoerders – geen of minder gunstige fiscale faciliteiten werden verleend voor pensioenen dan wel aanvullende individuele oudedagsvoorzieningen opgebouwd bij buitenlandse uitvoerders, in strijd werd geacht met één of meer vrije verkeersbepalingen.²⁰ Het meer recente Montag-arrest²¹ ziet daarentegen op een bepaling waarbij voor de aftrekbaarheid van pensioenpremies een onderscheid naar woonplaats werd gemaakt. In de literatuur wordt dit arrest gezien als een mooie stap in de richting van een minimalisatie van fiscale belemmeringen op pensioenterrein.²²

Het tweede niveau betreft de rol van de EC. De EC beoogt reeds sinds de jaren negentig om – al dan niet fiscale – grensoverschrijdende belemmeringen inzake pensioenen zo veel mogelijk weg te nemen. Aangezien de lidstaten hun fiscale autonomie hoog in het vaandel hebben staan, is het nooit gelukt op fiscaal pensioenterrein op EU-niveau tot concrete maatregelen te komen. De EC heeft daarom gekozen voor een andere aanpak in de vorm van het uitvaardigen van de zogenaamde Pensioenmededeling²³, aangezien voor een mededeling geen medewerking van de lidstaten is vereist. Tegen lidstaten die weigerden hun fiscale

¹⁴ R. van Sluis, 'Nieuw besluit Internationale aspecten van pensioenen', *TPV* 2016/15.

¹⁵ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798.

¹⁶ Zie onder andere: M.E. Kastelein, 'Geactualiseerd besluit over internationale aspecten van pensioenen en loonstamrechten', *NTFR* 2016/2.

¹⁷ P. Kavelaars, 'Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)', *TPV* 2009/13, par. 1.

¹⁸ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 6.8.4.

¹⁹ HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (*Bachmann*).

²⁰ Zie onder andere: HvJ EG 28 april 1998, C-118/96, ECLI:EU:C:1998:170 (*Safir*) & HvJ EG 3 oktober 2002, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558 (*Danner*).

²¹ HvJ EU 6 december 2018, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987 (*Montag*).

²² S.P.M. Kramer & H.M.L. Niesten, 'Weigering fiscale aftrek verplichte pensioenbijdragen aan niet-inwoners strijdig met EU-recht', *MBB* 2019/9-34.

²³ Mededeling van 19 april 2001 inzake de opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen; nr. COM(2001)204, PbEG 2001, nr. C.165.

wetgeving in overeenstemming met de Pensioenmededeling te brengen, zijn door de EC infractieprocedures gestart. Deze zijn allen beslecht in het voordeel van de EC.²⁴

Het eerder besproken ‘Besluit internationale pensioenen’²⁵ geeft ook een overzicht van de voorwaarden om een grensoverschrijdende waardeoverdracht van pensioenkapitaal naar een buitenlandse, fiscaal niet-aangewezen pensioenuitvoerder – net als een binnenlandse waardeoverdracht – zonder fiscale consequenties mogelijk te maken. De EC heeft in het Pensioengrootboek²⁶ aangekondigd onderzoek te gaan doen naar nationaalrechtelijke bepalingen die de grensoverschrijdende waardeoverdracht van pensioenen belemmeren. In dat kader is (meerdere malen) aan Nederland een met redenen omkleed advies gestuurd inzake door Nederland gestelde voorwaarden voor een geruisloze grensoverschrijdende waardeoverdracht die volgens de EC in strijd zijn met de vrije verkeersbepalingen. Nederland heeft hierop geen actie ondernomen, waarna de EC in 2020 heeft besloten een tweetal zaken aanhangig te maken bij het HvJ.²⁷

Naast de eerstelijnerfaciliteit via de staat en het via de werkgever opgebouwde pensioen, is het ook mogelijk middels bijvoorbeeld een lijfrente een additionele individuele toekomstvoorziening op te bouwen. Evenals voor pensioenen geldt voor lijfrenten in Nederland fiscaal de omkeerregel, waardoor lijfrentepremies in de regel in de opbouwfase aftrekbaar zijn en worden belast op het moment van uitkering. De Nederlandse wet- en regelgeving biedt onder voorwaarden de mogelijkheid een buitenlandse lijfrenteregeling in Nederland voort te zetten gedurende bijvoorbeeld een detachering. Noemenswaardig hierbij is het feit dat één van deze voorwaarden in 2019 is gewijzigd, aangezien deze voorwaarde een belemmering opwierp bij de internationale mobiliteit van belastingplichtigen.²⁸ Met deze wijziging is gepoogd deze belemmering weg te nemen.

Toepassing van de omkeerregel bij pensioenen en lijfrenten zorgt ervoor dat deze toekomstvoorzieningen (pas) gedurende de afwikkelingsfase worden belast. Ook voor eerstelijnerfaciliteiten geldt dat deze worden belast op het moment van uitkering. Het OESO-modelverdrag (hierna: OESO-MV) wijst de heffingsbevoegdheid inzake pensioenen primair toe aan de woonstaat. Over eerstelijnerfaciliteiten en lijfrenten is in het OESO-MV niets expliciet geregeld, waardoor deze onder het restartikel vallen. Hierin is eveneens een woonstaatheffing opgenomen. Het Nederlandse verdragsbeleid wijkt echter aanzienlijk af van het OESO-MV. Begin deze eeuw heeft Nederland ten aanzien van pensioenen de lijn ingezet dat Nederland als bronstaat heffingsbevoegd wil blijven in een tweetal gevallen: wanneer de pensioenuitkering in de woonstaat onvoldoende wordt belast en wanneer het pensioenkapitaal (op oneigenlijke wijze) wordt afgekocht.²⁹ Tegenwoordig wordt ingezet op een uitsluitende bronstaatheffing, vanuit de gedachte dat de betaalde premies in het verleden in de bronstaat fiscaal zijn gefaciliteerd. Ook voor eerstelijnerfaciliteiten en lijfrenten streeft Nederland een

²⁴ HvJ EG 30 januari 2007, C-150/04, ECLI:EU:C:2007:69 (*Commissie/Denemarken*) & HvJ EG 5 juli 2007, C-522/04, ECLI:EU:C:2007:405 (*Commissie/België*).

²⁵ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798.

²⁶ Groenboek van 7 juli 2010, Towards adequate, sustainable and safe European pension systems, COM(2010) 365, par. 3.3.2.

²⁷ INF/20/859, Inbreukenpakket voor mei: voornaamste beslissingen & INF/20/1687, Inbreukenpakket voor oktober: voornaamste beslissingen.

²⁸ H. van Toledo, NDFR-commentaar op artikel 3.126 Wet IB 2001, par. 5.2.2.

²⁹ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 6.8.1.2.

integrale bronstaatheffing na.³⁰ Recent heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan inzake de wijze waarop het pensioenartikel in het belastingverdrag met Portugal moet worden geïnterpreteerd, aangezien hierover de nodige onduidelijkheid bestond.³¹

In diverse – voornamelijk “oude” – belastingverdragen is echter nog steeds een volledige woonstaatheffing opgenomen. Aangezien het in veel andere landen ten opzichte van Nederland fiscaal gunstiger is om pensioenen en lijfrenten af te kopen, is de Nederlandse wetgever bang dat in Nederland fiscaal gefaciliteerde pensioenen en lijfrenten na emigratie in het buitenland worden afgekocht en de fiscus zodoende diens belastingclaim kwijt is. Om dit te voorkomen, wordt door de fiscus op het moment direct voorafgaand aan de emigratie³² een conserverende aanslag opgelegd ter waarde van in beginsel de waarde in het economische verkeer. Binnen EU-verband wordt automatisch uitstel van betaling verleend, waarna de conserverende aanslag na verloop van negen jaar na afloop van het jaar van emigratie wordt kwijtgelaten. Indien het pensioen of de lijfrente gedurende de periode van uitstel van betaling wordt afgekocht (of een andere gesanctioneerde handeling plaatsvindt), wordt het uitstel per direct beëindigd en dient de conserverende aanslag te worden betaald.³³

In een viertal arresten – de zogenaamde 2009-arresten³⁴ – heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bovenstaande systematiek in strijd is met de goede verdragstrouw ten aanzien van belastingverdragen waarin een integrale woonstaatheffing is opgenomen. De goede verdragstrouw ligt verankerd in het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht. In dit verdrag zijn op internationaal niveau afspraken gemaakt over de toepassing en uitleg van verdragen. Artikel 26 Verdrag van Wenen vormt de kernbepaling en houdt in dat elk in werking getreden verdrag de betrokken partijen verbindt en door hen te goeder trouw ten uitvoer moet worden gelegd. In artikel 31 Verdrag van Wenen wordt nadere invulling gegeven aan het begrip “te goeder trouw uitleggen”. Deze uitleg moet aangrijpen bij de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag. Het belastingverdrag zelf is dus beslissend en er is geen rol weggelegd voor de nationale wetgeving van beide verdragsstaten.³⁵ In artikel 27 Verdrag van Wenen staat vermeld dat geen van de verdragspartijen zich mag beroepen op bepalingen in diens nationale recht om het niet ten uitvoer leggen van een belastingverdrag te rechtvaardigen. Het eenzijdig afwijken van hetgeen in het belastingverdrag is overeengekomen, is daarom in strijd met de goede verdragstrouw.

De redenering van de Hoge Raad is dat wanneer de woonstaat mag heffen over het pensioen of de lijfrente, Nederland als bronstaat afstand heeft gedaan van zijn heffingsrecht en er daarom ook geen reden is een conserverende aanslag op te leggen. Naar aanleiding van de 2009-arresten heeft de Hoge Raad een wetswijziging tot stand gebracht. Kortgezegd komt deze erop neer dat ten aanzien van belastingverdragen met een integrale woonstaatheffing voor pensioenen en lijfrenten nog steeds een conserverende aanslag wordt opgelegd, maar wordt

³⁰ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.

³¹ HR 6 november 2020, nr. 20/01404, ECLI:NL:HR:2020:1733.

³² De conserverende aanslag wordt eveneens opgelegd in een tweetal andere situaties. Hierop kom ik terug in hoofdstuk 4.

³³ C. Douven, ‘Revival van de conserverende aanslag?’, *TPV* 2017/38, par. 2.

³⁴ HR 19 juni 2009, nr. 43 978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201; HR 19 juni 2009, nr. 07/13267, ECLI:NL:HR:2009:BI8563; HR 19 juni 2009, nr. 08/02288, ECLI:NL:HR:2009:BI8566; HR 19 juni 2009, nr. 44 050, ECLI:NL:HR:2009:BC4725.

³⁵ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 2.7.2.

gemaximeerd tot het bedrag waarover in het verleden fiscale faciliteiten zijn verleend.³⁶ In 2017 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze reparatiewetgeving in stand kan blijven. Volgens de Hoge Raad wordt inzake zowel pensioenen als lijfrenten een voorwaardelijk verleend voordeel teruggenomen en is hierin geen inkomensbestanddeel begrepen. Aangezien een verdrag ziet op inkomensbestanddelen, is het verdrag niet van toepassing en kan geen sprake zijn van strijd met de goede verdragstrouw. Dit leidt er echter wel toe dat een belastingplichtige die geen misbruikmotief heeft – in ieder geval theoretisch – het risico loopt dubbel te worden belast, aangezien de woonstaat op basis van het verdrag ook zal willen heffen. In de literatuur worden door diverse auteurs vraagtekens geplaatst bij de juistheid van dit arrest.³⁷

1.2 Probleemstelling

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat de (fiscale) problematiek inzake oudedagsvoorzieningen zeer uiteenlopend en zeker ook actueel is. Het is mijns inziens dan ook goed om een overzicht te schetsen van de stand van zaken op dit terrein anno 2021. Aangezien binnen EU-verband de fiscale en sociale stelsels niet zijn geharmoniseerd, ontstaan dispariteiten. Met dispariteiten is in principe niets mis, mits de nationale wetgeving van de lidstaten maar in overeenstemming is met de vrije verkeersbepalingen. Inzake eerstepijlerfaciliteiten poogt Verordening 883/2004 middels het aanwijzen van de toepasselijke sociale zekerheidswetgeving de vrije verkeersbepalingen te waarborgen. In deze bijdrage wordt getoetst in hoeverre deze verordening hierin slaagt. Met betrekking tot pensioenen en lijfrenten in een grensoverschrijdende context speelt Verordening 883/2004 geen enkele rol. Hier is het de EC die de taak heeft erop toe te zien dat het nationale recht van de EU-lidstaten op dit terrein in overeenstemming is met de vrije verkeersbepalingen. In dit stuk wordt dan ook geanalyseerd of dit laatste het geval is met betrekking tot de Nederlandse wet- en regelgeving.

In paragraaf 1.1 is eveneens besproken dat de reparatiewetgeving inzake de conserverende aanslag volgens de Hoge Raad niet in strijd is met de goede verdragstrouw, maar dat deze uitkomst in de literatuur wordt bekritiseerd. Daarom wordt in deze bijdrage getoetst of de huidige wetgeving inzake de conserverende aanslag in overeenstemming is met de goede verdragstrouw. Ook wordt gekeken of andere aspecten in de Nederlandse wet- en regelgeving inzake de drie pijlers in strijd zijn met de goede verdragstrouw. Naast strijdigheden met het EU-recht en de goede verdragstrouw wordt tot slot gekeken naar eventuele onduidelijkheden voor de fiscale en/of sociale zekerheidspositie van de werknemer op zowel nationaalrechtelijk, verdragsrechtelijk als EU-rechtelijk niveau. Is het bijvoorbeeld na het arrest van de Hoge Raad inzake het verdrag met Portugal wel volledig duidelijk welke jurisdictie wanneer mag heffen en zijn de voorwaarden voor de voortzetting van een buitenlandse pensioenregeling dan wel grensoverschrijdende waardeoverdracht helder geformuleerd door de staatssecretaris? Gelet op het bovenstaande luidt de probleemstelling van deze scriptie als volgt:

In hoeverre zijn onduidelijkheden dan wel strijdigheden met de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers waarneembaar inzake de opbouw en afwikkeling van eerste, tweede- en/of derdepijlerfaciliteiten in grensoverschrijdende situaties en hoe kunnen – indien aanwezig – deze onduidelijkheden en/of strijdigheden worden weggenomen?

³⁶ E.J.W. Heithuis e.a., *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 3.3.5, onderdeel j.

³⁷ Zie bijvoorbeeld: F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag bij emigratie van pensioen- en lijfrentegerechtigde (deels) gesauveerd', *NTFR* 2017/50 & P.J.M. Akkermans, 'Emigratieheffingen bij pensioen en lijfrente: de fiscus heeft bijna het onderste uit de kan', *FTV* 2017/12-54.

1.3 Deelvragen en opbouw

Bovenstaande probleemstelling wordt beantwoord aan de hand van een viertal deelvragen, welke allen worden besproken in een separaat hoofdstuk. In hoofdstuk zes zal uiteindelijk een antwoord worden geformuleerd op de hiervoor geformuleerde probleemstelling en worden enkele aanbevelingen gedaan. De deelvragen zijn de volgende:

1. Op welke wijze is de opbouw en afwikkeling van eerste-, tweede- en derdepijlerfaciliteiten in binnenlandse situaties geregeld in de Nederlandse wet- en regelgeving?

Als startpunt wordt in kaart gebracht hoe de opbouw en afwikkeling van oudedagsvoorzieningen in volledig binnenlandse verhoudingen is geregeld in de Nederlandse wet- en regelgeving. Daarbij wordt allereerst ingegaan op de in dit kader relevante aspecten van het sociale verzekeringsrecht. Vervolgens wordt gekeken naar de nationale civielrechtelijke en fiscale wetgeving inzake het bij de werkgever opgebouwde pensioen. Tot slot wordt ingezoomd op de fiscale behandeling van lijfrenten afgesloten bij een binnenlandse erkende verzekeraar. Het in dit hoofdstuk geschetste kader is voornamelijk relevant voor de toetsing aan het EU-recht van de Nederlandse wet- en regelgeving inzake pensioenen en lijfrenten in het vijfde hoofdstuk, aangezien daarbij cruciaal is of binnenlandse en grensoverschrijdende situaties fiscaal al dan niet verschillend worden behandeld.

2. In hoeverre zijn onduidelijkheden dan wel strijdigheden met de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers waarneembaar inzake de opbouw en afwikkeling van eerstestapilfaciliteiten in grensoverschrijdende situaties en hoe kunnen – indien aanwezig – deze onduidelijkheden en/of strijdigheden worden weggenomen?

Deze deelvraag staat volledig in het teken van eerstestapilfaciliteiten met een grensoverschrijdend aspect. Hierbij wordt allereerst de relevante nationale wetgeving en de link daarvan met Verordening 883/2004 behandeld. Nadat enkele algemene karakteristieken van deze verordening de revue zijn gepasseerd, wordt uitgebreid stilgestaan bij de toewijzingsregels die zijn neergelegd in Verordening 883/2004. Ook wordt aandacht besteed aan de relevantie van de verordening ten aanzien van de uitkeringsfase. Verder wordt ingegaan op de verhouding tussen het OESO-MV en het Nederlandse fiscale verdragsbeleid inzake eerstestapilfaciliteiten en de wijze waarop de verdeling van heffingsrechten daadwerkelijk is geregeld in de bilaterale belastingverdragen met Europese landen.

3. In hoeverre zijn onduidelijkheden en potentiële strijdigheden met de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers waarneembaar inzake de opbouw en afwikkeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties en hoe kunnen – indien aanwezig – deze onduidelijkheden worden weggenomen?

In deze scriptie worden pensioenen en lijfrenten in de derde en vierde deelvraag samengenomen, aangezien deze fiscaal – door toepassing van de omkeerregel – op een vergelijkbare wijze worden behandeld. Aangezien de nationaalrechtelijke aspecten van pensioenen en lijfrenten veel uitgebreider zijn dan bij eerstestapilfaciliteiten, worden de verdragsrechtelijke en EU-rechtelijke aspecten besproken in een separaat hoofdstuk. Voor deze deelvraag wordt de nationale wet- en regelgeving geanalyseerd op onduidelijkheden en bepalingen waarvoor aanleiding is deze te toetsen aan de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers, omdat geredeneerd kan worden dat deze potentieel in strijd zijn met één of beide toetsingscriteria. De daadwerkelijke toetsing vindt plaats in het kader van de

vierde deelvraag. De nationale wetgeving wordt in dit hoofdstuk opgesplitst in diverse onderdelen. Allereerst wordt aandacht besteed aan de conserverende aanslag, waarna wordt ingegaan op de relevante nationaalrechtelijke aspecten inzake het in Nederland kunnen voortzetten van een buitenlandse pensioen- en lijfrenteregeling en vice versa. In aparte paragrafen wordt vervolgens ingegaan op de waardeoverdracht van pensioenkapitaal en de uitkeringsfase van pensioenen en lijfrenten.

4. In hoeverre zijn onduidelijkheden waarneembaar in de verdragsrechtelijke en EU-rechtelijke behandeling van pensioenen en lijfrenten, (in hoeverre) zijn elementen uit de Nederlandse nationale wet- en regelgeving in strijd met de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers en hoe kunnen – indien aanwezig – deze onduidelijkheden en/of strijdigheden worden weggenomen?

Deze laatste deelvraag staat in het teken van de verdragsrechtelijke en EU-rechtelijke behandeling van pensioenen en/of lijfrenten en de toetsing van de Nederlandse wet- en regelgeving hieraan. Inzake de verdragsrechtelijke behandeling wordt ingezoomd op de verhouding tussen het OESO-MV en het Nederland fiscale verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrenten en de wijze waarop de heffingsbevoegdheid in concrete belastingverdragen is verdeeld. Vervolgens worden eventuele onder de derde deelvraag gesignaleerde potentiële strijdigheden met de goede verdragstrouw aan laatstgenoemd beginsel getoetst. Vervolgens wordt het EU-rechtelijke kader geschetst inzake pensioenen en lijfrenten aan de hand van diverse door het HvJ gewezen arresten en de inspanningen vanuit de EC. Tot slot worden eventuele onder de vorige deelvraag gesignaleerde potentiële EU-rechtelijke belemmeringen aan dit EU-rechtelijke kader getoetst.

1.4 Afbakening

In deze scriptie staat de grensoverschrijdend actieve werknemer centraal, waarbij Nederland telkens één van de betrokken staten is. Vandaar dat enkel wordt gekeken naar de Nederlandse nationale wet- en regelgeving, het Nederlandse fiscale verdragsbeleid en de door Nederland gesloten bilaterale belastingverdragen. Het gaat ten allen tijde om een werknemer die in een tweede staat gaat wonen en/of werken, waardoor het door een in Nederland woonachtige en werkzame werknemer afsluiten van een buitenlandse pensioen- of lijfrenteverzekeringsbuiten het bereik van deze bijdrage valt. Ondernemers blijven volledig buiten beschouwing, aangezien de problematiek die bij deze actieven speelt grotendeels afwijkt van de problematiek bij werknemers. Verder is de analyse beperkt tot de Europese context en wordt alleen gekeken naar de zogenaamde "standaard" werknemer. Hiermee wordt bedoeld dat geen aandacht wordt besteed aan (deels) afwijkende (fiscale) bepalingen voor bepaalde specifieke beroepsgroepen, zoals zeevarenden en ambtenaren. De focus ligt op pensioenen die de werknemer voor zichzelf opbouwt, waardoor op bijvoorbeeld nabestaandenpensioenen niet nader wordt ingezoomd.

Bij de analyse die in deze bijdrage wordt gemaakt, wordt aangenomen dat duidelijk is wat (voor verdragstoepassing) fiscale woonplaats is van de (ex-)werknemer. De problematiek inzake het vaststellen van de fiscale woonplaats blijft zodoende buiten beschouwing. Verder wordt inzake de Nederlandse nationale wet- en regelgeving de focus gelegd op fiscale bepalingen. Voor zover nodig worden bepalingen uit het sociale verzekeringsrecht en het civiele recht besproken. Ten aanzien van de grensoverschrijdende waardeoverdracht van pensioenkapitaal merk ik op dat alleen de individuele waardeoverdracht worden besproken en de collectieve waardeoverdracht zodoende onbesproken blijft. De internationale

kapitaaloverdracht van lijfrenten blijft eveneens buiten beschouwing, omdat dit in de praktijk zelden tot nooit voorkomt. Ik merk verder op dat bij de verdeling van heffingsrechten in bilaterale belastingverdragen alleen wordt gekeken naar welke staat mag heffen op basis van het verdrag en niet op welke wijze de woonstaat voorkoming van dubbele belasting moet verlenen indien de bronstaat (gedeeltelijk) mag heffen.

De derde pijler wordt in dit verband beperkt tot lijfrenten, aangezien dit de meest voorkomende derdepijlerfaciliteit is onder werknemers. Daarnaast wijken veel faciliteiten in de derde pijler qua systematiek af van lijfrenten, omdat deze veelal juist worden belast in de opbouwfase. Denk bijvoorbeeld aan kapitaalverzekeringen. Lijfrenten kunnen worden opgebouwd middels een lijfrenteverzekering of via een lijfrenterekening, ook wel een bancaire lijfrente genoemd. Mij hebben geen aanwijzingen bereikt dat het in een grensoverschrijdende context relevant is om separaat aandacht te besteden aan de bancaire lijfrente. Daarom wordt de analyse beperkt tot lijfrenten afgesloten bij een erkende verzekeraar. Gelet op de beperkte omvang van deze scriptie is ervoor gekozen het recentelijk op EU-niveau gelanceerde pan-Europees persoonlijk pensioenproduct (PEPP) buiten beschouwing te laten.

Hoofdstuk 2: Eerste-, tweede- en derdepijlerfaciliteiten in volledig binnenlandse situaties

2.1 Inleiding

Om te kunnen beoordelen in hoeverre bij de grensoverschrijdende opbouw en/of afwikkeling van eerste-, tweede- en derdepijlerfaciliteiten onduidelijkheden of verdragsrechtelijke dan wel EU-rechtelijke belemmeringen bestaan, is het van belang eerst een basiskader te vormen waarin de belangrijkste elementen inzake situaties zonder een grensoverschrijdend aspect worden besproken. In dit hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de volgende deelvraag: Op welke wijze is de opbouw en afwikkeling van eerste-, tweede- en derdepijlerfaciliteiten in binnenlandse situaties geregeld in de Nederlandse wet- en regelgeving?

Teneinde deze deelvraag te kunnen beantwoorden, wordt in iedere paragraaf één pijler besproken. In paragraaf 2.2 staat de opbouw en afwikkeling van socialezekerheidsuitkeringen – in het bijzonder de AOW – centraal. In paragraaf 2.3 wordt ingegaan op de bij de werkgever opgebouwde pensioenen, waarbij ook aandacht wordt besteed aan enkele civielrechtelijke aspecten. Paragraaf 2.4 gaat in op de karakteristieken van lijfrenten. Het hoofdstuk wordt in paragraaf 2.5 afgesloten met een deelconclusie.

2.2 Sociale zekerheid en de eerste pijlerfaciliteit

2.2.1 Sociale voorzieningen en verzekeringen

De sociale zekerheid in Nederland bestaat enerzijds uit sociale voorzieningen en anderzijds uit sociale verzekeringen. Het voornaamste verschil is dat eerstgenoemde door de algemene middelen worden gefinancierd, terwijl voor de verzekeringen premies zijn verschuldigd. Voorbeelden van sociale voorzieningen zijn de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten en de Toeslagenwet. De verzekeringen kunnen worden onderverdeeld in volks- en werknemersverzekeringen. Het kenmerkende onderscheid is dat volksverzekeringen gelden voor alle inwoners van Nederland, terwijl werknemersverzekeringen aanknopen bij de verrichte arbeid.³⁸

2.2.2 Volksverzekeringen

2.2.2.1 Algemeen

Bij de volksverzekeringen vormt het solidariteitsbeginsel een belangrijk aspect. De solidariteit is zichtbaar door de financiering middels het omslagstelsel. Binnen dit stelsel worden de huidige uitkeringen gefinancierd met de betaalde premies door de huidige premiebetalers. In Nederland kennen we anno 2021 een drietal volksverzekeringen: de Algemene Ouderdomswet (AOW), de Algemene nabestaandenwet (Anw), en Wet langdurige zorg (Wlz).³⁹ In de regel wordt de eerste pijlerfaciliteit gevormd door de AOW. De reden hiervoor is dat de AOW als enige volksverzekering een vrij te besteden uitkering oplevert na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Aangezien de AOW veelal samengaat met de Anw en Wlz qua verzekeringsplicht, worden ook deze twee volksverzekeringen hierna op hoofdlijnen besproken.

³⁸ E.J.W. Heithuis e.a., *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, par. 3.3.7, onderdeel a.

³⁹ A.L. Mertens, *Het beginsel van de minste pijn*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, par. 1.5.1.

De AOW biedt een uitkeringsrecht ten tijde van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, mits hij/zij minimaal één kalenderjaar verzekerd is geweest (artikel 7 AOW). De uitkering wordt verlaagd met 2% voor ieder jaar dat de gepensioneerde niet verzekerd is geweest (artikel 13 AOW). Ergo: iemand die zijn/haar gehele leven in Nederland heeft gewoond, heeft recht op een volledige uitkering. Een ongehuwde pensioengerechtigde ontvangt een nettopensioen van 70% van het nettominimumloon per maand, terwijl gehuwden per persoon 50% van dat minimumloon krijgen (artikel 9 AOW). De levenslange uitkering wordt belast als loon uit vroegere dienstbetrekking op grond van artikel 3.101, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 jo. artikel 10 Wet LB 1964.

De Anw biedt een verzekering voor wanneer de partner overlijdt, maar geeft slechts in een beperkt aantal situaties een uitkeringsrecht. Volgens artikel 14, eerste lid, Wet Anw is sprake van zo'n recht als de achterblijvende partner een ongehuwd minderjarig kind heeft dat niet tot een ander huishouden behoort en eveneens zelf jonger is dan de pensioengerechtigde leeftijd. Daarmee biedt de Anw geen uitkeringsrecht (meer) na het bereiken van de deze leeftijd. De nabestaande heeft eveneens een uitkeringsrecht wanneer hij/zij arbeidsongeschikt⁴⁰ is. De Wlz regelt zware, intensieve zorg voor kwetsbare ouderen en personen met een handicap of psychische aandoening die blijvend zijn aangewezen op permanent toezicht en/of zorg in hun nabijheid. Het Centrum Indicatiestelling Zorg beoordeelt of iemand in aanmerking komt voor de intensieve zorg en geeft een zogeheten Wlz-indicatie af wanneer aan de voorwaarden wordt voldaan.⁴¹ Deze volksverzekering regelt dat de benodigde zorg kan worden geleverd indien de verzekerde dit nodig heeft en keert dus geen vrij te besteden bedrag uit.

2.2.2.2 Verzekerden, premieplichtigen en premieheffing

Iedereen die in Nederland woont, is verzekerd voor de volksverzekeringen (artikel 2 en 6, eerste lid, onderdeel a, AOW⁴²). Iemands woonplaats wordt op grond van artikel 3 AOW naar de geldende omstandigheden beoordeeld; een criterium dat overeenkomt met dat zoals opgenomen in artikel 4 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR). De tweede groep verzekerden betreft niet-ingezetenen die aan loonbelasting zijn onderworpen als gevolg van binnen een dienstbetrekking verrichte arbeid in Nederland (artikel 6, eerste lid, onderdeel b, AOW). Daarbij is essentieel dat sprake is van een "reële" dienstbetrekking; fictieve dienstbetrekkingen in de zin van artikel 3 en/of 4 Wet LB 1964 zijn onvoldoende voor verzekeringsplicht. Het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999 (BUB 1999) voorziet in uitzonderingen op bovenstaande hoofdregels. Deze uitzonderingen spelen (veelal) in een grensoverschrijdende context.⁴³

Op grond van artikel 6, eerste lid, Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv) is de verzekerde eveneens de premieplichtige voor de volksverzekeringen. Voor zover de premieplichtige loon volgens de Wet LB 1964 geniet van een inhoudingsplichtige, geldt inhoudingsplicht voor de volksverzekeringen. Gelet op de bewoordingen "loon" en "inhoudingsplichtige" geldt impliciet dat sprake moet zijn van een (tegenwoordige of vroegere) dienstbetrekking.⁴⁴ De premieheffing wordt gebaseerd op het loonbegrip binnen de loonbelasting. Voor zover geen inhouding door een inhoudingsplichtige heeft plaatsgevonden,

⁴⁰ Iemand is volgens de Anw arbeidsongeschikt als diegene niet in staat is 55% te verdienen van hetgeen gezonde mensen met dergelijke arbeid gewoonlijk verdienen.

⁴¹ E.J.W. Heithuis e.a., *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, par. 3.3.7, onderdeel c.

⁴² Voor de Anw en Wlz gelden vergelijkbare bepalingen. Hier ligt de focus op de AOW.

⁴³ E.J.W. Heithuis e.a., *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, par. 3.3.7, onderdeel c.

⁴⁴ A.L. Mertens, *Het beginsel van de minste pijn*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, par.2.5.

vindt heffing op aanslag plaats. De heffing en invordering worden uitgevoerd door de Belastingdienst.⁴⁵ De AOW-premie bedraagt een vast percentage (2021: 17,9%) van het inkomen uit werk en woning (box 1). De premieplicht voor de AOW eindigt op de eerste dag van de maand waarin de AOW-leeftijd wordt bereikt (artikel 10, tweede lid Wfsv).

2.2.3 Werknemersverzekeringen

Het Nederlandse stelsel kent een viertal werknemersverzekeringen: de Werkloosheidswet (WW), de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) en de Ziektewet (ZW). Waar bij de volksverzekeringen het solidariteitsbeginsel centraal staat, geldt dat hier voor het equivalentiebeginsel. Dit beginsel wijst op een relatie tussen de betaalde premie en te ontvangen uitkering. Bij alle werknemersverzekeringen vervalt het uitkeringsrecht uiterlijk op het moment dat de pensioengerechtigde leeftijd wordt bereikt.⁴⁶ Het doel van deze verzekeringen is om loonderving als gevolg van werkloosheid of ziekte op te vangen en niet zo zeer om pensioen op te bouwen. De werknemersverzekeringen vervullen daarom in de regel geen functie in de eerstelijnsfaciliteit.

2.3 Pensioen opgebouwd bij de werkgever

2.3.1 Civielrechtelijke aspecten

Het primaire doel van de Pensioenwet is het bieden van zekerheid aan werknemers inzake hun pensioenaanspraken. Voor de tweedelijnsfaciliteit geldt dat het verrichten van arbeid de oorzaak is voor de deelneming in een pensioenregeling. Uit de Pensioenwet volgt een driepartijenverhouding met als betrokkenen de werkgever, de werknemer en de pensioenuitvoerder. Hierna licht ik een tweetal relevante civielrechtelijke aspecten nader toe.

2.3.1.1 Afkoop van pensioenen

De Pensioenwet definieert afkoop als een handeling waardoor pensioenaanspraken en -rechten hun bestemming verliezen.⁴⁷ Het pensioen wordt dan betaald middels een bedrag ineens in plaats van als periodieke uitkering. Afkoop is een ruim begrip en omvat ook het afstand doen van deze pensioenaanspraken en -rechten en de aantasting van pensioenen bij een wijziging van de pensioenregeling.⁴⁸ Aangezien pensioen de pensioenbestemming moet behouden, is afkoop volgens artikel 65 PW verboden, tenzij sprake is van een uitzondering. De artikelen 66 t/m 69 PW regelen een tweetal uitzonderingen. Voor ouderdomspensioenen zijn de artikelen 67 en 68 PW niet relevant, omdat deze zien op partner- en wezenpensioenen.

De eerste uitzondering betreft de afkoop van kleine pensioenen. Pensioenuitvoerder hebben op basis van artikel 66, tweede lid, PW het recht om een pensioenaanspraak na beëindiging van een deelneming af te kopen, mits aan een drietal voorwaarden wordt voldaan. Ten eerste dient het te gaan om een ouderdomspensioen van op jaarbasis minder dan € 503,24 (bedrag 2021). Ten tweede is vereist dat de gepensioneerde geen bezwaar heeft gemaakt tegen de afkoop indien de deelneming tot een einde is gekomen vóór 1 januari 2007 en moet de gepensioneerde instemmen met de afkoop indien de deelneming is geëindigd vanaf 1 januari 2007. Ten derde geldt indien de deelneming vanaf 1 januari 2018 is geëindigd dat de pensioenuitvoerder minstens vijf maal heeft geprobeerd het kleine pensioen over te dragen

⁴⁵ E.J.W. Heithuis e.a., *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, par. 3.3.7, onderdeel c.

⁴⁶ Zie onder andere: artikel 19, eerste lid, onderdeel i, WW.

⁴⁷ Artikel 1 PW.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30413, 3, p. 221&222.

als bedoeld in het in de volgende paragraaf te bespreken artikel 70a PW en na beëindiging van de deelneming minimaal vijf jaar is verstreken.⁴⁹ Laatstgenoemde voorwaarde heeft als achtergrond dat kortlopende dienstverbanden door de flexibilisering van de arbeidsmarkt steeds vaker voorkomen. Het toenemende aantal kleine pensioenen leidt tot hoge uitvoeringskosten voor pensioenuitvoerders, waardoor zij veelal besloten deze af te kopen. Afkoop heeft echter als ongewenst gevolg dat opzij gezette bedragen niet langer voor pensioendoeleinden worden gebruikt. Daarom wordt met de onderhavige voorwaarde – ingevoerd per 1 januari 2019 – beoogd dat kleine pensioenen minder snel worden afgekocht.⁵⁰ Overigens geldt deze voorwaarde niet indien de pensioenuitvoerder het ouderdomspensioen bij de ingang daarvan wil afkopen.⁵¹

De tweede uitzondering op het afkoopverbod betreft fiscaal bovenmatige pensioenen en ligt verankerd in artikel 69, eerste lid, PW. Deze uitzondering verplicht de pensioenuitvoerder op verzoek van de gerechtigde over te gaan tot afkoop voor zover de pensioenafpraak de grenzen van een in de hoofdstukken IIB en VIII Wet LB 1964 gefaciliteerd pensioen te boven gaat.

2.3.1.2 Waardeoverdracht van pensioenen

Binnen de Pensioenwet wordt een waardeoverdracht gezien als een handeling waarbij de waarde van de opgebouwde pensioenaanspraken of -rechten wordt aangewend voor ofwel andere aanspraken of rechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder, dan wel dezelfde aanspraken of rechten bij een andere pensioenuitvoerder.⁵² Bij een individuele waardeoverdracht worden de pensioenaanspraken die bij de pensioenuitvoerder van de oude werkgever zijn opgebouwd, meegenomen naar die van de nieuwe werkgever. De meegenomen aanspraken worden omgezet in dienstjaren respectievelijk pensioenaanspraken onder de regeling van de nieuwe pensioenuitvoerder op een dusdanige manier dat wordt gedaan alsof de werknemer in het verleden ook al deelnam aan de nieuwe pensioenregeling.⁵³ Noemenswaardig is het feit dat een waardeoverdracht niet in alle gevallen gunstig is. Het is voor een werknemer cruciaal om de voorwaarden van zowel de oude als nieuwe pensioenregeling goed te bestuderen en te vergelijken. Hierop ga ik niet nader in.

In de vorige paragraaf is besproken dat één van de voorwaarden voor afkoop van kleine ouderdomspensioenen inhoudt dat de pensioenuitvoerder minimaal vijf keer heeft geprobeerd het pensioen over te dragen als bedoeld in artikel 70a PW. Deze bepaling is eveneens ingevoerd per 1 januari 2019. Uit deze bepaling volgt dat pensioenuitvoerders – zonder tussenkomst van werknemers – het recht hebben om de overdrachtswaarde van kleine ouderdomspensioenen na de beëindiging van de deelneming van de deelnemer over te dragen. Het doel hiervan is dat kleine pensioenaanspraken gebundeld kunnen worden.⁵⁴

De pensioenuitvoerder is echter niet de enige die het recht heeft te verzoeken tot een waardeoverdracht. Op basis van artikel 71, eerste lid, PW is een pensioenuitvoerder verplicht om na een verzoek van de deelnemer het pensioenkapitaal over te dragen naar diens nieuwe

⁴⁹ Bij beëindiging in 2018 geldt dat na 1 januari 2019 minstens vijf jaar moet zijn verstreken.

⁵⁰ *Kamerstukken II 2016/17*, 34765, 3, p. 1&2.

⁵¹ Artikel 66, eerste lid, PW.

⁵² Artikel 1 PW.

⁵³ P.B. van den Bos & S.Y. Pannekoek, 'Werkgevers en het recht op individuele waardeoverdracht', *TPV* 2014/16, par. 1.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2016/17*, 34765, 3, p. 2.

pensioenuitvoerder wanneer sprake is van een individuele beëindiging van de deelneming/dienstbetrekking en de waardeoverdracht ertoe strekt het de deelnemer mogelijk te maken pensioenaanspraken te verwerven bij de ontvangende pensioenuitvoerder, tenzij sprake is van een uitzondering. De belangrijkste uitzondering op deze verplichting voor de oude uitvoerder is de situatie waarin minstens één van de betrokken pensioenuitvoerders een dekkingsgraad heeft van minder dan 100%, wat volgt uit artikel 72, onderdeel a, PW.

2.3.2 Fiscaalrechtelijke aspecten

2.3.2.1 De omkeerregel

Middels artikel 10, eerste lid, Wet LB 1964 wordt bewerkstelligd dat al hetgeen uit een dienstbetrekking wordt genoten, tot het loon behoort. Hiermee heeft de wetgever gekozen voor een breed loonbegrip. Het tweede lid noemt expliciet dat aanspraken om na verloop van tijd of onder een voorwaarde een of meer uitkeringen of verstrekkingen te ontvangen, onder het loonbegrip vallen. Pensioenuitkeringen vallen onder het begrip "aanspraak", aangezien opgebouwd pensioen een voorziening vormt om een uitkering in de toekomst mogelijk te maken.⁵⁵ Teneinde te voorkomen dat afgerekend moet worden bij toekenning van de aanspraak, worden aanspraken ingevolge een pensioenregeling, rekening houdend met de in hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964 gestelde normeringen en beperkingen, alsnog buiten het loonbegrip gelaten middels een vrijstelling in artikel 11, eerste lid, onderdeel c, Wet LB 1964. Het feit dat de aanspraak wordt vrijgesteld, betekent dat de toekomstige uitkering te zijner tijd wordt belast als loon uit vroegere dienstbetrekking op grond van artikel 10, eerste lid, Wet LB 1964. Deze heffingswijze staat bekend als de omkeerregel. Voor werknemersbijdragen geldt op basis van artikel 11, eerste lid, onderdeel j, sub 1, Wet LB 1964 eveneens de omkeerregel, omdat deze evenmin tot het belastbare loon worden gerekend en zodoende feitelijk een aftrekpost vormen.

2.3.2.2 Pensioenregelingen en pensioengevend loon

Een belangrijke vraag is die wanneer sprake is van een kwalificerende pensioenregeling. Blijkens artikel 18, eerste lid, onderdeel a, Wet LB 1964 is hiervan sprake wanneer de regeling (nagenoeg) uitsluitend het treffen van een inkomensvoorziening ten doel heeft. Daarnaast moet in de pensioenregeling zijn bepaald dat aanspraken niet kunnen worden afgekocht, vervreemd of prijsgegeven, dan wel voorwerp van zekerheid kunnen worden, anders dan in de gevallen voorzien bij of krachtens de Pensioenwet (onderdeel b). Als laatste voorwaarde geldt dat sprake moet zijn van een toegelaten pensioenverzekeraar (onderdeel c). Hierop worden nader ingegaan in de volgende subparagraaf. De inkomensvoorzieningen die worden erkend, zijn de volgende:

- Een levenslange inkomensvoorziening bij ouderdom voor werknemers (ouderdomspensioen);
- Een inkomensvoorziening wegens overlijden van de belastingplichtige ten behoeve van diens echtgenote, dan wel degene met wie diegene duurzaam een gezamenlijke huishouding voerde en geen bloed- of aanverwantschap in de eerste graad bestaat (partnerpensioen);

⁵⁵ Dit valt af te leiden uit de jurisprudentie, waaronder HR 27 november 1957, nr. 13296, ECLI:NL:HR:1957:AY1053.

- Een inkomensvoorziening wegens overlijden van de belastingplichtige ten behoeve van hun (pleeg)kinderen onder de 30 jaar (wezenpensioen);
- Een inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid zodra die langer dan een jaar duurt (arbeidsongeschiktheidspensioen).

Deze inkomensvoorzieningen worden in het tweede lid verder aangevuld met een deelnemingsjarenpensioen, wat kan worden toegekend na 41 1/3 deelnemingsjaren, en het nabestaandenoverbruggingspensioen dat als aanvulling op het partner- of wezenpensioen kan fungeren. De focus ligt in dit stuk op het ouderdomspensioen. Het pensioen wordt opgebouwd over het pensioengevend loon, waarvoor in beginsel alle loonbestanddelen in aanmerking komen, met uitzondering van het genot van een ter beschikking gestelde auto.⁵⁶ Het pensioengevend loon wordt volgens artikel 18ga, eerste lid, Wet LB 1964 echter gemaximeerd tot een bedrag van € 112.189 (2021), bij deeltijdwerk wordt rekening gehouden met een deeltijdfactor. Op het moment dat dit maximumbedrag wordt overschreden, wordt het pensioen voor het meerdere niet fiscaal gefaciliteerd en vindt dus juist wel heffing plaats in de opbouwfase.

2.3.2.3 Pensioenverzekeraars

Op basis van artikel 19a Wet LB 1964 wordt vereist dat het pensioen van een werknemer is ondergebracht bij één van de opgesomde erkende uitvoerders. Wanneer het pensioen niet bij een erkende uitvoerder wordt opgebouwd, is sprake van een niet-erkende pensioenregeling en vindt de omkeerregel van artikel 11, eerste lid, onderdeel c, Wet LB 1964 geen toepassing. In binnenlandse verhoudingen zijn de professionele verzekeraars in de zin van artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht (Wft) en voor de vennootschapsbelasting vrijgestelde pensioenfondsen de voornaamste verzekeraars, zoals volgt uit artikel 19a, eerste lid, onderdeel a&b, Wet LB 1964. Bij eerstgenoemde categorie geldt als additioneel vereiste dat de verzekeraar de pensioenverplichting voor de vennootschapsbelasting rekent tot het binnenlandse ondernemingsvermogen.

2.3.2.4 Onregelmatige afwikkeling en waardeoverdracht

In het geval van onregelmatige afwikkeling van het opgebouwde pensioen heeft dat fiscaal tot gevolg dat de pensioenaanspraak als loon uit vroegere dienstbetrekking wordt belast. De gevallen die leiden tot belastingheffing staan limitatief opgesomd in artikel 19b, eerste lid, Wet LB 1964. Een eerste geval – opgenomen in onderdeel a – is de situatie waarbij het pensioenrecht niet meer als zodanig is aan te merken, zoals wanneer de uitvoerder niet meer kwalificeert. Een belangrijk geval – opgenomen in onderdeel b – betreft die van afkoop (of vervreemding) van de pensioenaanspraak. Bij een gedeeltelijke afkoop wordt het volledige recht geacht te zijn afgekocht.⁵⁷ Naast loonbelasting is bij een onregelmatige afwikkeling van een pensioenaanspraak op grond van artikel 30i AWR 1959 eveneens 20% revisierente verschuldigd over de waarde in het economische verkeer van de aanspraak.

Wanneer een pensioenverplichting wordt overgedragen aan een andere verzekeraar, geldt op basis van artikel 19b, tweede lid, Wet LB 1964 als uitgangspunt dat de aanspraak geacht wordt te zijn afgekocht en daarmee dus belast. Van een dergelijke afkoop is geen sprake wanneer de pensioenverplichting overgaat naar een andere toegelaten verzekeraar en geen strijdigheid ontstaat met de artikelen 70 t/m 91 PW. Deze verwijzing naar de Pensioenwet heeft tot gevolg

⁵⁶ Zie artikel 10b, eerste lid, UB LB 1965.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld HR 13 maart 2009, nr. 07/10142, ECLI:NL:HR:2009:BF0931.

dat voldaan moet worden aan de civielrechtelijke voorwaarden van een waardeoverdracht om een waardeoverdracht zonder fiscale consequenties te kunnen laten plaatsvinden. De belangrijkste civielrechtelijke voorwaarden uit de artikelen 70 t/m 91 PW zijn besproken in paragraaf 2.3.1.2.

In artikel 19b, vierde lid, Wet LB 1964 is een uitzondering opgenomen op de hoofdregel van het eerste lid van deze bepaling. Deze uitzondering houdt in dat een pensioenverplichting niet belast is wanneer een afkoop plaatsvindt met toepassing van artikel 66, 67 of 68 PW. Zoals besproken in paragraaf 2.3.1.1 heeft van deze bepalingen alleen artikel 66 PW betrekking op ouderdomspensioenen. Uit dit artikel blijkt dat de afkoop van zogenaamde kleine pensioenen een uitzondering vormt op het civielrechtelijke verbod op afkoop. Fiscaal wordt hierbij aangesloten, doordat (alleen) de afkoop van kleine pensioenen niet tot heffing leidt.

2.4 Lijfrenten

2.4.1 Definitie lijfrente

De derdepijlerfaciliteit wordt gevormd door individuele verzekeringen, waarbij lijfrenten een centrale rol vervullen. Uit de afbakening in paragraaf 1.4 blijkt dat in deze scriptie enkel aandacht wordt besteed aan lijfrenteverzekeringen, waardoor lijfrente ondergebracht bij bank- en kredietinstellingen buiten beschouwing blijven. In artikel 1.7, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 wordt een in het kader van deze scriptie bedoelde lijfrente gedefinieerd als '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'. Enkele elementen uit bovenstaande definitie zal ik hierna nader toelichten.

Allereerst is een overeenkomst van levensverzekering vereist. Uit artikel 1.6a Wet IB 2001 blijkt dat de koppeling moet worden gemaakt met artikel 1:1 Wft, welke bepaling weer verwijst naar artikel 7:975 BW. Daarin staat enkel dat de verzekering in verband met het leven of de dood moet zijn afgesloten. Volgens de staatssecretaris dient aangesloten te worden bij de uitleg die De Nederlandsche Bank geeft aan het begrip levensverzekering.⁵⁸ Een tweede belangrijk element uit de definitie is het feit dat het moet gaan om een vaste en gelijkmatige uitkering. "Gelijkmatig" houdt in dat de uitkeringen met gelijke tussenpozen moeten plaatsvinden. Met "vast" wordt bedoeld dat de uitkeringen in beginsel een gelijke hoogte moeten hebben. Volgens de staatssecretaris is een vaste of variabele stijging in verband met inflatie wel toegestaan.⁵⁹

Ten derde moet sprake zijn van een periodieke uitkering. Uit de jurisprudentie volgt dat periodieke uitkeringen afhankelijk moeten zijn van een onzekere gebeurtenis, gezien vanuit de schuldenaar (het onzekerheids criterium).⁶⁰ Verder is noch vereist dat de uitkeringen regelmatig vloeien⁶¹, noch dat deze allemaal even groot zijn⁶². Volgens de staatssecretaris vormt een lijfrente een bijzondere vorm van een periodieke uitkering, waardoor onder andere

⁵⁸ Besluit van 16 mei 2019, nr. 2019-115021, Stcrt. 2019, 30558, par. 2.1.1.

⁵⁹ Besluit van 16 mei 2019, nr. 2019-115021, Stcrt. 2019, 30558, par. 2.2.2.

⁶⁰ HR 28 mei 1986, nr. 23 082, ECLI:NL:PHR:1986:BH4858 & HR 28 mei 1986, 23 266, ECLI:NL:PHR:1986:AW8020.

⁶¹ HR 25 februari 1981, nr. 20 371, ECLI:NL:HR:1981:AW9733.

⁶² HR 6 maart 1985, nr. 22 825, ECLI:NL:HR:1985:AW8335.

bovenstaand onzekerheids criterium geldt. De onzekere factor is hier de sterftekans van de verzekerde natuurlijk persoon, welke minstens 1% moet bedragen.⁶³

2.4.2 Vormen van lijfrenten

Blijkens artikel 3.124, eerste lid, Wet IB 2001 bestaan er vier soorten inkomensvoorzieningen, waarvan de eerstgenoemde – betreffende lijfrenten ter aanvulling van een pensioentekort – hier relevant is. Lijfrenten in het kader van een pensioentekort bij levensverzekeraars kennen verschillende verschijningsvormen, welke nader zijn uitgewerkt in artikel 3.125 Wet IB 2001:

- De oudedagslijfrente: deze lijfrente gaat uiterlijk vijf jaar na het bereiken van de AOW-leeftijd in, heeft als enige begunstigde de belastingplichtige zelf en kan alleen eindigen door overlijden. Op dit type lijfrenten ligt de nadruk in dit stuk.
- De nabestaandenlijfrente: deze lijfrente zal toekomen aan de nabestaande, wat zowel de belastingplichtige zelf, zijn/haar partner als een derde kan zijn. Dit aangezien enkel is vereist dat de begunstigde een natuurlijk persoon is.
- De tijdelijke oudedagslijfrente: deze lijfrente heeft als doel de inkomensafname bij pensionering te beperken. De uitkering start op z'n vroegst op het moment van bereiken van de AOW-leeftijd en uiterlijk vijf jaar na het bereiken hiervan.

2.4.3 Toegelaten uitvoerders

De toegelaten uitvoerders van lijfrenten staan limitatief opgesomd in artikel 3.126, eerste lid, Wet IB 2001. Ten aanzien van lijfrenteverzekeringen bij werknemers worden verzekeraars als bedoeld in artikel 1:1 Wft en een van vennootschapsbelastingheffing vrijgesteld pensioenfonds erkend als toegelaten uitvoerders⁶⁴. De wetgever hecht veel waarde aan het veiligstellen van de fiscale claim die ontstaat bij het in aftrek toelaten van lijfrentepremies.⁶⁵ Het is mijns inziens daarom niet verwonderlijk dat lijfrenten in beginsel bij een in Nederland gevestigde instelling moeten worden ondergebracht.

2.4.4 Reguliere fiscale behandeling

Evenals pensioenen worden lijfrenten belast volgens de omkeerregel, wat inhoudt dat belastingheffing plaatsvindt bij uitkering. De wetgever wil premieaftrek alleen toelaten wanneer daadwerkelijk sprake is van een pensioentekort, waardoor de jaarlijkse premieaftrek gemaximeerd is. In artikel 3.127 Wet IB 2001 wordt nader uitgewerkt voor welke bedrag lijfrentepremies in aftrek kunnen worden gebracht. De jaarruimte – zoals uitgewerkt in het eerste lid – laat zien welk bedrag aan premieaftrek maximaal aftrekbaar is. De hoogte van de jaarruimte is afhankelijk van (een percentage van) de premiegrondslag (2021: €100.000) en de pensioenaanspraken die reeds elders worden opgebouwd. De reserveringsruimte bewerkstelligt dat in een bepaald jaar onbenutte jaarruimte in een later stadium alsnog wordt gebruikt. Op verzoek kan niet-gebruikte jaarruimte in de zeven voorafgaand jaren alsnog worden benut, waarbij het in het oudste jaar niet-gebruikte bedrag als eerste in aanmerking wordt genomen.

Volgens artikel 3.100, eerste lid, Wet IB 2001 worden uitgekeerde lijfrentetermijnen in de heffing betrokken als belastbare periodieke uitkering. Veelal zal geen inkomstenbelasting meer

⁶³ Besluit van 16 mei 2019, nr. 2019-115021, Stcrt. 2019, 30558, par. 2.1.2.

⁶⁴ Artikel 3.126, eerste lid, onderdeel a, sub 1 en onderdeel b, Wet IB 2001.

⁶⁵ E.J.W. Heithuis e.a., *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, par. 3.7.3.

verschuldigd zijn door de belastingplichtige, omdat door de uitkerende partij ingevolge artikel 34 Wet LB 1964 in de regel over de lijfrente-uitkeringen loonbelasting wordt ingehouden. De termijnen worden op basis van artikel 3.146, eerste lid, Wet IB 2001 geacht te zijn genoten wanneer ze worden ontvangen of ter beschikking worden gesteld.

2.4.5 Negatieve inkomensvoorzieningen

Wanneer een fiscaal gefaciliteerd opgebouwde lijfrente op onregelmatige wijze wordt gehandeld, ontstaat een negatieve uitgave voor inkomensvoorzieningen. Dit houdt in dat in een eerder stadium afgetrokken lijfrentepremies plus het daarover behaalde rendement in de heffing worden betrokken. Artikel 3.133, tweede lid, Wet IB 2001 geeft een reeks ficties die bovenstaande heffing bewerkstelligt. Wanneer niet ten aanzien van het volledige recht onregelmatig wordt gehandeld, dient de aftrek slechts voor het onregelmatige deel te worden teruggenomen. Voor het heffingstijdstip geldt in beginsel artikel 3.146, eerste lid, Wet IB 2001. Onder de ficties wordt echter niet daadwerkelijk iets genoten, waardoor deze bepaling niet toepasbaar is. Het vijfde lid van laatstgenoemd artikel schrijft voor dat de uitgaven geacht worden te zijn genoten direct voorafgaand aan het voordoen van de omstandigheid die leidt tot de premierugname. Op grond van artikel 30i AWR is verder revisierente verschuldigd op het moment dat de lijfrentepremieaftrek wordt teruggenomen.

De omstandigheden in een binnenlandse pensioencontext die volgens artikel 3.133, tweede lid, Wet IB 2001 leiden tot terugname van premieaftrek zijn de volgende:

- Wijzigingen in de lijfrenteverzekeringspolis met als gevolg dat niet meer aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan (onderdeel b);
- Wijzigingen in de lijfrenteverzekeringspolis, waardoor achteraf bezien de afgetrokken premies lager zouden zijn geweest (onderdeel c);
- De aanspraak wordt afgekocht of vervreemd, tenzij sprake is van een eenmalige uitkering met een maximale waarde van €4.475 (2020) (onderdeel d);
- De lijfrente wordt gebruikt als voorwerp van zekerheid (onderdeel e);
- De verzekeringsuitvoerder voldoet niet langer aan de in artikel 3.126 Wet IB 2001 gestelde voorwaarden (onderdeel g);
- De lijfrente overgaat op een volgens artikel 3.126 Wet IB 2001 niet-toegelaten uitvoerder (onderdeel i);
- Achteraf blijkt toch geen sprake te zijn van een pensioentekort (onderdeel k).

In artikel 3.134 Wet IB 2001 is een aantal uitzonderingen opgenomen voor situaties waarbij de wetgever het onwenselijk acht dat belastingheffing plaatsvindt. Het eerste lid bevat een uitzondering voor omzettingen van de ene in de andere lijfrente, mits de nieuwe lijfrente eveneens voldoet aan de gestelde voorwaarden. Het tweede lid regelt een uitzondering wanneer in het kader van de gemeenschapsverdeling bij echtscheiding een aanspraak op periodieke uitkeringen (deels) wordt vervreemd aan de binnenlands belastingplichtige ex-partner. Gelet op de verwijzing naar de verdeling van de gemeenschap, dient de lijfrente zich in de huwelijksgemeenschap te bevinden.

2.5 Deelconclusie

De eerstestapjlerfaciliteit wordt in de regel gevormd door de AOW, één van de drie volksverzekeringen. Binnen de volksverzekeringen geldt dat naast ingezetenen ook niet-ingezetenen met een dienstbetrekking in Nederland verzekerd zijn. De verzekerde is eveneens de premieplichtige, waarbij de premie tot het maximumpremieloon een vast percentage van het inkomen uit werk en woning bedraagt. De premieplicht eindigt bij het bereiken van de AOW-leeftijd. Iemand die altijd in Nederland heeft gewoond, heeft recht op een volledige, levenslange uitkering die als loon uit vroegere dienstbetrekking wordt belast op grond van artikel 3.101, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001.

