

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

**Belastingheffing over pensioenen en lijfrenten
in grensoverschrijdende situaties**

Naam: M.C.A. Bakker

Studentnummer: 294619

Begeleider: Drs. F.M. Werger

Leidschendam, 16 december 2010

Voorwoord

'Tax complexity itself is a kind of tax'

-

Max Baucus, U.S. Senator - Montana

Deze thesis is geschreven ter afsluiting van de masterfase van de studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Het doel van deze scriptie is inzicht te verschaffen in de houdbaarheid van emigratieheffingen over de pensioen- en lijfrenteaanspraken op het moment van emigratie van de belastingplichtige uit Nederland. Mijn interesse voor dit onderwerp is gewekt tijdens een van de sessies van het werkcollege multinationale onderneming, waarbij aandacht werd besteed aan uitzending van personeel naar en vanuit Nederland. Het onderwerp pensioenen is voor veel studenten en afgestudeerden die werkzaam zijn in de fiscale praktijk een aspect van de fiscaliteit dat liever wordt ontlopen, mede gezien de complexiteit van wet- en regelgeving op dit terrein. Tijdens het schrijven van mijn thesis ben ook ik geconfronteerd met deze complexiteit. Met mijn thesis tracht ik mede enige duidelijkheid te scheppen in de regelgeving op het gebied van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties.

Vanaf deze plek wil ik graag eenieder bedanken die mij tijdens het schrijven van deze thesis heeft gesteund en geholpen. Een speciaal woord van dank gaat uit naar mijn scriptiebegeleider, Frank Werger, die tijdens het schrijven van zijn proefschrift tijd heeft gevonden mij met raad en daad bij te staan bij het schrijven van mijn thesis. Zijn positieve en opbouwende commentaar heeft zeker bijgedragen aan het eindresultaat. Daarnaast wil ik mijn dierbare familie en mijn lieve vriendin bedanken voor hun oprechte steun en positiviteit tijdens mijn studie en bij het schrijven van mijn thesis.

Maurice Cornelis Adriaan Bakker

Leidschendam, december 2010

Inhoudsopgave

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN	6
HOOFDSTUK 1 - INLEIDING	9
1.1 Aanleiding onderzoek.....	9
1.2 Onderzoeksvraag.....	10
1.3 Werkwijze en toetsingskader	11
1.4 Reikwijdte & afbakening	12
HOOFDSTUK 2 – DE NEDERLANDSE BEHANDELING VAN PENSIOENEN EN LIJFRENTEN	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Pensioenen	13
2.2.1 Heffing over pensioenen: de omkeerregel.....	13
2.2.2 Introductie begrip pensioenregeling, pensioenvormen en pensioenstelsels	14
2.2.3 Gefacilieerde pensioenopbouw	15
2.2.4 Pensioenverzekeraars	16
2.2.5 Pensioen in eigen beheer	16
2.2.6 Zuiver en onzuiver pensioen	17
2.2.7 Duidelijkheid vooraf	19
2.3 Lijfrente	19
2.3.1 Introductie begrip lijfrenteregeling.....	19
2.3.2 Vormen van lijfrente.....	21
2.3.3 Fiscale behandeling van lijfrente.....	21
2.3.4 Toegelaten lijfrenteaanbieders	23
2.4 Conclusie	23
HOOFDSTUK 3 – PENSIOENEN EN LIJFRENTEN IN GRENSOVERSCHRIJDENDE SITUATIES	25
3.1 Inleiding	25
3.2 Emigratie uit Nederland – Exitheffingen	25
3.2.1 Exitheffingen over pensioenen.....	25
3.2.2 Exitheffingen over lijfrenten.....	26
3.2.3 De conserverende aanslag	27
3.2.4 Exitheffingen over aanspraken in eigen beheer.....	28
3.3 Grensoverschrijdende opbouw	30
3.3.1 Grensoverschrijdende opbouw van pensioenen	30
3.3.2 Grensoverschrijdende opbouw van lijfrenten.....	32
3.4 Grensoverschrijdende waardeoverdracht	33
3.4.1 De civielrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende waardeoverdracht	34
3.4.2 De fiscaalrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende waardeoverdracht	35
3.5 Grensoverschrijdende uitkeringen.....	39
3.5.1 Grensoverschrijdende pensioenuitkeringen	40
3.5.2 Grensoverschrijdende lijfrente-uitkeringen.....	40
3.6 Conclusie	41
HOOFDSTUK 4 – HEFFING OVER PENSIOENEN EN LIJFRENTEN ONDER BILATERALE BELASTINGVERDRAGEN	44
4.1 Inleiding	44
4.2 Heffing over pensioen en lijfrenten onder het OESO-modelverdrag.....	44
4.2.1 Pensioenen onder het OESO-modelverdrag	45
4.2.2 Beschermen van heffingsrechten over pensioenen onder het OESO-modelverdrag... ..	47
4.2.3 Lijfrenten onder het OESO-modelverdrag	48
4.3 Nederlands verdragsbeleid	49
4.4 Heffing over pensioenen en lijfrenten in enkele bilaterale verdragen	50
4.5 Houdbaarheid van de Nederlandse behandeling onder modelverdragen	51
4.6 Goede verdragstrouw.....	51

4.7	Jurisprudentie.....	52
4.7.1	Jurisprudentie inzake pensioenen.....	53
4.7.2	Jurisprudentie inzake lijfrenten.....	61
4.8	Exitheffingen elders in het belastingrecht	64
4.8.1	Inleiding.....	64
4.8.2	AB-arresten.....	64
4.8.3	Exitheffingen in de winstsfeer.....	67
4.8.4	Fictief loon-arresten.....	68
4.9	Houdbaarheid van de Nederlandse behandeling.....	69
4.9.1	Inleiding.....	69
4.9.2	Exitheffingen over pensioenen en lijfrenten.....	70
4.10	Conclusie	76
HOOFDSTUK 5 – HEFFING OVER PENSIOENEN EN LIJFRENTEN ONDER HET EUROPEES RECHT.....		79
5.1	Inleiding.....	79
5.2	Europees recht	79
5.2.1	Inleiding.....	79
5.2.2	Primaire bronnen van Europees Recht: de verkeersvrijheden	80
5.2.3	Secundaire bronnen van Europees Recht	86
5.3	Jurisprudentie.....	90
5.3.1	Inleiding.....	90
5.3.2	Vennootschapsrechtelijke arresten	90
5.3.3	Arresten in de winstsfeer	92
5.3.4	Arresten in de sfeer van het aanmerkelijk belang	95
5.3.5	Grensoverschrijdende pensioenopbouw	99
5.3.6	Infractionprocedures Europese Commissie.....	103
5.3.7	Nationale jurisprudentie	107
5.3.8	Aanhangige zaken.....	114
5.4	Toetsing huidige Nederlandse behandeling.....	118
5.4.1	Inleiding.....	118
5.4.2	Stappenplan.....	119
5.4.3	Toegang tot het Europees recht.....	119
5.4.4	Belemmering	120
5.4.5	Rechtvaardigingsgronden.....	121
5.4.6	Noodzakelijkheid en proportionaliteit	124
5.4.7	Conclusie	125
5.5	Conclusie	125
HOOFDSTUK 6 – SAMENVATTING, CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN		129
6.1	Samenvatting en conclusie.....	129
6.2	Aanbevelingen.....	135
LITERATUURLIJST.....		137
JURISPRUDENTIEOVERZICHT.....		142
BIJLAGE I – OVERZICHT NEDERLANDSE EXITHEFFINGEN IN DE INKOMSTENBELASTING		145

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-generaal
ANW	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
Art.	Artikel
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BRK	Belastingregeling van het Koninkrijk
BV	Besloten vennootschap
Dga	Directeur-groootaandeelhouder
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal weekblad FED
FOR	Fiscale oudedagsreserve
ftV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
GW	Grondwet
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IFA	International Fiscal Association
IW 1990	Invorderingswet 1990
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
m. nt.	Met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NSV	Nederlands Standaard Verdrag
NTRF	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht

NTFR-B	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht Beschouwingen
Nr.	Nummer
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
Pb.	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Trb.	Tractatenblad
Uitv.besl.	Uitvoeringsbesluit
Uitv.reg.	Uitvoeringsregeling
V-N	Vakstudie Nieuws
V-N-V	Vakstudie Nieuws Vandaag
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VvW	Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht
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
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
WTV	Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf

Hoofdstuk 1 - Inleiding

1.1 Aanleiding onderzoek

Het Nederlandse belastingstelsel wordt steeds meer beïnvloed door het internationale en Europese belastingrecht. De zo vurig verdedigde fiscale autonomie van de lidstaten staat in toenemende mate onder druk. Nederland heeft een van de meest uitgebreide stelsels van bilaterale belastingverdragen en heeft zich als lid van de Europese Unie te houden aan de regels en beperkingen van het Europese Recht. Het spanningsveld tussen de Europese integratie, internationale samenwerking en voorkoming van uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag is veelvuldig onderwerp van discussie en vormt in veel gevallen de aanleiding voor een weg naar de (Europese) gerechtelijke instantie. Een van de onderwerpen waarbij dit spanningsveld naar voren komt, is de exitheffing of eindafrekening in het geval van het verlaten van het heffingsbereik van de lidstaat door belastingplichtige. Op meerdere plekken in het nationale belastingrecht zijn deze eindafrekeningsbepalingen te vinden, bijvoorbeeld in het aanmerkelijk belangregime, in de winstsfeer en in de inkomstenbelasting ten aanzien van pensioenen en lijfrenten. In de literatuur en jurisprudentie wordt veelvuldig aandacht besteed aan de houdbaarheid van exitheffingen in het kader van Europees en internationaal belastingrecht. Veel aandacht gaat hierbij uit naar de exitheffingen in de winstsfeer. Recentelijk hebben de exitheffingen in de sfeer van de Inkomstenbelasting en Loonbelasting hernieuwde aandacht gekregen naar aanleiding van een viertal arresten van de Hoge Raad. Centraal in deze arresten stond de vraag of de conserverende aanslag die wordt opgelegd bij emigratie van een pensioengerechtigde¹ en een lijfrentegerechtigde², in overeenstemming is met de goede verdragstrouw in het geval waarin door het bilaterale verdrag de heffingsbevoegdheid over de betreffende bestanddelen wordt toegewezen aan het woonland van de gerechtigde. De Hoge Raad komt in deze vier arresten tot de conclusie dat de wetgever inderdaad handelt in strijd met de goede verdragstrouw. De Nederlandse regering kwam spoedig na deze arresten met een reactie. Immers, door de arresten was een lek geschoten in de antimisbruikregelingen op het gebied van pensioenen en lijfrenten.³ De Staatssecretaris van Financiën (hierna: de Staatssecretaris) kondigde nog dezelfde dag per brief aan de Tweede Kamer

¹ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 43 978, *BNB* 2009/263; Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 07/13267, *BNB* 2009/265; Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 08/02288, *BNB* 2009/266.

² Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 44 050, *BNB* 2009/264.

³ Stevens wijst er in zijn commentaar op dat het vreemd is dat de wetgever na de arresten zo overhaast met reparatiewetgeving komt. In eerdere arresten heeft de Hoge Raad vergelijkbaar geconcludeerd dat de Nederlandse exitheffingen over pensioenen en lijfrenten in strijd zijn met de goede verdragstrouw. Het is niet duidelijk waarom het Ministerie van Financiën daar in 2009 nog anders over dacht. Stevens is tevens van mening dat het lek dat door de arresten is ontstaan, wel meevalt. Slechts een beperkte groep van directeur-groootaandeelhouders kan tot afkoop van het pensioen overgaan en het ligt niet voor de hand dat deze groep spoorlags zal emigreren om van het lek gebruik te maken en vervolgens weer terug zal keren naar Nederland. Zie L.G.M. Stevens, 'Pensioenexport is nog steeds een niet opgelost probleem', *Het Financieel Dagblad* 9 juli 2009.

aan spoedig te komen met een wetsvoorstel waarin de in zijn ogen ongewenste gevolgen van bovenstaande arresten teniet worden gedaan door reparatiewetgeving.⁴ Het wetsvoorstel volgde spoedig en na een vlotte behandeling in de Eerste en Tweede Kamer is de reparatiewetgeving met ingang van 29 juni 2009 in werking getreden.⁵ Gezien de vlotte behandeling en de invoering van het wetsvoorstel met terugwerkende kracht, is het budgettaire belang in de ogen van de wetgever groot.⁶ Het is in mijn ogen opmerkelijk dat tijdens de totstandkoming van de reparatiewetgeving nooit uitgebreid cijfermatig inzicht is gegeven in de budgettaire gevolgen van de arresten van 19 juni 2009.⁷ Tijdens de parlementaire behandeling kwam daarnaast de vraag naar voren of de wetgever met de reparatiewetgeving niet opnieuw in strijd met de goede verdragstrouw handelt en of de doelstellingen van de wetgeving worden bereikt: bescherming van de Nederlandse heffingsgrondslag zonder strijdigheid met internationaal en Europees recht. In het kader van deze thesis ga ik daarom verder in op de houdbaarheid van (acute) exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer in het kader van het internationale en Europese belastingrecht. Ook wordt aandacht besteed aan de vraag of de eerder aangehaalde hernieuwde wetgeving beantwoordt aan de doelstelling van de wetgever. Hierbij besteed ik aandacht aan de effectiviteit van de huidige exitheffingen. Verder onderzoek ik of er, gezien vanuit het Europese en internationale recht, acceptabele alternatieven zijn om dezelfde doelen te bereiken als die met de huidige exitheffingen worden nagestreefd.

1.2 Onderzoeksvraag

Op basis van voorgaande aanleiding en doelstellingen heb ik de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

“Zijn exitheffingen over pensioen- en lijfrenteclaims bij emigratie toegestaan en wenselijk in het licht van het nationale, internationale en Europese belastingrecht en hoe kunnen eventuele strijdigheden en belemmeringen worden weggenomen?”

⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2009, DB2009-329, NTFR 2009/1416.

⁵ Wet 31 990 van 8 juli 2009, Staatsblad 2009, 304.

⁶ In zijn artikel in Het Financieel Dagblad geeft Stevens aan dat de budgettaire gevolgen van de arresten van 19 juni 2009 in zijn ogen beperkt zijn. Kennelijk denkt het Ministerie van Financiën hier anders over, gezien de snelheid waarmee de reparatiewetgeving tot stand is gekomen. Noch in de brief van de Staatssecretaris, noch in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel worden echter concrete bedragen genoemd, maar wordt slechts gesproken van een “zeer forse budgettaire derving”. De Tweede Kamer heeft aangegeven dat de omvang duidelijk moet worden. Zie: *Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 6 (Verslag)*. In antwoord hierop stelt de Staatssecretaris, overigens zonder uitgebreide motivering, dat de jaarlijkse derving wordt geschat op enige tientallen, wellicht honderden miljoenen euro’s per jaar. Zie: *Kamerstukken I 2008/09, 31 990, nr. B (Memorie van Antwoord)*.

⁷ Zie in dit verband E.C.C.M. Kemmeren, ‘Exitheffingen bij pensioenen: Financiën is hardleers’, *WFR 2009/881*.

1.3 Werkwijze en toetsingskader

De onderzoeksvraag valt uiteen in een aantal elementen. Deze elementen komen aan de hand van een aantal subvragen in de verschillende hoofdstukken aan de orde. Allereerst dient aandacht te worden besteed aan de huidige behandeling van pensioenen en lijfrenten in het Nederlandse belastingrecht. De vraag die hieruit voortvloeit luidt:

'Hoe worden pensioenen en lijfrenten in de Nederlandse fiscale wetgeving behandeld?'

Aan de hand hiervan kan worden gekeken of de Nederlandse behandeling voldoet aan doelstelling die de wetgever hiermee heeft. De vraag die hierbij wordt gesteld is:

'Beantwoordt de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten aan de doelstelling van de wetgever bij deze regelingen?'

Vervolgens besteed ik aandacht aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid over pensioenen en lijfrenten onder bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Aan de hand hiervan kan worden bepaald of de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties mogelijk strijdig is met bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. De subvraag die hierbij aan de orde komt luidt:

'Is de Nederlandse behandeling en pensioenen in grensoverschrijdende situaties strijdig met bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting?'

Voor de houdbaarheid van de Nederlandse behandeling onder Europees recht stel ik een toetsingskader op aan de hand van een beslisschema dat het Hof van Justitie hiervoor hanteert. Hiervoor bekijk ik allereerst of de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten bij emigratie een beperking van de verkeersvrijheden van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie vormt. Vervolgens is de vraag of er voor een eventuele belemmering rechtvaardigingsgronden zijn. De vraag die dan rest is of de eventuele belemmering geschikt is om het gestelde doel te bereiken en of deze proportioneel wordt gehanteerd. Slechts in dat geval is een eventuele belemmering toegestaan onder Europees recht. Indien blijkt dat de emigratieheffingen over pensioenen en lijfrenten in strijd zijn met bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting of met Europees recht, ontstaat een heffingslek. De Nederlandse wetgever acht het waarschijnlijk wenselijk dit lek te dichten, aangezien ook in het verleden in dat geval reparatiewetgeving is geïntroduceerd ter bescherming van de latente belastingclaim. De subvraag die in dit hoofdstuk past, luidt als volgt:

'Is de Nederlandse behandeling en pensioenen in grensoverschrijdende strijdig met het Europese recht?'

Op basis van bovenstaande subvragen trek ik in het laatste hoofdstuk een conclusie, waarbij ik een antwoord geef op de onderzoeksvraag die centraal staat in deze thesis. Tot slot behandel ik mogelijke alternatieven voor de huidige behandeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties, waarbij eventuele geconstateerde strijdigheden worden weggenomen.

1.4 Reikwijdte & afbakening

In deze thesis ligt de nadruk op de problematiek rond exitheffingen over pensioenen en lijfrenten in de Inkomstenbelasting en Loonbelasting en voor wat betreft de aanspraken in eigen beheer in de Vennootschapsbelasting. Voor een goede afweging over de houdbaarheid ontkom ik niet aan een korte behandeling van de emigratieheffing in de sfeer van het aanmerkelijk belang en in de winstsfeer. Met name in de sfeer van het aanmerkelijk belang is belangwekkende jurisprudentie geweest. Voor wat betreft de grensoverschrijdende behandeling ga ik uit van de behandeling onder het OESO-modelverdrag 2008. Ik beperk mij verder tot de fiscale behandeling van private pensioenen en lijfrenten. De civielrechtelijke behandeling van pensioenen en de regelingen uit de Pensioenwet komen slechts daar aan de orde waar dit voor de fiscale afwegingen noodzakelijk is. De tekst van mijn thesis is inhoudelijk afgesloten op 15 december 2010.

Hoofdstuk 2 – De Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten

2.1 Inleiding

Het systeem van oudedagsvoorzieningen in Nederland is gebaseerd op drie pijlers. De eerste pijler bestaat uit de wettelijke voorzieningen, zoals de AOW, de ANW en de WIA. De tweede pijler bevat de voorzieningen in de verhouding tussen werknemer en werkgever. Hieronder vallen bijvoorbeeld de pensioenregelingen. De derde pijler bestaat uit de voorzieningen die in de privésfeer worden opgebouwd. Voorbeelden hiervan zijn lijfrenten, spaarregelingen, etc. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de fiscale behandeling van de tweede en de derde pijler van de oudedagsvoorzieningen in Nederland.⁸

De belastingheffing over pensioenen vindt in het Nederlandse belastingstelsel plaats in de loonbelasting. Hoofdstuk IIB Wet LB 1964 bevat de algemene regels omtrent de belastingheffing over pensioenen. Kort gezegd komt de behandeling van pensioenen neer op het ‘pay as you earn’ principe. Dat wil zeggen dat bij een kwalificerende pensioenregeling de opbouw van het pensioen gefacilieerd plaats vindt, de pensioenaanspraak is vrijgesteld en de pensioenuitkering in de belastingheffing wordt betrokken. Belangrijk om te onthouden is dat de hoofdregel luidt dat de pensioenaanspraak belast is en de uitkering onbelast. Slechts in kwalificerende gevallen is de omkeerregeling van toepassing, waarbij de voorwaarden zijn opgenomen in hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Ik start met een introductie van de omkeerregel en het begrip pensioenregeling in art. 18 Wet LB 1964. Hierna ga ik in op de verschillende voorwaarden die gelden voor een kwalificerende pensioenregeling en sta ik stil bij de behandeling van lijfrenteregelingen. Deze bevindingen vormen de basis voor de analyse in de volgende hoofdstukken, waarin ik in ga op de houdbaarheid van exitheffingen in het kader van Europees en internationaal recht.

2.2 Pensioenen

2.2.1 Heffing over pensioenen: de omkeerregel

Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk reeds aan de orde is gekomen, heeft de Nederlandse wetgever voor de fiscale behandeling van pensioenen gekozen voor het ‘pay as you earn’ principe, waarbij de pensioenaanspraak en het daarop behaalde rendement is vrijgesteld c.q. premieaftrek wordt toegelaten, en de pensioenuitkering is belast. Internationaal wordt dit systeem ook wel aangeduid als het EET-systeem: exempt, exempt, taxed. De uitzondering op de hoofdregel in de Loonbelasting is dat de aanspraak is vrijgesteld. Aanspraken om na verloop van tijd of onder een voorwaarde één of meer uitkeringen of verstrekkingen te ontvangen vormen op grond van art. 10, lid 2 Wet LB 1964

⁸ Ik besteed in mijn thesis geen aandacht aan de eerste pijler van het systeem van de oudedagsvoorzieningen in Nederland.

namelijk loon, waarover op grond van art. 9 Wet LB 1964 normaliter loonbelasting wordt geheven. In de Wet LB en in de uitvoeringsbepalingen wordt het begrip ‘aanspraken’ nergens omschreven. In de fiscale literatuur wordt het wel eens gedefinieerd als ‘loon in de vorm van een recht’.⁹

Naast de vraag wat onder een aanspraak moet worden verstaan, speelt een ander probleem. Het is namelijk niet altijd eenvoudig om de waarde van een verstrekte aanspraak te bepalen, omdat bijvoorbeeld rekening moet worden gehouden met een overlijdenskans. Indien belastingheffing over een aanspraak is gewent, is het dus lastig om de omvang van de grondslag te bepalen. Bovendien wordt ten tijde van het toekennen van de aanspraken nog niets genoten, en de gerechtigde tot de aanspraken krijgt nog geen contanten ter beschikking. Eigenlijk zijn er dan dus geen middelen ter beschikking om de belasting te voldoen. Gezien deze problemen, heeft het in veel gevallen de voorkeur om niet de aanspraken, maar de uitkeringen te belasten.

In art. 11, lid 1 en 2 Wet LB 1964 heeft de wetgever de gevallen opgenomen waarbij de aanspraken zijn vrijgesteld en de uit aanspraken voortvloeiende uitkeringen worden belast. Krachtens art. 11, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964 behoren aanspraken ingevolge een fiscaal erkende pensioenregeling niet tot het loon. De eventuele bijdrage van de werknemer aan de opbouw van zijn pensioenaanspraken kan bovendien op het belaste loon in mindering worden gebracht, op grond van art. 11, lid 1, onderdeel j, onder 1° Wet LB 1964. In de literatuur komt naar voren dat onder een fiscaal erkende pensioenregeling wordt verstaan ‘alle pensioenregelingen uit hoofdstuk IIB Wet LB 1964 waarvoor krachtens de Wet LB 1964 of krachtens goedkeurend beleid de omkeerregel geldt: de aanspraken vormen vrijgesteld loon en de uitkeringen worden te zijner tijd belast.’¹⁰ In deze paragraaf staat dan ook centraal wat onder de fiscaal toegelaten pensioenen moet worden verstaan.

2.2.2 *Introductie begrip pensioenregeling, pensioenvormen en pensioenstelsels*

Art. 18 Wet LB bevat de introductie van het begrip ‘pensioenregeling’. Volgens dit artikel moeten pensioenregelingen uitsluitend of, met het oog op uitzonderlijke gevallen van restbegunstiging, nagenoeg uitsluitend ten doel hebben een levenslange inkomensvoorziening te treffen voor de doelgroepen die nader worden omschreven om in aanmerking te komen voor gefacilieerde opbouw. Art. 18 Wet LB 1964 bevat tevens een limitatieve opsomming van de toegestane pensioensoorten. De pensioensoorten worden nader uitgewerkt in art. 18a tot en met 18f Wet LB. Verder gelden

⁹ Het voert buiten het bereik van deze thesis om uitgebreid in te gaan op het begrip ‘aanspraak’ als onderdeel van het loonbegrip in de Loonbelasting. Zie hierover o.a. C.W.M. van Ballegooien, *‘Het fiscale loonbegrip’*, Fiscale Monografiën nr. 49, Deventer: Kluwer 1989, p. 68 e.v.

¹⁰ G.W.B. van Westen, *Cursus Belastingrecht (Loonbelasting)*, Deventer: Kluwer 2010, online portal Kluwer via <www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>, § 2.B.1.

voorwaarden ten aanzien van de inhoud van de pensioenregeling (art. 18, lid 1, onderdeel b Wet LB) en de toegestane verzekeraars (art. 18, lid 1, onderdeel c Wet LB). Naast verschillende pensioensoorten, zijn verschillende pensioenstelsels beschikbaar. Er kunnen vier pensioenstelsels worden onderscheiden: het eindloonstelsel, het middelloonstelsel, het beschikbare-premiestelsel en het hybride stelsel. De pensioenopbouw is afhankelijk van het gekozen pensioenstelsel.

2.2.3 Gefacilieerde pensioenopbouw

Zoals gesteld in het voorgaande, is het onder voorwaarden mogelijk het pensioen fiscaal gefacilieerd op te bouwen. De gefacilieerde opbouw en omvang van pensioen is afhankelijk gesteld van het pensioengevend loon en de diensttijd. In art. 18g, lid 1 en 2 Wet LB 1964 is nader omschreven wat onder deze twee begrippen moet worden verstaan, waarbij wordt verwezen naar art. 10a Uitv. Besl. LB 1965 respectievelijk art. 10b Uitv. Besl. LB 1965.