Opgebouwde tweedepijleraanspraken zijn vrijgesteld gedurende de opbouwfase, waardoor de toekomstige uitkering te zijner tijd wordt belast. Het pensioen wordt opgebouwd over het pensioengevend loon en dient te zijn ondergebracht bij een wettelijk erkende uitvoerder. Afkoop van een pensioen heeft tot gevolg dat belastingheffing plaatsvindt, tenzij het om zogenaamde "kleine pensioenen" in de zin van de Pensioenwet gaat. Hierbij wordt eveneens 20% revisierente in aanmerking genomen. Door recente wijzigingen in de Pensioenwet worden dit soort pensioenen vermoedelijk minder vaak afgekocht. Een waardeoverdracht van pensioenkapitaal kan zonder fiscale gevolgen plaatsvinden wanneer de pensioenaanspraak overgaat op een eveneens erkende uitvoerder.

Kenmerkend voor lijfrenteverzekeringen zijn een overeenkomst van levensverzekering en vaste en gelijkmatige periodieke uitkeringen in de uitkeringsfase. Net als voor de tweede pijler geldt ook voor lijfrenten dat heffing plaatsvindt op het moment van uitkering. Premieaftrek is enkel mogelijk in het geval van een pensioentekort, wat wordt berekend aan de hand van de jaarruimte. Wanneer een in de opbouwfase gefaciliteerde lijfrente op onregelmatige wijze wordt afgewikkeld, worden de afgetrokken premies en het daarover behaalde rendement direct belast. Hierbij wordt eveneens 20% revisierente in rekening gebracht.

Hoofdstuk 3: De eerstelijnerfaciliteit in een grensoverschrijdende context

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is uiteengezet op welke wijze oudedagsvoorzieningen in een volstrekt binnenlandse situatie kunnen worden opgebouwd. In dit hoofdstuk wordt ingezoomd op de nationaal-, verdrags- en EU-rechtelijke aspecten van de opbouw en afwikkeling van de eerstelijnerfaciliteit. De volgende deelvraag staat centraal: *In hoeverre zijn onduidelijkheden dan wel strijdigheden met de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers waarneembaar inzake de opbouw en afwikkeling van eerstelijnerfaciliteiten in grensoverschrijdende situaties en hoe kunnen – indien aanwezig – deze onduidelijkheden en/of strijdigheden worden weggenomen?*

Dit hoofdstuk wordt afgetrapt met de in een grensoverschrijdende context relevante nationaalrechtelijke elementen, meer specifiek het 'Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999'. In paragraaf 3.3 staat Verordening 883/2004 centraal. Deze Verordening wijst in Europees verband de toepasselijke sociale zekerheidswetgeving aan wanneer een werknemer grensoverschrijdend actief is. Daarbij wordt uitgebreid aandacht besteed aan de bepalingen voor detacheringen en werkzaamheden in verschillende lidstaten. Ook de actuele problematiek rondom het verplichte thuiswerken als gevolg van de coronacrisis passeert de revue, evenals de wijze waarop uitkeringsrechten worden vastgesteld. Paragraaf 3.4 staat volledig in het teken van de fiscale afwikkeling van eerstelijnerfaciliteiten. In deze paragraaf wordt gekeken naar het Nederlandse verdragsbeleid en de daadwerkelijke afspraken die Nederland heeft gemaakt met diens verdragspartners omtrent de verdeling van de heffingsbevoegdheid van sociale zekerheidsuitkeringen. In paragraaf 3.5 wordt dit hoofdstuk afgesloten met een deelconclusie.

3.2 Internationale premieheffing: nationale regelgeving

3.2.1 Algemene Ouderdomswet en BUB 1999

In het voorgaande hoofdstuk is besproken dat volgens artikel 6 AOW naast alle ingezetenen van Nederland ook niet-ingezetenen die door in Nederland verrichte arbeid in het kader van een dienstbetrekking aan loonbelasting zijn onderworpen, verzekerd zijn voor de AOW. Het 'Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1999' (hierna: BUB 1999) omvat uitzonderingen op bovenstaande hoofdregel.⁶⁶ Een drietal bepalingen uit het besluit heeft een generieke werking en zal daarom hier nader worden besproken.

3.2.1.1 Tijdelijke onderbreking arbeid

Een eerste relevante bepaling vormt artikel 6 BUB 1999. Op grond hiervan blijven niet-inwoners die uitsluitend in Nederland arbeid verrichten verzekerd wanneer de arbeid tijdelijk wordt onderbroken door onder andere ziekte, zwangerschap en verlof. Mijns inziens is dit een logische toevoeging waarbij een duidelijke limitatieve opsomming is gegeven van toepasselijke situaties. Het is daarbij passend dat geen maximale termijn is opgenomen.

3.2.1.2 Werkzaam buiten Europa

Artikel 11a, eerste lid, BUB 1999 betreft personen met de nationaliteit van één van de lidstaten van de EU, EER of Zwitserland die eveneens in één van deze landen woonachtig zijn, waarbij Nederland is uitgezonderd. Zij zijn dan in Nederland verzekerd wanneer zij werkzaam zijn voor

⁶⁶ In artikel 6, derde lid, AOW wordt de verwijzing gemaakt naar het bedoelde besluit.

een in Nederland gevestigde werkgever, maar hun arbeid verrichten buiten de EU, EER en Zwitserland. Op grond van het tweede lid vindt een gelijkstelling plaats voor personen die over een andere nationaliteit beschikken, mits zij rechtmatig in een EU-lidstaat⁶⁷ verblijven. Dit artikel vormt de codificatie van het Aldewereldbeleid, zoals dat sinds 2006 door de SVB, UWV en Belastingdienst wordt toegepast.⁶⁸ Dit beleid is gebaseerd op het Aldewereldarrest van het HvJ. Uit dit arrest volgt dat wanneer een werknemer woont in lidstaat A en buiten de EU, EER en Zwitserland werkt voor een in lidstaat B gevestigde werkgever, hij/zij sociaal verzekerd is/blijft in lidstaat B. Het toepassingsbereik van de in paragraaf 3.3 te bespreken Verordening 883/2004 wordt daarmee verruimd tot werkzaamheden buiten het Europese grondgebied.

3.2.1.3 Wonen in Nederland, werken in het buitenland

Een in Nederland woonachtige belastingplichtige die voor ten minste drie maanden aaneengesloten uitsluitend buiten Nederland arbeid verricht, is op grond van artikel 12, eerste lid, BUB 1999 niet sociaal verzekerd in Nederland. Aan de omvang van de verrichte arbeid worden geen eisen gesteld. De driemaandsperiode zorgt ervoor dat iemand die normaliter in Nederland werkt en woont niet direct zijn verzekeringsplicht verliest wanneer hij/zij ervoor kiest voor één of twee maanden in een ander land te gaan werken. Geïnspireerd op artikel 6 BUB 1999 worden bij de vaststelling van de drie maanden onderbrekingen van buiten Nederland verrichte arbeid wegens bijvoorbeeld ziekte, zwangerschap en verlof gezien als perioden waarin uitsluitend buiten Nederland arbeid wordt verricht, tenzij tijdens deze onderbreking(en) arbeid in Nederland wordt verricht. Dit lijkt mij – gelet op artikel 6 BUB 1999 – een gepaste uitzondering. De staatssecretaris heeft in aanvulling hierop goedgekeurd dat hetzelfde lot geldt voor onderbrekingen van de arbeid door bijvoorbeeld het volgen van een cursus in Nederland of het ophalen van bescheiden.⁶⁹

Artikel 12 BUB 1999 mist bovendien toepassing wanneer de arbeid uitsluitend wordt verricht voor een in Nederland gevestigde werkgever. Hiermee beoogt men uitgezonden werknemers op te vangen die niet of slechts gedeeltelijk bescherming genieten in hun werkland en als ingezetenen een nauwe band met Nederland behouden.⁷⁰ Dat lijkt mij een goede insteek, aangezien hiermee wordt voorkomen dat werknemers buiten de boot vallen qua sociale zekerheid. Volgens de staatssecretaris is in ieder geval sprake van een Nederlandse werkgever als tijdens de uitzending de arbeidsovereenkomst blijft gelden en de uitzendende partij het salaris betaalt en de socialezekerheidspremies afdraagt. In alle andere gevallen vindt een beoordeling plaats aan de hand van de intensiteit van de arbeidsrechtelijke relatie, waarbij een drietal factoren van belang is:

1. De zeggenschap van de uitzendende partij over de aard van het werk, arbeidsvoorwaarden, vakantiedagen en salaris, evenals het recht om de werknemer te ontslaan en het garant staan voor het nakomen van contractuele verplichtingen;
2. Het van toepassing blijven van de "oude" pensioenregeling;
3. Het bestaan van een toezegging dat na afloop van de uitzending de werkzaamheden in Nederland hervat kunnen worden.⁷¹

⁶⁷ EER-landen en Zwitserland vallen hier dus niet onder.

⁶⁸ Nota van Toelichting bij Besluit van 11 december 2014, Stb. 2014, 514, p. 14&15.

⁶⁹ Besluit van 2 juli 2007, nr. CPP 2007/584M, Stcrt. 2007, 130.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24754, 1, p.18.

⁷¹ Besluit van 2 juli 2007, nr. CPP 2007/584M, Stcrt. 2007, 130.

Bovenstaand toetsingskader is duidelijk geformuleerd, waardoor hier wat mij betreft geen onduidelijkheden waarneembaar zijn.

3.2.2 Artikel 6a AOW en de koppeling met internationale verdragen

In artikel 6a AOW wordt een tweetal uitzonderingen op artikel 6 genoemd. Ten eerste is iemand ook verzekerd wanneer dit voortvloeit uit een internationaal verdrag, een besluit van een volkenrechtelijke organisatie of algemene maatregel van bestuur. Zodoende wordt duidelijk gemaakt dat deze bepalingen voorrang hebben op de nationale wetgeving. Ten tweede is iemand niet verzekerd wanneer een verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie de socialezekerheidswetgeving van een andere staat van toepassing verklaart. Binnen EU-verband⁷² zorgt de EU-Verordening inzake de sociale zekerheid 883/2004⁷³ ervoor dat werknemers slechts in één staat verzekerd zijn. Deze verordening voorziet niet in harmonisatie, maar faciliteert het vrije verkeer van personen.⁷⁴ Verordening 883/2004 wordt nader uitgewerkt in de toepassingsverordening: Verordening 987/2009. Met bepaalde landen buiten de EU heeft Nederland een sociaalverzekeringsverdrag afgesloten, zoals de Verenigde Staten en Australië. Dergelijke verdragen zijn inhoudelijk veelal gelijklopend en blijven in deze scriptie buiten beschouwing. Wanneer Verordening 883/2004 of een verdrag leidt tot toepasselijkheid van de wetgeving van een andere staat, dan prevaleert dit boven nationale wetgeving, inclusief BUB 1999. Op de werking en mogelijke onduidelijkheden en/of belemmeringen met betrekking tot Verordening 883/2004 wordt in paragraaf 3.3 ingegaan.

3.2.3 Belastingheffing over socialezekerheidsuitkeringen

In tegenstelling tot pensioenen opgebouwd bij de werkgever en op eigen initiatief afgesloten lijfrenten is afkoop van socialezekerheidsuitkeringen niet mogelijk. Om te voorkomen dat Nederland de fiscale claim over in Nederland gefaciliteerde pensioenen en lijfrenten kwijtraakt bij afkoop net na bijvoorbeeld emigratie van de belastingplichtige naar een staat waar afkoop fiscaal gunstiger is dan in Nederland, wordt net voor het moment van emigratie op grond van artikel 3.83 of 3.136 Wet IB 2001 een conserverende aanslag opgelegd. Deze aanslag wordt ingevorderd indien binnen het pensioen of de lijfrente binnen een periode van tien jaar wordt afgekocht. In hoofdstuk 4 komt de conserverende aanslag uitgebreid aan bod. Aangezien afkoop van de eerstestapjelerfaciliteit niet mogelijk is, speelt de conserverende aanslag in dit kader geen rol.

In het vorige hoofdstuk is besproken dat in binnenlandse situaties uitkeringen op grond van een publiekrechtelijke regeling – zoals de AOW – via artikel 3.101, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 jo. artikel 10 Wet LB 1964 worden belast. Door de ruime formulering is deze bepaling eveneens van toepassing op buitenlandse socialezekerheidsuitkeringen die worden ontvangen door personen die op het uitkeringstijdstip in Nederland wonen. Als woonstaat betreft Nederland dus alle socialezekerheidsuitkeringen in de heffing, ongeacht de afkomst. Of Nederland daadwerkelijk kan heffen, is afhankelijk van de afspraken in het geldende bilaterale belastingverdrag. Dit komt uitvoerig aan de orde in paragraaf 3.4.

Stel nu dat een belastingplichtige in het verleden in Nederland heeft gewoond en/of gewerkt, maar in een andere staat woont op het moment dat hij/zij een AOW-uitkering ontvangt. Op basis van artikel 7.2, tweede lid, onderdeel e, Wet IB 2001 wil Nederland dan als bronstaat

⁷² Hiertoe behoren sinds 2012 ook Zwitserland en de EER-landen.

⁷³ De Verordening 883/2004 is de opvolger van de Verordening 1408/71. De overgangsperiode van de oude Verordening is in de loop van 2020 afgelopen, waardoor deze nu geen rol meer speelt.

⁷⁴ H.B. Bröker, 'Internationale sociale zekerheid: in welk land is iemand sociaal verzekerd?', *TPV* 2015/28, par.1.

heffen over de AOW-uitkering van de buitenlands belastingplichtige. De nationale regelgeving in de huidige woonstaat kent in de regel net als Nederland een bepaling waarmee buitenlandse socialezekerheidsuitkeringen in de heffing worden betrokken en een bepaling voor buitenlands belastingplichtigen. Zodoende ontstaat in beginsel dubbele belastingheffing over de uitkering wanneer de woon- en bronstaat niet dezelfde zijn. Verdragstoepassing moet ook hier uitkomst bieden.

3.3 Internationale premieheffing: Verordening 883/2004

3.3.1 Algemene karakteristieken Verordening 883/2004

3.3.1.1 Koppeling met het VwEU

De Europese wetgeving kunnen we onderverdelen in primair en secundair EU-recht. De vrije verkeersbepalingen vallen onder eerstgenoemde. De verkeersvrijheden binnen EU-verband bewerkstelligen een tweetal basisrechten: het recht om grensoverschrijdend actief te zijn en het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit of afkomst. De vier verkeersvrijheden zijn het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal. Het vrije verkeer van personen kan worden onderverdeeld in het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging, waarbij eerstgenoemde van toepassing is op natuurlijke personen en laatstgenoemde op rechtspersonen.⁷⁵ Voor toepassing van de vrije verkeersbepalingen is een grensoverschrijdend aspect vereist. Iedere belemmering van het vrije verkeer is verboden, tenzij hiervoor een rechtvaardigingsgrond – die bovendien proportioneel is – te geven is. Het vrije verkeer van werknemers wordt nader uitgewerkt in artikel 45 VwEU. Deze verkeersvrijheid omvat ten eerste de vrijheid van migratie, waarmee wordt bedoeld op het recht om in een ander land dan die van herkomst te wonen en te werken. Ten tweede gaat het om een verbod op discriminatie van werknemers afkomstig uit een andere lidstaat in het kader van werkgelegenheid, beloning en arbeidsvoorwaarden.⁷⁶

Doordat EU-lidstaten allemaal hun eigen sociale zekerheidsstelsel kennen, brengt het vrije verkeer van werknemers het risico met zich mee dat werknemers nergens of juist dubbel sociaal verzekerd zijn. Om dit te voorkomen bepaalt artikel 48 VwEU dat maatregelen moeten worden vastgesteld om te kunnen waarborgen dat met het oog op het verkrijgen en behouden van het recht op uitkeringen, alle tijdvakken samengeteld moeten worden die door de verschillende wetgevingen in aanmerking worden genomen. Daarnaast moeten deze maatregelen waarborgen dat de uitkeringen ook tot uitkering komen indien iemand op het grondgebied van een andere lidstaat verblijft. Deze maatregelen zijn vastgelegd in Verordening 883/2004. De verordening zorgt ervoor dat de in de nationale stelsels opgebouwde rechten worden behouden en tot uitkering komen. Daarnaast bevat de verordening regels die voorkomen dat belastingplichtigen dubbel verzekerd of juist niet verzekerd zijn en dat dubbele uitkeringsrechten ontstaan. Verordening 883/2004 coördineert de toepasselijke socialezekerheidswetgeving, waarbij de autonome stelsels van de lidstaten intact blijven. De verordening heeft dus geen harmoniserende werking, maar faciliteert het vrije verkeer van personen/werknemers.⁷⁷

⁷⁵ P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2018, par. 3.2.1.1.

⁷⁶ P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2018, par. 3.2.5.

⁷⁷ H.B. Bröker, 'Internationale sociale zekerheid: in welk land is iemand sociaal verzekerd?', *TPV* 2015/28, par.1.

3.3.1.2 *Waarom een verordening?*

Verordeningen vallen evenals richtlijnen en besluiten onder het secundaire EU-recht. De secundaire bronnen vinden hun grondslag in het primaire EU-recht. Het voornaamste verschil tussen richtlijnen en verordeningen is dat de regels uit een richtlijn in de nationale wetgeving moeten worden opgenomen, terwijl een verordening rechtstreekse werking heeft. Richtlijnen zijn met name een effectief instrument wanneer wetgevingen van lidstaten moeten worden geharmoniseerd. Een besluit lijkt een beetje op een verordening, maar is gericht op een specifieke lidstaat.⁷⁸ De keuze voor een verordening in plaats van een richtlijn is te verklaren vanuit de hiervoor besproken doelstelling om de nationale wetgeving van lidstaten niet te willen wijzigen. Dat zou wel nodig zijn indien voor een richtlijn was geopteerd.

3.3.1.3 *Personele en materiële werkingssfeer*

Uit artikel 2 van Verordening 883/2004 volgt dat deze van toepassing is op onderdanen van een lidstaat, staatlozen en vluchtelingen die woonachtig zijn in een van de lidstaten en op wie de wetgeving van minstens één lidstaat van toepassing is (geweest). Dit wordt ook wel de personele werkingssfeer genoemd. Zowel actieven als inactieven vallen onder de werking van Verordening 883/2004. Verordening 883/2004 is eveneens van toepassing op de zogenoemde derdelanders. Daarmee worden onderdanen van derde landen bedoeld die enkel door hun nationaliteit nog niet onder het bereik vielen. Als additionele voorwaarden gelden dat zij legaal in (minstens) één van de lidstaten verblijven en het niet gaat om een volstrekt binnenlandse situatie.

De materiële werkingssfeer wordt omschreven in artikel 3 van Verordening 883/2004. Uit het eerste lid volgt dat deze van toepassing is op alle wetgeving betreffende een reeks takken van sociale zekerheid, welke takken vervolgens limitatief staan opgesomd. Naast de uitkering bij ouderdom vallen onder de materiële werkingssfeer onder andere de uitkeringen bij invaliditeit, werkloosheid en overlijden.

3.3.1.4 *Sterke en exclusieve werking*

De sterke werking heeft tot gevolg dat wanneer een persoon is onderworpen aan de wetgeving van een bepaalde lidstaat, deze lidstaat inzake de toepassing van diens wetgeving geen (indirect) discriminerende voorwaarden mag stellen. Het is de desbetreffende lidstaat dus niet toegestaan om betrokkene niet als verzekerde aan te merken op basis van bijvoorbeeld een woonplaatsvereiste.⁷⁹ Het woonplaatsvereiste wordt zodoende door de voorrang van Verordening 883/2004 ten opzichte van de nationale wetgeving, terzijde geschoven.⁸⁰ Hiermee wordt het vrije verkeer van werknemers mijns inziens op effectieve wijze bevorderd.

Uit artikel 11, eerste lid, Verordening 883/2004 volgt de exclusieve werking. Deze houdt in dat een lidstaat diens wetgeving niet mag toepassen op een bepaald persoon als de aanwijsregels van Verordening 883/2004 ertoe leiden dat hij/zij is onderworpen aan de wetgeving van een andere lidstaat. Op deze manier wordt bereikt dat een persoon altijd ergens is verzekerd, maar

⁷⁸ P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2018, par. 2.2.3.

⁷⁹ Zie onder andere: HvJ EU 7 juni 2012, C-106/11, ECLI:EU:C:2012:328 (*Bakker*).

⁸⁰ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 9.2.4.

eveneens niet dubbel is verzekerd. De exclusieve werking is ontwikkeld in een reeks arresten van het HvJ, waaronder de arresten *Ten Holder* en *Luyten*.⁸¹

3.3.2 Hoofregel werknemers

Voor het al dan niet toepassen van Verordening 883/2004 dient allereerst te worden vastgesteld dat het gaat om een niet volledig binnenlandse situatie. Hiervan is onder andere sprake wanneer een persoon werkzaam is buiten zijn/haar woonstaat of wanneer wordt gewerkt in meerdere landen. Blijkens artikel 11, derde lid, onderdeel a, Verordening 883/2004 geldt als hoofregel dat werknemers verzekeringsplichtig zijn in de lidstaat waar de werkzaamheden worden verricht, ook wel de werkstaat genoemd. Hiermee zien we feitelijk een aansluiting bij de hoofregel in het internationale belastingrecht, waarbij belastingheffing plaatsvindt daar waar de werkzaamheden plaatsvinden. De woonplaats van de werknemer en vestigingsplaats van de werkgever spelen geen rol.⁸² De plaats van de werkzaamheden betreft de locatie waar de werkzaamheden feitelijk worden verricht en kan niet worden bepaald door een nationaalrechtelijke fictie.⁸³

3.3.3 Uitzending naar een andere lidstaat

3.3.3.1 Voorwaarden detachingsregeling

Een eerste uitzondering op bovenstaande hoofregel dat een werknemer is verzekerd in zijn/haar werkstaat, betreft het geval van detachering. Bij detachering gaat een werknemer voor zijn/haar werkgever tijdelijk werkzaamheden verrichten in een andere staat. Uitgaande van toepassing van de hoofregel heeft dit tot gevolg dat de werknemer gedurende korte tijd sociaal verzekerd raakt in de werkstaat. Aangezien hierdoor een gat ontstaat in zijn/haar opgebouwde eerstelijnsfaciliteit, wordt het voor een werknemer (mogelijk) minder aantrekkelijk om gedetacheerd te worden. Om dit ongewenste effect te voorkomen, blijft de werknemer onder voorwaarden verzekerd in de uitzendende staat. Het is hierbij irrelevant of de werknemer ook in de tijdelijke werkstaat gaat wonen. De detachingsregeling wordt dwingend toegepast wanneer aan alle voorwaarden wordt voldaan, waardoor het dus geen keuzeregime is.⁸⁴ De Administratieve Commissie⁸⁵ heeft in het A2-besluit invulling gegeven aan hoe de detachingsregeling moet worden geïnterpreteerd.

De geldende voorwaarden zijn de volgende (artikel 12, eerste lid, Verordening 883/2004):

- De werknemer verricht werkzaamheden in de andere staat voor rekening van de uitzendende werkgever;

Van belang is dat een rechtstreekse relatie blijft bestaan tussen de werknemer en de uitzendende werkgever. Deze rechtstreekse band wordt getoetst aan de hand van de verantwoordelijkheid omtrent de aanwerving, de arbeidsovereenkomst, het loon, ontslag en het in algemene zin bepalen van de aard van de te verrichten werkzaamheden.⁸⁶ Het is niet

⁸¹ HvJ EG 12 juni 1986, C-302/84, EU:C:1986:242 (*Ten Holder*) en HvJ EG 10 juli 1986, C-60/85, EU:C:1986:307 (*Luyten*).

⁸² A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 9.4.1.

⁸³ HvJ EU 27 september 2012, C-137/11, ECLI:EU:C:2012:593 (*Rombouts*).

⁸⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 9.5.

⁸⁵ De Administratieve Commissie bestaat uit een vertegenwoordiger uit de regering van iedere lidstaat en een vertegenwoordiger van de Commissie.

⁸⁶ Besluit nr. A2 van 12 juni 2009, punt 1.

vereist dat het loon niet ten laste mag komen van de (winst van de) vennootschap waarnaar de werknemer wordt uitgezonden, zoals bij de fiscale detachering.

- De werkgever verricht normaliter diens werkzaamheden in de uitzendende staat;

Bij deze voorwaarde wordt de eis gesteld dat de werkgever gewoonlijk substantiële activiteiten verricht op het grondgebied van de lidstaat van vestiging. Deze voorwaarde is gesteld om papieren constructies te voorkomen. In het A2-besluit wordt een niet-uitputtende reeks van kenmerken die wijzen op activiteiten van betekenis opgesomd. Hierbij kan gedacht worden aan de plaats van de statutaire zetel en het hoofdkantoor, de plaats waar klantcontracten worden afgesloten, de behaalde omzet en hoe lang de werkgever reeds in de uitzendende staat aanwezig is.⁸⁷

- De werknemer was voor de uitzending sociaal verzekerd in de uitzendende staat;

De werknemer die wordt gedetacheerd, wordt geacht te hebben voldaan aan dit vereiste wanneer hij/zij volgens het A2-besluit gedurende minstens één maand aldaar sociaal verzekerd. Voor kortere periodes dient een beoordeling per casus plaats te vinden. Het is niet vereist dat de werknemer gedurende deze periode heeft gewerkt voor de uitzendende werkgever, waardoor het mogelijk is een nieuw aangenomen werknemer direct te detacheren.⁸⁸

- De te verwachten duur van de werkzaamheden in de andere staat bedraagt maximaal 24 maanden;

Wanneer op voorhand vaststaat dat de uitzending naar verwachting langer dan 24 maanden duurt, geldt de hoofdregel van verzekeringsplicht in de werkstaat. Op grond van artikel 16 Verordening 883/2004 kunnen de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten onderling overeenkomen dat de detacheringstermijn wordt verlengd, maar hierbij wordt geen termijn genoemd. De SVB – de in Nederland bevoegde autoriteit op dit terrein – hanteert het beleid dat artikel 16 Verordening 883/2004 voor maximaal vijf jaar kan worden toegepast.⁸⁹

- De detachering mag niet starten binnen twee maanden na afloop van een eerdere detachering van de werknemer naar dezelfde entiteit en lidstaat;

Deze voorwaarde staat niet direct genoemd in Verordening 883/2004, maar volgt uit het A2-besluit. Het idee achter deze voorwaarde is dat de detacheringsbepaling niet ingezet mag worden om werknemers permanent middels opeenvolgende detacheringen in een andere lidstaat te laten werken. Onder omstandigheden hoeft de tweemaandstermijn niet in acht te worden genomen.⁹⁰ Hierbij wordt de situatie genoemd waarin een werknemer voor minder dan 24 maanden wordt uitgezonden en het project waarvoor hij/zij is uitgezonden niet binnen deze periode is afgerond. De uitzendperiode kan dan tot maximaal 24 maanden worden verlengd.⁹¹

⁸⁷ Besluit nr. A2 van 12 juni 2009, punt 1.

⁸⁸ Besluit nr. A2 van 12 juni 2009, punt 1.

⁸⁹ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 9.5.

⁹⁰ Besluit nr. A2 van 12 juni 2009, punt 3.

⁹¹ Praktische gids over de toepasselijke wetgeving in de Europese Unie (EU), de Europese Economische Ruimte (EER) en Zwitserland, p.19.

- De werknemer wordt niet uitgezonden om een andere werknemer te vervangen.

Bovenstaande voorwaarde is opgenomen om te voorkomen dat ter zake van projecten in het buitenland roulatie van werknemers plaatsvindt. Deze roulatie zou namelijk kunnen leiden tot verdringing op de arbeidsmarkt.⁹² Uit het Alpenrind-arrest blijkt dat het verbod eveneens ziet op het geval waarin de werknemer een gedetacheerde werknemer tewerkgesteld door een andere werkgever vervangt. Het vervangingsverbod moet strikt worden uitgelegd. Enkel in uitzonderlijke gevallen kan inbreuk worden gemaakt op het vervangingsverbod.⁹³ Als voorbeeld wordt de situatie genoemd waarbij een werknemer gedetacheerd voor 20 maanden na 10 maanden ernstig ziek wordt. Een vervanger mag hem/haar dan gedurende de resterende 10 maanden vervangen.⁹⁴ Evenals Kavelaars⁹⁵ kan ik mij niet vinden in de conclusie van het HvJ in het Alpenrind-arrest dat het vervangingsverbod eveneens geldt wanneer een gedetacheerde werknemer van een niet-verbonden werkgever wordt vervangen, aangezien deze uitzendende werkgevers niets met elkaar te maken hebben. Hierbij komt nog wel de vraag op wanneer sprake is van verbondenheid. Ik zie in de onderhavige voorwaarde echter geen belemmering van het vrije verkeer van werknemers, omdat de werknemer nog steeds sociaal verzekerd is in exact één lidstaat – in dit geval de werkstaat – en ook uitkeringsrechten in die lidstaat worden opgebouwd. Dat hij/zij wellicht liever in de staat van herkomst sociaal verzekerd had willen blijven om een gat in de pensioenopbouw in die staat te voorkomen, doet daar niet aan af.

3.3.3.2 Waarde van de A1-verklaring

Wanneer de detacheringsregeling van toepassing is, dient de werkgever op grond van artikel 15, eerste lid, Verordening 987/2009 inlichtingen te verstrekken aan het bevoegde orgaan (in Nederland: SVB) in de lidstaat waarvan de wetgeving van toepassing blijft. Dit bevoegde orgaan verstrekt op grond van artikel 19, tweede lid, Verordening 987/2009 een zogenaamde A1-verklaring aan de werknemer wanneer aan de voorwaarden voor detachering wordt voldaan en informeert eveneens het bevoegde orgaan in de staat waarnaar de werknemer wordt uitgezonden dat de werknemer in de andere staat sociaal verzekerd blijft. Het bevoegde orgaan in de uitzendende staat is verplicht een A1-verklaring af te geven wanneer aan de voorwaarden wordt voldaan en een verzoek is ingediend.⁹⁶ In de jurisprudentie is meermaals de vraag naar voren gekomen in hoeverre het mogelijk is om een afgegeven A1-verklaring terzijde te schuiven wanneer de werkstaat op basis van de feiten concludeert dat de A1-verklaring ten onrechte is afgegeven. Volgens Kavelaars⁹⁷ komt het namelijk regelmatig voor dat het feitenonderzoek door het orgaan dat de A1-verklaring afgeeft, onvoldoende of zelfs geheel niet plaatsvindt.

Het Fitzwilliam-arrest⁹⁸ vormt op dit terrein het basisarrest. Daarin is beslist dat een afgegeven A1-verklaring zijn geldigheid behoudt totdat deze verloopt of wordt ingetrokken, ook wanneer deze ten onrechte is afgegeven. Een afgegeven detacheringsverklaring kon daarom enkel worden aangetast wanneer de lidstaat die de verklaring heeft uitgegeven, bereid is deze in te

⁹² *Kamerstukken II* 2009/10, 21 501-31, 194, p.11.

⁹³ HvJ EU 6 september 2018, C-527/16, ECLI:EU:C:2018:669 (*Alpenrind*).

⁹⁴ Praktische gids over de toepasselijke wetgeving in de Europese Unie (EU), de Europese Economische Ruimte (EER) en Zwitserland, p. 14-15.

⁹⁵ HvJ EU 6 september 2018, C-527/16, ECLI:EU:C:2018:669, m.nt. P. Kavelaars (*Alpenrind*), BNB 2018/184.

⁹⁶ HvJ EG 17 december 1970, C-35/70, Jur. 1970, 1251 (*Manpower*).

⁹⁷ P. Kavelaars, 'Grensoverschrijdende aspecten van de socialeverzekeringsplicht', *TPV* 2019/13, par. 7.

⁹⁸ HvJ EG 10 februari 2000, C-202/97, BNB 2000/219c (*Fitzwilliam*).

trekken. De andere lidstaat dient daarvoor in beginsel een verzoek in te dienen op grond van artikel 76, zesde lid, Verordening 883/2004. Daarnaast bestond de mogelijkheid aan te kloppen bij de Administratieve Commissie. Ook deze weg is enkel effectief wanneer de uitzendende lidstaat bereid is tot intrekking.⁹⁹

Met het Altun-arrest¹⁰⁰ heeft het HvJ voor het eerst een uitzondering gemaakt op diens harde doch duidelijke lijn inzake afgegeven A1-verklaringen. Het betreft werknemers die vanuit Bulgarije naar België zijn uitgezonden, terwijl in Bulgarije geen ondernemingsactiviteiten zijn verricht. Het in België bevoegde orgaan heeft de Bulgaren – zonder succes – verzocht de afgegeven verklaringen in te trekken. In het onderhavige arrest houdt het HvJ in beginsel vast aan de bestaande harde lijn, maar komt vervolgens met een uitzondering. Deze uitzondering houdt in dat wanneer de A1-verklaringen op frauduleuze wijze zijn verkregen, de staat waarnaar de werknemers zijn uitgezonden de A1-verklaringen kunnen negeren, mits zij reeds de andere lidstaat hebben verzocht de detachingsverklaringen in te trekken. Of sprake is van frauduleus verkrijgen dient door de nationale rechter in de werkstaat te worden vastgesteld.¹⁰¹ Gelet op het vertrouwensbeginsel kan ik mij vinden in de lijn van het HvJ dat een afgegeven A1-verklaring in beginsel onaantastbaar is. Mijns inziens is het dan ook terecht dat de uitzondering wordt beperkt tot de situatie waarbij de staat van afgifte geen reactie geeft op een heroverwegingsverzoek.

In het Alpenrind-arrest¹⁰² kwam de vraag op of een A1-verklaring ook geldt voor andere partijen dan de directbetrokkenen, in casu de rechterlijke macht. Het HvJ bevestigde dat dit het geval is, waardoor de verklaring voor iedereen dezelfde juridische waarde heeft. Het HvJ concludeert bovendien dat (in beginsel) betekenis toekomt aan de terugwerkende kracht van een A1-verklaring. Gelet op het feit dat het hebben van deze verklaring geen formeel vereiste is bij de detachingsregeling, is dat mijns inziens een logische conclusie.

In de Vueling-zaak¹⁰³ heeft het HvJ een nadere concretisering gegeven van de uitzondering in het Altun-arrest. Enkel wanneer cumulatief aan een tweetal voorwaarden wordt voldaan mag een frauduleus afgegeven A1-verklaring door de nationale rechter buiten beschouwing blijven:

- De lidstaat die de A1-verklaring heeft afgegeven, moet onverwijld de gelegenheid hebben gekregen om de gegrondheid van deze afgifte opnieuw te onderzoeken aan de hand van de door de andere lidstaat verstrekte gegevens die erop wijzen dat die verklaring op frauduleuze wijze is verkregen;
- De lidstaat die de A1-verklaring heeft afgegeven, heeft nagelaten een heroverweging te verrichten en binnen een redelijke termijn een standpunt in te nemen over de ontvangen gegevens en het al dan niet intrekken van de detachingsverklaring.

De Vueling-zaak betrof een Spaanse luchtvaartmaatschappij, welke beschikt over een basis in Parijs. Vanuit Spanje werden onder andere piloten naar Frankrijk gedetacheerd. Bij een controle van de Franse arbeidsinspectie kwam aan het licht dat de meeste piloten inwoner waren van Frankrijk en deze verklaringen zodoende ten onrechte waren afgegeven. Pas nadat de hoogste Franse rechter na verloop van vier jaar fraude had vastgesteld, is een verzoek tot

⁹⁹ P. Kavelaars, 'Grensoverschrijdende aspecten van de socialeverzekeringsplicht', *TPV* 2019/13, par. 7.

¹⁰⁰ HvJ EU 6 februari 2018, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63 (*Altun*).

¹⁰¹ P. Kavelaars, 'Grensoverschrijdende aspecten van de socialeverzekeringsplicht', *TPV* 2019/13, par. 7.

¹⁰² HvJ EU 6 september 2018, C-527/16, ECLI:EU:C:2018:66 (*Alpenrind*).

¹⁰³ HvJ EU 2 april 2020, C-37/18 en C-370/17, ECLI:EU:C:2020:260 (*Vueling*).

herziening ingediend bij de Spaanse socialezekerheidsautoriteiten. Het HvJ heeft beslist dat de A1-verklaringen in casu in stand blijven, omdat de Franse autoriteiten te lang hebben gewacht met contact opnemen met de Spaanse collega's en het oordeel van de nationale rechter niet af hadden moeten wachten.¹⁰⁴ Hieruit blijkt het belang van het element "onverwijd" uit de eerste voorwaarde van het HvJ.

Bezien vanuit het oogpunt van de werknemer valt het in mijn optiek toe te juichen dat het HvJ de socialezekerheidsautoriteiten uit de werkstaat aanspoort direct actie te ondernemen. Desondanks is mijns inziens sprake van een onduidelijkheid voor de desbetreffende werknemer. Aan de heroverweging bij de lidstaat van afgifte heeft het HvJ namelijk geen (exacte) termijn gekoppeld, waardoor het alsnog een behoorlijke tijd kan duren voordat duidelijkheid bestaat voor de werknemer over zijn/haar socialezekerheidspositie. Zo duurde het in de casus van het arrest twee jaar voordat de Spaanse autoriteiten een beslissing namen. Of dat een redelijke termijn is, is na het arrest nog ongewis. Mijn voorstel om deze onduidelijkheid op te lossen, zou zijn om bijvoorbeeld – overeenkomstig een voorstel van de Europese Commissie uit 2016 – een heroverwegingstermijn van 25 werkdagen op te nemen in Verordening 987/2009.¹⁰⁵ Een andere termijn is ook verdedigbaar, zolang maar een duidelijke termijn wordt vastgelegd. Daarnaast pleit ik voor een concretere invulling in de vorm van een absolute termijn van de term "onverwijd". Aan de hand van twee absolute termijnen is voor een werknemer snel duidelijk of de lidstaat van afgifte een volgens de andere lidstaat onterecht afgegeven A1-verklaring intrekt of dat een strafrechtelijke procedure gestart moet worden.

3.3.4 Werken in verschillende lidstaten

3.3.4.1 Aanwijisregel werkzaamheden in twee of meer lidstaten

In artikel 13 Verordening 883/2004 is een tweede uitzondering op de in paragraaf 3.3.2 besproken hoofdregel opgenomen. Deze uitzondering betreft de situatie waarin werknemers in twee of meer lidstaten werkzaamheden verrichten. Voor toepassing van dit artikel dient eerst te worden vastgesteld dat sprake is van werkzaamheden in meerdere lidstaten. Volgens artikel 14, vijfde lid, Verordening 987/2009 is hiervan sprake wanneer een werknemer gelijktijdig of afwisselend voor dezelfde werkgever of verschillende werkgevers in minstens twee lidstaten werkzaamheden in loondienst verricht. Met de term "gelijktijdig" wordt bedoeld op werkzaamheden die tegelijkertijd worden verricht in meerdere lidstaten onder dezelfde of verschillende arbeidscontracten. Met "afwisselend" wordt verwezen naar opeenvolgende werkopdrachten die in meerdere lidstaten plaatsvinden. Bij de beoordeling moet gekeken worden naar de verwachte duur en regelmaat van de werkzaamheden, maar eveneens naar de aard van de werkzaamheden.¹⁰⁶ Deze stap is voornamelijk relevant wanneer in een bepaalde lidstaat marginale werkzaamheden worden verricht. Hierop kom ik uitgebreid terug in paragraaf 3.3.4.2.

¹⁰⁴ A.H.W. Steijn, 'HvJ geeft regels over het negeren van E101-certificaten in geval van fraude', *NTFR* 2020/1406.

¹⁰⁵ Deze suggestie werd gedaan door de Redactie Vakstudie-Nieuws in hun noot bij het arrest. Zie HvJ EU 2 april 2020, C-37/18 en C-370/17, ECLI:EU:C:2020:260 (*Vueling*), *V-N* 2020/17.11.

¹⁰⁶ Praktische gids over de toepasselijke wetgeving in de Europese Unie (EU), de Europese Economische Ruimte (EER) en Zwitserland, p.26&27.

De volgende stap betreft het bepalen of een substantieel gedeelte van de werkzaamheden wordt verricht in de woonstaat. Is dit het geval, dan geldt de socialezekerheidswetgeving van de woonstaat. Volgens artikel 14, achtste lid, Verordening 987/2009 vindt de beoordeling of een substantieel gedeelte in de woonstaat wordt verricht, plaats op basis van de indicatieve criteria arbeidstijd en loon. Wanneer de woonstaat een aandeel heeft van minder dan 25%, geldt als indicatie dat daar niet een substantieel gedeelte van de werkzaamheden wordt verricht. Evenals de 'Commissie Grenswerkers' ben ik van mening dat voor de berekening eveneens rekening moet worden gehouden met buiten de EU verrichte arbeid.¹⁰⁷ Op basis van het tiende lid moet worden gekeken naar de verwachte situatie in de volgende 12 kalendermaanden, ter voorkoming van het veelvuldig wisselen van het toepasselijke socialezekerheidsstelsel.

Wanneer niet een substantieel gedeelte van de door de werknemer verrichte werkzaamheden plaatsvindt in de woonstaat, moet(en) de werkgever(s) nader worden beschouwd. Artikel 13, eerste lid, onderdeel b, Verordening 883/2004 schrijft het volgende voor:

- Indien hij/zij in dienst is van één werkgever, geldt de wetgeving van de lidstaat waar de zetel of het domicilie van de werkgever zich bevindt;
- Indien hij/zij in dienst is van twee of meer werkgevers die hun zetel of domicilie in dezelfde lidstaat hebben, geldt de wetgeving van die lidstaat;
- Indien hij/zij in dienst is van twee of meer werkgevers die hun zetel of domicilie in twee lidstaten hebben, waaronder zijn/haar woonstaat, geldt de wetgeving van de lidstaat waar de zetel of het domicilie zich bevindt van de werkgever buiten de woonstaat;
- Indien hij/zij in dienst is van twee of meer werkgevers waarvan ten minste twee hun zetel of domicilie in verschillende lidstaten hebben, niet zijnde de woonstaat, geldt de wetgeving van de woonstaat.

In bovenstaande bepaling is zichtbaar dat de wetgeving wordt aangewezen van de lidstaat waar de "voornaamste" werkgever is gevestigd, met uitzondering van de laatste categorie. Dat lijkt mij een passende en goed controleerbare benadering. De zetel of domicilie van een onderneming is immers over het algemeen eenvoudig te bepalen. De zetel of domicilie is de plaats waar de voornaamste ondernemingsbeslissingen worden genomen en waar de centrale bestuurstaken worden uitgeoefend. Deze definitie is tot stand gekomen in jurisprudentie van het HvJ en andere EU-verordeningen. In de Praktische gids is een reeks criteria opgenomen die kunnen worden gebruikt bij het bepalen van de plaats van de zetel of domicilie.¹⁰⁸ De toewijzing aan de woonstaat in de laatste categorie is vermoedelijk gekozen vanuit praktisch oogpunt, wat in mijn optiek gelet op de eenvoud een prima keuze is.

Net als bij detachering moet een A1-verklaring worden afgegeven wanneer werkzaamheden in verschillende lidstaten worden verricht. Waar bij detachering de werkgever degene is die het bevoegde orgaan in de woonstaat van de werknemer inlicht, dient de werknemer laatstgenoemd orgaan nu juist zelf in te lichten.¹⁰⁹ Het is hierbij niet relevant of de werknemer eveneens verzekerd zal zijn in de woonstaat. Het bevoegde orgaan stelt de toepasselijke

¹⁰⁷ Rapport van de Commissie grenswerkers (Geschrift nr. 257), p.176.

¹⁰⁸ Praktische gids over de toepasselijke wetgeving in de Europese Unie (EU), de Europese Economische Ruimte (EER) en Zwitserland, p.39&40.

¹⁰⁹ Artikel 16, eerste lid, Verordening 987/2009.

wetgeving vast en informeert de werknemer en de bevoegde organen van alle lidstaten waar arbeid wordt verricht over dat besluit.¹¹⁰

3.3.4.2 Marginale werkzaamheden

Uit de vorige paragraaf blijkt dat eerst vastgesteld dient te worden of sprake is van het verrichten van arbeid in twee (of meer) lidstaten. De vraag die hier kan opkomen, is of met alle werkzaamheden – eveneens geringe – rekening moet worden gehouden. De voornaamste motivatie om marginale werkzaamheden buiten beschouwing te laten, is het voorkomen van kunstmatige constructies. Het HvJ besliste in het *Kits van Heijningen*-arrest¹¹¹ dat werkzaamheden van enkele uren per twee weken in aanmerking dienen te worden genomen. In het *Format*-arrest¹¹² oordeelde het HvJ dat louter incidentele (marginale) werkzaamheden buiten beschouwing blijven. In de Praktische gids wordt het standpunt ingenomen dat permanente werkzaamheden van minder dan 5% van de arbeidstijd of het totale loon buiten beschouwing blijven. De aard van de werkzaamheden – denk bijvoorbeeld aan ondersteunende werkzaamheden – kan eveneens een aanwijzing vormen.¹¹³ Deze 5%-eis heeft echter geen grondslag in de regelgeving of jurisprudentie. Daardoor blijft onzekerheid bestaan over welke werkzaamheden wel en welke niet meetellen.

De problematiek van marginale werkzaamheden in samenhang met het al dan niet werken in meerdere lidstaten is nog (zeker) tweemaal aan de orde gekomen bij het HvJ. Het eerste arrest¹¹⁴ betreft een in Nederland wonende werknemer die werkzaam is voor een binnenlandse werkgever. Hij/zij komt met laatstgenoemde een onbetaalde verlofperiode van drie maanden overeen, waarbij de arbeidsovereenkomst in stand blijft. Gedurende de verlofperiode wordt hij/zij skileraar in de Oostenrijkse bergen voor een lokale organisatie. De vraag was of hier sprake was van werkzaamheden in twee lidstaten in de zin van Verordening 1408/71, de voorganger van Verordening 883/2004.

Volgens het HvJ moet de werknemer worden beschouwd als persoon die werkzaamheden in twee lidstaten pleegt uit te oefenen voor zover hij/zij (1) volgens de Nederlandse wetgeving wordt beschouwd werkzaamheden te verrichten gedurende de verlofperiode en (2) de werkzaamheden in Oostenrijk gewoonlijk worden uitgeoefend en van betekenis zijn.¹¹⁵ Het HvJ noemt een drietal criteria voor de toetsing van de tweede voorwaarde:

- De duur van de tijdvakken van de werkzaamheden;
- De aard van het werk zoals contractueel is vastgelegd;
- De daadwerkelijk uitgeoefende werkzaamheden.¹¹⁶

De Hoge Raad oordeelt dat een persoon volgens de WW gedurende een onbetaald verlofperiode wordt beschouwd als werknemer, waarmee aan de eerste voorwaarde wordt voldaan. Aan de tweede voorwaarde wordt eveneens voldaan volgens de Hoge Raad. Mijns inziens een logische conclusie, aangezien duidelijk is dat geen incidentele werkzaamheden

¹¹⁰ Artikel 16, tweede lid, Verordening 987/2009.

¹¹¹ HvJ EG 3 mei 1990, C-2/89, ECLI:EU:C:1990:183 (*Kits van Heijningen*).

¹¹² HvJ EU 4 oktober 2012, C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606 (*Format*).

¹¹³ Praktische gids over de toepasselijke wetgeving in de Europese Unie (EU), de Europese Economische Ruimte (EER) en Zwitserland, p.29&30.

¹¹⁴ HvJ EU 13 september 2017, C-569/15, ECLI:EU:C:2017:673 (X).

¹¹⁵ HvJ EU 13 september 2017, C-569/15, ECLI:EU:C:2017:673 (X), r.o. 24 t/m 26.

¹¹⁶ HvJ EU 13 september 2017, C-569/15, ECLI:EU:C:2017:673 (X), r.o. 27.

plaatsvinden.¹¹⁷ Vanuit werknemersperspectief is dit een gunstige uitkomst, aangezien net als onder de detacheringsregeling de verzekeringsplicht niet voor korte tijd verschuift naar de tijdelijke werkstaat. Desondanks valt het te betreuren dat het HvJ zelf geen nadere invulling geeft aan de criteria, waardoor voor soortgelijke vraagstukken onduidelijkheid blijft bestaan. Evenals Kavelaars¹¹⁸ ben ik van mening dat enkel het eerste en derde criterium relevant zijn. Hetgeen contractueel wordt vastgelegd kan immers eenvoudig worden gewijzigd. De feitelijke situatie is cruciaal, wat met de overige criteria mijns inziens voldoende wordt ingevuld. Het derde criterium behoeft in mijn optiek geen nadere toelichting, in tegenstelling tot het eerste criterium. Het is volstrekt onduidelijk op welke manier de duur van de tijdvakken moet worden getoetst, zoals ook Kavelaars opmerkt.¹¹⁹ Zit hieraan bijvoorbeeld een minimumduur en over welke tijdsperiode moet de beoordeling plaatsvinden? We tasten hier volledig in het duister.

Bovenstaande onduidelijkheden kunnen worden opgelost door een nadere concretisering te geven van wanneer sprake is van werkzaamheden van betekenis. Mijn voorstel zou zijn om een duidelijke ondergrens te hanteren van bijvoorbeeld 10% van de feitelijke werktijd gedurende een periode van twaalf maanden, gerekend vanaf de begindatum van de tweede arbeidsovereenkomst. De verdeling over deze twaalf maanden is daarbij irrelevant. Het derde criterium is door de aansluiting bij de "feitelijke werktijd" direct verwerkt in de ondergrens. Mijn vermoeden is dat een grens van 10% hoog genoeg is om onbedoelde sturing te voorkomen. De keuze voor de twaalfmaandsperiode is gebaseerd op het feit dat deze tijdsperiode op grond van artikel 14, tiende lid, Verordening 987/2009 ook geldt voor het substantieel-criterium. Het lijkt mij dan ook logisch dezelfde tijdsperiode te hanteren voor de toetsing of sprake is van geringe werkzaamheden. Het is mijns inziens een taak van de EC om voor te stellen een dergelijke concretisering op te nemen in Verordening 987/2009.

De tweede casus¹²⁰ betreft een Nederlandse werknemer die woonachtig is in België en in dienst is voor een Nederlandse werkgever. Een klein deel van zijn werkzaamheden (c.a. 6,5%) – voornamelijk in de zomerperiode – werkte diegene bij klanten in België en vanuit huis. Hierover was niets opgenomen in het arbeidscontract. Hier geldt eveneens Verordening 1408/71. Het HvJ noemt dezelfde drie criteria als bij de hiervóór besproken zaak en concludeert hier – wederom zonder duidelijke invulling van de criteria – dat geen werkzaamheden van betekenis worden verricht in België. Het ontbreken van een nadere toelichting leidt tot hetzelfde knelpunt als bij de andere zaak; het blijft onduidelijk wanneer wel en wanneer geen werkzaamheden van betekenis plaatsvinden. Van belang om op te merken is dat onder Verordening 883/2004 de uitkomst van de tweede casus evident zou zijn, omdat daar in vergelijking met Verordening 1408/71 het substantieelcriterium is geïntroduceerd ter voorkoming van sturing. Daardoor vindt sowieso toewijzing plaats aan de werkstaat, ongeacht het antwoord op de vraag of de werkzaamheden in België al dan niet buiten beschouwing blijven. De problematiek rondom marginale werkzaamheden speelt zodoende een beperktere rol onder Verordening 883/2004, maar is zeker nog relevant in andere situaties.

Ter illustratie geef ik de situatie waarin een Nederlander in dienst is van een Nederlandse werkgever en uitsluitend op locatie werkt bij een aantal Duitse klanten, net over de grens. In dit geval geldt de hoofdregel; de verzekeringsplicht wordt toegewezen aan de werkstaat, in casu Duitsland. Stel nu dat per 1 januari 2021 ook een kleine klant in Nederland onder de

¹¹⁷ HR 19 januari 2018, nr. 14/05346, ECLI:NL:HR:2018:49.

¹¹⁸ HvJ EU 13 september 2017, C-569/15, ECLI:EU:C:2017:673, m.nt P. Kavelaars (X), *BNB* 2017/213, par. 2.

¹¹⁹ HvJ EU 13 september 2017, C-569/15, ECLI:EU:C:2017:673, m.nt P. Kavelaars (X), *BNB* 2017/213, par. 2.

¹²⁰ HvJ EU 13 september 2017, C-570/15, ECLI:EU:C:2017:673 (X).

portefeuille van de werknemer komt en hij/zij ook daar op locatie gaat werken. Hier besteed hij/zij vermoedelijk 5-10% van zijn arbeidstijd. Voor de verzekeringsplicht is nu wel cruciaal of de werkzaamheden in Nederland moeten worden meegenomen. Wanneer zou worden geoordeeld dat in Nederland werkzaamheden van betekenis plaatsvinden, vindt immers toewijzing plaats aan de vestigingsstaat van de werkgever, in casu Nederland. Op basis van het door mij voorgestelde concretisering van de term "werkzaamheden van betekenis" zou in dit voorbeeld geen sprake zijn van werkzaamheden in twee lidstaten.

3.3.5 De Duitse mini-jobs

De problematiek rond marginale werkzaamheden speelt eveneens wanneer slechts werkzaamheden in één lidstaat worden verricht. Het betreft de zogenoemde Duitse mini-jobs. Een mini-job is een (deeltijd)baan waarmee maandelijks maximaal 450 euro wordt verdiend. In de gevoegde zaken Van den Berg, Giesen en Franzen¹²¹ verrichten inwoners van Nederland werkzaamheden ten behoeve van een kleine dienstbetrekking in Duitsland. Van belang is dat vaststaat dat met de (marginale) werkzaamheden rekening moet worden gehouden. Op grond van de hoofdregel van Verordening 883/2004 wordt Duitsland aangewezen als verzekeringsstaat. Een mini-job leidt volgens de Duitse nationale wetgeving echter niet tot verzekeringsplicht, zowel bij inwoners als niet-inwoners van Duitsland. Het is dus niet zo dat Duitsland discrimineert op grond van de woonplaats van de werknemer. De vraag was vervolgens of de werknemers toch in Nederland verzekerd moeten zijn, omdat zij anders nergens sociaal verzekerd zijn.

Het HvJ houdt stevig vast aan de exclusieve werking van de verordening, welke voorschrijft dat de wetgeving van slechts één lidstaat kan worden aangewezen. De werknemers zijn daarom niet verplicht sociaal verzekerd in Nederland. Het HvJ verwerpt het standpunt dat een internationaal actieve werknemer recht heeft op bepaalde minimale sociale bescherming. Evenals Kavelaars¹²² zie ik dit als enige juiste conclusie, aangezien Verordening 883/2004 – gelet op diens coördinerende werking – niet voorziet in een zeker minimumniveau. De lidstaten zijn in beginsel vrij in de invulling van hun socialezekerheidsstelsel, waardoor een werknemer die in een andere lidstaat gaat werken zowel in een gunstiger als minder gunstig stelsel terecht kan komen. Het feit dat de werknemer nu nergens sociaal verzekerd is, is het gevolg van een dispariteit.¹²³ Dispariteiten zijn in geen geval in strijd met het vrije verkeer van werknemers, ook niet in dit extreme geval waarbij de werknemer de facto nergens sociaal verzekerd is. Cruciaal hierbij is dat de Duitse wetgeving geen onderscheid maakt naar woonplaats.

Ondanks dat vanuit EU-rechtelijk perspectief geen verplichting geldt voor Nederland om als woonstaat de verzekeringsplicht op zich te nemen, blijft het uiteraard wel mogelijk om werknemers die een Duitse mini-job hebben of willen aangaan, tegemoet te komen. Kavelaars¹²⁴ noemt als mogelijkheid het sluiten van een bilaterale overeenkomst tussen beide landen. Aangezien dit soort kwesties met name in de grensstreek voorkomen, moet deze in zijn ogen ook daar worden opgelost. Hij gaat niet nader in op de inhoud van zo'n overeenkomst, maar het lijkt me dat daarin wordt afgesproken dat voor Duitse mini-jobs de Nederlandse wetgeving onverkort van toepassing wordt verklaard. Of een dergelijke

¹²¹ HvJ EU 19 september 2019, C-95/18 & C-96-18, ECLI:EU:C:2019:767 (*Van den Berg, Giesen en Franzen*).

¹²² HvJ EU 19 september 2019, C-95/18 & C-96-18, ECLI:EU:C:2019:767, m.nt. P. Kavelaars (*Van den Berg, Giesen en Franzen*), *BNB* 2019/179, par. 3.

¹²³ P. Kavelaars, 'Grensoverschrijdende aspecten van de socialeverzekeringsplicht', *TPV* 2019/13, par. 5.

¹²⁴ HR 2 februari 2018, nr. 16/03746, 16/03747 & 16/03748, ECLI:NL:HR:2018:126, m.nt. P. Kavelaars, *BNB* 2018/84, par. 6.

overeenkomst daadwerkelijk tot stand zal komen, is in mijn optiek echter zeer de vraag. Het lijkt mij onaannemelijk dat de Duitsers ermee akkoord zullen gaan om de administratieve lasten om dit voor de werknemer te kunnen regelen, bij de werkgever gelegd zal worden. Wanneer deze last bij de werknemer terecht zou komen, kan hij/zij mijns inziens net zo makkelijk opteren voor vrijwillige verzekering voor de AOW.¹²⁵ In beide gevallen zal de werknemer zelf actie moeten ondernemen. Het enige punt van aandacht is dat de vrijwillige verzekering veelal voor maximaal tien jaar mogelijk is.

3.3.6 Corona en thuiswerken

Teneinde de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan, hebben veel landen stevige maatregelen moeten nemen. Sinds het begin van de pandemie is thuiswerken veelal verplicht wanneer dit enigszins mogelijk is, waardoor het werkpatroon van veel grensoverschrijdend actieve werknemers is gewijzigd. Om te kunnen bepalen in hoeverre de coronacrisis van invloed is op de socialezekerheidspositie van dergelijke werknemers, dient eerst in kaart te worden gebracht hoe vóór het uitbreken van de pandemie met thuiswerken werd omgegaan.

Over thuiswerken is niets geregeld in de geldende verordeningen, vermoedelijk omdat het fenomeen thuiswerken destijds nog niet echt speelde. In de jurisprudentie is thuiswerken wel enkele keren aan de orde gekomen, zoals in het eerder besproken arrest omtrent de in België woonachtige werknemer die voor zijn/haar Nederlandse dienstbetrekking circa 6,5% van zijn werkzaamheden verricht bij klanten in België en vanuit huis.¹²⁶ Volgens het HvJ kunnen de Belgische werkzaamheden worden genegeerd, waardoor geen sprake is van werkzaamheden in meerdere lidstaten.

Een tweede arrest¹²⁷ waarin thuiswerken een rol speelde, betreft een in België woonachtige werknemer die in 2007 werkte voor een Nederlandse werkgever, A BV. Het betreft hier Verordening 1408/71. In 2008 werd hij/zij uitgeleend aan een andere Nederlandse vennootschap, B BV. In dat jaar werkte de werknemer eveneens voor C BVBA, die hem/haar ook uitleende aan B BV. Verder werkte hij/zij gemiddeld één dag per week thuis. Bij de Hoge Raad lag de vraag of de werkzaamheden vanuit huis dusdanig omvangrijk waren, dat zij in aanmerking moesten worden genomen. De Hoge Raad oordeelde dat regelmatig werkzaamheden vanuit huis werden verricht, waardoor de Belgische wetgeving werd aangewezen. Onder Verordening 883/2004 zou de conclusie zijn dat geen sprake is van werkzaamheden in twee landen, omdat niet wordt voldaan aan het substantieelcriterium. Gelet op de twee besproken arresten en het substantieelcriterium kan mijns inziens worden geconcludeerd dat de geldende lijn vóór de coronacrisis was dat thuiswerken leidt tot verzekeringsplicht in de woonstaat wanneer daar minstens 25% van de werktijd wordt besteed of van het loon wordt verdiend.

Dat het (onvrijwillig) verplichte thuiswerken grote gevolgen kan hebben voor de socialezekerheidspositie, kan aan de hand van een eenvoudig voorbeeld worden toegelicht. Neem de situatie waarin een in Twente woonachtige werknemer die in dienst is bij een Duitse werkgever. Vóór de coronacrisis werkte hij/zij dagelijks op locatie/kantoor, maar sinds de uitbraak van de pandemie verricht hij/zij de werkzaamheden (bijna) volledig vanuit huis. Door het (bijna) volledig thuiswerken raakt hij/zij in beginsel sociaal verzekerd in Nederland, wat weer allerlei administratieve rompslomp geeft. Dit is met name vervelend wanneer hij/zij op

¹²⁵ Dit is geregeld in artikel 35 e.v. AOW.

¹²⁶ HvJ EU 13 september 2017, C-570/15, ECLI:EU:C:2017:673 (X).

¹²⁷ HR 30 augustus 2016, nr. 15/03858, ECLI:NL:HR:2016:2200.

den duur weer terugkeert naar zijn oorspronkelijke werkpatroon, wat vanaf dat moment weer leidt tot verzekeringsplicht in Duitsland.

De SVB stelt op diens website dat het verplichte thuiswerken geen gevolgen heeft op de socialezekerheidspositie wanneer de werknemer woont of werkt binnen de EU, mits de werknemer bij aanvang van de pandemie reeds in dienst was bij zijn/haar huidige werkgever.¹²⁸ Het is mijns inziens opvallend dat Nederland niet – zoals wel is gedaan ten aanzien van de belastingheffing – met in ieder geval België en Duitsland tot een bilaterale overeenkomst is gekomen. Een dergelijke overeenkomst had de duidelijkheid voor de werknemer omtrent diens socialezekerheidspositie zeker ten goede kunnen komen. Op het moment van schrijven van dit stuk zijn we op een punt aangebroken waarop we hopen spoedig een deel van de coronamaatregelen te kunnen loslaten, waardoor het alsnog sluiten van zulke overeenkomsten weinig nut heeft. Het is in mijn optiek belangrijker naar de toekomst te kijken.

Evenals De Graaf en Werger¹²⁹ heb ik het vermoeden dat werknemers ook na de coronacrisis nog veel vanuit huis zullen werken, gelet op de voordelen die aan thuiswerken kleven. Denk bijvoorbeeld aan de besparing van reistijd en -kosten. We hebben dan ten aanzien van de sociale zekerheid mijns inziens twee reële opties. Op het moment van schrijven van dit stuk is (nog) onduidelijk welke van deze opties het gaat worden. Optie één is terug naar de tijd van voor de coronacrisis, waarbij verzekeringsplicht in de woonstaat ontstaat wanneer daar minstens 25% van de arbeidstijd wordt besteed. Wanneer de werknemer veel vrijheid krijgt om te bepalen hoe vaak hij thuis wil werken, kan het gebeuren dat hij het ene jaar wel en het andere jaar niet meer dan 25% van zijn tijd thuiswerkt. Het gevolg hiervan is dat de socialezekerheidspositie van jaar tot jaar kan verschillen. Daarnaast heeft deze optie ook als administratief gevolg dat het aantal thuiswerkdagen continu moet worden bijgehouden.

Optie twee is het doortrekken van het "coronabeleid" in de vorm dat thuiswerken de socialezekerheidspositie in het geheel niet beïnvloedt. Het maakt binnen die visie niet uit of de werkzaamheden op kantoor plaatsvinden of bij de in een andere lidstaat wonende werknemer thuis. Wat mij betreft is deze optie de benadering die in de toekomst moet worden gehanteerd, omdat op deze manier wordt aangesloten bij de locatie waar de toegevoegde waarde van de verrichte arbeid wordt gecreëerd. Dat is in mijn optiek relevanter dan of de computer van de werknemer op kantoor of in zijn woonkamer staat. Deze optie kan eveneens de fluctuaties van optie één wegnemen, omdat de socialezekerheidspositie van de werknemer nu reeds op voorhand kan worden vastgesteld. Om op EU-niveau overal hetzelfde beleid te hanteren, is het wenselijk dat de EC voorstelt het bovenstaande op te nemen in Verordening 987/2009. Voor de belastingheffing speelt overigens eveneens de discussie of de fysieke aanwezigheid doorslaggevend is of juist daar waar de toegevoegde waarde wordt gecreëerd.¹³⁰ Hierop ga ik niet verder in, omdat de belastingheffing op arbeid buiten het bereik van deze scriptie valt.

3.3.7 Samentelling tijdvakken en toekenning van uitkeringen

In paragraaf 3.3.1.1 is besproken dat volgens artikel 48 VwEU maatregelen moeten worden getroffen om te bewerkstelligen dat alle tijdvakken worden samengeteld die door de

¹²⁸ A.C.G.A.C. de Graaf & F.M. Werger, 'Invloed coronarestricties op heffingsverdeling voor grensoverschrijdende werknemers', *MBB* 2020/9-29, par. 5.

¹²⁹ A.C.G.A.C. de Graaf & F.M. Werger, 'Invloed coronarestricties op heffingsverdeling voor grensoverschrijdende werknemers', *MBB* 2020/9-29, par. 4.7.

¹³⁰ Voor een nadere toelichting hierbij verwijs ik graag naar: A.C.G.A.C. de Graaf & F.M. Werger, 'Invloed coronarestricties op heffingsverdeling voor grensoverschrijdende werknemers', *MBB* 2020/9-29, par. 4.7.

verschillende nationale wetgevingen in aanmerking worden genomen en dat de uitkeringen daadwerkelijk worden uitbetaald aan personen die op het grondgebied van de lidstaten verblijven. Beide aspecten liggen verankerd in Verordening 883/2004. De samentelling van tijdvakken is geregeld in artikel 6 Verordening 883/2004. Indien een lidstaat de toepassing van socialezekerheidswetgeving, de toegang tot verzekering en/of het verkrijgen en behoud van uitkeringen afhankelijk stelt van de vervulling van tijdvakken van verzekering, wonen of werkzaamheden in loondienst, dient deze lidstaat rekening te houden met de volgens de wetgeving van een andere lidstaat vervulde tijdvakken van verzekering, wonen of werkzaamheden in loondienst alsof deze tijdvakken juist wel in eerstgenoemde lidstaat zijn vervuld. Hierdoor wordt tijdvakken dus samengeteld voor zover ze zijn vervuld in meerdere lidstaten.¹³¹ Dit beginsel van samentelling verplicht lidstaten om de tijdvakken die de andere lidstaat als verzekerd tijdvak meldt, te accepteren zonder de waarde ervan in twijfel te trekken.¹³²

Inzake uitkeringen bestaan diverse (grote) verschillen tussen de nationale stelsels van EU-lidstaten. Denk bijvoorbeeld aan het feit dat sommige lidstaten het recht op een eerstestapjelerfaciliteit koppelen aan het hebben verricht van werkzaamheden, terwijl andere juist kijken naar inwonerschap. De hiervoor besproken samentelling van tijdvakken zorgt ervoor dat uitkeringsrechten worden veiliggesteld, maar eveneens dat dubbele uitkeringsrechten worden voorkomen. Bij de toekenning van uitkeringen moet onderscheid gemaakt worden tussen uitkeringen van dezelfde aard en uitkeringen van verschillende aard. Eerstestapjelerfaciliteiten die een werknemer voor zichzelf opbouwt vallen onder eerstgenoemde categorie, omdat deze categorie uitkeringen betreft die worden berekend op basis van tijdvakken van verzekering en/of wonen die zijn vervuld door dezelfde persoon.¹³³

Voor uitkeringen van dezelfde aard is artikel 52 Verordening 883/2004 de kernbepaling voor het toekennen van uitkeringsrechten, waarbij een drietal uitkeringen moet worden vastgesteld:

- De autonome uitkering: op basis van de nationale wetgeving, indien uitsluitend op grond van de nationale wetgeving is voldaan aan de voorwaarden die recht geven op een uitkering.
- De theoretische uitkering: de uitkering waarop de werknemer aanspraak zou kunnen maken indien alle tijdvakken van verzekering en/of wonen die zijn vervuld in andere lidstaten, ook in de lidstaat vervuld zouden zijn van het orgaan dat de uitkering berekent.
- De pro-rata-uitkering: de theoretische uitkering vermenigvuldigd met de pro-rata-breuk. Deze breuk is de verhouding tussen de in de lidstaat van het orgaan dat de uitkering berekend vervulde tijdvakken en de totale som van de vervulde tijdvakken in alle betrokken lidstaten.

De uitkering die dient te worden toegekend, bedraagt de hoogste van de autonome en pro-rata-uitkering. Zoals besproken in paragraaf 2.2.2.1 wordt de Nederlandse AOW-uitkering

¹³¹ H.B. Bröker, 'Internationale sociale zekerheid: in welk land is iemand sociaal verzekerd?', *TPV* 2015/28, par. 4.1.

¹³² Besluit H6, Administratieve Commissie voor de coördinatie van socialezekerheidsstelsels, 16 december 2010 (PbEU 2011, C 45/014).

¹³³ H.B. Bröker, 'Internationale sociale zekerheid: in welk land is iemand sociaal verzekerd?', *TPV* 2015/28, par. 4.2.

verlaagd met 2% voor ieder jaar in de 50 jaar voor pensionering dat de gepensioneerde niet in Nederland verzekerd is geweest. Andersom redenerend houdt dit in dat een persoon 2% AOW opbouwt voor ieder jaar dat hij/zij in Nederland sociaal verzekerd is. Dit opgebouwde uitkeringsrecht vervalt nooit. Stel nu dat een gepensioneerde van de 50 jaar voor zijn/haar pensionering tussendoor zeven jaar in lidstaat X sociaal verzekerd is geweest en voor de overige tijd in Nederland. Diegene heeft dan recht op 86% van een reguliere AOW-uitkering op basis van de nationale wetgeving, wat de autonome uitkering is. De pro-rata uitkering bedraagt echter ook 86% van de reguliere AOW-uitkering, waardoor beide berekeningen tot dezelfde uitkomst leiden voor de Nederlandse AOW-uitkering.

Stel verder dat op basis van de nationale wetgeving van lidstaat X het opgebouwde recht op een ouderdomsuitkering vervalt indien de gepensioneerde hiervoor niet minimaal tien jaar premies heeft betaald gedurende de 50 jaar voor pensionering. Aangezien de gepensioneerde in dit voorbeeld zeven jaar in lidstaat X heeft gewoond en gewerkt, heeft hij/zij op basis van de nationale wetgeving geen recht op een uitkering en zou een pensioengat ontstaan. De autonome uitkering bedraagt dan ook nihil. De pro-rata uitkering bedraagt echter 14% van de uitkering waarop de werknemer aanspraak zou maken indien hij/zij gedurende de volledige 50 jaar in lidstaat X sociaal verzekerd zou zijn. Daarom heeft de gepensioneerde op grond van artikel 52 Verordening 883/2004 recht op de pro-rata uitkering van 14%. Met artikel 6 en 52 Verordening 883/2004 wordt in mijn optiek recht gedaan aan artikel 48 VwEU en wordt ook het vrije verkeer van werknemers van artikel 45 VwEU voldoende gedekt.

3.4 Belastingheffing eerstestapjilerfaciliteiten

3.4.1 Verdeling heffingsbevoegdheid: OESO-MV en Nederlands verdragsbeleid

Om dubbele belastingheffing te voorkomen, hebben staten onderling belastingverdragen gesloten. Het OESO-MV fungeert als leidraad bij het opstellen van dergelijke bilaterale verdragen. In artikel 18 OESO-MV is een exclusieve woonstaatheffing geformuleerd als hoofdregel voor pensioenen en andere soortgelijke beloningen. Socialezekerheidsuitkeringen worden hierbij niet expliciet genoemd. Artikel 3, tweede lid, OESO-MV schrijft voor dat wanneer de betekenis van een begrip niet expliciet is opgenomen in het verdrag, de betekenis moet worden toegepast zoals opgenomen in het nationale recht. Voor Nederland is dat artikel 1.7, tweede lid, Wet IB 2001. Een pensioen of soortgelijke beloning dient een recht van de werknemers jegens de werkgever zijn, waarmee dus enkel de tweedestapjilerfaciliteit wordt bedoeld.¹³⁴ Voor eerstestapjilerfaciliteiten is zodoende niets expliciet geregeld in het OESO-MV, waardoor het restartikel – artikel 21 OESO-MV – als enige optie overblijft. Het restartikel leidt eveneens tot een exclusieve woonstaatheffing. In paragraaf 27 van het OESO-commentaar wordt opgemerkt dat staten van het bovenstaande kunnen afwijken door een (gedeeltelijke) bronstaatheffing overeen te komen, waarbij de bronstaat de staat is waaruit het pensioen wordt betaald.

In de 1998- en 2011-versie van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid is niets gezegd over de Nederlandse positie bij verdragsonderhandelingen inzake socialezekerheidsuitkeringen (enkel over particuliere pensioenen). In de 2020-update is opgenomen dat Nederland voor zowel particuliere pensioenen als socialezekerheidsuitkeringen een integrale bronstaatheffing nastreeft.¹³⁵ Opgemerkt dient te worden dat de wens voor een volledige bronstaatheffing bij

¹³⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 6.9.1.

¹³⁵ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, par. 4.10.1.

verdragsonderhandelingen veelal niet wordt gedeeld door de andere partij, waarbij in dergelijke gevallen een middenweg overeen kan worden gekomen in de vorm van een partiële bronstaatheffing.¹³⁶ Mijns inziens is een partiële bronstaatheffing het meest evenwichtig. De gedeeltelijke toedeling van het heffingsrecht aan de bronstaat kan worden gerechtvaardigd door het feit dat de uiteindelijke uitkering het gevolg is van een periode van aanwezigheid in de vorm van wonen en/of werken in de bedoelde bronstaat. Ik acht het echter passend dat ook de woonstaat gedeeltelijk mag heffen over de uitkering, omdat de gepensioneerde gebruikmaakt van de overheidsvoorzieningen in de woonstaat en daarom moet bijdragen aan de financiering van de in dat verband gedane uitgaven.

3.4.2 Verdeling heffingsbevoegdheid: Nederlandse belastingverdragen

De vraag kan vervolgens worden gesteld of de in de Notitie van 2020 opgenomen partiële of integrale bronstaatheffing reeds terug te zien is in de huidige door Nederland gesloten belastingverdragen of dat het beleid pas recentelijk is gewijzigd. Teneinde hierop een antwoord te kunnen formuleren, is een overzicht gemaakt van de wijze waarop de heffingsbevoegdheid inzake socialezekerheidsuitkeringen – al dan niet expliciet – is verdeeld tussen Nederland en de desbetreffende verdragspartner in alle per 1 januari 2021 geldende belastingverdragen met Europese landen. Daartoe zijn de verdragen opgedeeld in een viertal categorieën: een integrale woonstaatheffing, een geconditioneerde bronstaatheffing, een partiële bronstaatheffing en een integrale bronstaatheffing. In dit kader bespreek ik de belangrijkste elementen uit dit overzicht. Voor het volledige overzicht verwijs ik naar bijlage 1.

Als eerste valt op dat – in tegenstelling tot het OESO-MV – in nagenoeg alle door Nederland gesloten belastingverdragen een expliciete bepaling is opgenomen voor socialezekerheidsuitkeringen. Daar waar hiervan geen sprake is, moet het restartikel uitsluitend geven. Als tweede is opvallend dat in de meeste belastingverdragen een vormt van een bronstaatheffing is opgenomen, in ieder geval in alle na 2012 nieuw gesloten en heronderhandelde verdragen. Het grootste deel van de verdragen heeft een eenvoudige en duidelijke bepaling voor socialezekerheidsuitkeringen, waarbij het volledige heffingsrecht wordt toegewezen aan de bronstaat.

In acht van de onderzochte belastingverdragen is een van de twee tussenvarianten opgenomen, te weten de partiële of geconditioneerde bronstaatheffing. Bij een partiële bronstaatheffing mag de bronstaat heffen tot een bepaald vast heffingspercentage en verleent de woonstaat voor dit bedrag een aftrek op de aldaar berekende belasting. De partiële bronstaatheffing wordt – kijkend naar het hiervoor besproken verdragsbeleid – door Nederland gezien als alternatief indien de andere verdragspartner een integrale bronstaatheffing niet ziet zitten. Desondanks zie je de partiële bronstaatheffing alleen terug in het in 2019 gewijzigde verdrag met Zwitserland, waarmee een maximale bronstaatheffing van 15% is overeengekomen.

Bij een geconditioneerde bronstaatheffing krijgt de bronstaat het volledige heffingsrecht toebedeeld wanneer aan één of meerdere voorwaarden wordt voldaan. Het is dus alles of niets voor wat betreft het heffingsrecht dat toekomt aan de bronstaat. De meeste verdragen¹³⁷ binnen deze subcategorie kennen een drietal voorwaarden waaraan cumulatief moet worden voldaan, welke bij de verschillende verdragen nagenoeg gelijkloidend zijn. Deze cumulatieve

¹³⁶ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, par. 4.10.2.

¹³⁷ De uitzonderingen zijn de verdragen met Duitsland en Ierland. In deze verdragen is slechts één voorwaarde opgenomen.

voorwaarden zijn echter niet in alle verdragen met een geconditioneerde bronstaatheffing even helder geformuleerd, waardoor het in die situaties onduidelijk is welke staat het heffingsrecht heeft. Dit zal ik hierna toelichten aan de hand van een actuele casus inzake het belastingverdrag met Portugal.

3.4.3 Verdieping: geconditioneerde bronstaatheffing

De casus betreft een inwoner van Portugal die vanuit Nederland een AOW-uitkering ontvangt, waarop Nederlandse loonbelasting is ingehouden. Het belastingverdrag wijst de woonstaat in eerste instantie aan als heffingsbevoegde staat voor pensioenen, lijfrenten en socialezekerheidsuitkeringen. Op basis van het tweede lid is de bronstaat echter heffingsbevoegd wanneer – ietwat vereenvoudigd weergegeven – cumulatief aan de volgende drie voorwaarden wordt voldaan:

- a. De opbouw van het pensioen of de lijfrente is in de bronstaat fiscaal gefacilieerd;
- b. Het pensioen of de lijfrente is in de woonstaat niet tegen het algemeen geldende tarief of voor minder dan 90% van het brutobedrag in de belastingheffing betrokken;
- c. Het totale brutobedrag van de pensioenen, lijfrenten en/of socialezekerheidsuitkeringen bedraagt meer dan €10.000 per kalenderjaar.

De socialezekerheidsuitkeringen worden expliciet genoemd in het eerste lid, de aanhef van het tweede lid en in onderdeel c daarvan, maar niet in de onderdelen a en b. In geschil is of voor socialezekerheidsuitkeringen eveneens aan de voorwaarden a en b moet worden voldaan. Als reactie op prejudiciële vragen van de rechtbank oordeelt de Hoge Raad¹³⁸ dat noch uit de tekst, noch uit de context van het verdrag volgt hoe de onderhavige bepaling moet worden uitgelegd. Het ligt volgens de Hoge Raad in de rede dat een uitzondering op de hoofdregel nauwkeurig wordt geformuleerd en strikt moet worden toegepast. De Hoge Raad vermoedt dat wanneer verdragsluitende partijen hadden gewild dat de voorwaarden a en b niet zouden gelden voor socialezekerheidsuitkeringen, zij dit uitdrukkelijk hadden vermeld. Daarom moet volgens de Hoge Raad bij sociale zekerheidsuitkeringen aan alle voorwaarden worden voldaan. Ten aanzien van AOW-uitkeringen wordt volgens de Hoge Raad niet voldaan aan de eerste voorwaarde, omdat in het verleden betaalde AOW-premies niet samenhangen met de latere AOW-uitkering op de wijze als bedoeld in het verdrag. Aan de tweede voorwaarde wordt evenmin voldaan, omdat in Portugal voldoende belasting wordt geheven. Aangezien de uitkering meer dan €10.000 bedraagt, wordt wel aan de derde voorwaarde voldaan. Gelet op het bovenstaande komt de Hoge Raad tot de conclusie dat Portugal mag heffen.

Evenals de Redactie Vakstudie-Nieuws acht ik het oordeel van de Hoge Raad begrijpelijk, maar had een tegengesteld oordeel – waarin wordt aangesloten bij de letterlijke tekst – net zo goed mogelijk geweest.¹³⁹ Er zal toch een reden zijn geweest om de sociale zekerheidsuitkeringen niet expliciet te noemen in de voorwaarden a en b, maar wel in c? De redenering die je kunt voeren bij onderdeel a is dat de Nederlandse volksverzekeringspremies al sinds 1990 fiscaal niet meer aftrekbaar zijn.¹⁴⁰¹⁴¹ Daarmee stond destijds al voor alle

¹³⁸ HR 6 november 2020, nr. 20/01404, ECLI:NL:HR:2020:1733.

¹³⁹ HR 6 november 2020, nr. 20/01404, ECLI:NL:HR:2020:1733, m.nt. Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2020/59.11.

¹⁴⁰ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 6.9.2.

¹⁴¹ Het huidige belastingverdrag met Portugal stamt uit 1999.

volksverzekeringen vast dat niet aan voorwaarde a wordt voldaan, terwijl de AOW-uitkering de voornaamste Nederlandse socialezekerheidsuitkering vormt. Daarom valt sterk te betwijfelen of Nederland de voorwaarde van fiscale facilitering, naast tweede- en derdepijlerfaciliteiten, ook wil(de) stellen voor socialezekerheidsuitkeringen. Het blijft echter gissen naar de gedachtegang van beide verdragspartijen ten tijde van de onderhandelingen. Doordat voor beide interpretaties van de onderhavige verdragsbepaling wat te zeggen valt, komt de casus waarover de Hoge Raad een oordeel moest vellen op mij over als een spelletje kop of munt.

Van belang is nu de vraag wat we kunnen met het door de Hoge Raad gewezen arrest in de hand. Wat zijn bijvoorbeeld de gevolgen voor andere door Nederland gesloten verdragen die een vergelijkbare, onduidelijke bepaling hebben, te weten de verdragen met Albanië, Polen, Slovenië en het Verenigd Koninkrijk? Door deze onduidelijkheid ontstaat mogelijk dubbele belastingheffing indien Nederland en de betrokken verdragspartner het belastingverdrag op een uiteenlopende wijze interpreteren. Op de korte termijn is het mijns inziens wenselijk dat de Staatssecretaris van Financiën via een besluit aangeeft hoe een bepaling als de onderhavige moet worden gelezen. Het publiceren van de door Nederland gevolgde interpretatie heeft echter niet per definitie tot gevolg dat dubbele belastingheffing wordt voorkomen.

Op de (iets) langere termijn dient Nederland daarom met de hier bedoelde landen rond de tafel te gaan zitten om tot een eenduidige interpretatie te komen, waarbij in mijn ogen twee opties mogelijk zijn. De eerste optie is expliciet vastleggen aan welke van de drie voorwaarden socialezekerheidsuitkeringen moeten voldaan. Hierbij kan een voorbeeld worden genomen aan het verdrag met België, waarbij uitdrukkelijk is vastgelegd dat de voorwaarde van fiscale facilitering niet geldt voor sociale zekerheidsuitkeringen. De bronstaat kan dan bijheffen over grote uitkeringen wanneer in de woonstaat onvoldoende wordt geheven. De tweede optie is het volledig loslaten van de huidige voorwaarden via het vervangen van de geconditioneerde bronstaatheffing door een partiële of integrale bronstaatheffing. Gelet op het Nederlandse verdragsbeleid is deze optie mijns inziens het meest aannemelijk en dat zien we ook terug in recente verdragswijzigingen. Zo is – zoals besproken in paragraaf 3.4.2 – in 2019 zo'n wijziging doorgevoerd ten aanzien van het verdrag met Zwitserland, waar eerst een met die van Portugal vergelijkbare bepaling gold. Met Polen is recentelijk een wijziging overeengekomen waarin een integrale bronstaatheffing het uitgangspunt wordt.¹⁴²

3.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is ingezoomd op de onduidelijkheden en belemmeringen inzake zowel de opbouw- als afwikkelingsfase van de eerste pijlerfaciliteit. In het BUB 1999 zijn diverse uitzonderingen opgenomen op de hoofdregel van artikel 6 AOW betreffende de verzekeringsplicht voor de AOW. Uit artikel 6a AOW volgt dat iemand hiervoor niet verzekerd is indien op grond van een internationaal verdrag – binnen EU-verband: Verordening 883/2004 – de nationale wetgeving van een andere staat van toepassing is. De functie van Verordening 883/2004 omvat de coördinatie van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving. Door de rechtstreekse werking van een verordening hoeft de nationale wetgeving van de lidstaten niet te worden gewijzigd. Het beginsel van de sterke werking – inhoudende dat een door een lidstaat gemaakt onderscheid naar woonplaats terzijde wordt geschoven – bevordert het vrije verkeer van werknemers mijns inziens op effectieve wijze.

¹⁴² Tractatenblad 2020, nummer 119.

Voor werknemers geldt als hoofdregel dat zij sociaal verzekerd zijn in de lidstaat waar zij hun werkzaamheden verrichten. Hierop bestaan echter diverse uitzonderingen, waaronder voor de situatie van detachering. Om te voorkomen dat een naar een andere lidstaat gedetacheerde werknemer gedurende korte tijd – in beginsel korter dan 24 maanden – verzekerd raakt in de tijdelijke werkstaat, is het onder voorwaarden mogelijk verzekerd te blijven in de uitzendende staat. Wanneer aan deze voorwaarden wordt voldaan, wordt door het bevoegde orgaan van de uitzendende staat een A1-verklaring afgegeven. Een afgegeven A1-verklaring behoudt in beginsel zijn geldigheid totdat deze verloopt of wordt ingetrokken. In het Altun-arrest is door het HvJ hierop een uitzondering gemaakt ten aanzien van een frauduleus afgegeven A1-verklaring, welke nader is geconcretiseerd in de Vueling-zaak. Een A1-verklaring mag buiten beschouwing worden gelaten indien de lidstaat die de A1-verklaring heeft afgegeven onverwijld de mogelijkheid heeft gekregen de afgifte te heroverwegen aan de hand van door de andere lidstaat verstrekte gegevens en de eerstbedoelde lidstaat heeft nagelaten binnen een redelijke termijn een beslissing te nemen over het al dan niet intrekken van de A1-verklaring. Het is echter onduidelijk wat hier wordt bedoeld met "een redelijke termijn". Mijn voorstel is om een absolute heroverwegingstermijn van bijvoorbeeld 25 werkdagen op te nemen in Verordening 987/2009. Daarnaast pleit ik ter bevordering van de duidelijkheid ook voor een absolute termijn als vervanging van de term "onverwijld".

Een tweede uitzondering op de hoofdregel dat een werknemer sociaal verzekerd is in zijn/haar werkstaat betreft de situatie van werkzaamheden in meerdere lidstaten. Indien een substantieel gedeelte van de werkzaamheden – te weten 25% van de arbeidstijd en/of het loon – wordt verricht in de woonstaat, geldt de wetgeving van de woonstaat. Indien niet substantieel wordt gewerkt in de woonstaat, is de toewijzing afhankelijk van het aantal werkgevers en hun vestigingsplaats. Het is mijns inziens helder welke wetgeving in welke situaties van toepassing is. Een punt van aandacht betreft de vraag of sprake is van werkzaamheden in twee lidstaten in de zin van Verordening 883/2004 indien in één van de lidstaten marginale werkzaamheden worden verricht. Volgens het HvJ is sprake van werkzaamheden in twee lidstaten indien de geringe werkzaamheden gewoonlijk worden uitgeoefend en van betekenis zijn. Dit moet worden getoetst aan drie criteria: de duur van de tijdvakken, de aard van het werk zoals contractueel is vastgelegd en de daadwerkelijk uitgeoefende werkzaamheden. Wat mij betreft is het tweede criterium irrelevant. Het derde criterium lijkt mij helder, terwijl volkomen onduidelijk is hoe het eerste criterium moet worden getoetst. Om duidelijk aan te geven wanneer sprake is van werkzaamheden van betekenis, dient de EC mijns inziens een harde ondergrens voor te stellen van (bijvoorbeeld) 10% van de feitelijke werktijd gedurende een twaalfmaandsperiode, waarbij de verdeling van de werkzaamheden over deze periode irrelevant is.

Ook bij de zogenaamde (Duitse) mini-jobs komt de problematiek inzake marginale werkzaamheden om te hoek kijken. Het probleem hierbij is dat Verordening 883/2004 de Duitse wetgeving van toepassing acht, terwijl volgens die wetgeving werknemers met een mini-job – ongeacht hun woonplaats – niet sociaal verzekerd zijn. Dit is echter het gevolg van een dispariteit, wat EU-rechtelijk wel is toegestaan. Een zeer actueel vraagstuk betreft de vraag welke gevolgen thuiswerken heeft op de socialezekerheidsplicht. De SVB hanteert als standpunt dat verplicht thuiswerken geen gevolgen moet hebben op de socialezekerheidspositie van de werknemer die reeds in dienst was bij zijn/haar huidige werkgevers. Op het moment van schrijven is nog onduidelijk of na de coronacrisis wordt teruggeslagen naar de oude situatie waarin de werknemer sociaal verzekerd is in de woonstaat indien daar fysiek minstens van 25% van de arbeidstijd wordt besteed of dat het zogenaamde

”coronabeleid” de nieuwe standaard wordt, gelet op het vermoeden dat thuiswerken een blijvertje zal zijn. Mijns inziens geniet laatstgenoemde optie de voorkeur, omdat hiermee wordt aangesloten bij de locatie waar de toegevoegde waarde van de verrichte arbeid zichtbaar wordt. Het is wenselijk dat de EC voorstelt dit op te nemen in Verordening 987/2009.

Op grond van artikel 6 Verordening 883/2004 dient een lidstaat bij onder andere het verkrijgen en behoud van uitkeringen rekening te houden met in een andere lidstaat verrichte tijdvakken op een wijze alsof deze zouden zijn vervuld in de lidstaat zelf. Op grond van artikel 52 Verordening 883/2004 dient de hoogste van de autonome en pro-rata-uitkering aan de werknemer te worden toegekend. Hiermee wordt onder andere voorkomen dat werknemers door bijvoorbeeld een bepaalde drempel geen uitkeringsrecht hebben inzake een periode van tijdelijke werkzaamheden in een andere lidstaat. Met deze twee heldere bepalingen wordt mijns inziens recht gedaan aan het vrije verkeer van werknemers, omdat een internationaal actieve werknemer niet slechter af is dan een werknemer die deze keuze niet heeft gemaakt.

Tot slot is in dit hoofdstuk ingegaan op de belastingheffing over eerstepijlerfaciliteiten. Volgens de OESO vallen socialezekerheidsuitkeringen in beginsel onder het restartikel, wat de heffingsbevoegdheid toewijst aan de woonstaat. Uit de 2020-update van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid blijkt dat Nederland voor socialezekerheidsuitkeringen juist een integrale bronstaatheffing nastreeft, wat reeds terug te zien is in een groot aantal door Nederland gesloten bilaterale belastingverdragen. Met een aantal staten is een geconditioneerde bronstaatheffing overeengekomen, waarbij in sommige gevallen niet duidelijk is aangegeven of voor socialezekerheidsuitkeringen aan drie of slechts aan één voorwaarde hoeft te worden voldaan. De Hoge Raad heeft in een recent arrest inzake het verdrag met Portugal geoordeeld dat voor socialezekerheidsuitkeringen aan alle voorwaarden moet worden voldaan. Het is echter onduidelijk welke gevolgen dit arrest heeft voor andere belastingverdragen met een vergelijkbare onduidelijke bepaling. Daarom is het wat mij betreft wenselijk dat de Staatssecretaris van Financiën via een besluit zijn visie op dit terrein kenbaar maakt. Om dubbele belastingheffing daadwerkelijk te voorkomen, is het van belang dat ofwel expliciet duidelijk wordt gemaakt aan welke voorwaarden moet worden voldaan ofwel de geconditioneerde bronstaatheffing wordt gewijzigd in een partiële of integrale bronstaatheffing.

Gelet op het bovenstaande kom ik tot de slotsom dat ten aanzien van eerstepijlerfaciliteiten diverse onduidelijkheden zijn gesignaleerd, voornamelijk op EU-rechtelijk niveau. Verordening 883/2004 is wat mij betreft volledig in overeenstemming met het vrije verkeer van werknemers. Verder zijn geen strijdigheden met de goede verdragstrouw gesignaleerd.

Hoofdstuk 4: Grensoverschrijdende pensioenen en lijfrenten: nationale wet- en regelgeving

4.1 Inleiding

In het derde hoofdstuk is de opbouw en afwikkeling van het eerstelijderspensioen in grensoverschrijdende situaties uitvoerig besproken. In dit en het volgende hoofdstuk staan de tweede en derde pijler centraal. In dit hoofdstuk staat de nationale wet- en regelgeving in een grensoverschrijdende context centraal, terwijl in hoofdstuk vijf de focus ligt op de belastingverdragsrechtelijke en EU-rechtelijke aspecten. Wel wordt in dit hoofdstuk reeds in kaart gebracht voor welke elementen uit de nationale wet- en regelgeving aanleiding bestaat deze te toetsen aan de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers, waarna deze elementen in hoofdstuk vijf daaraan daadwerkelijk worden getoetst. Zoals besproken in het eerste hoofdstuk, worden ten aanzien van de derde pijler enkel lijfrenten behandeld. In dit hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de volgende deelvraag: *In hoeverre zijn onduidelijkheden en potentiële strijdigheden met de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers waarneembaar inzake de opbouw en afwikkeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties en hoe kunnen – indien aanwezig – deze onduidelijkheden worden weggenomen?*

De nationale wet- en regelgeving in grensoverschrijdend verband kan worden onderverdeeld in verschillende onderdelen. In paragraaf 4.2 wordt besproken in welke (drie) situaties ten aanzien van pensioenen en lijfrenten een conserverende aanslag wordt opgelegd. Hierbij wordt aandacht besteed aan diverse door de Hoge Raad gewezen arresten. In paragraaf 4.3 wordt ingezoomd op de mogelijkheden voor een buitenlandse werknemer om zijn/haar buitenlandse pensioenregeling gedurende werkzaamheden in Nederland voort te kunnen zetten. Vervolgens worden eveneens de mogelijkheden besproken voor een Nederlandse werknemer om zijn/haar Nederlandse pensioenregeling bij werkzaamheden in het buitenland fiscaal gefaciliteerd voort te kunnen zetten. Paragraaf 4.4 is qua opbouw gelijkloend aan paragraaf 4.3, maar ziet juist op de mogelijkheden inzake lijfrenten. In paragraaf 4.5 worden allereerst de voorwaarden besproken waaronder een geruisloze waardeoverdracht van pensioenen vanuit het buitenland naar een Nederlandse uitvoerder kan plaatsvinden. Daarna wordt ingegaan op de voorwaarden waaraan moet worden voldaan voor een geruisloze waardeoverdracht van een Nederlandse naar een buitenlandse uitvoerder. In paragraaf 4.6 staat de uitkeringsfase van pensioenen en lijfrenten centraal, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen in Nederland en in het buitenland woonachtige gepensioneerden. Tot slot wordt in paragraaf 4.7 afgesloten met een deelconclusie.

4.2 Conserverende aanslagen inzake pensioenen en lijfrenten

4.2.1 Algemeen

De primaire gedachte achter het opleggen van een conserverende aanslag ten aanzien van pensioenen en lijfrenten is het voorkomen van claimverlies voor zover deze inkomensbestanddelen in Nederland fiscaal gefaciliteerd zijn opgebouwd. Doordat het in veel andere landen fiscaal gunstiger is pensioenen en lijfrenten af te kopen, was de wetgever bang dat deze na emigratie in grote getale in de nieuwe woonstaat werden afgekocht. In veel door Nederland gesloten belastingverdragen was in de jaren '90 een integrale woonstaatheffing van kracht, waardoor Nederland dus in het geheel niet kon heffen over de hier gefaciliteerde inkomensbestanddelen. Nadat bekend werd dat diverse aanmerkelijkbelanghouders naar België vertrokken en daar hun pensioenen en aanmerkelijk belang zeer gunstig afkochten,

besloot de wetgever de conserverende aanslag daadwerkelijk in te voeren in de Wet IB 1964. Bij de totstandkoming van de Wet IB 2001 is de systematiek van de conserverende aanslag – in enigszins gewijzigde vorm – voortgezet.¹⁴³

Alvorens in te zoomen op de specifieke situaties waarin een conserverende aanslag wordt opgelegd, bespreek ik enkele generieke karakteristieken van deze bijzondere aanslag. In algemene zin geldt dat het in aanmerking genomen te conserveren inkomen wordt verhoogd met 20% revisierente.¹⁴⁴ In tegenstelling tot een reguliere belastingaanslag wordt bij een conserverende aanslag uitstel van betaling verleend gedurende negen jaar na afloop van het jaar waarin deze aanslag is opgelegd. Dit uitstel wordt automatisch verleend wanneer de pensioen- en/of lijfrente aanspraken zijn ondergebracht bij een in Nederland of andere EU/EER-staat gevestigde erkende uitvoerder.¹⁴⁵ Na afloop van deze periode wordt op verzoek van de belastingplichtige kwijtschelding verleend van het nog openstaande bedrag.¹⁴⁶

Wanneer in de tussentijd echter een niet-toegestane handeling plaatsvindt, wordt het verleende uitstel van betaling per direct beëindigd.¹⁴⁷ Een belangrijke niet-toegestane handeling betreft de afkoop van pensioenen (artikel 19b, eerste lid, Wet LB 1964) dan wel lijfrenten (artikel 3.133, tweede lid, onderdeel d, Wet IB 2001), zoals besproken in hoofdstuk 2. Het uitstel wordt eveneens beëindigd wanneer het pensioen en/of de lijfrente wordt overgedragen naar een niet-erkende uitvoerder in de zin van respectievelijk artikel 19b Wet LB 1964 dan wel artikel 3.133, tweede lid, onderdeel i, Wet IB 2001. In welke situaties de conserverende aanslag bij waardeoverdracht exact wordt ingevorderd, wordt besproken in paragraaf 4.2.5.

De constatering dat sprake is van een niet-toegestane handeling betekent echter niet dat het openstaande bedrag per definitie (geheel) wordt ingevorderd. Voor zover de belasting hoger is dan de belasting die zou zijn geheven wanneer de belastingplichtige in Nederland had gewoond, vindt automatisch kwijtschelding plaats indien de belastingplichtige op het tijdstip van de niet-toegestane handeling woonachtig is in een EU/EER-land.¹⁴⁸ Zodoende wordt rekening gehouden met waardedalingen na de emigratiedatum. Daarnaast wordt op verzoek kwijtschelding verleend voor zover de niet-toegestane handeling op basis van het geldende belastingverdrag niet belastbaar is in Nederland, waarmee dubbele belastingheffing wordt voorkomen.¹⁴⁹

4.2.2 Conserverende aanslag en emigratie (exclusief reparatiewetgeving)

Een conserverende aanslag wordt grofweg in een drietal situaties opgelegd, om te beginnen in het geval van emigratie. Op grond van artikel 3.83, eerste lid, Wet IB 2001 jo. artikel 2.8, tweede lid, Wet IB 2001 wordt op het moment dat een belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn en in de daaraan voorafgaande periode in Nederland fiscaal gefaciliteerde pensioenaanspraken heeft opgebouwd, door de Nederlandse fiscus als "afscheidscadeau" een conserverende aanslag opgelegd ter hoogte van de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenaanspraken. Op basis van artikel 3.146,

¹⁴³ C. Douven, 'Revival van de conserverende aanslag?', *TPV* 2017/38, par. 2&3.

¹⁴⁴ Artikel 30i AWR.

¹⁴⁵ Artikel 25, vijfde lid, IW 1990 jo. artikel 1e, tweede lid, UR IW 1990.

¹⁴⁶ Artikel 26, tweede lid, IW 1990 jo. artikel 1f, tweede lid, UR IW 1990.

¹⁴⁷ Artikel 25, vijfde lid, IW 1990.

¹⁴⁸ Artikel 26, derde lid, onderdeel a, IW 1990 jo. artikel 1f, derde lid, UR IW 1990.

¹⁴⁹ Artikel 26, derde lid, onderdeel b, IW 1990 jo. artikel 1f, eerste lid, UR IW 1990.

derde lid, Wet IB 2001 worden de opgebouwde aanspraken geacht te zijn genoten op het tijdstip direct voorafgaand aan de emigratie.

De opgebouwde aanspraken kunnen zowel zijn opgebouwd via een op grond van de Wet LB 1964 erkende pensioenregeling als een buitenlandse regeling waarvan de belastingwetgeving naar aard en strekking overeenkomt met de Nederlandse loon- en inkomstenbelasting. Buitenlandse pensioenregelingen spelen vooral een rol bij werknemers die tijdelijk in Nederland komen wonen en werken, waarna ze terugverhuizen naar hun land van herkomst. In paragraaf 4.3.1.2 wordt nader besproken in hoeverre zij hun lokale pensioenregeling in Nederland kunnen voortzetten. De waarde van de opgebouwde aanspraken wordt op basis van artikel 3.83, derde lid, Wet IB 2001 verminderd met de waarde van de aanspraken die niet ten laste van het inkomen in box 1 is gebracht, aangezien op dat gedeelte geen Nederlandse claim rust. Hiermee wordt bedoeld op de periode waarin de belastingplichtige nog in het buitenland woonde en werkte.¹⁵⁰

Artikel 3.83, vierde en zevende lid, Wet IB 2001 spelen (onder andere) een rol in het geval van remigratie, oftewel terugkeer naar Nederland na een eerdere emigratie. Op basis van het zevende lid wordt op dat tijdstip op verzoek van de belastingplichtige de conserverende aanslag verlaagd tot nihil, omdat de fiscale claim op de pensioenuitkeringen dan weer herleeft.¹⁵¹ Voor het geval een belastingplichtige hiervoor niet kiest en binnen tien jaar na de eerdere emigratie opnieuw emigreert, is in het vierde lid een anticumulatiebepaling opgenomen. Deze houdt in dat bij de tweede emigratie opnieuw een conserverende aanslag wordt opgelegd en de eerder opgelegde conserverende aanslag met het bedrag van de nieuwe aanslag wordt verlaagd. Dit impliceert dat in de regel alleen de tweede aanslag blijft staan en de periode van betalingsuitstel weer van meet af aan start.

Voor lijfrenten geldt bij emigratie een vergelijkbare systematiek als voor pensioenen. Uit artikel 3.136, eerste lid, Wet IB 2001 jo. artikel 2.8, tweede lid, Wet IB 2001 volgt dat bij emigratie de in aftrek gebrachte lijfrentepremies plus het over deze premies behaalde rendement als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking worden genomen en voor deze waarde een conserverende aanslag wordt opgelegd. Het in aanmerking genomen bedrag wordt op grond van artikel 3.146, vierde lid, Wet IB 2001 geacht te zijn genoten op het onmiddellijk aan de emigratie voorafgaande tijdstip. Op basis van artikel 3.136, zesde lid, Wet IB 2001 wordt bij remigratie bij fictie gedaan alsof geen conserverende aanslag is opgelegd indien deze tijdens de buitenlandse periode niet is ingevorderd.

4.2.3 De 2009-arresten

Op 19 juni 2009 oordeelde de Hoge Raad in een viertal arresten dat de conserverende aanslag zoals opgenomen in de thans geldende wetgeving in bepaalde gevallen in strijd is met de goede verdragstrouw. In drie van de vier gevallen ging het om in Nederland opgebouwde pensioenaanspraken.¹⁵² Het betrof hier de belastingverdragen met Frankrijk, Korea en de Filipijnen, welke als belangrijkste overeenkomst hebben dat het heffingsrecht over pensioenen – ongeacht de wijze van afwikkeling – integraal wordt toegewezen aan de woonstaat. Volgens de Hoge Raad valt de pensioenaanspraak op het moment van toekenning onder het arbeidsartikel van op het OESO-MV gebaseerde verdragen. Aangezien de

¹⁵⁰ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, 3, p. 127.

¹⁵¹ E.J.W. Heithuis e.a., *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 3.3.5.

¹⁵² HR 19 juni 2009, nr. 43 978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201; HR 19 juni 2009, nr. 07/13267, ECLI:NL:HR:2009:BI8563; HR 19 juni 2009, nr. 08/02288, ECLI:NL:HR:2009:BI8566.

dienstbetrekking in Nederland werd uitgeoefend, mocht Nederland op basis van het arbeidsartikel op het toekenningstijdstip heffen. Op dit tijdstip heeft Nederland echter geen gebruik gemaakt van het heffingsrecht, omdat Nederland deze bate onvoorwaardelijk vrijstelt ingeval van een erkende pensioenregeling in de zin van de Wet LB 1964. Inkomsten die op een later tijdstip voortvloeien uit de toegekende pensioenaanspraak, vallen onder het pensioenartikel van op het OESO-MV gebaseerde verdragen.¹⁵³

Volgens de Hoge Raad voorziet artikel 3.81, eerste lid, Wet IB 2001 niet in het alsnog belasten van een eerder vrijgestelde aanspraak, maar belast het de waarde in het economische verkeer van het pensioenkapitaal op basis van een fictie. Aangezien de pensioenaanspraak alleen bij toekenning onder het arbeidsartikel valt, kan deze fictie er niet voor zorgen dat de belastingheffing wegens na de toekenning opgetreden gebeurtenissen (in casu: emigratie) aan de werking van het pensioenartikel wordt onttrokken.¹⁵⁴ De fictie op grond waarvan de pensioenaanspraak in de Nederlandse heffing wordt betrokken op het direct aan de emigratie voorafgaande tijdstip is volgens de Hoge Raad onder de omstandigheid dat de woonstaat ten allen tijde het heffingsrecht heeft over pensioenen, niet in overeenstemming met de goede verdragstrouw die bij de uitleg en toepassing van belastingverdragen in acht moet worden genomen. Daaraan kan niet afdoen dat de belastingplichtige ten tijde van het belastbare moment nog net in Nederland woonde. Omdat het pensioenartikel van het belastingverdrag direct na emigratie van toepassing werd, wordt de werking van de toewijzing van de heffingsbevoegdheid op een net zo onaanvaardbare manier doorkruist als bij een soortgelijke fictie die aanknoopt bij gebeurtenissen op een tijdstip waarop de belastingplichtige niet meer in Nederland woont.¹⁵⁵ De conclusie was dan ook dat Nederland heffingsrechten naar zich toetrekt door het verdrag te omzeilen en dat de wetgeving moet worden aangepast.

Het vierde arrest¹⁵⁶ betrof een Nederlandse ondernemer die zijn stakingswinst heeft omgezet in een lijfrente, waarvan de premies ten laste van het inkomen zijn gebracht. Vervolgens emigreerde de ondernemer naar België, waar enkele jaren later de lijfrente werd afgekocht. In casu was bij emigratie geen conserverende aanslag opgelegd, maar werden in het jaar van afkoop negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking tegen de waarde in het economische verkeer van de lijfrenteaanspraak op het afkooptijdstip. Lijfrenten vielen in het destijds geldende belastingverdrag onder het restartikel, waaruit een integrale woonstaatheffing volgde.

Volgens de Hoge Raad is hier sprake van strijd met de goede verdragstrouw, omdat de heffing over de waarde in het economische verkeer op het moment direct voorafgaand aan de afkoop niet wezenlijk afwijkt van een heffing over (een gedeelte van) de afkoopsom zelf. De in het belastingverdrag opgenomen integrale woonstaatheffing staat in de weg aan iedere Nederlandse heffing over de lijfrenteaanspraak. De Hoge Raad maakt vervolgens een bruggetje naar het zogenaamde Hongarije-arrest¹⁵⁷. Dit arrest betrof een belastingplichtige met twee lijfrenteverzekerings waarvoor premies waren betaald en afgetrokken. Na emigratie naar Hongarije werden de lijfrenten afgekocht. Op basis van artikel 45c, tweede lid, Wet IB 1964 werd bij afkoop van een lijfrente van een buiten Nederland woonachtige belastingplichtige de verleende premieaftrek als negatieve persoonlijke verplichtingen belast.

¹⁵³ Zie bijvoorbeeld: HR 19 juni 2009, nr. 43 978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201, r.o. 3.4.1.

¹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld: HR 19 juni 2009, nr. 43 978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201, r.o. 3.4.2.

¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld: HR 19 juni 2009, nr. 43 978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201, r.o. 3.4.3.

¹⁵⁶ HR 19 juni 2009, nr. 44 050, ECLI:NL:HR:2009:BC4725.

¹⁵⁷ HR 7 december 2001, nr. 35 231, ECLI:NL:HR:2001:AD6774.

Volgens de Hoge Raad wijkt het terugnemen van de eerder verleende lijfrenteaf trek wezenlijk af van het belasten van een afkoopsom zelf. De afkoopsom zelf blijft onbelast; enkel de ontbindende voorwaarde waaronder de af trek destijds is verleend, gaat in vervulling. De omstandigheid dat de negatieve persoonlijke verplichtingen enkel bestaan uit het terugnemen van eerder verleende af trekposten, impliceert volgens de Hoge Raad dat geen sprake is van "bestanddelen van het inkomen" in de zin van het restartikel. Aan verdragstoepassing – en dus toetsing aan de goede verdragstrouw – wordt dan niet toegekomen.

Terug naar het lijfrente-arrest van de Hoge Raad van 2009 inzake het verdrag met België. Onder verwijzing naar het hiervoor besproken Hongarije-arrest merkt de Hoge Raad op dat de op dat moment geldende wetgeving wezenlijk verschilt van de tot 2001 geldende wetgeving, waarbij bij afkoop van een lijfrente enkel werd geheven over de betaalde premies. De Hoge Raad komt zodoende tot de conclusie dat ook hier sprake was van strijd met de goede verdragstrouw. De verwijzing naar het Hongarije-arrest is echter een belangrijke inspiratiebron geweest voor de wetgever bij het vormgeven van diens reparatiewetgeving.

4.2.4 De reparatiewetgeving en houdbaarheidstoetsing door de Hoge Raad

De reactie van de wetgever liet niet lang op zich wachten en trad reeds in werking op 16 juli 2009. Aangezien voor pensioenen en lijfrenten destijds (nog) in een behoorlijk aantal belastingverdragen een integrale woonstaatheffing is opgenomen, is deze snelle reactie allesbehalve verrassend. Zoals in paragraaf 5.2.2 nader zal worden uitgewerkt, komt een woonstaatheffing anno 2021 nog steeds voor in voornamelijk "oude", voor deze eeuw gesloten, belastingverdragen, zoals die met Frankrijk, Italië en Spanje. Ten aanzien van pensioenen heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat artikel 3.83, eerste lid, Wet IB 2001 niet door de beugel kon indien in het bilaterale belastingverdrag een integrale woonstaatheffing is overeengekomen. In artikel 3.136, derde lid, Wet IB 2001 heeft de wetgever daarom – geïnspireerd op het Hongarije-arrest – een aanvulling opgenomen. Indien artikel 3.83, eerste lid, Wet IB 2001 niet kan worden toegepast als gevolg van een integrale woonstaatheffing in het geldende belastingverdrag, wordt geen conserverende aanslag opgelegd ter hoogte van de waarde in het economische verkeer, maar ter waarde van de bedragen waarvoor in het verleden fiscale faciliteiten zijn verleend. De gedachte van de wetgever is dat dan – net als in het Hongarije-arrest – sprake is van het terugnemen van een voorwaardelijk verleend belastingvoordeel, waardoor het belastingverdrag niet van toepassing kan zijn.

Uit de lijfrentecasus uit 2009 blijkt onvoldoende waarom ten tijde van de emigratie geen conserverende aanslag is opgelegd op grond van artikel 3.136, eerste lid, Wet IB 2001 jo. artikel 2.8, tweede lid, Wet IB 2001, omdat dit bij mijn weten wel mogelijk was. Desondanks kan uit het vierde 2009-arrest wel de conclusie worden getrokken dat artikel 3.136, eerste lid, Wet IB 2001 niet in stand kan blijven indien uit het belastingverdrag een integrale woonstaatheffing volgt. De Hoge Raad stelt immers dat dat een dergelijk verdrag iedere Nederlandse heffing over de lijfrenteaanspraak blokkeert, waaronder dus een heffing bij emigratie. De wetgever neemt als reactie in artikel 3.136, tweede lid, Wet IB 2001 op dat wanneer het eerste lid niet kan worden toegepast als gevolg van een woonstaatheffing in het geldende belastingverdrag, enkel de betaalde lijfrentepremies als negatieve uitgaven in aanmerking worden genomen en dus niet langer ook het daarop behaalde rendement. De wetgever gaat hiermee gedeeltelijk terug naar de systematiek van vóór 2001.

Aanvullend op bovenstaande reparatiewetgeving heeft de wetgever in artikel 3.136, vierde en vijfde lid, Wet IB 2001 een tweetal bepalingen toegevoegd, welke spelen in het geval van

dooremigratie. Indien een belastingplichtige eerst emigreert naar een land waarmee in het belastingverdrag een bronstaatheffing is overeengekomen en vervolgens dooremigreert naar een land waarmee een woonstaatheffing is overeengekomen, wordt de conserverende aanslag inzake pensioenen en/of lijfrenten naar beneden bijgesteld en wel op de waarde van het eerder verleende belastingvoordeel. In de omgekeerde situatie wordt de conserverende aanslag uiteraard verhoogd naar de waarde in het economische verkeer.

Uit bovenstaande reparatiewetgeving blijkt dat de wetgever artikel 3.81, eerste lid, Wet IB 2001 en artikel 3.136, eerste lid, Wet IB 2001 onaangetast laat en alleen een aanvullende bepaling heeft toegevoegd voor het geval op voorhand vaststaat dat het belastingverdrag de heffingsbevoegdheid toewijst aan de woonstaat. De Hoge Raad heeft in het zogenaamde 15-april-arrest¹⁵⁸ beslist dat het opleggen van een conserverende aanslag op grond van artikel 3.81, eerste lid, Wet IB 2001 jo. artikel 2.8 Wet IB 2001 niet in strijd is met de goede verdragstrouw indien Nederland volgens het pensioenartikel van het belastingverdrag in bepaalde situaties heffingsbevoegd is. De Hoge Raad hecht hierbij ook waarde aan het feit dat de aanslag in beginsel niet hoeft te worden betaald. De goede verdragstrouw verzet zich er wel tegen dat deze aanslag wordt ingevorderd wanneer een besmette handeling plaatsvindt, terwijl het heffingsrecht over deze handeling volgens het belastingverdrag toekomt aan de woonstaat.