Op grond van art. 10a, lid 1, onderdeel a Uitv. Besl. LB 1965 wordt onder diensttijd verstaan de tijd die in dienstbetrekking wordt doorgebracht bij de huidige werkgever. In art. 10a, tweede en derde lid Uitv. Besl. LB 1965 worden de mogelijkheden tot inkoop van dienstjaren geschetst. Indien de inkoop betrekking heeft op dienstjaren die zijn gelegen na 8 juli 1994, is het derde lid van toepassing. In dat geval dient de werknemer in aanvulling aannemelijk te maken dat sprake is van een pensioentekort dat niet kan worden aangevuld door de mogelijkheid van waardeoverdracht van het pensioenkapitaal. Vanaf 8 juli 1994 is waardeoverdracht ingevolge de wet mogelijk geworden. Ingevolge art. 71 PW is de pensioenuitvoerder in principe verplicht om na een verzoek van de gewezen pensioendeelnemer mee te werken aan een waardeoverdracht. Bij waardeoverdracht worden de tijdens het voorgaande dienstverband opgebouwde pensioenaanspraken ingebracht in de pensioenregeling van de nieuwe werkgever. De werknemer heeft recht op waardeoverdracht. Als de werknemer het verzoek doet tot waardeoverdracht, is zowel de oude als de nieuwe pensioenuitvoerder verplicht mee te werken aan de waardeoverdracht, indien aan de voorwaarden uit de PW wordt voldaan. Echter, als de overdragende of ontvangende pensioenuitvoerder financieringsproblemen heeft, hoeft niet te worden meegewerkt aan de waardeoverdracht.

Pensioen kan worden opgebouwd over het pensioengevend loon. De wetgever heeft niet bepaald wat tot het pensioengevend loon behoort. Zij geeft slechts de fiscale maximale grenzen aan.¹¹ Art. 10b Uitv. Besl. LB 1965 bepaalt dat het fiscale loon als uitgangspunt voor het pensioengevend loon geldt. Alle loonbestanddelen komen in aanmerking voor het pensioengevend loon, met uitzondering van het genot van een ter beschikking gestelde auto.

¹¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 september 2010, nr. DGB2010/02733M, *Stcrt.* 2010/14304, onder 3.2.

De maximale omvang van het pensioen is afhankelijk van de diensttijd en het pensioengevend loon. In de vorige paragraaf is het pensioengevend loon aan de orde gekomen. De toegestane pensioenomvang is voor de verschillende pensioenvormen wettelijk vastgelegd in art. 18a t/m art. 18f Wet LB 1964.

2.2.4 *Pensioenverzekeraars*

De wetgever heeft in art. 19a Wet LB een limitatieve opsomming gegeven van rechtspersonen die als pensioenverzekeraar kunnen optreden en waarbij het pensioen gefacilieerd kan worden opgebouwd. Ingeval het pensioen niet wordt opgebouwd bij een van deze toegelaten verzekeraars, is er sprake van een niet-erkende pensioenregeling, waardoor de omkeerregel ex art. 11, lid 1, onderdeel c Wet LB niet van toepassing is. De kring van toegelaten pensioenuitvoerders bestaat uit professionele pensioenfondsen, verzekeringsmaatschappijen, onder voorwaarden buitenlandse pensioenfondsen en verzekeringsmaatschappijen en lichamen voor een pensioen in eigen beheer. In beginsel dienen de toegelaten pensioenverzekeraars de pensioenverplichtingen voor de heffing van de vennootschapsbelasting tot hun binnenlands ondernemingsvermogen te rekenen. Hiermee komt duidelijk de strekking van art. 19a Wet LB tot uitdrukking, namelijk het zo veel mogelijk veilig stellen van de fiscale claim in Nederland.¹² In het licht van de ontwikkelingen op het gebied van grensoverschrijdende pensioenopbouw is art. 19a, lid 1, onderdeel f Wet LB toegevoegd. Hiermee is de mogelijkheid gecreëerd dat een buitenlandse (pensioen)verzekeraar wordt aangemerkt als een toegelaten verzekeraar. Hieraan zijn door de Minister nader bepaalde voorwaarden verbonden, welke zijn te vinden in art. 10d Uitv.besl. Wet LB en verder aan bod komen in §3.3.¹³

2.2.5 *Pensioen in eigen beheer*

Voor de directeur-grotaandeelhouder (hierna: dga) biedt de Wet LB ruimte om pensioen in eigen beheer op te bouwen. Deze mogelijkheid is opgenomen in art. 19a, lid , onderdeel d Wet LB, jo. art. 19a, lid 2 Wet LB. Het pensioen wordt dan opgebouwd bij de werkgever van de dga. Het begrip 'dga' is in dit geval gedefinieerd in overeenstemming met artikel 1 PW. Het pensioen kan ook worden opgebouwd bij een gelieerde vennootschap van de werkgever of bij een daartoe speciaal bestemde pensioenvennootschap in eigen beheer.

¹² Zie concept-MvT, artikelsgewijze toelichting, onderdeel Q.6, bij het oorspronkelijke voorstel Brede Herwaardering, V-N 1987/1566: 'Met uitzondering van de situatie waarin een buitenlandse verzekeraar optreedt (...), dient de verplichting geheel te worden gerekend tot het binnenlandse ondernemingsvermogen van de verzekeraar. Aldus wordt voorkomen dat het zicht op de fiscale claim op de uitkering door overbrenging van de verplichting naar het buitenland verloren gaat.'

¹³ J.J. Buijze, Online commentaar bij art. 19a Wet LB 1964, *NDFR*, <www.ndfr.nl>.

Om fiscaal gefacilieerd een pensioen in eigen beheer op te bouwen dient het lichaam waar het pensioen wordt opgebouwd in Nederland te zijn gevestigd. Om te bepalen of een lichaam in Nederland is gevestigd, wordt art. 4, lid 1 AWR gehanteerd: er wordt beoordeeld naar de omstandigheden van het geval. De Staatssecretaris meent dat art. 2, lid 4 Wet VPB 1969 voor de bepaling waar het lichaam is gevestigd, in deze geen rol van betekenis speelt.¹⁴ Gezien de redactie van art. 2, lid 4 Wet VPB 1969, waarin wordt gesproken van ‘voor de toepassing van deze wet’, is dit in mijn ogen een juiste lezing. Een tweede voorwaarde voor de fiscaal gefacilieerde pensioenopbouw is dat het lichaam de pensioenverplichting voor de heffing van de vennootschapsbelasting rekent tot het binnenlandse ondernemingsvermogen. Tot slot kan een lichaam voor een pensioen in eigen beheer alleen optreden als verzekeraar van een pensioen van een dga.

Gewezen kan worden op de mogelijkheid om in eigen beheer een stamrecht op te bouwen. Op basis van art. 11, lid 1, onder g Wet LB 1964 behoren aanspraken op periodieke uitkeringen ter vervanging van gedeerd of te derven loon onder bepaalde voorwaarden niet tot het belastbare loon. De voorwaarden staan in de wet opgesomd. Een van de voorwaarden van deze zogenaamde stamrechtvrijstelling, is dat het stamrecht moet zijn ondergebracht bij een toegelaten verzekeraar. De kring van toegelaten verzekeraars is nagenoeg hetzelfde als voor de toegestane pensioenverzekeraars, met uitzondering van de in het buitenland gevestigde pensioenfondsen en de door de Minister aangewezen pensioenverzekeraars. Derhalve kan een stamrecht ook worden ondergebracht bij een stamrecht-BV. De stamrecht-BV wordt vaak gebruikt in situaties van ontslag, waarbij de ontslagvergoeding wordt ondergebracht bij de stamrecht-BV.

In het kader van het onderwerp van deze scriptie zijn juist de aanspraken in eigen beheer interessant. Immers kan de dga met zijn pensioen-BV betrekkelijk eenvoudig naar het buitenland emigreren, waardoor Nederland mogelijk de fiscale claim op de pensioenaanspraak verliest. Om deze problematiek te ondermijnen heeft Nederland in de belastingwetgeving zogenaamde exitheffingen opgenomen, welke ik in het volgende hoofdstuk verder behandel.

2.2.6 Zuiver en onzuiver pensioen

Naast de in het voorgaande genoemde voorwaarden voor fiscale faciëring, gelden voorwaarden aan de inhoud van de pensioenregeling. Deze beperkingen zijn neergelegd in art. 18, lid 1, onderdeel b Wet LB. Door deze beperking wordt een onderscheid gemaakt tussen zuivere en onzuivere pensioenregelingen. Het kan voorkomen dat een pensioenregeling niet volledig voldoet aan de eisen voor een gekwalificeerde pensioenregeling. Voor deze gevallen is in art. 18, lid 3 Wet LB 1964

¹⁴ Brief Directeur Directe Belastingen namens de Staatssecretaris van Financiën van 1 augustus 1995, nr. DB95/9604.

bepaald dat een bovenmatig pensioen gesplitst mag worden in een zuiver deel en een onzuiver deel. Een zuivere pensioenregeling is een regeling waarbij expliciet is bepaald dat de pensioenaanspraken niet kunnen worden afgekocht, vervreemd of prijsgegeven, dan wel formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid kunnen worden, anders dan in de gevallen voorzien bij of krachtens de Pensioenwet.¹⁵ Om te kunnen spreken van een zuivere pensioenregeling moet zijn voldaan aan de voorwaarden die zijn neergelegd in hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Op het moment dat wordt voldaan aan deze voorwaarden, is de pensioenaanspraak niet belast op grond van art. 10, lid 2 jo. art. 11, lid 1, onderdeel c Wet LB dan niet belast. De pensioenbijdrage van de werknemer kan op het belaste loon in mindering worden gebracht op grond van art 11, lid 1, onderdeel j, onder 1° Wet LB.¹⁶

Indien niet of niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden voor een zuiver pensioen, wordt de pensioenregeling als onzuiver aangemerkt. Aan deze kwalificatie zijn fiscale consequenties gebonden, welke te vinden zijn in art. 19b Wet LB. Op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan de gewraakte handeling, wordt de aanspraak aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking van de werknemer of gewezen werknemer, dan wel, indien deze is overleden, van de gerechtigde tot de aanspraak. Nadat in de loonsfeer over de pensioenaanspraak is afgerekend, valt de aanspraak voor wat betreft de verdere waardeaanegroei onder de werking van de vermogensrendementsheffing in de Wet IB 2001. Hierdoor is de pensioenaanspraak niet langer fiscaal beclaimd.

De aanspraak op een zuivere pensioenregeling behoort zoals gezegd niet tot het loon, en de daaruit voortvloeiende uitkeringen worden progressief belast in box 1 van de Inkomstenbelasting. Op basis van hoofdstuk IIB van de Wet LB 1964 wordt de fiscale faciëring ongedaan gemaakt zodra:

- de pensioenaanspraak niet langer als zuivere regeling is aan te merken, bijvoorbeeld omdat de pensioenverplichting naar het buitenland wordt overgebracht, wat in sommige gevallen wordt gezien als een fictieve afkoop;¹⁷ of
- een pensioenaanspraak wordt afgekocht of vervreemd dan wel formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid, anders dan ten behoeve van uitstel van betaling in relatie tot pensioenen op grond van de Invorderingswet; of
- een pensioenaanspraak in eigen beheer wordt prijsgegeven.

Op het moment dat een van bovenstaande handelingen wordt verricht, kwalificeert de pensioenregeling niet langer als zuiver, en zal de genoten fiscale faciëring worden teruggenomen.¹⁸

¹⁵ Uitzonderingen die volgens de Pensioenwet zijn toegestaan zijn: kleine afkoopsummen (art. 66 PW), vervreemding pensioenaanspraak bij scheiding van tafel en bed of echtscheiding (art. 57 PW) en overdracht in verband met aanvaarding andere dienstbetrekking (art. 70 t/m 92 PW).

¹⁶ G.W.B. van Westen, *Cursus Belastingrecht (Loonbelasting)*, Deventer: Kluwer 2010, online portal Kluwer via <www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>, § 2.2.1.

¹⁷ Zie hierover verder § 3.4.

2.2.7 Duidelijkheid vooraf

Om duidelijkheid te krijgen over de status van een pensioenregeling, kan de inhoudingsplichtige blijkens art. 19c Wet LB 1964 vooraf een nieuwe pensioenregeling dan wel wijzigingen in een bestaande pensioenregeling aan de Belastingdienst voorleggen. De Inspecteur zal dan bij voor bezwaar vatbare beschikking beslissen of een regeling een pensioenregeling is in de zin van art. 18 tot en met 18h Wet LB 1964. In art. 19c, lid 2 Wet LB 1964 is de zogenaamde glijclausule opgenomen. Op basis hiervan kunnen pensioenregelingen met terugwerkende kracht worden aangepast tot het moment waarop de regeling is ingegaan, wanneer de pensioenregeling die is voorgelegd, als niet zuiver is aangemerkt. Bij individuele pensioenregelingen zoals bedoeld in art. 18h Wet LB 1964 is een beroep op de glijclausule niet mogelijk, om ongewenst gebruik te voorkomen.¹⁹

2.3 Lijfrente

2.3.1 Introductie begrip lijfrenteregeling

Analoog aan de gefacilieerde behandeling van pensioenen is een regeling voor lijfrenten in de wet opgenomen. In art. 1.7, lid 1 Wet IB 2001 is een definitie opgenomen van het begrip 'lijfrente':

'Een aanspraak volgens een overeenkomst van levensverzekering (artikel 3.117) op vaste en gelijkmatige periodieke uitkeringen die eindigen uiterlijk bij overlijden, welke aanspraak niet kan worden afgekocht, vervreemd, prijsgegeven of formeel of feitelijk tot voorwerp van zekerheid kan dienen, anders dan op grond van artikel 3.126, eerste lid, onderdeel d, onder 2°, of ten behoeve van uitstel van betaling op grond van artikel 25, vijfde lid, Invorderingswet 1990, alsmede de met een zodanige aanspraak verband houdende aanspraak op winstuitkeringen.'

De Staatssecretaris heeft in een besluit aangegeven welke (fiscale) inhoud het begrip levensverzekering heeft en welke nadere criteria daarvoor zijn opgesteld.²⁰ In het besluit wordt verwezen naar het rapport van de werkgroep levensverzekeringen WTV-Wet IB van de Verzekeringskamer²¹, waarin nadere criteria zijn opgenomen betreffende de inhoud van het begrip

¹⁸ G.J.B. Dietvorst, J. Dilling & L.G.M. Stevens (red.), *Pensioengids 2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 202.

¹⁹ *Kamerstukken II 1997/98*, 26 020, nr. 3, p. 33. Ongewenst gebruik zou hieruit kunnen bestaan, dat deelnemers uit een reeks van individuele modules hun pensioen samenstellen en dat als blijkt dat het totaal bovenmatig is, de keuze in overeenstemming wordt gebracht met hetgeen wel aanvaardbaar is. Dit zou grensverkendend gedrag in de hand werken een te zware uitvoeringslast kunnen opleveren. Daarom is bepaald dat voor de individuele regelingen uit art. 18h Wet LB 1964 de glijclausule geen werking heeft.

²⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2009, nr. CPP2008/1118M. Overigens heeft dit besluit betrekking op de kapitaalverzekering eigen woning (KEW), de spaarrekening eigen woning (SEW), het beleggingsrecht eigen woning (BEW) en op de vóór 2001 bestaande kapitaalverzekeringen in box 3.

²¹ In 2001 kreeg de Verzekeringskamer een andere naam: Pensioen & Verzekeringskamer. Op 30 oktober 2004 fuseerde de Pensioen & Verzekeringskamer met de Nederlandsche Bank. Thans is de Nederlandsche Bank belast met de uitvoering van de Wft en bepaalt de inhoud van het begrip levensverzekering in de zin van de Wft.

'levensverzekering'.²² In dit rapport komt naar voren dat van een levensverzekering pas sprake kan zijn als de verzekeringnemer/begunstigde een gerede kans heeft dat de overeenkomst hem substantieel meer oplevert dan de waarde van de ter zake betaalde premies, vermeerderd met het door de verzekeraar behaalde rendement (de zogenoemde bonus). In het rapport zijn nadere rekenregels opgenomen. De Nederlandsche Bank hanteert de criteria voor levensverzekeringen die zijn afgesloten na 30 juni 1993. Ook polissen die na deze datum zijn gewijzigd, vallen onder deze regeling. Polissen die zijn afgesloten vóór 1 juli 1993 en die niet voldoen aan de nadere criteria, merkt de Nederlandsche Bank op grond van de eerbiedigende werking ook aan als overeenkomst van levensverzekering. De staatsecretaris neemt in het voornoemde besluit van 29 april 2009 het standpunt in dat voor de toepassing van de Wet IB 2001 wordt aangesloten bij de uitleg die de Verzekeringskamer geeft aan het begrip levensverzekering. Dit heeft tot gevolg dat op of na 1 januari 2001 gesloten overeenkomsten van levensverzekering moeten voldoen aan de door de Nederlandsche Bank gehanteerde nadere criteria, zoals opgenomen in het voornoemde rapport van de Verzekeringskamer.²³

Uit de definitie van lijfrente in art. 1.7, lid 1 Wet IB 2001 blijkt dat het moet gaan om een uitkering die vast en gelijkmatig is. Het begrip 'vast' heeft tot gevolg dat de omvang van de uitkeringen onderling in beginsel gelijk moet zijn. Een vaste of variabele stijging in verband met correctie voor inflatie is wel toegestaan. Gelijkmatig betekent dat de uitkeringen met gelijke tussenposen dienen te worden gedaan.²⁴

De definitie van het begrip lijfrente bevat verder het vereiste van een periodiciteit. De Wet IB 2001 bevat zelf geen definitie van een periodieke uitkering. Uit de jurisprudentie die voortkomt uit het Besluit IB 1941 en de Wet IB 1964 is de volgende veelvuldig gehanteerde definitie afgeleid: *'Een periodieke uitkering of verstrekking is een uitkering of verstrekking welke een onderdeel is of kan zijn van een reeks van uitkeringen of verstrekkingen waarvan het totale beloop afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis, zulks beoordeeld vanuit de schuldenaar en naar het moment*

²² Rapport werkgroep levensverzekeringen WTV-WET IB van 4 juni 1993, FED 1993/525.

²³ De Staatssecretaris volgt de conclusies uit het rapport van de Verzekeringskamer. Er bestaat echter discussie over het antwoord op de vraag of de conclusies uit het rapport rechtsgeldig zijn. Ten tijde van de totstandkoming van het rapport leefde namelijk de discussie of de Verzekeringskamer bevoegd was om de inhoud van het begrip levensverzekering te bepalen. Noch de Wft 1993, noch de Wet IB 2001 bevat namelijk een delegatiebepaling die een nadere uitleg omtrent het begrip overeenkomst van levensverzekering kan bewerkstelligen. Zie hierover o.a. J.Th.L. Brouwer, *Het begrip levensverzekering na de Brede herwaardering*, Deventer: Kluwer 1993, p. 155, evenals R.E.C.M. Niessen, 'Het begrip levensverzekering', *Pensioen en Praktijk* 1993-12. De Staatssecretaris is echter de mening toegedaan dat de Verzekeringskamer bevoegd was om de inhoud van het begrip 'levensverzekering' nader te bepalen. Hij heeft ervoor gekozen om voor de heffing van inkomstenbelasting aan te sluiten bij de uitleg van de Verzekeringskamer. Zie hiervoor: Resolutie staatssecretaris van Financiën van 23 juli 1993, nr. DB93/3244M, BNB 1993/286.

²⁴ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2008, nr. CPP2008/287M, BNB 2008/204. In dit besluit is onder andere een aantal voorwaarden opgenomen om in het geval van een stijging of daling van de hoogte van lijfrentetermijnen aanspraak te blijven maken op gefacilieerde opbouw van lijfrente.

waarop de uitkeringen of verstrekkingen een aanvang nemen, een en ander voor zover de uitkeringen en verstrekkingen niet een onderdeel vormen van een complex van rechten en verplichtingen die bij voortduring tegenover elkaar staan.²⁵ Een lijfrente is een voorbeeld van het bredere begrip ‘periodieke uitkering’. Voor een lijfrente geldt dat de lijfrentetermijnen vast en gelijkmatig dienen te zijn, en dat hun bedrag vastgesteld moet zijn bij de totstandkoming van de aanspraak. Uit de omschrijving van een periodieke uitkering volgt de eis dat de uitkeringen afhankelijk moeten zijn van een toekomstige onzekere gebeurtenis. Voor een lijfrente geldt dat deze onzekere factor moet bestaan in de afhankelijkheid van het leven van een persoon.²⁶

2.3.2 Vormen van lijfrente

Afdeling 3.7 van de Wet IB 2001 regelt de mogelijkheid tot aftrek van uitgaven voor inkomensvoorzieningen. In deze wet komt nadrukkelijk tot uiting dat de wetgever ervoor heeft gekozen om voor gefacilieerde opbouw slechts die vormen van lijfrente toe te laten die het karakter hebben van een oudedags- dan wel nabestaandenvoorziening. Premies voor andere vormen van lijfrente dan die zijn genoemd in art. 3.125 Wet IB 2001 zijn niet aftrekbaar. De premies voor vormen van lijfrente die worden genoemd in art. 3.125, lid 1 Wet IB 2001 komen op grond van art. 3.124, lid 1, onderdeel a, jo. art. 3.1, lid 1, onderdeel i Wet IB 2001 in aftrek op het inkomen uit werk en woning. Met ingang van 1 januari 2008 is art. 1.7, lid 1, onderdeel b Wet IB 2001 toegevoegd. Hierdoor wordt onder het begrip ‘lijfrente’ tevens verstaan de aanspraak op het tegoed van een lijfrentespaarrekening of een lijfrentebeleggingsrecht, waarbij wordt verwezen naar art. 3.126a Wet IB 2001. Deze vormen worden in de regel hetzelfde behandeld als de overige vormen van lijfrenten. In het vervolg behandel ik dan ook slechts het regime van de reguliere lijfrenten en ga ik niet specifiek in op de lijfrentespaarrekening of een lijfrentebeleggingsrecht.

2.3.3 Fiscale behandeling van lijfrente

Evenals bij kwalificerende pensioenregelingen, is het principe van de wetgever bij het lijfrenteregime dat stimulering plaatsvindt door premieaftrek te verlenen en de uitkeringen te belasten. Premieaftrek vindt plaats in de vorm van uitgave voor inkomensvoorzieningen in box 1 (art. 3.124 e.v. Wet IB 2001). De lijfrente-uitkeringen zijn belast in box 1 als periodieke uitkering op basis van art. 3.100 Wet IB 2001. Ter vergemakkelijking van de heffing van inkomstenbelasting, wordt over de termijnen van lijfrenten loonbelasting ingehouden op grond van art. 34 Wet LB 1964.

²⁵ J.E.A.M. van Dijck, ‘Periodieke uitkeringen in de Wet IB (1)’, *WFR* 1970/449.

²⁶ J.A. van Caspel, *Lijfrente in de Wet IB 2001 in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2005, p. 16.

De premieaftrek is jaarlijks gemaximeerd, waarbij de aftrek afhangt van het genoten inkomen in het voorafgaande jaar en van de waardetoename van pensioenaanspraken door deelname in een pensioenregeling in het voorafgaande jaar. De maximering is in ingesteld om te waarborgen dat de lijfrenteregeling wordt gebruikt als inkomensvoorziening en voorziet in een aanvulling op het oudedagsinkomen voor de belastingplichtige die daar behoefte aan heeft. In art. 3.127, 3.128 en 3.129 Wet IB 2001 is voor lijfrenten die dienen ter compensatie van een pensioentekort, zoals omschreven in art. 3.124, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 geregeld hoeveel premie in aftrek mag worden gebracht. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de jaarruimte en de reserveringsruimte, waarbij de jaarlijkse aftrek afhankelijk is gemaakt van de opbouwde pensioenrechten en de AOW-rechten. De reserveringsruimte biedt een oplossing indien de jaarruimte niet volledig kan worden benut. De belastingplichtige die in de aan het kalenderjaar voorafgaande periode van zeven jaar minder premies voor lijfrenten in aanmerking heeft genomen dan mogelijk was op grond van de jaarruimte in de betreffende jaren, kan op verzoek de niet afgetrokken premies alsnog aftrekken, te beginnen met het in het oudste jaar niet aangewende bedrag.

Op het moment van uitkeren zijn de lijfrentetermijnen in de hoofdregel als periodieke uitkering belastbaar bij degene die ze ontvangt op basis van art. 3.100, lid 2, onderdeel b Wet IB 2001. Het is hiervoor niet van belang of de betaalde premies die op de lijfrenteanspraken betrekking hebben, in het verleden in aftrek zijn gebracht op het belastbaar inkomen uit werk en woning.²⁷ Voor lijfrente-uitkeringen uit een buitenlandse regeling waarvan doel en strekking overeenkomt met een inkomensvoorziening als bedoeld in afdeling 3.7 van de Wet IB 2001, geldt eveneens een heffing. Op de wettelijke hoofdregel zijn twee uitzonderingen mogelijk. Indien voor een buitenlandse regeling aannemelijk is dat de betaalde premies in het verleden niet van het belastbare inkomen zijn afgetrokken, is op grond van art. 3.100, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001 geen sprake van een belastbare uitkering. In zoverre houdt de omkeerregel dan ook stand. Verder geldt op basis van art. 3.107a Wet IB 2001 een korting voor wat betreft de Nederlandse lijfrente-uitkeringen, als aannemelijk wordt gemaakt dat de premie geheel of gedeeltelijk niet in aftrek is gebracht op het belastbare inkomen uit werk en woning. Hierbij wordt gebruik gemaakt van de zogenaamde saldomethode, waarbij maximaal € 2.269 per kalenderjaar in mindering kan worden gebracht op de belaste lijfrente-uitkering.

²⁷ Tot 1 januari 2009 luidde art. 3.100 Wet IB 2001 anders. Het criterium om de lijfrente-uitkeringen te belasten was toen of de corresponderende premies als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking waren genomen.