De conserverende aanslag van artikel 3.83, eerste lid, Wet IB 2001 werd in het 15-aprilarrest eveneens getoetst aan het EU-recht. Volgens de Hoge Raad wordt een emigrant minder gunstig behandeld dan iemand die zijn/haar woonplaats niet verlegt naar het buitenland, maar kan deze belemmering worden gerechtvaardigd doordat het een doel van algemeen belang nastreeft. Hierbij wordt verwezen naar het feit dat het internationaal wordt aanvaard dat staten die de omkeerregel toepassen, in verdragen afspraken maken op grond waarvan zij alsnog kunnen heffen indien een uit dat land afkomstig pensioen tot uitkering komt, ook al woont de belastingplichtige op dat moment in de andere staat. Volgens de Hoge Raad is de conserverende aanslag van artikel 3.83, eerste lid, Wet IB 2001 in lijn met het zogenaamde fiscale territorialiteitsbeginsel, waarbij wordt verwezen naar de in paragraaf 5.3.1.1 te bespreken zaak-N. Derhalve bestaat geen strijdigheid met het EU-recht. De Hoge Raad maakt echter de kanttekening dat het niet zo mag zijn dat een emigrant onderaan de streep meer belasting is verschuldigd dan een gelijkwaardige belastingplichtige die niet emigreert. Indien dit wel het geval is, dient een correctie in de invorderingsfeer plaats te vinden.

Duidelijk is nu dus dat artikel 3.81, eerste lid, Wet IB 2001 in stand kan blijven in de verhouding tot landen waarmee een (variant van een) bronstaatheffing is overeengekomen. Gelet op de gelijklopende systematiek kan deze conclusie mijns inziens eveneens worden getrokken ten aanzien van artikel 3.136, eerste lid, Wet IB 2001. De belangrijkste vraag is echter of de in 2009 ingevoerde reparatiewetgeving in stand kan blijven. De Hoge Raad heeft zich hierover in 2017 uitgesproken.¹⁵⁹

De casus betreft een belastingplichtige die ultimo 2014 is geëmigreerd naar Frankrijk. Belanghebbende heeft een conserverende aanslag ontvangen ter grootte van de som van de betaalde lijfrente- en pensioenpremies. Het belastingverdrag met Frankrijk wijst echter de heffingsbevoegdheid voor (afkoopsommen van) lijfrenten en pensioenen exclusief toe aan de woonstaat. Ten aanzien van lijfrenten oordeelt de Hoge Raad dat Nederland niet de waarde

¹⁵⁸ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, ECLI:NL:HR:2011:BN8728.

¹⁵⁹ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, ECLI:NL:HR:2017:1324.

van de lijfrente aanspraak belast, maar een voorwaardelijk verleende aftrek terugneemt. In dit terugnemen van aftrek zit geen inkomensbestanddeel begrepen, waardoor het verdrag niet van toepassing is. Hiermee wordt sterk vastgehouden aan het Hongarije-arrest. De Hoge Raad herhaalt zijn 2009-oordeel door te stellen dat de systematiek geldend tussen 1 januari 2001 en 15 juli 2009 wel in de strijd was met de goede verdragstrouw, omdat daar wel een inkomensbestanddeel werd belast en niet gezegd kon worden dat de premieaftrek voorwaardelijk was. Hetzelfde gold overigens voor de systematiek van vóór 1992. Daarom moest compartimentering plaatsvinden. Wat betreft pensioenen is volgens de Hoge Raad evenmin sprake van strijd met de goede verdragstrouw, omdat geen inkomensbestanddeel wordt belast. Nederland belast enkel een voorwaardelijk verleend belastingvoordeel indien niet langer aan de voorwaarden wordt voldaan. Aangezien de systematiek vóór 16 juli 2009 anders luidde, dient ook hier compartimentering plaats te vinden. De reparatiewetgeving kon derhalve zowel ten aanzien van pensioenen als lijfrenten in stand blijven, tot grote opluchting van de wetgever.

In mijn optiek is bovenstaande uitspraak zeer duidelijk geformuleerd, maar kun je je afvragen of deze uitspraak correct is. In het geval in het belastingverdrag voor pensioenen en/of lijfrenten een volledige woonstaatheffing is overeengekomen, wordt door het alsnog belasten van het eerder verleende belastingvoordeel veelal een groot deel van de uiteindelijke uitkering in de Nederlandse heffingsgrondslag betrokken. Is het dan niet vreemd dat door afstand te doen van een klein deel van de waarde van de pensioenaanspraak geen sprake meer is van strijd met de goede verdragstrouw? Diverse auteurs¹⁶⁰ plaatsen hun vraagtekens bij de uitkomst van het arrest. Genoeg redenen om in paragraaf 5.2.4.1 te analyseren of in mijn ogen nog steeds sprake is van strijd met de goede verdragstrouw. De reparatiewetgeving wordt daarnaast in paragraaf 5.3.4.1 getoetst aan het EU-recht, omdat deze toetsing in het 15 aprilarrest – in tegenstelling tot het 2017-arrest – eveneens heeft plaatsgevonden voor artikel 3.83, eerste lid, Wet IB 2001.

4.2.5 Conserverende aanslag en waardeoverdracht pensioenkapitaal

Naast emigratie wordt ook in het geval van een internationale waardeoverdracht van een pensioenaanspraak een conserverende aanslag opgelegd. Op grond van artikel 3.83, tweede lid, Wet IB 2001 jo. artikel 2.8, tweede lid, Wet IB 2001 wordt bij een waardeoverdracht aan een niet op basis van artikel 19a Wet LB 1964 aangewezen buitenlandse verzekeraar een conserverende aanslag opgelegd ter hoogte van de waarde van het economisch verkeer van de opgebouwde aanspraken, tenzij het eerste lid van toepassing is.¹⁶¹ In dat laatste geval wordt immers al een conserverende aanslag tegen dezelfde waarde opgelegd in verband met emigratie, waardoor het tweede lid alleen geldt als de werknemer binnenlands belastingplichtig blijft. Zoals in paragraaf 4.4.2.1 wordt besproken, is het op grond van artikel 19a, eerste lid, onderdeel d, Wet LB 1964 slechts onder zeer strikte voorwaarden mogelijk om als buitenlandse verzekeraar te worden aangewezen als toegelaten aanbieder. Inzake alle andere overdrachten aan een buitenlandse aanbieder wordt dus een conserverende aanslag opgelegd.

¹⁶⁰ Zie bijvoorbeeld: F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag bij emigratie van pensioen- en lijfrentegerechtigde (deels) gesauveerd', *NTFR* 2017/50 & P.J.M. Akkermans, 'Emigratieheffingen bij pensioen en lijfrente: de fiscus heeft bijna het onderste uit de kan', *FTV* 2017/12-54.

¹⁶¹ Ook wanneer binnen hetzelfde kalenderjaar eerst de waardeoverdracht plaatsvindt gevolgd door emigratie, gaat het eerste lid voor op het tweede. Dit volgt uit: *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, 3, p. 127.

Hoewel een internationale waardeoverdracht vaak gepaard gaat met emigratie, is het eveneens mogelijk dat een belastingplichtige na deze waardeoverdracht (voorlopig) wel in Nederland blijft wonen en hij/zij gedurende deze periode pensioenaanspraken opbouwt via de na overdracht buitenlandse pensioenregeling. In dat geval wordt jaarlijks een nieuwe conserverende aanslag opgelegd. Artikel 3.83, vierde lid, Wet IB 2001 voorkomt cumulatie door het geconserveerde inkomen van het vorige jaar te verlagen met de waarde van de aanspraken voor zover dubbeltelling plaatsvindt. Indien de werknemer eerst emigreert en vervolgens in een ander kalenderjaar verzoekt tot waardeoverdracht, wordt op grond van artikel 7.2, achtste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 eveneens een tweede conserverende aanslag opgelegd. Het met de pensioenpremies behaalde rendement wordt hierbij niet meegenomen gedurende de periode van buitenlandse belastingplicht. Artikel 7.2, achtste lid, onderdeel b, sub 2 Wet IB 2001 voorkomt vervolgens cumulatie van beide aanslagen.

De laatste situatie die ik hier inzake pensioenen de revue wil laten passeren, betreft die van een niet-geëmigreerde buitenlands belastingplichtige die zijn/haar pensioenkapitaal overdraagt aan een niet-aangewezen buitenlandse uitvoerder. In het jaar van waardeoverdracht wordt dan via artikel 7.2, achtste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 een conserverende aanslag opgelegd, waarna jaarlijks via dezelfde bepaling een nieuwe aanslag wordt opgelegd en via onderdeel b, sub 1 cumulatie wordt voorkomen.

In paragraaf 4.2.4 is reeds aangekondigd dat de conserverende aanslag bij emigratie in hoofdstuk 5 getoetst wordt aan de goede verdragstrouw en het EU-recht. Inzake pensioenen zijn hierboven situaties besproken waarin een conserverende aanslag wordt opgelegd inzake een internationale waardeoverdracht die niet gepaard gaat met emigratie. Ook in deze gevallen kan de vraag opkomen of sprake is van een belastingrechtelijke of EU-rechtelijke belemmering. Trekt Nederland bijvoorbeeld met het opleggen van een conserverende aanslag inzake een internationale waardeoverdracht van een buitenlands belastingplichtige niet ook heffingsrechten naar zich toe wanneer het toepasselijke belastingverdrag een woonstaatheffing voorschrijft? Op onder andere deze vraag wordt ingegaan in paragraaf 5.2.4.1.

4.2.6 Conserverende aanslag en voortzetting buitenlandse pensioenregeling

Artikel 3.83, tweede lid, Wet IB 2001 ziet niet alleen op de waardeoverdracht naar een buitenlandse aanbieder, maar eveneens op de situaties waarin een buitenlandse werknemer in Nederland komt wonen en werken en gedurende deze (veelal tijdelijke) periode zijn/haar buitenlandse pensioenregeling voortzet op basis van artikel 19a, eerste lid, onderdeel c, Wet LB 1964. Laatstgenoemde bepaling komt uitgebreid ter sprake in paragraaf 4.3.1.2. Doordat het pensioen tijdens het verblijf in Nederland verder wordt opgebouwd, wordt ook jaarlijks een nieuwe conserverende aanslag opgelegd. Door de anticumulatiebepaling in artikel 3.83, vierde lid, Wet IB 2001 blijft feitelijk alleen de aanslag over het laatst verstreken belastingjaar relevant.¹⁶² Het kan ook voorkomen dat de buitenlandse pensioenregeling wordt voortgezet op basis van artikel 19a, eerste lid, onderdeel c, Wet LB 1964, maar de werknemer in het buitenland blijft wonen. In dat geval wordt de conserverende aanslag opgelegd op grond van artikel 7.2, achtste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 en wordt via onderdeel b cumulatie voorkomen.

¹⁶² *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, 3, p. 126.*

Zoals in paragraaf 4.4.1.1 in meer detail wordt besproken, is het ook voor lijfrenten mogelijk de buitenlandse verzekering voort te zetten bij (tijdelijke) immigratie en wel op grond van artikel 3.126, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001. Het voortzetten van de buitenlandse lijfrenteregeling betekent echter wel dat jaarlijks een conserverende aanslag wordt opgelegd als gevolg van artikel 3.133, tweede lid, onderdeel j, Wet IB 2001 jo. artikel 2.8, tweede lid, Wet IB 2001. Ook wanneer de buitenlandse lijfrenteverzekerings wordt voortgezet gedurende een periode waarin in Nederland wordt gewerkt maar de werknemer in het buitenland blijft wonen, wordt op grond van artikel 7.2, tiende lid, Wet IB 2001 jaarlijks een conserverende aanslag opgelegd en voorkomt het twaalfde lid cumulatie. Voorwaarde hierbij is wel dat de lijfrentepremies in Nederland in aftrek zijn gebracht. Zoals eerder aangekondigd wordt de conserverende aanslag in hoofdstuk 5 getoetst aan de goede verdragstrouw en het EU-recht. Om een compleet beeld te schetsen wordt daarbij ook ingegaan op voor de conserverende aanslag bij het voortzetten van een buitenlandse pensioenregeling bij tijdelijk verblijf in Nederland sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering.

4.3 Voortzetting buitenlandse pensioenregeling in Nederland en vice versa

4.3.1 Voortzetting buitenlandse pensioenregeling gedurende verblijf in Nederland

4.3.1.1 Waarom niet deelnemen in een Nederlandse pensioenregeling?

Indien een buitenlandse werknemer besluit te emigreren naar Nederland en hier een lokale dienstbetrekking aangaat, ligt het veelal voor de hand dat hij/zij vanaf de startdatum bij de Nederlandse werkgever/entiteit deelneemt in de bijbehorende Nederlandse pensioenregeling. De link met de vroegere woonstaat is immers volledig verdwenen. Dit ligt anders wanneer de werknemer slechts voor een bepaalde periode in Nederland gaat werken, bijvoorbeeld in de vorm van detachering. In dat geval heeft de werknemer in principe twee opties, namelijk deelname in de Nederlandse pensioenregeling van de Nederlandse entiteit of het voortzetten van de buitenlandse pensioenregeling. Voor de volledigheid merk ik op dat de werknemer niet altijd eigenhandig een keuze kan maken, doordat sprake is van een verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenregeling of van een pensioenregeling van de Nederlandse werkgever/entiteit die deelname in deze pensioenregeling verplicht. Op dit punt ga ik niet nader in en verwijs ik naar de bijdrage van Dieleman¹⁶³.

Het voornaamste voordeel van deelname in de pensioenregeling van de Nederlandse entiteit is dat in beginsel wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden in hoofdstuk IIB Wet LB 1964, met als gevolg dat de werknemer zeker weet dat het opgebouwde pensioen in Nederland in de opbouwfase wordt gefaciliteerd. Aan het deelnemen bij een Nederlandse pensioenuitvoerder kleven echter ook diverse nadelen. Een eerste nadeel is dat op basis van artikel 18ga Wet LB 1964 het pensioengevend loon is gemaximeerd tot €100.000 (2021), terwijl in andere landen meestal geen wettelijk maximum is opgenomen en dus meer pensioen kan worden opgebouwd.¹⁶⁴ Een tweede nadeel wordt gevormd door de relatief hoge administratieve lasten, vooral wanneer in het bilaterale belastingverdrag een (vorm van een) bronstaatheffing is opgenomen. Uit het Nederlandse fiscale verdragsbeleid blijkt, zoals wordt besproken in paragraaf 5.2.1, dat Nederland bij de (her)onderhandelingen over belastingverdragen een volledige bronstaatheffing nastreeft. Aannemende dat de werknemer na zijn/haar pensionering is teruggekeerd naar de oorspronkelijke woonstaat, moet hij/zij via

¹⁶³ B. Dieleman, 'Pensioenopbouw door inkomende werknemers', *PensioenMagazine* 2014/115.

¹⁶⁴ A.H.H. Bollen-Vandenboorn & B.M.M. Didden, 'Nieuw besluit internationale aspecten pensioenen: 'voortschrijdende inzichten, maar we zijn er nog niet'', *MBB* 2016/06-02, par. 2.2.

de belastingaangifte voorkoming van dubbele belastingheffing claimen.¹⁶⁵ In theorie kan dit tweede nadeel worden voorkomen middels een waardeoverdracht van het in Nederland opgebouwde pensioen¹⁶⁶, maar het realiseren hiervan blijkt in de praktijk bijzonder lastig. Hierop kom ik uitgebreid terug in paragraaf 4.5.2.

4.3.1.2 Voortzetting buitenlandse pensioenregeling

Naast deelname in de pensioenregeling van de Nederlandse werkgever/entiteit kan de werknemer er eveneens voor kiezen de bestaande buitenlandse pensioenregeling voort te zetten wanneer hij/zij in Nederland komt werken. Veel buitenlandse werknemers die tijdelijk naar Nederland komen, kiezen voor deze mogelijkheid, omdat de buitenlandse pensioenregeling vertrouwd voelt en hiermee praktische problemen als gevolg van pensioenregelingen in verschillende landen worden voorkomen.¹⁶⁷ Een voorbeeld van zo'n probleem betreft de hiervoor genoemde internationale waardeoverdracht. Doordat de werknemer pensioen blijft opbouwen bij dezelfde pensioenuitvoerder, heeft hij/zij niet te maken met deze problematiek. Net als bij het opbouwen van pensioen bij een Nederlandse pensioenuitvoer kleeft ook aan deze optie het administratieve nadeel dat bij aangifte over de toekomstige uitkering voorkoming van dubbele belastingheffing moet worden geclaimd ingeval de bronstaat hierover heffingsbevoegd is, omdat met de bronstaat (veelal) de staat wordt bedoeld die de fiscale faciliteiten heeft verleend.¹⁶⁸

Op grond van artikel 19a, eerste lid, onderdeel c, Wet LB 1964 kunnen in het buitenland gevestigde pensioenuitvoerders kwalificeren als toegelaten verzekeraar, mits sprake is van een voortzetting van een pensioen dat reeds bij de buitenlandse uitvoerder was ondergebracht in de periode dat de werknemer nog niet in Nederland werkzaam en/of woonachtig was. Het probleem is echter dat buitenlandse uitvoerders veelal niet aan alle specifieke eisen van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 voldoen. Het kan bijvoorbeeld spaak lopen op de voorwaarde dat afkoop is verboden, anders dan in de gevallen genoemd in de Pensioenwet. Zoals besproken in hoofdstuk 2 is afkoop civielrechtelijk alleen toegestaan bij kleine pensioenen en fiscaal bovenmatige pensioenen. In veel OESO-landen is een (gedeeltelijke) pensioenafkoop echter wel toegestaan.¹⁶⁹ Ook wanneer een buitenlandse pensioenregeling een hoger opbouwpercentage hanteert dan artikel 18a Wet LB 1964 toestaat, kwalificeert de buitenlandse entiteit niet als toegelaten aanbieder.¹⁷⁰

Het niet voldoen aan (alle) criteria zou tot gevolg hebben dat de omkeerregel niet kan worden toegepast. Ter bevordering van een zo veel mogelijk ongewijzigde pensioenopbouw van buitenlandse werknemers is in artikel 19d, onderdeel c, Wet LB 1964 een uitzondering opgenomen op de regel dat aan alle eisen in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 moet zijn voldaan. Deze uitzondering is door de staatssecretaris nader uitgewerkt in het 'Besluit internationale pensioenen'¹⁷¹. In dit besluit wordt een drietal situaties besproken waarin buitenlandse pensioenregelingen onder voorwaarden (tijdelijk) worden aangewezen als kwalificerende

¹⁶⁵ B. Dieleman, 'Pensioenopbouw door inkomende werknemers', *PensioenMagazine* 2014/115.

¹⁶⁶ Tenzij in het bilaterale belastingverdrag is opgenomen dat een waardeoverdracht geen invloed heeft op de verdeling van heffingsrechten. Hierop kom ik terug in paragraaf 5.2.2.

¹⁶⁷ Rapport van de Commissie grenswerkers (Geschrift nr. 257), p.291.

¹⁶⁸ B. Dieleman, 'Pensioenopbouw door inkomende werknemers', *PensioenMagazine* 2014/115.

¹⁶⁹ OECD, Forms of benefit payment at retirement, Working paper on insurance and private pensions no. 26, 2008.

¹⁷⁰ B. Dieleman, 'Pensioenopbouw door inkomende werknemers', *PensioenMagazine* 2014/115.

¹⁷¹ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798.

pensioenregeling en daarmee fiscale faciliteiten worden verleend. Aangezien het veelal om uitzendingen gaat, wordt de staat van afkomst door de staatssecretaris de uitzendstaat genoemd. Ik beperk mij hier tot de belangrijke aspecten aangaande deze drie situaties. Voor een volledig overzicht van alle voorwaarden per situatie verwijs ik naar Bijlage I t/m III van het hier bedoelde besluit.

Alvorens in te zoomen op deze drie situaties, roep ik in herinnering dat wanneer een buitenlandse werknemer zijn/haar buitenlandse pensioenregeling in Nederland fiscaal gefaciliteerd kan voortzetten, jaarlijks een conserverende aanslag wordt opgelegd op basis van artikel 3.83, tweede lid, Wet IB 2001 indien de werknemer gedurende het verrichten van werkzaamheden in Nederland binnenlands belastingplichtig is. In het geval de werknemer buitenlands belastingplichtig is ten tijde van het verrichten van de werkzaamheden in Nederland gebeurt hetzelfde, maar dan op basis van artikel 7.2, achtste lid, onderdelen a en b, sub 1.

Aanwijzing I: Werknemer afkomstig uit een andere EU-lidstaat of een EER-staat¹⁷²

De eerste aanwijzing houdt – volgens de staatssecretaris aansluitend bij Richtlijn 98/49/EG – in dat ten aanzien van werknemers afkomstig uit een andere EU-lidstaat of een EER-staat de fiscale faciliteiten worden verleend zoals voorgeschreven door de fiscale wetgeving in de uitzendstaat. Daarmee maakt Nederland feitelijk een inbreuk op het uitgangspunt van fiscale autonomie op pensioenterrein en wordt in de uitzendstaat zo veel mogelijk gelijkheid gecreëerd tussen uitgezonden en niet-uitgezonden werknemers, wat volgens de staatssecretaris in lijn is met Europese regelgeving. Hiermee wordt tegengegaan dat een buitenlandse werknemer gedurende zijn/haar periode in Nederland een hogere aftrek of vrijstelling ontvangt dan in de uitzendstaat. Indien de wetgeving in de uitzendende staat minder ruimhartig is dan de Nederlandse, betekent dit dat inkomende werknemers slechter worden behandeld dan inwoners van Nederland. Dit zou een belemmering kunnen vormen voor werknemers om in Nederland te gaan werken. In paragraaf 5.3.4.2 analyseer ik of bovenstaande inbreuk op de fiscale autonomie in lijn is met het vrije verkeer van werknemers.

Om de buitenlandse pensioenregeling voort te kunnen zetten, is vereist dat de belastingwetten van de andere staat naar aard en strekking overeenkomen met het Nederlandse equivalent en de buitenlandse pensioenregeling aldaar beschouwen als kwalificerende regeling. Verder is vereist dat het een aanvullende pensioenregeling betreft (en geen eerstestijlerpensioen) en dat de buitenlandse pensioenregeling wordt uitgevoerd door een uitvoerder zoals bedoeld in artikel 19a, eerste lid, Wet LB 1964. Daarnaast geldt dat voor de aanwijzing in beginsel geen inhoudelijke toetsing hoeft plaats te vinden. In deze eisen zie geen onduidelijkheden of potentiële belemmeringen.

De aanwijzing geldt gedurende de periode waarin in Nederland werkzaamheden worden verricht, maar niet langer dan voor vijf jaar. Het valt mijns inziens te betreuren dat de keuze voor deze vijfjaarstermijn niet is toegelicht door de staatssecretaris. Het lijkt erop dat aansluiting wordt gezocht bij de maximale termijn van de detacheringsbepaling in Verordening 883/2004. Evenals Kastelein¹⁷³ acht ik dit opvallend en bovenal onjuist, omdat deze vijfjaarstermijn afkomstig is uit een heel ander rechtsgebied. Daarnaast is voor het toepassen

¹⁷² Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.1.

¹⁷³ M.E. Kastelein, 'Geactualiseerd besluit over internationale aspecten van pensioenen en loonstamrechten', NTFR 2016/2.

van deze aanwijzing van de staatssecretaris niet vereist dat sprake is van een formele detachering in de zin van de Verordening, wat de aansluiting nog vreemder maakt. Het gevolg van deze harde maximale termijn is dat een buitenlandse werknemer die in Nederland aan een groot project gaat meewerken van zo'n zeven jaar en hier zijn/haar buitenlandse pensioenregeling wil voortzetten, in de laatste twee jaar geen fiscale facilitering ontvangt. Dit vormt in mijn optiek een potentiële belemmering van de arbeidsmobiliteit van deze buitenlandse werknemer. In paragraaf 5.3.4.2 wordt daarom getoetst of de vijfjaarstermijn EU-rechtelijk door de beugel kan.

*Aanwijzing II: Werknemer afkomstig uit een niet-EU-lidstaat of niet-EER-staat*¹⁷⁴

Volgens de tweede aanwijzing worden voor werknemers afkomstig uit een staat die geen EU-lidstaat of EER-staat is, fiscale faciliteiten verleend volgens de Nederlandse normen. Wanneer de wetgeving uit het andere land tot een lagere faciliteit leidt, dienen echter de faciliteiten uit het andere land te worden toegepast. In tegenstelling tot bij EU-/EER-landen dient hier wel een inhoudelijke toetsing plaats te vinden. Bij deze toetsing wordt onder andere bezien of sprake is van een aldaar gebruikelijke, fiscaal gefacilieerde regeling en of het resultaat van de pensioenopbouw vergelijkbaar is met het resultaat van een pensioenopbouw overeenkomstig hoofdstuk IIB Wet IB 1964 en hiermee in een redelijke verhouding staat. Aangezien deze scriptie zich focust op EU- (en EER-)verband, ga ik op deze aanwijzing niet nader in.

*Aanwijzing III: Werknemer afkomstig uit een verdragsland met pensioenpremiebepaling*¹⁷⁵

De derde aanwijzingsmogelijkheid betreft de zogenaamde pensioenpremiebepaling, welke staten kunnen opnemen in bilaterale belastingverdragen. Een dergelijke bepaling houdt in dat onder voorwaarden buitenlandse pensioenregelingen van inkomende werknemers fiscaal gefaciliteerd worden conform de normen van de wetgeving van de werkstaat. De mogelijkheid tot het opnemen van de pensioenpremiebepaling in een bilateraal belastingverdrag is opgenomen in paragraaf 31-65 van het OESO-commentaar betreffende het pensioenartikel. In paragraaf 5.2.1 zullen we zien dat de pensioenpremiebepaling onderdeel is van het Nederlandse fiscale verdragsbeleid.¹⁷⁶ Uit bijlage 2 blijkt dat Nederland met circa de helft van de Europese landen een pensioenpremiebepaling is overeengekomen.

Voor het fiscaal erkennen van een buitenlandse pensioenregeling is vereist dat deze vergelijkbaar is met een in Nederlandse erkende pensioenregeling, waarbij een globale toetsing wordt gehanteerd. De staatssecretaris heeft voor deze toetsing enkele handvatten gegeven. Ten eerste vormen ruimere afkoopmogelijkheden in het andere land vormen geen obstakel. Ten tweede mag de pensioenopbouw niet aanzienlijk groter zijn dan de opbouw van een vergelijkbare werknemer met een Nederlandse pensioenregeling. Ten derde dient het te gaan om een in het buitenland gebruikelijke, fiscaal gefacilieerde pensioenregeling. Kijkend naar de overige voorwaarden bij deze aanwijzing valt mijns inziens te concluderen dat deze grotendeels overeenkomen met die van de eerste aanwijzing. Een afwijking ten opzichte van de eerste aanwijzing is dat hier ook een pensioenregeling ingevolge de sociale wetgeving onder kan vallen wanneer dit onder het toepasselijke belastingverdrag wordt beschouwd als pensioenregeling.

¹⁷⁴ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.2.

¹⁷⁵ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.3.

¹⁷⁶ A.H.H. Bollen-Vandenboorn & B.M.M. Didden, 'Nieuw besluit internationale aspecten pensioenen: 'voortschrijdende inzichten, maar we zijn er nog niet', *MBB* 2016/06-02, par. 2.2.

Een voorwaarde die naar mijn mening aanvullende aandacht behoeft, betreft de duur van de derde aanwijzingsmogelijkheid. De aanwijzing geldt namelijk voor de periode zoals genoemd in het belastingverdrag, maar bij het ontbreken hiervan geldt een periode van maximaal tien jaar. Uit bijlage 2 blijkt dat alleen met België en Denemarken een maximale termijn is opgenomen en wel van vijf jaar. De vraag die ook in de literatuur¹⁷⁷ meermaals aan de orde is geweest, is of met de tienjaarstermijn eenzijdig afbreuk wordt gedaan aan de werking van de pensioenpremiebepaling zoals bilateraal tussen staten is overeengekomen en daarmee in strijd is met de goede verdragstrouw. Hierop kom ik terug in paragraaf 5.2.4.2. Dit vormt een potentiële belemmering voor een buitenlandse werknemer afkomstig uit een land waarmee verdragsrechtelijk een pensioenbepaling zonder maximale termijn is opgenomen, omdat dan na tien jaar opeens geen fiscale facilitering meer door Nederland wordt verleend. Een duidelijke motivatie voor het stellen van de tienjaarstermijn ontbreekt, net als voor de vijfjaarstermijn van de eerste aanwijzing. Of de tienjaarstermijn een ongerechtvaardigde EU-rechtelijke belemmering vormt, analyseer ik eveneens in paragraaf 5.3.4.2.

In het geval Nederland met een EU-lidstaat of EER-land in het bilaterale belastingverdrag een pensioenpremiebepaling is overeengekomen, ontstaat – tenzij een termijn van maximaal vijf jaar is overeengekomen – samenloop tussen de eerste en derde aanwijzing.¹⁷⁸ Zoals hiervoor besproken, levert de eerste aanwijzing toekenning van fiscale faciliteiten op conform de buitenlandse wetgeving en de derde aanwijzing juist facilitering op basis van de Wet LB 1964. De vraag is welke bepaling in dat geval voorrang heeft. De staatssecretaris merkt hierover bij de derde aanwijzing op dat de periode van aanwijzing op grond van de eerste aanwijzing in mindering komt op de tienjaarstermijn. Het lijkt erop dat de inkomende werknemer de keuze heeft om de eerste aanwijzing gedurende de eerste vijf jaar kan toepassen, maar dat dit geen verplichting is. Wanneer deze aannahme juist is, zal de werknemer dat uiteraard alleen doen als de buitenlandse pensioenregelgeving een ruimere faciliteit biedt. Het Nederlandse beleid is daarmee in deze situatie wel erg royaal in de richting van de inkomende werknemer. Je krijgt dan de vreemde situatie dat na afloop van vijf jaar voor de werknemer opeens de Nederlandse fiscale regelgeving gaat gelden en de pensioenfaciliteiten minder ruim worden. Ik betwijfel of de staatssecretaris deze situatie heeft beoogd. Ter behoeve van de duidelijkheid van het Nederland beleid is het mijns inziens wenselijk dat de staatssecretaris de rangorde tussen de eerste en derde aanwijzing verduidelijkt.

Naast een onduidelijkheid schuilt in het al dan niet verplicht toepassen van de eerste aanwijzing gedurende de eerste vijf jaar in mijn optiek mogelijk eveneens een vorm van verdragsschending. In het belastingverdrag is bilateraal overeengekomen dat voor inkomende werknemers ten allen tijde fiscale faciliteiten worden verleend op basis van de fiscale wetgeving van de nieuwe werkstaat, mits uiteraard wordt voldaan aan alle voorwaarden. Mag Nederland dan middels nationaal beleid de inkomende werknemers verplichten of de mogelijkheid bieden gedurende de eerste vijf jaar fiscale faciliteiten te ontvangen op basis van de wetgeving van de staat van afkomst? Op dit punt kom ik terug in paragraaf 5.2.4.2.

¹⁷⁷ Zie bijvoorbeeld: A.H.H. Bollen-Vandenboorn & B.M.M. Didden, 'Nieuw besluit internationale aspecten pensioenen: 'voortschrijdende inzichten, maar we zijn er nog niet', *MBB* 2016/06-02, par. 2.2.

¹⁷⁸ Samenloop tussen de tweede en derde aanwijzing is eveneens mogelijk, maar vanwege de focus op EU-verband blijft deze samenloop buiten beschouwing.

4.3.2 Voortzetting Nederlandse pensioenregeling in het buitenland

Wanneer een werknemer besluit permanent naar een ander land te verhuizen en aldaar een lokale dienstbetrekking aangaat, is het veelal logisch dat hij/zij vanaf dat moment deelneemt in een buitenlandse pensioenregeling. De band met Nederland is dan immers volledig verdwenen. Dit ligt anders op het moment dat de werknemer van plan is tijdelijk te gaan werken (en wonen) in het buitenland en daarna weer terug te keren naar Nederland, zoals bij detachering. De werknemer wil dan veelal de vertrouwde Nederlandse pensioenregeling voortzetten, ter voorkoming van praktische problemen veroorzaakt door het hebben van pensioenregelingen in meerdere landen.¹⁷⁹

Hieronder schets ik een tweetal mogelijkheden om de Nederlandse pensioenregeling fiscaal gefaciliteerd voort te kunnen zetten. Het niet ontvangen van een fiscale faciliteit tijdens de opbouwfase heeft (in ieder geval) een tweetal nadelen. Om te beginnen is de werknemer op een eerder moment belasting verschuldigd. Daarnaast levert het niet ontvangen van een fiscale faciliteit tijdens de opbouwfase diverse administratieve en bewijsrechtelijke problemen op voor de werknemer ten tijde van het ontvangen van de pensioenuitkeringen.¹⁸⁰ Zoals wordt besproken in paragraaf 4.6.1 kan met een beroep op de saldomethode uit het 'Besluit internationale pensioenen'¹⁸¹ dubbele belastingheffing op het uitkeringstijdstip wordt voorkomen. De werknemer dient hierbij echter zelf aannemelijk te maken welk deel van de betaalde premies niet gefaciliteerd is, wat leidt tot substantiële administratieve lasten. De werknemer heeft er daarom belang bij gedurende zijn/haar buitenlandse periode van fiscale pensioenfaciliteiten te genieten. Voor de volledigheid merk ik nog op dat indien de werknemer als gevolg van de werkzaamheden in het buitenland (tijdelijk) ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, op basis van artikel 3.81, eerste lid of artikel 3.136, derde lid, Wet IB 2001 een conserverende aanslag wordt opgelegd. Wanneer de werknemer in Nederland blijft wonen, wordt deze aanslag niet opgelegd.

4.3.2.1 Voortzetting middels toezegging achteraf

De eerste optie kan worden gevonden in artikel 10a, eerste lid, onderdeel b, UB LB 1965, waarin staat vermeld dat als dienstjaren meetellen de perioden waarin de werknemer in dienstbetrekking heeft gestaan tot een verbonden lichaam als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, Wet VpB 1969 en aldaar niet heeft deelgenomen aan een (lokale) pensioenregeling. Het feit dat sprake moet zijn van een dienstbetrekking met een buitenlandse werkgever, wijst erop dat op deze optie geen beroep kan worden gedaan indien de arbeidsovereenkomst met de Nederlandse entiteit tijdens de buitenlandse periode wordt voortgezet. Het element "heeft gestaan" heeft tot gevolg dat pas na beëindiging van de dienstbetrekking bij de buitenlandse werkgever pensioen kan worden toegezegd ten aanzien van de buitenlandse periode. Dat valt echter te rechtvaardigen door het feit dat de werknemer tijdens de buitenlandse periode veelal woont en werkt in het buitenland, waardoor het loon niet in de Nederlandse heffingsgrondslag zit en een toezegging middels een Nederlandse fiscale faciliteit gedurende deze periode daarom ineffectief zou zijn. Doordat gebruik wordt gemaakt van een Nederlandse fiscale faciliteit, heeft Nederland – mits de werknemer in Nederland blijft wonen – echter wel ongeacht

¹⁷⁹ Rapport van de Commissie grenswerkers (Geschrift nr. 257), p.291.

¹⁸⁰ M. Wijsbek, 'De uitgaande werknemer en zijn pensioen', *PensioenMagazine* 2016/19.

¹⁸¹ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.4.

of in het toepasselijke belastingverdrag een woonstaat- of juist een bronstaatheffing is overeengekomen, het heffingsrecht over de toekomstige pensioenuitkering.¹⁸²

Volgens artikel 10a, vierde lid, Wet VpB 1969 is sprake van verbondenheid als het aandelenbelang van de Nederlandse entiteit in de buitenlandse minimaal een derde bedraagt of vice versa. Deze verbondenheidseis heeft tot gevolg dat inkoop van diensttijd niet mogelijk is bij een buitenlandse werkgever buiten concernverband. Deze beperking wordt niet gesteld ten aanzien van binnenlandse diensttijd. In paragraaf 5.3.4.3 wordt getoetst of bovenstaande beperking van de arbeidsmobiliteit van een werknemer EU-rechtelijk kan worden gerechtvaardigd. Het laatste relevante element uit artikel 10a, eerste lid, onderdeel b, UB LB 1965 betreft het feit dat niet mag worden deelgenomen aan een buitenlandse pensioenregeling. Dit acht ik een terechte voorwaarde, omdat anders in twee landen fiscaal gefaciliteerd pensioen kan worden opgebouwd door de werknemer.¹⁸³

4.3.2.2 Voortzetting middels buitenlandse faciliteit

De hiervoor besproken optie heeft tot gevolg dat de werknemer zijn/haar Nederlandse pensioen niet zonder pauzering gedurende de buitenlandse periode kan voortzetten. Een onafgebroken voortzetting is echter wel mogelijk indien de Nederlandse arbeidsrelatie wordt gecontinueerd, waardoor sprake is van een dienstjaar in de zin van artikel 18g Wet LB 1964 en het Nederlandse pensioen niet onzuiver wordt.¹⁸⁴ De werknemer dient vervolgens een beroep te doen op een buitenlandse pensioenfaciliteit. Of de Nederlandse pensioenregeling in de staat van tewerkstelling kwalificeert als erkende pensioenregeling, is afhankelijk van de nationale wetgeving van die andere staat en of in het belastingverdrag met de nieuwe werkstaat een pensioenpremiebepaling is overeengekomen. In paragraaf 5.3.3 schets ik aan de hand van de in paragraaf 5.3.1 en 5.3.2 besproken relevante EU-rechtelijke aspecten een kader waaraan de wetgeving van lidstaten op het terrein van grensoverschrijdende pensioen- en lijfrentepremies moeten voldoen.

Het kan eveneens zo zijn dat de Nederlandse pensioenregeling in de andere staat wel wordt erkend, maar dat pensioenpremies – ongeacht of het een binnenlandse of buitenlandse uitvoerder betreft – slechts gedeeltelijk worden gefaciliteerd. Dat heeft tot gevolg dat een deel van de pensioenpremies niet aftrekbaar is. Het kan ook voorkomen dat de andere staat de omkeerregel in het geheel niet toepast, waardoor pensioenen juist in de opbouwfase worden belast en bij uitkering vrijgesteld. Het niet (geheel) faciliteren van de pensioenpremies leidt tot de twee eerder in paragraaf 4.3.2 gesignaleerde nadelen van het niet (geheel) ontvangen van een fiscale faciliteit. Deze nadelen kunnen voor een werknemer een belemmering vormen om in een dergelijke staat daadwerkelijk te gaan werken. Ook op de in deze alinea genoemde aspecten wordt ingegaan in het hiervoor genoemde EU-rechtelijke kader van paragraaf 5.3.3.

¹⁸² B. Dieleman, 'Voortzetting Nederlandse pensioenregeling door uitgaande werknemers', *PensioenMagazine* 2015/67.

¹⁸³ Zie ook: B. Dieleman, 'Voortzetting Nederlandse pensioenregeling door uitgaande werknemers', *PensioenMagazine* 2015/67.

¹⁸⁴ M. Wijsbek, 'De uitgaande werknemer en zijn pensioen', *PensioenMagazine* 2016/19.

4.4 Voortzetting buitenlandse lijfrenteregeling in Nederland en vice versa

4.4.1 Inkomende werknemers en lijfrenten

4.4.1.1 Voortzetting buitenlandse lijfrenteversicherung na immigratie

Om te beginnen hebben naar Nederland emigrerende werknemers die in het buitenland lijfrenten hebben opgebouwd, uiteraard de mogelijkheid in Nederland een nieuwe verzekering af te sluiten. De werknemer zou echter ook de voorkeur kunnen geven aan het voortzetten van de vertrouwde buitenlandse lijfrenteversicherung. Op grond van artikel 3.126, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 wordt een buiten Nederland gevestigde lijfrenteuitvoerder als toegelaten aanbieder aangemerkt in het geval door een naar Nederland emigrerende werknemer premies worden betaald in het kader van een vóór de emigratie reeds bestaande lijfrenteversicherung. Wanneer aan de hierna te bespreken voorwaarden wordt voldaan, kunnen inkomende werknemers de buitenlandse lijfrentepremies in Nederland in aftrek brengen. Dit is een welkome tegemoetkoming in het geval de werknemer na emigratie in Nederland gaat werken, omdat het na het vertrek naar Nederland veelal beperkt of geheel niet mogelijk is om de premies in de voormalige woonstaat effectief af te kunnen trekken. Indien wordt voldaan aan de hierna te bespreken voorwaarden voor toepassing van artikel 3.126, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001, wordt verder via artikel 3.133, tweede lid, onderdeel j, Wet IB 2001 jaarlijks een conserverende aanslag opgelegd.

Met ingang van 1 januari 2009 is de voorwaarde dat de lijfrente ten minste drie jaar voor het ontstaan van binnenlandse belastingplicht in Nederland moest zijn afgesloten bij de buitenlandse uitvoerder, komen te vervallen. De buitenlandse aanbieder moet volgens artikel 3.126 Wet IB 2001 voldoen aan de voorwaarden die door de minister/staatsecretaris van Financiën worden gesteld.¹⁸⁵ Kort gezegd zijn de volgende voorwaarden vastgelegd bij de 2012-update van het ‘Verzamelbesluit lijfrenten’:

- De buitenlandse aanbieder moet zijn onderworpen aan overheidstoezicht dat vergelijkbaar is met het toezicht op grond van de Wft;
- Het moet gaan om de voortzetting van een lijfrenteversicherung, wat betekent dat het aangaan van de lijfrenteovereenkomst en minimaal één periodieke, contractuele premiebetaling hebben plaatsgevonden vóór het ontstaan van de binnenlandse belastingplicht;
- De voortgezette lijfrenteversicherung moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 1.7, eerste lid, Wet IB 2001.¹⁸⁶

De eerste twee voorwaarden lijken mij terecht gesteld. Een lijfrente afgesloten bij een buitenlandse aanbieder zal echter niet snel voldoen aan de lijfrentedefinitie van artikel 1.7 Wet IB 2001, gelet op onder andere het afkoopverbod. Het lijkt erop dat de staatsecretaris zich dit ook heeft gerealiseerd, doordat in de 2019-update de derde voorwaarde is gewijzigd. Met ingang van 16 mei 2019 luidt deze dat de voortgezette lijfrenteversicherung qua strekking moet overeenkomen met een inkomensvoorziening als bedoeld in afdeling 3.7 Wet IB 2001.¹⁸⁷ Het is wat mij betreft echter onduidelijk wat precies wordt bedoeld met “qua strekking overeenkomen”.

¹⁸⁵ H. van Toledo, NDFR-commentaar op artikel 3.126 Wet IB 2001, par. 5.2.

¹⁸⁶ Besluit van 13 juni 2012, nr. BLKB2012/283M, Stcrt. 2012, 12493.

¹⁸⁷ Besluit van 16 mei 2019, nr. 2019-115021, Stcrt. 2019, 30558, par. 4.9.

Het lijkt er naar mijn mening op dat in ieder geval moet worden getoetst of een buitenlandse lijfrenteverzekering qua vormgeving vergelijkbaar is met een in Nederland erkende lijfrente. Iets vergelijkbaars hebben we eerder gezien inzake de derde aanwijzingsmogelijkheid met betrekking tot buitenlandse pensioenregelingen. Daar hanteert de staatssecretaris een globale toetsing, waarbij expliciet is vermeld dat het niet vermelden van een afkoopverbod in de pensioenregeling geen belemmering is en dat de opbouw niet aanzienlijk groter mag zijn dan de opbouw van een vergelijkbare werknemer met een Nederlandse pensioenregeling. Evenals Van Toledo¹⁸⁸ vermoed ik dat de staatssecretaris – door de verwijzing naar de Wet IB 2001 – met "qua strekking overeenkomen" (mogelijk) ook bedoelt dat de andere staat een met het Nederlandse belastingstelsel vergelijkbare systematiek hanteert, waarbij betaalde premies in aftrek worden gebracht en de toekomstige uitkeringen juist worden belast. Een dergelijke eis wordt gesteld bij de eerste aanwijzingsmogelijkheid voor buitenlandse pensioenregelingen, al wordt daar gesproken over belastingwetten die "naar aard en strekking overeenkomen" met de Nederlandse loon- of inkomstenbelasting.

Gelet op het bovenstaande is het mijns inziens wenselijk dat de staatssecretaris ten aanzien van lijfrenten nader toelicht hoe moet worden getoetst of een buitenlandse lijfrenteverzekering qua strekking overeenkomt met een in Nederland erkende lijfrente. Wat kan er qua afwijkingen in vormgeving van de buitenlandse lijfrenteverzekering ten opzichte van de Nederlandse lijfrente wel en niet door de beugel? Denk hierbij bijvoorbeeld aan (ruimere) afkoopmogelijkheden. En in hoeverre speelt de fiscale systematiek in de andere betrokken staat een rol? In paragraaf 5.3.4.4 zal ik aan de hand van het EU-rechtelijke kader inzake buitenlandse lijfrenteaanbieders een voorstel doen hoe deze toelichting er in mijn ogen uit zou moeten zien om recht te doen aan het vrije verkeer van werknemers.

4.4.1.2 Kwalificerende buitenlandse belastingplichtigen

Een punt van aandacht betreft het feit dat artikel 3.126, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 door de locatie in de wetgeving alleen van toepassing is op binnenlands belastingplichtigen. De erkenning van buitenlandse pensioenuitvoerders werd geregeld via artikel 19a Wet LB 1964, waardoor deze betrekking heeft op alle werknemers die in Nederland een dienstbetrekking verrichten en daarmee dus een ruimere reikwijdte heeft dan de bepaling voor lijfrenten. Een in het buitenland woonachtige werknemer die zijn/haar volledige inkomen in Nederland gaat verdienen en zijn/haar buitenlandse lijfrenteverzekering wil voortzetten, zou dan qua fiscale faciliteiten buiten de boot vallen.

Om deze ongewenste situatie te voorkomen, is in artikel 7.8 Wet IB 2001 de zogenaamde kwalificerende buitenlandse belastingplicht opgenomen. Evenals zijn per 1 januari 2015 vervallen voorganger – de keuzeregeling voor buitenlandse belastingplichtigen uit artikel 2.5 Wet IB 2001 – poogt de wetgever met artikel 7.8 Wet IB 2001 invulling te geven aan de op Europees niveau ontwikkelde Schumacker-leer. De basis voor deze leer is – niet geheel verrassend – gelegd in het Schumacker-arrest.¹⁸⁹ Deze zaak betrof een inwoner van België die nagenoeg zijn gehele inkomen als werknemer in Duitsland verdiende. Op basis van de Duitse wetgeving komen niet-inwoners niet in aanmerking voor diverse persoonlijke tegemoetkomingen die inwoners wel krijgen. Inwoners en niet-inwoners bevinden zich volgens het HvJ over het algemeen niet in een vergelijkbare positie. Dit ziet het HvJ echter anders in het geval de niet-inwoner (nagenoeg) zijn gehele inkomen in de bronstaat verdient, omdat de

¹⁸⁸ H. van Toledo, NDFR-commentaar op artikel 3.126 Wet IB 2001, par. 5.2.2.

¹⁸⁹ HvJ EG 14 februari 1995, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 (*Schumacker*).

woonstaat dan door het ontbreken van inkomen effectief geen (of onvoldoende) rekening kan houden met de persoonlijke en gezinssituatie. Daarom oordeelde het HvJ dat sprake is van een EU-rechtelijke belemmering.¹⁹⁰ De bronstaat moet daarom rekening houden met de persoonlijke en gezinssituatie volgens de aldaar geldende regels indien het inkomen voor minstens 90% in die staat wordt belast. Nederland heeft deze uitkomst anno 2021 verankerd liggen in artikel 7.8 Wet IB 2001.

Artikel 7.8, zesde lid, Wet IB 2001 definieert een kwalificerende buitenlandse belastingplichtige als een inwoner van een andere EU/EER-staat die aldaar in de belastingheffing wordt betrokken en waarvan minimaal 90% van zijn/haar inkomen in Nederland is onderworpen aan loon- en/of inkomstenbelasting, mits de belastingplichtige een inkomensverklaring van de belastingautoriteit van de woonstaat aanlevert. In het Schumacker-arrest gaat het HvJ niet expliciet in op de reikwijdte van de "persoonlijke en gezinssituatie". Uit het Renneberg-arrest¹⁹¹ volgt dat naast strikt persoonlijke aftrekposten ook meer zakelijk getinte uitgaven – in casu de hypotheekrenteafrek – onder de Schumacker-leer kunnen vallen.¹⁹² Hoewel dit niet expliciet uit de bewoordingen van het HvJ volgt, is de Nederlandse wetgever – zoals volgt uit artikel 7.8, eerste lid, Wet IB 2001 – van mening dat lijfrenten ook tot de sfeer van persoonlijke uitgaven behoren en dat daarmee de Schumacker-leer hierop van toepassing is. Dit heeft tot gevolg dat buitenlands belastingplichtigen de premies voor buitenlandse lijfrenten in Nederland kunnen aftrekken indien minimaal 90% van hun inkomen in Nederland wordt belast. Aangezien werknemers van wie meer dan 10% van het inkomen in de woonstaat wordt belast naar mijn verwachting voldoende ruimte hebben om hun lijfrentepremies in de woonstaat in aftrek te kunnen brengen, zie ik in artikel 7.8, eerste lid, Wet IB 2001 geen potentiële belemmering van het vrije verkeer van werknemers.

4.4.2 Mogelijkheden lijfrenten bij werken (en wonen) in buitenland

Op het moment dat een werknemer – al dan niet tijdelijk – in het buitenland gaat werken (en wonen), kan hij/zij ervoor kiezen de opbouw van de Nederlandse lijfrente voort te zetten. Wanneer de werknemer besluit Nederland permanent te verlaten, is diegene veelal niet langer in Nederland belastingplichtig en kunnen de betaalde lijfrentepremies vanaf het moment van aangaan van de buitenlandse dienstbetrekking niet in Nederland in aftrek worden gebracht. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de werknemer niet besluit te emigreren, maar de heffingsbevoegdheid over het inkomen op basis van het geldende bilaterale belastingverdrag wordt toegewezen aan de werkstaat. Of de lijfrentepremies wel effectief kunnen worden afgetrokken in de werkstaat, is afhankelijk van de aldaar geldende nationale wetgeving. In paragraaf 5.3.3 schets ik aan de hand van de in paragraaf 5.3.1 en 5.3.2 besproken relevante EU-rechtelijke aspecten een kader waaraan lidstaten moeten voldoen ten aanzien van lijfrenten.

De tweede mogelijkheid ten aanzien van de opbouw van lijfrenten is om – indien de gekozen lijfrenteverzekering dit toelaat – te stoppen met het inleggen in een lijfrenteverzekering en een buitenlandse, aldaar erkende lijfrente af te sluiten ingaand vanaf de start van de werkzaamheden in het buitenland. Van belang om op te merken is dat het stoppen met inleggen iets anders is dan afkoop, omdat het opgebouwde lijfrentekapitaal in het eerste geval nog steeds periodiek wordt uitgekeerd.

¹⁹⁰ HvJ EG 14 februari 1995, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 (*Schumacker*), r.o. 31 t/m 38.

¹⁹¹ HvJ EU 16 oktober 2008, C-527/06, ECLI:EU:C:2008:566 (*Renneberg*).

¹⁹² P. Kavelaars, 'Schumacker-doctrine genuanceerd', *Ntfr-B* 2017/23, par. 3.2.

4.5 Grensoverschrijdende waardeoverdracht pensioenkapitaal

4.5.1 Waardeoverdracht pensioenkapitaal vanuit het buitenland

Naast de in hoofdstuk 2 besproken binnenlandse waardeoverdracht van pensioenkapitaal is het eveneens mogelijk om op grensoverschrijdend niveau onder bepaalde voorwaarden te opteren voor een fiscaal geruisloze waardeoverdracht. In deze paragraaf wordt gekeken naar de waardeoverdracht vanuit een buitenlandse naar een Nederlandse pensioenuitvoerder. Een dergelijke waardeoverdracht is in verschillende situaties mogelijk. Voor een buitenlandse werknemer die tijdelijk in Nederland komt werken, is het veelal het meest interessant om de buitenlandse pensioenregeling voort te zetten. Vooral wanneer de werknemer niet de intentie heeft om terug te keren naar het land van afkomst en pensioen gaat opbouwen via een Nederlandse pensioenregeling kan het interessant zijn om de opteren voor een waardeoverdracht van het buitenlandse pensioenkapitaal. Een andere situatie waarin een waardeoverdracht vanuit het buitenland kan worden overwogen, betreft het geval waarin een Nederlandse werknemer tijdelijk in een andere staat heeft gewerkt en daar pensioen heeft opgebouwd bij een lokale pensioenuitvoerder.

De civielrechtelijke basis voor bovenstaande waardeoverdracht binnen EU-verband is gelegen in artikel 91 Pensioenwet. Uit deze bepalingen volgt dat een Nederlandse pensioenuitvoerder verplicht mee moet werken aan de waardeoverdracht ten aanzien van in een andere EU-lidstaat opgebouwd pensioenkapitaal, mits aan een drietal voorwaarden wordt voldaan:

1. De waardeoverdracht moet ertoe strekken het de buitenlandse werknemer mogelijk te maken pensioenaanspraken te verwerven bij de Nederlandse pensioenuitvoerder;
2. De Nederlandse pensioenuitvoerder valt niet onder de uitzondering van artikel 72 omtrent uitvoerders in een slechte financiële positie;
3. Aan de Nederlandse pensioenuitvoerder worden geen voorwaarden aangaande de waardeoverdracht gesteld die in strijd zijn met de Pensioenwet.

In hoofdstuk 2 is besproken dat een binnenlandse waardeoverdracht fiscaal wordt gezien als fictieve afkoop, tenzij sprake is van een overdracht naar een verzekeraar als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdeel a, b of d en de overgang niet in strijd is met de artikelen 70 t/m 91 Pensioenwet.¹⁹³ Op grond van artikel 10a, eerste lid, onderdeel f, UB LB 1965 is een geruisloze grensoverschrijdende waardeoverdracht naar een Nederlandse pensioenuitvoerder mogelijk wanneer aan de voorwaarden van artikel 91 Pensioenwet wordt voldaan, omdat in dat geval de buitenlandse dienstjaren in de Nederlandse regeling worden toegekend. Dit herhaalt de staatssecretaris in het 'Besluit internationale pensioenen'¹⁹⁴. De eerste twee voorwaarden zullen vermoedelijk niet tot problemen leiden, in tegenstelling tot de derde. Nederland stelt namelijk zelf ook bij een waardeoverdracht naar een buitenlandse pensioenuitvoerder diverse voorwaarden ten aanzien van laatstgenoemde partij die niet volgen uit de Pensioenwet, zoals de overname van de aansprakelijkheid voor door de werknemer verschuldigde belasting ten aanzien van bepaalde belastbare feiten. Dit wordt nader besproken in paragraaf 4.5.2.2. Het is goed mogelijk dat andere landen vergelijkbare voorwaarden stellen.

¹⁹³ Artikel 19b, eerste en tweede lid, Wet LB 1964.

¹⁹⁴ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.3.

Indien niet aan alle bovenstaande voorwaarden wordt voldaan, heeft de staatssecretaris in het 'Besluit internationale pensioenen' een aanwijzing opgenomen. Op basis daarvan is sprake van kwalificerende pensioenregeling in de zin van de Wet LB 1964 als:

- De buitenlandse pensioenuitvoerder het pensioen rechtstreeks aan de Nederlandse uitvoerder overdraagt;
- De Nederlandse werkgever niet meer pensioenrechten toekent dan hetgeen overeenkomt met het overgedragen kapitaal;
- De regeling na de waardeoverdracht blijft voldoen aan de toepasselijke bepalingen in de Wet LB 1964;
- De werknemer geen aftrek pleegt op diens belastbare inkomen als gevolg van de waardeoverdracht.¹⁹⁵

Van bovenstaande voorwaarden zijn de eerste drie in mijn optiek volledig logisch en vormen deze geen mogelijke belemmering van de arbeidsmobiliteit. De vierde voorwaarde is overbodig, omdat met een waardeoverdracht per definitie geen aftrekrecht wordt gecreëerd. Aan de hand van de hier besproken wetgeving en aanwijzing van de staatssecretaris concludeer ik dat grensoverschrijdende waardeoverdrachten naar een Nederlandse pensioenuitvoerder vanuit Nederlands perspectief prima zijn geregeld en geen (potentiële) belemmeringen zichtbaar zijn. De vraag die dan nog resteert, is of dit in de staat waarin de overdragende uitvoerder is gevestigd ook het geval is. In paragraaf 5.3.3 schets ik aan de hand van de in paragraaf 5.3.1 en 5.3.2 besproken relevante EU-rechtelijke aspecten een kader waaraan lidstaten moeten voldoen. Voor de volledigheid merk ik nog op dat bij een grensoverschrijdende waardeoverdracht naar een Nederlandse pensioenuitvoerder geen conserverende aanslag wordt opgelegd, omdat er geen aanleiding is om een bepaalde fiscale claim veilig te willen stellen.

4.5.2 Waardeoverdracht pensioenkapitaal aan buitenlandse uitvoerder

4.5.2.1 Algemeen

Naast een waardeoverdracht vanuit het buitenland is het eveneens mogelijk in Nederland opgebouwd pensioenkapitaal over te dragen aan een buitenlandse uitvoerder. Dit kan bijvoorbeeld interessant zijn indien een werknemer besluit zijn/haar dienstbetrekking bij een Nederlandse werkgever te beëindigen¹⁹⁶ en permanent in het buitenland te gaan werken (en wonen). In de regel zal deze werknemer vanaf de indiensttreding bij de buitenlandse werkgever pensioen gaan opbouwen via een buitenlandse pensioenregeling.

In hoofdstuk 2 is besproken dat een pensioenuitvoerder in een binnenlandse context civielrechtelijk op basis van artikel 71 PW verplicht is het opgebouwde pensioenkapitaal over te dragen naar de nieuwe (binnenlandse) uitvoerder indien sprake is van een individuele beëindiging van de dienstbetrekking en/of deelneming en de waardeoverdracht het de werknemer mogelijk maakt pensioenaanspraken te verwerven bij de pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever. Voor een waardeoverdracht aan een buitenlandse pensioeninstelling

¹⁹⁵ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.3.

¹⁹⁶ Ik neem hierbij aan dat bij een Nederlandse dienstbetrekking wordt deelgenomen in een Nederlandse pensioenregeling.

vormt artikel 85 PW de kernbepaling.¹⁹⁷ Een Nederlandse pensioenuitvoerder is op basis van deze bepaling verplicht het opgebouwde pensioenkapitaal over te dragen aan een buitenlandse uitvoerder indien cumulatief wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 71 PW en de volgende twee aanvullende voorwaarden:

1. De tot verevening gerechtigde echtgenoot moet met de waardeoverdracht instemmen;
2. De mogelijkheden tot afkoop van de waarde van overgedragen pensioenaanspraken na de waardeoverdracht mogen niet ruimer zijn dan op basis van de Pensioenwet.

Een grensoverschrijdende waardeoverdracht naar een buitenlandse pensioenuitvoerder wordt fiscaal – evenals een binnenlandse overdracht – in beginsel op basis van artikel 19b, tweede lid, Wet LB 1964 bij wijze van fictie aangemerkt als afkoop. Deze (fictieve) afkoop leidt ertoe dat alle tot op dat moment opgebouwde aanspraken in één keer als loon uit vroegere dienstbetrekking in de heffingsgrondslag worden opgenomen. De fictie is echter niet van toepassing wanneer de overdracht in lijn is met de artikelen 70 t/m 91 van de Pensioenwet en het pensioenkapitaal wordt overgedragen aan een andere toegelaten verzekeraar in de zin van artikel 19a, eerste lid, onderdeel a, b of d, Wet LB 1964. De onderdelen a en b zien enkel op binnenlandse pensioenverzekeraars, waardoor enkel onderdeel d als mogelijkheid overblijft voor buitenlandse verzekeraars. Op grond van onderdeel d kan, in combinatie met artikel 10d UB Wet LB 1965, een (buitenlandse) verzekeraar/pensioenfonds worden aangewezen als toegelaten verzekeraar, mits aan een reeks voorwaarden wordt voldaan:

- Er is sprake van een verzekeraar die op grond van de Wft diensten naar Nederland mag verrichten of van een pensioenfonds dat het pensioenbeheer heeft van minstens 100 werknemers en de overeenkomsten sluit vanuit een vestiging buiten Nederland;
- De buitenlandse uitvoerder moet bepaalde inlichtingen verstrekken over de uitvoering van de pensioenregelingen;
- De buitenlandse uitvoerder moet een in Nederland uitwinbare zekerheid stellen jegens de ontvanger voor de invordering van verschuldigde belasting door toepassing van artikel 19b Wet LB 1964, ofwel artikel 3.83, eerste of tweede lid, artikel 3.136, derde, vierde of vijfde lid, of artikel 7.2, achtste lid, Wet IB 2001. Binnen EU-verband is deze zekerheidsstelling niet noodzakelijk als de uitvoerder volgens een overeenkomst met de ontvanger aansprakelijkheid aanvaardt voor de hier bedoelde belasting. De zekerheid kan overigens eveneens door de werknemer worden gesteld.

Op grond van het artikel 10d, zevende lid, UB LB 1965 wordt de aanwijzing van een buitenlandse uitvoerder bekendgemaakt via een toevoeging aan de gepubliceerde lijst op de site van de Belastingdienst. Een belastingplichtige kan aan deze lijst vertrouwen ontleenen. De lijst bestaat bij het schrijven van dit hoofdstuk uit slechts 17 toegelaten pensioenuitvoerder, allen gevestigd in België, Luxemburg of Malta.¹⁹⁸ Gelet op de zeer vergaande eisen die aan de buitenlandse uitvoerder worden gesteld – in het bijzonder de aansprakelijkheidseis voor door de werknemer verschuldigde belasting – is dit mijns inziens allerminst verrassend. Deze

¹⁹⁷ De artikel 86 t/m 89 PW betreffen eveneens de grensoverschrijdende waardeoverdracht, maar blijven hier door de focus op een ‘standaard’ waardeoverdracht buiten beschouwing.

¹⁹⁸ Bekendmaking van het directoraat-generaal Belastingdienst/Cluster Fiscaliteit van 21 maart 2018, nr. 2018-5799.

selecte groep zorgt er echter wel voor dat in de praktijk nagenoeg nooit een beroep kan worden gedaan op artikel 19b, tweede lid, tweede volzin, Wet LB 1964.

Als gevolg daarvan is in het artikel 19b, zesde lid, Wet LB 1964 door de wetgever een alternatief opgenomen om bij een internationale waardeoverdracht een fictieve afkoop te voorkomen. Deze bepaling regelt een geruisloze waardeoverdracht wanneer sprake is van het aangaan van een dienstbetrekking buiten Nederland, mits cumulatief aan de voorwaarden in bijlage IV van het 'Besluit internationale pensioenen'¹⁹⁹ wordt voldaan. Voor waardeoverdrachten aan de EU of ECB en aan internationale organisaties gelden afwijkende voorwaarden, maar deze blijven hier achterwege vanwege het specifieke karakter.

Alvorens nader in te gaan op de gestelde voorwaarden voor een reguliere waardeoverdracht naar een buitenlandse pensioenuitvoerder, wordt kort de koppeling gemaakt met de conserverende aanslag. Indien een geruisloze waardeoverdracht plaatsvindt aan een buitenlandse uitvoerder die voldoet aan de voorwaarden van artikel 19a, eerste lid, onderdeel d, Wet LB 1964 jo. artikel 10d UB LB 1965, wordt geen conserverende aanslag opgelegd. De gedachte hierbij is (vermoedelijk) dat de overnemende pensioenuitvoerder in dat geval de aansprakelijkheid ten aanzien van de verschuldigde belasting bij afkoop heeft geaccepteerd. In het geval de werknemer emigreert naar de nieuwe werkstaat, wordt daarentegen alsnog een conserverende aanslag opgelegd via artikel 3.83, eerste lid, Wet IB 2001. Indien op basis van artikel 19b, zesde lid, Wet LB 1964 een geruisloze waardeoverdracht kan plaatsvinden, wordt echter ook in het geval de werknemer niet emigreert jaarlijks een conserverende aanslag opgelegd. Dit gebeurt op grond van artikel 3.83, tweede lid, Wet IB 2001.

4.5.2.2 Voorwaarden waardeoverdracht aan buitenlandse fiscaal niet-aangewezen uitvoerder

a) Akkoordverklaring inspecteur

Deze voorwaarde hield in dat de bevoegde inspecteur akkoord moest gaan met de hoogte van de over te dragen aanspraak. Deze voorwaarde gold enkel voor het inmiddels afgeschafte pensioen in eigen beheer en dus niet voor reguliere werknemers.

b) Substantiële dienstbetrekking

De werknemer moet aannemelijk maken dat hij/zij in de andere staat een substantiële dienstbetrekking is aangegaan. Daarvan is in ieder geval sprake wanneer deze is aangegaan voor een periode van minimaal vijf jaar. Tegenwoordig komen contracten voor zo'n lange periode zelden nog voor en zie je ook veel contracten voor onbepaalde tijd. Doordat de staatssecretaris de term "in ieder geval" gebruikt, is voor veel werknemers onduidelijk of hun nieuwe arbeidsrelatie een substantiële dienstbetrekking in de hier bedoelde zin vormt. Aangezien bij een binnenlandse waardeoverdracht enkel een wisseling van werkgever vereist²⁰⁰ is en hieraan geen verdere voorwaarden worden gesteld, vormt het moeten aantonen dat een substantiële dienstbetrekking is aangegaan in mijn optiek een (potentiële) belemmering van de arbeidsmobiliteit van werknemers. In paragraaf 5.3.4.5 wordt geanalyseerd of deze voorwaarde een ongerechtvaardigde EU-rechtelijke belemmering vormt.

¹⁹⁹ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798.

²⁰⁰ Artikel 71 PW.

c) Eisen aan de overnemende en overdragende pensioenuitvoerder

De overnemende partij dient een niet in Nederland gevestigde entiteit te zijn, anders dan bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdeel d, Wet LB 1964. Dit lijkt me een logisch vereiste, omdat anders reeds op grond van artikel 19b, tweede lid, Wet LB 1964 een geruisloze waardeoverdracht had kunnen plaatsvinden. Om een waardeoverdracht fiscaal mogelijk te maken, dient de overdragende partij aantonen dat aan de twee civielrechtelijke voorwaarden van artikel 85 PW wordt voldaan. Met name de tweede voorwaarde – inhoudende dat de afkoopmogelijkheden na de grensoverschrijdende waardeoverdracht niet ruimer mogen zijn dan de Pensioenwet voorschrijft – behoeft mijns inziens nadere aandacht. Zoals besproken in hoofdstuk 2 is afkoop volgens de Pensioenwet enkel mogelijk bij jaarlijkse pensioenuitkeringen tot €503,24 (2021). Binnen EU-verband zijn er momenteel 12 landen waar uitkeringen ineens wel gebruikelijk zijn.²⁰¹ Dat zou betekenen dat een geruisloze waardeoverdracht naar uitvoerders in deze landen voor werknemers per definitie onmogelijk zou zijn.

In de praktijk blijkt deze eis echter geen onoverkomelijk probleem. De buitenlandse uitvoerders stellen veelal een addendum op de pensioenregeling op, wat voor de overdragende partij voldoende blijkt om aan deze eis te voldoen.²⁰² Ondanks dat de praktijk er veelal een mouw aan weet te passen, vormt de onderhavige voorwaarde naar mijn mening een (potentiële) belemmering van de arbeidsmobiliteit. Het uitgangspunt blijft namelijk dat het al dan niet aanlopen tegen een fictieve afkoop afhangt van de staat waarnaar het pensioenkapitaal wordt overgedragen. Doordat de buitenlandse pensioenuitvoerder niet verplicht is een addendum op te stellen voor de Nederlandse werknemer, moet hiervoor een verzoek worden gedaan en bestaat bovendien – in ieder geval theoretisch – het risico dat het verzoek wordt afgewezen. In dat geval kan een internationale waardeoverdracht niet plaatsvinden, wat in mijn ogen een belemmering van de arbeidsmobiliteit vormt. In paragraaf 5.3.4.5 wordt dit element aan het vrije verkeer van werknemers getoetst.

d) Nieuwe pensioenregeling

De werknemer moet aannemelijk maken dat de nieuwe buitenlandse pensioenregeling een aldaar gebruikelijke is en een exemplaar van deze pensioenregeling overleggen. Gelet op artikel 1.7, tweede lid, aanhef en onderdeel c, Wet IB 2001 lijkt daarbij doorslaggevend dat de pensioenregeling volgens de belastingwetgeving van de andere staat gezien wordt als kwalificerende pensioenregeling, omdat deze dan ook kwalificeert voor de Nederlandse inkomstenbelasting. Naar mijn mening is het volkomen logisch dat deze voorwaarde wordt gesteld en lijkt het niet al te moeilijk om hieraan te voldoen. Daarom zie ik hierin ook geen potentiële (EU-rechtelijke) belemmering.

e) Rechtstreekse overdracht

De oude pensioenuitvoerder moet het opgebouwde kapitaal rechtstreeks en volledig overdragen aan de overnemende partij. Dit lijkt mij een terechte voorwaarde die geen problemen op zou moeten leveren.

²⁰¹ H. van Meerten e.a., 'Ontwikkelingen in pensioenland: Europa roert zijn staart', *PensioenMagazine* 2021/3.

²⁰² B. Dieleman & P.S. van Straten, 'Individuele internationale waardeoverdracht kan veel beter', *PensioenMagazine* 2016/83.

f) Geen aftrek

De werknemer mag op geen enkele wijze aftrek plegen op het belastbaar inkomen van zichzelf en diens partner als gevolg van de waardeoverdracht. Hieraan wordt per definitie voldaan, omdat met een waardeoverdracht geen aftrekrecht wordt gecreëerd. Derhalve kan deze voorwaarde in mijn optiek vervallen.

g) Emigratie

In het geval sprake is van (voorgenomen) emigratie, dient de werknemer aannemelijk te maken dat het nieuwe woonland te zijner tijd uit het kapitaal voortvloeiende uitkeringen in de heffing zal betrekken. Zoals in hoofdstuk 5 zal worden besproken, zijn landen niet verplicht om pensioenen in de opbouwfase vrij te stellen en te belasten bij uitkering. Vooral buiten de EU zijn er relatief veel landen zonder belastingheffing over pensioenuitkeringen, maar ook binnen de EU zijn er enkele landen die de omkeerregel niet toepassen.²⁰³ Dat zou ervoor zorgen dat een waardeoverdracht naar deze landen per definitie onmogelijk zou zijn. De door de staatssecretaris gestelde voorwaarde werkt daarom belemmerend. In paragraaf 5.3.4.5 wordt dit aspect aan het EU-recht getoetst. Verder moet de werknemer gegevens verstrekken waaruit de nieuwe woonplaats blijkt. Dat lijkt mij een logische voorwaarde die niet getoetst hoeft te worden.

h) Overname aansprakelijkheid

De overnemende uitvoerder dient middels het sluiten van een overeenkomst de aansprakelijkheid te aanvaarden inzake de door de werknemer verschuldigde belasting ten aanzien van de in artikel 44b, eerste lid, IW 1990 genoemde belastbare feiten. De aldaar opgesomde belastbare feiten betreffen artikel 19b, eerste of tweede lid, eerste volzin, Wet LB 1964 en artikel 3.83, eerste of tweede lid dan wel artikel 7.2, achtste lid, Wet IB 2001. Artikel 3.136 Wet IB 2001 ontbreekt in dit rijtje. De aansprakelijkheid voor de overnemende pensioenuitvoerder vervalt wanneer de overdragende partij schriftelijk verklaart de aansprakelijkheid te aanvaarden of wanneer de werknemer voldoende zekerheid heeft gesteld.

Kastelein²⁰⁴ merkt in haar bijdrage op dat geen van beide pensioenuitvoerders erop zit te wachten aansprakelijkheden te accepteren voor de verschuldigde belasting van één van hun deelnemers en dat gebeurt dan ook veelal niet in de praktijk. De voorwaarde komt ook nagenoeg geheel overeen met de in artikel 10d UB LB 1965 opgenomen voorwaarde. Van belang om op te merken is verder dat de overnemende uitvoerder bij een binnenlandse waardeoverdracht in geen enkel geval aansprakelijk kan worden gesteld voor belastingschulden van deelnemers. Gelet op het bovenstaande is mijns inziens sprake van een (mogelijke) belemmering van de arbeidsmobiliteit van werknemer, welke in paragraaf 5.3.4.5 wordt getoetst aan het vrije verkeer van werknemers.

i) Gedeeltelijke afkoop na waardeoverdracht

Dit aspect is geen voorwaarde voor het geruisloos kunnen laten plaatsvinden van een grensoverschrijdende waardeoverdracht, maar meer een soort tegemoetkoming van de

²⁰³ B. Dieleman & P.S. van Straten, 'Individuele internationale waardeoverdracht kan veel beter', *PensioenMagazine* 2016/83.

²⁰⁴ M.E. Kastelein, 'Geactualiseerd besluit over internationale aspecten van pensioenen en loonstamrechten', *NTFR* 2016/2.

staatssecretaris. Zoals eerder besproken, wordt bij een waardeoverdracht naar een buitenlandse uitvoerder een conserverende aanslag opgelegd. Indien de werknemer in Nederland blijft wonen, wordt jaarlijks via artikel 3.83, tweede lid, Wet IB 2001 een nieuwe aanslag opgelegd en wordt via het vierde lid cumulatief voorkomen. In het geval de werknemer emigreert, is hij/zij in beginsel niet langer belastingplichtig²⁰⁵ en wordt geen nieuwe aanslag opgelegd. De werknemer woont en werkt dan immers in het buitenland en bouwt pensioen op via een in die staat gebruikelijke pensioenregeling.

Wanneer een werknemer het opgebouwde pensioen na een grensoverschrijdende waardeoverdracht afkoopt, wordt het verleende uitstel van betaling ingetrokken. Volgens de staatssecretaris is het in lijn met een redelijke wetstoepassing dat de conserverende aanslag niet wordt ingevorderd indien de werknemer op basis van een in de andere staat gebruikelijke mogelijkheid tot afkoop het buitenlandse deel van de pensioenregeling afkoopt. Het buitenlandse deel betreft het deel van de pensioenaanspraak dat niet ziet op het vanuit Nederland overgedragen kapitaal en het daarop behaalde rendement. Dit lijkt op het eerste oog een mooie tegemoetkoming, maar de reikwijdte ervan is mijns inziens zeer beperkt. De conserverende aanslag wordt immers alleen opgelegd ten aanzien van pensioenaanspraken waarvoor in Nederland fiscale faciliteiten zijn verleend.²⁰⁶ Een grensoverschrijdende waardeoverdracht gaat veelal gepaard met een (nieuwe) dienstbetrekking in het buitenland. Daar vindt in de regel dan ook de fiscale facilitering plaats. De relevantie van dit aspect in het besluit acht ik daarom gering.

4.6 Grensoverschrijdende pensioen- en lijfrente-uitkeringen

4.6.1 In Nederland woonachtige gepensioneerden

Ingeval een belastingplichtige ten tijde van het ontvangen van zijn/haar pensioenuitkering opgebouwd bij een Nederlandse pensioenuitvoerder in Nederland woonachtig is, wordt de uitkering in beginsel integraal in de Nederlandse heffing betrokken door toepassing van artikel 10 Wet LB 1964 jo. artikel 3.81 Wet IB 2001. Uit paragraaf 4.3.2.1 blijkt dat perioden waarin de werknemer in dienstbetrekking heeft gestaan tot een verbonden lichaam van de Nederlandse werkgever via een toezegging achteraf meetellen als dienstjaren, waardoor ten aanzien van deze perioden – weliswaar op een later tijdstip – in Nederland fiscale faciliteiten kunnen worden genoten. Hierdoor kan Nederland ook ten aanzien van het deel van de pensioenuitkering dat ziet op de buitenlandse periode heffen op basis van nationale wetgeving. Of Nederland ook daadwerkelijk mag heffen over deze periode, hangt af van de overeengekomen heffingsrechtenverdeling in het belastingverdrag.

Bij een voortzetting van de Nederlandse pensioenregeling middels een buitenlandse faciliteit gedurende werkzaamheden bij een – al dan niet verbonden – buitenlandse werkgever bestaat het risico dat de andere staat geen of slechts gedeeltelijk fiscale facilitering verleend voor de Nederlandse premies, omdat bijvoorbeeld in die andere staat de omkeerregel niet wordt toegepast. Op basis van het ‘Besluit internationale pensioenen’²⁰⁷ kan om economisch dubbele belastingheffing te voorkomen de zogenaamde saldomethode worden toegepast. Deze methode bewerkstelligt dat pensioenuitkeringen zijn vrijgesteld voor zover voor de bijdragen gedurende de buitenlandse periode aldaar geen fiscale tegemoetkoming is verleend. Hierdoor wordt voorkomen dat een werknemer dubbel wordt belast indien Nederland op basis van het

²⁰⁵ Hierbij neem ik aan dat de werknemer geen overige inkomsten in Nederland heeft na emigratie.

²⁰⁶ Zie artikel 3.83, derde lid en artikel 7.2, achtste lid, onderdeel e, Wet IB 2001.

²⁰⁷ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.4.

belastingverdrag de heffingsbevoegdheid bezit over het tijdens de buitenlandse periode opgebouwde pensioen. De werknemer dient hierbij echter zelf aannemelijk te maken welk deel van de premies niet gefaciliteerd is, met substantiële administratieve lasten tot gevolg. Dit wordt echter niet veroorzaakt door een belemmering in de Nederlandse wetgeving, omdat Nederland juist via een mooie tegemoetkoming dubbele belastingheffing voorkomt. De belemmering wordt veroorzaakt door de buitenlandse wetgeving. In paragraaf 5.3.3 schets ik aan de hand van de in paragraaf 5.3.1 en 5.3.2 besproken relevante EU-rechtelijke aspecten een kader waaraan de wetgeving van lidstaten moet voldoen. Daarin wordt ook besproken of het EU-rechtelijk door de beugel kan dat Nederlandse werknemers beperkt of geen fiscale faciliteiten ontvangen in de andere staat, in de wetenschap dat deze wetgeving geen onderscheid maakt tussen inwoners en niet-inwoners.

Uit paragraaf 4.5.1 blijkt dat wanneer een internationale waardeoverdracht naar een Nederlandse uitvoerder heeft plaatsgevonden, de buitenlandse dienstjaren in de Nederlandse regeling worden toegekend. Dat heeft tot gevolg dat het volledige pensioen in Nederland kan worden belast op grond van artikel 10 Wet LB 1964 jo. artikel 3.81 Wet IB 2001. Volgens de staatssecretaris²⁰⁸ mag de hiervoor genoemde saldomethode eveneens worden toegepast voor het gedeelte van de uitkering dat is ontstaan als gevolg van waardeoverdracht vanuit een buitenlandse pensioenregeling die niet fiscaal is gefaciliteerd, zodat dubbele heffing ook hier wordt voorkomen indien Nederland mag heffen op basis van het belastingverdrag.²⁰⁹ In paragraaf 5.3.4.6 kom ik kort terug op de relevantie van de saldomethode anno 2021.

Het is eveneens mogelijk dat een in Nederland woonachtige gepensioneerde een uitkering krijgt vanuit een buitenlandse pensioenregeling. Op basis van artikel 3.82, onderdeel b, Wet IB 2001 worden deze uitkeringen tot het loon gerekend, tenzij door de belastingplichtige aannemelijk wordt gemaakt dat over de pensioenaanspraken aldaar reeds heffing naar het inkomen heeft plaatsgevonden die naar aard en strekking overeenkomt met de Nederlandse inkomsten- of loonbelasting. De bewoordingen "naar aard en strekking" wijzen erop dat niet per se aan alle voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet LB 1964 hoeft te worden voldaan. Wanneer aannemelijk is gemaakt dat een vergelijkbare heffing heeft plaatsgevonden in het buitenland, verlaten de pensioenaanspraken de loonsfeer en worden ze onderdeel van de grondslag van box 3.²¹⁰ Ook deze bepaling voorkomt dus dat een werknemer dubbel wordt belast indien Nederland de heffingsbevoegdheid toegewezen krijgt via het desbetreffende belastingverdrag. In paragraaf 5.3.4.6 bespreek ik kort in welke situatie(s) deze bepaling binnen EU-verband relevant is.

Ten aanzien van lijfrente-uitkeringen vormt artikel 3.100 Wet IB 2001 de kernbepaling. In het eerste lid, onderdeel b is vastgelegd dat termijnen van lijfrenten die dienen ter compensatie van een pensioentekort in de zin van artikel 3.124, eerste lid, onderdeel a, jo. 3.125 Wet IB 2001, vallen onder de belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen. Op basis van artikel 3.107a Wet IB 2001 wordt voor zover de premies niet in aftrek zijn gebracht, een bedrag van maximaal € 2.269 per betaald jaar (2021) niet belast. In tegenstelling tot bij pensioenen kan het daardoor gebeuren dat dubbele belastingheffing niet geheel wordt voorkomen. In paragraaf 5.3.4.6 toets ik het hanteren van dit maximumbedrag in overeenstemming is met het EU-recht. Voor uitkeringen op grond van een buitenlandse lijfrente-verzekering die naar strekking overeenkomt met een Nederlandse geldt dat deze op basis van artikel 3.100, eerste

²⁰⁸ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.4.

²⁰⁹ R. van Sluis, 'Nieuw besluit Internationale aspecten van pensioenen', *TPV* 2016/15.

²¹⁰ R.E.H.M. Bremmers, NDFR-commentaar op artikel 3.82 Wet IB 2001, par. 4.

lid, onderdeel c, Wet IB 2001 onbelast blijven voor zover hiervoor geen premieaftrek is verleend.

4.6.2 In het buitenland woonachtige gepensioneerden

Wanneer een pensioengerechtigde in het buitenland woonachtig is ten tijde van het ontvangen van een pensioenuitkering voortvloeiend uit het hebben verricht van arbeid in Nederland, is hij/zij voor dit inkomensbestanddeel buitenlands belastingplichtig op grond van artikel 7.2, tweede lid, onderdeel b, Wet IB 2001. Dit geldt zowel voor de situatie waarin tijdens de Nederlandse werkzaamheden pensioen is opgebouwd bij een Nederlandse pensioenuitvoerder als bij een buitenlandse uitvoerder, waarbij de laatste situatie voornamelijk voorkomt bij tijdelijke tewerkstelling in Nederland. Of Nederland daadwerkelijk kan heffen, is afhankelijk van de gemaakte afspraken in het belastingverdrag.

Ten aanzien van lijfrenten geldt dat Nederland op basis van artikel 7.2, tweede lid, onderdeel d, Wet IB 2001 wil heffen over alle uitkeringen voor zover de daarvoor betaalde premies in Nederland in aftrek zijn gebracht. Dat geldt zowel voor premies betaald aan een Nederlandse als aan een buitenlandse lijfrenteverzekeraar. Indien op basis van artikel 3.133, tweede lid, onderdeel h of j, of artikel 3.136 Wet IB 2001 een conserverende aanslag wordt opgelegd, wordt hiermee geen rekening gehouden bij de grondslag van artikel 7.2 Wet IB 2001. Bij zowel pensioenen als lijfrenten zie ik geen potentiële belemmeringen indien de belastingplichtige gedurende de uitkeringsfase woonachtig is in het buitenland.

4.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de nationale wet- en regelgeving inzake pensioenen en lijfrenten centraal, waarbij is gekeken naar eventuele onduidelijkheden en potentiële strijdigheden met de goede verdragstrouw en/of het EU-recht. De wetgever heeft naar aanleiding van de 2009-arresten – waarin door de Hoge Raad werd geoordeeld dat de conserverende aanslag bij emigratie inzake pensioenen en lijfrenten in strijd is met de goede verdragstrouw indien Nederland als bronstaat het heffingsrecht heeft prijsgegeven – reparatiewetgeving doorgevoerd. Volgens de Hoge Raad is deze wetgeving in lijn met de goede verdragstrouw, omdat een voorwaardelijk verleend belastingvoordeel wordt teruggenomen. Aangezien in de literatuur vraagtekens worden geplaatst bij dit oordeel, is het zinvol te analyseren of de conserverende aanslag nog steeds in strijd is met de goede verdragstrouw.

In het 15-aprilarrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 3.83, eerste lid, Wet IB 1991 in overeenstemming is met het EU-recht, welke bepaling op dat moment niet meer zag op situaties waarin het belastingverdrag een volledige woonstaatheffing voorschrijft. Het is dan ook zinvol om te toetsen of de doorgevoerde reparatiewetgeving eveneens in lijn is met het EU-recht. Naast de situatie van emigratie wordt eveneens een conserverende aanslag opgelegd bij een internationale waardeoverdracht. Hoewel een dergelijke waardeoverdracht en emigratie vaak samengaan, is dat niet per definitie het geval. Ook bij voortzetting van een buitenlandse pensioenregeling in Nederland wordt jaarlijks een conserverende aanslag opgelegd. Om een compleet beeld te schetsen wordt ook de in deze twee andere situaties opgelegde conserverende aanslag getoetst aan de goede verdragstrouw en het EU-recht.

De buitenlandse pensioenregeling van een werknemer die zijn/haar pensioenregeling gedurende werkzaamheden in Nederland wil voortzetten, voldoet veelal niet aan de normen van hoofdstuk IIB Wet LB. Onder bepaalde specifieke voorwaarden worden dergelijke pensioenregelingen alsnog aangewezen als kwalificerende pensioenregeling. Aan

werknemers afkomstig uit een andere EU-lidstaat worden – mits voldaan aan de heldere voorwaarden – fiscale faciliteiten verleend conform de fiscale wetgeving van de uitzendstaat. Indien de wetgeving in laatstgenoemde staat minder ruimhartig is dan de Nederlandse, worden inkomende werknemers slechter behandeld dan inwoners van Nederland. Door deze slechtere behandeling is mogelijk sprake van een strijdigheid met het vrije verkeer van werknemers. De aanwijzing is gemaximeerd tot een periode van vijf jaar. Hierdoor ontvangt een werknemer die zijn/haar buitenlandse pensioenregeling voor een periode langer dan vijf jaar wil voortzetten, na afloop van de vijfjaarstermijn geen fiscale facilitering meer. Dit vormt eveneens een potentiële EU-rechtelijke strijdigheid.

Onder voorwaarden kunnen buitenlandse pensioenregelingen fiscaal worden gefaciliteerd conform de Nederlandse normen indien met de andere staat in het bilaterale belastingverdrag een pensioenpremiebepaling is opgenomen. De aanwijzing wordt in beginsel verleend gedurende maximaal de in het belastingverdrag opgenomen periode. Indien echter geen limiet is opgenomen, geldt een periode van maximaal tien jaar. De vraag is of hiermee niet eenzijdig afbreuk wordt gedaan aan hetgeen Nederland met de andere verdragspartner in het belastingverdrag is overeengekomen en zodoende sprake is van strijd met de goede verdragstrouw. Aangezien na tien jaar opeens geen fiscale facilitering meer wordt verleend, komt de vraag op of dit een EU-rechtelijke belemmering vormt. Indien met een EU-lidstaat verdragsrechtelijk een pensioenpremiebepaling is overeengekomen, ontstaat samenloop tussen twee aanwijzingen. Het is onvoldoende duidelijk of tussen beide aanwijzingen een verplichte rangorde bestaat of dat de werknemer kan kiezen voor de voordeligste optie. Ik pleit dan ook voor een verduidelijking van de staatssecretaris. Indien een werknemer verplicht is of de keuze heeft om gedurende de eerste vijf jaar fiscale faciliteiten conform de wetgeving van de uitzendstaat, wordt (mogelijk) afgeweken van hetgeen verdragsrechtelijk is overeengekomen. Dit aspect dient daarom getoetst te worden aan de goede verdragstrouw.

Een Nederlandse werknemer kan zijn/haar Nederlandse pensioenregeling in het buitenland voortzetten middels een toezegging na afloop van de buitenlandse periode. Een belangrijke voorwaarde hierbij is dat de werknemer in dienstbetrekking heeft gestaan tot een verbonden lichaam in de zin van artikel 10a, vierde lid, Wet VpB 1969. Deze verbondenheidseis heeft tot gevolg dat inkoop achteraf niet mogelijk is buiten concernverband, terwijl deze beperking niet wordt gesteld in binnenlandse verhoudingen. Het is de vraag of deze belemmering de toets van het vrije verkeer van werknemers kan doorstaan. Een andere mogelijkheid om de Nederlandse pensioenregeling voort te zetten, betreft het doen van een beroep op een buitenlandse pensioenfaciliteit. Of de Nederlandse pensioenregeling in de andere staat wordt erkend als kwalificerende pensioenregeling, hangt af van de nationale wetgeving in de andere staat, welke uiteraard in overeenstemming moet zijn met het EU-recht.

Werknemers die in Nederland komen wonen en/of werken en binnenlands belastingplichtig worden, kunnen onder voorwaarden hun bestaande buitenlandse lijfrenteverzekering in Nederland fiscaal gefaciliteerd voortzetten. In de 2019-update van het 'Verzamelbesluit lijfrenten' is één van de drie voorwaarden gewijzigd. Deze houdt nu in dat de lijfrenteverzekering qua strekking moet overeenkomen met een inkomensvoorziening als bedoeld in afdeling 3.7 Wet IB 2001. Het is mijns inziens onvoldoende duidelijk wat precies met deze voorwaarde wordt bedoeld en is daarom een verduidelijking wenselijk. Buitenlands belastingplichtigen hebben – geïnspireerd op de Schumacker-leer – eveneens de mogelijkheid hun buitenlandse lijfrenteverzekering in Nederland voort te zetten. Hierin zie ik geen potentiële belemmering van het vrije verkeer van werknemers. Werknemers die een Nederlandse

lijfrenteverzekering in het buitenland willen voortzetten, zijn – net als bij pensioenen – afhankelijk van hetgeen daarover is opgenomen in de aldaar geldende nationale wetgeving.

Een grensoverschrijdende waardeoverdracht van pensioenkapitaal vanuit het buitenland is in beginsel fiscaal geruisloos mogelijk wanneer aan de voorwaarden van artikel 91 PW wordt voldaan. Aangezien de derde voorwaarde – inhoudende dat aan de Nederlandse uitvoerder geen voorwaarden worden gesteld die in strijd zijn met de Pensioenwet – mogelijk tot problemen kan leiden, heeft de staatssecretaris een aanwijzing opgenomen met mijns inziens volkomen heldere en logische voorwaarden vanuit Nederlandse kant. Een geruisloze internationale waardeoverdracht naar een buitenlandse pensioenuitvoerder is mogelijk via artikel 19b, tweede lid, Wet LB 1964. Aangezien de hieraan gekoppelde voorwaarden dermate vergaand zijn dat hieraan zelden worden voldaan, is in lid zes een alternatief opgenomen.

In diverse van de door de staatssecretaris gestelde voorwaarden voor toepassing van dit alternatief zie ik echter potentiële belemmeringen van het vrije verkeer van werknemers. Zo wordt de eis gesteld dat de werknemer aannemelijk moet maken dat hij/zij in de andere staat een substantiële dienstbetrekking aangaat, terwijl in binnenlandse verhoudingen enkel een wisseling van werkgever is vereist. Een andere voorwaarde betreft de civielrechtelijke eis dat de afkoopmogelijkheden na de waardeoverdracht niet ruimer mogen zijn dan de Pensioenwet voorschrijft. In diverse Europese landen zijn uitkeringen ineens wel gebruikelijk, waardoor een geruisloze waardeoverdracht naar aldaar gevestigde uitvoerder per definitie onmogelijk zou zijn. Dit belemmert de internationaal actieve werknemer mogelijk. Indien de werknemer emigreert, dient de werknemer verder aannemelijk te maken dat het niet woonland de toekomstige uit het pensioenkapitaal voortvloeiende uitkeringen in de heffing zal betrekken. In enkele landen wordt de omkeerregel echter niet toegepast, waardoor pensioenen juist in de opbouwfase worden belast. Een waardeoverdracht zonder fiscale gevolgen naar deze landen is daarmee per definitie onmogelijk. De laatste voorwaarde die een nadere toetsing verdient, betreft de voorwaarde dat de overnemende uitvoerder de aansprakelijkheid moet aanvaarden voor diverse belastingschulden van de werknemers. In de praktijk blijkt dat pensioenuitvoerders hiertoe zelden tot nooit bereid zijn.

Tot slot is in dit hoofdstuk ingegaan op de uitkeringsfase van pensioenen en lijfrenten. Op basis van de zogenaamde saldomethode zijn Nederlandse pensioenuitkeringen vrijgesteld voor zover voor de bijdragen in de opbouwfase in het buitenland geen fiscale faciliteiten zijn verleend, waardoor dubbele belastingheffing op effectieve wijze wordt voorkomen. De saldomethode kan eveneens worden toegepast voor zover ten behoeve van naar Nederland overgedragen pensioenkapitaal geen fiscale tegemoetkoming is verleend. Voor buitenlandse pensioenregelingen wordt via artikel 3.82, onderdeel b, Wet IB 2001 dubbele belastingheffing voorkomen voor zover deze pensioenaanspraken in de andere staat reeds zijn belast volgens een naar aard en strekking met de Nederlandse inkomsten- of loonbelasting overeenkomende heffing. Inzake Nederlandse lijfrenteverzekeringen wordt via artikel 3.107a Wet IB 2001 dubbele belastingheffing echter niet altijd geheel voorkomen, wat de vraag oproept of dit niet in strijd is met het vrije verkeer van werknemers. Voor uitkeringen uit een buitenlandse lijfrenteverzekering wordt dubbele belastingheffing daarentegen wel volledig voorkomen. In het buitenland woonachtige gepensioneerden worden op basis van nationale wetgeving in de heffingsgrondslag betrokken via artikel 7.2, tweede lid, onderdeel b (pensioenen) en onderdeel d (lijfrenten), Wet IB 2001. Of Nederland daadwerkelijk kan heffen, hangt af van hetgeen verdragsrechtelijk is overeengekomen.

Hoofdstuk 5: Grensoverschrijdende pensioenen en lijfrenten: bilaterale belastingverdragen en EU-recht

5.1 Inleiding

In het vierde hoofdstuk zijn de nationaalrechtelijke aspecten van de opbouw en afwikkeling van pensioenen en lijfrenten besproken en zijn diverse potentiële belemmeringen van de goede verdragstrouw en/of het EU-recht vastgesteld. In dit hoofdstuk wordt zowel het verdragsrechtelijke als EU-rechtelijke kader geschetst, waarbij de in het vorige hoofdstuk gesignaleerde potentiële belemmeringen in de nationale wet- en regelgeving aan de goede verdragstrouw en/of het EU-recht worden getoetst. Dit hoofdstuk poogt een antwoord te formuleren op de volgende deelvraag: *In hoeverre zijn onduidelijkheden waarneembaar in de verdragsrechtelijke en EU-rechtelijke behandeling van pensioenen en lijfrenten, (in hoeverre) zijn elementen uit de Nederlandse nationale wet- en regelgeving in strijd met de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers en hoe kunnen – indien aanwezig – deze onduidelijkheden en/of strijdigheden worden weggenomen?*

In dit hoofdstuk worden de verdragsrechtelijke en EU-rechtelijke aspecten separaat besproken in respectievelijk paragraaf 5.2 en 5.3. Paragraaf 5.2 wordt in paragraaf 5.2.1 afgetrapt met hoe heffingsbevoegdheden over pensioenen en lijfrenten volgens de OESO-MV zouden moeten worden verdeeld, waarna het Nederlandse fiscale verdragsbeleid in kaart wordt gebracht. Vervolgens wordt in paragraaf 5.2.2 gekeken naar hoe heffingsbevoegdheden over reguliere pensioen- en lijfrente-uitkeringen daadwerkelijk zijn verdeeld in de door Nederland met andere Europese landen gesloten belastingverdragen. In paragraaf 5.2.3 wordt aandacht besteed aan de wijze waarop heffingsrechten inzake afkoopsommen van pensioenen en lijfrenten worden verdeeld over de verdragspartners. In paragraaf 5.2.4 worden de twee in hoofdstuk 4 gesignaleerde potentiële strijdigheden met de goede verdragstrouw, aan dit beginsel getoetst. Indien strijd met de goede verdragstrouw wordt vastgesteld, wordt een oplossing voorgedragen om deze strijdigheid weg te nemen.

Zoals gezegd staat paragraaf 5.3 in het teken van de EU-rechtelijke aspecten. In paragraaf 5.3.1 wordt een overzicht gegeven van diverse prejudiciële beslissingen van het HvJ die verband houden met grensoverschrijdende pensioenen en lijfrenten. In paragraaf 5.3.2 wordt de invloed van de EC op het terrein van pensioenen en lijfrenten besproken. Hierbij kan gedacht worden aan de door de EC uitgevaardigde Pensioenmededeling en de door de EC tegen diverse lidstaten gevoerde infractieprocedures. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3.3 aan de hand van de twee voorgaande paragrafen een kort kader geschetst waaraan de nationale wetgeving van EU-lidstaten (in ieder geval) aan moet voldoen. Daarna wordt getoetst of de in hoofdstuk 4 gesignaleerde potentiële EU-rechtelijke belemmeringen in de Nederlandse nationale wet- en regelgeving daadwerkelijk in strijd zijn met het EU-recht en – indien dit het geval is – hoe de wetgeving moet worden aangepast om hiermee in overeenstemming te komen. In paragraaf 5.4 wordt dit hoofdstuk afgesloten met een deelconclusie.

5.2 Pensioenen en lijfrenten in verdragsrechtelijk verband

5.2.1 Verdeling heffingsbevoegdheid: OESO-MV en Nederlands verdragsbeleid

Voor pensioenen en soortgelijke uitkeringen volgt uit artikel 18 OESO-MV de hoofdregel dat het heffingsrecht exclusief wordt toegewezen aan de woonstaat. Uit paragraaf 5 van het OESO-commentaar bij het onderhavige artikel blijkt dat onder pensioenen enkel periodieke uitkeringen vallen, terwijl onder soortgelijke uitkeringen ook niet-periodieke uitkeringen kunnen

vallen. In deze paragraaf wordt alleen aandacht bestaat aan periodieke uitkeringen, in paragraaf 5.2.3 komen de afkoopsommen aan de beurt. De keuze voor een integrale woonstaatheffing wordt gemotiveerd met een tweetal argumenten:

- De woonstaat verkeert in een betere positie dan elke andere staat om rekening te kunnen houden met de draagkracht van de gepensioneerde;
- Het voorkomt administratieve verplichtingen als gevolg van het moeten voldoen aan belastingverplichtingen in andere staten dan de woonstaat.²¹¹

Verder wordt aangegeven dat staten geheel vrij zijn in hun belastingverdragen een exclusieve of gelimiteerde bronstaatheffing op te nemen. Een belangrijk motief voor het opteren voor een bronstaatheffing is het voorkomen van dubbele non-belasting, zoals wanneer de woonstaat niet heft over (buitenlandse) pensioenuitkeringen.²¹² De OESO noemt inzake beperkte bronstaatheffingen als voorbeelden dat de bronstaat alleen mag heffen indien de woonstaat geen belasting heft of juist een bronstaatheffing tot een bepaald percentage van de waarde van de uitkering.²¹³ De OESO signaleert als belangrijk nadeel van een (gelimiteerde) bronstaatheffing dat duidelijk moet worden gemaakt wat met de bronstaat wordt bedoeld. Gaat het om de staat waar de pensioenuitvoerder is gevestigd, de staat waar de werkzaamheden zijn verricht of juist de staat waar de fiscale faciliteiten zijn geclaimd? De eerste optie is volgens de OESO moeilijk te rechtvaardigen, terwijl de andere twee leiden tot de nodige administratieve rompslomp, zeker wanneer individuen gedurende hun carrière in diverse landen hebben gewerkt.²¹⁴

De vormgeving van het OESO-commentaar bij artikel 18 wijst erop dat de OESO ervanuit gaat dat in beginsel de opbouwfase fiscaal wordt gefaciliteerd en de uitkeringen worden belast. In paragraaf 5.3.2.1 zullen we zien dat de meeste EU-landen deze systematiek toepassen, maar toch zijn er enkele landen die juist geen vrijstelling verlenen bij de opbouw en de uitkering (gedeeltelijk) vrijstellen. Dit systeemverschil kan leiden tot dubbele belastingheffing in het geval de woonstaat de pensioenuitkeringen belast, terwijl in de opbouwfase geen vrijstelling is genoten.²¹⁵ Voor dergelijke gevallen stelt de OESO voor dat de woonstaat afziet van heffing via een bepaling in het belastingverdrag.²¹⁶ Nederland kiest echter voor een andere wijze om dubbele heffing door een systeemverschil tegen te gaan, namelijk via nationale wetgeving en beleid. Via artikel 3.82, onderdeel b, Wet IB 2001 worden uitkeringen vanuit buitenlandse pensioenregelingen vrijgesteld als in de opbouwfase geen fiscale tegemoetkoming is verleend. De staatssecretaris regelt in het 'Besluit internationale pensioenen'²¹⁷ hetzelfde voor uitkeringen uit Nederlandse pensioenregelingen, waarbij tijdens de opbouwfase in het buitenland geen fiscale faciliteiten zijn verleend.

In de paragrafen 31-65 van het OESO-commentaar is de mogelijkheid tot het opnemen van een pensioenpremiebepaling opgenomen, zoals besproken in paragraaf 4.3.1.2. Op basis van deze bepaling kunnen bijdragen aan buitenlandse pensioenregelingen op dezelfde wijze

²¹¹ OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV, par. 1.

²¹² OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV, par. 14.

²¹³ OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV, par. 15.

²¹⁴ OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV, par. 19.1.

²¹⁵ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 6.8.1.2.

²¹⁶ OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV, par. 23.

²¹⁷ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.4.

worden behandeld als binnenlandse regelingen. De door de OESO voorgestelde voorwaarden zijn dat de werknemer reeds deelnam in de pensioenregeling voor tewerkstelling in de werkstaat en dat de pensioenregeling in algemene zin vergelijkbaar is met een in de werkstaat erkende regeling.²¹⁸ Deze voorwaarden zie je ook terug in het 'Besluit internationale pensioenen'²¹⁹. De OESO plaatst in diens suggestie geen maximale duur bij de aanwijzing van de buitenlandse pensioenregeling, maar om misbruik te voorkomen zijn staten vrij om een limiet op te nemen.²²⁰ Zoals besproken in paragraaf 4.3.1.2 heeft de staatssecretaris eenzijdig een maximale termijn van tien jaar gesteld. Op de vraag of deze termijn verdrags- en EU-rechtelijk door de beugel kan, kom ik later terug.

Het OESO-commentaar bij artikel 18 eindigt met enkele opmerkingen inzake de internationale waardeoverdracht. De OESO geeft aan dat in binnenlandse verhoudingen veelal een overdracht zonder fiscale gevolgen mogelijk is, terwijl een grensoverschrijdende overdracht mogelijk wel wordt belast als het belastingverdrag heffingsrechten geeft aan de bronstaat. Om dit obstakel te tackelen, kunnen staten ervoor opteren om een internationale waardeoverdracht in elke staat op dezelfde wijze te behandelen als een binnenlandse overdracht.²²¹

Uit de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 1998 blijkt dat Nederland destijds in beginsel de exclusieve woonstaatheffing uit het OESO-MV wilde volgen, maar wel een uitzondering wilde opnemen voor de situatie waarin de pensioenopbouw (in Nederland) fiscaal gefaciliteerd is en de uitkeringen in de woonstaat niet of nauwelijks worden belast. In dat geval streefde Nederland een – al dan niet gedeeltelijke – bronstaatheffing na bij de (her)onderhandelingen met verdragspartners.²²² In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 is het verdragsbeleid gewijzigd naar een integrale bronstaatheffing voor fiscaal gefaciliteerde pensioenen, ongeacht de heffing in de woonstaat. Indien de andere verdragsstaat juist een (volledige) woonstaatheffing nastreeft, kan bij wijze van compromis een beperkte bronstaatheffing worden overeengekomen in de vorm van een maximaal percentage.

De aanzienlijke koerswijziging qua verdragsbeleid wordt gemotiveerd met een tweetal argumenten. Als eerste wordt gewezen op de trend dat steeds meer Nederlanders ten tijde van de uitkering van hun in Nederland opgebouwde pensioenaanspraak in een ander (vaak zonniger) land woonachtig zijn en dat de fiscale faciliteiten in Nederland relatief ruimhartig zijn. Ten tweede wordt – onder verwijzing naar de sinds 2005 in het OESO-commentaar opgenomen paragrafen over bronstaatheffingen – gesteld dat internationaal gezien een bronstaatheffing steeds meer wordt erkend.²²³ Tot slot wordt opgemerkt dat Nederland ernaar streeft een pensioenpremiebepaling op te nemen in het non-discriminatieartikel.²²⁴

In 2020 is een nieuwe versie verschenen van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid. Daaruit valt op te maken dat Nederland bij verdragsonderhandelingen nog steeds een volledige bronstaatheffing nastreeft. Het voornaamste verschil met de vorige versie is dat is vermeld dat wanneer de verdragspartner niet akkoord gaat met een integrale bronstaatheffing, Nederland ernaar streeft in ieder geval het heffingsrecht te hebben inzake grote pensioenen en alle afkoopsommen. Een andere noviteit betreft een nadere toelichting van overwegingen die van

²¹⁸ OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV, par. 37.

²¹⁹ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.3.

²²⁰ OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV, par. 47&48.

²²¹ OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV, par. 67&68.

²²² Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 1998.

²²³ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par. 2.11.1.

²²⁴ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par. 2.11.5.

invloed kunnen zijn om al dan niet een overgangsbepaling op te nemen indien de pensioenbepaling in een concreet verdrag radicaal wordt gewijzigd. De genoemde overwegingen zijn veelal administratief en budgettair van aard.²²⁵

In paragraaf 3.4.1 heb ik beargumenteerd dat mijns inziens een partiële bronstaatheffing het meest passend is bij socialezekerheidsuitkeringen. Dit standpunt ben ik eveneens toegedaan met betrekking tot reguliere pensioenuitkeringen. De gedachte achter een gedeeltelijke toewijzing aan de woonstaat is ook hier dat de gepensioneerde gebruikmaakt van de overheidsvoorzieningen in de woonstaat en daarom moet bijdragen aan de financiering van de uitgaven in dat verband. De motivatie voor een bronstaatheffing is echter wel verschillend. De bronstaat heeft namelijk in de opbouwfase fiscale facilitering verleend in de vorm van een vrijstelling c.q. aftrek en moet daarom in mijn optiek ook over het grootste deel van de uiteindelijke uitkering kunnen heffen. Ik acht het spijtig dat in het fiscale verdragsbeleid geen bronstaatbelastingpercentage is genoemd dat Nederland passend acht in het geval een partiële bronstaatheffing wordt overeengekomen.

Over lijfrenten kunnen we kort zijn in dit kader. Binnen het OESO-MV vallen deze onder het restartikel en niet onder het pensioenartikel, omdat dergelijke uitkeringen geen direct verband hebben met de vroegere dienstbetrekking.²²⁶ Uit zowel de Notitie uit 2011 als die van 2020 blijkt dat Nederland bij verdragsonderhandelingen lijfrenten op gelijke wijze wil behandelen en dus ten aanzien van lijfrenten ook een integrale bronstaatheffing nastreeft.²²⁷ Aangezien voor zowel pensioenen en lijfrenten de omkeerregel geldt, is dit mijns inziens een logische gedachte.

5.2.2 Verdeling heffingsbevoegdheid: Nederlandse belastingverdragen

Om inzichtelijk te maken in hoeverre Nederland bij verdragsonderhandelingen erin slaagt een integrale bronstaatheffing vast te leggen, is een overzicht gemaakt van de wijze van verdeling van heffingsbevoegdheid ten aanzien van pensioenen en lijfrenten in de per 1 januari 2021 door Nederland geldende belastingverdragen met alle EU- en/of EER-staten, plus Zwitserland. De kernpunten uit dit overzicht met betrekking tot reguliere pensioen- en lijfrente-uitkeringen bespreek ik in deze paragraaf. Voor het volledige overzicht verwijs ik naar bijlage 3. De afkoop van pensioenen en lijfrenten bespreek ik in paragraaf 5.2.3.

Om maar direct met de deur in huis te vallen: slechts met drie Europese verdragslanden is voor pensioenuitkeringen een integrale bronstaatbelasting overeengekomen, te weten met Noorwegen, Denemarken en Polen. Met Polen is in oktober 2020 een wijzigingsprotocol ondertekend dat ten tijde van het schrijven van dit stuk in beide landen in de vereiste goedkeuringsprocedure zit.²²⁸ Het momenteel nog geldende verdrag bevat een geconditioneerde bronstaatheffing met drie voorwaarden en wordt dus binnenkort aanzienlijk vereenvoudigd. Ook de verdragen met de andere twee landen zijn gewijzigd na de publicatie van de 2011-update van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid (2013 respectievelijk 2018) en kenden in de periode daarvoor juist een integrale woonstaatheffing.

Kijkend naar alle verdragen in het overzicht, dan valt te concluderen dat in ruim de helft daarvan zelfs nog steeds een volledige woonstaatheffing is opgenomen. Dat valt te verklaren

²²⁵ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, par. 4.10.

²²⁶ OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV, par. 7.

²²⁷ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par. 2.11 & Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020, par. 4.10.

²²⁸ Tractatenblad 2020, nummer 119.

door het feit dat geen van deze verdragen – met uitzondering van die met Tsjechië – na de publieke bekendmaking van de omslag in het fiscale verdragsbeleid in 2011 is gewijzigd. Ondanks dat de tendens is dat bij verdragshonderhandelingen een – al dan niet integrale – bronstaatheffing wordt overeengekomen voor reguliere pensioenuitkeringen, is het gewijzigde verdragsbeleid dus nog lang niet in alle belastingverdragen terug te zien. Gezien het aantal gewijzigde verdragen in de laatste tien jaar kan het naar mijn verwachting nog wel even duren voordat dit wel is bewerkstelligd.

Nederland is met een zevental onderzochte landen een geconditioneerde bronstaatbelasting overeengekomen. De betrokken landen en geldende voorwaarden zijn exact dezelfde als ten aanzien van de in hoofdstuk 3 besproken socialezekerheidsuitkeringen. Daar waar voor socialezekerheidsuitkeringen alleen met Zwitserland een partiële bronstaatheffing is vastgelegd, geldt dit voor (tweedepijler)pensioenen naast Zwitserland (15%) ook voor Finland (20%). Het belangrijkste verschil is dat met betrekking tot socialezekerheidsuitkeringen met veel meer landen een (volledige) bronstaatheffing is overeengekomen en veel minder vaak een volledige woonstaatheffing. De meest logische verklaring hiervoor lijkt mijns inziens dat voor socialezekerheidsuitkeringen eenvoudiger de bronstaat vastgesteld kan worden. Uit het land waar je tijdens een bepaalde periode sociaal verzekerd bent, krijg je immers ook altijd de toekomstige uitkering die op deze periode betrekking heeft. Voor pensioenen ligt dit genuanceerder, zoals ik hierna zal toelichten aan de hand van een voorbeeld.

Stel dat een Deense werknemer gedurende enkele jaren naar Nederland wordt gedetacheerd en dat de Deense pensioenregeling tijdens de gehele uitzendperiode in Nederland fiscaal wordt gefaciliteerd op basis van het ‘Besluit internationale pensioenen’²²⁹. Na afloop van de detachering vervolgt de werknemer zijn dienstbetrekking weer in Denemarken en hij/zij is daar na pensionering nog steeds woonachtig. De vraag is dan wat de bronstaat is van het gedeelte van het Deense pensioen dat ziet op de periode van detachering naar Nederland. Aansluiting bij de vestigingsstaat van het pensioenfonds zou leiden tot aanwijzing van Denemarken als bronstaat, terwijl aansluiting bij de staat waar de werkzaamheden zijn verricht of waar de fiscale tegemoetkoming is geclaimd juist zou leiden tot aanwijzing van Nederland. Mijns inziens moet worden aangesloten bij de staat waar de fiscale faciliteiten zijn verleend, in casu Nederland. De bedoeling van een bronstaatheffing is immers dat een land (gedeeltelijk) wil heffen over een pensioenuitkering die correspondeert met aanspraken die tijdens de opbouwfase fiscaal zijn gefaciliteerd.

Uit bijlage 3 blijkt dat – met Finland als enige uitzondering – in alle door Nederland gesloten belastingverdragen waarin één van de varianten van een bronstaatheffing voor reguliere pensioenuitkeringen is opgenomen, expliciet is vastgelegd dat de bronstaat de staat is waar pensioenaanspraken tijdens de opbouwfase in aanmerking zijn gekomen voor fiscale facilitering. Dit juich ik ten zeerste toe, omdat hiermee wordt voorkomen dat meer dan één staat de bronstaat claimt te zijn. Mits overzichtelijk is bijgehouden gedurende welke perioden in welk land fiscale faciliteiten zijn genoten, voorzie ik geen problemen bij het vaststellen van de bronstaat.

Een interessante vervolgvraag betreft de invloed van een internationale waardeoverdracht op de toewijzing van heffingsrechten. Neem de situatie waarin een werknemer lange tijd voor een Nederlandse werkgever heeft gewerkt en besluit naar Zwitserland te emigreren om daar te gaan werken en uiteindelijk ook daar van zijn/haar pensioen te genieten. De werknemer wil

²²⁹ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.1.

het in Nederland opgebouwde pensioenen overdragen naar een Zwitserse uitvoerder en hier neem ik voor nu even aan dat dit mogelijk is. Op het moment dat na pensionering het pensioen wordt uitgekeerd, is feitelijk sprake van een binnenlandse situatie in Zwitserland: een Zwitsers pensioen wordt immers uitgekeerd aan een inwoner van Zwitserland. De vraag is dan of Nederland dan nog gezien kan worden als bronstaat voor de periode waarin hier fiscale facilitering is verleend of dat Nederland als gevolg van de internationale waardeoverdracht geen heffingsrecht meer bezit.

In mijn optiek zou een grensoverschrijdende waardeoverdracht geen invloed moeten hebben op het heffingsrecht dat Nederland in bovenstaand voorbeeld als bronstaat heeft. De gedachte achter het opnemen van een bronstaatheffing is immers dat een land over een pensioenuitkering kan heffen voor zover in dat land fiscale facilitering is verleend. Een waardeoverdracht zorgt er niet voor dat de verleende fiscale faciliteiten worden teruggedraaid, waardoor het mijns inziens onterecht zou zijn als Nederland hierdoor diens opgebouwde heffingsrecht verliest. Deze gedachte zien we terug in een groot deel van de door Nederland gesloten belastingverdragen waarin een – al dan niet integrale – bronstaatheffing is opgenomen voor pensioenuitkeringen. Uit het overzicht van bijlage 3 blijkt dat alleen in de verdragen met Denemarken en Zwitserland geen bepaling is opgenomen met de strekking dat een waardeoverdracht de heffingsrechten van de bronstaat niet beïnvloed.