2.3.4 Toegelaten lijfrenteaanbieders

De toegelaten aanbieders voor lijfrentevoorzieningen zijn omschreven in art. 3.126 en 3.126a Wet IB 2001. Er zijn zeven categorieën aanbieders van lijfrenten. Allereerst zijn toegestaan de levensverzekeraars als bedoeld in art. 1:1 Wft. Het gaat dan om verzekeringsmaatschappijen die in Nederland zijn gevestigd en die de lijfrenteverplichting rekenen tot het binnenlandse ondernemingsvermogen. Daarnaast zijn in Nederland gevestigde pensioenfondsen die volgens art. 5, lid 1, onderdeel b Wet VPB 1969 zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting en die de lijfrenteverplichting rekenen tot hun binnenlands ondernemingsvermogen toegestaan, alsmede een buitenlandse levensverzekeringmaatschappij of pensioenfonds, mits het gaat om een vrijwillige voortzetting van een reeds voor het ontstaan van de binnenlandse belastingplicht bestaande regeling. Ook een andere buitenlandse aanbieder die bevoegd is het verzekeringsbedrijf uit te oefenen is toegestaan, mits is voldaan aan de voorwaarden uit art. 14 Uitv. Besl. IB 2001. In situaties van een bedrijfsoverdracht is tevens de voortzettende ondernemer als aanbieder toegestaan. De lijfrente moet worden bedongen als tegenprestatie voor de overdracht van een onderneming of een gedeelte van een onderneming en voor de omzetting van de fiscale oudedagsreserve in een lijfrente. Voor de lijfrentespaarrekening is een kredietinstelling die de verplichting ingevolge een lijfrentespaarrekening voor de heffing van de vennootschapsbelasting rekent tot het binnenlands ondernemingsvermogen, dan wel onder voorwaarden een buitenlandse kredietinstelling toegestaan. Tot slot mag een beleggingsinstelling de lijfrentespaarrekening aanbieden, waarvoor vergelijkbare voorwaarden gelden als die bij een kredietinstelling als verstrekker van een bancaire lijfrente.

2.4 Conclusie

Ik ben in dit hoofdstuk ingegaan op de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten. De oudedagsvoorzieningen in Nederland kennen een pijlerstructuur, waarin de pijlers worden gevormd door de wettelijke voorzieningen, de voorzieningen in de werkgever-werknemerverhouding en de voorzieningen die in de privésfeer worden opgebouwd. Pensioenen en lijfrenten maken onderdeel uit van de tweede, respectievelijk de derde pijler. Nederland hanteert voor de belastingheffing over pensioenen en lijfrenten onder voorwaarden de omkeerregel, waarbij de opbouw wordt gefacilieerd, de aanspraak is vrijgesteld en de daaruit voortvloeiende uitkeringen worden belast. In dit hoofdstuk zijn deze voorwaarden voor faciëring aan de orde gekomen. Hierbij heb ik ook aandacht besteed aan de mogelijkheid voor de dga om een pensioen in eigen beheer op te bouwen.

Met dit hoofdstuk heb ik de basis gelegd voor de behandeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties en de beperking die voortvloeien uit het Europese en internationale

(belasting)recht. In het volgende hoofdstuk ga ik in op de Nederlandse fiscale regelgeving die van belang is voor pensioenen en lijfrentes in grensoverschrijdende situaties.

Hoofdstuk 3 – Pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties

3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten behandeld. In dit hoofdstuk komen de grensoverschrijdende situaties aan bod, zij het dat dit beperkt blijft tot de Nederlandse behandeling van grensoverschrijdende pensioenen en lijfrenten. De verdeling van de heffingsbevoegdheid onder bilaterale verdragen en de mogelijke beperkingen op de effectuering van de Nederlandse behandeling vanuit Europees perspectief worden in volgende hoofdstukken behandeld. In dit hoofdstuk besteed ik eerst aandacht aan de heffing over reeds opgebouwde pensioenen en lijfrenten bij emigratie uit Nederland. Vervolgens wordt gekeken naar de mogelijkheid van grensoverschrijdende opbouw, internationale waardeoverdracht en uitkeringen van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties.

3.2 Emigratie uit Nederland – Exitheffingen

Bij emigratie uit Nederland worden verschillende exitheffingen toegepast op inkomsten uit bijvoorbeeld aanmerkelijk belang, pensioenaanspraken en lijfrenten. In bijlage I is een schema opgenomen, met daarin een overzicht van de Nederlandse exitheffingen in de Inkomstenbelasting. In deze paragraaf wordt verder ingegaan op de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten.

3.2.1 Exitheffingen over pensioenen

Voor pensioenen in grensoverschrijdende situaties is art. 3.83 Wet IB 2001 in de wet opgenomen. Deze bepaling heeft tot doel het eerder genoten belastingvoordeel door de mogelijkheid tot aftrek van premies, terug te nemen zodra de belastingplichtige niet meer in Nederland woont, dan wel zijn pensioenkapitaal in het buitenland heeft ondergebracht of op een andere manier ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn. Onder ophouden binnenlands belastingplichtige te zijn wordt mede verstaan de situatie waarin de belastingplichtige voor de toepassing van de Belastingregeling voor het Koninkrijk (BRK) of voor een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting wordt geacht geen inwoner van Nederland meer te zijn. Als de pensioenaanspraken door emigratie, waardeoverdracht of het voortzetten van een buitenlandse pensioenregeling bij een niet erkende verzekeraar buiten het Nederlandse heffingsbereik terecht komen, worden de pensioenaanspraken tot het loon gerekend voor de waarde in het economische verkeer. Dit bedrag wordt verminderd met de waarde van de aanspraken die niet ten laste zijn gekomen van belastbaar inkomen uit werk en woning. Indien het pensioenkapitaal gehandhaafd blijft, wordt de waarde van de pensioenaanspraken ingevolge art. 2.8, lid 1 Wet IB 2001 tot het te conserveren inkomen gerekend.

Uit art. 3.146, lid 2 Wet IB 2001 volgt dat als genietingstijdstip voor de in art. 3.83, lid 1 Wet IB 2001 bedoelde aanspraken geldt het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan het moment waarop de belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn. Naast de belastingheffing over pensioenaanspraken zelf, wordt ingevolge art. 30i, lid 1 onderdeel a, jo. lid 2 AWR revisierente in rekening gebracht.²⁸ Voor de conserverende aanslag en de revisierente wordt vervolgens op grond van art. 25, lid 5 IW 1990 voor de duur van tien jaar uitstel van betaling verleend. Als gedurende de tien jaar geen handelingen worden verricht die in een binnenlandse situatie tot heffing zouden leiden op grond van art. 19b Wet LB 1964, en de termijn van tien jaar is verstreken, wordt de conserverende aanslag onder de voorwaarden van art. 26, lid 2 IW 1990 kwijtgescholden. Overigens is het aan de belastingplichtige om aan te tonen dat het pensioenkapitaal gedurende de periode van tien jaar in stand blijft.²⁹ Bij toepassing van art. 3.83, lid 1 Wet IB 2001 is de verzekeraar aansprakelijk voor de verschuldigde belasting en heffingsrente, op grond van art. 44b, lid 1 IW 1990.

Verder kan in dit kader worden gewezen op de bepaling in art. 3.136, lid 3 Wet IB 2001. Daarin is bepaald dat indien een belastingplichtige anders dan door overlijden ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, zijn pensioenaanspraken en bijdragen ingevolge die pensioenregeling als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking genomen, in het geval dat art. 3.83, lid 1 Wet IB 2001 als gevolg van een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, daterend van voor 1 januari 2001, niet kan worden toegepast en voor zover deze aanspraken en bijdragen niet reeds als gevolg van art. 3.81 tot het loon zijn gerekend. Er wordt in deze situatie dus niet geheven over de waarden in het economisch verkeer van de pensioenaanspraak, maar over de bedragen waarvoor bij de verwerving van de pensioenaanspraak een belastingvoordeel is genoten. Deze regeling is in de wet opgenomen naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad van 19 juni 2009, welke in de volgende twee hoofdstukken aan de orde zullen komen.³⁰

3.2.2 *Exitheffingen over lijfrenten*

Voor heffing over lijfrenten bij emigratie geldt een vergelijkbaar systeem als bij pensioenen. In art. 3.136 Wet IB 2001 is een bepaling opgenomen voor de uitbreiding van het begrip negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in het geval van emigratie. Als in het verleden door een

²⁸ Doordat uitstel van betaling wordt genoten, wordt door de fiscus heffingsrente gederfd, indien achteraf blijkt dat ten onrechte uitstel van belastingheffing heeft plaatsgevonden als gevolg van de genoten premieaftrek. De revisierente is een benadering van deze gederfde inkomsten, en dient als soort van vervanging van de heffingsrente. Zie hierover *Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 9, p. 6* (Wijziging van enkele belastingwetten; reparatie in verband met arresten van de Hoge Raad inzake pensioen- en lijfrenteaanspraken).

²⁹ *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 125.*

³⁰ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 43 978, *BNB 2009/263*; Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 07/13267, *BNB 2009/265*; Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 08/02288, *BNB 2009/266*.

belastingplichtige lijfrentepremies zijn afgetrokken, worden deze in het geval van emigratie met behulp van art. 3.136, lid 1 Wet IB 2001 als negatieve uitgaven voor een inkomensvoorziening in aanmerking genomen, ter omvang van de in het verleden afgetrokken premies, vermeerderd met het daarop behaalde rendement. Indien als gevolg van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting blijkt dat Nederland geen heffingsrechten heeft over de lijfrente-inkomsten, blijkt uit art. 3.136, lid 2 Wet IB 2001 dat Nederland de heffing beperkt tot uitsluitend de afgetrokken premies. Het inkomen dat voortvloeit uit de toepassing van art. 3.136 Wet IB 2001 wordt op basis van art. 2.8, lid 2 Wet IB 2001 aangemerkt als te conserveren inkomen, waarover een conserverende aanslag wordt opgelegd. De behandeling van de conserverende aanslag is gelijk aan de conserverende aanslag die wordt opgelegd over de pensioenaanspraken bij emigratie van de belastingplichtige.

Art 3.136 Wet IB 2001 bevat in lid 4 en 5 regels voor de heffing in het geval van dooremigratie. Indien de belastingplichtige emigreert naar een land waarmee in een bronstaatheffing ter zake van lijfrente-inkomsten is afgesproken, en vervolgens binnen tien jaar dooremigreert naar een land waarmee een woonstaatheffing is overeengekomen, wordt de conserverende aanslag verlaagd op basis van de eerder in aftrek gebrachte premies. Indien vanuit een land waarmee een woonstaatheffing is overeengekomen, wordt doorgeëmigreerd naar een land waarmee een bronstaatheffing is overeengekomen, wordt de conserverende aanslag aangepast tot het bedrag dat zou zijn verschuldigd over de waarde in het economisch verkeer van de aanspraak ten tijde van de emigratie uit Nederland. Indien de omvang van de premies onduidelijk is, biedt art. 3.136 lid 7 een opening. Op basis van deze bepaling kunnen bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld met betrekking tot de bepaling van de omvang. Voor bepaalde situaties is het namelijk lastig om te achterhalen wat de premiehistorie is, bijvoorbeeld bij collectieve fondsen en contracten die uitgaan van loonsomgerelateerde afdrachten. Met behulp van de delegatiebepaling kan de premiehistorie fictief worden benaderd, waarbij tegenbewijs door de belastingplichtige mogelijk blijft.³¹

3.2.3 *De conserverende aanslag*

Zoals in het voorgaande is gebleken, wordt voor de invordering van de verschuldigde belasting over pensioen- en lijfrenteaanspraken bij emigratie gebruik gemaakt van de conserverende aanslag. De conserverende aanslag wordt op grond van art. 25, lid 5 IW 1990 ingevorderd indien de aanspraak wordt afgekocht of anderszins een oneigenlijke afwikkeling plaatsvindt. De leidende gedachte hierachter is dat dergelijke handelingen niet stroken met het doel van het pensioen- en lijfrenteregime, namelijk de fiscaal vriendelijke opbouw van een adequate oudedagsvoorziening. De

³¹ *Kamerstukken I 2008/09, 31 990, nr. B, p. 1 (MvA).*

sanctie op de oneigenlijke afwikkelingen na emigratie kennen een sterk antimisbruik-karakter, zo blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis van de herzieningen in de Inkomstenbelasting in 2001:

“Ingeval het pensioen of de lijfrente op oneigenlijke wijze wordt afgewikkeld, bijvoorbeeld door afkoop of vervreemding, dan wordt het fiscale voordeel dat tijdens de opbouw is genoten teruggenomen. De fiscale begeleiding is dan achteraf gezien ten onrechte genoten.”³²

Dat de wetgever rekening heeft gehouden met de proportionaliteit van de maatregel, blijkt uit de gekozen termijn van tien jaar. Hierbij is een concessie gedaan aan het karakter van anti-misbruikbepaling. In zuiver binnenlandse situaties volgt immers een sanctie, ongeacht of de oneigenlijke afwikkeling binnen een termijn van tien jaar plaatsvindt, terwijl in grensoverschrijdende situaties een arbitraire grens van tien jaar wordt gehanteerd. De termijn van tien jaar wordt vanuit het oogpunt van de proportionaliteit gehanteerd:

“Een ander aspect van proportionaliteit is dat de conserverende aanslag een beperkte gelding heeft van 10 jaar, althans recht bestaat op kwijtschelding na ommekomst van 10 jaar uitstel als voordien het pensioenkapitaal niet op ongewenste wijze is afgewikkeld.”³³

Met de conserverende aanslag wordt bovendien rekening gehouden met waardedalingen na het moment van emigratie. Voor pensioenen en lijfrenten is dit uitgewerkt in art. 26, lid 3 IW 1990.

3.2.4 *Exitheffingen over aanspraken in eigen beheer*

In de belastingwetgeving is per 1 januari 1995 in art. 23a Wet VPB een afrekenverplichting bij emigratie opgenomen, in de vorm van een strafheffing bij de pensioenuitvoerder. Hierbij gaat het alleen om pensioenaanspraken bij een pensioenuitvoerder die is omschreven in art. 19a, lid 1, onder d Wet LB 1964, oftewel de pensioenaanspraken in eigen beheer. Het artikel voorziet in een strafheffing over de pensioenaanspraken, indien deze aanspraken in enig jaar op oneigenlijke wijze worden afgewikkeld. De premies die eerder in aftrek zijn genomen, worden teruggenomen door de aanspraak te belasten in de vennootschapsbelasting tegen het maximale tarief in de inkomstenbelasting, zijnde 52%. De heffing blijft achterwege indien de pensioengerechtigde als binnenlands belastingplichtige is onderworpen aan de inkomstenbelasting. In dat geval wordt namelijk op basis van art. 19b, lid 1 Wet LB 1964 op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan de oneigenlijke afwikkeling, de aanspraak aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking van de al dan niet gewezen werknemer.

³² Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 49 (MvT).

³³ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. A, p. 49 (Advies Raad van State en nader rapport).

De strafheffing wordt toegepast, indien sprake is van een handeling die is genoemd in art. 19b, lid 1 Wet LB 1964. Het gaat om de gevallen waarin:

- een pensioenaanspraak niet langer als zodanig is aan te merken; of
- een pensioenaanspraak wordt afgekocht of vervreemd dan wel formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid wordt; of
- een pensioenaanspraak in eigen beheer of een voor 31 december 1994 reeds bestaande pensioenaanspraak wordt prijsgegeven, behoudens voor zover deze niet voor verwezenlijking vatbaar is; of
- de zekerheidstelling wordt beëindigd door de werknemer of de gewezen werknemer die zich op basis van art. 19a, lid 1, onder f Wet LB 1964 heeft verplicht deze zekerheid te stellen.

De sanctie blijft buiten toepassing indien de pensioengerechtigde binnenlands belastingplichtige voor de inkomstenbelasting is op basis van art. 2.1, lid 1, onder a Wet IB 2001 jo. art. 4, lid 1 AWR. Daarnaast kan de Minister op basis van art. 23a Wet VPB 1969 onder door hem te stellen voorwaarden bepalen dat de sanctie in bijzondere gevallen geheel of gedeeltelijk niet wordt toegepast. Deze ontheffing was in het verleden nader uitgewerkt in art. 4 Uitv.besch. VPB 1971 nader. Echter, dit artikel is komen te vervallen. In de parlementaire geschiedenis werden de afkoop van kleine pensioenen op grond van de PSW en de afkoop na emigratie waarbij tevens Nederlandse loonbelasting was verschuldigd als gevallen genoemd waarvoor de strafheffing achterwege kon blijven.³⁴ Ook werd aangegeven dat bij niet-voorziene onbillijkheden van overwegende aard de hardheidsclausule zoals omschreven in art. 63 AWR uitkomst kan bieden.³⁵ In het kader van de toepassing van art. 23a Wet VPB 1969 en het pensioen in eigen beheer kan voor de oneigenlijke afwikkeling worden gedacht aan de zetelverplaatsing van de pensioen-BV of de overdracht van het pensioenkapitaal naar het buitenland. Hiermee vormt art. 23a Wet VPB 1969 een maatregel tegen belastingvlucht.³⁶ Als grondslag wordt de waarde in het economisch verkeer van de aanspraak gehanteerd. Dit komt neer op een heffing over de eerder in aftrek gekomen gestorte premies en de renteaangroei. Er wordt geen revisierente gehanteerd. Met dit systeem wordt de 'onterecht' genoten premieaftrek en vrijstelling van heffing over de oprenting teruggenomen.³⁷ In plaats van inkomstenbelasting wordt er dan vennootschapsbelasting geheven.³⁸ In art. 23a, lid 2 Wet VPB 1969 is bepaald dat het voorgaande van overeenkomstige toepassing is op de stamrechten in eigen beheer.

³⁴ *Kamerstukken I 1994/95*, 23 046, nr. 79B.

³⁵ *Kamerstukken I 1994/95*, 23 046, nr. 79D.

³⁶ *Kamerstukken II 1994/95*, 23 046, nr. 11.

³⁷ *Kamerstukken I 1994/95*, 23 046, nr. 79D.

³⁸ C. Bruijsten, Online commentaar art. 23a Wet VPB 1969, *NDFR*, <www.ndfr.nl>.

3.3 Grensoverschrijdende opbouw

In de vorige paragraaf zijn de extheffingen over pensioenen en lijfrenten besproken die kunnen worden opgelegd bij emigratie uit Nederland. Tijdelijke uitzending naar het buitenland hoeft echter niet te betekenen dat de werknemer definitief emigreert. De werknemer zal na zijn uitzending in de regel terugkeren naar zijn oorspronkelijke woonland. In zulke gevallen kan het wenselijk zijn pensioenopbouw en de opbouw van lijfrenteaanspraken in het land van herkomst voort te zetten, in plaats van gebruik te maken van de mogelijkheid tot internationale waardeoverdracht. Grensoverschrijdende opbouw kan echter ook fiscale consequenties hebben. In deze paragraaf komen de consequenties van de voortzetting van opbouw in Nederland aan bod. Ook besteed ik aandacht aan de omgekeerde situatie, waarbij door een belastingplichtige vanuit Nederland pensioenaanspraken worden opgebouwd bij een buitenlandse pensioenverzekeraar.

3.3.1 Grensoverschrijdende opbouw van pensioenen

Indien de belastingplichtige geen werkzaamheden in Nederland meer verricht en niet meer in Nederland woonachtig is, is de premieaftrek afhankelijk van de wetgeving van het land waarnaar de belastingplichtige is uitgezonden. De belastingheffing over zijn looninkomsten zal in de regel plaatsvinden daar waar de arbeid wordt verricht. Er zal moeten worden gekeken of het is toegestaan pensioenopbouw plaats te laten vinden bij een buitenlandse aanbieder. Van belang is of in Nederland de mogelijkheid bestaat de diensttijd bij een buitenlandse concernmaatschappij of werkgever in aanmerking te nemen voor de Nederlandse pensioenregeling. Op grond van art. 18g, lid 1 Wet LB 1964, jo. art. 10a, lid 1, onderdeel b Uitv. Besl. LB 1965 is het mogelijk de perioden dat de werknemer in dienstbetrekking heeft gestaan tot een buitenlandse concernmaatschappij, voor de Nederlandse pensioenregeling in aanmerking te nemen. Uit deze passage volgt volgens de Staatssecretaris dat de Nederlandse werkgever de pensioenaanspraken over de tijd dat de werknemer is uitgezonden, pas mag toekennen na afloop van de uitzendperiode.³⁹ Dit stemt overeen met diverse passages uit de parlementaire behandeling van de Wet fiscale behandeling van pensioenen.⁴⁰ Geheel zonder risico is deze oplossing echter niet. De werknemer zal in de regel geen genoegen nemen met een toezegging dat zijn pensioen wordt toegekend bij terugkeer. Bovendien vervallen tijdens de uitzending de verzekeringen voor arbeidsongeschiktheid of overlijden. Hier zal door de buitenlandse werkgever of de werknemer een oplossing voor moeten worden gezocht.

³⁹ Standpunt kenniscgroep pensioenen, V&A – *Handreikingen pensioenen LB, V&A 08-003, d.d. 12 februari 2008*, <www.belastingdienstpensioensite.nl>, onder 1.

⁴⁰ Zie hiervoor o.a. *Kamerstukken I 1998/99, 26 020, nr. 104d, p. 4* (Nadere MvA).

Het eerder aangehaalde standpunt van de kennisgroep pensioenen biedt een mogelijke oplossing voor deze ongewenste situatie. Onder voorwaarden is het toegestaan om de Nederlandse pensioenregeling voort te zetten tijdens de uitzending. De buitenlandse werkgever of concernmaatschappij dient de toezegging uit de Nederlandse pensioenregeling geheel of gedeeltelijk over te nemen of voort te zetten.⁴¹ Op deze manier kunnen de pensioenaanspraken in de Nederlandse pensioenregeling opgebouwd worden. Het moet dan wel gaan om een reële en materiële voortzetting door de buitenlandse werkgever, en mag niet een louter papieren kwestie zijn. De integrale kosten van de opbouw, inclusief een eventuele back service-verplichting, dienen voor rekening te komen van de buitenlandse werkgever of concernmaatschappij. Hierbij mag eventueel doorbelasting van de kosten door de Nederlandse werkgever aan de buitenlandse concernmaatschappij plaatsvinden.⁴² De werknemersbijdrage die dan wordt ingehouden op het loon, mag alleen fiscaal ten laste komen van het buitenlandse loon. Bij een salarysplit kan dus niet het volledige premiebedrag in aftrek komen op het Nederlandse loon, maar slechts het deel dat is toe te rekenen aan de Nederlandse werkzaamheden.⁴³

De omgekeerde situatie is eveneens denkbaar: het kan wenselijk zijn om vanuit Nederland pensioen op te bouwen bij een buitenlandse pensioenverzekeraar. In het verleden heeft de Nederlandse wetgever zich verzet tegen de mogelijkheid om bij een buitenlandse verzekeraar fiscaal gefacilieerd pensioen op te bouwen, omdat de angst bestond dat de belastingclaim over de pensioenaanspraken verloren zou gaan. Onder druk van de Europese regelgeving inzake de verkeersvrijheden heeft Nederland inmiddels de wetgeving versoepeld. In art. 19a Wet LB 1964 zijn de toegelaten pensioenaanbieders opgenomen, waarbij de pensioenregelingen in aanmerking komen voor fiscale faciëring. Krachtens art. 19a, lid 1, onder c Wet LB 1964 is het toegestaan een pensioen te verzekeren bij een niet in Nederland gevestigde pensioenverzekeraar, mits het pensioen de voortzetting is van een pensioen dat reeds was verzekerd bij de betreffende verzekeraar in een periode waarin de belanghebbende niet in Nederland woonde of niet in Nederland een dienstbetrekking vervulde. Hierdoor kunnen werknemers die vanuit het buitenland naar Nederland komen, hun pensioenverzekering bij een buitenlandse verzekeraar voortzetten. Ook kunnen inwoners van Nederland, die voorheen in het buitenland een dienstbetrekking vervulden en in het kader daarvan een pensioen opbouwden bij een buitenlandse pensioenverzekeraar, hun pensioenopbouw bij die verzekeraar voortzetten indien zij een dienstverband in Nederland aan gaan.

⁴¹ Gedeeltelijk overname is mogelijk indien de werknemer voor een gedeelte in Nederland blijft werken, waardoor een salarysplit toegepast dient te worden.

⁴² Zie hierover o.a. *Kamerstukken I 1998/99*, 26 020, nr. 104d, blz. 4 (Nadere MvA).

⁴³ Standpunt kennisgroep pensioenen, *V&A – Handreikingen pensioenen LB, V&A 08-003, d.d. 12 februari 2008*, <www.belastingdienstpensioensite.nl>, onder 2.

In art. 19a, lid 1, onder e Wet LB 1964 is een tweede mogelijkheid om het pensioen onder te brengen bij een buitenlandse verzekeraar opgenomen. Het gaat in dit kader slechts om pensioenen in eigen beheer, op basis van art. 19a, lid 1, onder e, sub 4 jo. art. 19a, lid 2 Wet LB 1964. De pensioenverzekeraar moet zijn gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie of in een bij ministeriële regeling aangewezen andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte (EER). De verzekeraar moet de pensioenverplichting in dat geval rekenen tot het binnenlandse ondernemingsvermogen van de lidstaat van vestiging. Verder moet het lichaam aannemelijk maken dat het is onderworpen aan een winstbelasting die resulteert in een naar Nederlandse maatstaven reële heffing. De pensioenverzekeraar moet door de Inspecteur zijn aangewezen, waarbij de voorwaarden worden gehanteerd die door de Minister zijn vastgesteld, en het lichaam moet inlichtingen verschaffen met betrekking tot de uitvoering van de regeling en de winstbepaling van het lichaam. Deze voorwaarden zijn verder uitgewerkt in art. 10ca Uitv.besl. LB 1965. Tot slot moet het lichaam met de Ontvanger een overeenkomst zijn aangegaan ten aanzien van de aansprakelijkheid voor de verschuldigde belasting als gevolg van bepaalde vormen van oneigenlijke afwikkeling.

Onder voorwaarden zijn op basis van art. 19a, lid 1, onder f Wet LB 1964 ook andere pensioenfondsen of lichamen die bevoegd zijn het verzekeringsbedrijf uit te oefenen, als pensioenverzekeraar in Nederland erkend. Deze lichamen moeten worden aangewezen en moeten voldoen aan een zekerheidstelling ten aanzien van de belastingschuld die ontstaat bij oneigenlijke afwikkeling en dienen inlichtingen te verschaffen met betrekking tot de uitvoering van de pensioenregeling. Nadere regels hieromtrent zijn opgenomen in art. 10d Uitv.besl. LB 1965.

3.3.2 Grensoverschrijdende opbouw van lijfrenten

Indien de belastingplichtige Nederland verlaat, wordt hij geconfronteerd met een exitheffing over zijn lijfrenteaanspraken. Het kan wenselijk zijn de opbouw van een lijfrente bij de Nederlandse verzekeraar in stand te houden. Indien de werknemer Nederland metterwoon verlaat en niet langer belastingplichtig in Nederland is, zal hij de lijfrentepremies niet langer in aftrek kunnen brengen op het Nederlands inkomen. Of in het andere land lijfrentepremieaftrek is toegestaan, is uiteraard afhankelijk van de lokale wetgeving in het nieuwe woonland. De kans dat lijfrentepremieaftrek voor de Nederlandse lijfrenteverzekeringspolis is toegestaan is klein, aangezien veel landen vergelijkbare eisen stellen aan de vestigingsplaats van de verzekeraar en de vorm van de lijfrenteovereenkomst.⁴⁴ In

⁴⁴ G.J.B. Dietvorst & A.E.M. van Osch, *FED Fiscale Brochures: Lijfrenten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 117.

Europees verband zal dit door de waarborging van de verkeersvrijheden waarschijnlijk minder problemen opleveren.

Voor de buitenlands belastingplichtige is de situatie anders. Indien deze gebruik maakt van de keuzeregeling van art. 2.5 Wet IB 2001, gelden de regels van de binnenlands belastingplichtige voor wat betreft de lijfrentepremieaftrek. Buitenlands belastingplichtigen die geen gebruik maken van het keuzerecht om als binnenlands belastingplichtige behandeld te worden, kunnen betaalde lijfrentepremies eveneens in aftrek brengen op grond van art. 7.2, lid 2, onderdeel h Wet IB 2001. Het is de vraag of de belastingplichtige hier in de praktijk profijt van heeft, aangezien zijn inkomen in Nederland beperkt kan zijn, waardoor het lastig is de lijfrentepremieaftrek te effectueren.

Overigens kunnen in het geval van remigratie naar Nederland de in het verleden in het buitenland betaalde, maar niet afgetrokken premies niet alsnog in aftrek worden gebracht door middel van toepassing van de reserveringsruimte. Art. 3.127, lid 2 Wet IB 2001 verwijst namelijk expliciet naar de premies die op grond van de jaarruimte zoals geregeld in art. 3.127, lid 1 Wet IB 2001 in aftrek hadden kunnen komen.

Voor de omgekeerde situatie, waarbij de belastingplichtige een lijfrente wil opbouwen bij een buitenlandse aanbieder, gelden vergelijkbare voorwaarden als voor de opbouw van pensioen bij een buitenlandse aanbieder. Voor lijfrenten zijn de voorwaarden opgenomen in art. 3.126, lid 1, sub c en sub d Wet IB 2001, jo. art. 14 Uitv. besl. IB 2001.

3.4 Grensoverschrijdende waardeoverdracht

In nationale situaties wordt bij wisseling van werkgever veelal gebruik gemaakt van de mogelijkheid van waardeoverdracht, waarbij het in het verleden opgebouwde pensioenkapitaal wordt overgebracht naar een nieuwe pensioenverzekeraar. In nationaal verband zal dit in de regel geen problemen opleveren. Ook in internationaal verband kan het aantrekkelijk zijn om het opgebouwde pensioenkapitaal over te brengen naar een andere (buitenlandse) pensioenverzekeraar. Het is afhankelijk van de nieuwe pensioenregeling en de pensioenwetgeving in het nieuwe vestigingsland of het aantrekkelijk is om van waardeoverdracht gebruik te maken. Het is de vraag of het ook in internationaal verband mogelijk is gebruik te maken van het systeem van waardeoverdracht. Hiervoor dient te worden gekeken naar de bepalingen in de PW en naar de fiscale gevolgen van internationale waardeoverdracht. Het voert buiten het bereik van deze thesis om uitgebreid in te gaan op de vereisten en beperkingen aan internationale waardeoverdracht in de PW. Toch is een korte behandeling hier op zijn plaats, omdat de beperkingen niet gering zijn en van substantiële

invloed kunnen zijn op de afweging om al dan niet gebruik te maken van de mogelijkheid van waardeoverdracht en de fiscale behandeling van het pensioen bij emigratie uit Nederland.

3.4.1 *De civielrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende waardeoverdracht*

De Pensioenwet bevat in art. 85 tot en met 90 bepalingen waardoor grensoverschrijdende waardeoverdracht in bepaalde situaties mogelijk is, mits wordt voldaan aan de voorwaarden die worden gesteld. Art. 85 PW vormt de basis van de mogelijkheid tot internationale waardeoverdracht. Het bevat de verplichting voor de pensioenuitvoerder om mee te werken aan waardeoverdracht aan een pensioeninstelling uit een andere lidstaat van de Europese Unie of EER of een andere verzekeraar met een zetel buiten Nederland die op grond van de Wet op het financieel toezicht bevoegd is in Nederland het bedrijf van levensverzekeraar of schadeverzekeraar uit te oefenen. Om in aanmerking te komen voor waardeoverdracht, dient de pensioendeelnemer een verzoek te doen bij de oude pensioenuitvoerder. Voor de verdere procedure en de geldende termijnen wordt aangesloten bij de regeling zoals die geldt bij nationale waardeoverdracht, welke is opgenomen in art. 71 PW. Hierbij wordt veel verwacht van de buitenlandse pensioenuitvoerder. Het is dan ook zeer de vraag of en in hoeverre de buitenlandse pensioenuitvoerder zich houdt aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Nederlandse wet- en regelgeving die op de waardeoverdracht van toepassing is. Het afdwingen van tijdig ondernemen van acties door de buitenlandse uitvoerder zal een lastige aangelegenheid zijn.⁴⁵ Ook zijn de eisen van art. 72 PW met betrekking tot de dekkinggraad en de financiële positie van de overdragende uitvoerder onverkort van toepassing. Deze eisen worden in tegenstelling tot de situatie van nationale waardeoverdracht niet gesteld aan de ontvangende uitvoerder. Van groter belang is echter de voorwaarde van art. 85, lid 1, onderdeel b PW. Hierin wordt gesteld dat de mogelijkheid tot afkoop van de waarde van de overgedragen pensioenaanspraken na de waardeoverdracht niet ruimer mag zijn dan op basis van de PW. De PW bevat een restrictief beleid ten aanzien afkoop. Art. 65 PW bevat een algeheel afkoopverbod, met uitzondering van een aantal kleine pensioenaanspraken. In het land waarnaar toe de waardeoverdracht plaats zal vinden, zal dus een vergelijkbaar restrictief beleid moeten worden gehanteerd. Slechts weinig landen hanteren een vergelijkbaar restrictief beleid. Naar de letter van de PW is internationale waardeoverdracht dan ook nauwelijks mogelijk.⁴⁶

⁴⁵ M.E.C. Boumans, 'Internationale waardeoverdracht: samenwerking?', *Pensioen & Praktijk* 2008/6, p. 9.

⁴⁶ A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Fiscale geschriften serie: Pensioenen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2010, p. 227.

3.4.2 De fiscaalrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende waardeoverdracht

In art. 19b, lid 2 Wet LB 1964 is bepaald dat waardeoverdracht in beginsel een vorm van afkoop is, waarbij de aanspraak wordt aangemerkt als loon uit vroegere dienstbetrekking van de werknemer of gewezen werknemer. In beginsel blijft slechts in het geval dat de pensioenaanspraak wordt overgedragen aan een fiscaal erkende pensioenuitvoerder, heffing achterwege. In het geval van waardeoverdracht aan een pensioenuitvoerder buiten Nederland komt alleen de pensioenuitvoerder die valt onder art 19a, lid 1, onderdeel e of f in aanmerking voor fiscale erkenning. Onder deze regeling vallen eigen-beheerlichamen die in een andere lidstaat van de Europese Unie is gevestigd en die de pensioenverplichting tot het binnenlands ondernemingsvermogen reket,⁴⁷ of de anders dan de in art. 19a, lid 1, onderdeel a tot en met c Wet LB 1964 genoemde pensioenfondsen of lichamen die bevoegd zijn het verzekeringsbedrijf uit te oefenen en die zijn aangewezen door de Minister.⁴⁸ Heffing kan ook op grond van art. 19b, lid 6 Wet LB 1964 achterwege blijven. Onder door de Minister gestelde voorwaarden, vastgesteld in een besluit⁴⁹, vindt de internationale waardeoverdracht naar een fiscaal niet erkende pensioenuitvoerder fiscaal geruisloos plaats.⁵⁰ Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de voorwaarden die gelden voor waardeoverdracht van pensioenkapitaal aan buitenlandse, fiscaal niet erkende pensioenuitvoerders in het algemeen, en waardeoverdrachten waarvoor afwijkende, specifieke regels gelden. Hierbij gaat het om waardeoverdracht aan de EU of ECB en om waardeoverdracht aan de pensioenuitvoerders van internationale organisaties.⁵¹ Voor fiscaal geruisloze waardeoverdracht aan een buitenlandse, fiscaal niet erkende pensioenuitvoerder in het algemeen, zijn de belangrijkste fiscale voorwaarden als volgt:

- De bevoegde belastinginspecteur van de pensioenverzekeraar gaat akkoord met de hoogte van het over te dragen kapitaal.
- De werknemer maakt aannemelijk dat hij in het buitenland een substantiële dienstbetrekking heeft aanvaard. Er is in ieder geval sprake van een substantieel dienstverband als deze is

⁴⁷ Het kan ook gaan om een bij ministeriële regeling aangewezen andere staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Per 1 januari 2010 zijn de buitenlandse, binnen de EU of een aangewezen EER lidstaat gevestigde eigen-beheerlichamen die de pensioenaanspraak rekenen tot het binnenlands ondernemingsvermogen, toegelaten als erkende pensioenverzekeraar. Zie hierover verder: Overige fiscale maatregelen 2010, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 55.

⁴⁸ De voorwaarden voor de buitenlandse pensioenuitvoerder om voor deze aanwijzing in aanmerking te komen zijn strikt. Er moeten inlichtingen worden verstrekt over de uitvoering van de buitenlandse pensioenregeling en er moet zekerheid worden gesteld met betrekking tot de invordering van de belasting die verschuldigd is door de toepassing van art. 3.83, lid 1 of lid 2 Wet IB 2001, art. 7.2, lid 8 Wet IB 2001, dan wel art. 19b Wet LB 1964.

⁴⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 31 januari 2008, nr. CPP2008/98M, *NTRF* 2008/320.

⁵⁰ Met fiscaal geruisloze waardeoverdracht wordt bedoeld een waardeoverdracht waarbij geen inhouding van loonheffing plaatsvindt.

⁵¹ Het voert buiten het toepassingsbereik van deze thesis om uitgebreid in te gaan op de voorwaarden die worden gesteld aan deze vormen van waardeoverdracht. De voorwaarden voor fiscaal geruisloze waardeoverdracht zijn voor deze gevallen opgenomen in Bijlage IV bij Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 31 januari 2008, nr. CPP2008/98M, *NTRF* 2008/320.

aangegaan voor een termijn van tenminste vijf jaar. Goedkeuring wordt dus niet verleend als het dienstverband op of kort voor de pensioendatum wordt aanvaard.⁵²

- De werknemer maakt aannemelijk dat de nieuwe pensioenregeling een gebruikelijke regeling is in het desbetreffende land. Hierbij legt de werknemer een exemplaar van de nieuwe pensioenregeling over.
- De pensioenverzekeraar draagt het opgebouwde pensioenkapitaal in zijn geheel en rechtstreeks over aan de buitenlandse pensioenuitvoerder ter verwerving van pensioenaanspraken bij de nieuwe uitvoerder.
- In verband met de waardeoverdracht wordt door de werknemer geen enkele aftrek op enig in Nederland belastingbaar inkomen van hem of zijn partner geclaimd.
- Als er sprake is van (voorgenomen) emigratie geldt als voorwaarde dat:
 - a. de werknemer aannemelijk maakt dat het land van immigratie de te zijner tijd uit het overgedragen kapitaal te verrichten uitkeringen zal betrekken in een heffing naar het inkomen in welke vorm dan ook; en
 - b. de werknemer gegevens verstrekt waaruit de nieuwe woonplaats blijkt.
- Ten aanzien van de aansprakelijkheid op grond van art. 44b IW 1990 geldt dat de overnemende pensioenuitvoerder een overeenkomst sluit met de Nederlandse Belastingdienst, waarin de uitvoerder aansprakelijkheid aanvaardt voor de door de gerechtigde werknemer verschuldigde belasting en revisierente ter zake van de belastbare feiten zoals genoemd in art. 44b, lid 1 IW 1990.⁵³ Deze voorwaarde vervalt indien zich één van de volgende situaties voordoet:
 - a. de overdragende pensioenverzekeraar verklaart schriftelijk tegenover de ontvanger de aansprakelijkheid ingevolge art. 44b IW 1990 na de waardeoverdracht te aanvaarden;
 - b. de werknemer heeft voldoende zekerheid gesteld.

Indien niet wordt voldaan aan deze voorwaarden zal de waardeoverdracht plaatsvinden onder inhouding van loonheffing.⁵⁴ Voornamelijk de laatste voorwaarde levert in de praktijk problemen op. De buitenlandse pensioenuitvoerder dient een overeenkomst te sluiten met de Nederlandse Belastingdienst, waarin de pensioenuitvoerder de aansprakelijkheid voor de in Nederland verschuldigde belasting en revisierente aanvaardt. Het zal lastig zijn de buitenlandse

⁵² Overigens is niet duidelijk wat wordt verstaan onder een substantiële dienstbetrekking. De Staatssecretaris geeft aan dat een termijn van tenminste vijf jaar in ieder geval voldoende is. Onduidelijk is of een kortere termijn in bepaalde gevallen ook mogelijk is.

⁵³ Hierbij gaat het onder ander om het verbod op afkoop van het pensioenkapitaal.

⁵⁴ Overigens blijkt in de praktijk dat dit slechts een theoretische mogelijkheid is. Pensioenuitvoerders werken zonder fiscale goedkeuring meestal niet mee aan een internationale waardeoverdracht, omdat de aansprakelijkheidsrisico's voor hen dan te groot zijn. Indien niet wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden is grensoverschrijdende waardeoverdracht van pensioenkapitaal in de praktijk dan ook niet mogelijk. Zie hierover o.a.: R. Mijnen, 'Waardeoverdracht over de grens kan makkelijker', *Loonzaken* 2010-4, p. 16.

pensioenuitvoerder te bewegen een dergelijke overeenkomst aan te gaan. Het besluit biedt twee mogelijkheden om onder deze voorwaarde uit te komen. Allereerst kan de overdragende pensioenverzekeraar een vergelijkbare overeenkomst met de Belastingdienst aangaan. Ook dit zal de nodige problemen opleveren. Het volledige pensioenkapitaal wordt immers overgedragen aan een buitenlandse pensioenuitvoerder, waardoor de overdragende pensioenuitvoerder in beginsel geen belang meer heeft een dergelijke overeenkomst aan te gaan. Een tweede mogelijkheid is dat de werknemer zelf voldoende zekerheid stelt voor de potentiële fiscale claim en revisierente. Dit kan bijvoorbeeld in de vorm van een bankgarantie. Aangezien het om substantiële bedragen gaat, kan dit in de praktijk problemen opleveren.⁵⁵ Bij internationale uitzendingen binnen concernverband zou dit kunnen worden opgelost door vrijwillige overname van de aansprakelijkheid door de werkgever.

De vraag kan opkomen of de overname van de aansprakelijkheid voor de potentiële fiscale claim en de revisierente van de werknemer door de werkgever loon uit dienstbetrekking in de zin van art. 10 Wet LB 1964 vormt. De overname van een verplichting van de werknemer door een werkgever kan loon vormen in de zin van de Wet LB 1964. In casus zou immers door de werknemer voor een bankgarantie een vergoeding moeten worden betaald. Indien de aansprakelijkheid niet wordt overgenomen door de werknemer, maar door zijn werkgever, worden de kosten van de bankgarantie door de werknemer bespaard. Dit voordeel houdt direct verband met zijn dienstbetrekking en vormt daarmee mijn inziens loon uit dienstbetrekking in de zin van art. 10 Wet LB 1964.⁵⁶

Indien de werkgever wordt aangesproken door de Belastingdienst op zijn aansprakelijkheid, bijvoorbeeld omdat sprake is van afkoop, is de werkgever verplicht de belasting en revisierente die daarmee gepaard gaan af te dragen. De werkgever heeft op dat moment de keuze om de kosten al dan niet te verhalen op de werknemer. Als de werkgever besluit de kosten te verhalen, wordt geen voordeel genoten door de werknemer, waardoor geen sprake is van loon uit dienstbetrekking. Indien de werkgever de vordering niet verhaalt, is mogelijk wel sprake van een voordeel uit dienstbetrekking. In de rechtspraak is erkend, dat het kwijtschelden van een vordering op een werknemer geen loon vormt, indien de kwijtschelding plaatsvindt om zakelijke redenen. Hierbij is de vraag of de vordering onder dezelfde omstandigheden ook zou zijn kwijtgescholden als er geen

⁵⁵ Bij afkoop wordt immers het volledige pensioenkapitaal direct in de heffing getrokken, waarbij de pensioenaanspraak progressief belast is, en daarboven een revisierente van 20% verschuldigd is.

⁵⁶ Vergelijk de omgekeerde situatie van borgstelling van werknemer ten behoeve van zijn werkgever, waarbij voor zover de vordering van de werknemer niet voor verwezenlijking vatbaar is, sprake is van negatief loon, indien kan worden aangenomen dat de werknemer de borgstellingsovereenkomst enkel ter wille van het behoud van zijn dienstbetrekking is aangegaan. Zie Hoge Raad 24 april 2009, nr. 44 080. Overigens is in de kritiek in de literatuur op dit arrest naar voren gekomen dat het subjectieve werknemersmotief van 'behoud van de dienstbetrekking' voor de objectieve buitenwereld niet waarneembaar is en daarmee geen graadmeter kan zijn voor de fiscale causaliteit tussen het werknemersvoordeel of werknemersnadeel en de dienstbetrekking. Zie hierover o.a. Th.J.M. van Schendel, 'Voldoening borgsom negatief loon?', *WFR* 2008/1119, waarbij de auteur het standpunt inneemt dat, indien er sprake is van een onzakelijke borgstelling die uit de dienstbetrekking voortvloeit, een geleden verlies kwalificeert als negatief loon.

werknemer-werkgever relatie is, maar de partijen als onafhankelijke debiteur en crediteur tegenover elkaar staan. Indien kwijtschelding ook in die situatie plaats zou vinden, bevindt de werkgever zich in de positie van zakelijk handelende crediteur en vormt de afboeking van de vordering geen belastbaar loon.⁵⁷ In de rechtspraak is een aantal aanknopingspunten te vinden voor het antwoord op de vraag wanneer sprake is van zakelijk handelen. Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat sprake was van een bijzondere omstandigheid en geen belastbaar loon in de situatie dat een werkgever geen verhaal pleegde op oud-werknemers, waarbij een rol speelde dat de werkgever beschikte over een juridisch advies, waaruit bleek dat verhaal weinig kans van slagen had.⁵⁸ Ook mag een afweging worden gemaakt tussen de kosten van een succesvolle incasso en de hoogte van het te verhalen bedrag. Het Hof 's-Gravenhage oordeelde dat het bij geringe bedragen is toegestaan het te verhalen bedrag kwijt te schelden.⁵⁹ Omdat het bij te verhalen loonheffingen om grote bedragen kan gaan, zal het voorkomen dat de werknemer de vordering niet in een keer kan betalen. De werkgever mag de werknemer in dat geval onder zakelijke voorwaarden een lening verstrekken.⁶⁰ Het verhaalsrecht wordt in dat geval omgezet in een overeenkomst van geldlening, waardoor een vordering op de werknemer blijft bestaan. Indien de kwijtschelding niet zakelijk is, maar voortvloeit uit de relatie werkgever-werknemer, wordt het kwijtscheldend bedrag aangemerkt als voordeel uit dienstbetrekking. Heffing kan op dat moment op twee manieren plaatsvinden, namelijk door middel van brutering van het voordeel of door het voordeel te belasten door middel van de eindheffingsregeling. Voor de uiteindelijke belastingdruk maakt dit overigens geen verschil.⁶¹

In vrijwel alle gevallen zal om verhaalsmogelijkheden te behouden, bij grensoverschrijdende waardeoverdracht een conserverende aanslag worden opgelegd op het moment waarop het

⁵⁷ Hoge Raad 19 oktober 1988, *BNB* 1988/336 en Hoge Raad 7 maart 1990, *BNB* 1990/109.

⁵⁸ Hof Amsterdam 25 maart 1997, *V-N* 1997/4565.

⁵⁹ Hof 's-Gravenhage 25 maart 2002, *V-N* 2002/23.1.5.

⁶⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 13 juli 2004, nr. CPP2004/1030M, *BNB* 2004/333, dat is ingetrokken bij Besluit Staatssecretaris van Financiën van 21 december 2005, nr. CPP2005/2548M, *BNB* 2006/122, omdat dit volgt uit rechtstreekse wettoepassing.

⁶¹ Stel dat een pensioenaanspraak van 400.000 euro wordt afgekocht. De belasting die hierover is verschuldigd, bedraagt 208.000 euro (uitgaande van het maximale loonbelastingtarief van 52%) en de revisierente bedraagt dan 80.000 euro. De totale fiscale claim waarvoor de werkgever aansprakelijk wordt gesteld, bedraagt in dat geval 288.000 euro. Indien deze vordering niet wordt verhaald op de werknemer, en er niet sprake is van een zakelijke kwijtschelding, vormt deze 288.000 euro loon uit dienstbetrekking. Wanneer gebruik wordt gemaakt van brutering, is dit een netto bedrag. Na brutering is de belasting die hierover betaald moet worden $(48/52) * 288.000 = 312.000$ euro. De werkgever keert dan in feite 600.000 euro bruto loon uit, waarover 312.000 euro belasting wordt ingehouden, en trekt vervolgens met een netto-inhouding 288.000 euro van het loon af. De werknemer zal dit terugzien op zijn loonstrook en zal hier rekening mee moeten houden bij zijn aangifte Inkomstenbelasting. Indien gebruik wordt gemaakt van de eindheffing, wordt door de werkgever een naheffingsaanslag aangevraagd, waarover op grond van art. 31, lid 1, onder a Wet Lb 1964 loonbelasting in beginsel als eindheffing van de inhoudingsplichtige wordt geheven. In dat geval bedraagt de eindheffing $(52/48) * 288.000 = 312.000$ euro. De werknemer merkt dan verder niets van deze heffing. De uiteindelijke belastinglast die over het kwijtscheldend bedrag is verschuldigd, bedraagt zowel wanneer gebruik wordt gemaakt van brutering als wanneer gebruik wordt gemaakt van de eindheffingsregeling in dit geval 312.000 euro.

pensioenkapitaal wordt ondergebracht bij een buitenlands pensioenfonds.⁶² De conserverende aanslag wordt opgelegd op grond van art. 3.83, lid 2, jo. art. 2.8, lid 2 Wet IB 2001. Tot het loon wordt gerekend de waarde in het economisch verkeer van de opgebouwde pensioenaanspraak, indien de verplichtingen waarop de aanspraken berusten geheel of gedeeltelijk zijn ondergebracht bij een fiscaal niet erkende pensioenverzekeraar. Deze conserverende aanslag wordt jaarlijks opgelegd. Om cumulatie te voorkomen, wordt op grond van art. 3.83, lid 4 Wet IB 200 het belastbaar inkomen uit werk en woning van het voorgaande jaar verlaagd met de waarde van de aanspraken. Naast de heffing over de waarde van de aanspraken wordt op grond van art. 30i, lid 2, onderdeel a, jo. lid 2, AWR revisierente meegenomen. Voor de conserverende aanslag wordt op grond van art. 25, lid 5 IW 1990 voor tien jaar uitstel van betaling verleend. Na tien jaar worden, indien geen oneigenlijke afwikkeling heeft plaatsgevonden, de verschuldigde belasting en revisierente kwijtgescholden, op grond van art. 26, lid 2 IW 1990. Mocht de belastingplichtige gedurende de tien jaar alsnog emigreren, wordt niet opnieuw een conserverende aanslag opgelegd.⁶³ Ook indien goedkeuring is verleend dat het pensioenkapitaal zonder inhouding van loonheffing mag worden overgedragen aan een buitenlandse pensioenuitvoerder, wordt de conserverende aanslag opgelegd. De goedkeuring ziet namelijk uitsluitend op overdracht zonder inhouding van loonheffing. De conserverende aanslag behelst echter de heffing van inkomstenbelasting van de werknemer in het betreffende jaar en kan worden gezien als een belemmering van de toepassing van grensoverschrijdende waardeoverdracht. Aan de houdbaarheid van de conserverende aanslag in het licht van het internationale verdragenrecht wordt dan ook getwijfeld. In volgende hoofdstukken zal dit uitgebreider aan bod komen.

3.5 Grensoverschrijdende uitkeringen

Door toenemende arbeidsmobiliteit zal het steeds vaker voorkomen dat personen in een ander land dan het land van opbouw een pensioen of lijfrente uitkering ontvangen. Uit cijfers blijkt dat meer dan 200.000 personen in het buitenland, een pensioenuitkering uit Nederland ontvangen.⁶⁴ In deze paragraaf behandel ik de heffing over grensoverschrijdende uitkering van pensioenen en lijfrenten. Hierbij wordt slechts aandacht besteed aan de Nederlandse wetgeving. De vraag welk land is gerechtigd de uitkering in de heffing te betrekken komt in hoofdstuk vier aan de orde.

⁶² *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 3, p. 126 (Belastingherziening 2001).

⁶³ A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Fiscale geschriften serie: Pensioenen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2010, p. 231.

⁶⁴ A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Fiscale geschriften serie: Pensioenen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2010, p. 199.