De vraag resteert dan welke conclusie we kunnen trekken in de verhouding tot Denemarken en Zwitserland. Betekent het niet opnemen van een dergelijke bepaling dat een internationale waardeoverdracht niet moet worden weggedacht of kan deze conclusie alleen worden getrokken wanneer dit expliciet worden opgenomen in het verdrag? Wanneer een waardeoverdracht niet moet worden weggedacht, betekent dit dat een bronstaatheffing kan worden voorkomen door het pensioen over te dragen naar de nieuwe woonstaat. Dit lijkt mij niet de bedoeling, maar zoals gezegd schept het verdrag onvoldoende duidelijkheid. Deze onduidelijkheid kan worden weggenomen door bij verdragsonderhandelingen expliciet een passage op te nemen waarin worden toegelicht hoe wordt omgegaan met een internationale waardeoverdracht van pensioenkapitaal.

In de vorige paragraaf hebben we gezien dat het Nederlandse verdragsbeleid inzake lijfrenten neerkomt op een gelijkstelling met pensioenen. Uit het overzicht in bijlage 3 blijkt dat in 19 van de 29 geanalyseerde belastingverdragen expliciet is opgenomen dat de in het pensioenartikel opgenomen toewijzingsregels eveneens van toepassing zijn op lijfrenten. Stel dat de eerder besproken Deense werknemer die werd gedetacheerd naar Nederland eveneens beschikte over een Deense lijfrente en gedurende zijn/haar detachering de daarvoor betaalde premies in Nederland in aftrek kon brengen. Door de gelijkstelling voor lijfrenten in het belastingverdrag kan de toekomstige lijfrente-uitkering in Nederland worden belast voor zover de uitkering ziet op de periode waarin in Nederland werd gewerkt. Dit lijkt mij een logische situatie. In de verdragen waarin geen expliciete gelijkstelling voor lijfrenten is opgenomen, wijst zowel het pensioen- als restartikel de heffingsbevoegdheid exclusief toe aan de woonstaat. In dat geval is het dus niet per definitie noodzakelijk een gelijkstelling voor lijfrenten vast te leggen.

5.2.3 Afkoopsommen

In paragraaf 4.2.1 is besproken dat de gedachte achter de conserverende aanslag is dat de afkoop van pensioenen en lijfrenten in veel andere landen fiscaal gunstiger wordt behandeld, waardoor het onder andere voor een emigrerende werknemer aantrekkelijk kan zijn om zijn/haar pensioen en/of lijfrente na emigratie af te kopen in de nieuwe woonstaat. Wanneer in

het bilaterale belastingverdrag met de nieuwe woonstaat een – al dan niet integrale – woonstaatheffing is opgenomen, verliest Nederland (een deel van) de claim op de in Nederland gefaciliteerde pensioenen en lijfrenten. Om dit te voorkomen, wordt bij emigratie een conserverende aanslag opgelegd die moet worden betaald bij afkoop binnen tien jaar. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de vraag hoe verdragsrechtelijk met afkoopsommen wordt omgegaan en in welke verdragen met Europese landen een conserverende aanslag daadwerkelijk noodzakelijk is om claimverlies te voorkomen.

Ten aanzien van afkoopsommen van pensioenen heeft de Hoge Raad in *BNB 1981/242*²³⁰ beslist dat afkoopsommen niet zijn aan te merken als pensioenen, zonder zich verder uit te laten hoe afkoopsommen dan wel kwalificeren. Dit vraagstuk is meerdere malen aan de orde geweest bij de Hoge Raad. Het kernarrest is in mijn optiek *BNB 1987/207*²³¹, waarin definitief is beslist dat afkoopsommen van pensioen moeten worden gezien als "soortgelijke uitkering". Hierdoor is in de regel het pensioenartikel verdragsrechtelijk van toepassing op afkoopsommen. Impliciet is in dit arrest eveneens beslist dat andersoortige afkoopsommen, zoals gouden handdrukken of afgekochte lijfrenten, niet kwalificeren als "soortgelijke uitkering".²³² Uit *BNB 1989/287*²³³ volgt de bevestiging dat afkoopsommen van lijfrenten geen "soortgelijke uitkering" vormen en daarom (in beginsel) vallen onder het arbeidsartikel.

Kijkend naar het overzicht in bijlage 3 van de anno 2021 door Nederland gesloten belastingverdragen valt op dat in 20 van de 29 verdragen een separate bepaling voor afkoopsommen van pensioenen is opgenomen die het heffingsrecht volledig toewijst aan de bronstaat. Dit zijn zowel verdragen met als hoofdregel een partiële of conditionele bronstaatheffing als verdragen met als uitgangspunt een integrale woonstaatheffing. Bij de verdragen met een integrale bronstaatheffing is een aparte bepaling voor afkoopsommen uiteraard overbodig. Noemenswaardig is dat de afkoopsommenbepaling in de verdragen met België, Polen, Portugal en Slovenië is beperkt tot afkoop die heeft plaatsgevonden vóór de ingangsdatum van het pensioen. Bij afkoop op een later tijdstip geldt de hoofdregel van het desbetreffende verdrag; bij alle vier een conditionele bronstaatheffing.

De separate bepaling voor afkoopsommen van pensioen geldt eveneens voor lijfrenten in de verhouding tot de landen waarbij in het pensioenartikel een gelijkstelling voor lijfrenten is opgenomen, zoals duidelijk vermeld staat in de afkoopsommenbepaling. Het bovenstaande betekent dat de afkoopsommenbepaling in de verdragen met Bulgarije, Griekenland, Hongarije en Italië alleen ziet op (tweedepijler)pensioenen, waardoor lijfrenten – ongeacht de wijze van afwikkeling – onder het restartikel vallen. De negen verdragen waarin geen afkoopsommenbepaling is opgenomen, zijn stuk voor stuk verdragen met een integrale woonstaatheffing als uitgangspunt.

Het opnemen van een integrale bronstaatheffing voor afkoopsommen is vanuit Nederlands perspectief goed verklaarbaar door de angst dat in Nederland gefaciliteerde pensioenen en/of lijfrenten na emigratie in het buitenland worden afgekocht en volgt ook uit het fiscale verdragsbeleid. De in de vorige paragraaf aangehaalde problematiek rondom het karakteriseren van de bronstaat en de invloed die een internationale waardeoverdracht daarop

²³⁰ HR 10 juni 1981, 19 934, ECLI:NL:PHR:1981:AW9628.

²³¹ HR 13 mei 1987, 24 315, ECLI:NL:HR:1987:AW7663.

²³² A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 6.8.2.

²³³ HR 11 juli 1989, 26 200, ECLI:NL:HR:1989:ZC4085.

heeft, speelt ook in het geval van afkoop. Ter illustratie geef ik de situatie van een Italiaan(se) die meerdere jaren in Nederland heeft gewoond en gewerkt in detacheringsverband. Gedurende deze periode heeft hij/zij de Italiaanse pensioenregeling kunnen voortzetten. Enkele jaren na terugkomst in Italië stopt de werknemer bij zijn/haar werkgever en wil hij/zij het opgebouwde pensioenkapitaal afkopen. De vraag is dan of Nederland als bronstaat op basis van de afkoopsommenbepaling mag heffen over het afgekochte pensioenkapitaal voor zover dit is opgebouwd tijdens de tewerkstelling in Nederland.

In het belastingverdrag met Italië is niet opgenomen op welke wijze de bronstaat moet worden bepaald. Gaat het om de staat waar de fiscale facilitering heeft plaatsgevonden of de vestigingsstaat van de pensioenuitvoerder? Net als voor reguliere pensioenuitkeringen moet mijns inziens eerstgenoemde interpretatie worden gevolgd. Om te voorkomen dat de Italiaanse belastingautoriteiten claimen te mogen heffen over het volledige afgekochte pensioenkapitaal, is het ter bevordering van de duidelijkheid wenselijk dit expliciet vast te leggen in het belastingverdrag. Hetzelfde geldt voor alle andere verdragen met een afkoopsommenbepaling, waarbij een nadere karakterisering van de bronstaat en de invloed van een waardeoverdracht daarop ontbreekt. Dit is het geval in behoorlijk wat verdragen. In de verdragen waarin wel een dergelijke karakterisering is opgenomen voor reguliere pensioen- en lijfrente-uitkeringen, geldt deze ook voor afkoopsituaties.

Wanneer in een belastingverdrag een integrale bronstaatheffing voor afkoop van pensioenen en lijfrenten is overeengekomen en duidelijk is hoe de bronstaat moet worden gekarakteriseerd, is het opleggen van een conserverende aanslag in mijn optiek voor de Nederlandse fiscus niet noodzakelijk om de fiscale claim op in Nederland opgebouwde pensioenen en lijfrenten veilig te stellen. Het in paragraaf 4.2.4 besproken arrest rondom de conserverende aanslag zag op emigratie naar Frankrijk, in de verhouding waarmee – net als voor zes andere Europese landen – nog steeds een integrale woonstaatheffing geldt voor al dan niet afgekochte pensioenen en lijfrenten. In dat geval is een conserverende aanslag ook echt noodzakelijk om de belastingclaim (bij afkoop) niet te verliezen aan de woonstaat.

5.2.4 Toetsing Nederlandse wetgeving aan goede verdragstrouw

5.2.4.1 Conserverende aanslag

In hoofdstuk 4 is aangekondigd dat een tweetal elementen uit de Nederlandse wetgeving aan de goede verdragstrouw wordt getoetst, om te beginnen de conserverende aanslag. Zoals besproken in paragraaf 4.2.4 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de door de wetgever naar aanleiding van de 2009-arresten ingevoerde reparatiewetgeving niet in strijd is met de goede verdragstrouw. Zowel voor pensioenen en lijfrenten wordt volgens de Hoge Raad met het opleggen van een conserverende aanslag over pensioenaanspraken en lijfrentepremies waarvoor in het verleden fiscale faciliteiten zijn verleend geen inkomensbestanddeel belast, maar een voorwaardelijk verleend belastingvoordeel teruggenomen. Zoals ik hierna zal toelichten is de hier bedoelde wetgeving in mijn optiek juist wel in strijd met de goede verdragstrouw.

Ten aanzien van pensioenen stelde de Hoge Raad in de 2009-arresten dat Nederland pensioenen opgebouwd via een pensioenregeling in de zin van de Wet LB 1964 onvoorwaardelijk vrijstelt op het toekenningstijdstip. Hiertegen zou je wellicht kunnen inbrengen dat juist wel sprake is van een voorwaardelijke vrijstelling, omdat deze de facto wordt teruggenomen wanneer onder andere de pensioenregeling niet meer aan de fiscale

voorwaarden voldoet of het pensioen wordt afgekocht.²³⁴ Belangrijker is echter het feit dat de door de wetgever ingevoerde reparatiewetgeving enkel een uitbreiding van artikel 3.136 Wet IB 2001 betrof, waardoor aan de systematiek van de Wet LB 1964 niets is gewijzigd. Daarmee zijn de gevallen waarin de fiscale facilitering ongedaan wordt gemaakt voor en na de uitbreiding exact dezelfde.²³⁵ Het feit dat de Hoge Raad in het 2017-arrest opeens stelt dat op het toekenningstijdstip een voorwaardelijke vrijstelling wordt verleend, is daarom – zoals ook Pötgens²³⁶ en Akkermans²³⁷ opmerken – in mijn optiek zeer opvallend en bovenal onjuist. Inzake lijfrenten lijkt de Hoge Raad niet te switchen van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk, maar blijft eveneens onduidelijk wat deze voorwaardelijkheid precies inhoudt.

Zelfs nu de Hoge Raad opeens van mening is dat toepassing van de omkeerregel uit de Wet LB 1964 voorwaardelijk is, had hij moeten zien dat de wetgever ook na de invoering van de reparatiewetgeving nog steeds grotendeels het heffingsrecht probeert af te pakken waar de andere verdragsluitende staat (in casu: Frankrijk) op basis van het belastingverdrag recht op heeft. Hetzelfde geldt voor lijfrenten. In het verleden hebben Nederland en Frankrijk zorgvuldig afspraken gemaakt over de verdeling van heffingsrechten en zijn ten aanzien van pensioenen en lijfrenten zonder enig voorbehoud overeengekomen dat de woonstaat ten allen tijde heffingsbevoegd is. Zowel de Franse belastingautoriteiten als de belastingplichtige mogen ervanuit gaan dat in belastingverdragen overeengekomen afspraken ook worden nagekomen en niet worden overruled door het eenzijdig invoeren van een exitheffing. Op deze gedachte heeft de Hoge Raad (vermoedelijk) zijn – in mijn optiek terechte – oordeel gebaseerd in de 2009-arresten.

Het feit dat de conserverende aanslag onder de reparatiewetgeving niet wordt opgelegd over de waarde in het economische verkeer maar over de in het verleden vrijgestelde aanspraak, heeft tot gevolg dat weliswaar over een iets kleiner bedrag wordt geheven, maar dat Nederland nog steeds in exact dezelfde situaties een voordeel belast waarvan de heffingsbevoegdheid expliciet is toegewezen aan de woonstaat. Het enige dat de wetgever feitelijk heeft gedaan, is het iets bijschaven van de heffingsgrondslag in het geval bij emigratie vaststaat dat de woonstaat het heffingsrecht toegewezen krijgt over het pensioen. Het valt mijns inziens ten zeerste te betreuren dat de Hoge Raad dit trucje van de wetgever niet doorhad en de wetgever zodoende onterecht wordt beloond voor het bewandelen van de verkeerde weg om de fiscale claim over in Nederland opgebouwde pensioenen bij afkoop na emigratie veilig te stellen. De enige juiste weg om laatstgenoemde doelstelling te bereiken, is mijns inziens via het heronderhandelen van belastingverdragen. Het probleem van deze weg is echter dat deze behoorlijk tijdrovend is. Dit rechtvaardigt echter niet dat Nederland dan maar wetgeving hanteert die in strijd is met de gemaakte afspraken in belastingverdragen en daarmee met de goede verdragstrouw. De Hoge Raad had de wetgever daarom – net als in 2009 – moeten afstraffen voor deze eigenwijze attitude.

Het nadelige gevolg van de combinatie van een opstandige wetgever en een goedgelovige rechter is dat de belastingplichtige risico loopt op dubbele belastingheffing indien hij/zij binnen tien jaar na emigratie een in Nederland gefaciliteerd(e) pensioen en/of lijfrente afkoopt en op

²³⁴ Zie artikel 19b, eerste lid, Wet LB 1964.

²³⁵ Zie ook: HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, ECLI:NL:HR:2017:1324, m.nt. P. Kavelaars, *BNB* 2017/186, par. 3.

²³⁶ F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag bij emigratie van pensioen- en lijfrentegerechtigde (deels) gesauveerd', *NTFR* 2017/50, par. 5.

²³⁷ P.J.M. Akkermans, 'Emigratieheffingen bij pensioen en lijfrente: de fiscus heeft bijna het onderste uit de kan', *FTV* 2017/12-54, par. 7.3.

basis van het pensioen- of restartikel van het geldende belastingverdrag de "nieuwe" woonstaat de volledige heffingsbevoegdheid toegewezen krijgt. Door Nederland is op het tijdstip direct voorafgaand aan de emigratie op basis van het arbeidsartikel een conserverende aanslag opgelegd. Deze aanslag zal Nederland (willen) innen op het moment dat het in Nederland gefaciliteerde inkomensbestanddeel in het buitenland wordt afgekocht. Op het afkoopmoment wil de andere staat echter – geheel terecht – gebruik maken van diens heffingsrecht op basis van het pensioenartikel. Daardoor bestaat het risico op dubbele belastingheffing. De andere betrokken staat valt hierbij niets te verwijten, omdat deze staat simpelweg heft over een bestanddeel waarover het volgens het belastingverdrag mag heffen. De andere staat zal dan echt niet een deel van het heffingsrecht willen opgeven als gevolg van de eigenwijze Nederlandse houding. De situatie zou dan kunnen uitlopen op een onderlinge overlegprocedure in de zin van artikel 25 OESO-MV om dubbele belastingheffing te voorkomen, maar zo ver is het bij mijn weten nooit gekomen. Vermoedelijk omdat de belastingplichtige goed geïnformeerd is over het risico dat hij/zij loopt bij afkoop van het (de) in Nederland gefaciliteerde pensioen (lijfrente). Een andere mogelijkheid is dat de andere verdragsstaat de werking van het belastingverdrag opschort.²³⁸

In paragraaf 4.2.5 en 4.2.6 is besproken dat een conserverende aanslag niet alleen bij emigratie wordt opgelegd, maar ook in het kader van een internationale waardeoverdracht of de voortzetting van een buitenlandse pensioen- of lijfrenteverzekeringsgedurende werkzaamheden in Nederland. In het 15-aprilarrest oordeelde de Hoge Raad dat een conserverende aanslag bij emigratie niet in strijd is met de goede verdragstrouw indien Nederland mogelijk heffingsbevoegd is bij de afwikkeling van het pensioen en/of de lijfrente. Deze lijn kan in mijn optiek worden doorgetrokken naar de in paragraaf 4.2.5 en 4.2.6 besproken situaties. Op het moment dat de wetgever de conserverende aanslag wil opleggen, moet derhalve worden getoetst of Nederland bij afwikkeling op basis van het belastingverdrag (potentieel) het heffingsrecht heeft over de waarde waarover de aanslag wordt opgelegd.

Concreet betekent het bovenstaande dat artikel 3.83, tweede lid en artikel 3.133, tweede lid, onderdeel j, Wet IB 2001 in mijn optiek in beginsel niet in strijd is met de goede verdragstrouw. Zowel wanneer voor de afkoop en reguliere afwikkeling van pensioenen en lijfrenten een woonstaatheffing of een (vorm van een) bronstaatheffing is overeengekomen, heeft Nederland namelijk op het moment van opleggen van de conserverende aanslag een potentieel heffingsrecht. Als aanvullende voorwaarden dienen mijns inziens echter te gelden dat de bronstaat ingeval van een bronstaatheffing in het geldende belastingverdrag wordt gekarakteriseerd als de staat waar de fiscale facilitering is verleend en – inzake pensioenen – dat de toekenning van heffingsrechten niet wordt beïnvloed door een internationale waardeoverdracht. Anders heeft Nederland immers in het geval van een bronstaatheffing geen (potentieel) heffingsrecht bij afwikkeling. Zoals besproken in paragraaf 5.2.2, is de bronstaat in diverse door Nederland gesloten belastingverdragen gedefinieerd als de staat van fiscale facilitering en is tevens vermeld dat een waardeoverdracht van pensioenkapitaal irrelevant is voor de verdeling van heffingsrechten. Daar staat echter tegenover dat in alle andere verdragen over deze twee aspecten niets is vermeld, waardoor de vraag opkomt in hoeverre dan nog een conserverende aanslag mag worden opgelegd.

Voor toepassing artikel 7.2, achtste lid, onderdeel a & tiende lid, Wet IB 2001 zouden – wederom met het 15-aprilarrest in de hand – naar mijn mening dezelfde aanvullende

²³⁸ Artikel 60 Verdrag van Wenen.

voorwaarden moeten gelden om een conserverende aanslag te mogen opleggen. Aangezien de werknemer niet-inwoner is van Nederland op het moment van opleggen van de conserverende aanslag, is deze aanslag op grond van deze bepaling in strijd met de goede verdragstrouw indien in het verdrag een integrale woonstaatheffing is overeengekomen. Mocht de werknemer op een later moment alsnog naar Nederland verhuizen, dan valt hij/zij onder artikel 3.83, tweede lid, Wet IB 2001 en mag wel een conserverende aanslag worden opgelegd. Dan is immers wel sprake van een potentieel heffingsrecht.

Concluderend kan dus gesteld worden dat zowel de wetsbepalingen betreffende de conserverende aanslag inzake emigratie als die inzake een internationale waardeoverdracht en voortzetting van een buitenlandse pensioen- of lijfrenteregeling in mijn optiek verwijderd of aangescherpt moeten worden in verband met strijd met de goede verdragstrouw. Het doorvoeren van al deze aanpassingen heeft echter de facto tot gevolg dat de conserverende aanslag alleen mag worden opgelegd als Nederland een potentieel heffingsrecht bezit en enkel worden ingevorderd als Nederland ook daadwerkelijk mag heffen. De conserverende aanslag heeft dan echter geen toegevoegde waarde meer, omdat de fiscale claim over in Nederland opgebouwde pensioenen en lijfrenten reeds is veiliggesteld. Ik pleit daarom dan ook voor een algehele afschaffing van de conserverende aanslag. Het discussiepunt inzake het al dan niet mogen opleggen van deze aanslag indien het belastingverdrag de bronstaat niet definieert en/of niets is opgenomen over de gevolgen van een waardeoverdracht op de verdeling van heffingsbevoegdheden, is dan niet langer aan de orde.

In de praktijk is het afschaffen van de conserverende aanslag echter veel minder vanzelfsprekend, doordat de Hoge Raad de wetgever in het gelijk heeft gesteld inzake de conserverende aanslag bij emigratie. Daardoor is de wetgever onterecht beloond voor diens eigenwijsheid om na de 2009-arresten niet binnen afzienbare tijd rond de tafel te gaan zitten met de verdragspartners waarmee een integrale woonstaatheffing was overeengekomen inzake pensioenen en lijfrenten. Aangezien ik geen andere opties zie die Nederland kunnen dwingen de wetgeving aan te passen, hoop ik dat het parlement de verdragssluiters kan overtuigen van het belang om het pensioenartikel van de desbetreffende belastingverdragen op korte termijn te wijzigen, zodat de conserverende aanslag op termijn kan worden afgeschaft. Overigens ligt in de andere situaties waarin een conserverende aanslag wordt opgelegd – dus uitgezonderd emigratie – in mijn optiek de weg naar de rechter nog wel open.

5.2.4.2 Maximering pensioenpremiebepaling

Het tweede element dat wordt getoetst aan de goede verdragstrouw ziet op de derde aanwijsmogelijkheid voor buitenlandse werknemers die hun buitenlandse pensioenregeling in Nederland willen voortzetten. Het betreft hier concreet de in het 'Besluit internationale pensioenen'²³⁹ opgenomen maximale termijn voor premieaftrek van tien jaar indien in een belastingverdrag een pensioenpremiebepaling is opgenomen zonder maximale termijn. In paragraaf 4.3.1.2 is reeds opgemerkt dat deze door Nederland opgelegde maximering een (potentiële) belemmering vormt voor een buitenlandse werknemer die in Nederland komt werken, omdat hij/zij na de tienjaarsperiode niet langer Nederlandse fiscale faciliteiten ontvangt waarop hij/zij wel recht heeft op basis van het toepasselijke belastingverdrag.

Uit artikel 27 Verdrag van Wenen blijkt expliciet dat verdragspartijen zich niet kunnen beroepen op nationaalrechtelijke bepalingen om het niet ten uitvoer leggen van het verdrag te kunnen

²³⁹ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.3.

rechtvaardigen. Dat is in mijn optiek echter precies wat de staatssecretaris doet met het stellen van de tienjaarstermijn voor fiscale facilitering in Nederland in het geval met de verdragspartner is overeengekomen dat bijdragen betaald aan een pensioenuitvoerder die is erkend in de andere staat dan de staat waar de werknemer zijn/haar dienstbetrekking uitoefent, door de nieuwe werkstaat fiscaal gefaciliteerd moeten worden voor onbepaalde tijd. Indien Nederland het erkennen van een buitenlandse pensioenregelingen in de verhouding tot een bepaalde verdragspartner wil beperken tot een bepaalde periode, had Nederland dat met deze staat expliciet overeen moeten komen. De werknemer moet kunnen vertrouwen op hetgeen in het belastingverdrag is vastgelegd. De tienjaarstermijn is daarom mijns inziens in strijd met de goede verdragstrouw en dient te worden geschrapt.

In paragraaf 4.3.1.2 is eveneens de samenloop besproken tussen de eerste en derde aanwijzing van een buitenlandse pensioenregeling op basis van het 'Besluit internationale pensioenen'²⁴⁰ besproken, waarbij het erop lijkt dat bij samenloop gedurende de eerste vijf jaar door de werknemer gekozen kan worden voor de aanwijzingsmogelijkheid die voor hem/haar het gunstigst is. Indien geopteerd zou worden voor de eerste aanwijzingsmogelijkheid, worden gedurende een periode van maximaal vijf jaar fiscale faciliteiten verleend op basis van de fiscale wetgeving van de uitzendstaat. Daarmee wordt afgeweken van de in het verdrag opgenomen pensioenpremiebepaling, waarin is vastgelegd dat de fiscale wetgeving van de nieuwe werkstaat moet worden toegepast. In mijn optiek wordt indien de werknemer de keuze heeft tussen de eerste en derde aanwijzing het belastingverdrag wel degelijk ten uitvoer gelegd, omdat de nieuwe werkstaat de facto een extraatje geeft aan de inkomende werknemer. De werknemer ontvangt – aannemende dat hij/zij goed geïnformeerd is over welke staat de hoogste faciliteit biedt – immers minimaal het niveau van facilitering in de nieuwe woonstaat en maximaal het niveau in de uitzendstaat. Naar mijn mening is wel sprake van strijd met de goede verdragstrouw ingeval van samenloop tussen de eerste en derde aanwijzing eerstgenoemde verplicht zou moeten worden toegepast gedurende de eerste vijf jaar. Zoals reeds genoemd in paragraaf 4.3.1.2, is het wenselijk dat de staatssecretaris meer duidelijkheid biedt over de rangorde tussen beide aanwijzingen.

5.3 Pensioenen en lijfrenten in EU-rechtelijk verband

5.3.1 Ontwikkeling jurisprudentie Hof van Justitie

De wet- en regelgeving van een EU-lidstaat mag geen ongerechtvaardigde belemmeringen van de verkeersvrijheden bevatten. In deze paragraaf worden de belangrijkste arresten zaken bij het HvJ die op een bepaalde manier betrekking hebben op grensoverschrijdende pensioenen en lijfrenten. De infractieprocedures van de Europese Commissie tegen bepaalde lidstaten worden in paragraaf 5.3.2 besproken. Overigens zijn sommige van deze arresten getoetst aan de vrijheid van vestiging of de vrijheid van diensten en niet aan de vrijheid van werknemers (of de vrijheid van reizen en verblijven), omdat het zeker niet in alle arresten ging om een werknemer. De vrijheid van vestiging ligt verankerd in artikel 49 VwEU en houdt in dat zelfstandigen en rechtspersonen vrij moeten zijn zich in een andere lidstaat te vestigen. De vrijheid van diensten is vastgelegd in artikel 56 VwEU en houdt in dat beperkingen van het vrij verrichten van diensten ten aanzien van dienstverrichters die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan degene aan wie de diensten worden verricht, niet zijn toegestaan.

²⁴⁰ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.3.

5.3.1.1 Conserverende aanslag

In hoofdstuk 4 hebben we gezien dat de Hoge Raad zich meermaals heeft uitgelaten over de vraag of de door Nederland opgelegd conserverende aanslag in strijd is met de goede verdragstrouw. Op EU-niveau zijn tot op heden geen arresten gewezen inzake conserverende aanslagen op het terrein van pensioenen en/of lijfrenten, enkel in de sfeer van het aanmerkelijk belang. Ondanks dat deze arresten zich niet afspelen in de pensioensfeer, zie ik wel overeenkomsten tussen beide sferen. In beide situaties is namelijk sprake van een exitheffing die wordt opgelegd over niet-gerealiseerde inkomen van een natuurlijk persoon. Vandaar dat deze arresten hierna worden besproken.

- Hughes de Lasteyrie du Saillant²⁴¹

Aan deze Fransman is bij emigratie vanuit Frankrijk naar België een conserverende aanslag opgelegd over de meerwaarde van de vennootschapsrechten die hij in zijn bezit had, terwijl deze waardeinstijging op het emigratietijdstip helemaal niet werd gerealiseerd. Indien hij niet naar België zou verhuizen, zouden de waardeinstijging pas worden belast op het moment en voor zover daadwerkelijk een realisatie plaatsvindt.²⁴² Het doel achter deze conserverende aanslag was om te voorkomen dat een belastingplichtige voor de verkoop van diens effecten tijdelijk van fiscale woonplaats verandert met als enige doel om de Franse heffing over waardevermeerderingen te voorkomen.²⁴³ Het HvJ stelt dat dit verschil in behandeling aanzienlijke gevolgen kan hebben voor het vermogen van de emigrerende ab-houder, wat kan afschrikken om de stap naar het buitenland daadwerkelijk te zetten.²⁴⁴

Hoewel het mogelijk is betalingsuitstel te krijgen, is dit uitstel niet automatisch en bovendien verbonden aan onder andere de voorwaarde van het verstrekken van een waarborg. Volgens het HvJ werkt deze waarborg belemmerend, omdat de belastingplichtige met het gewaarborgde vermogen niets anders kan doen. Het HvJ concludeert dan ook dat sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging.²⁴⁵ Het HvJ merkt in het kader van de aangevoerde rechtvaardigingsgrond betreffende het voorkomen van belastingontwijking op dat de Franse wetsbepaling niet enkel kunstmatige constructies raakt, maar ziet op iedere situatie waarin een ab-houder emigreert. Een algemeen vermoeden van belastingontwijking kan daarom niet dienen als rechtvaardiging. De met de bepaling beoogde doelstelling kan volgens het HvJ eveneens worden bereikt met specifiekere, minder belemmerende maatregelen.²⁴⁶ Het HvJ komt dan ook tot de slotsom dat de Franse conserverende aanslag EU-rechtelijk niet door de beugel kon.

- Zaak-N²⁴⁷

De zaak-N betreft de heer N, enig aandeelhouder van drie BV's, die zijn woonplaats verplaatst van Nederland naar het Verenigd Koninkrijk. Op het emigratiemoment werd een conserverende aanslag opgelegd ter waarde van de ongerealiseerde ab-winst. Op deze aanslag werd uitstel van betaling verleend, maar daarvoor moest wel zekerheid worden

²⁴¹ HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*).

²⁴² HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), r.o. 12&46.

²⁴³ HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), r.o. 54.

²⁴⁴ HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), r.o. 46.

²⁴⁵ HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), r.o. 47&48.

²⁴⁶ HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), r.o. 50 t/m 54.

²⁴⁷ HvJ EG 7 september 2006, C-470/04, ECLI:EU:C:2006:525 (*N*).

gesteld.²⁴⁸ Onder verwijzing naar het hiervoor besproken arrest oordeelt het HvJ dat de heer N minder gunstig werd behandeld dan wanneer hij niet zou emigreren, omdat in dat geval de ab-winst pas belastbaar zou zijn bij realisatie. Verder werden waardeverminderingen na emigratie niet meegenomen, wat ervoor kon zorgen dat de heffing over de ongerealiseerde ab-winst hoger zou zijn dan de heffing in het geval geen emigratie zou plaatsvinden. Het HvJ concludeert dan ook dat sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging.²⁴⁹ Het fiscale territorialiteitsbeginsel houdt in dat een staat inkomen mag belasten dat is gegenereerd door economische activiteiten op dat grondgebied. Volgens het HvJ is de conserverende aanslag bij emigratie daarmee in overeenstemming, omdat deze enkel ziet op in Nederland ontstane waardeaan groei.²⁵⁰ De resterende vraag is dan of de Nederlandse bepaling proportioneel is. De verplichting van zekerheidsstelling teneinde uitstel van betaling te krijgen, gaat volgens het HvJ echter verder dan noodzakelijk en is daarmee niet-proportioneel. Hetzelfde geldt voor het feit dat geen rekening wordt gehouden met waardeverminderingen na emigratie, tenzij daarmee reeds rekening is gehouden in de nieuwe woonstaat.²⁵¹ Deze twee elementen zijn dus niet in overeenstemming met het EU-recht.

5.3.1.2 Fiscale facilitering van pensioenen en lijfrenten

- Bachmann²⁵²

Het Bachmann-arrest vormt het startpunt voor wat betreft de prejudiciële beslissingen van het HvJ die op een bepaalde manier relevant zijn voor de fiscale facilitering van pensioenen en lijfrenten gedurende de opbouwfase. De casus betreft een Duitser die gedurende een periode van drie jaar ging wonen en werken in België. Voor deze driejaarsperiode werkte hij in Duitsland en kon hij de betaalde premies voor een verzekering tegen ziekte en invaliditeit en voor een levensverzekering in aftrek brengen. Gedurende het verblijf in België werden de verzekeringen voortgezet, maar werd premieaftrek geweigerd aangezien de verzekeringen niet waren afgesloten bij een Belgische verzekeringsmaatschappij. Het HvJ oordeelde dat sprake was van een belemmering van de vrijheid van werknemers, maar dat deze gerechtvaardigd kan worden door de coherentie van het Belgische belastingstelsel.

Volgens het destijds geldende Belgische stelsel zijn uitkeringen uit een verzekering belast indien de premies aftrekbaar zijn, terwijl de uitkeringen onbelast blijven indien de premies niet aftrekbaar zijn. In de nationale wetgeving is vastgelegd voor welke verzekeringen welk regime geldt, waardoor het stelsel dus geen expliciet onderscheid maakt tussen Belgische en niet-Belgische uitvoerders.²⁵³ Volgens het HvJ volgt uit bovenstaande dat in een dergelijk stelsel de inkomstenderving veroorzaakt door premieaftrek wordt gecompenseerd door heffing over latere uitkeringen. Deze coherentie veronderstelt volgens het HvJ dat België daadwerkelijk kan heffen over de uitkeringen wanneer deze staat aftrek van buitenlandse premies zou moeten accepteren. Het HvJ erkent dat sommige lidstaten bilateraal afspreken aftrek van premies toe te staan indien deze zijn betaald in de andere staat dan de staat van fiscale facilitering en vervolgens het heffingsrecht op daarop ziende uitkering toe te wijzen, maar dat je

²⁴⁸ HvJ EG 7 september 2006, C-470/04, ECLI:EU:C:2006:525 (N), r.o. 11 t/m 13.

²⁴⁹ HvJ EG 7 september 2006, C-470/04, ECLI:EU:C:2006:525 (N), r.o. 35 t/m 39.

²⁵⁰ HvJ EG 7 september 2006, C-470/04, ECLI:EU:C:2006:525 (N), r.o. 41&46.

²⁵¹ HvJ EG 7 september 2006, C-470/04, ECLI:EU:C:2006:525 (N), r.o. 51&54.

²⁵² HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (Bachmann).

²⁵³ P. Kavelaars, 'Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)', *TPV* 2009/13, par. 2.2.

daarbij afhankelijk bent van de instelling van de andere verdragspartner.²⁵⁴ Deze laatste overweging is in mijn optiek nogal vaag.

Het HvJ komt vervolgens tot de conclusie dat de coherentie binnen het Belgische belastingstelsel niet kan worden verzekerd met minder restrictieve bepalingen dan de geldende en dat iedere andere maatregel waarmee heffing over toekomstige uitkeringen zou kunnen worden veiliggesteld, soortgelijke gevolgen zou hebben als het niet in aftrek brengen van de premies. Derhalve is geen sprake van een ongerechtvaardigde belemmering van het EU-recht.²⁵⁵ Evenals Kavelaars²⁵⁶ acht ik de uitkomst van dit arrest opvallend, omdat in 2004 door de EC tegen België op dit punt een (voor de EC) succesvolle infractieprocedure is gevoerd. Hierop kom ik terug in paragraaf 5.3.2.2.

- Wielockx²⁵⁷

De Wielockx-zaak ziet op een Belg die als ondernemer werkzaam was in Nederland. Volgens de destijds geldende wetgeving stond enkel voor inwoners de mogelijkheid open een fiscale oudedagsreserve (FOR) te vormen en dus niet voor niet-inwoners zoals Wielockx. Met een FOR kan een ondernemer onder voorwaarden jaarlijks een deel van de winst reserveren als pensioen. Het belastbaar inkomen van de ondernemer wordt zodoende verminderd met de dotaties aan de FOR. Aangezien de focus in dit stuk ligt op de pensioenen van werknemers, zal ik niet nader ingaan op de werking van de FOR. Ondanks dat het arrest een ondernemer betreft, is de uitkomst van de zaak wel degelijk relevant voor het EU-rechtelijke kader dat hier wordt geschetst.

Het HvJ maakt een duidelijke koppeling met de in paragraaf 4.4.1.2 besproken Schumacker-leer. Deze leer houdt grofweg in dat de werkstaat rekening moet houden met persoonlijke tegemoetkomingen wanneer minstens 90% van het wereldinkomen in deze staat wordt verdiend. Het HvJ herhaalt het uit het Schumacker-arrest voortvloeiende uitgangspunt dat inwoners en niet-inwoners zich over het algemeen niet in een vergelijkbare positie bevinden. Dit ligt anders in het geval een werknemer of ondernemer (nagenoeg) zijn gehele inkomen verdient in de werkstaat. Het HvJ oordeelt vervolgens dat sprake is van discriminatie van niet-inwoners indien zij geen FOR kunnen opbouwen onder dezelfde fiscale voorwaarden als inwoners, waardoor hierop de Schumacker-leer van toepassing is.²⁵⁸

Het meest interessante element van het arrest is mijns inziens echter de afwijzing van de door Nederland aangevoerde rechtvaardiging. De Nederlandse regering beroept zich op de in het Bachmann-arrest geaccepteerde fiscale coherentie. Het argument daarbij was dat wanneer een niet-inwoner fiscaal gefaciliteerd een FOR zou kunnen opbouwen, niet geheven kan worden over de toekomstige pensioenuitkeringen als gevolg van de destijds op basis van het bilaterale belastingverdrag geldende integrale woonstaatheffing. In dat geval is volgens de Nederlandse regering geen sprake van fiscale coherentie.

Het HvJ veegt deze rechtvaardiging van tafel met het argument dat de fiscale coherentie moet worden gezien op bilateraal niveau. Deze coherentie houdt in dat een staat op basis van het belastingverdrag mag heffen over alle door inwoners ontvangen pensioenen, ongeacht waar

²⁵⁴ HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (*Bachmann*), r.o. 22 t/m 26.

²⁵⁵ HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (*Bachmann*), r.o. 27&28.

²⁵⁶ P. Kavelaars, 'Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)', *TPV* 2009/13, par. 2.2.

²⁵⁷ HvJ EG 11 augustus 1995, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:268 (*Wielockx*).

²⁵⁸ HvJ EG 11 augustus 1995, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:268 (*Wielockx*), r.o. 18 t/m 22.

de premies zijn betaald, en niet mag heffen over pensioenen van niet-inwoners, ook al zijn in die staat wel premies in aftrek gebracht.²⁵⁹ Deze zogenoemde verdragscoherentie kan niet worden aangevoerd als rechtvaardiging om premieaftrek te weigeren. Als gevolg van bovenstaand arrest heeft Nederland de wetgeving aangepast, waardoor ook niet-inwoners een FOR kunnen opbouwen ten laste van hun inkomen. Daar waar het HvJ in het Bachmann-arrest erg vaag blijft over de rol van bilaterale afspraken, wordt hier wel duidelijkheid geschept. De nationale coherentie die voortvloeit uit het Bachmann-arrest moet plaatsmaken voor de verdragscoherentie indien in het belastingverdrag een integrale woonstaatheffing voor pensioenen is overeengekomen. In de bewoordingen van het HvJ zie ik geen aanwijzingen dat deze verdragscoherentie alleen geldt voor ondernemers, waardoor deze van overeenkomstige toepassing lijkt op werknemers.²⁶⁰

- Safir²⁶¹

Mevrouw Safir, inwoner van Zweden, heeft een kapitaalverzekering afgesloten bij een buitenlandse verzekeraar. In de destijds geldende Zweedse wetgeving werden verzekeringen afgesloten bij buitenlandse verzekeraars op een andere wijze behandeld dan binnenlandse verzekeraars. In het geval van een verzekering afgesloten bij een Zweedse verzekeraar wordt een forfaitair rendement berekend over het aan het einde van het vorige kalenderjaar verzekerde kapitaal, welk rendement vervolgens wordt belast. Deze forfaitaire heffing is niet van toepassing indien de verzekeraar buiten Zweden is gevestigd. In plaats daarvan is de premie bij de verzekeringsnemer belast en moet de premiebetaling worden gemeld bij de Zweedse belastingdienst. De premieheffing kan worden verlaagd of zelfs achterwege blijven wanneer de verzekeringsnemer kan aantonen dat de niet-Zweedse verzekeraar onderworpen is aan een vergelijkbare heffing als in Zweden gevestigde verzekeraars.

Het HvJ oordeelt aan de hand van verschillende argumenten dat sprake is van een EU-rechtelijke belemmering, in het bijzonder inzake het vrije verkeer van diensten. Ik noem enkele van deze argumenten. Om te beginnen moeten belastingplichtigen diverse bijzondere stappen ondernemen die alleen gelden indien de verzekering is afgesloten bij een buitenlandse verzekeraar, zoals het zelf betalen van de belasting en het aangeven van de premiebetaling. Een ander argument is het feit dat volgens het HvJ het vereiste dat de verzekeringsnemer nauwkeurig informatie moet verstrekken over de belasting waaraan de buitenlandse verzekeraar is onderworpen, een zeer zware eis is. Een laatste argument dat ik hier bespreek betreft het feit dat het volgens het HvJ nagenoeg onmogelijk is een vergelijking te maken tussen de hoogte van de heffing bij Zweedse en niet-Zweedse verzekeraars als gevolg van de verschillende heffingsstelsels.²⁶²

Volgens het HvJ zijn andere passende systemen denkbaar die het vrije verkeer van diensten in mindere mate beperken, in het bijzonder een systeem met een forfaitaire heffing over het rendement op het opgebouwde kapitaal die geldt voor alle verzekeringen, ongeacht waar de verzekeraar zich bevindt. Op basis hiervan schuift het HvJ de door Zweden aangevoerde rechtvaardigingen van tafel. Deze rechtvaardigingen betroffen de onmogelijkheid om dezelfde

²⁵⁹ HvJ EG 11 augustus 1995, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:268 (*Wielockx*), r.o. 23 t/m 25.

²⁶⁰ Overigens kan betwijfeld worden of het Nederlandse FOR-systeem daadwerkelijk niet coherent was.

Aangezien dit buiten het bereik van dit stuk valt, volsta ik met een verwijzing naar: P. Kavelaars, 'Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)', *TPV* 2009/13, par. 2.2.

²⁶¹ HvJ EG 28 april 1998, C-118/96, ECLI:EU:C:1998:170 (*Safir*).

²⁶² HvJ EG 28 april 1998, C-118/96, ECLI:EU:C:1998:170 (*Safir*), r.o. 26 t/m 32.

regeling toe te passen op zowel binnen als buiten Zweden gevestigde verzekeraars en het aanvullen van de fiscale leemte wanneer geen heffing zou plaatsvinden.²⁶³ Het HvJ komt dan ook tot de slotsom dat sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering van het EU-recht. In mijn optiek vormt het bovenstaande een logisch en zeer duidelijk oordeel van het HvJ.

- Danner²⁶⁴

De in Duitsland wonende en werkende arts Danner emigreerde in 1977 naar Finland. Hij besloot de betaling van pensioenverzekeringspremies aan twee Duitse instellingen voort te zetten. Op basis van de destijds geldende Finse wetgeving konden premies betaald aan niet-Finse verzekeraars slechts beperkt worden afgetrokken, terwijl voor Finse verzekeraars geen beperking gold. Overigens had Finland deze bepaling juist ingevoerd ten tijde van de toetreding tot de EU, omdat men daar bang was voor een flink claimverlies in het geval op grote schaal verzekeringen zouden worden gesloten bij buitenlandse verzekeraars en de betrokken personen vervolgens emigreerden.²⁶⁵

Het HvJ oordeelt dat sprake is van een belemmering van het vrije verkeer van diensten, omdat de Finse bepaling belastingplichtigen ervan kan weerhouden een pensioenverzekering af te sluiten bij een buitenlandse verzekeraar en kunnen laatstgenoemde verzekeraars ervan worden weerhouden hun diensten op de Finse markt aan te bieden. De Finse regering voerde de eerder besproken coherentie van het belastingstelsel aan als rechtvaardigingsgrond. Volgens het HvJ ontbreekt een dergelijk rechtstreeks verband tussen de aftrekbaarheid van premies en de heffing over uitkeringen, omdat volgens het Finse belastingstelsel uitkeringen vanuit buitenlandse pensioenverzekeraars ten allen tijde worden belast. Dit geldt ook wanneer de betaalde premies niet effectief in aftrek zijn gebracht. Hierin zit dan ook een verschil met het Bachmann-arrest. Het HvJ maakt aanvullend op het bovenstaande de koppeling met het Wielockx-arrest door erop te wijzen dat Finland in het bilaterale verdrag met Duitsland een integrale woonstaatheffing is overeengekomen en zodoende afstand is gedaan van het heffingsrecht over pensioenuitkeringen uit Finse verzekeraars aan inwoners van Duitsland. Daarom is hier sprake van verdragscoherentie, wat – conform het Wielockx-arrest – niet kan gelden als rechtvaardiging om premieaftrek te weigeren.²⁶⁶

Het HvJ wijst de doeltreffendheid van fiscale controles eveneens af als rechtvaardigingsgrond. Volgens de Finse regering is het zeer moeilijk na te gaan of buitenlandse pensioenregelingen voldoen aan de binnenlandse voorwaarden voor aftrekbaarheid en dat het eveneens onmogelijk is pensioenen betaald door buitenlandse verzekeraars aan inwoners van Finland te controleren en doeltreffend te belasten. Het HvJ stelt dat de lidstaat de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat op grond van de Bijstandsrichtlijn 77/799/EEG²⁶⁷ – welke nader wordt besproken in paragraaf 5.3.2.3 – kan verzoeken alle benodigde informatie te verstrekken. Bovendien kunnen belastingautoriteiten bij werkgevers bewijzen opvragen inzake premiebetalingen en de voorwaarden van de pensioenverzekering. Het HvJ trekt dan ook de

²⁶³ HvJ EG 28 april 1998, C-118/96, ECLI:EU:C:1998:170 (*Safir*), r.o. 33&34.

²⁶⁴ HvJ EG 3 oktober 2002, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558 (*Danner*).

²⁶⁵ P. Kavelaars, 'Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)', *TPV* 2009/13, par. 2.2.

²⁶⁶ HvJ EG 3 oktober 2002, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558 (*Danner*), r.o. 33 t/m 43.

²⁶⁷ Richtlijn 77/799 EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de Lidstaten op het gebied van de directe belastingen, PbEG. 1977, nr. L336/15 (hierna: Bijstandsrichtlijn 77/799/EEG).

conclusie dat de doeltreffendheid van fiscale controles kan worden verzekerd met middelen die het vrije verkeer van diensten minder beperken.²⁶⁸

- Skandia/Ramstedt²⁶⁹

De casus betreft Skandia, een in Zweden gevestigde onderneming, en Ramstedt, een werknemer woonachtig in Zweden. Bovenstaande partijen zijn overeengekomen dat Skandia ten behoeve van Ramstedt aanvullende pensioenverzekeringen afsluit bij een drietal buitenlandse verzekeraars. Volgens de Zweedse wetgeving zijn premies direct aftrekbaar wanneer de verzekering is afgesloten bij een Zweedse verzekeraars, terwijl premieaftrek pas mogelijk is ten tijde van het ontvangen van de uitkering. De pensioenuitkeringen zijn in beide situaties belast, waardoor het enige verschil een timingsverschil is. Het HvJ hoeft zich enkel te buigen over de vraag of een rechtvaardigingsgrond bestaat voor het timingsverschil, omdat reeds vaststaat dat sprake is van een belemmering van het vrije verkeer van diensten.

De aangevoerde rechtvaardiging van fiscale coherentie wordt niet geaccepteerd door het HvJ, omdat een correlatie tussen premieaftrek en heffing over uitkeringen zoals in het Bachmann-arrest ontbreekt. De tweede aangevoerde rechtvaardiging betreft het feit dat volgens de Zweedse regering onvoldoende communautaire instrumenten aanwezig zijn om voldoende fiscale controle uit te oefenen. Het HvJ wijst de rechtvaardiging af met dezelfde redenering als in het Danner-arrest. De rechtvaardiging betreffende het moeten kunnen behouden van de Zweedse belastinggrondslag snijdt evenmin hout volgens het HvJ.²⁷⁰

- Montag²⁷¹

Na het Skandia/Ramstedt-arrest zijn bij mijn weten geen prejudiciële vragen aan de orde geweest op het terrein van de fiscale facilitering van pensioenen en lijfrenten, tot de uitspraak in de Montag-zaak. Het betreft de heer Montag, in het bezit van de Duitse nationaliteit. Hij was in het jaar 2008 woonachtig in België en werkzaam bij een internationaal advocatenkantoor, waar hij vennoot was in de zin van het ondernemingsrecht. Van de als vennoot/ondernemer toebedeelde nettowinst was 54% afkomstig uit Duitsland, 6,3% uit België en de rest uit andere landen. De heer Montag verwierf gedurende 2008 eveneens andere inkomsten. In Duitsland werd hij niet behandeld als onbeperkt belastingplichtige, omdat zijn totale inkomsten niet voor minstens 90% waren onderworpen aan inkomstenbelasting in Duitsland en het bedrag van wel onderworpen inkomsten onder een bepaald basisbedrag blijft.

Om zijn titel als "Europese advocaat" te kunnen dragen, diende de heer Montag aangesloten te zijn bij een specifieke Duitse pensioeninstelling voor advocaten. Hij betaalde gedurende 2008 aan deze instelling verschillende bijdragen, waarvan het grootste deel verplicht en een aanvullend deel vrijwillig. Daarnaast betaalde hij in Duitsland premies voor een particuliere pensioenverzekering, mogelijk een lijfrenteverzekering.²⁷² In zijn woonstaat België heeft hij geen aftrek gekregen voor de Duitse pensioenbijdragen. In Duitsland is de premieaftrek eveneens geweigerd en in geschil is of dit terecht is. De verwijzende rechter merkt op dat de

²⁶⁸ HvJ EG 3 oktober 2002, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558 (*Danner*), r.o. 44 t/m 51.

²⁶⁹ HvJ EG 26 juni 2003, C-422/01, ECLI:EU:C:2003:380 (*Skandia/Ramstedt*).

²⁷⁰ HvJ EG 26 juni 2003, C-422/01, ECLI:EU:C:2003:380 (*Skandia/Ramstedt*), r.o. 30 t/m 53.

²⁷¹ HvJ EU 6 december 2018, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987 (*Montag*).

²⁷² Het arrest geeft geen nadere informatie over de particuliere pensioenverzekering. Het hoeft dus niet per definitie te gaan om een lijfrenteverzekering.

heer Montag in België over voldoende inkomsten beschikt om daar zijn persoonlijke situatie in aanmerking te kunnen nemen.

Het HvJ stelt dat in Duitsland voor ingezetenen binnen bepaalde grenzen premieaftrek mogelijk is, terwijl niet-ingezetenen hiervoor niet in aanmerking komen. Daarom wordt beslist dat sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging.²⁷³ Met een verwijzing naar onder andere het eerder besproken Schumacker-arrest herhaalt het HvJ het uitgangspunt dat inwoners en niet-inwoners zich in beginsel niet in een vergelijkbare positie bevinden, omdat het inkomen van niet-inwoners buiten de woonstaat veelal slechts een deel is van het totale inkomen en de draagkracht beter kan worden beoordeeld vanuit de woonstaat. Ingeval een lidstaat bepaalde belastingvoordelen alleen toekent aan inwoners is dat daarom in beginsel niet per se discriminerend.

Als uitzonderingen op bovenstaand uitgangspunt noemt het HvJ ten eerste de eerder besproken Schumacker-leer. Als tweede uitzondering worden inkomensgerelateerde belastingvoordelen genoemd in het geval tussen de activiteit en de voor de uitoefening daarvan noodzakelijk gemaakte (ondernemings)kosten een rechtstreeks verband bestaat.²⁷⁴ Dit speelt alleen in de ondernemerssfeer. De gedachte hierbij is dat de ondernemer geen of minder inkomsten genereert wanneer de bedoelde kosten niet zouden worden gemaakt. De uitgaven volgen dus feitelijk de inkomsten, waardoor het ook logisch is de kosten volledig in aftrek toe te laten daar waar de bijbehorende inkomsten worden gegenereerd.²⁷⁵

Het HvJ stelt vast dat de Schumacker-leer hier in ieder geval niet van toepassing is, omdat in België voldoende inkomsten worden gegenereerd om rekening te houden met persoonlijke tegemoetkomingen. Ten aanzien van de verplichte pensioenbijdragen oordeelt het HvJ dat deze bijdragen voor Montag noodzakelijk zijn om de activiteiten uit te kunnen oefenen die zorgen voor het voortbrengen van inkomsten. Het HvJ gaat niet mee in het argument van de Duitse regering dat de bijdragen voornamelijk het voorzien in levensonderhoud bij ouderdom ten doel heeft en niet zozeer het uitoefenen van het beroep, omdat de uitgaven vereist zijn om de hier bedoelde inkomsten te kunnen genereren. Het betalen van de verplichte pensioenpremies stelt de ondernemer echter niet alleen in staat zijn beroep in Duitsland uit te oefenen, maar ook in België en andere landen. De conclusie is daarom dat een pro-ratabenadering moet worden toegepast, waarbij premieaftrek in Duitsland moet worden toegestaan voor het deel van de premies dat gelijk is met het gedeelte van de totale inkomsten dat in Duitsland belastbaar is.²⁷⁶

Ten aanzien van de vrijwillige betalingen aan de pensioeninstelling voor advocaten bevinden niet-inwoners zich volgens het HvJ niet in een vergelijkbare positie als inwoners, omdat deze betalingen niet verplicht zijn en daarmee niet noodzakelijk voor het kunnen uitoefenen van het beroep c.q. het genereren van inkomsten. Het feit dat de toekomstige uitkeringen uit de pensioeninstelling in Duitsland belastbaar zullen zijn doet daar volgens het HvJ niets aan af. De noodzakelijkheid ontbreekt eveneens bij de bijdragen aan de particuliere

²⁷³ HvJ EU 6 december 2018, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987 (*Montag*), r.o. 23 t/m 25.

²⁷⁴ Zie onder andere de arresten: HvJ EG 12 juni 2003, C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340 (*Gerritse*) en HvJ EG 6 juli 2006, C-346/04, ECLI:EU:C:2006:445 (*Conijn*).

²⁷⁵ S.P.M. Kramer & H.M.L. Niesten, 'Weigering fiscale aftrek verplichte pensioenbijdragen aan niet-inwoners strijdig met EU-recht', MBB 2019/9-34, par. 5.2.3.

²⁷⁶ HvJ EU 6 december 2018, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987 (*Montag*), r.o. 31 t/m 50.

pensioenverzekering.²⁷⁷ België zou als woonstaat daarom aftrek moeten toestaan voor alle niet-verplichte bijdragen.²⁷⁸ Het is onduidelijk of dit in deze casus ook daadwerkelijk is gebeurd.

De vraag is nu welke conclusies we kunnen trekken naar aanleiding van het Montag-arrest. Duidelijk is in mijn optiek dat verplichte pensioenpremies ondernemingskosten vormen wanneer een rechtstreeks verband bestaat tussen de premies en de werkzaamheden als ondernemer. Mijns inziens is een dergelijk verband in de regel aanwezig, omdat de bedoelde werkzaamheden niet mogen worden verricht wanneer de verplichte pensioenpremies niet worden betaald. Volgens het HvJ worden vrijwillige premies niet meegetrokken door de verplichte premies, waardoor de werkstaat hiermee geen rekening hoeft te houden.

Het is spijtig (maar niet geheel onlogisch) dat het HvJ de Schumacker-leer in het begin van het arrest terzijde schuift door de aanwezigheid van voldoende inkomsten in België en niets zegt over of de vrijwillige premies voor de pensioeninstelling voor advocaten en de particuliere verzekering wél zou kwalificeren als Schumacker-kosten wanneer geen inkomsten waren gegenereerd in België. Impliceert het feit dat de vrijwillige premies volgens het HvJ niet kwalificeren als ondernemingskosten, dat gesteld kan worden dat deze premies zich in de persoonlijke en gezinssituatie bevinden en zodoende de Schumacker-leer geldt? In ieder geval voor wat betreft Nederland geldt dat de hoogte van lijfrentepremies niet afhankelijk zijn van persoonlijke omstandigheden, wat een argument kan zijn dat de Schumacker-leer hierop niet van toepassing is. Aangezien uit het Renneberg-arrest volgt dat ook zakelijk getinte uitgaven onder de Schumacker-leer kunnen vallen, zou je anderzijds kunnen stellen dat dit dan ook zou moeten gelden voor lijfrentepremies. Hoe het HvJ hierover denkt, is na het Montag-arrest onduidelijk.

De laatste (belangrijke) vraag die resteert, is in hoeverre de lijn uit het Montag-arrest kan worden doorgetrokken naar werknemers. Werknemers zijn in beginsel verplicht deel te nemen aan de pensioenregeling van hun werkgever. Aangezien het HvJ bij ondernemers oordeelt dat verplichte pensioenpremies zich bevinden in de zakelijke sfeer en niet kwalificeren als persoonlijke tegemoetkomingen, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat het oordeel van het HvJ anders zou luiden in het geval van werknemers. Mijn vermoeden is dan ook dat door een werknemer (verplicht) betaalde pensioenpremies niet vallen onder de Schumacker-leer, maar 100% zeker weten we dit niet. Voor aanvullende pensioenverzekeringen, zoals lijfrenten, geldt voor werknemers dezelfde problematiek als die ik bij ondernemers aankaarte. Al met al bestaat dus nog de nodige onduidelijkheid over de reikwijdte van de Schumacker-leer op pensioenterrein. Ik vermoed dat alleen toekomstige jurisprudentie hierover mogelijk meer duidelijkheid kan verschaffen.