3.5.1 Grensoverschrijdende pensioenuitkeringen

De pensioengerechtigde die in het buitenland woonachtig is, maar die een uitkering ontvangt van een in Nederland opgebouwde pensioenaanspraak, is belastingplichtig voor de Loonbelasting in Nederland op grond van art. 10, lid 4 Wet LB 1964. De binnenlandse pensioenuitvoerder geldt als inhoudingsplichtige op grond van art. 6 Wet LB 1964. Voor de Inkomstenbelasting is de pensioengerechtigde buitenlands belastingplichtige op grond van art. 7.2 jo. art. 7.1 Wet IB 2001. Hij ontvangt immers inkomsten uit vroegere dienstbetrekking afkomstig uit Nederland. Nederland kan slechts heffen over het deel van de pensioenaanspraak dat in Nederland is opgebouwd. Indien de belastingplichtige bijvoorbeeld door internationale waardeoverdracht in het buitenland opgebouwde pensioenaanspraken in de Nederlandse pensioenregeling heeft ingebracht, belast Nederland slechts de uitkering die betrekking heeft op het Nederlandse deel van de pensioenaanspraken. In voorkomende gevallen heeft de pensioengerechtigde bij emigratie uit Nederland ervoor gekozen de Nederlandse pensioenaanspraken over te brengen naar het buitenland.⁶⁵ Op grond van art. 7.2 jo. art. 7.1. Wet IB 2001 kan geen heffing plaatsvinden over pensioenaanspraken die zijn toe te rekenen aan het indertijd vanuit het buitenland ingebrachte pensioenkapitaal. Hiervoor is overigens wel van belang wat in het woonland van de pensioengerechtigde is opgenomen in de belastingwetgeving ter zake, en of er met Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is gesloten.⁶⁶

Indien de pensioengerechtigde woonachtig is in het buitenland, en na zijn vertrek uit Nederland door middel van grensoverschrijdende waardeoverdracht het pensioenkapitaal heeft ondergebracht in een buitenlandse pensioenaanspraak, is de situatie anders. Bij emigratie zal een conserverende aanslag worden opgelegd. Op het moment dat de pensioengerechtigde binnen de termijn van tien jaar overgaat tot het niet-regulier afwikkelen van zijn pensioen, bijvoorbeeld door afkoop, zal Nederland trachten de conserverende aanslag te innen. Na verloop van tien jaren wordt de conserverende aanslag kwijtgescholden, indien geen oneigenlijke afwikkeling heeft plaatsgevonden.

3.5.2 Grensoverschrijdende lijfrente-uitkeringen

Voor lijfrente-uitkeringen aan een in het buitenland wonende begunstigde geldt een vergelijkbare behandeling als bij pensioenen. De lijfrentetermijnen behoren tot het binnenlands inkomen en worden belast op grond van art. 7.2 jo. 7.1 Wet IB 2001. Aangezien het woonland in de regel ook zal willen heffen over de lijfrente-uitkeringen, omdat deze vallen onder het wereldinkomen, zal dubbele belastingheffing kunnen optreden. Om dubbele belastingheffing te voorkomen, is een eventueel

⁶⁵ Zie voorgaande paragraaf over grensoverschrijdende waardeoverdracht.

⁶⁶ Zie verder hoofdstuk 4 voor wat betreft de behandeling van pensioenuitkeringen onder bilaterale belastingverdragen.

verdrag ter voorkoming van dubbele belasting bepalend in de vraag welk land belasting mag heffen. In de regel is het heffingsrecht over lijfrentetermijnen toegewezen aan de woonstaat, maar een aantal verdragen bevat een afwijkende regeling.⁶⁷

3.6 Conclusie

De Nederlandse wetgever is terughoudend in het toestaan van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties, ter bescherming van de latente belastingclaim over pensioenen en lijfrenten die fiscaal gefacilieerd worden opgebouwd. In dit hoofdstuk is allereerst de exitheffing over pensioenen en lijfrenten bij emigratie uit Nederland aan de orde gekomen. De belastingplichtige die uit Nederland emigreert, wordt op basis van art. 3.83 Wet IB 2001 geconfronteerd met een heffing over zijn pensioenaanspraken. Deze emigratieheffing heeft tot doel het eerder genoten belastingvoordeel, dat is ontstaan door de mogelijkheid tot premieaftrek, terug te nemen. De heffing vindt plaats over de waarde van de aanspraken in het economisch verkeer, welke wordt verminderd met de waarde van de aanspraken die niet ten laste zijn gekomen van het belastbaar inkomen uit werk en woning. Voor de invordering wordt gebruik gemaakt van de conserverende aanslag, waarvoor tien jaar uitstel van betaling wordt verleend. Ten aanzien van lijfrenten is in art. 3.136 Wet IB 2001 een vergelijkbare bepaling opgenomen. De lijfrentepremies die in het verleden zijn afgetrokken van het belastbare inkomen, vermeerderd met het daarop behaalde rendement, worden bij emigratie als negatieve uitgaven voor een inkomensvoorziening in aanmerking genomen. Ook hierbij wordt gebruik gemaakt van de conserverende aanslag. Met de conserverende aanslag heeft de wetgever getracht proportionaliteit in de exitheffingen aan te brengen. De maatregelen hebben een sterk anti-misbruik karakter. Dit blijkt onder meer uit de sanctie op een oneigenlijke afwikkeling van de pensioen- of lijfrenteregeling binnen tien jaar na emigratie: de Ontvanger zal de conserverende aanslag dan direct trachten in te vorderen. Voor pensioenaanspraken in eigen beheer is in art. 23a Wet VPB 1969 bepaald dat de premies die eerder in aftrek zijn genomen, worden teruggenomen door de aanspraak te belasten in de Vennootschapsbelasting tegen het maximale tarief in de Inkomstenbelasting. Deze strafheffing wordt toegepast indien er sprake is van een oneigenlijke afwikkeling die genoemd is in art. 19b, lid 1 Wet LB 1964. Onder voorwaarden blijft de strafheffing buiten toepassing. Ook deze maatregel heeft als doel belastingvlucht tegen te gaan.

Vervolgens heb ik aandacht besteed aan de mogelijkheden tot grensoverschrijdende opbouw. In het geval de belanghebbende belastingplichtig wordt in het nieuwe land van vestiging, is de mogelijkheid tot premieaftrek voor voortgezette pensioenopbouw in Nederland afhankelijk van de

⁶⁷ Zie verder hoofdstuk 4 voor wat betreft de behandeling van lijfrente-uitkeringen onder bilaterale belastingverdragen.

fiscale wetgeving in dat land. Nederland biedt onder voorwaarden de mogelijkheid de buitenlandse diensttijd in te bouwen in de Nederlandse pensioenregeling. Voor de omgekeerde situatie, waarin de belastingplichtige naar Nederland emigreert, biedt Nederland onder voorwaarden de mogelijkheid tot voortzetting van gefacilieerde pensioenopbouw bij de buitenlandse pensioenverzekeraar. Ten aanzien van de mogelijkheden voor lijfrentepremieaftrek in grensoverschrijdende situaties zijn vergelijkbare voorwaarden in de Nederlandse wetgeving opgenomen in art. 3.126 Wet IB 2001.

In de vierde paragraaf ben ik ingegaan op de mogelijkheden voor internationale waardeoverdracht van pensioenkapitaal. Als wordt gekeken naar de civielrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende waardeoverdracht, kan op basis van de PW worden geconstateerd dat internationale waardeoverdracht zeker niet eenvoudig is. Fiscaalrechtelijk wordt de waardeoverdracht in beginsel aangemerkt als een vorm van afkoop, waarbij heffing slechts achterwege blijft indien wordt overgedragen een aan fiscaal erkende pensioenuitvoerder. Onder voorwaarden kan fiscaal geruisloze waardeoverdracht ook plaatsvinden aan een fiscaal niet erkende pensioenuitvoerder. Ook deze voorwaarden zijn stringent. Om verhaalsmogelijkheden te behouden, zal in vrijwel alle gevallen van grensoverschrijdende waardeoverdracht bovendien een conserverende aanslag worden opgelegd op grond van art. 3.83, lid 2 jo. art. 2.8, lid 2 Wet IB 2001.

Tot slot ben ik in dit hoofdstuk ingegaan op de gevolgen van grensoverschrijdende pensioen- en lijfrente-uitkeringen. De pensioengerechtigde die woonachtig is in het buitenland, maar een pensioenuitkering uit Nederland ontvangt, is daarover loonbelasting verschuldigd. In de Inkomstenbelasting wordt hij belast over zijn pensioeninkomsten als buitenlands belastingplichtige. Ten aanzien van lijfrente-uitkeringen in grensoverschrijdende situaties zijn vergelijkbare regels in de belastingwetgeving opgenomen. Het is de vraag in hoeverre Nederland heffing over pensioenen en lijfrenten kan effectueren, aangezien hier afspraken over zijn gemaakt in bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. In volgende hoofdstukken ga ik hier verder op in.

Geconcludeerd kan worden dat de Nederlandse wetgever terughoudend is met het faciliteren van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties. De reden hierachter lijkt het beschermen van de belastingclaim op pensioen- en lijfrenteaanspraken te zijn. Nederland wenst belasting te heffen over pensioenen en lijfrenten waarvoor in Nederland fiscale faciliteiten zijn genoten, zeker als sprake is van een oneigenlijke afwikkeling. In mijn ogen is dit een begrijpelijke en legitieme gedachte. Het is echter de vraag in hoeverre de wetgever hier in slaagt, nu deze bepalingen hun werkingskracht kunnen verliezen onder internationaal en Europees recht. Bovendien is bij de extheffingen een aantal kanttekeningen te plaatsen. Zo kan worden gewezen op de mogelijke uitvoeringstechnische problemen, aangezien de heffingsgrondslag bij emigratie in de meeste gevallen bestaat uit het genoten voordeel door de aftrekbare premies en de vrijgestelde aanspraken in het geval van

pensioenen en om de som van de afgetrokken premies bij lijfrenten. De heffingsgrondslag is hiermee afhankelijk gemaakt van de premiehistorie. Zeker in het geval van een waardeoverdracht of omzetting van een verzekering, is het de vraag in hoeverre de premiehistorie is behouden.⁶⁸ In art. 3.136, lid 7 Wet IB 2001 is bepaald dat de Minister de bevoegdheid heeft om nadere regels te stellen met betrekking tot de bepaling van de omvang van de premies die in het verleden in aftrek zijn gekomen. In de parlementaire geschiedenis is naar voren gekomen dat een forfaitaire bepaling wordt voorgesteld, met een tegenbewijsmogelijkheid voor de belastingplichtige.⁶⁹ De vraag is op basis waarvan deze forfaitaire bepaling plaats zal vinden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat hiervoor zal worden gekeken naar de hoogte van de aanspraak op het emigratiemoment, het aantal jaren waarin de opbouw heeft plaatsgevonden en een verondersteld rendement. De forfaitaire benadering zal met een ruimhartig uitgangspunt worden uitgevoerd in het voordeel van de belastingplichtige.⁷⁰ Hoe in dit verband de revisierente van 20% moet worden uitgelegd is naar mijn mening onduidelijk. In het geval uitkeringen reeds zijn ingegaan, wordt maximaal het bedrag van de waarde in het economisch verkeer van de aanspraak ten tijde van emigratie in aanmerking genomen, zo volgt uit art. 3.136, lid 2 Wet IB 2001. In het licht van de arresten van de Hoge Raad van 19 juni 2009, die in het volgende hoofdstuk aan de orde komen, is dit merkwaardig. Immers impliceert deze benadering, dat in het geval dat de uitkeringen reeds zijn ingegaan, in feite wordt geheven over de waarde in het economisch verkeer. Een heffing over de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de emigratie is door de Hoge Raad in de arresten van 19 juni 2009 afgewezen.⁷¹

Ik acht het een legitiem doel de latente belastingclaim over pensioen- en lijfrenteaanspraken te verdedigen. De huidige heffingssystematiek, waarbij een exitheffing wordt opgelegd en de belastingplichtige een conserverende aanslag krijgt opgelegd voor de verschuldigde belasting welke na verloop van tien jaren wordt kwijtgescholden indien geen oneigenlijke afwikkeling plaatsvindt in die periode, heeft tot gevolg dat de belastingplichtige over langere termijn gezien onder de fiscale claim uit kan komen. Immers, oneigenlijke afwikkeling na verloop van tien jaar na emigratie wordt niet meer door Nederland in de heffing betrokken, terwijl in zuiver binnenlandse situaties deze handelingen onvermijdelijk zullen leiden tot een heffingsmoment. In die zin slaagt de wetgever maar ten dele in het doel om de fiscale claim te beschermen. Wellicht is dit ingegeven door het proportionaliteitsbeginsel. In de volgende hoofdstukken ga ik in op de houdbaarheid van de exitheffingen onder internationaal en Europees recht, waarbij dit beginsel verder uitgewerkt wordt.

⁶⁸ Zie ook: F.P.G. Pötgens en H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', *WFR* 2010/74.

⁶⁹ *Kamerstukken II*, 2008/09, 31990, nr. 7 (Nota n.a.v. het Verslag), p. 4.

⁷⁰ *Kamerstukken I*, 2008/09, 31990, nr. B (Memorie van Antwoord), p. 5.

⁷¹ Zie ook: T. Blokland, 'Over exit-heffingen, en de Wet van 8 juli 2009 Stb. 2009, 304 (deel 2)', *ftV* 2010/2.10.

Hoofdstuk 4 – Heffing over pensioenen en lijfrenten onder bilaterale belastingverdragen

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties behandeld. In dit hoofdstuk wordt het blikveld verruimd en wordt gekeken naar de behandeling van pensioenen en lijfrenten onder bilaterale belastingverdragen. Hierbij komt de verdeling van heffingsrechten aan bod. Nederland kan immers wel wensen om over pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties belasting te heffen, echter als dit volgens het van toepassing zijnde belastingverdrag niet is toegestaan, zal deze wens niet kunnen worden geëffectueerd. Nederland is immers gehouden de bepalingen uit internationale verdragen te volgen. Derhalve vinden op basis van art. 94 van de Grondwet (hierna: GW) binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een eenieder verbindende verdragsbepaling. Indien Nederland echter niet wordt beperkt in haar heffingsbevoegdheid over inkomsten uit pensioen en lijfrenten, zijn exitheffingen wellicht niet noodzakelijk. Voor een overzicht van de behandeling van pensioenen en lijfrenten onder bilaterale belastingverdragen wordt eerst aandacht besteed aan de verdeling van heffingsrechten onder het OESO-modelverdrag. In de derde paragraaf komt het Nederlands verdragsbeleid aan de orde. Vervolgens komen enkele specifieke bilaterale verdragen aan bod. In de vierde paragraaf wordt aandacht besteed aan de heffing over pensioenen en lijfrenten in een aantal bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. In paragraaf vijf trek ik een tussenconclusie over de houdbaarheid van de Nederlandse behandeling onder modelverdragen. Vervolgens komt het onderwerp van goede verdragstrouw (ook wel ‘treaty override’) aan bod. Indien de Nederlandse behandeling van pensioen en lijfrenten een vorm van treaty override is ten aanzien van de verdragspartners waarmee Nederland voor de invoering van de exitheffingen een belastingverdrag heeft afgesloten, kan Nederland zijn fiscale claim niet of niet volledig effectueren. Hierna volgt de behandeling van enkele arresten die zien op de heffing over pensioenen en lijfrenten onder belastingverdragen en emigratieheffingen elders in het belastingrecht. Tot slot toets ik de Nederlandse fiscale behandeling van pensioenen en lijfrenten aan het internationale recht.

4.2 Heffing over pensioen en lijfrenten onder het OESO-modelverdrag

Bilaterale belastingverdragen zijn veelal gebaseerd op een modelverdrag. Voor de meeste belastingverdragen geldt het modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) als basis. Ook Nederland past in de regel bij het afsluiten van een bilateraal belastingverdrag dit OESO-modelverdrag toe. In verdragsonderhandelingen gebruikt Nederland daarnaast vaak een standaard verdragsbeleid. In paragraaf 4.3 komt het verdragsbeleid uitgebreider

aan bod. Het OESO-modelverdrag bevat naast de verdragsbepalingen een commentaar. Dit OESO-commentaar geldt vaak als richtsnoer voor de uitleg van bepalingen in belastingverdragen die op het OESO-modelverdrag zijn gebaseerd.⁷² De Hoge Raad heeft bepaald dat voor de uitleg van belastingverdragen waarbij aansluiting is gezocht bij het OESO-modelverdrag, het OESO-commentaar van grote betekenis is.⁷³

4.2.1 *Pensioenen onder het OESO-modelverdrag*

Het OESO-modelverdrag kent als hoofdregel dat de woonstaat heffingsbevoegd is over een pensioenuitkering in de private sector, en dat de bronstaat heffingsbevoegd is over een pensioen dat is opgebouwd door personen in overheidsdienst. De toewijzing van de heffingsbevoegdheid over private pensioenen en overheidspensioenen is verdeeld in art. 18 en art. 19 OESO.

Art. 18 OESO wijst de heffingsbevoegdheid over particuliere pensioenen exclusief toe aan de woonstaat van de pensioengerechtigde. Regel hierbij is dat, indien een pensioenuitkering of een gedeelte ervan niet onder art. 19 OESO (overheidspensioenen) valt, art. 18 OESO van toepassing is. De reden voor de exclusieve toewijzing aan de woonstaat is te vinden in het OESO-commentaar op art. 18 OESO. Verschillende beleids- en administratieve belangen spelen hierbij een rol. Zo kan de woonstaat in de regel beter bepalen wat de draagkracht van de belastingplichtige is, omdat deze inzicht heeft in het wereldwijde inkomen van de pensioengerechtigde. Daarnaast wordt op deze manier voorkomen dat de pensioengerechtigde als gevolg van de pensioenuitkering in meerdere landen aangifte moet doen.⁷⁴ Art. 18 OESO bestrijkt de inkomsten die vallen onder 'pensions and other remuneration'. Wat onder deze uitdrukking wordt verstaan, is niet gedefinieerd in het OESO-modelverdrag. In art. 3, lid 2 OESO is bepaald dat voor de uitleg in dat geval wordt aangesloten bij de betekenis die volgens de nationale wetgeving van de verdragsluitende staten aan de uitdrukking wordt gegeven, tenzij de context van het verdrag anders vereist. Uitkeringen in de sfeer van sociale zekerheid vallen niet onder art. 18 OESO, maar zijn bestanddelen van het inkomen in de zin van art. 21, lid 1 OESO. In bilaterale belastingverdragen kunnen de verdragsluitende staten afwijken van deze behandeling, en een bronstaatheffing voor uitkeringen in de sfeer van sociale zekerheid toestaan. Dit

⁷² Het belang van het OESO-commentaar is groot. Nederland hanteert voor de toepassing van de bilaterale verdragen de zogenoemde dynamische verdraginterpretatie (zie: Notitie 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal verdragenrecht' van de Staatssecretaris van Financiën van 15 april 1998). Het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht bepaalt in art. 31, lid 3, onderdelen a en b dat de context van een verdrag ook iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen partijen met betrekking tot de uitleg van het verdrag bevat. Dit betekent dat veranderingen in het OESO-commentaar van invloed zijn op de uitleg van belastingverdragen die reeds eerder zijn overeengekomen.

⁷³ Hoge Raad 2 september 1992, nr. 27 252, *BNB* 1992/379*.

⁷⁴ OESO-commentaar op art. 18 OESO-modelverdrag 2008, § 1.

dient dan echter expliciet te worden opgenomen in het verdrag.⁷⁵ Bij de uitdrukking ‘pensions’ gaat het in beginsel om periodieke uitkeringen. Door de toevoeging ‘and other similar remuneration’ kunnen ook non-periodieke uitkeringen onder art. 18 OESO worden toegewezen.⁷⁶ Voor toepassing van art. 18 OESO moet het pensioen of de andere soortgelijke beloning worden betaald ter zake van de vroegere dienstbetrekking. Pensioenen die worden betaald naar aanleiding van voorgaande werkzaamheden buiten dienstbetrekking, vallen niet onder de reikwijdte van art. 18 OESO.⁷⁷

De heffingsbevoegdheid over overheidspensioenen wordt in art. 19 OESO toegewezen aan de staat die de overheidsfunctionaris in dienst had. Uit de tekst van art. 19 OESO volgt dat de ‘kasstaat’⁷⁸ een exclusief heffingsrecht heeft over inkomsten uit overheidsfuncties. Het OESO-commentaar geeft aan dat de woonstaat van de genietter de inkomsten niet in de grondslag mag betrekken, behoudens voor de toepassing van progressievoorbehoud.⁷⁹ Slechts in het geval dat de ontvanger inwoner en onderdaan is van de staat waarin de pensioenuitkering wordt genoten, is de staat waarin het pensioen wordt genoten heffingsbevoegd. Voor pensioenen ter zake van diensten, bewezen in het kader van een op winst gericht bedrijf dat wordt uitgeoefend door de overheid, is art. 18 OESO van toepassing. In dat geval is de woonstaat heffingsbevoegd. Voor toepassing van art. 19 OESO is het niet noodzakelijk dat de diensten in publiekrechtelijke dienstbetrekking worden vervuld. Voor de toepassing van art. 19 OESO de pensioenbetalingen niet noodzakelijk door de overheid hoeven te worden gedaan, maar wel uit fondsen in verband met de overheidsfunctie.⁸⁰

Door de verschillen in toewijzingsregels kunnen onduidelijkheden ontstaan wanneer een pensioengerechtigde uitkeringen ontvangt uit een pensioen dat zowel is opgebouwd in overheidsdienst als in private dienst. Het OESO-commentaar op art. 19 OESO bevat een aanwijzing, dat art. 18 OESO van toepassing is, wanneer het publiekrechtelijk pensioen is overgedragen aan een fonds voor een privaat pensioen. Het pensioen voldoet in dat geval namelijk niet aan de vereisten die volgen uit art. 19, lid 2, onderdeel a OESO.⁸¹ Bij een pensioenuitkering na overdracht van een privaat pensioen aan een publiekpensioen, bestaat onduidelijkheid over het toe te passen artikel. Er zijn staten die het hele pensioen in dat geval onder de toepassing van art. 19 OESO laten vallen. Andere staten passen een compartimenteringsregeling toe.⁸² De verdragsluitende landen dienen de

⁷⁵ Th. Groeneveld e.a. (red.), *Digitale Fiscale encyclopedie De Vakstudie (Nederlands Internationaal Belastingrecht)*, artikelsgewijs commentaar bij art. 18 OESO, §1.6.1, online portal Kluwer via <www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>.

⁷⁶ OESO-commentaar op art. 18 OESO-modelverdrag 2008, § 4.

⁷⁷ OESO-commentaar op art. 18 OESO-modelverdrag 2008, § 6.

⁷⁸ Met ‘kasstaat’ wordt bedoeld de verdragsluitende staat ten laste van wiens ‘kas’ de inkomsten de facto komen.

⁷⁹ OESO-commentaar op art. 19 OESO-modelverdrag 2008, § 1.

⁸⁰ OESO-commentaar op art. 19 OESO-modelverdrag 2008, § 5.2.

⁸¹ OESO-commentaar op art. 19 OESO-modelverdrag 2008, § 5.4.

⁸² OESO-commentaar op art. 19 OESO-modelverdrag 2008, § 5.5.

toepassing van compartimentering in het bilaterale belastingverdrag overeen te komen.⁸³ Nederland heeft in het commentaar op art. 19 OESO een observatie⁸⁴ gemaakt, waarin het afstand neemt van de uitleg in §5.4 en §5.6 van het OESO-commentaar. Op grond van Nederlandse jurisprudentie wordt voor de bepaling van de kwalificatie van het pensioen als overheidspensioen of privaatrechtelijk pensioen gekeken naar ter zake van welke diensten het pensioen is opgebouwd. Wie het pensioen heeft uitbetaald, is niet van belang. Het gaat om de premiedruk tijdens de opbouwfase.⁸⁵ Uit de Javasche Bank-arresten blijkt dat de pensioenbetaling gecompartmenteerd moet worden in jaren waarin gewerkt is als overheidsfunctionaris en jaren waarin dit niet het geval is. De Hoge Raad geeft in deze arresten aan dat compartimentering op basis van dienstjaren dient plaats te vinden, en niet op basis van opbouw. Ook hoeven elementen die niet in beide pensioenregelingen voorkomen, niet gesplitst te worden, maar kunnen deze worden toegerekend aan de desbetreffende regeling.⁸⁶

4.2.2 Beschermen van heffingsrechten over pensioenen onder het OESO-modelverdrag

Met de emigratieheffingen probeert Nederland de fiscale claim over de in Nederland opgebouwde meerwaardes te beschermen. Het OESO-commentaar bevat voor pensioenen alternatieven voor staten die hun heffingsrechten willen beschermen. In 2005 is naar aanleiding van een OESO-rapport het commentaar bij art. 18 OESO gewijzigd.⁸⁷ De OESO stelt dat emigratieheffingen geen probleem zijn, als de aankomststaat eveneens het systeem hanteert waarbij de aanspraken zijn vrijgesteld, en de uitkering is belast. Als de aankomststaat het tegenovergestelde regime hanteert, ontstaat een heffingslek. De OESO geeft in het commentaar op art. 18 OESO vier alternatieve bepalingen die worden gehanteerd in bilaterale belastingverdragen, om te voorkomen dat een heffingslek ontstaat:

- Exclusieve toewijzing van de heffingsbevoegdheid over pensioenen aan de bronstaat;
- Niet-exclusieve toewijzing van de heffingsbevoegdheid over pensioenen aan de bronstaat;
- Toewijzing van een beperkt heffingsrecht aan de bronstaat, begrensd tot een percentage van de bruto pensioenuitkering, waarbij de woonstaat een reverse credit verstrekt;⁸⁸

⁸³ OESO-commentaar op art. 19 OESO-modelverdrag 2008, § 5.6.

⁸⁴ Landen kunnen een observatie bij een artikel van het OESO-modelverdrag 2008 maken. Hiermee geeft het land aan dat het wel instemt met het artikel, maar het commentaar op het artikel op bepaalde onderdelen niet deelt. Een observatie is nadrukkelijk iets anders dan een voorbehoud. Bij een voorbehoud stemt een OESO-lidstaat namelijk niet in met de strekking van een artikel van het OESO-modelverdrag 2008. Bij verdragsonderhandelingen met andere landen wordt het voorbehoud dan als uitgangspunt genomen.

⁸⁵ Dit is in het PTT-arrest aan de orde gekomen. Zie Hoge Raad 23 november 1994, nr. 29 935, *BNB* 1995/117 (m. nt. Hoogendoorn).

⁸⁶ Hoge Raad 12 juni 1991, *BNB* 1991/312 en Hoge Raad 8 juli 1980, *BNB* 1980/259.

⁸⁷ Zie: *Tax treaty issues arising from cross-border pensions* (Public Discussion Draft OESO van 14 november 2003), Parijs: OESO 2003.

⁸⁸ De woonstaat kent in dat geval een credit toe voor de belasting die is geheven in de bronstaat.

- Toewijzing van het heffingsrecht aan de woonstaat, indien de bronstaat geen belasting heft over de pensioenuitkering.⁸⁹

De OESO lijkt, in tegenstelling tot de Nederlandse verdragssluiters, geen voorkeur te hebben voor dergelijke bepalingen. Nederland heeft namelijk in recente bilaterale belastingverdragen elk van bovenstaande bepalingen in een verdrag opgenomen.⁹⁰ In het OESO-commentaar komt een viertal argumenten naar voren die pleiten tegen bronstaatheffingen over pensioenen:

- De woonstaat zou beter met de draagkracht van de belastingplichtige rekening kunnen houden. Een eindheffing in de bronstaat over de bruto-uitkeringen zou tot gevolg kunnen hebben dat de belastingplichtige naar draagkracht gezien te veel belasting betaalt. Indien de belastingplichtige in de woonstaat verder niet of nauwelijks belasting is verschuldigd, kan hij de geheven bronbelasting niet verrekenen.
- De pensioengerechtigde ontvangt netto meer of minder pensioen dan waar hij oorspronkelijk rekening mee had gehouden.
- Het begrip 'bronstaat' kan op verschillende manieren worden uitgelegd. De bronstaat kan namelijk de staat zijn waar de werkzaamheden zijn verricht waarmee het pensioen is opgebouwd, de staat waar de belastingvoordelen zijn geclaimd of de staat waar het pensioenfonds is gevestigd.
- Indien het heffingsrecht wordt toegekend aan de bronstaat, moet de pensioengerechtigde voldoen aan de fiscale regelgeving van meer dan één staat.

Tegenover bovenstaande nadelen van een bronstaatheffing staat als nadeel van een woonstaatheffing dat buitenlands pensioeninkomen mogelijk niet wordt aangegeven.⁹¹ Gezien de vergaande samenwerking op het gebied van informatieuitwisseling lijkt dit nadeel naar mijn mening mee te vallen, terwijl de bovenstaande nadelen naar mijn mening voor belastingplichtige vervelend kunnen uitwerken en zwaar kunnen drukken, met name gezien de aantasting van het draagkrachtbeginsel.

4.2.3 *Lijfrenten onder het OESO-modelverdrag*

De heffing over lijfrente-uitkeringen valt in de regel onder de toepassing van het saldoartikel, art. 21 OESO. In art. 21 OESO wordt bepaald dat de hoofdregel is dat alle inkomensbestanddelen die niet in de voorgaande artikelen van het OESO-modelverdrag zijn behandeld, belast zijn in de woonstaat van

⁸⁹ OESO-commentaar op art. 18 OESO-modelverdrag 2008, § 15.

⁹⁰ I.J.J. Burgers, 'Internationaal verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrenten: quo vado?', *WFR* 2010/259.

⁹¹ OESO-commentaar op art. 18 OESO-modelverdrag 2008, § 17 t/m 21.

de ontvanger van de inkomsten. In sommige verdragen wordt in art. 21 OESO een claw-backregeling opgenomen. In dat geval is de bronstaat heffingsbevoegd indien de woonstaat geen belasting heft over de betreffende inkomsten. Indien verdragsluitende staten een bepaald inkomensbestanddeel onderbrengen in een ander artikel, vervalt de toepassing van het saldoartikel op dit inkomensbestanddeel. Voor lijfrente-uitkeringen geldt, dat deze soms worden ondergebracht in het pensioenartikel, art. 18 OESO. Op dat moment volgt de behandeling van lijfrenten de pensioenbepaling, waardoor de woonstaat heffingsbevoegd is over lijfrente-inkomsten.

4.3 Nederlands verdragsbeleid

Naast het OESO-modelverdrag heeft Nederland een eigen standaard opgesteld, namelijk het Nederlands Standaard Verdrag (hierna: NSV). Het NSV vormt een onderdeel van het Nederlands verdragsbeleid.⁹² Het NSV heeft de laatste jaren aan waarde ingeboet. Veelal geldt het OESO-modelverdrag als uitgangspunt, waarbij als aanvulling gebruik wordt gemaakt van het Nederlands verdragsbeleid.⁹³ De in 1998 verschenen notitie 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht' biedt enige houvast. De Staatssecretaris stelt dat Nederland voor de fiscale behandeling van private pensioenen uitgaat van een woonstaatheffing. De notitie geeft twee redenen voor een woonstaatheffing: het profijtbeginsel en het belang van voorkoming van dubbele belasting. Het profijtbeginsel wordt als reden genoemd, omdat de belastingplichtige na emigratie gebruik maakt van de openbare voorzieningen van de woonstaat. In het kader van bijvoorbeeld anti-ontgaansmaatregelen is naar de mening van de Staatssecretaris inbreuk op de woonstaatheffing op zijn plaats en kan een bronstaatheffing worden overeengekomen. Om pensioenvlucht te voorkomen probeert Nederland steeds vaker het heffingsrecht over pensioenuitkeringen waarvoor fiscale facilitatie is verleend, te claimen, indien het woonland de pensioenuitkeringen niet of nauwelijks belast. Ten aanzien van lijfrenten wordt in de paragraaf 'restartikel' kort opgemerkt dat de reikwijdte van het restartikel beperkt is, in het bijzonder als er voor lijfrenten een afzonderlijke verdragsbepaling is opgenomen.⁹⁴

⁹² Algemeen fiscaal verdragsbeleid, *Kamerstukken II* 1987/88, 20 365, nr. 2.

⁹³ Notitie 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht' van de Staatssecretaris van Financiën van 15 april 1998, §2.1, *V-N* 1998/22.3.

⁹⁴ Begin september 2009 heeft de Staatssecretaris een hernieuwde Notitie Internationaal (Fiscaal) Verdragsbeleid aangekondigd. Ook ten aanzien van pensioenen bevat de hernieuwde notitie waarschijnlijk een aantal wijzigingen. Deze notitie is ten tijde van het afsluiten van de tekst van deze thesis nog niet verschenen. Wel worden in de literatuur al enkele voorstellen voor wijzigingen besproken. Zie o.a.: I.J.J. Burgers, 'Internationaal verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrenten: quo vado?', *WFR* 2010/259.

Ook in de nota 'Belastingen in de 21^e eeuw' wordt ingegaan op de mogelijkheden van een bronstaatheffing, indien de pensioenopbouw fiscaal gefacilieerd in de betreffende staat heeft plaatsgevonden.⁹⁵

Uit het voorgaande blijkt dat het Nederlands verdragsbeleid in de loop der jaren is gewijzigd. Er ontstaan verschillen tussen de verschillende bilaterale belastingverdragen, waarbij in de nieuwere verdragen steeds vaker het heffingsrecht over pensioenuitkeringen wordt geclaimd, waarvoor in het verleden pensioenopbouw fiscaal gefacilieerd heeft plaatsgevonden, indien de woonstaat de pensioenuitkeringen niet of niet afdoende belast. In de volgende paragraaf wordt aan een aantal specifieke belastingverdragen verder aandacht besteed.

4.4 Heffing over pensioenen en lijfrenten in enkele bilaterale verdragen

In de afgelopen jaren heeft Nederland bilaterale belastingverdragen gesloten, waarbij de varianten van antimisbruikbepalingen zijn gebruikt die de OESO in het commentaar op art. 18 OESO noemt, ter bescherming van de belastingclaim over pensioenen en lijfrenten. In het verdrag met Mongolië uit 2002 is het exclusieve heffingsrecht over pensioenen en andere soortgelijke beloningen toegewezen aan Nederland, indien fiscale faciëring heeft plaatsgevonden in Nederland. Voor lijfrenten en afkoopsommen van lijfrenten geldt hetzelfde. Een voorbeeld waarbij het niet-exclusieve heffingsrecht over pensioenen en lijfrenten is toegewezen aan de bronstaat, is het belastingverdrag tussen Nederland en Indonesië. Met Canada is afgesproken dat de bronstaat voor periodieke betalingen van pensioenen, lijfrenten en andere soortgelijk betalingen een beperkte heffingsbevoegdheid heeft tot 15%. In het verdrag met Moldavië, de Russische Federatie en Oekraïne wordt de heffingsbevoegdheid over pensioenen en andere soortgelijke beloningen, alsmede over lijfrenten, in beginsel toegewezen aan de woonstaat, met dien verstande dat in het protocol is bepaald dat Nederland mag heffen over pensioen dat wordt uitgekeerd in het kader van een dienstbetrekking die in Nederland is uitgeoefend, indien de andere staat in het nationale recht geen bepaling heeft opgenomen waarmee het belasting kan heffen over het betreffende pensioen. Een subject-to-taxbepaling vinden we in de verdragen met Albanië, België (2001), Georgië, Koeweit, Oeganda, Polen (2002), Portugal, Taiwan en het in 2008 overeengekomen verdrag met het Verenigd Koninkrijk.⁹⁶ Een subject-to-taxbepaling houdt in dat de bronstaat mag heffen indien de woonstaat

⁹⁵ Algemeen fiscaal verdragsbeleid, *Kamerstukken II 1987/88*, 20 365, nr. 2.

⁹⁶ Het oude verdrag met het Verenigd Koninkrijk dateert van 7 november 1980. Op 26 september 2008 is een nieuw verdrag overeengekomen. Dit verdrag is opgenomen in *Trb.* 2008, 201 en 2009, 123. Ten tijde van het afsluiten van de tekst van deze thesis is het vernieuwde verdrag echter nog niet in werking getreden. Op 9 november 2010 heeft de Tweede Kamer ingestemd met het goedkeuringswetsvoorstel van het gesloten belastingverdrag. Zie: *V-N* 2009/55.2, *V-N* 2010/28.11 en *V-N* 2010/57.9.

de uitkeringen niet naar een normale grondslag of tegen een normaal tarief belast en een zekere omvang van uitkeringen wordt overschreden. Overigens worden naast verdragen waarin een bronstaatheffing ten aanzien van pensioenen en lijfrenten is opgenomen, nog steeds verdragen gesloten waarin pensioen- en lijfrente-uitkeringen worden toegewezen aan de woonstaat. Voorbeelden hiervan zijn het verdrag met Armenië en het verdrag met Zuid-Afrika uit 2005.⁹⁷

4.5 Houdbaarheid van de Nederlandse behandeling onder modelverdragen

In het voorgaande heb ik geconstateerd dat op basis van het OESO-modelverdrag de woonstaat heffingsbevoegd is over een pensioenuitkering in de private sector en dat de bronstaat heffingsbevoegd is over een pensioen dat is opgebouwd in overheidsdienst. Voor lijfrente-uitkeringen geldt dat de heffingsbevoegdheid in de regel wordt toegewezen aan de woonstaat. Nederland probeert de laatste jaren in veel gevallen de heffingsbevoegdheid over pensioenen toe te wijzen aan de bronstaat, indien de woonstaat de pensioenuitkeringen niet of nauwelijks belast.

De vraag is hoe de Nederlandse behandeling zich verhoudt tot deze constatering. Op het moment dat de belastingplichtige emigreert, wordt hij geconfronteerd met een exitheffing over zijn pensioen- en lijfrenteaanspraken in de vorm van een conserverende aanslag. Op het eerste gezicht ontwijkt Nederland hiermee de bepalingen uit het OESO-modelverdrag. De heffing lijkt volledig in de Nederlandse jurisdictie plaats te vinden, direct voorafgaande aan het moment van emigratie. De vraag is of Nederland hiermee in strijd handelt met het OESO-modelverdrag en de daaruit voortvloeiende bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting indien daarin een woonstaatheffing overeen is gekomen. Hierbij komt het leerstuk van de goede verdragstrouw naar voren, waar ik in de volgende paragraaf aandacht aan besteed.

4.6 Goede verdragstrouw

Nederland is als verdragspartner gebonden aan de verdragen waaraan het deelneemt. Indien Nederland voorafgaande aan de emigratie een exitheffing oplegt, waarbij al dan niet gebruik wordt gemaakt van een conserverende aanslag, handelt Nederland mogelijk in strijd met de goede trouw aan een bilateraal en/of multilateraal belastingverdrag. In deze paragraaf wordt hier verder op ingegaan. Als uitgangspunt hierbij neem ik het OESO-modelverdrag. Bij de vraag of de uitleg of toepassing van een verdrag in strijd is met de goede verdragstrouw, komen we terecht in de sfeer van de verdragsuitleg en verdragstoepassing. Hierbij speelt het Verdrag van Wenen inzake het

⁹⁷ I.J.J. Burgers, 'Internationaal verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrenten: quo vado?', *WFR* 2010/259.

verdragenrecht (hierna: VvW) een rol.⁹⁸ Art. 26 VvW stelt: “*Elk in werking getreden verdrag verbindt de partijen en moet door hen te goeder trouw ten uitvoer worden gelegd.*” Dit artikel weerspiegelt het beginsel van ‘pacta sunt servanda’, op basis waarvan verdragen dienen te worden gerespecteerd en voor de nationale wetgeving gaan. Art. 31 VvW bevat de kernregel van uitlegging van verdragen. In het eerste lid is bepaald dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd, in overeenstemming met de gewone betekenis van de termen van het Verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het Verdrag. Indien Nederland wetgeving hanteert die in strijd is met deze doelstelling en die ten tijde van het opstellen van een bilateraal belastingverdrag nog niet was ingevoerd, kan dit in strijd zijn met de goede verdragstrouw tussen verdragspartners. Art. 31 VvW weerspiegelt de goede trouw gericht op de betekenis van de termen en bewoordingen. Art. 26 en 31 VvW spelen dan ook een centrale rol in de discussie over de houdbaarheid van exitheffing in het licht van het internationale recht. Verder dient acht te worden geslagen op art. 3, lid 2 OESO, waarin is bepaald hoe niet in het OESO-modelverdrag gedefinieerde uitdrukkingen moeten worden geïnterpreteerd. In beginsel dient het ongedefinieerde begrip te worden uitgelegd volgens het recht van de staat die het verdrag toepast, tenzij de context anders vereist, oftewel de beperkt dynamische interpretatie. Voor de situatie waarin de context anders vereist, wordt geen andere interpretatieregel in het OESO-modelverdrag voorgeschreven. In het OESO-commentaar komt naar voren dat de bedoeling van deze bepaling is het bieden van voldoende speelruimte voor de verdragsluitende staten in de nationale wet, zodat kleine wijzigingen mogelijk zijn, zonder daarbij de intentie van de verdragsluitende landen ten tijde van het opstellen van het verdrag uit het oog te verliezen. Er dient een evenwicht te zijn tussen het bieden van voldoende speelruimte en begripsinterpretatie naar de intentie ten tijde van het opstellen van het verdrag.⁹⁹ In de volgende paragraaf komen enkele arresten aan bod die in het kader van exitheffingen bij pensioenen en lijfrenten, bilaterale belastingverdragen en de goede verdragstrouw zijn geweest.

4.7 Jurisprudentie

In deze paragraaf ga ik verder in op jurisprudentie in het kader van de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties. Hierbij besteed ik geen aandacht aan de jurisprudentie onder het Europese recht. Deze problematiek komt in het volgende hoofdstuk aan bod. De paragraaf vangt aan met een behandeling van de jurisprudentie inzake pensioenen. Vervolgens komt de jurisprudentie inzake lijfrenten aan bod.

⁹⁸ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, *United Nations, Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

⁹⁹ OESO-commentaar op art. 3 OESO-modelverdrag 2008, § 12.

4.7.1 *Jurisprudentie inzake pensioenen*

4.7.1.1 Hoge Raad 5 september 2003 (Singapore-arrest)

Sinds 1 januari 1995 is in art. 19b, lid 1, onderdeel b Wet LB 1964 de fictiebepaling bij afkoop van pensioenen opgenomen. Op basis van deze fictiebepaling wordt een afkoop van een pensioen als loon uit vroegere dienstbetrekking aangemerkt. Dit loon wordt geacht te zijn genoten op het moment direct voorafgaande aan de afkoop. De Hoge Raad heeft zich op 5 september 2003 over deze fictiebepaling uitgelaten in het licht van het verdrag tussen Nederland en Singapore ter voorkoming van dubbele belasting.¹⁰⁰ De belanghebbende in deze casus woont in Singapore en had een dienstbetrekking bij een Nederlandse BV gedurende in totaal 23,25 jaren, waarvan 5,42 jaren in Nederland en de overige 17,83 jaren in het buitenland. In 1998 besluit belanghebbende voorafgaande aan de beëindiging van het dienstverband, het gedeelte van de pensioenaanspraak dat correspondeert met de periode buiten Nederland, af te kopen. Op basis van art. 19b, lid 1, onderdeel b Wet LB 1964 wordt hierover loonbelasting ingehouden.¹⁰¹ Dit zou betekenen dat niet art. 18 van het Verdrag met Singapore (de pensioenbepaling), maar art. 15 (persoonlijke arbeid) van toepassing zou zijn. Door de herkwalificatie in Nederland zouden de heffingsrechten dan aan Nederland in plaats van Singapore toekomen. De Hoge Raad vond dit geen wenselijke uitkomst, omdat een zodanige verschuiving van heffingsrechten in strijd is met de goede verdragstrouw, onder expliciete verwijzing naar art. 31, lid 1 VvW. Art. 18, lid 1 van het Verdrag met Singapore wijst de heffingsbevoegdheid over pensioenen toe aan de woonstaat. Een afkoopsom voor pensioenaanspraken is te kwalificeren als een soortgelijke beloning in de zin van dit artikel. De Hoge Raad concludeerde dat een verdragsbepaling die het heffingsrecht toekent aan een woonstaat, niet mag worden uitgehold of ontgaan door het opnemen van een posterieure fictiebepaling in de wetgeving van de andere staat. De toepassing van art. 19b, lid 1, onderdeel b Wet LB 1964 is dan ook strijd met art. 18 van het Verdrag met Singapore en dient derhalve achterwege te blijven.

4.7.1.2 Hoge Raad 13 mei 2005 (de zetelverplaatsingsarresten)

De Hoge Raad heeft op 13 mei 2005 arrest gewezen in een viertal zaken waarin het ging om de zetelverplaatsing van een pensioenvennootschap. In de eerste twee arresten wordt aandacht besteed aan de loonbelastingfictie die is opgenomen in het toenmalige art. 11c Wet LB 1964.¹⁰² De

¹⁰⁰ Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 657, *BNB* 2003/380c* (m.nt. Kavelaars).

¹⁰¹ Toenmalig art. 11c, eerste lid, onder b Wet LB 1964, wettekst 1998.

¹⁰² Bij de behandeling van de zetelverplaatsingsarresten ga ik uit van de toenmalige nummering van de wetsartikelen in de Wet LB 1964. In de arresten wordt gebruik gemaakt van de bepalingen zoals die waren opgenomen in art. 11, art. 11b en art. 11c en art. 36 Wet LB 1964, ten tijde van het onderhavige geschil. De tekst van de betreffende artikelen luidde in 1996, voor zover relevant, als volgt:

overige twee arresten behelzen de heffing van vennootschapsbelasting naar aanleiding van de zetelverplaatsing. In de betreffende arresten was in alle gevallen sprake van de zetelverplaatsing van een pensioenvennootschap, waarbij de pensioengerechtigde buiten Nederland woonde op het moment van zetelverplaatsing, dan wel gelijktijdig met de zetelverplaatsing emigreerde. Ten aanzien van dergelijke zetelverplaatsingen wordt in de regel zowel loonbelasting als vennootschapsbelasting geheven. Art. 23a, lid 3 Wet VPB 1969 bevat slechts een aanwijzingsmogelijkheid voor de Minister om onder door hem te stellen voorwaarden de vermeerdering geheel of gedeeltelijk achterwege te laten. De cumulatie van loonbelasting en vennootschapsbelasting treedt nadrukkelijk op bij de zetelverplaatsing van een pensioen-BV. De Hoge Raad legt in de arresten de focus op de houdbaarheid van deze exitheffingen onder bilaterale belastingverdragen. In de arresten komt de

Art. 11

lid 1: Tot het loon behoren niet:

Aanspraken ingevolge een pensioenregeling;

(...)

Bedragen die worden ingehouden:

als verplichte bijdrage ingevolge een pensioenregeling of een regeling voor vervroegde uittreding;

(...)

lid 3: Onder pensioenregeling wordt verstaan een regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend:

ten doel heeft de verzorging van werknemers en gewezen werknemers bij invaliditeit en ouderdom en de verzorging van hun echtgenoten en gewezen echtgenoten, dan wel degenen met wie zij duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren of hebben gevoerd en met wie geen bloed- of aanverwantschap in de rechte lijn bestaat en van hun eigen kinderen, stiefkinderen, en pleegkinderen die de leeftijd van 30 jaar nog niet hebben bereikt; en een pensioen inhoudt dat niet uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen, mede in verband met diensttijd en genoten beloning redelijk moet worden geacht en waarvan als verzekeraar optreedt een natuurlijk persoon of lichaam als omschreven in artikel 11b, eerste lid.

Art. 11b

lid 1: Als verzekeraar van een pensioen of een voorziening voor vervroegde uittreding als bedoeld in artikel 11 kan optreden: een lichaam dat ingevolge artikel 5, onderdeel b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is vrijgesteld van die belasting;

een verzekeraar die bevoegd is het directe verzekeringsbedrijf (...) uit te oefenen (...);

een niet in Nederland gevestigd pensioenfonds of lichaam dat het levensverzekeringsbedrijf uitoefent, mits het pensioen of de voorziening voor vervroegde uittreding de voortzetting is van een pensioen dat of een voorziening die reeds was verzekerd bij die verzekeraar in een periode waarin de werknemer of gewezen werknemer niet in Nederland woonde;

een lichaam dan bedoeld in de onderdelen a, b en c, dat in Nederland is gevestigd, de pensioenverplichting of de verplichting ingevolge de regeling voor vervroegde uittreding voor de heffing van de vennootschapsbelasting rekent tot het binnenlandse ondernemingsvermogen en voldoet aan de in het tweede lid gestelde voorwaarden.

(...)

Art. 11c

lid 1: Ingeval op enig tijdstip:

een aanspraak ingevolge een pensioenregeling of een regeling voor vervroegde uittreding niet langer als zodanig is aan te merken; (...)

wordt op het onmiddellijk daaraan voorafgaande tijdstip de aanspraak aangemerkt als loon uit een vroegere dienstbetrekking van de werknemer of gewezen werknemer, dan wel, indien deze is overleden, van de gerechtigde tot de aanspraak.(...)

Art. 36

Met betrekking tot bestaande pensioenaanspraken voor welke op of na 1 januari 1995 een ander lichaam als verzekeraar optreedt dan bedoeld in artikel 11, derde lid, onderdeel b, en vierde lid, onderdeel b, is de in die onderdelen gestelde voorwaarde inzake de verzekeraar niet van toepassing. Onder bestaande pensioenaanspraken worden verstaan de op 31 december 1994 bestaande aanspraken welke naar of krachtens de tekst van artikel 11 zoals dat toen luidde, zijn aan te merken als aanspraken die berusten op een pensioenregeling.'

Hoge Raad niet toe aan de behandeling van de Europeesrechtelijke aspecten, hoewel A-G Wattel in zijn conclusie uitvoerig ingaat op de gemeenschapsrechtelijke houdbaarheid.

De eerste zaak betrof het belasten van de pensioenaanspraak in de loonbelasting na emigratie, gevolgd door zetelverplaatsing van de pensioenvennootschap waar de pensioenaanspraak tot het vermogen behoorde.¹⁰³ De belanghebbende in deze zaak verhuisde op 1 oktober 1994 van Nederland naar België. Zijn pensioenaanspraak is ondergebracht in A BV, waarvan belanghebbende directeur en enig aandeelhouder is. Op 1 oktober 1996 wordt de zetel van de pensioenvennootschap naar België verplaatst. Per 1 oktober 1996 wordt de pensioenaanspraak door de Inspecteur tot het loon van belanghebbende gerekend. De Hoge Raad overweegt dat bij toekenning van een pensioenaanspraak, de werknemer een vermogensrecht verkrijgt dat kan resulteren in een pensioenuitkering. De pensioenuitkering als zodanig valt onder art. 18 van het toenmalige belastingverdrag tussen België en Nederland. De toekenning van de aanspraak valt onder art. 15 van het verdrag. Op basis van dit artikel mag Nederland de aanspraak belasten, indien de dienstbetrekking in Nederland wordt uitgeoefend. Nederland kiest er echter voor de aanspraak vrij te stellen van belasting. Art. 11c Wet LB 1964 voorziet niet in het alsnog in de belasting betrekken van de indertijd vrijgestelde aanspraak, maar belast de waarde van de opgebouwde pensioenrechten. De toepassing van de fictie heeft tot gevolg dat een verschuiving plaatsvindt van de heffing die zou worden bestreken door artikel 18 van het belastingverdrag naar een heffing die valt onder artikel 15 van het belastingverdrag. De Hoge Raad overweegt dat dergelijke ficties niet in overeenstemming zijn met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing van het belastingverdrag tussen Nederland en België, onder verwijzing naar het in paragraaf 4.7.1.1 behandelde arrest van 5 september 2003. In het onderhavige geval oordeelt de Hoge Raad dat de toepassing van artikel 11c, lid 1, onderdeel a Wet LB 1964 strijdig is met het bepaalde in artikel 18 van het Verdrag en achterwege moet blijven.

In de tweede zaak gaat het eveneens om het belasten van een pensioenaanspraak bij emigratie.¹⁰⁴ De belanghebbende heeft een pensioenaanspraak in A BV, waarvan belanghebbende dga is. Op 18 september 1996 emigreert de belanghebbende naar België. Gelijktijdig met de emigratie wordt de zetel van A BV naar België verplaatst, waarna de Inspecteur per 18 september 1996 de waarde van de pensioenaanspraak tot het loon rekent. Het verschil met het voorgaande arrest is dat de emigratie en de zetelverplaatsing op hetzelfde moment plaatsvinden. De Hoge Raad verwijst in het arrest naar haar beslissing in het hiervoor behandelde arrest *BNB 2005/233c**. De Hoge Raad geeft aan dat ze geen reden ziet om, in het geval waarin de zetelverplaatsing van de

¹⁰³ Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 610, *BNB 2005/233c** (m. nt. Kavelaars).