5.3.2 Invloed Europese Commissie op pensioenen en lijfrenten

5.3.2.1 Exitheffingenmededeling

Naar aanleiding van het eerder besproken De Lasteyrie du Saillant-arrest en de zaak-N heeft de EC de Exitheffingenmededeling²⁷⁹ gepubliceerd waarin onder andere wordt ingezoomd op de vraag wat deze arresten betekenen voor andere exitheffingen waaraan particulieren zijn onderworpen. Volgens de EC kan met de hiervoor genoemde arresten in de hand wordt

²⁷⁷ HvJ EU 6 december 2018, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987 (*Montag*), r.o. 51 t/m 58.

²⁷⁸ HvJ EU 6 december 2018, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987 (*Montag*), m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2019/3.6.

²⁷⁹ Mededeling van 19 december 2006 inzake exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, nr. COM(2006)825 (hierna: Exitheffingenmededeling)

gesteld dat in algemene zin sprake is van een EU-rechtelijke belemmering wanneer inwoners worden belast over gerealiseerde inkomsten, terwijl personen die emigreren worden belast op basis van toegerekende inkomsten. Dit sluit uit dat de belasting over niet-gerealiseerd inkomen direct mag worden geïnd op het emigratietijdstip. Uit de arresten concludeert de EC eveneens dat het verbinden van voorwaarden aan een eventueel uitstel van betaling en het niet rekening houden met waardeverminderingen na emigratie EU-rechtelijk niet door de beugel kunnen.²⁸⁰

Het is mijns inziens opvallend dat de EC continu spreekt over exitheffingen in algemene zin en dus nergens expliciet ingaat op specifieke inkomenscategorieën als pensioenen en/of lijfrenten, terwijl tussen het aanmerkelijkbelangregime en het pensioenregime diverse verschillen bestaan. Ondanks dat niet met zekerheid te zeggen valt dat het HvJ exact hetzelfde toetsingskader zou hanteren in het geval een oordeel moet worden gegeven over een door een lidstaat opgelegde exitheffing op pensioengebied, vermoed ik dat de hiervoor besproken voorwaarden (automatisch, onvoorwaardelijk uitstel van betaling en het rekening houden met waardeverminderingen) ook op pensioenterrein cruciaal zullen zijn. Wanneer aan één of beide voorwaarden niet wordt voldaan, worden personen die hun woonplaats naar het buitenland verplaatsen immers fiscaal slechter behandeld dan personen die deze stap niet zetten.

5.3.2.2 Pensioenmededeling

Inzake het zo veel mogelijk zonder fiscale belemmeringen grensoverschrijdend kunnen opbouwen van pensioenen, is de door de EC in 2001 uitgevaardigde Pensioenmededeling²⁸¹ van belang, welke specifiek gericht is op het tweedepijlerpensioen van migrerende werknemers. Op basis van onder andere de arresten *Safir* en *Wielockx* ziet de EC geen rechtvaardiging voor een ongelijke behandeling van binnenlandse en buitenlandse pensioenuitvoerders. De EC stelt dat de verdragscoherentie die volgt uit het *Wielockx*-arrest een ruim toepassingsbereik heeft, aangezien een groot deel van de destijds geldende belastingverdragen een integrale woonstaatheffing inzake pensioenen kent. Ook wanneer alle verdragen een bronstaatheffing zouden kennen, is het wel toestaan van premieaftrek voor betalingen aan een binnenlandse pensioenuitvoerder en niet voor betalingen aan een buitenlandse volgens de EC niet-proportioneel, omdat minder beperkende manieren denkbaar zijn om belastingheffing over buitenlandse pensioenuitkeringen te verzekeren. Hierbij wordt onder andere verwezen naar Bijstandsrichtlijn 77/799/EEG, zoals ook is gedaan in bijvoorbeeld het *Wielockx*²⁸²-arrest.²⁸³ Volgens de EC moet daarom een systeem van wederzijdse erkenning van pensioenregelingen worden gehanteerd.²⁸⁴ Over een grensoverschrijdende waardeoverdracht merkt de EC op dat zij nationale regels die een dergelijke overdracht belemmeren, gaat onderzoeken en eventuele vervolgstappen zet om de vrije verkeersbepalingen te waarborgen.²⁸⁵

Een ander aspect waarop de EC inzoomt betreft de situatie waarin dubbele belastingheffing kan ontstaan door verschillen in de nationale wetgeving van lidstaten en door de destijds doorgaans conform het OESO-MV gesloten belastingverdragen.²⁸⁶ Denk aan de situatie

²⁸⁰ Exitheffingenmededeling, par. 2.1.

²⁸¹ Mededeling van 19 april 2001 inzake de opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen; nr. COM(2001)204, PbEG 2001, nr. C.165 (hierna: Pensioenmededeling).

²⁸² HvJ EG 11 augustus 1995, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:268 (*Wielockx*), r.o. 26.

²⁸³ Pensioenmededeling, par. 3.2&3.3.

²⁸⁴ P. Kavelaars, 'Grensoverschrijdend pensioen', *NtFR-B* 2008/21, par. 2.1.

²⁸⁵ Pensioenmededeling, par. 3.6.

²⁸⁶ Pensioenmededeling, par. 6.1.

waarin lidstaat A een zogenaamd TEE-systeem (premies belast, investeringsinkomen vrijgesteld, uitkeringen vrijgesteld) toepast en lidstaat B een EET-systeem (premies vrijgesteld, investeringsinkomen vrijgesteld, uitkeringen belast). Een werknemer die – al dan niet tijdelijk – werkzaam is geweest in lidstaat A kan dan geen premieaftrek genieten, terwijl de uitkeringen bij pensionering in lidstaat B in beginsel volledig worden belast wanneer uit het belastingverdrag een woonstaatheffing volgt.

Met de argumenten dat destijds de meeste lidstaten een EET-systeem hanteerden en laatstgenoemd systeem met het belastinguitstel de opbouw van pensioenvoorzieningen stimuleert, geeft de EC aan voorstander te zijn van een bredere acceptatie van het EET-systeem.²⁸⁷ Lidstaten die destijds geen EET-systeem hanteerden, hebben na verschijning van de Pensioenmededeling hierin geen verandering gebracht. Uit het in 2017 gepubliceerde overzicht van de 'Commissie grenswerkers' blijkt dat Luxemburg, Hongarije en Polen gebruik maken van een TEE-systeem.²⁸⁸ Bij mijn weten is hieraan in de tussentijd niets veranderd. Duitsland hanteert overigens zowel het EET- als TEE-systeem. Het hiervoor geschetste probleem met de lidstaten A en B blijft dus in beginsel bestaan.²⁸⁹ Om in deze situatie dubbele belastingheffing te voorkomen, noemt de EC twee mogelijkheden. De eerste optie is om vanuit lidstaat B unilateraal aan ingezetenen een vrijstelling te verlenen voor uitkeringen van buitenlandse pensioenuitvoerders voor zover geen fiscaal faciliteerde opbouw heeft plaatsgevonden. De tweede optie is om hierover iets op te nemen in het bilaterale belastingverdrag. Dit alles kan dubbele belasting (of dubbele non-belasting) volgens de EC aanzienlijk verminderen, maar niet volledig. Dat laatste komt door de grote verschillen tussen de pensioensystemen van lidstaten, waardoor de premieaftrek flink kan verschillen.²⁹⁰ De EC overweegt geen harmoniseringsmaatregelen en dat lijkt mij een correcte beslissing. Lidstaten zijn immers vrij in de inrichting van hun pensioensystematiek en de dispariteiten die daardoor ontstaan, vormen geen ongerechtvaardigde belemmeringen van de arbeidsmobiliteit, zoals we in hoofdstuk 3 ook hebben gezien inzake socialezekerheidsuitkeringen.

Een belangrijk voordeel van een mededeling is dat geen medewerking van de lidstaten is vereist. Een mededeling heeft echter geen juridische status, waardoor het afdwingen van de inhoud daarvan enkel kan plaatsvinden door druk uit te oefenen op lidstaten. In het geval een lidstaat hieraan niet wil meewerken, kan het gewenste resultaat alleen nog worden bereikt via een infractieprocedure.²⁹¹ Dit is ook exact de aanpak die de EC heeft gevolgd nadat lidstaten die premies betaald aan enerzijds binnenlandse en anderzijds buitenlandse pensioeninstellingen verschillend behandelden, hun wetgeving niet wilden aanpassen na afloop van besprekingen over de Pensioenmededeling. Tegen een negental lidstaten werd daarom een infractieprocedure gestart. De meeste daarvan hebben uiteindelijk hun wetgeving aangepast, maar een drietal lidstaten (Denemarken, België en Zweden) weigerde dit. Nadat Denemarken en België, zoals in de volgende paragraaf wordt besproken, in het ongelijk werden gesteld door het HvJ, heeft ook Zweden de strijd opgegeven. In de periode daarna zijn nog meer zaken gestart tegen lidstaten, welke uiteindelijk allemaal – de een wat sneller dan de ander – hun wetgeving hebben gewijzigd.²⁹² Al met al is de door de EC gekozen strategie

²⁸⁷ Pensioenmededeling, par. 6.2.

²⁸⁸ Rapport van de Commissie grenswerkers (Geschrift nr. 257), p.297.

²⁸⁹ P. Kavelaars, 'Grensoverschrijdend pensioen', *NTR-B* 2008/21, par. 2.1.

²⁹⁰ Pensioenmededeling, par. 6.3.

²⁹¹ P. Kavelaars, 'Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)', *TPV* 2009/13, par. 3.1.

²⁹² Rapport van de Commissie grenswerkers (Geschrift nr. 257), p.302.

dus zeer effectief gebleken. Op dit moment zijn er bij mijn weten geen lidstaten met een EET (of ETT)-systeem die geen premieaftrek toestaan voor buitenlandse uitvoerders.

5.3.2.3 *Infractieprocedures Europese Commissie n.a.v. Pensioenmededeling*

- Denemarken²⁹³

Volgens de Deense wetgeving werden gedurende de pensioenopbouw van zowel werknemers als niet-werknemers wel fiscale faciliteiten verleend indien deze zijn ondergebracht bij in Denemarken gevestigde pensioeninstellingen, maar niet in het geval van daarbuiten gevestigde uitvoerders. Afwijkend ten opzichte van het Danner-arrest, en juist weer in lijn met de Bachmann-zaak, is het feit dat Denemarken alleen heft over uitkeringen uit pensioenregelingen waarbij gedurende de opbouw fiscale faciliteiten zijn genoten. Volgens de EC is bovenstaande bepaling in strijd met het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal. Denemarken had erkend dat sprake was van een EU-rechtelijke belemmering, maar was van mening dat deze belemmering kon worden gerechtvaardigd.

Nadat het HvJ – meer voor de volledigheid – vaststelt dat inderdaad sprake is van een belemmering, worden de aangevoerde rechtvaardigingsgronden beoordeeld. Om te beginnen de doeltreffendheid van fiscale controles. Het HvJ merkt op dat een lidstaat op grond van Bijstandsrichtlijn 77/799/EEG de bevoegde autoriteiten in de andere lidstaat kan verzoeken alle benodigde inlichtingen te verstrekken. Dat dit geen verplichting is, kan het weigeren van fiscale faciliteiten voor buitenlandse pensioenregelingen niet rechtvaardigen. Ook ten aanzien van de belastingplichtige staat niets eraan in de weg om van hem/haar bewijzen te verlangen en fiscale faciliteiten te weigeren indien deze bewijzen niet of onvoldoende worden geleverd.²⁹⁴ De doeltreffendheid van fiscale controles wordt daarom niet geaccepteerd als rechtvaardigingsgrond. Datzelfde geldt voor de aangevoerde rechtvaardiging betreffende de voorkoming van belastingvlucht. De enkele omstandigheid dat bijdragen worden betaald aan een buitenlandse uitvoerder kan volgens het HvJ geen grond opleveren voor een algemeen vermoeden van belastingvlucht.

De tweede aangevoerde rechtvaardiging betreft de coherentie van het belastingstelsel. Het HvJ herhaalt dat hiervoor een rechtstreeks verband tussen de premieaftrek en de toekomstige belastingheffing vereist is. Vervolgens wordt opgemerkt dat het verleggen van de woonplaats naar het buitenland tussen de premiebetalingen en uitkeringen afbreuk kan doen aan de hier bedoelde coherentie, namelijk wanneer het geldende belastingverdrag een woonstaatheffing voorschrijft. Aan de andere kant kan Denemarken juist wel heffen over door inwoners verkregen buitenlandse pensioenen. Hier komt de eerder besproken verdragscoherentie dus om de hoek kijken. De Deense regeling is hierdoor niet vereist om de coherentie van het belastingstelsel te waarborgen en op deze grond wijst het HvJ ook deze rechtvaardigingsgrond af.²⁹⁵ Dit is mijns inziens allesbehalve verrassend, gelet op de eerdere prejudiciële beslissingen.

²⁹³ HvJ EG 30 januari 2007, C-150/04, ECLI:EU:C:2007:69 (*Commissie/Denemarken*).

²⁹⁴ HvJ EG 30 januari 2007, C-150/04, ECLI:EU:C:2007:69 (*Commissie/Denemarken*), r.o. 51 t/m 59.

²⁹⁵ HvJ EG 30 januari 2007, C-150/04, ECLI:EU:C:2007:69 (*Commissie/Denemarken*), r.o. 70 t/m 74.

- België²⁹⁶

Deze infractieprocedure betreft een zestal bepalingen waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse gevallen, welke volgens de EC in strijd zijn met de vrijheid van diensten, kapitaal, personen en vestiging. Het betreft de volgende bepalingen:

1. Voor de aftrekbaarheid van de werkgeversbijdragen voor een aanvullende verzekering tegen ouderdom is vereist dat deze bijdragen worden betaald aan een in België gevestigde uitvoerder;
2. Voor de aftrekbaarheid van door de werkgever op het inkomen ingehouden bijdragen voor een aanvullende verzekering tegen ouderdom is vereist dat deze bijdragen worden betaald aan een in België gevestigde uitvoerder;
3. Wanneer bepaalde kapitalen, afkoopwaarden en spaartegoeden worden betaald of toegekend aan een belastingplichtige die tussentijds is geëmigreerd, wordt de betaling of toekenning geacht net voor de migratie te hebben plaatsgevonden, waarmee verdragstoepassing wordt voorkomen;
4. Verschillende overdrachten worden met een toekenning in de zin van de vorige bepaling gelijkgesteld, waardoor iedere verzekeraar een bedrijfsvoorheffing moet inhouden op de kapitalen en afkoopwaarden betaald aan een niet-inwoner die op enig tijdstip inwoner van België is geweest en voor zover deze kapitalen en afkoopwaarden tijdens het inwonerschap geheel of gedeeltelijk zijn opgebouwd, ook wanneer de door België gesloten bilaterale belastingverdragen het heffingsrecht toekennen aan de andere verdragsstaat;
5. Over de overdracht van kapitalen en afkoopwaarden gevormd door werkgevers- en/of werknemersbijdragen voor aanvullend pensioen is belastingheffing verschuldigd indien deze overdracht plaatsvindt aan een buiten België gevestigde uitvoerder, terwijl een dergelijke overdracht onbelast blijft bij een overdracht naar een binnenlandse uitvoerder;
6. Van enkel buiten België gevestigde verzekeraars wordt geëist dat zij een in België verblijvende aansprakelijke vertegenwoordiger aannemen die zich persoonlijk, schriftelijk verbindt tot betaling van de jaarlijkse heffing op de verzekeringscontracten, interesten en boeten betreffende in België gelegen risico's.

Ten aanzien van de bepalingen 1, 2, 5 en 6 oordeelt het HvJ dat deze een inbreuk vormen op de vrijheid van dienstverrichting van buiten België gevestigde uitvoerders; de overige twee bepalingen worden niet aan deze verkeersvrijheid getoetst. Alleen ten aanzien van de laatste voorwaarde had België een rechtvaardiging aangevoerd. De Belgische regering achtte deze bepaling noodzakelijk om het binnenkrijgen van de betalingen te verzekeren. Volgens de EC kan dit doel ook met minder vergaande maatregelen worden bereikt, waarbij onder andere wordt verwezen naar Bijstandsrichtlijn 77/799/EEG.²⁹⁷ Vervolgens oordeelt het HvJ dat de bepalingen 1 t/m 5 stuk voor stuk in strijd zijn met het vrije verkeer van personen.²⁹⁸ Het HvJ komt dan ook tot de slotsom dat alle Belgische bepalingen in strijd zijn met het vrije verkeer van diensten en/of personen en daarom moeten worden gewijzigd. Aan de toetsing van de

²⁹⁶ HvJ EG 5 juli 2007, C-522/04, ECLI:EU:C:2007:405 (*Commissie/België*).

²⁹⁷ HvJ EG 5 juli 2007, C-522/04, ECLI:EU:C:2007:405 (*Commissie/België*), r.o. 35 t/m 57.

²⁹⁸ HvJ EG 5 juli 2007, C-522/04, ECLI:EU:C:2007:405 (*Commissie/België*), r.o. 65 t/m 78.

overige verkeersvrijheden komt het HvJ dan niet meer toe. Kijkend naar de eerder besproken arresten is ook deze uitspraak allesbehalve opmerkelijk.

5.3.2.4 Bijstandsrichtlijn

In de hiervoor besproken jurisprudentie komt diverse keren Bijstandsrichtlijn 77/799/EEG naar voren, welke inmiddels is vervangen door Bijstandsrichtlijn 2011/16/EU²⁹⁹. Ik bespreek deze nieuwe richtlijn hier op enkele kernpunten. De voornaamste reden voor de vervanging van de oude richtlijn is de toegenomen globalisering, waardoor lidstaten steeds vaker een beroep moeten doen op wederzijdse bijstand om de juiste belastinggrondslag te kunnen bepalen. De oude richtlijn voldeed niet meer aan de eisen die aan de administratieve samenwerking worden gesteld. Daar waar onder de oude richtlijn inlichtingen veelal op verzoek van één van de lidstaten inlichtingen werden verstrekt om de juiste belastinggrondslag vast te stellen, is in artikel 8 van de nieuwe richtlijn voor veel inkomstencategorieën – waaronder pensioenen en lijfrenten – een verplichte automatische uitwisseling van informatie opgenomen. Een andere belangrijke noviteit ten opzichte van de oude richtlijn is dat aan het verstrekken van de inlichtingen een maximale termijn wordt gekoppeld waarbinnen dit dient plaats te vinden, te weten zes maanden na de datum van ontvangst van het verzoek.³⁰⁰ Beide besproken ontwikkelingen juich ik toe, omdat hiermee de inlichtingenstroom tussen lidstaten wordt verbeterd. In de Nederlandse wetgeving ligt de Bijstandsrichtlijn overigens verankerd in de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB).

5.3.2.5 Richtlijn 98/49/EG

Deze niet-fiscale richtlijn heeft als doelstelling om de pensioenrechten van werknemers en zelfstandigen die zich van de ene naar de andere lidstaat verplaatsen, te beschermen. De in dit verband meest relevante bepaling betreft artikel 6, waarin is opgenomen dat lidstaten maatregelen moeten treffen om ervoor te zorgen dat gedetacheerde werknemers hun bestaande pensioenregeling in de nieuwe werkstaat kunnen voortzetten. Naar deze bepaling wordt verwezen door de staatssecretaris in het 'Besluit internationale pensioenen'.³⁰¹

5.3.2.6 Lopende infractieprocedure tegen Nederland

Uit paragraaf 5.3.2.2 blijkt dat de door de EC gekozen strategie om zaken aan te spannen tegen lidstaten die weigeren hun nationale wetgeving inzake de fiscale facilitering van pensioenpremies betaald aan buitenlandse uitvoerders in overeenstemming te brengen met de Pensioenmededeling, uitermate succesvol blijkt te zijn. Naar aanleiding van het oordeel van het HvJ in de voor de EC succesvolle infractieprocedure tegen België inzake het fiscale onderscheid tussen een binnenlandse en grensoverschrijdende waardeoverdracht heeft de EC in het Pensioengrootboek³⁰² aangekondigd dat zij van plan is om te onderzoeken of er andere lidstaten zijn met vergelijkbare bepalingen in hun nationale wetgeving.

In dit kader heeft de EC Nederland op 21 november 2012 een met redenen omkleed advies gestuurd betreffende een drietal fiscale voorschriften inzake grensoverschrijdende pensioenen. Ten eerste moeten buitenlandse uitvoerders zekerheid stellen indien zij pensioenkapitaal willen overbrengen naar het buitenland of zaken willen doen op de

²⁹⁹ Richtlijn 2011/16/EU betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG, PbEU 2020, nr. L.204 (hierna: Bijstandsrichtlijn 2011/16/EU).

³⁰⁰ Artikel 7, eerste lid, Bijstandsrichtlijn 2011/16/EU.

³⁰¹ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.1.

³⁰² Groenboek van 7 juli 2010, Towards adequate, sustainable and safe European pension systems, COM(2010) 365, par. 3.3.2.

Nederlandse markt. Ten tweede moeten werknemers zekerheid stellen indien hun pensioenkapitaal naar het buitenland wordt overgebracht of zij in het buitenland pensioendiensten willen inkopen. Ten derde zijn waardeoverdrachten aan buitenlandse pensioenuitvoerder door werknemers die buiten Nederland gaan werken, slechts vrijgesteld indien de buitenlandse pensioenuitvoerder de aansprakelijkheid voor belastingvorderingen accepteert of de belastingplichtige zelf zekerheid stelt. Volgens de EC is dit drietal voorschriften in strijd met het vrije verkeer van personen, werknemers, vestiging, dienstverrichting en kapitaal. Verder merkt de EC op dat de zaak voorgelegd kan worden aan het HvJ indien Nederland binnen twee maanden geen bevredigend antwoord heeft gegeven.³⁰³ Nederland heeft niet gereageerd op het verzoek en ook aan de zijde van de EC is het jarenlang muistil gebleven, tot 19 juli 2018.

Op deze datum heeft de EC besloten Nederland wederom een met redenen omkleed advies te sturen. Deze keer betreft het advies het feit dat Nederland belasting heft over grensoverschrijdende waardeoverdrachten aan lidstaten die pensioenuitkeringen in andere vormen dan annuïteiten toestaan. Volgens de EC vormt dit een beperking van het vrije verkeer van werknemers, diensten en kapitaal.³⁰⁴ Aangezien laatstgenoemd advies zag op andere elementen van de Nederlandse wetgeving, komt de logische vraag op of de EC ten aanzien van de in 2012 aangekaarte bepalingen van gedachten is veranderd. Het antwoord op deze vraag kwam op 27 november 2019, aangezien de EC Nederland een met redenen omkleed advies heeft gestuurd betreffende exact dezelfde fiscale voorschriften als in 2012.³⁰⁵ Het lijkt er dus op dat de EC een soort herinnering heeft gestuurd. Aan geen van beide verzoeken heeft Nederland gehoor gegeven, waardoor op respectievelijk 14 mei en 30 november 2020 heeft besloten Nederland voor het HvJ te dagen.³⁰⁶ Opvallend is dat bij de beslissing van 14 mei wordt verwezen naar het verzoek uit 2012, terwijl laatstgenoemd verzoek zag op andere bepalingen. Dat lijkt mij inconsistent. Op het moment van schrijven van dit stuk is nog onbekend hoe deze infractieprocedure verder verloopt. In paragraaf 5.3.4.5 wordt getoetst in hoeverre de door de EC opgestarte infractieprocedure in mijn optiek terecht is en of misschien zelfs meer voorschriften in strijd zijn met het EU-recht.

5.3.3 Samenvattend kader fiscaal gefaciliteerde opbouw pensioenen en lijfrenten

In paragraaf 5.3.1.2 en 5.3.2.3 zijn diverse HvJ-arresten besproken op het terrein van de grensoverschrijdende opbouw van pensioenen en lijfrenten. Ook de in paragraaf 5.3.2.2 besproken Pensioenmededeling gaat hierop in. In deze paragraaf wordt aan de hand van de besproken arresten en mededeling een kort samenvattend kader geschetst waaraan de nationale wetgeving van EU-lidstaten EU-rechtelijk mijns inziens in ieder geval moet voldoen.

De belangrijkste conclusie die uit de besproken prejudiciële beslissingen en infractieprocedures getrokken kan worden, is dat lidstaten die fiscale faciliteiten verlenen voor pensioenen en lijfrenten opgebouwd bij een binnenlandse uitvoerder, dezelfde faciliteiten moeten verlenen aan werknemers die hun pensioen of lijfrente opbouwen bij een buitenlandse uitvoerder. In de Commissie/Denemarken-zaak³⁰⁷ ging het om pensioenen van werknemers in het algemeen, waardoor bovenstaande conclusie mijns inziens niet alleen geldt voor

³⁰³ MEMO/12/876, Inbreukenpakket voor november: voornaamste beslissingen.

³⁰⁴ MEMO/18/4486, Inbreukenpakket voor juli: voornaamste beslissingen.

³⁰⁵ INF/19/6304, Inbreukenpakket voor november: voornaamste beslissingen.

³⁰⁶ INF/20/859, Inbreukenpakket voor mei: voornaamste beslissingen & INF/20/1687, Inbreukenpakket voor oktober: voornaamste beslissingen.

³⁰⁷ HvJ EG 30 januari 2007, C-150/04, ECLI:EU:C:2007:69 (*Commissie/Denemarken*).

gedetacheerde werknemers – waarop Richtlijn 98/49 EG zich richt – maar voor alle werknemers die willen werken in een andere lidstaat die eveneens de omkeerregel toepast. Of de werknemer zijn/haar woonplaats ook verplaatst naar de nieuwe werkstaat, lijkt er – wat mij betreft terecht – niet toe te doen. De in de Montag-zaak opgekomen onduidelijkheid of de Schumacker-leer ook geldt voor pensioenen en – voornamelijk – lijfrenten, is daardoor mijns inziens binnen EU-verband irrelevant. Op basis van de vrije verkeersbepalingen is een lidstaat immers reeds verplicht om inzake door buitenlands belastingplichtigen betaalde pensioen- en/of lijfrentepremies aan buitenlandse uitvoerders dezelfde fiscale faciliteiten te verlenen als aan belastingplichtigen die niet grensoverschrijdend actief zijn.

EU-lidstaten mogen in hun nationale wetgeving dus geen onderscheid maken tussen binnenlandse en buitenlandse uitvoerders. In geen van de besproken arresten ging het om een belastingplichtige die zijn pensioen- of lijfrenteverzekeringsrecht niet kon voortzetten in zijn/haar nieuwe werkstaat, omdat laatstgenoemde staat de omkeerregel in het geheel niet toepast. Dat acht ik logisch, omdat in een dergelijk geval geen onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse uitvoerders. Dat heeft tot gevolg dat het in overeenstemming is met het EU-recht is dat een (Nederlandse) werknemer die gaat werken in een staat die de omkeerregel niet toepast, zijn/haar pensioen en/of lijfrente in die staat niet gefaciliteerd kan opbouwen zolang daar werkzaamheden worden verricht. Zoals de EC voorstelt ten aanzien van pensioenen in de Pensioenmededeling, dient in een dergelijk geval dubbele belastingheffing op unilateraal of bilateraal niveau in de uitkeringsfase te worden voorkomen.

Ten aanzien van de internationale waardeoverdracht van pensioenkapitaal kan op basis van de Commissie/België-zaak³⁰⁸ wordt geconcludeerd dat een lidstaat die een waardeoverdracht aan een binnenlandse uitvoerder onbelast laat, hetzelfde moet doen voor een waardeoverdracht aan een buitenlandse uitvoerder.

5.3.4 Toetsing Nederlandse wetgeving aan EU-recht

5.3.4.1 Conserverende aanslag

Uit de in paragraaf 5.3.1.1 besproken uitspraken van het HvJ in het Lasteyrie du Saillant-arrest en de zaak-N kan worden geconcludeerd dat een conserverende aanslag inzake een niet-gerealiseerde ab-winst in strijd is met het EU-recht indien geen automatisch en onvoorwaardelijk uitstel van betaling wordt verleend en/of geen rekening wordt gehouden met waardeverminderingen na emigratie. Uit de Exithellingenmededeling blijkt – zoals besproken in paragraaf 5.3.2.5 – dat de EC van mening is dat deze voorwaarden ook moeten gelden voor andere exithellingen waaraan particulieren zijn onderworpen. De wetgever lijkt hierover hetzelfde te denken, omdat naar aanleiding van de HvJ-zaken niet alleen de ab-wetgeving is aangepast, maar ook de wetgeving met betrekking tot de conserverende aanslag inzake pensioenen en lijfrenten. Het betreft hier de conserverende aanslag in alle drie besproken situaties (emigratie, internationale waardeoverdracht en voortzetting van een buitenlandse regeling).

De eis van het automatisch en onvoorwaardelijk verlenen van uitstel van betaling ligt sinds 2004 verankerd in artikel 25, vijfde lid, IW 1990 jo. artikel 1e UR IW 1990. Op basis van het tweede lid van laatstgenoemd artikel is – in afwijking van het eerste lid – voor het verlenen van uitstel van betaling geen schriftelijk verzoek of zekerheidsstelling vereist indien het pensioen of de lijfrente is ondergebracht bij een in Nederland of een andere EU-lidstaat gevestigde

³⁰⁸ HvJ EG 5 juli 2007, C-522/04, ECLI:EU:C:2007:405 (*Commissie/België*).

uitvoerder. Het aspect dat rekening moet worden gehouden met latere waardeverminderingen is opgenomen in artikel 26, derde lid, onderdeel a, IW 1990 jo. artikel 1f, derde lid, UR IW 1990. Hierin is een zogenaamde tarieftoets opgenomen, welke inhoudt dat het verschil tussen de hoogte van de conserverende aanslag en de belasting die in een volledig binnenlandse situatie verschuldigd zou zijn, wordt kwijtgescholden. Daarmee wordt de facto rekening gehouden met waardeverminderingen na het opleggen van de conserverende aanslag. Voor deze kwijtschelding hoeft geen verzoek te worden ingediend wanneer de belastingplichtige woonachtig is binnen de EU. Daarmee is de Nederlandse wetgeving mijns inziens volledig in lijn met de twee besproken HvJ-arresten.

Zoals besproken in paragraaf 4.2.4, heeft de Hoge Raad in het 15-aprilarrest geoordeeld dat de conserverende aanslag van artikel 3.83, eerste lid, Wet IB 2001 – onder verwijzing naar de zaak-N – in overeenstemming is met het fiscale territorialiteitsbeginsel en daarmee met het EU-recht. De Hoge Raad stelt hierbij dat het internationaal wordt aanvaard dat staten die de omkeerregel toepassen, de vrijheid hebben om middels belastingverdragen af te spreken dat zij ook na emigratie van een belastingplichtige mogen heffen over pensioenen die uit hun staat afkomstig zijn. Tot slot wordt nog wel opgemerkt dat uiteindelijk niet meer belasting mag zijn verschuldigd dan wanneer de belastingplichtige niet was geëmigreerd.

Als we de lijn van de Hoge Raad in het 15-aprilarrest vervolgens doortrekken naar de andere relevante bepalingen in de pensioen- en lijfrentesfeer, kan wat mij betreft worden geconcludeerd dat ook deze in overeenstemming zijn met het fiscale territorialiteitsbeginsel. In alle gevallen wordt een inkomensbestanddeel namelijk slechts beschouwd als te conserveren inkomen indien en voor zover in Nederland fiscale faciliteiten zijn genoten. Met artikel 26, derde lid, onderdeel a, IW 1990 jo. artikel 1f, derde lid, UR IW 1990 wordt bewerkstelligd dat niet meer belasting is verschuldigd dan in een binnenlandse situatie, waardoor ook wordt voldaan aan de nuancering in het 15-aprilarrest. Ik kom dan ook tot de slotsom dat de conserverende aanslag niet in strijd is met het EU-recht, maar wel – zoals besproken in paragraaf 5.2.4.1 – met de goede verdragstrouw.

5.3.4.2 Voortzetting buitenlandse pensioenregeling in Nederland

Op basis van de eerste aanwijzingsmogelijkheid uit het ‘Besluit internationale pensioenen’³⁰⁹ wordt aan een inkomende werknemer de mogelijkheid geboden om zijn/haar buitenlandse pensioenregeling gedurende maximaal vijf jaar in Nederland voort te zetten op basis van de fiscale wetgeving van de uitzendstaat, zodat zo veel mogelijk gelijkheid tussen uitgezonden en niet-uitgezonden werknemers in de uitzendstaat wordt gecreëerd. Volgens de staatssecretaris sluit deze inbreuk op de fiscale autonomie van lidstaten aan bij Richtlijn 98/49/EG. Naar mijn idee volgt uit deze richtlijn echter slechts het feit dat buitenlandse werknemers hun deelname aan hun buitenlandse pensioenregeling kunnen voortzetten en worden in dit kader aan de lidstaten geen verdere instructies gegeven. Lidstaten zijn daarom niet op basis van Richtlijn 98/49/EG verplicht om fiscale faciliteiten te verlenen volgens de normen van de uitzendstaat.

Het creëren van gelijkheid tussen uitgezonden en niet-uitgezonden werknemers in de uitzendstaat is volgens de staatssecretaris in lijn met Europese regelgeving. Evenals Karman³¹⁰ acht ik dit een correcte constatering, maar volgt hieruit niet dat de nieuwe werkstaat verplicht is de fiscale wetgeving van de andere staat te volgen. Indien Nederland aan

³⁰⁹ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.1.

³¹⁰ P.A. Karman, ‘Besluit internationale aspecten van pensioenen’, *WFR* 2008/521, par. 2.4.2.

inkomende werknemers dezelfde fiscale faciliteiten zou verlenen als aan niet-inkomende werknemers, kan geen sprake zijn van een EU-rechtelijke belemmering. Het kan dan zo zijn dat de Nederlandse facilitering minder ruim is dan de buitenlandse. Dit is echter het gevolg van dispariteiten tussen belastingstelsels en daarmee niet in strijd met het EU-recht.

De staatssecretaris heeft binnen EU-verband echter niet gekozen voor het verlenen van dezelfde fiscale facilitering aan inkomende en niet-inkomende werknemers, omdat voor inkomende werknemers de wetgeving van de uitzendstaat wordt gevolgd. De vraag is dan of de staatssecretaris zich met deze keuze EU-rechtelijk op glad ijs begeeft. Wanneer de Nederlandse fiscale faciliteiten ruimhartiger zijn dan de faciliteiten in de lidstaat van herkomst, wordt een inkomende werknemer die zijn buitenlandse pensioenregeling wil voortzetten slechter behandeld dan een niet-inkomende werknemer met een Nederlands pensioen. Een cruciaal verschil met de bepalingen die volgens het HvJ in strijd waren met het EU-recht, is dat die bepalingen buitenlandse pensioen- en lijfrente-uitvoerders in algemene zin, ongeacht welke staat het betreft, slechter behandelen dan binnenlandse uitvoerders. Toepassing van de eerste aanwijzingsmogelijkheid uit het besluit kan echter zowel tot gevolg hebben dat een buitenlandse werknemer die zijn buitenlandse pensioenregeling wil voortzetten, minder ruime faciliteiten geniet dan een binnenlandse werknemer als dat hij/zij ruimere faciliteiten geniet. Dit is volledig afhankelijk hoe de omvang van de fiscale facilitering in de uitzendstaat zich met de Nederlandse normen verhoudt. Aanwijzingen dat de Nederlandse faciliteiten inzake pensioenen per definitie ruimer zijn, zijn mij niet bekend. Het aspect dat volgens de eerste aanwijzingsmogelijkheid fiscale faciliteiten worden verleend conform de wetgeving van de uitzendstaat vormt daarom in mijn optiek geen ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer van werknemers.

Een ander aspect van de eerste aanwijzingsmogelijkheid dat getoetst wordt aan het vrije verkeer van werknemers betreft de maximering van de aanwijzingstermijn tot vijf jaar (eerste aanwijzing) respectievelijk tien jaar (derde aanwijzing). Dit heeft tot gevolg dat vanuit het buitenland afkomstige werknemers na afloop van deze termijn niet langer recht hebben op fiscale facilitering in Nederland. Derhalve vormen deze twee termijnen belemmeringen van het vrije verkeer van werknemers. De vraag is nu of deze belemmeringen kunnen worden gerechtvaardigd.

In geen van de besproken HvJ-arresten omtrent pensioenen is de vraag aan de orde geweest of heeft het HvJ iets gezegd omtrent de vraag of een lidstaat een maximale termijn mag hanteren inzake het verlenen van fiscale faciliteiten aan buitenlandse pensioenuitvoerders. Hoewel een inkomende werknemer die zijn/haar buitenlandse pensioenregeling in Nederland wil voortzetten in veel gevallen binnen enkele jaren terugkeert naar zijn/haar oorspronkelijke woonstaat, kan mijns inziens een beperking in de aanwijzingstermijn van een buitenlandse pensioenregeling EU-rechtelijk niet worden gerechtvaardigd. Ook een buitenlandse werknemer die van plan is voor langere tijd in Nederland te blijven, moet zo lang hij/zij werkzaamheden in Nederland uitvoert zijn/haar pensioen in Nederland fiscaal gefaciliteerd kunnen opbouwen. Deze werknemer heeft daar net zo goed recht op als een werknemer die slechts voor enkele maanden naar Nederland wordt gedetacheerd. De vijfjaarstermijn uit de eerste aanwijzingsmogelijkheid en de tienjaarstermijn van de derde aanwijzingsmogelijkheid moeten zodoende worden geschrapt. Het doorstrepen van de tienjaarstermijn heeft de facto eveneens tot gevolg dat de in paragraaf 5.2.4.2 geconstateerde strijd met de goede verdragstrouw zich niet meer kan voordoen. Twee vliegen in één klap dus. Het is een taak van de EC om Nederland op het matje te roepen en – indien nodig – voor het HvJ te dagen.

5.3.4.3 Inkoop buitenlandse diensttijd

Op basis van artikel 10a, eerste lid, onderdeel b, UB LB 1965 kan een werknemer zijn/haar Nederlandse pensioenregeling voortzetten ten aanzien van de in het buitenland doorgebrachte diensttijd middels een toezegging achteraf, mits gedurende deze periode geen pensioen is opgebouwd bij een buitenlandse verzekeraar en de diensttijd is besteed bij een verbonden lichaam. De verbondenheidseis heeft tot gevolg dat voortzetting van een Nederlandse pensioenregeling bij een niet-verbonden buitenlandse entiteit niet mogelijk is. In deze gevallen wordt buitenlandse diensttijd dus niet erkend, terwijl binnenlandse diensttijd wel altijd wordt erkend. Dat vormt mijns inziens een belemmering van het vrije verkeer van werknemers. Van belang is verder dat de verbondenheidseis niet geldt voor inkomende werknemers die hun buitenlandse pensioenregeling willen voortzetten. Mijns inziens bestaat geen rechtvaardiging om deze eis in de andere richting wel te mogen stellen. Ik kom dan ook tot de slotsom dat de verbondenheidseis EU-rechtelijk niet door de beugel kan en moet worden geschrapt. De EC dient Nederland op deze strijdigheid te wijzen en te verzoeken de wetgeving aan te passen.

5.3.4.4 Voortzetting buitenlandse lijfrenteverzekering in Nederland

In paragraaf 5.3.3 heb ik geconcludeerd dat lidstaten die de omkeerregel toepassen voor zowel pensioenen en lijfrenten dezelfde fiscale faciliteiten moeten verlenen aan binnenlandse en buitenlandse uitvoerders. Kijkend naar de Nederlandse invulling daarvan in artikel 3.126, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 in combinatie met het 'Verzamelbesluit lijfrenten'³¹¹ dan zie ik hierin geen EU-rechtelijke belemmering voor werknemers die hun buitenlandse lijfrente in Nederland willen voortzetten, mits de derde voorwaarde een ruime reikwijdte heeft. Zoals reeds benoemd in paragraaf 4.4.1.1, houdt deze voorwaarde in dat de buitenlandse lijfrenteverzekering qua strekking moet overeenkomen met het Nederlandse equivalent. Daar is eveneens geconcludeerd dat het wenselijk is dat de staatssecretaris nader toelicht wat hij precies met deze term bedoeld. Om EU-rechtelijk door de beugel te kunnen moet de term "qua strekking overeengekomen" mijns inziens breed worden geïnterpreteerd en mag enkel een globale toetsing plaatsvinden. In zijn toelichting kan de staatssecretaris wat mij betreft soortgelijke handvatten geven als hij heeft gedaan inzake pensioenen in de derde aanwijzingsmogelijkheid van het 'Besluit internationale pensioenen'³¹², zoals dat ruimere afkoopmogelijkheden geen belemmering mogen vormen. Deze globale toetsing mag naar mijn mening – naast het voorgaande – eveneens inhouden dat de andere betrokken staat inzake lijfrenten een op hoofdlijnen met het Nederlandse belastingstelsel vergelijkbare systematiek moet kennen, inhoudende dat gedurende de opbouwfase fiscale faciliteiten worden verleend en dat de lijfrenten bij afwikkeling worden belast.

5.3.4.5 Waardeoverdracht naar buitenlandse uitvoerder

- Substantiële dienstbetrekking

Om een internationale waardeoverdracht van pensioenkapitaal mogelijk te maken, moet de werknemer aannemelijk maken dat deze waardeoverdracht plaatsvindt in het kader van het aangaan van een substantiële dienstbetrekking. Daarvan is in ieder geval sprake bij een dienstbetrekking van vijf jaar. Voor kortere contracten is onduidelijk of aan deze voorwaarde wordt voldaan. Gelet op het feit dat het bij een waardeoverdracht aan een binnenlandse uitvoerder slechts een wisseling van werkgever is vereist, is mijns inziens sprake van een

³¹¹ Besluit van 16 mei 2019, nr. 2019-115021, Stcrt. 2019, 30558, par. 4.9.

³¹² Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.2.3.

belemmering van het vrije verkeer van werknemers. De resterende vraag is dan of deze belemmering kan worden gerechtvaardigd.

De gedachte achter het stellen van de voorwaarde van een substantiële dienstbetrekking is vermoedelijk dat de belastingplichtige gedurende de opbouw in Nederland fiscale faciliteiten heeft genoten en de fiscus bang is als gevolg van misbruik de belastingclaim te verliezen, doordat belastingplichtigen een kunstmatige constructie opzetten waarbij het aangaan van een dienstbetrekking wordt gefingeerd en vervolgens het pensioen wordt afgekocht. In het Commissie/Denemarken-arrest³¹³ is ter rechtvaardiging het voorkomen van belastingvlucht aangevoerd. Dit werd door het HvJ niet geaccepteerd, omdat de enkele omstandigheid dat bijdragen worden betaald aan een buitenlandse pensioeninstelling geen grond kan opleveren voor een algemeen vermoeden van belastingvlucht. Het stellen van de voorwaarde van een substantiële dienstbetrekking vormt in mijn optiek eveneens een algemeen vermoeden van misbruik. Het aangaan van een dienstbetrekking die in de ogen van de staatssecretaris (mogelijk) niet substantieel is, betekent echter niet dat per definitie sprake is van misbruik. De voorwaarde is daarmee te generiek van aard, waardoor de rechtvaardigingsgrond betreffende het voorkomen van belastingvlucht niet kan worden geaccepteerd.

Conform de arresten Danner³¹⁴ en Skandia/Ramstedt³¹⁵ kan de doeltreffendheid van de fiscale controles in mijn optiek ook hier niet worden geaccepteerd als rechtvaardigingsgrond. In onder andere de Danner-zaak stelde het HvJ dat niets belastingautoriteiten belet bewijzen op te vragen bij werkgevers omtrent premiebetalingen en de verzekering zelf. Hetzelfde geldt wat mij betreft inzake het verzoeken om bewijsstukken waaruit blijkt dat de waardeoverdracht plaatsvindt in het kader van het aanvaarden van een "reële" dienstbetrekking. Concluderend kan de eis van substantiële dienstbetrekking mijns inziens EU-rechtelijk niet worden gerechtvaardigd. Als oplossing stel ik voor om de voorwaarde dusdanig te wijzigen dat het aangaan van een nieuwe dienstbetrekking reeds voldoende is, net zoals in binnenlandse verhoudingen. Daarbij mogen dan wel de nodige bewijsstukken worden geëist, waarmee misbruik naar mijn idee afdoende kan worden voorkomen.

- Afkoopmogelijkheden mogen na waardeoverdracht niet ruimer zijn dan volgens de Pensioenwet

Middels een verwijzing naar artikel 85 PW wordt – naast civielrechtelijk – ook fiscaal de voorwaarde gesteld dat de afkoopmogelijkheden na de internationale waardeoverdracht niet ruimer mogen zijn dan wat de Pensioenwet voorschrijft. Deze voorwaarde heeft tot gevolg dat waardeoverdrachten naar pensioeninstellingen gevestigd in (zeker) twaalf van de EU-lidstaten per definitie onmogelijk zijn. Het feit dat in de praktijk veelal wel een oplossing worden gevonden, neemt mijns inziens niet weg dat sprake is van een belemmering van de vrijheid van werknemers. Ongeacht of de werknemer van plan is zijn/haar pensioen af te kopen, kan een waardeoverdracht per definitie fiscaal niet geruisloos plaatsvinden indien in de ontvangende lidstaat afkoop fiscaal wel tot de reguliere mogelijkheden behoort.

Ook uit deze voorwaarde blijkt weer dat de staatssecretaris bang is voor misbruik. Denk hierbij aan de situatie waarin een werknemer emigreert naar een staat waarmee Nederland een woonstaatheffing is overeengekomen en het pensioen wordt overgedragen naar een in die

³¹³ HvJ EG 30 januari 2007, C-150/04, ECLI:EU:C:2007:69 (*Commissie/Denemarken*), r.o. 58.

³¹⁴ HvJ EG 3 oktober 2002, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558 (*Danner*).

³¹⁵ HvJ EG 26 juni 2003, C-422/01, ECLI:EU:C:2003:380 (*Skandia/Ramstedt*).

staat gevestigde uitvoerder. Het pensioen wordt dan relatief gunstig afgekocht, waarna de werknemer terugkeert naar Nederland.³¹⁶ Vermoedelijk heeft het overgrote deel van de werknemers helemaal niet de intentie om misbruik te maken, maar wordt hen toch in beginsel de mogelijkheid ontnomen om een geruisloze internationale waardeoverdracht te laten plaatsvinden. De in kwestie zijnde voorwaarde vormt mijns inziens – net als de eis betreffende het aangaan van substantiële dienstbetrekking – een algemeen vermoeden van misbruik, wat niet kan dienen als (proportionele) rechtvaardigingsgrond voor deze belemmering.

In lijn met het Commissie/België arrest³¹⁷ – waarin door het HvJ werd beslist dat België niet mocht heffen over waardeoverdrachten naar buiten België gevestigde uitvoerders, aangezien binnenlandse waardeoverdrachten evenmin werden belast – ben ik daarom van mening dat Nederland niet per definitie mag heffen indien een waardeoverdracht plaatsvindt aan een uitvoerder in een lidstaat met ruimere afkoopmogelijkheden voor pensioenen. Deze voorwaarde is zodoende in strijd met het vrije verkeer van werknemers en dient te worden geschrapt. Om de waardeoverdracht naar deze staten daadwerkelijk mogelijk te maken, dient overigens ook het civielrechtelijke artikel 85 PW zelf te worden aangepast. Hierop ga ik verder niet in.

Hoe kan Nederland er dan wel voor zorgen dat misbruik wordt voorkomen? In mijn optiek zou de voorwaarde dat een werknemer moet aantonen dat de waardeoverdracht plaatsvindt in het kader van het aangaan van een reële dienstbetrekking reeds voldoende moeten zijn om misbruik te vermijden. Zoals ik reeds in paragraaf 5.2.2 heb bepleit, ben ik voorstander van een (partiële) bronstaatheffing voor pensioenen, waarbij de verdragspartners overeenkomen dat een waardeoverdracht geen invloed heeft op de verdeling van heffingsrechten. Dat zou tot gevolg hebben dat Nederland in de beschreven misbruiksituatie als bronstaat het heffingsrecht (deels) behoudt. Dit kan fungeren als extra slot op de deur om misbruik te voorkomen.

- *De nieuwe woonstaat hanteert het (ETT- of) EET-systeem*

Ingeval van emigratie dient de werknemer om een geruisloze internationale waardeoverdracht mogelijk te maken, ook aannemelijk te maken dat de nieuwe woonstaat belasting heft over pensioenen in de uitkeringsfase. Binnen EU-verband zijn er enkele lidstaten die juist heffen gedurende de opbouwfase, waardoor een waardeoverdracht naar een uitvoerder gevestigd in één van deze staten niet geruisloos kan plaatsvinden. Mijns inziens vormt dit een evidente belemmering van het vrije verkeer van werknemers. De vraag is vervolgens of deze belemmering kan worden gerechtvaardigd.

In mijn optiek zou in dit verband gedacht kunnen worden aan een tweetal rechtvaardigingen. Om te beginnen die van de het voorkomen van belastingvlucht. De gedachte achter het stellen van deze voorwaarde is vermoedelijk wederom gelegen in de angst voor misbruik. Indien een werknemer emigreert en de nieuwe woonstaat op basis van diens nationale recht niet heft over de al dan niet reguliere afwikkeling van pensioenen, kan mogelijk dubbele non-belasting ontstaan indien laatstgenoemde staat het heffingsrecht krijgt toegewezen op basis van het belastingverdrag. Net als bij de twee hiervoor besproken voorwaarden vormt ook deze een algemeen vermoeden van misbruik, omdat het alle waardeoverdrachten naar lidstaten zonder heffing in de uitkeringsfase treft. De rechtvaardigingsgrond betreffende het voorkomen van belastingvlucht kan daarom niet worden geaccepteerd.

³¹⁶ Rapport van de Commissie grenswerkers (Geschrift nr. 257), p.304.

³¹⁷ HvJ EG 5 juli 2007, C-522/04, ECLI:EU:C:2007:405 (*Commissie/België*).

Een tweede rechtvaardigingsgrond waaraan gedacht zou kunnen worden, betreft de coherentie van het belastingstelsel. In lijn met onder andere de arresten *Wielockx*³¹⁸ en *Danner*³¹⁹ kan een beroep hierop mijns inziens niet worden gerechtvaardigd, omdat ook hier sprake is van verdragscoherentie. Indien Nederland met een verdragspartner is overeengekomen dat de andere lidstaat mag heffen inzake een voor emigratie in Nederland fiscaal gefaciliteerd pensioen dat wordt overgedragen aan een uitvoerder gevestigd in de andere lidstaat, heeft Nederland afstand gedaan van diens heffingsrecht. Het is dan aan de andere lidstaat om dubbele non-belasting te voorkomen door de in Nederland fiscaal gefaciliteerde pensioenaanspraak alsnog te belasten. Aan de andere kant heeft Nederland juist wel het heffingsrecht in de exact omgekeerde situatie, waarbij een werknemer naar Nederland verhuist en buitenlands pensioenkapitaal naar Nederland overhevelt. Indien in de andere lidstaat juist tijdens de opbouwfase heffing heeft plaatsgevonden, dient Nederland dubbele belastingheffing te voorkomen door het pensioen in de uitkeringsfase vrij te stellen. Dat is precies wat Nederland doet via artikel 3.82, onderdeel b, Wet IB 2001. Daarmee is sprake van een coherent systeem op verdragsniveau, oftewel verdragscoherentie.

Gelet op het bovenstaande vormt de onderhavige voorwaarde wat mij betreft een ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer van werknemers en dient deze te worden geschrapt. Misbruik wordt in mijn ogen voldoende voorkomen via het stellen van de eis betreffende het aangaan van een reële dienstbetrekking. Indien Nederland wenst te heffen over in Nederland gefaciliteerde pensioenen die worden overgedragen aan een uitvoerder in een lidstaat die de omkeerregel niet toepast, dient Nederland – net als bij de hiervoor besproken voorwaarde – met de desbetreffende verdragspartner een bronstaatheffing overeen te komen, waarbij de verdeling van heffingsrechten niet worden beïnvloed door een waardeoverdracht. Overigens hoeft de vestigingsstaat van de uitvoerder waarnaar het pensioen wordt overgedragen niet per se de staat te zijn waar de werknemer de pensioenuitkering uiteindelijk ontvangt.

- *Aanvaarden aansprakelijkheid door ontvangende pensioenuitvoerder*

Om een geruisloze internationale waardeoverdracht mogelijk te maken, dient de overnemende pensioenuitvoerder de aansprakelijkheid te aanvaarden voor een reeks belastingsschulden, waaronder de conserverende aanslag. Ook hieruit blijkt weer dat de fiscus bang is de belastingclaim op in Nederland gefaciliteerde pensioenen kwijt te raken als gevolg van misbruik. Een beroep op het voorkomen van belastingvlucht kan mijns inziens ook hier niet worden geaccepteerd, omdat wederom sprake is van een algemeen misbruikvermoeden. In alle gevallen waarin een internationale waardeoverdracht plaatsvindt, moet de ontvangende pensioenuitvoerder immers de aansprakelijkheid voor belastingsschulden van de werknemer accepteren. Het is goed te begrijpen dat pensioenuitvoerders het aansprakelijkheidsrisico niet willen aanvaarden. Uiteindelijk is het echter de – in veel gevallen welwillende – werknemer die onderaan de streep met de gebakken peren zit en zijn/haar in Nederland opgebouwde pensioenkapitaal niet geruisloos kan overdragen. Daarom is de in kwestie zijnde voorwaarde in strijd met het EU-recht en dient ook deze te worden geschrapt.

Samenvattend heb ik ten aanzien van alle vier geanalyseerde voorwaarden geconcludeerd dat deze in strijd zijn met het vrije verkeer van werknemers. Zoals besproken in paragraaf 5.3.2.6 heeft de EC Nederland in 2020 voor het HvJ gedaagd in een tweetal zaken omtrent de

³¹⁸ HvJ EG 11 augustus 1995, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:268 (*Wielockx*).

³¹⁹ HvJ EG 3 oktober 2002, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558 (*Danner*).

internationale waardeoverdracht van pensioenkapitaal. De eerste van deze zaken betreft de besproken voorwaarde inzake de ruimere afkoopmogelijkheden in de ontvangende lidstaat. De EC ziet deze voorwaarde – net als ik – als een EU-rechtelijke belemmering. De tweede door de EC aangespannen zaak betreft een drietal punten, waarvan de derde in mijn ogen de belangrijkste is. Dit punt betreft het feit dat de buitenlandse uitvoerder de aansprakelijkheid moet aanvaarden inzake diverse belastingschulden, oftewel de door mij als vierde besproken voorwaarde. Ook hier zit de EC dus op dezelfde lijn. Zoals hiervoor uitgewerkt, zie ik echter nog een tweetal andere voorwaarden die mijns inziens in strijd zijn met het EU-recht; de eis van het aangaan van een substantiële dienstbetrekking en de eis dat de overnemende uitvoerder niet in een staat is gevestigd dat de omkeerregel niet toepast. Hopelijk komt de EC ook tot dit inzicht en worden deze aspecten eveneens meegenomen in de lopende procedure.

5.3.4.6 Pensioenen en lijfrenten in de uitkeringsfase

Ten aanzien van pensioenen zorgt de in het 'Besluit internationale pensioenen'³²⁰ opgenomen saldomethode ervoor dat uitkeringen uit Nederlandse pensioenregelingen niet dubbel belast kunnen worden, doordat deze worden vrijgesteld voor zover de werknemer tijdens de opbouwfase in het buitenland geen fiscale tegemoetkoming is verleend. Hetzelfde geldt voor vanuit het buitenland naar een Nederlandse pensioenuitvoerder overgebracht pensioenkapitaal waarvoor in het buitenland geen fiscale faciliteiten zijn verleend. Voor buitenlandse pensioenregelingen wordt via artikel 3.82, onderdeel b, Wet IB 2001 op een vergelijkbare wijze dubbele belastingheffing voorkomen. In paragraaf 5.3.3.3 heb ik geconcludeerd dat lidstaten die de omkeerregel toepassen, dezelfde fiscale faciliteiten moeten verlenen voor pensioenpremies betaald aan binnenlandse als aan buitenlandse pensioenuitvoerders. De relevantie van de Nederlandse bepalingen ter voorkoming van dubbele belastingheffing lijkt daardoor beperkt tot lidstaten die de omkeerregel niet toepassen. De EC is in de Pensioenmededeling ook ingegaan op de vraag hoe dubbele belastingheffing moet worden voorkomen indien de ene betrokken lidstaat inzake pensioenen een EET-systeem hanteert en de andere een TEE-systeem.³²¹ Nederland heeft – naar mijn mening op correcte wijze – invulling gegeven aan de eerste door de EC genoemde oplossingsrichting, namelijk het unilateraal verlenen van een vrijstelling voor uitkeringen van buitenlandse pensioenuitvoerders voor zover geen fiscale faciliteiten zijn verleend in de opbouwfase.

Voor lijfrenten wordt ten aanzien van buitenlandse lijfrenten via artikel 3.100, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 op een vergelijkbare wijze dubbele belastingheffing in de uitkeringsfase voorkomen als voor buitenlandse pensioenaanspraken. Voor binnenlandse lijfrenten geldt via artikel 3.107a Wet IB 2001 net als voor pensioenen een saldomethode. Een belangrijk verschil is echter dat het inzake lijfrenten een beperkte saldomethode betreft als gevolg van het in het tweede lid opgenomen maximum. Nederlandse werknemers die gedurende werkzaamheden in het buitenland hun Nederland lijfrenteverzekering willen voortzetten, lopen daardoor het risico om – voor zover de jaarlijkse premies dit maximum overschrijden – dubbel te worden belast indien in de andere staat geen premieaftrek wordt verleend en uit het belastingverdrag volgt dat Nederland mag heffen over de uitkeringen die betrekking hebben op de buitenlandse periode.