¹⁰⁴ Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 144, *BNB 2005/232c** (m. nt. Kavelaars).

pensioen-BV naar België tegelijkertijd plaatsvindt met het moment waarop belanghebbende inwoner is geworden van België, anders te oordelen. Onder het ten tijde van het geschil geldende belastingverdrag tussen Nederland en België wordt het heffingsrecht over pensioenen op basis van art. 18 toegewezen aan het woonland, in casu België. Toepassing van art. 11c Wet LB 1964 is dan ook in strijd met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing van art. 18 van het belastingverdrag tussen Nederland en België.

In de derde zaak boog de Hoge Raad zich over de vervangende heffing ex art. 23a Wet VPB 1969 naar aanleiding van de zetelverplaatsing van een pensioenvennootschap.¹⁰⁵ Belanghebbende heeft een pensioenverplichting jegens A in eigen beheer. A is de dga A BV. Op 1 oktober 1994 verhuist A naar België. In 1996 wordt de zetel van de belanghebbende naar België verplaatst. Naar aanleiding hiervan verhoogt de Inspecteur op basis van art. 23a Wet VPB 1969 de in 1996 verschuldigde vennootschapsbelasting met 60% van de waarde in het economisch verkeer van de pensioenverplichting. De Hoge Raad meent dat de heffing het karakter heeft van een inkomstenbelasting over de waarde van de pensioenaanspraak, met de nuancering dat de belasting wordt geheven bij de pensioenvennootschap in plaats van bij de pensioengenieter. De Hoge Raad verwijst naar *BNB 2005/233c**, waarin is beslist dat de zetelverplaatsing niet mag leiden tot een heffing bij de pensioengenieter ex art. 11c, lid 1, onderdeel a Wet LB 1964. De Hoge Raad overweegt dat toepassing van art. 23a Wet VPB 1969 tot gevolg heeft dat niet bij de pensioengenieter, maar bij de pensioenuitvoerder wordt geheven. De Hoge Raad is van mening dat de strekking van art. 23a Wet VPB 1969 vergelijkbaar is met de strekking van art. 11c, lid 1, onderdeel a Wet LB 1964:

“Gelet op het percentage van deze heffing¹⁰⁶, dat is afgestemd op het hoogste tarief voor de inkomstenbelasting alsmede gelet op het feit dat de heffing niet plaatsvindt indien de werknemer als binnenlands belastingplichtige aan de inkomstenbelasting is onderworpen (kennelijk omdat de wetgever meende dat in die situatie de heffing van de inkomstenbelasting verzekerd was), heeft de onderhavige heffing het karakter van een inkomstenbelasting over de waarde van de pensioenaanspraak met die bijzonderheid dat de belasting niet wordt geheven bij de pensioengenieter maar bij het lichaam waarin de pensioenverplichting is ondergebracht.”¹⁰⁷

De Hoge Raad voegt toe dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dit nadrukkelijk is beoogd. De Hoge Raad karakteriseert de vennootschapsbelastingheffing in deze zaak eigenlijk als een inkomstenbelastingheffing.¹⁰⁸ Daar de strekking van de bepalingen vergelijkbaar is, dient naar

¹⁰⁵ Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 613, *BNB 2005/234c** (m. nt. Kavelaars).

¹⁰⁶ Bedoeld wordt de heffing op grond van art. 23a Wet VPB 1969.

¹⁰⁷ Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 613, *BNB 2005/234c** (m. nt. Kavelaars), r.o. 3.3.1.

¹⁰⁸ In zijn noot bij het eveneens behandelde arrest Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 610, *BNB 2005/233c** gaat Kavelaars in op deze herkaracterisering. Hij geeft aan dat dit een verrassende invalshoek is, die naar zijn weten niet eerder in de

mening van de Hoge Raad hetzelfde te gelden met betrekking tot de toepassing van deze bepalingen. De Hoge Raad acht de vervangende heffing ex art. 23a Wet VPB 1969 in strijd met art. 18 van het belastingverdrag tussen Nederland en België. De toepassing dient dan ook achterwege te blijven.

De vierde zaak heeft eveneens betrekking op de vervangende heffing ex art 23a Wet VPB 1969 naar aanleiding van de zetelverplaatsing van een pensioenvennootschap.¹⁰⁹ De belanghebbende in deze casus had pensioentoezeggingen gedaan aan D en de echtgenoot van D. D is grootaandeelhouder van de belanghebbende. Op 18 december 1995 zijn D en haar echtgenoot verhuisd naar België. Op 16 april is de zetel van belanghebbende naar de Nederlandse Antillen verplaatst. Op basis van art. 23a Wet VPB 1969 wordt de verschuldigde vennootschapsbelasting in 1995 vermeerderd met 60% van de waarde in het economisch verkeer van de pensioenverplichting. Hof 's-Hertogenbosch heeft in deze zaak geoordeeld dat art. 23a Wet VPB 1969 onterecht was toegepast, aangezien art. 36 Wet LB 1964 aan belastingheffing ex art. 23a Wet VPB 1969 in de weg staat. Het overgangsrecht van art. 36 Wet LB 1964 bewerkstelligt volgens het Hof dat de eis dat de pensioenverplichting gerekend moet worden tot het binnenlandse ondernemingsvermogen, geen gelding heeft ten aanzien van belanghebbende.¹¹⁰ De Staatssecretaris is na deze uitspraak in cassatie gegaan, waarbij het cassatieberoep is gericht tegen het oordeel dat toepassing art. 23a Wet VPB 1969 door de werking van art. 36 Wet LB 1964 geen doorgang kan vinden. De Hoge Raad verwijst in haar oordeel naar de conclusie van de A-G Wattel.¹¹¹ De A-G meent dat art. 36 Wet LB 1964 niet is bedoeld om in situaties zoals onderhavige, art. 23a Wet VPB 1969 buiten toepassing te stellen. De A-G meent dat dit voortvloeit uit de memorie van toelichting en de antwoorden op Kamervragen ter zake van art. 36 Wet LB 1964 en het feit dat deze toelichting en antwoorden kennelijk door de medewetgever zijn aanvaard. Het middel van de Staatssecretaris treft in zoverre doel. Dit leidt echter niet tot cassatie, omdat de heffing op grond van art. 23a Wet VPB 1969 wel in strijd is met de goede trouw ten aanzien van het belastingverdrag tussen Nederland en België, onder verwijzing naar het hiervoor behandelde arrest van de Hoge Raad van 5 september 2003, *BNB* 2003/380 en conform *BNB* 2005/234c*. De heffing over pensioen is in het belastingverdrag tussen Nederland en België immers toegewezen aan het woonland. De heffing op grond van art. 23a Wet VPB 1969 dient naar de mening van de Hoge Raad in deze zaak dan ook achterwege te blijven.

rechtspraak aan de orde is geweest. Kavelaars is van mening dat deze methodiek ver gaat, en dat men in feite zou kunnen zeggen dat de rechter hier op de stoel van de wetgever is gaan zitten. Ook gaat hij op zoek naar soortgelijke gevallen, waarin een bepaalde heffingsvorm is geïntroduceerd, die een vervanging vormt van een heffing die anders niet kan worden geëffectueerd.

¹⁰⁹ Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 40 192, *BNB* 2005/235c* (m. nt. Kavelaars).

¹¹⁰ Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2003, nr. 00/2729.

¹¹¹ Conclusie A-G Wattel 14 juli 2004, nr. 40 192, *V-N* 2004/57.8.

4.7.1.3 Hoge Raad 19 juni 2009

Op 19 juni 2009 heeft de Hoge Raad vier arresten gewezen naar aanleiding van de conserverende aanslag die wordt opgelegd over pensioen- en lijfrenteaanspraken bij. In drie zaken betrof het emigratie van een pensioengerechtigde. Deze zaken behandel ik in deze paragraaf. De vierde zaak behelst de heffing over lijfrenteaanspraken bij emigratie. Deze zaak behandel ik in paragraaf 4.7.2.

In de eerste zaak is de belanghebbende in 2001 geëmigreerd naar Frankrijk. Naar aanleiding hiervan wordt door de Inspecteur een conserverende aanslag in de inkomstenbelasting opgelegd over de waarde van de pensioenaanspraken van de belanghebbende, op de voet van het toenmalige art. 3.83, lid 1 jo. art. 3.146, lid 3 Wet IB 2001. Het loon dat in aanmerking is genomen, wordt geacht te zijn genoten op het tijdstip direct voorafgaande aan de emigratie. Belanghebbende heeft bij de Rechtbank te Breda beroep ingesteld. De Rechtbank heeft dit beroep gegrond verklaard en de conserverende aanslag vernietigd.¹¹² De Inspecteur is in hoger beroep gegaan. Voor het Hof was in geschil of de toepassing van het toenmalige art. 3.83, lid 1 jo. art. 3.146, lid 3 Wet IB 2001 strookt met het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk.¹¹³ Het heffingsrecht over pensioenen is in art. 18 van het belastingverdrag exclusief toegewezen aan de woonstaat. Aangezien belanghebbende inwoner van Frankrijk is, mag Nederland naar het oordeel van het Hof, de conserverende aanslag in dit geval niet opleggen.¹¹⁴ Het Hof heeft de uitspraak van de Rechtbank bevestigd, waarna door de Staatssecretaris cassatie is ingesteld. De Hoge Raad oordeelt in lijn met de Rechtbank en het Hof dat de inkomsten uit de toegekende pensioenaanspraak, uitsluitend worden bestreken door art. 18 van het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk.¹¹⁵ Zonder de fictie en de conserverende aanslag van art. 3.83, lid 1 jo. art. 3.146, lid 3 Wet IB 2001, zou de emigratie tot gevolg hebben dat op grond van art. 18 van het verdrag, alle inkomsten uit pensioenaanspraken uitsluitend mogen worden belast in Frankrijk. Het toenmalige art. 3.83, lid 1 Wet IB 2001 voorzag niet in het alsnog belasten van de indertijd vrijgestelde pensioenaanspraak, maar belast de waarde in het economisch verkeer van de opgebouwde pensioenrechten. Naar de mening van de Hoge Raad, mag de fictie niet bewerkstelligen dat de belastingheffing wegens na de toekenning optredende gebeurtenissen, aan de werking van art. 18 van het belastingverdrag wordt onttrokken, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge raad van 13 mei 2005.¹¹⁶ De fictie die de waarde van de opgebouwde pensioenrechten op een ondeelbaar moment voorafgaand aan de emigratie als loon in de Nederlandse heffing betreft, komt onder die

¹¹² Rechtbank Breda 15 maart 2006, nr 05/1048, *NTRF* 2006/642.

¹¹³ Overeenkomst van 16 maart 1973 tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van de Franse Republiek tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, *Trb.* 1973, 83.

¹¹⁴ Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2007, nr. 06/00 090, niet gepubliceerd.

¹¹⁵ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 43 978, *BNB* 2009/263c* (m.nt. Burgers).

¹¹⁶ Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 610, *BNB* 2005/233c* (m.nt. Kavelaars).

omstandigheden naar mening van de Hoge Raad in strijd met de goede trouw die bij de uitleg en toepassing van het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk in acht dient te worden genomen. De Hoge Raad verwijst hierbij naar het arrest van 5 september 2003.¹¹⁷ De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie van de Staatssecretaris dan ook ongegrond.

In het tweede arrest van 19 juni 2009 oordeelde de Hoge Raad over de emigratieheffing over pensioenaanspraken in relatie met het belastingverdrag met Korea. Belanghebbende heeft op of omstreeks 28 augustus 2001 Nederland metterwoon verlaten om zich in Korea te vestigen. Op voet van art. 3.83, lid 1 jo. art. 3.146, lid 3 Wet IB 2001 heeft de Inspecteur een conserverende aanslag opgelegd over de waarde in het economische verkeer van de tot het tijdstip van emigratie opgebouwde pensioenaanspraken. De belanghebbende heeft hiertegen beroep ingesteld bij de Rechtbank te Breda. De Rechtbank heeft het beroep gegrond verklaard en de uitspraak van de Inspecteur alsmede de conserverende aanslag vernietigd.¹¹⁸ Voor het Hof 's-Hertogenbosch was in geschil of de toepassing van deze bepaling strookt met het belastingverdrag tussen Nederland en Korea van 25 oktober 1978.¹¹⁹ Het Hof oordeelde dat Nederland de waarde van de pensioenaanspraken alleen in de heffing mag betrekken indien dat bij het verdrag is toegestaan. Het belastingverdrag tussen Nederland en Korea wijst in artikel 19 het heffingsrecht over pensioenen exclusief toe aan de woonstaat. Het Hof heeft het hoger beroep van de Inspecteur dan ook ongegrond verklaard.¹²⁰ De Staatssecretaris heeft beroep in cassatie ingesteld, omdat naar zijn mening het Hof ten onrechte dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld dat het door Nederland bij de emigratie van de belastingplichtige in aanmerking nemen van conserverend inkomen ter zake van pensioenen in strijd is met het belastingverdrag tussen Nederland en Korea. De Hoge Raad hanteerde voor de beoordeling van het middel van de Staatssecretaris dezelfde redenering als in het hiervoor behandelde arrest betreffende de exitheffing over pensioenen onder het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk.¹²¹ De pensioenaanspraken vallen bij de verkrijging onder artikel 15 van het Verdrag. Een nationale fictie kan niet bewerkstelligen dat de belastingheffing wegens na de toekenning van de aanspraken optredende gebeurtenissen aan de werking van artikel 19 van het Verdrag tussen Nederland en Korea wordt onttrokken.¹²² Zonder de fictie zouden alle inkomsten die uit de pensioenaanspraken voortvloeien, op grond van artikel 19 van

¹¹⁷ Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 657, *BNB* 2003/380c* (m.nt. Kavelaars).

¹¹⁸ Rechtbank Breda 31 augustus 2006, nr. AWB 05/1638.

¹¹⁹ Overeenkomst van 25 oktober 1978 tussen het Koninkrijk der Nederlanden en De Republiek Korea tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, *Trb.* 1979, 13.

¹²⁰ Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2007, nr. 06/0388.

¹²¹ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 43 978, *BNB* 2009/263c* (m.nt. Burgers).

¹²² Zie Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 610, *BNB* 2005/233c* (m.nt. Kavelaars).

het Verdrag belastbaar zijn in het woonland, i.c. Korea. De fictie die bewerkstelligt dat de waarde van de opgebouwde pensioenrechten als loon in de Nederlandse heffing wordt betrokken op een ondeelbaar moment voorafgaand aan de emigratie, komt onder die omstandigheden in strijd met de goede trouw die bij de uitleg en toepassing van het Verdrag in acht dient te worden genomen.¹²³ De Hoge Raad oordeelde dat de toepassing van artikel 3.83, lid 1 Wet IB 2001 in het onderhavige geval wegens strijd met artikel 19 van het belastingverdrag tussen Nederland en Korea achterwege dient te blijven en verklaarde het beroep in cassatie van de Staatssecretaris ongegrond.¹²⁴

De Hoge Raad boog zich in het derde arrest van 19 juni 2009 over de emigratieheffing over pensioenen onder het belastingverdrag tussen Nederland en de Filippijnen. Belanghebbende heeft op 16 april 2001 Nederland metterwoon verlaten om zich op de Filippijnen te vestigen. Belanghebbende had een pensioenaanspraak en lijfrente-aanspraak bij een in Nederland gevestigd pensioenfonds B en lijfrente-aanspraken bij de in Nederland gevestigde A. De pensioen- en lijfrente-aanspraken waren gefacilieerd opgebouwd. De Inspecteur had aan belanghebbende een conserverende aanslag opgelegd voor de belastingheffing over de waarde in het economische verkeer van de tot het tijdstip van emigratie opgebouwde pensioenaanspraken, op grond van art. 3.83, lid 1 jo. 3.146, lid 3 Wet IB 2001. Ook de opgebouwde lijfrente-aanspraken waren in de heffing betrokken door middel van een conserverende aanslag die betrekking heeft op de waarde in het economisch verkeer van de tot het tijdstip van emigratie opgebouwde lijfrente-aanspraken die als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking zijn genomen op grond van art. 3.136, lid 1 jo. 3.138, lid 1 Wet IB 2001. Belanghebbende is in beroep gegaan bij de Rechtbank in Breda. De Rechtbank oordeelde dat de conserverende aanslag voor zover deze betrekking had op de pensioenaanspraken moest worden vernietigd, maar voor zover deze betrekking had op de negatieve inkomensuitgaven als gevolg van de lijfrente-aanspraken wel in stand mocht blijven.¹²⁵ Het heffingsrecht over niet reguliere pensioenuitkeringen komt onder het belastingverdrag tussen Nederland en de Filippijnen toe aan het woonland, in dit geval de Filippijnen.¹²⁶ Nederland trok het heffingsrecht eenzijdig naar zich toe en handelde naar mening van de Rechtbank hiermee in strijd met de bepalingen van het belastingverdrag tussen Nederland en de Filippijnen en met de goede trouw die jegens de verdragspartner is verschuldigd. De Inspecteur ging in beroep bij het Hof 's-Hertogenbosch, waarbij in geschil was of de toepassing van de emigratieheffing over

¹²³ Vergelijk Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 657, *BNB* 2003/380c* (m.nt. Kavelaars).

¹²⁴ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 07/13267, *BNB* 2009/265* (m.nt. Burgers).

¹²⁵ Rechtbank Breda 31 augustus 2006, nr. AWB 05/2976, *V-N-V* 2006/.13.

¹²⁶ Overeenkomst van 9 maart 1989 tussen het koninkrijk der Nederlanden en de Republiek der Filippijnen tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar inkomen, *Trb.* 1989, 57.

pensioenaanspraken strookt met het belastingverdrag tussen Nederland en de Filippijnen. Het Hof oordeelde onder verwijzing naar artikel 18 van het belastingverdrag dat het heffingsrecht over pensioenen exclusief is toegewezen aan de woonstaat, in casus de Filippijnen. Nederland diende in dit geval dus af te zien van belastingheffing over de waarde van de pensioenaanspraken. Het Hof verklaarde het hoger beroep van de Inspecteur ongegrond.¹²⁷ De Staatssecretaris is hierop in cassatie gegaan en belanghebbende heeft voorwaardelijk incidenteel beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad oordeelde in gelijke zin met voorgaande arresten, met dezelfde argumentatie. De toepassing van art. 3.83, lid 1 Wet IB 2001 diende achterwege te blijven wegens strijd met artikel 18 van het belastingverdrag tussen Nederland en de Filippijnen. Het middel van de Staatssecretaris faalde en aan de behandeling van het incidentele beroep kwam de Hoge Raad daarom niet meer toe.¹²⁸

De Hoge Raad oordeelde in bovenstaande arresten dat het gevolg van effectuering van de emigratieheffing ten aanzien van pensioenen onder eerder gesloten belastingverdragen is dat het heffingsrecht van de staten waarmee dit verdrag is gesloten, materieel wordt uitgehold indien de andere staat onder het betreffende verdrag het exclusieve heffingsrecht heeft over de na de emigratie afgekochte pensioenen. Naar mening van de Hoge Raad is dit in strijd met de goede trouw die bij de uitleg en toepassing van belastingverdragen in acht moet worden genomen. Hiermee volgt de Hoge Raad de lijn die ze in eerdere arresten heeft uitgezet.¹²⁹ Het gevolg van de arresten van 19 juni 2009 is dat alle op 19 juni 2009 niet onherroepelijk vaststaande conserverende aanslagen, voortvloeiend uit een emigratie naar een land waarbij in het belastingverdrag het heffingsrecht over pensioenen exclusief is toegewezen aan het woonland, moeten worden verminderd of niet mogen worden opgelegd. In elke casus zal het van toepassing zijnde verdrag moeten worden beoordeeld. In bijvoorbeeld de belastingverdragen met België en Portugal is opgenomen dat Nederland onder meer in het geval van afkoop van pensioenen, het heffingsrecht onder voorwaarden behoudt.¹³⁰

4.7.2 Jurisprudentie inzake lijfrenten

4.7.2.1 Hoge Raad 7 december 2001 (Hongarije arrest)

Het Hongarije arrest is een onder de oude Wet IB 1964 gewezen arrest inzake de afkoop van een in Nederland gefacilieerde lijfrente na emigratie.¹³¹ De lijfrentegerechtigde emigreerde medio 1993

¹²⁷ Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2008, nr. 06/0391.

¹²⁸ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 08/02 288, *BNB* 2009/266* (m.nt. Burgers).

¹²⁹ F.P.G. Pötgens en H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', *WFR* 2010/74. Voor eerdere arresten in dit verband verwijs ik naar de eerder behandelde arresten Hoge Raad 5 september 2003, *BNB* 2003/380 en Hoge Raad 13 mei 2005, *BNB* 2005/232, *BNB* 2005/233, *BNB* 2005/234 en *BNB* 2005/235.

¹³⁰ C.L.J.R. Douven, 'De conserverende aanslag: Er was eens een honderdtal dga's', *Pensioen & Praktijk* 2009/11.

¹³¹ Hoge Raad 7 december 2001, nr. 35 231, *NTRF* 2001/1749, *BNB* 2002/42c* (m. nt. Kavelaars).

naar Hongarije, waarna hij met ingang van 1 januari 1994 zijn lijfrenteverzekering afkocht. De Inspecteur had het in 1993 als persoonlijke verplichting afgetrokken bedrag in 1994 in aanmerking genomen als negatieve persoonlijke verplichting op basis van art 45c, lid 2, onderdeel b Wet IB 1964. Naar mening van de Hoge Raad wijkt de heffing over het bedrag van de premies wezenlijk af van de heffing over (een gedeelte van) de afkoopsom zelf. De afkoopsom zelf wordt niet belast. De ontvangst van de afkoopsom betekent alleen dat de ontbindende voorwaarde waaronder de aftrek in het verleden is toegestaan, in vervulling gaat. Hierdoor was niet sprake van strijdigheid met doel strekking van het belastingverdrag met Hongarije. Bovendien werden de negatieve persoonlijke verplichtingen niet gevat onder de in art. 22 van het Verdrag met Hongarije bedoelde 'items of income', omdat zij bestaan in het terugnemen van het in het verleden genoten belastingvoordeel als gevolg van de aftrek. De Hoge Raad concludeerde dat het belastingverdrag tussen Nederland en Hongarije geen belemmering vormt voor het in aanmerking nemen van de negatieve persoonlijke verplichtingen bij afkoop van lijfrenten na emigratie, waarvoor eerder lijfrentepremies zijn afgetrokken. Het Nederlandse nationale recht kon dan ook doorgang vinden.

Opgemerkt dient te worden dat de behandeling van de (negatieve) persoonlijke verplichtingen onder de Wet IB 1964 anders was dan de huidige behandeling, opgenomen in afd. 3.8 Wet IB 2001 als (negatieve) uitgaven voor inkomensvoorzieningen. In het huidige systeem worden direct voorafgaande aan de emigratie negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking genomen. Kavelaars is in zijn noot bij onderhavig arrest van mening dat, doordat in de periode van binnenlandse belastingplicht, direct voorafgaande aan de emigratie, de negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking worden genomen, de verdragaspecten niet meer aan de orde komen. Inmiddels is duidelijk dat dit standpunt is achterhaald.¹³²

De Staatssecretaris heeft na het Hongarije-arrest het standpunt ingenomen dat bij afkoop van pensioenen geen sprake is van het belasten van de pensioenaanspraak, maar van het terugnemen van een eerder genoten voordeel.¹³³ De Hoge Raad heeft dit standpunt verworpen. De overdracht van een pensioen aan een niet-toegelaten verzekeraar wordt in de wet gelijkgesteld met een afkoop op basis van art. 19b, lid 2 Wet LB 1964. In feite wordt hiermee niet het eerder genoten voordeel teruggenomen, maar wordt een afkoopsom belast.¹³⁴

¹³² Zie Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 44 050, *BNB* 2009/264c* (m. nt. Burgers).

¹³³ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. B, punt 60, p. 47.

¹³⁴ Hoge Raad 23 januari 2004, nr. 37 978, *BNB* 2004/132 & Hoge Raad 23 januari 2004, nr. 38 098, *BNB* 2004/133.

4.7.2.2 Hoge Raad 19 juni 2009

In paragraaf 4.6.1.3 is aandacht besteed aan de arresten van de Hoge Raad van 19 juni 2009. Hierbij ging het om heffing over pensioenaanspraken. In het vierde arrest van 19 juni 2009 laat de Hoge Raad zich uit over de negatieve uitgaven die werden geconstateerd ter gelegenheid van de afkoop van een lijfrente, op basis van het toenmalige art. 3.133 jo. art. 3.137, lid 1 Wet IB 2001.¹³⁵ Belanghebbende had samen met haar echtgenoot in 1993 hun onderneming in een BV ingebracht. In verband met de vrijval van de fiscale oudedagsreserve heeft belanghebbende een lijfrente bedongen bij de BV, op basis van het toenmalige art. 45, lid 1, onderdeel g, onder 1° jo. art. 45a, lid 4 Wet IB 1964. De premie voor de lijfrente is in 1993 als persoonlijke verplichting ten laste van het inkomen van belanghebbende gekomen. In 1996 is belanghebbende verhuisd naar België. In 2002 is de lijfrenteverplichting door de BV afgekocht en is de afkoopsom aan belanghebbende uitbetaald. De Inspecteur heeft naar aanleiding van deze afkoop het belastbare inkomen over 2002 gecorrigeerd met negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. De belanghebbende is hiertegen in beroep gekomen bij het Hof 's-Hertogenbosch. Voor het Hof was uitsluitend in geschil of het oude belastingverdrag tussen Nederland en België¹³⁶ of de EG-verdragsvrijheden in de weg staan aan de Nederlandse heffing over de afkoop van de lijfrenteverplichting of over de terugbetaling van de premies. Het Hof overweegt dat het belastingverdrag het heffingsrecht over lijfrentetermijnen toewijst aan het woonland. Het belastingverdrag maakt geen onderscheid tussen de verschillende elementen van de afkoopsom of uitkering. Nederland heeft in 1992 een bepaling aan de Wet IB 1964 toegevoegd, waarmee door het terugnemen van de aftrek van de premie bij wijze van fictie over een gedeelte van de afkoopsom belasting wordt geheven.¹³⁷ Het Hof oordeelt, onder verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad van 5 september 2003¹³⁸, dat Nederland bij de wetswijziging verder ging dan de bedoeling was van Nederland en België bij de verdeling van de heffingsrechten tijdens de totstandkoming van het belastingverdrag. Het effect van de fictie is, dat Nederland over een (gedeelte van) de afkoopsom belasting heft, terwijl de heffing daarover bij de totstandkoming van het belastingverdrag op basis van art. 22 van het Verdrag aan het woonland, was toegewezen. Zonder verdragswijziging mag Nederland de heffingsfictie geen doorgang laten vinden, en kan aan de wijziging van het belastingverdrag met ingang van 1 januari 2003 geen terugwerkende kracht worden toegekend. Het Hof oordeelt dat het belastingverdrag met België in de weg staat aan de Nederlandse belastingheffing ter gelegenheid van de afkoop van de lijfrenteverplichting. De Staatssecretaris is

¹³⁵ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 44 050, *BNB* 2009/264c* (m. nt. Burgers).