Uit het geschetste EU-rechtelijke kader kan mijns inziens worden geconcludeerd dat lidstaten ook voor lijfrenten dezelfde premieaftrek moeten verlenen voor binnenlandse als buitenlandse

³²⁰ Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798, par. 2.4.

³²¹ Pensioenmededeling, par. 6.3.

lijfrente-uitvoerders. Daardoor lijkt het risico op dubbele heffing slechts aan de orde indien de andere staat in het geheel geen premieaftrek toestaat voor lijfrenten gedurende de opbouwfase. Of er lidstaten zijn die een dergelijke systematiek hanteren, is mij niet bekend. Mocht dit wel zo zijn, dan vormt het niet voorkomen van dubbele belastingheffing voortvloeiend uit het hanteren van een verschillende systematiek in mijn ogen een ongerechtvaardigde belemmering van het EU-recht en zou de in het tweede lid opgenomen maximering moeten worden geschrapt. Het is daarom nuttig hiernaar nader onderzoek te doen.

5.4 Deelconclusie

In de loop der jaren is het Nederlandse fiscale verdragsbeleid inzake pensioenen stapsgewijs gewijzigd richting een integrale bronstaatheffing. Uit de 2020-versie van het verdragsbeleid blijkt dat wanneer de andere verdragspartner hiermee niet akkoord gaat, Nederland in ieder geval wenst te heffen over grote pensioenen en alle afkoopsommen. Ook voor lijfrenten streeft Nederland een integrale bronstaatheffing na. Kijkend naar de met Europese landen gesloten belastingverdragen, dan valt op dat in ruim de helft van de verdragen nog steeds een volledige woonstaatheffing terug te vinden is voor reguliere pensioen- en lijfrente-uitkeringen. Daar waar een vorm van een bronstaatheffing is opgenomen, is – op het verdrag met Finland na – expliciet vastgelegd dat met de bronstaat de staat wordt bedoeld waar fiscale faciliteiten zijn verleend. Daardoor kan mijns inziens geen discussie bestaan over welke staat de bronstaat is. Op de verdragen met Denemarken en Zwitserland na is in de verdragen met een bronstaatheffing eveneens opgenomen dat een internationale waardeoverdracht van pensioenkapitaal geen invloed heeft op de verdeling van heffingsrechten, wat mijns inziens goed aansluit bij de gedachte achter het opnemen van een bronstaatheffing. Het is wenselijk dat in de verhouding tot Denemarken en Zwitserland middels verdragsheronderhandelingen eveneens duidelijkheid wordt geboden over hoe met een waardeoverdracht wordt omgegaan.

In de ruimere meerderheid van de met Europese landen gesloten belastingverdragen is door Nederland met de andere verdragspartner een separate bepaling voor afkoopsommen van pensioenen en (veelal ook) lijfrenten opgenomen, wat goed verklaarbaar is door de uit het opleggen van een conserverende aanslag blikende angst dat in Nederland gefaciliteerde pensioenen/lijfrenten na emigratie in het buitenland worden afgekocht. In diverse van deze verdragen ontbreekt echter een definitie van de bronstaat en blijkt evenmin of een internationale waardeoverdracht invloed heeft op de verdeling van heffingsrechten. Om discussies te voorkomen, is het mijns inziens wenselijk dit expliciet vast te leggen bij toekomstige verdragsheronderhandelingen.

In mijn optiek heeft de naar aanleiding van de 2009-arresten ingevoerde reparatiewetgeving er niet voor gezorgd dat de conserverende aanslag bij emigratie nu wel in overeenstemming is met de goede verdragstrouw in de verhouding tot staten waarmee in het belastingverdrag is overeengekomen dat de woonstaat ten allen tijde heffingsbevoegd is. Nog steeds haalt Nederland via een nationaalrechtelijke bepaling heffingsrechten naar zich toe, waarop het op basis van het verdrag helemaal geen recht heeft. Het enige dat is gewijzigd, is de heffingsgrondslag. De belastingplichtige is echter de dupe van het geheel, omdat hij/zij het risico loopt op dubbele belastingheffing indien hij/zij het pensioen of de lijfrente in het buitenland afkoopt. Indien Nederland als bronstaat het heffingsrecht wenst te behouden in de verhouding tot de (binnen EU-verband zeven) landen waarmee verdragsrechtelijk momenteel ten allen tijde een woonstaatheffing geldt, dient Nederland dit via verdragsheronderhandelingen te bewerkstelligen.

De lijn uit het 15-aprilarrest, inhoudende dat een conserverende aanslag bij emigratie niet in strijd is met de goede verdragstrouw indien Nederland mogelijk heffingsbevoegd is tijdens de afwikkelingsfase en alleen mag worden ingevorderd indien Nederland verdragsrechtelijk daadwerkelijk mag heffen, dient in mijn optiek te worden doorgetrokken naar de conserverende aanslag bij een internationale waardeoverdracht en voortzetting van een buitenlandse pensioen- of lijfrenteverzekering. Aangezien de conserverende aanslag – gelet op het bovenstaande – mijns inziens geen toegevoegde waarde meer heeft, pleit ik voor een algehele afschaffing van de conserverende aanslag. In de praktijk is het echter vermoedelijk lastig om dit te bereiken.

De in het 'Besluit internationale pensioenen' opgenomen maximale termijn voor premieaftrek van tien jaar in het geval – al dan niet bewust – geen termijn is opgenomen in de met de andere verdragspartner bilateraal overeengekomen pensioenpremiebepaling, is naar mijn mening in strijd met de goede verdragstrouw. Nederland wijkt immers eenzijdig af van hetgeen bilateraal is vastgelegd. Indien uit een verduidelijking van de staatssecretaris zou blijken dat de eerste aanwijzing uit het besluit verplicht moet worden toegepast bij samenloop tussen de eerste en derde aanwijzing, is de eerste aanwijzingsmogelijkheid in strijd met de goede verdragstrouw.

Uit voornamelijk de zaak-N kan worden afgeleid dat een conserverende aanslag bij emigratie binnen de ab-sfeer in strijd is met het EU-recht indien waardeverminderingen na emigratie niet worden meegenomen en/of uitstel van betaling aan één of meer voorwaarden is verbonden. Wat mij betreft is het bovenstaande van overeenkomstige toepassing in de pensioen- en lijfrentesfeer. Kijkend naar de genoemde aspecten uit de zaak-N, de Exitheffingenmededeling en hetgeen de Hoge Raad in het 15-aprilarrest heeft geoordeeld in het kader van het EU-recht, is de conserverende aanslag inzake pensioenen en lijfrenten in mijn optiek niet in strijd met het EU-recht.

Uit de prejudiciële beslissingen van en infractieprocedures bij het HvJ kan worden afgeleid dat lidstaten die gedurende de opbouwfase fiscale faciliteiten verlenen voor pensioenen en/of lijfrenten die door werknemers worden opgebouwd bij binnenlandse uitvoerders, dezelfde faciliteiten moeten verlenen aan werknemers die deze oudedagsvoorzieningen opbouwen bij buitenlandse uitvoerders. De uit de Montag-zaak voortvloeiende onduidelijkheid of de Schumacker-leer ook van toepassing is op pensioenen en/of lijfrenten is binnen EU-verband mijns inziens irrelevant, omdat de woonplaats van de werknemer er niet toe doet. Indien een werknemer met een Nederlandse pensioenregeling gaat werken in een staat waar de omkeerregel in het geheel niet wordt toegepast, is die andere staat op basis van het EU-recht niet verplicht fiscale faciliteiten toe te kennen voor dit Nederlandse pensioen zolang in die staat werkzaamheden worden verricht. Die andere staat maakt immers geen onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse uitvoerders. In een dergelijk geval moet dubbele belastingheffing in de uitkeringsfase worden voorkomen. Uit de Commissie/België-zaak kan worden geconcludeerd dat een staat die een binnenlandse waardeoverdracht toestaat zonder fiscale consequenties, hetzelfde moet doen voor een waardeoverdracht naar een buitenlandse uitvoerder.

Diverse in hoofdstuk vier gesignaleerde potentiële belemmeringen in de Nederlandse wet- en regelgeving zijn getoetst aan het gevormde EU-rechtelijke kader, wat heeft geleid tot de volgende resultaten:

- Hoewel de staatssecretaris met het aan een inkomende werknemer bieden van de mogelijkheid om zijn/haar buitenlandse pensioenregeling gedurende maximaal vijf jaar

in Nederland voort te zetten conform de normen van de uitzendstaat inkomende werknemers anders – en mogelijk slechter – behandelt dan binnenlandse werknemers, vormt dit geen ongerechtvaardigde belemmering van het vrije verkeer van werknemers.

- De vijf- en tienjaarstermijn uit respectievelijk de eerste en derde aanwijzingsmogelijkheid voor buitenlandse pensioenregelingen in Nederland zijn beide in strijd met het vrije verkeer van werknemers.
- De verbondenheidseis die in artikel 10a, eerste lid, onderdeel b, UB LB 1965 wordt gesteld om voortzetting van een Nederlandse pensioenregeling ten aanzien van in het buitenland doorgebrachte diensttijd middels een toezegging achteraf mogelijk te maken, is in strijd met het vrije verkeer van werknemers.
- De door de wetgever geboden mogelijkheid om een buitenlandse lijfrenteverzekering in Nederland fiscaal gefaciliteerd te kunnen voortzetten, is in lijn met het EU-recht, mits de voorwaarde dat deze "qua strekking moet overeenkomen" met een Nederlandse lijfrenteverzekering ruim wordt geïnterpreteerd.
- Een viertal door de staatssecretaris gestelde voorwaarden voor een geruisloze waardeoverdracht naar een buitenlandse uitvoerder is in strijd met het vrije verkeer van werknemers. Deze voorwaarden vormen echter stuk voor stuk algemene vermoedens van misbruik, waardoor niet alleen belastingplichtigen met een misbruikmotief worden getroffen. Inzake de tweede en vierde hieronder genoemde voorwaarde heeft de EC Nederland recent voor het HvJ gesleept. Het betreft de volgende vier voorwaarden:
 - o De werknemer moet aannemelijk maken dat de waardeoverdracht plaatsvindt in het kader van een substantiële dienstbetrekking;
 - o De afkoopmogelijkheden na de waardeoverdracht mogen niet ruimer zijn dan de Pensioenwet voorschrijft;
 - o In het geval de werknemer emigreert, dient hij/zij aannemelijk te maken dat de nieuwe woonstaat belasting heft over pensioenen in de uitkeringsfase;
 - o De overnemende pensioenuitvoerder dient de aansprakelijkheid te aanvaarden voor een reeks belastingschulden van de werknemer.
- Indien uit nader onderzoek blijkt dat er landen zijn die zowel voor binnenlandse als buitenlandse lijfrenteverzekeringen geen premieaftrek toestaan, is de beperkte saldomethode van artikel 3.107a Wet IB 2001 in strijd met het EU-recht.

Hoofdstuk 6: Conclusie

6.1 Beantwoording probleemstelling

In dit laatste, afsluitende hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de in de inleiding geïntroduceerde probleemstelling. Net als in de voorgaande hoofdstukken wordt separaat ingegaan op de eerstepijlerfaciliteiten, waarna de andere twee pijlers wederom gezamenlijk worden behandeld. De probleemstelling luidde als volgt:

In hoeverre zijn onduidelijkheden dan wel strijdigheden met de goede verdragstrouw en/of het vrije verkeer van werknemers waarneembaar inzake de opbouw en afwikkeling van eerste, tweede- en/of derdepijlerfaciliteiten in grensoverschrijdende situaties en hoe kunnen – indien aanwezig – deze onduidelijkheden en/of strijdigheden worden weggenomen?

6.1.1 Conclusie eerstepijlerfaciliteiten

De eerste pijler wordt in Nederland in de regel gevormd door de AOW. Op grond van artikel 6 AOW zijn naast alle ingezetenen van Nederland ook niet-ingezetenen die als gevolg van in Nederland arbeid verrichten in het kader van een dienstbetrekking aan de loonbelasting zijn onderworpen, verzekerd en premieplichtig voor de AOW. In het BUB 1999 is een aantal duidelijke uitzonderingen op bovenstaande hoofdregel geformuleerd. Het kan voorkomen dat een internationaal actieve werknemer op basis van nationale wetgevingen gelijktijdig in twee staten verzekerd en premieplichtig is of juist in geen enkele staat. Om dergelijke ongewenste situaties te voorkomen, zorgt de exclusieve werking van Verordening 883/2004 er binnen EU-verband voor dat de toepasselijke socialezekerheidswetgeving wordt aangewezen op een wijze dat de werknemer altijd valt onder de wetgeving van slechts één lidstaat. De exclusieve werking neemt echter niet weg dat het mogelijk is dat een werknemer de facto nergens sociaal verzekerd is. Dit speelt onder andere bij de zogenaamde (Duitse) mini-jobs. Het hebben van een mini-job leidt namelijk – zowel voor inwoners als niet-inwoners van Duitsland – niet tot verzekeringsplicht. Een in Nederland woonachtige werknemer die een Duitse mini-job aangaat, is daardoor feitelijk nergens sociaal verzekerd. Dit is echter het gevolg van een dispariteit, wat buiten de reikwijdte van de vrije verkeersbepalingen valt.

De reikwijdte van Verordening 883/2004 is echter ruimer dan het voorkomen van dubbele verzekering en dubbele non-verzekering. Aan de hand van bepalingen die ervoor moeten zorgen dat de in de nationale stelsels opgebouwde rechten worden behouden, deze daadwerkelijk tot uitkering komen en dubbele uitkeringsrechten worden voorkomen, beoogt de verordening het vrije verkeer van werknemers te faciliteren. Deze vrije verkeersbepaling wordt mijns inziens voldoende gedekt met Verordening 883/2004. Zo zorgt de sterke werking van de verordening ervoor dat het lidstaten niet is toegestaan iemand op grond van een woonplaatsvereiste niet als verzekerde aan te merken. Het voorkomen van dubbele uitkeringsrechten en het behouden en tot uitkering van opgebouwde uitkeringsrechten wordt naar mijn mening op effectieve wijze bewerkstelligd door de combinatie van artikel 6 en 52 Verordening 883/2004. Aangezien door toepassing van deze bepalingen een internationaal actieve werknemer niet slechter af is dan een werknemer die hiervoor niet heeft gekozen, wordt recht gedaan aan het vrije verkeer van werknemers. Met betrekking tot Verordening 883/2004 zijn echter wel enkele onduidelijkheden gevonden, welke hierna aan de orde komen.

Een van de uitzonderingen op de hoofdregel van Verordening 883/2004 – inhoudende dat werknemers sociaal verzekerd zijn in de lidstaat waar zij hun werkzaamheden verrichten –

betreft de situatie van detachering. Teneinde te voorkomen dat een gedetacheerde werknemer gedurende korte tijd – in de regel maximaal 24 maanden – in de tijdelijke werkstaat verzekerd raakt, kan hij/zij onder – mijns inziens heldere – voorwaarden in zijn/haar “thuisland” verzekerd blijven. Een in dit kader als bewijsstuk afgegeven A1-verklaring is in beginsel onaantastbaar totdat deze verloopt of wordt ingetrokken. Uit het Altun-arrest blijkt dat het HvJ op het bovenstaande een uitzondering heeft gevormd voor een frauduleus afgegeven A1-verklaring, welke nader is geconcretiseerd in de recente Vueling-zaak. Een A1-verklaring mag worden genegeerd indien de lidstaat van afgifte de mogelijkheid tot heroverweging heeft gekregen aan de hand van door de andere lidstaat verstrekte gegevens en de lidstaat van afgifte niet binnen een redelijk termijn een beslissing heeft genomen. Het is in mijn optiek onvoldoende duidelijk wanneer sprake is van een “redelijke termijn”. Ter bevordering van de duidelijkheid stel ik het opnemen van een absolute heroverwegingstermijn van bijvoorbeeld 25 werkdagen voor. Verder ben ik ter bevordering van de duidelijkheid ook voorstander van het vervangen van de term “onverwijld” door een absolute termijn. Beide termijnen zouden moeten worden opgenomen in Verordening 987/2009.

Een andere uitzondering betreft de situatie waarbij werkzaamheden in twee (of meer) lidstaten worden verricht. In artikel 13 Verordening 883/2004 is helder omschreven welke wetgeving in welke situaties van toepassing is. Ook hier wordt een A1-verklaring afgegeven als bewijsstuk. De onduidelijkheid zit hier in de vraag wanneer de (marginale) werkzaamheden in de tweede lidstaat voldoende substantieel zijn om te kunnen spreken van werkzaamheden in twee lidstaten. Het HvJ heeft geoordeeld dat hiervan sprake is wanneer de marginale werkzaamheden gewoonlijk worden uitgeoefend en van betekenis zijn. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van een drietal criteria: de duur van de tijdvakken, de aard van het werk zoals contractueel is bepaald en de feitelijke uitgeoefende werkzaamheden. Het tweede criterium is mijns inziens irrelevant, omdat hetgeen op papier staat eenvoudig kan worden gewijzigd. Daar waar het derde criterium in mijn optiek geen nadere motivering nodig heeft, is volkomen onduidelijk hoe het eerste criterium moet worden toegepast. Om duidelijkheid te verschaffen omtrent wanneer werkzaamheden van betekenis worden verricht, zou wat mij betreft een harde ondergrens moeten worden gesteld van bijvoorbeeld 10% van de feitelijke werktijd gedurende een periode van twaalf maanden, waarbij niet relevant zou moeten zijn hoe de werkzaamheden over deze twaalfmaandsperiode zijn verdeeld. Een grens van 10% zou hoog genoeg moeten zijn om sturing te voorkomen. Het is aan de EC om voor te stellen bovenstaande concretisering op te nemen in Verordening 987/2009.

Het als gevolg van de coronacrisis verplichte thuiswerken kan in beginsel de sociale zekerheidspositie van een werknemer beïnvloeden. De SVB hanteert het standpunt dat het verplichte thuiswerken geen invloed zou moeten hebben voor de sociale zekerheidspositie indien de werknemer vóór de coronacrisis reeds in dienst was bij zijn/haar huidige werkgever. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage is nog onduidelijk of qua sociale zekerheid na de coronacrisis wordt teruggegaan naar de oude regel dat een werknemer sociaal verzekerd raakt in de woonstaat indien daar fysiek minimaal 25% van de arbeidstijd worden besteed of dat – gelet op het vermoeden dat werknemers ook na de coronacrisis (deels) blijven thuiswerken – het “coronabeleid” het nieuwe normaal wordt. In mijn optiek is het passender om het “coronabeleid” te blijven hanteren, omdat zodoende wordt aangesloten bij de locatie waar de toegevoegde waarde van de verrichte arbeid zichtbaar wordt. Dit lijkt mij relevanter dan of de werknemer zijn laptop heeft gebruikt op kantoor of in zijn eigen woonkamer. Om op EU-niveau overal hetzelfde beleid te hanteren, is het wenselijk dat de EC voorstelt het bovenstaande op te nemen in Verordening 987/2009.

Ten aanzien van eerstelijnerfaciliteiten is eveneens aandacht bestaat aan de verdragsrechtelijke aspecten. In de Nederlandse nationaalrechtelijke bepalingen zijn geen strijdigheden met de goede verdragstrouw aangetroffen. Uit de 2020-versie van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid blijkt dat Nederland – in tegenstelling tot de OESO – een integrale bronstaatheffing nastreeft. In veel door Nederland gesloten verdragen is dit beleid reeds terug te zien. In enkele verdragen waarbij een tussenweg in de vorm van een geconditioneerde bronstaatheffing is overeengekomen, is niet duidelijk vermeld of voor eerstelijneruitkeringen aan drie of slechts aan één voorwaarde moet worden voldaan. Daardoor is het in die situaties onduidelijk welke staat het heffingsrecht heeft. De Hoge Raad heeft in een recente zaak inzake het verdrag met Portugal geoordeeld dat aan alle voorwaarden moet worden voldaan, al was een tegengesteld oordeel mijns inziens eveneens denkbaar. Het is echter onduidelijk wat de invloed van dit arrest is op andere belastingverdragen met een vergelijkbare vage bepaling (Albanië, Polen, Slovenië en het VK). Het is in mijn optiek daarom wenselijk dat de Staatssecretaris van Financiën zijn visie hierop via een besluit kenbaar maakt. Dit neemt echter het risico op dubbele belastingheffing niet (per definitie) weg, waardoor het van belang is met de hier bedoelde landen tot een eenduidige interpretatie te komen. Daarbij zijn wat mij betreft twee mogelijkheden: expliciet in het verdrag opnemen aan welke voorwaarden moet worden voldaan of de geconditioneerde bronstaatheffing wijzigen in een partiële of integrale bronstaatheffing. Met Polen is recentelijk een wijziging overeenkomen, waaruit blijkt dat een integrale bronstaatheffing gaat gelden voor sociale zekerheidsuitkeringen.

6.1.2 Conclusie pensioenen en lijfrenten

De vrije verkeersbepalingen spelen een belangrijke rol bij het fiscaal grensoverschrijdend kunnen opbouwen van een pensioen of lijfrente. Naar aanleiding van diverse heldere prejudiciële beslissingen van het HvJ en door de EC gewonnen infractieprocedures tegen lidstaten die weigerden hun nationale wetgeving in overeenstemming met de Pensioenmededeling te brengen, is wat mij betreft duidelijk geworden dat lidstaten die fiscale faciliteiten verlenen met betrekking tot door werknemers bij een binnenlandse uitvoerder opgebouwde pensioenen en/of lijfrenten, dezelfde tegemoetkomingen moeten bieden aan werknemers die hun pensioen en/of lijfrente hebben ondergebracht bij een buitenlandse uitvoerder. Het gaat hierbij om werknemers in algemene zin en dus niet alleen om gedetacheerde werknemers. De woonplaats van de werknemer lijkt – in mijn optiek terecht – geen rol te spelen. De in het kader van het Montag-arrest geconstateerde onduidelijkheid inhoudende dat het niet geheel duidelijk is of de Schumacker-leer ook van toepassing is op pensioenen en lijfrenten is daarom – aannemende dat de woonplaats er niet toe doet – wat mij betreft irrelevant indien het landen betreft die beiden de omkeerregel toepassen. De vrije verkeersbepalingen verplichten dan reeds om zowel aan binnenlands als buitenlands belastingplichtigen die hun pensioen of lijfrente hebben ondergebracht bij een buitenlandse uitvoerder dezelfde fiscale faciliteiten te verlenen als in binnenlandse verhoudingen.

In Nederland wordt ten aanzien van pensioenen en lijfrenten eveneens de omkeerregel toegepast. Een buitenlandse werknemer die in Nederland komt (wonen en) werken, kan om diverse redenen de wens hebben zijn/haar buitenlandse pensioenregeling in Nederland voort te zetten. Deze buitenlandse pensioenregeling zal veelal niet voldoen aan de stringente eisen die in hoofdstuk IIB Wet LB 1964 worden gesteld. In een drietal situaties wordt deze pensioenregeling echter alsnog door de staatssecretaris in het 'Besluit internationale pensioenen' aangewezen als erkende pensioenregeling, waarvan binnen EU-verband enkel de eerste en derde relevant zijn. Op basis van de eerste aanwijzingsmogelijkheid worden aan

werknemers afkomstig uit een andere lidstaat voor een periode van maximaal vijf jaar fiscale faciliteiten verleend in dezelfde mate als de fiscale wetgeving van de uitzendstaat voorschrijft. In het geval de fiscale wetgeving in laatstgenoemde staat minder ruimhartig is dan in Nederland, worden inkomende werknemers slechter behandeld dan inwoners van Nederland. Hoewel het in mijn optiek logischer zou zijn geweest om aan te sluiten bij de Nederlandse wetgeving, vormt het verlenen van fiscale faciliteiten conform de normen van de uitzendstaat geen belemmering van het vrije verkeer van werknemers. De buitenlandse werknemer kan namelijk zowel gunstiger als minder gunstig af zijn dan een niet-inkomende werknemer, afhankelijk van welke wetgeving ruimhartiger is. Mij hebben geen aanwijzingen bereikt dat de Nederlandse wetgeving per definitie ruimere faciliteiten biedt dan (de meeste) andere Europese landen. De vijfjaarstermijn is mijns inziens daarentegen wel in strijd met het vrije verkeer van werknemers, aangezien ik – kijkend ook naar de in dit kader gewezen arresten van het HvJ – geen rechtvaardiging zie voor het feit dat een werknemer die zijn/haar buitenlandse pensioenregeling in Nederland voortzet na afloop van vijf jaar opeens geen fiscale faciliteiten meer zou mogen genieten.

De derde aanwijzingsmogelijkheid houdt in dat fiscale faciliteiten worden verleend conform de Nederlandse fiscale wetgeving in het geval met de andere betrokken staat een pensioenpremiebepaling in het belastingverdrag is opgenomen. De aanwijzing is volgens de staatssecretaris geldig gedurende maximaal de in het verdrag opgenomen termijn. Bij het ontbreken van een limiet, geldt echter een periode van maximaal tien jaar. Aangezien Nederland hiermee eenzijdig afwijkt van hetgeen bilateraal is overeengekomen, is deze tienjaarstermijn in mijn optiek in strijd met de goede verdragstrouw. Met dezelfde redenatie als bij de hiervoor besproken vijfjaarstermijn is de tienjaarstermijn eveneens in strijd met het EU-recht. In het geval van samenloop tussen de eerste en derde aanwijzing kan de vraag opkomen welke aanwijzing voorrang heeft. Het lijkt erop dat de werknemer kan kiezen welke van beide opties voor hem/haar het voordeligst is, maar het is wenselijk als de staatssecretaris middels een kleine aanvulling duidelijkheid verschaft op dit punt. Mocht uit deze verduidelijking blijken dat de eerste aanwijzing verplicht moet worden toegepast gedurende de eerste vijf jaar, dan is de eerste aanwijzingsmogelijkheid in mijn optiek in strijd met de goede verdragstrouw.

Een werknemer kan zijn/haar Nederlandse pensioenregeling in een andere lidstaat voortzetten via een buitenlandse fiscale faciliteit. Zoals hiervoor besproken, moet deze lidstaat bijdragen betaald aan Nederlandse uitvoerders fiscaal op gelijke wijze behandelen als bijdragen aan in die lidstaat gevestigde uitvoerders. Indien deze lidstaat de omkeerregel in het geheel niet toegepast, kan de Nederlandse pensioenregeling dus niet fiscaal gefaciliteerd worden voortgezet. Dit is echter het gevolg van een dispariteit en is daarom in overeenstemming met het EU-recht. In de uitkeringsfase moet dan dubbele belastingheffing worden voorkomen. De werknemer kan echter ook een Nederlandse fiscale faciliteit gebruiken, namelijk in de vorm van een toezegging achteraf op basis van artikel 10a, eerste lid, onderdeel b, UB LB 1965. Deze mogelijkheid staat echter alleen open indien de werknemer in dienstbetrekking heeft gestaan tot een verbonden lichaam in de zin van artikel 10a, vierde lid, Wet VpB 1969. Deze beperking wordt echter niet gesteld in binnenlandse verhoudingen en ik zie ook geen rechtvaardiging om deze eis nu wel te stellen. De verbondenheidseis kan zodoende EU-rechtelijk niet in stand blijven en moet daarom worden geschrapt.

Een naar Nederland emigrerende werknemer wordt via artikel 3.126, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 in combinatie met het 'Verzamelbesluit lijfrenten' de mogelijkheid geboden een buitenlandse lijfrente-verzekering in Nederland fiscaal gefaciliteerd te kunnen voortzetten. Mits

de derde voorwaarde in laatstgenoemd besluit – inhoudende dat de buitenlandse lijfrente qua strekking moet overeenkomen met het Nederlandse equivalent – ruim wordt geïnterpreteerd, is de door de wetgever geboden faciliteit in lijn met het vrije verkeer van werknemers. Het is aan de staatssecretaris om duidelijkheid te verschaffen omtrent wat met "qua strekking overeenkomen" wordt bedoeld. Vormen (ruimere) afkoopmogelijkheden in het andere land bijvoorbeeld een obstakel? Voor buitenlands belastingplichtigen die (nagenoeg) hun gehele inkomen in Nederland genereren, wordt via artikel 7.8, zesde lid, Wet IB 2001 – welke bepaling de Nederlandse invulling van de Schumacker-leer vormt – mijns inziens op effectieve wijze bewerkstelligd dat ook zij hun buitenlandse lijfrente fiscaal gefaciliteerd kunnen voortzetten. Een werknemer die zijn/haar Nederlandse lijfrente in het buitenland wil voortzetten, kan gebruik maken van een (eventuele) buitenlandse faciliteit. Om EU-rechtelijk door de beugel te kunnen, mag deze faciliteit premies betaald aan Nederlandse uitvoerders fiscaal niet slechter behandelen dan premies betaald aan in die lidstaat gevestigde lijfrente-uitvoerders.

Met voornamelijk het duidelijke alternatief voor artikel 10a, eerste lid, onderdeel f, UB LB 1965 in paragraaf 2.3 van het 'Besluit internationale pensioenen' wordt een waardeoverdracht van pensioenkapitaal vanuit het buitenland mijns inziens in ieder geval vanuit Nederlandse zijde fiscaal niet onrechtmatig belemmerd, aangezien de door de staatssecretaris gestelde voorwaarden volkomen logisch zijn. Of dat ook geldt voor de staat waarin de overdragende uitvoerder is gevestigd, hangt af van de aldaar geldende wetgeving. Uit met name de Commissie/België-zaak volgt dat het in strijd is met het vrije verkeer indien een waardeoverdracht naar een buitenlandse uitvoerder wordt belast, terwijl een binnenlandse waardeoverdracht onbelast kan plaatsvinden.

Ook de Nederlandse wetgeving biedt mogelijkheden een waardeoverdracht naar een buitenlandse uitvoerder te laten plaatsvinden. Op de door de wetgever via artikel 19b, tweede lid, Wet LB 1964 geboden mogelijkheid om een waardeoverdracht naar een buitenlandse pensioenuitvoerder geruisloos te laten plaatsvinden wordt – gelet op de vergaande eisen die aan de buitenlandse entiteit worden gesteld – in de praktijk nagenoeg nooit een beroep gedaan. Daarom is in artikel 19b, zesde lid, Wet LB 1964 in combinatie met bijlage IV van het 'Besluit internationale pensioenen' een alternatief opgenomen. Een viertal door de staatssecretaris in het besluit gestelde voorwaarden is in mijn optiek echter niet in overeenstemming met het vrije verkeer van werknemers.

Allereerst dient de werknemer aannemelijk te maken dat de internationale waardeoverdracht plaatsvindt in het kader van het aangaan van een substantiële dienstbetrekking, terwijl bij een binnenlandse waardeoverdracht enkel een wisseling van werkgever wordt vereist. Een dienstbetrekking van vijf jaar is in ieder geval substantieel. Aangezien een dergelijk lang dienstverband anno 2021 niet snel wordt aangeboden, is voor veel werknemers onduidelijk of zij voldoen aan het "substantieel"-criterium. De gedachte achter deze voorwaarde is vermoedelijk dat de fiscus bang is voor misbruik, waarbij het aangaan van een dienstbetrekking wordt gefingeerd en het pensioen in het buitenland fiscaal gunstiger wordt afgekocht dan in Nederland. Ik acht het logisch dat de fiscus dit wil voorkomen. Het aangaan van een in de ogen van de staatssecretaris niet-substantiële dienstbetrekking betekent echter niet per definitie dat sprake is van misbruik, waardoor de voorwaarde zijn doel voorbij streeft. Daarom is de voorwaarde in strijd met het vrije verkeer van werknemers. Het – net als in binnenlandse verhoudingen – eisen van een nieuwe dienstbetrekking zou, in combinatie met het vereisen van de nodige bewijsstukken, genoeg moeten zijn om misbruik te voorkomen. Het in een belastingverdrag opnemen van een bronstaatheffing waarbij een waardeoverdracht

geen invloed heeft op de verdeling van heffingsrechten, kan als extra slot op de deur fungeren om misbruik te voorkomen.

Ook de andere drie voorwaarden die naar mijn mening in strijd zijn met het EU-recht, vormen algemene misbruikvermoedens die ook werknemers zonder misbruikmotief raken. Zo wordt de eis gesteld dat de afkoopmogelijkheden na de waardeoverdracht niet ruimer mogen zijn dan wordt toegestaan in de Pensioenwet. Aangezien de afkoopmogelijkheden in (zeker) twaalf EU-lidstaten ruimer zijn dan in Nederland, maakt deze voorwaarde een geruisloze waardeoverdracht naar een uitvoerder in een van deze landen per definitie onmogelijk en worden zo niet alleen misbruiksituaties aangepakt. Een andere eis die EU-rechtelijk niet door de beugel kan, houdt in dat een emigrerende werknemer aannemelijk moet maken dat de nieuwe woonstaat belasting heft over pensioenen in de uitkeringsfase. Binnen EU-verband zijn er enkele lidstaten die juist heffen gedurende de opbouwfase, waardoor een waardeoverdracht naar een uitvoerder gevestigd in deze lidstaten niet mogelijk is zonder fiscale gevolgen. Ook hiermee worden meer dan alleen misbruiksituaties geraakt. Hetzelfde geldt voor de eis dat de overnemende pensioenuitvoerder de aansprakelijkheid moet aanvaarden voor diverse belastingschulden van de werknemer, waartoe pensioenuitvoerders veelal – logischerwijs – niet bereid zijn. Uit de twee zaken waarin de EC Nederland recent voor het HvJ heeft gesleept, blijkt dat ook de EC de tweede en vierde besproken voorwaarde in strijd acht met het EU-recht. Hopelijk ziet de EC in dat hetzelfde geldt voor de eerste en derde voorwaarde en worden deze voorwaarden eveneens meegenomen in de procedure tegen Nederland.

Via de zogenaamde saldomethode in het 'Besluit internationale pensioenen' zijn Nederlandse pensioenuitkeringen vrijgesteld voor zover in de opbouwfase in het buitenland geen fiscale faciliteiten zijn verleend. Deze methode voorkomt reeds via nationale wetgeving op effectieve wijze dubbele belastingheffing in onder andere de situatie waarin de omkeerregel in de andere lidstaat in het geheel niet wordt toegepast. Dubbele heffing als gevolg door systeemverschillen wordt zodoende voorkomen. Voor buitenlandse pensioenregelingen wordt in artikel 3.82, onderdeel b, Wet IB 2001 iets soortgelijks geregeld. Inzake Nederlandse lijfrenteverzekeringen wordt via de beperkte saldomethode van artikel 3.107a Wet IB 2001 dubbele belastingheffing niet altijd volledig voorkomen. Indien uit verder onderzoek volgt dat er landen zijn die geen of beperkte premieaftrek verlenen inzake zowel binnenlandse als buitenlandse lijfrenteverzekeringen, is de beperkte saldomethode in mijn optiek in strijd met het vrije verkeer van werknemers. Met betrekking tot uitkeringen uit een buitenlandse lijfrenteverzekering wordt dubbele belastingheffing in de uitkeringsfase wel geheel voorkomen via nationale wetgeving.

Het op basis van nationale wetgeving kunnen heffen over de afwikkeling van pensioenen en lijfrenten, betekent niet dat Nederland ook ten allen tijde mag heffen op basis van het geldende belastingverdrag. Hoewel het Nederland fiscale verdragsbeleid in de loop der jaren is omgeslagen in de richting van een integrale bronstaatheffing, is in diverse anno 2021 geldende belastingverdragen nog steeds een integrale woonstaatheffing opgenomen. In nagenoeg alle verdragen waarin een vorm van een bronstaatheffing voor reguliere uitkeringen is opgenomen, wordt de bronstaat expliciet gedefinieerd als de staat waar de fiscale faciliteiten zijn verleend en staat vermeld dat een internationale waardeoverdracht van pensioen de verdeling van heffingsrechten niet wijzigt. Beide aspecten sluiten in mijn optiek goed aan bij de gedachte van een bronstaatheffing.

In het kader van de internationale waardeoverdracht is reeds besproken dat de Nederlandse fiscus bang is voor misbruiksituaties waarbij in Nederland gefaciliteerde pensioenen en/of lijfrenten in het buitenland fiscaal voordelig wordt afgekocht. Het is dan ook niet vreemd dat

Nederland inzake een groot deel van de met Europese landen gesloten belastingverdragen met de andere verdragspartner een aparte bepaling voor afkoopsommen van pensioenen en (vaak ook) lijfrenten is overeengekomen die het heffingsrecht integraal toewijst aan de bronstaat. In diverse verdragen met een dergelijke bepaling ontbreekt echter een definitie van de bronstaat en wordt niets opgemerkt over de gevolgen van een internationale waardeoverdracht voor de verdeling van heffingsrechten. Ter bevordering van de duidelijkheid is het wat mij betreft wenselijk beide elementen op te nemen bij verdragsheronderhandelingen.

Hoewel Nederland met veel landen bilateraal heeft afgesproken dat de bronstaat in ieder geval over afkoopsommen integraal mag heffen, is er nog steeds een zevental verdragen waarbij de woonstaat ten allen tijde heffingsbevoegd is inzake pensioenen en lijfrenten. Middels het opleggen van een conserverende aanslag op het moment direct voorafgaand aan emigratie wordt voorkomen dat Nederland niet kan heffen over in Nederland fiscaal gefaciliteerde pensioenen en lijfrenten die (kort) na emigratie worden afgekocht. Naar aanleiding van de 2009-arresten – waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de conserverende aanslag in strijd is met de goede verdragstrouw in de verhouding tot landen waarmee in het belastingverdrag een integrale woonstaatheffing is overeengekomen – is door de wetgever reparatiewetgeving doorgevoerd. Deze reparatiewetgeving is in mijn optiek nog steeds in strijd met de goede verdragstrouw in de verhouding tot de hier bedoelde landen. Nederland haalt namelijk nog steeds via een nationaalrechtelijke bepaling heffingsrechten naar zich toe, terwijl het hierop – kijkend naar het belastingverdrag – geen recht heeft. Enkel de heffingsgrondslag is gewijzigd van de waarde van het economische verkeer naar de bijdragen waarvoor in het verleden fiscale faciliteiten zijn verleend. De belastingplichtige is echter de dupe van de eigenwijze wetgever, omdat hij/zij dubbele belastingheffing riskeert indien hij het pensioen en/of de lijfrente in het buitenland afkoopt. De enige juiste weg om het heffingsrecht over afkoopsommen veilig te stellen, is via verdragsheronderhandelingen.

In mijn optiek kan de uit het 15-aprilarrest volgende lijn – inhoudende dat de conserverende aanslag bij emigratie in overeenstemming is met de goede verdragstrouw wanneer Nederland potentieel kan heffen en alleen mag worden ingevorderd wanneer Nederland ook daadwerkelijk mag heffen – worden doorgetrokken naar de andere twee situaties waarin deze aanslag wordt opgelegd; de internationale waardeoverdracht en de voortzetting van een buitenlandse pensioen- of lijfrenteverzekering. Hetgeen ik hiervoor allemaal heb geconcludeerd, heeft de facto tot gevolg dat een conserverende aanslag in mijn optiek geen toegevoegde waarde meer heeft, omdat deze dan alleen mag worden opgelegd en ingevorderd in situaties waarin Nederland op basis van het verdrag toch al mocht heffen. Het afschaffen van de conserverende aanslag is in de praktijk echter vermoedelijk relatief lastig te effectueren. Voor de volledigheid merk ik nog op dat de conserverende aanslag wat mij betreft wel de EU-rechtelijke toets doorstaat, kijkend naar de zaak-N, de Exitheffingenmededeling en dat wat de Hoge Raad in het 15-aprilarrest heeft geoordeeld in het kader van het EU-recht.

6.2 Aanbevelingen

Deze scriptie wordt afgesloten met enkele aanbevelingen voor nader onderzoek, welke volgen op de beantwoording van de probleemstelling in de vorige paragraaf. Allereerst zou ik aanbevelen om nader onderzoek te doen naar hoe de in de Nederlandse wetgeving verleende fiscale faciliteiten voor pensioenen zich verhouden tot andere (Europese) landen. Mocht hieruit blijken dat de Nederlandse faciliteiten aanzienlijk ruimer zijn dan in (nagenoeg) alle andere landen die fiscale faciliteiten verlenen tijdens de opbouwfase, dan kan de vraag opkomen of het niet in strijd is met het EU-recht dat inkomende werknemers hun buitenlandse

pensioenregeling in Nederland kunnen voortzetten conform de normen van de fiscale wetgeving van de staat van herkomst. Inkomende werknemers worden dan – ongeacht hun afkomst – fiscaal slechter behandeld dan binnenlandse werknemers.

Een tweede aanbeveling voor nader onderzoek betreft de systematiek die andere (Europese) landen hanteren voor pensioenen en lijfrenten. Uit het door de ‘Commissie grenswerkers’ in 2017 opgestelde overzicht blijkt dat Luxemburg, Hongarije, Polen en (deels) Duitsland³²² – in ieder geval destijds – pensioenen juist in de opbouwphase belasten en vrijstellen in de uitkeringsfase (het TEE-systeem). Het is zinvol om te onderzoeken of hieraan in de afgelopen jaren iets is gewijzigd. Nog relevanter is in mijn optiek of er ten aanzien van lijfrenten landen zijn die geen premieaftrek verlenen en de toekomstige uitkering juist onbelast laat. Aan de hand daarvan kan worden beoordeeld of de beperkte saldomethode van artikel 3.107a Wet IB 2001 al dan niet in strijd is met het EU-recht.

De derde en laatste aanbeveling houdt verband met de beperkte reikwijdte van deze bijdrage. In dit stuk is de focus gelegd op een grensoverschrijdend actieve werknemer, waarbij Nederland telkens één van de betrokken staten is. Verder is niet breder gekeken dan het Europese continent en evenmin naar werknemers in een beroepsgroep met afwijkende fiscale regels, zoals ambtenaren. Met name het analyseren van bepaalde specifieke beroepsgroepen is wat mij betreft interessant, waarbij dan gekeken kan worden in hoeverre de conclusies uit deze bijdrage ook op specifieke groepen van toepassing zijn.

³²² Rapport van de Commissie grenswerkers (Geschrift nr. 257), p.298.

Literatuur- en jurisprudentielijst

Boeken

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

E.J.W. Heithuis e.a., *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2016.

A.L. Mertens, *Het beginsel van de minste pijn*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016.

P.J. Wattel, O. Marres & H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2018.

Artikelen

P.J.M. Akkermans, 'Emigratieheffingen bij pensioen en lijfrente: de fiscus heeft bijna het onderste uit de kan', *FTV* 2017/12-54.

A.H.H. Bollen-Vandenboorn & B.M.M. Didden, 'Nieuw besluit internationale aspecten pensioenen: 'voortschrijdende inzichten, maar we zijn er nog niet'', *MBB* 2016/06-02.

P.B. van den Bos & S.Y. Pannekoek, 'Werkgevers en het recht op individuele waardeoverdracht', *TPV* 2014/16.

H.B. Bröker, 'Internationale sociale zekerheid: in welk land is iemand sociaal verzekerd?', *TPV* 2015/28.

B. Dieleman, 'Pensioenopbouw door inkomende werknemers', *PensioenMagazine* 2014/115.

B. Dieleman, 'Voortzetting Nederlandse pensioenregeling door uitgaande werknemers', *PensioenMagazine* 2015/67.

B. Dieleman & P.S. van Straten, 'Individuele internationale waardeoverdracht kan veel beter', *PensioenMagazine* 2016/83.

C. Douven, 'Revival van de conserverende aanslag?', *TPV* 2017/38.

A.C.G.A.C. de Graaf & F.M. Werger, 'Invloed coronarestricties op heffingsverdeling voor grensoverschrijdende werknemers', *MBB* 2020/9-29.

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

M.E. Kastelein, 'Geactualiseerd besluit over internationale aspecten van pensioenen en loonstamrechten', *NTFR* 2016/2.

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

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

P. Kavelaars, 'Schumacker-doctrine genuanceerd', *NTFR-B* 2017/23.

P. Kavelaars, 'Grensoverschrijdende aspecten van de socialeverzekeringsplicht', *TPV* 2019/13.

S.P.M. Kramer & H.M.L. Niesten, 'Weigering fiscale aftrek verplichte pensioenbijdragen aan niet-inwoners strijdig met EU-recht', *MBB* 2019/9-34.

H. van Meerten e.a., 'Ontwikkelingen in pensioenland: Europa roert zijn staart', *PensioenMagazine* 2021/3.

F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag bij emigratie van pensioen- en lijfrentegerechtigde (deels) gesauveerd', *NTFR* 2017/50.

R. van Sluis, 'Nieuw besluit Internationale aspecten van pensioenen', *TPV* 2016/15.

A.H.W. Steijn, 'HvJ geeft regels over het negeren van E101-certificaten in geval van fraude', *NTFR* 2020/1406.

M. Wijsbek, 'De uitgaande werknemer en zijn pensioen', *PensioenMagazine* 2016/19.

Jurisprudentie – nationaal (inclusief annotaties)

HR 27 november 1957, nr. 13 296, ECLI:NL:HR:1957:AY1053.

HR 25 februari 1981, nr. 20 371, ECLI:NL:HR:1981:AW9733.

HR 10 juni 1981, 19 934, ECLI:NL:PHR:1981:AW9628.

HR 6 maart 1985, nr. 22 825, ECLI:NL:HR:1985:AW8335.

HR 28 mei 1986, nr. 23 082, ECLI:NL:PHR:1986:BH4858.

HR 28 mei 1986, nr. 23 266, ECLI:NL:PHR:1986:AW8020.

HR 13 mei 1987, nr. 24 315, ECLI:NL:HR:1987:AW7663.

HR 11 juli 1989, nr. 26 200, ECLI:NL:HR:1989:ZC4085.

HR 7 december 2001, nr. 35 231, ECLI:NL:HR:2001:AD6774.

HR 13 maart 2009, nr. 07/10142, ECLI:NL:HR:2009:BF0931.

HR 19 juni 2009, nr. 43 978, ECLI:NL:HR:2009:BC5201.

HR 19 juni 2009, nr. 07/13267, ECLI:NL:HR:2009:BI8563.

HR 19 juni 2009, nr. 08/02288, ECLI:NL:HR:2009:BI8566.

HR 19 juni 2009, nr. 44 050, ECLI:NL:HR:2009:BC4725.

HR 15 april 2011, nr. 10/00990, ECLI:NL:HR:2011:BN8728.

HR 30 augustus 2016, nr. 15/03858, ECLI:NL:HR:2016:2200.

HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, ECLI:NL:HR:2017:1324, m.nt. P. Kavelaars, *BNB* 2017/186.

HR 19 januari 2018, nr. 14/05346, ECLI:NL:HR:2018:49.

HR 2 februari 2018, nr. 16/03746, 16/03747 & 16/03748, ECLI:NL:HR:2018:126, m.nt. P. Kavelaars, *BNB* 2018/84.

HR 6 november 2020, nr. 20/01404, ECLI:NL:HR:2020:1733, m.nt. Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2020/59.11.

Jurisprudentie – Europees (inclusief annotaties)

HvJ EG 17 december 1970, C-35/70, Jur. 1970, 1251 (*Manpower*).

HvJ EG 12 juni 1986, C-302/84, EU:C:1986:242 (*Ten Holder*).

HvJ EG 10 juli 1986, C-60/85, EU:C:1986:307 (*Luyten*).

HvJ EG 3 mei 1990, C-2/89, ECLI:EU:C:1990:183 (*Kits van Heijningen*).

HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (*Bachmann*).

HvJ EG 14 februari 1995, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 (*Schumacker*).

HvJ EG 11 augustus 1995, C-80/94, ECLI:EU:C:1995:268 (*Wielockx*).

HvJ EG 28 april 1998, C-118/96, ECLI:EU:C:1998:170 (*Safir*).

HvJ EG 10 februari 2000, C-202/97, BNB 2000/219c (*Fitzwilliam*).

HvJ EG 3 oktober 2002, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558 (*Danner*).

HvJ EG 12 juni 2003, C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340 (*Gerritse*).

HvJ EG 26 juni 2003, C-422/01, ECLI:EU:C:2003:380 (*Skandia/Ramstedt*).

HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*).

HvJ EG 6 juli 2006, C-346/04, ECLI:EU:C:2006:445 (*Conijn*).

HvJ EG 7 september 2006, C-470/04, ECLI:EU:C:2006:525 (*N*).

HvJ EG 30 januari 2007, C-150/04, ECLI:EU:C:2007:69 (*Commissie/Denemarken*).

HvJ EG 5 juli 2007, C-522/04, ECLI:EU:C:2007:405 (*Commissie/België*).

HvJ EU 16 oktober 2008, C-527/06, ECLI:EU:C:2008:566 (*Renneberg*).

HvJ EU 7 juni 2012, C-106/11, ECLI:EU:C:2012:328 (*Bakker*).

HvJ EU 4 oktober 2012, C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606 (*Format*).

HvJ EU 27 september 2012, C-137/11, ECLI:EU:C:2012:593 (*Rombouts*).

HvJ EU 13 september 2017, C-569/15, ECLI:EU:C:2017:673, m.nt. P. Kavelaars (X), BNB 2017/213.

HvJ EU 13 september 2017, C-570/15, ECLI:EU:C:2017:673 (X).

HvJ EU 6 februari 2018, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63 (*Altun*).

HvJ EU 6 september 2018, C-527/16, ECLI:EU:C:2018:669 m.nt. P. Kavelaars (*Alpenrind*), BNB 2018/184.

HvJ EU 6 december 2018, C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987 (*Montag*), m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2019/3.6.

HvJ EU 19 september 2019, C-95/18 & C-96-18, ECLI:EU:C:2019:767, m.nt. P. Kavelaars (*Van den Berg, Giesen en Franzen*), BNB 2019/179.

HvJ EU 2 april 2020, C-37/18 en C-370/17, ECLI:EU:C:2020:260 (*Vueling*), V-N 2020/17.11.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1995/96, 24754, 1.

Kamerstukken II 1998/99, 26 727, 3

Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3.

Kamerstukken II 2009/10, 21 501-31, 194.

Kamerstukken II 2016/17, 34765, 3.

Beleid (nationaal)

Bekendmaking van het directoraat-generaal Belastingdienst/Cluster Fiscaliteit van 21 maart 2018, nr. 2018-5799.

Besluit van 2 juli 2007, nr. CPP 2007/584M, Stcrt. 2007, 130.

Besluit van 13 juni 2012, nr. BLKB2012/283M, Stcrt. 2012, 12493.

Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, Stcrt. 2015, 36798.

Besluit van 16 mei 2019, nr. 2019-115021, Stcrt. 2019, 30558.

Nota van Toelichting bij Besluit van 11 december 2014, Stb. 2014, 514.

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 1998.

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020.

Europese regelgeving en beleid

Besluit H6, Administratieve Commissie voor de coördinatie van socialezekerheidsstelsels, 16 december 2010 (PbEU 2011, C 45/014).

Besluit nr. A2 van 12 juni 2009.

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

INF/19/6304, Inbreukenpakket voor november: voornaamste beslissingen.

INF/20/859, Inbreukenpakket voor mei: voornaamste beslissingen.

INF/20/1687, Inbreukenpakket voor oktober: voornaamste beslissingen.

Mededeling van 19 april 2001 inzake de opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen; nr. COM(2001)204, PbEG 2001, nr. C.165.

Mededeling van 19 december 2006 inzake exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, nr. COM(2006)825.

MEMO/12/876, Inbreukenpakket voor november: voornaamste beslissingen.

MEMO/18/4486, Inbreukenpakket voor juli: voornaamste beslissingen.

Richtlijn 77/799 EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de Lidstaten op het gebied van de directe belastingen, PbEG. 1977, nr. L.336/15.

Richtlijn 2011/16/EU betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG, PbEU 2020, nr. L.204.

Verordening 883/2004.

Verordening 987/2009.

Overig

Annual Report on Intra-EU Labour Mobility 2020, Final Report, European Commission.

NDFR-commentaar op artikel 3.82 Wet IB 2001.

NDFR-commentaar op artikel 3.126 Wet IB 2001.

OECD, Forms of benefit payment at retirement, Working paper on insurance and private pensions no. 26, 2008.

OESO-commentaar op artikel 18 OESO-MV.

Praktische gids over de toepasselijke wetgeving in de Europese Unie (EU), de Europese Economische Ruimte (EER) en Zwitserland.

Rapport van de Commissie grenswerkers (Geschrift nr. 257).

Tractatenblad 2020, nummer 119.

Verdrag van Wenen.

Bijlage 1: Verdeling heffingsbevoegdheid sociale zekerheidsuitkeringen in de door Nederland gesloten belastingverdragen met Europese landen

Land	Versie ³²³	1	2	3	4
België	2009		X		
Bulgarije	1990				X
Denemarken	2018				X
Duitsland	2016		X		
Estland	2008				X
Finland	1995				X
Frankrijk	2004	X			
Griekenland	2006	X			
Hongarije	1986				X
Ierland	2019		X		
IJsland	1997				X
Italië	1990	X			
Kroatië	2000				X
Letland	1994				X
Litouwen	1999				X
Luxemburg	2009	X			
Malta	1995				X
Noorwegen	2013				X
Oostenrijk	2009				X
Polen	2002		X		
Portugal	1999		X		
Roemenië	1998				X
Slovenië	2004		X		
Slowakije	2010	X			
Spanje	1971	X			
Tsjechië	2012	X			
Verenigd Koninkrijk	2013		X		
Zweden	1991				X
Zwitserland	2019			X	

³²³ Vermeld is het jaar van ondertekening. Wanneer nadien aanvullende protocollen zijn ondertekend, staat het jaar van het laatst ondertekende protocol vermeld.

Toelichting

1= integrale woonstaatheffing

2= geconditioneerde bronstaatheffing

3= partiële bronstaatheffing

4= integrale bronstaatheffing

Bijlage 2: De pensioenpremiebepaling in het non-discriminatieartikel van de door Nederland gesloten belastingverdragen met Europese landen

Land	Versie	Pensioenpremie-bepaling	Maximale termijn
België	2009	JA	JA, 5 jaar
Bulgarije	1990	NEE	-
Denemarken	2018	JA	JA, 5 jaar
Duitsland	2016	JA	NEE
Estland	2008	JA	NEE
Finland	1995	JA	NEE
Frankrijk	2004	NEE	-
Griekenland	2006	NEE	-
Hongarije	1986	NEE	-
Ierland	2019	JA	NEE
IJsland	1997	JA	NEE
Italië	1990	NEE	-
Kroatië	2000	NEE	-
Letland	1994	JA	NEE
Litouwen	1999	JA	NEE
Luxemburg	2009	NEE	-
Malta	1995	NEE	-
Noorwegen	2013	NEE	-
Oostenrijk	2009	NEE	-
Polen	2002	JA	NEE
Portugal	1999	NEE	-
Roemenië	1998	NEE	-
Slovenië	2004	JA	NEE
Slowakije	2010	NEE	-
Spanje	1971	NEE	-
Tsjechië	2012	NEE	-
Verenigd Koninkrijk	2013	JA	NEE
Zweden	1991	JA	NEE
Zwitserland	2019	JA	NEE

Bijlage 3: Verdeling heffingsbevoegdheid pensioenen en lijfrenten in de door Nederland gesloten belastingverdragen met Europese landen

Land	Versie	1	2	3	4	5
België	2009	B	JA*	JA	JA	A
Bulgarije	1990	A	JA	NEE	NEE	B
Denemarken	2018	D	NVT	JA	NEE	A
Duitsland	2016	B	JA	JA	JA	A
Estland	2008	A	JA	NEE	NEE	A
Finland	1995	C	JA	NEE	NEE	A
Frankrijk	2004	A	NEE	NVT	NVT	B
Griekenland	2006	A	JA	NEE	NEE	B
Hongarije	1986	A	JA	NEE	NEE	B
Ierland	2019	B	JA	JA	JA	A
IJsland	1997	A	JA	NEE	NEE	A
Italië	1990	A	JA	NEE	NEE	B
Kroatië	2000	A	NEE	NVT	NVT	A
Letland	1994	A	JA	NEE	NEE	A
Litouwen	1999	A	JA	NEE	NEE	A
Luxemburg	2009	A	NEE	NVT	NVT	B
Malta	1995	A	JA	NEE	NEE	A
Noorwegen	2013	D	NVT	JA	JA	A
Oostenrijk	2009	A	NEE	NVT	NVT	B
Polen	2002	B	JA*	JA	JA	A
Portugal	1999	B	JA*	JA	JA	A
Roemenië	1998	A	JA	NEE	NEE	A
Slovenië	2004	B	JA*	JA	JA	A
Slowakije	2010	A	NEE	NVT	NVT	B
Spanje	1971	A	NEE	NVT	NVT	B
Tsjechië	2012	A	NEE	NVT	NVT	B
Verenigd Koninkrijk	2013	B	JA	JA	JA	A
Zweden	1991	A	JA	NEE	NEE	A
Zwitserland	2019	C	JA	JA	NEE	A

Toelichting

1. Hoofdregel pensioenen
 - A) Integrale woonstaatheffing
 - B) Geconditioneerde bronstaatheffing
 - C) Partiële bronstaatheffing
 - D) Integrale bronstaatheffing
2. Afwijkende bepaling afkoopsommen: integrale bronstaatheffing (JA/NEE/NVT)
3. Expliciet vermeld dat bronstaat staat van fiscale facilitering is (JA/NEE/NVT)
4. Expliciet vermeld dat waardeoverdracht geen invloed heeft (JA/NEE/NVT)
5. Lijfrenten
 - A) Gelijkgesteld met pensioenen in pensioenartikel
 - B) Integrale woonstaatheffing op basis van het restartikel

* = alleen bij afkoopsommen afgekocht vóór ingangsdatum