¹³⁶ Het oude belastingverdrag tussen Nederland en België van 19 oktober 1970, opgenomen in *Trb.* 1970, 192 is per 5 juni 2001 vervangen door een nieuw verdrag, opgenomen in *Trb.* 2001, 136.

¹³⁷ De wijziging heeft plaatsgevonden bij de 'Brede herwaardering I', Wet van 12 december 1991, *Stb.* 697.

¹³⁸ Zie o.a. Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 651, *BNB* 2003/379c* (m.nt. Kavelaars).

tegen de uitspraak in cassatie gegaan, waarbij het middel zich richt tegen het oordeel van het Hof dat de belastingheffing ter gelegenheid van de afkoop van de lijfrente verplichting niet strookt met het belastingverdrag tussen Nederland en België. De Hoge Raad geeft in haar overwegingen aan dat op grond van art. 22 van het belastingverdrag uitsluitend België heffingsbevoegd is te heffen over zowel termijnen als de afkoopsom van een lijfrente van haar inwoners. Bij de uitleg van de verdragsbepaling dient de goede trouw in acht te worden genomen, waardoor het niet is toegestaan de bepaling uit te hollen of te ontgaan door het opnemen van een regeling op grond waarvan de waarde van de aanspraak op de lijfrente tot het inkomen wordt gerekend op het ondeelbare moment direct voorafgaande aan de afkoop. Heffing over de waarde van de lijfrente aanspraak wijkt immers niet wezenlijk af van heffing over (een gedeelte van) de afkoopsom zelf. De Hoge Raad oordeelt dat toepassing van de heffingsfictie wegens strijd met het bepaalde in art. 22 van het Verdrag achterwege dient te blijven. De schending van de goede trouw wordt niet weggenomen als de Inspecteur bereid is de heffing zonder wettelijke grondslag te beperken tot het bedrag van de voorheen in aftrek genomen lijfrentepremie. België heeft in zijn nationale wetgeving eenzijdig een vergelijkbare regeling opgenomen. Dit brengt echter niet mee dat België hiermee zijn bevoegdheid tot belastingheffing over dergelijke inkomsten van zijn inwoners, heeft willen prijsgeven of dat de Nederlandse regeling niet langer in strijd zou zijn met het Verdrag. De Hoge Raad oordeelt in deze zaak dan ook dat Nederland moet afzien van de heffing ter gelegenheid van afkoop van de lijfrente.

4.8 Exitheffingen elders in het belastingrecht

4.8.1 Inleiding

De problematiek rondom emigratieheffingen speelt niet alleen voor pensioenen en lijfrenten. De emigratieheffingen komen we bijvoorbeeld ook tegen in de sfeer van aanmerkelijk belang en als heffing in de vennootschapsbelasting bij de zetelverplaatsing van een vennootschap. In deze paragraaf komen kort de ontwikkelingen over emigratieheffingen op andere gebieden aan de orde.

4.8.2 AB-arresten

In het regime van het aanmerkelijk belang ontstaan eveneens latente belastingclaims. Dit is inherent aan het systeem van een vermogenswinstbelasting. Immers wordt dan niet geheven op het moment van de aangroei van het vermogen, maar op het moment van de daadwerkelijke realisatie van de voordelen. Op het moment van emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder, zou zonder een emigratieheffing, de latente belastingclaim verdampen. Het aanmerkelijkbelangregime bevat per 1 januari 1997 dan ook een exitheffing, waarbij op het moment direct voorafgaande aan de emigratie

van de aanmerkelijkbelanghouder een fictieve vervreemding van het aanmerkelijk belang wordt geconstateerd. Op dat moment wordt het verschil tussen de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang en de waarde in het economisch verkeer van het aanmerkelijk belang op basis van art. 4.15, lid 1, onderdeel h Wet IB 2001, jo. art. 4.46, lid 2 Wet IB 2001 aangemerkt als inkomen en als zodanig begrepen in een afzonderlijke conserverende aanslag op grond van art. 2.8, lid 2 Wet IB 2001. Voor deze conserverende aanslag wordt op grond van art. 25, lid 8 IW 1990 betalingsuitstel verleend voor de duur van tien jaar. Na tien jaar wordt kwijtschelding verleend voor het dan nog openstaande bedrag, conform art. 26, lid 2 IW 1990.

Het leidende beginsel achter de exitheffing over de voordelen uit het aanmerkelijk belang is het fiscale territorialiteitsbeginsel. Uit de kamerstukken blijkt dat de conserverende aanslag tot doel heeft de tijdens het verblijf in Nederland opgebouwde claim over de meerwaarde van het aanmerkelijk belang, na grensoverschrijding nog in de heffing te kunnen betrekken. Deze doelstelling is gebaseerd op het bewaren van de fiscale coherentie, gecombineerd met het uitgangspunt van fiscale territorialiteit.¹³⁹ Niettemin is duidelijk dat de afrekening in de aanmerkelijk belangsfeer bij eveneens een karakter van anti-misbruik bezit. In de parlementaire geschiedenis is naar voren gekomen dat de maatregel beoogt een einde te maken aan de fiscaal geïndiceerde emigratie om de ab-heffing te ontgaan door een al dan niet tijdelijke vestiging over de grens.¹⁴⁰

Met de exitheffing probeert Nederland de fiscale claim over de waardeangroei van een aanmerkelijk belang te waarborgen. Het is de vraag in hoeverre dit onder bilaterale belastingverdragen is toegestaan. Het OESO-modelverdrag wijst in artikel 13, lid 5 de heffingsbevoegdheid ter zake van de vervreemdingswinst op aandelen toe aan de woonstaat. In bilaterale belastingverdragen volgt Nederland deze bepaling, met in de regel de aanvulling dat Nederland gedurende tien jaren na emigratie heffingsbevoegd blijft in situaties van een aanmerkelijk belang. Dit AB-voorbehoud is zodanig vormgegeven dat de bronstaat en de woonstaat beide heffingsbevoegd zijn gedurende deze periode. Tot circa 1997 was de termijn die Nederland in de verdragen opnam als AB-voorbehoud beperkt tot vijf jaren. In het NSV wordt nog steeds de termijn van vijf jaren gehanteerd. Na de termijn van vijf jaren geldt de hoofdregel van art. 13, lid 5 OESO.

De Hoge Raad heeft op 20 februari 2009 arrest gewezen in vijf zaken over de emigratieheffing bij aanmerkelijk belang (hierna: ab-arresten).¹⁴¹ Evenals bij de emigratieheffing in het geval van

¹³⁹ Overige fiscale maatregelen 2005, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 758, nr. 4, p. 12.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 18.

¹⁴¹ De Hoge Raad wees op 20 februari 2009 arrest vijf zaken:

Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 07/12314, *BNB* 2009/262c*, *V-N* 2009/11.9, *NTFR* 2009/468 (emigratie naar het Verenigd Koninkrijk in 1997). Dit betreft het sluitstuk in de N-zaak. Het Hof van Justitie heeft op 7 september 2006 uitspraak gedaan

pensioenen en lijfrenten kan de vraag opkomen of de emigratieheffing in strijd is met de goede verdragstrouw. Het belastingverdrag wijst de heffing in principe toe aan de woonstaat. Met de exithetffing direct voorafgaande aan de emigratie ondermijnt Nederland in feite de verdragsbepaling door deze eenzijdig buiten werking te stellen. De Hoge Raad beslist in de arresten van 20 februari 2009 dat de exithetffing onder verdragen met een AB-voorbehoud van vijf jaren geen strijd oplevert met de goede trouw jegens de verdragspartner. De exithetffing vindt in beginsel plaats tijdens de periode van binnenlandse belastingplicht, waardoor voor de belastingplichtige in beginsel geen beroep op de bepalingen uit het belastingverdrag mogelijk is. De Hoge Raad merkt op dat een exithetffing in strijd kan zijn met de goede verdragstrouw, indien een voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard gezien ter heffing toekomt aan de staat waarnaar de belastingplichtige emigreert. Bij de emigratieheffing over het aanmerkelijk belang is dat naar de mening van de Hoge Raad niet het geval. Het OESO-commentaar bij art. 13, lid 5 OESO sluit niet uit dat een staat voor de heffing over vermogenswinst aanknoopt bij een niet door vervreemding tot uitdrukking gekomen vermogensaanwas.¹⁴² Bij een aanmerkelijk belang wordt belasting geheven op het realisatiemoment. Op het moment van emigratie kan de claim over de vermogensaanwas verloren gaan. De wetgever beoogt met de aanmerkelijkbelangregeling de waardeestijging van de aandelen gedurende de periode van het Nederlands inwonerschap te belasten, gezien de step-up bij immigratie. Van strijd met de goede verdragstrouw is naar de mening van de Hoge Raad geen sprake, aangezien geen voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard gezien ter heffing is toegewezen aan de immigratiestaat.¹⁴³

In de recente door Nederland gesloten belastingverdragen wordt voor het AB-voorbehoud een termijn van tien jaren aangehouden.¹⁴⁴ Deze termijn sluit uitdrukkelijk aan bij de termijn die wordt

in deze zaak. In het volgende hoofdstuk zal de uitspraak van het Hof van Justitie worden behandeld. Het geschil voor de nationale rechter spitste zich toe op de doorwerking van deze uitspraak in aanhangige nationale procedures. Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 701, *BNB* 2009/260c* (emigratie naar België in 1999). Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 699, *BNB* 2009/260, *NTFR* 2009/467 (emigratie naar België in 1998). Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 702, *NTFR* 2009/467 (emigratie naar België in 1998). Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 43 760, *BNB* 2009/261c*, *V-N* 2009/12.9, *NTFR* 2009/468 (emigratie naar Verenigde Staten van Amerika in 1999).

¹⁴² OESO-commentaar op art. 13 OESO-modelverdrag 2008, § 2 tot 9 en § 12 en 29. Pötgens en Kappelle zijn overigens van mening dat het nog maar de vraag is of uit het OESO-commentaar onomwonden kan worden afgeleid dat een fictieve vervreemding die bij de emigratie van een aanmerkelijkbelanghouder wordt geconstateerd, moet worden uitgesloten van het vervreemdingsbegrip van art. 13 OESO-modelverdrag. Het OESO-commentaar merkt namelijk enkel op dat de bepalingen van art. 13 samen met art. 6, 7 en 21 van het OESO-modelverdrag volstaan om de waardeestijgingen die nog niet daadwerkelijk gerealiseerd zijn, te omvatten. Zie: F.P.G. Pötgens en H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', *WFR* 2010/74, noot 38.

¹⁴³ F.G.F. Peters, 'Emigratieheffing ab: eindoordeel geveld maar eindstation nog niet bereikt', *NTFR* 2009/1415. Voor een uitgebreide beschouwing over de houdbaarheid van de emigratieheffing verwijst de auteur naar: F.G.F. Peters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, Fiscale Monografieën nr. 123, Deventer: Kluwer 2007, par. 6.1.1.2.

¹⁴⁴ Zie bijvoorbeeld het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Portugal tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, *Trb.* 1999, 180.

gehanteerd bij de conserverende aanslag die wordt opgelegd naar aanleiding van de emigratieheffing over het voordeel uit aanmerkelijk belang. De emigratieheffing is onder deze verdragen dan ook uitdrukkelijk geoorloofd.¹⁴⁵

De emigratieheffing bij de aanmerkelijkbelanghouder wijkt op één onderdeel af van de emigratieheffingen bij de pensioen- of lijfrentegerechtigde. Bij de ab-heffing verleent de bronstaat namelijk een verrekening voor de in de woonstaat over de realisatie verschuldigde belasting, de zogenaamde 'reverse credit' op basis van art. 26, lid 5, aanhef en onderdeel b, IW 1990, jo. art 4, lid 4, Uitv.reg. IW 1990. De systematiek van heffen bij emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder ligt daarmee genuanceerder dan bij de emigratieheffingen over pensioen- en lijfrenteaanspraken.¹⁴⁶ Bij pensioenen en lijfrenten wordt immers in de regel geen rekening gehouden met de heffing over deze inkomsten door de andere staat.

4.8.3 *Exitheffingen in de winstsfeer*

Ook in de winstsfeer kennen we in art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet VPB 1969 exitheffingen, welke als doel hebben winstbestanddelen in de belastingheffing te betrekken die behoren tot de totale winst van de onderneming, maar die nog niet in aanmerking zijn genomen, terwijl de belastingplichtige ophoudt in Nederland winst te genieten.¹⁴⁷ Art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet VPB 1969 zijn afrekeningsbepalingen die beogen de fiscale claim over de stille en fiscale reserves veilig te stellen, als de belastingplichtige in Nederland ophoudt belastbare winst te genieten. Een verschil tussen art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet VPB 1969 is dat art. 15c Wet VPB 1969 voor de bepaling van de vestigingsplaats van de belastingplichtige niet alleen aanknoopt bij het nationale recht, maar ook bij de toepasselijke verdragsbepalingen. In de literatuur komt naar voren dat dit kan leiden tot een heffingslek bij art. 3.60 Wet IB 2001.¹⁴⁸

In essentie zijn de eindafrekeningsbepalingen in de winstsfeer vergelijkbaar met de bepalingen in de sfeer van het aanmerkelijk belang. In de winstsfeer gaat het om vermogenswinstbelasting, waarbij latente belastingclaims ontstaan en wordt geheven op het realisatiemoment. De eindafrekeningsbepalingen bij gehele of gedeelte verplaatsing van de onderneming over de grens

¹⁴⁵ Zie F.G.F. Peters, 'Emigratieheffing ab: eindoordeel geveld maar eindstation nog niet bereikt', *NtFR* 2009/1415 voor een beschouwing van de verdere gevolgen van de arresten van 20 februari 2009. De auteur bepleit in dit artikel nog een aantal aanpassingen van de conserverende aanslag in het licht van belastingverdragen en het Europees Recht. Zie ook P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (1)', *NtFR Beschouwingen* 2009/28.

¹⁴⁶ F.P.G. Pötgens en H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', *WFR* 2010/74.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3 (Memorie van Toelichting), blz. 118.

¹⁴⁸ M.J. Ellis, 'Enkele internationale kanttekeningen bij het ontwerp van de Wet Inkomstenbelasting 2001', *MBB* 1999-10/11, p. 392-401.

voorkomen dat de belastingclaim over de meerwaarden verloren gaat. Alle voordelen die nog niet op een eerder moment in de jaarwinst waren getrokken, moeten op grond van de eindafrekeningsbepalingen in het jaar waarin de belastingplichtige ophoudt in Nederland winst te genieten, tot de jaarwinst worden gerekend. De eindafrekeningsbepalingen in de winstsfeer vormen het sluitstuk van de totaalwinstgedachte. Een verschil met de eindafrekeningsbepalingen in de afsfeer, is dat in de winstsfeer sprake is van een acute afrekeningsverplichting. Er wordt geen uitstel van betaling verleend en er wordt evenmin rekening gehouden met waardedalingen na emigratie.

Ook hier kan de vraag opkomen hoe deze artikelen zich verhouden tot de goede trouw jegens de partner van het belastingverdrag. Het is denkbaar dat Nederland met de introductie van de eindafrekeningsbepalingen eenzijdig heffingsrechten naar zich toe heeft getrokken, waarvan onder eerder in het belastingverdrag afstand was gedaan. In de literatuur is aan de hand van de criteria die de Hoge Raad heeft geformuleerd bij de fictief loon-arresten¹⁴⁹ en de ab-arresten¹⁵⁰ getoetst of de eindafrekeningsbepalingen in de winstsfeer in strijd zijn met door Nederland gesloten belastingverdragen. Het heffingsrecht over winst uit onderneming is op basis van art. 7 OESO toegewezen aan de staat waar de onderneming is gevestigd, en naar redelijkerwijs mag worden aangenomen voor zover de winst aldaar wordt behaald en aan de periode van de vestiging in het betreffende land kan worden toegerekend.¹⁵¹ In de lijn van de benadering van de Hoge Raad in de ab-arresten van 20 februari 2009 zou bij verplaatsing van de vestigingsplaats van de onderneming, door Nederland een exitheffing mogen worden opgelegd. Op het moment direct voorafgaande aan de emigratie wordt de belastingplichtige geacht een vervreemdingsvoordeel te genieten. Het betreft een voordeel dat werkelijke aard niet ter heffing toekomt aan de immigratiestaat. In de literatuur wordt betoogd dat noch art. 7 OESO noch art. 13 OESO zich verzet tegen het door Nederland belasten van de stille reserves, fiscale reserves en goodwill in het ondernemingsvermogen die zijn ontstaan in de periode van binnenlandse belastingplicht. Art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet VPB 1969 zouden dan ook niet in strijd zijn met de goede verdragstrouw.¹⁵²

4.8.4 Fictief loon-arresten

De Hoge Raad heeft zich ook op het gebied van fictief loon uitgelaten over de houdbaarheid in het licht van de goede trouw ten aanzien van belastingverdragen. Op 5 september 2003 oordeelde de

¹⁴⁹ Zie paragraaf 4.8.4

¹⁵⁰ Zie paragraaf 4.8.2.

¹⁵¹ P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (1)', *NTFR Beschouwingen* 2009/28.

¹⁵² F.G.F. Peters & M.P.A. Monfroof, 'Exitheffingen bij vertrek?', *WFR* 2009/637.

Hoge Raad dat Nederland onder het oude belastingverdrag tussen Nederland en België geen belasting mag heffen over het fictief loon dat op grond van art. 12a Wet LB 1964 is vastgesteld.¹⁵³

In deze casus woonde de belanghebbende in België was dga van een in Nederland gevestigde BV. Op grond van art. 12a Wet LB 1964, geïntroduceerd per 1 januari 1977, wordt door de Inspecteur het gebruikelijk loon vastgesteld. Op grond van het oude belastingverdrag tussen Nederland en België uit 1970 zou voor dit fictieve inkomen onder art. 15 (inkomen uit niet-zelfstandige arbeid) of art. 16 (bestuurdersbeloningen) de heffingsbevoegdheid aan de werkstaat, in casu Nederland, worden toegewezen. Zonder deze heffingsfictie zou het voordeel uit aanmerkelijk belang, dat bestaat uit dividenden en vermogenswinsten, kwalificeren onder art. 10 of art. 13 van het belastingverdrag, waardoor het heffingsrecht is toegewezen aan de woonstaat, in casu België. De bronstaat houdt dan een beperkt heffingsrecht met betrekking tot dividenden en een onverkort heffingsrecht indien het ab-voorbehoud van art. 13, lid 5 van het belastingverdrag van toepassing is. Door de heffingsfictie ontstaat een potentiële verschuiving van het heffingsrecht van België naar Nederland. De Hoge Raad oordeelde op basis van art. 3, lid 2 van het toenmalige belastingverdrag tussen Nederland en België dat de fictiefloonregeling geen doorgang kan vinden. Door de wetsfictie wordt door Nederland eenzijdig de werking van het verdrag gewijzigd. De Hoge Raad verwijst naar het OESO-commentaar op art. 3 OESO-modelverdrag, waarin is bepaald dat art. 3, lid 2 OESO poogt een balans te vinden tussen 'permanency of commitments' en het praktisch toepasbaar houden van het verdrag. Gesteld kan worden dat 'permanency of commitments' het equivalent vormt van de goede verdragstrouw.¹⁵⁴ De Hoge Raad concludeert dat Nederland geen belasting mag heffen over het fictieve loon.¹⁵⁵

4.9 Houdbaarheid van de Nederlandse behandeling

4.9.1 Inleiding

Uit voorgaande behandeling van jurisprudentie zijn conclusies te trekken omtrent de houdbaarheid van de huidige Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten onder bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, met name in het licht van de goede trouw jegens de verdragspartner. De Hoge Raad acht het niet in overeenstemming met de goede trouw als een fictie in de nationale wetgeving wordt geïntroduceerd waarmee potentieel heffingsrechten worden verplaatst, indien deze eerder door een bilateraal verdrag ter voorkoming zijn verdeeld, zo volgt

¹⁵³ Hoge Raad 5 september 2003, *BNB* 2003/379, *NTFR* 2003/1511 en *BNB* 2003/381, *NTFR* 2003/1512.

¹⁵⁴ Zie in dit verband F.P.G. Pötgens en H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', *WFR* 2010/74. De auteurs gaan in noot 31 van dit artikel uitgebreid in op de betekenis van 'permanency of commitments' en komen tot de conclusie dat de Hoge Raad in dezen aan de goede trouw wenst te refereren.

¹⁵⁵ Overigens concludeert de Hoge Raad dat de heffing van premie volksverzekeringen wel doorgang mag vinden. Zie voor de bijgaande motivering Hoge Raad 5 september 2003, *BNB* 2003/379, r.o. 3.5 en 3.6.1 tot en met 3.6.3, *NTFR* 2003/1511.

onder meer uit het Singapore-arrest en de fictief-loonarresten. Indien het belastingverdrag echter is gesloten nadat de fictiebepaling in de wet is opgenomen, is van schending van de goede verdragstrouw op basis van de fictief loon arresten in beginsel geen sprake. Dit impliceert dat van schending van de goede verdragstrouw in het kader van de exitheffingen over pensioenen en lijfrentes in elk geval geen sprake is, indien het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is gesloten na de introductie van de regeling op 1 januari 2001.

4.9.2 *Exitheffingen over pensioenen en lijfrenten*

In 2009 heeft de Hoge Raad zich zowel uitgelaten over de houdbaarheid van exitheffingen in de sfeer van het aanmerkelijk belang, als over de houdbaarheid van exitheffingen over pensioenen en lijfrenten. In het navolgende toets ik de huidige wetgeving omtrent exitheffingen over pensioenen en lijfrenten aan deze arresten. Hierbij maak ik gebruik van mijn bevindingen ten aanzien van de heffing over pensioenen en lijfrenten in bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, die ik in dit hoofdstuk heb behandeld.

4.9.2.1 *Exitheffingen over pensioenen en lijfrenten onder de ab-arresten*

De Hoge Raad oordeelde in de arresten van 20 februari 2009 dat de heffing bij emigratie van aanmerkelijkbelanghouders niet in strijd is met de goede trouw die jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. De Hoge Raad komt tot dit oordeel op basis van de constatering dat geen voordeel wordt belast dat naar de werkelijke aard ter heffing is toegewezen aan de immigratiestaat. De wetgever beoogt met de eindheffing de waardeinstijging van aandelen gedurende de periode van Nederlands inwonerschap te belasten. Het commentaar op het OESO-modelverdrag sluit een heffing over nog niet door vervreemding tot uitdrukking gekomen vermogensaanwas niet uit. De Hoge Raad oordeelde dat niet sprake was van strijdigheid met de goede verdragstrouw. In de literatuur zijn kanttekeningen geplaatst bij deze op zichzelf juiste benadering.¹⁵⁶ De vraag is wat op basis van de arresten van 20 februari kan worden gesteld over houdbaarheid van exitheffingen over pensioenen en lijfrenten. Op basis van het OESO-modelverdrag is uitsluitend de woonstaat heffingsbevoegd over inkomsten uit private pensioenregelingen. Indien het pensioenartikel ook voor lijfrenten geldt, is ten aanzien daarvan de woonstaat eveneens heffingsbevoegd. De ruimte die in art. 13 OESO en het bijbehorende commentaar voor

¹⁵⁶ Zie hierover o.a.: P. Kavelaars, 'Conserverende aanslagen en verdragen (1)', *NtFR Beschouwingen* 2009/28. Kavelaars geeft aan dat hij van mening is dat het wenselijk is dat verdragstaten gedetailleerdere regeling moeten treffen voor de heffing van vermogenswinsten, nu het OESO-modelverdrag en het OESO-commentaar in deze naar zijn mening niet geheel op elkaar zijn afgestemd.

vervreemdingswinsten door de Hoge Raad werd geconstateerd, wordt niet geboden in het pensioenartikel. De conclusie luidt dan dat de Nederlandse exitheffingen over pensioenen en lijfrenten in strijd zijn met de goede verdragstrouw. Indien lijfrenten worden beheld door art. 21 OESO, en dit saldoartikel geen claw-backbepaling bevat, geldt hetzelfde ten aanzien van lijfrente-inkomsten. Indien de claw-backbepaling wel is opgenomen in het saldoartikel, blijft de bronstaat heffingsbevoegd indien de woonstaat geen belasting heft over de betreffende inkomsten. In dat geval is een exitheffing over lijfrenteaanspraken niet in strijd met de goede verdragstrouw.¹⁵⁷

4.9.2.2 Exitheffingen over pensioenen en lijfrenten onder de arresten van 19 juni 2009

De Hoge Raad oordeelde op 19 juni 2009 over de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten en meende dat het gevolg van effectuering van de emigratieheffing ten aanzien van pensioenen onder eerder gesloten belastingverdragen is dat het heffingsrecht van de staten waarmee dit verdrag is gesloten, materieel wordt uitgehold, indien de andere staat onder het betreffende verdrag het exclusieve heffingsrecht heeft over de na de emigratie afgekochte pensioenen en lijfrenten. Naar de mening van de Hoge Raad is dit in strijd met de goede trouw jegens de partner van het bilaterale belastingverdrag. Deze conclusie is gebaseerd op een andere benadering dan die in de ab-arresten van 20 februari 2009 is gehanteerd. In die lijn zou namelijk op grond van art. 18 respectievelijk 21 OESO en het OESO-commentaar kunnen worden gesteld dat de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten in strijd zijn met de goede verdragstrouw. De Hoge Raad constateert dat sprake is van schending van de goede trouw jegens de verdragspartner, als een voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard gezien ter heffing is toegewezen aan het andere land. Ten tijde van de arresten van 19 juni 2009 was dit voor de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten naar mening van de Hoge Raad nog het geval. Ten tijde van de arresten van 19 februari 2009 voorzag de regeling van art. 3.83, lid 1, jo. art. 3.146, lid 3 Wet IB 2001 niet in het alsnog in de heffing betrekken van de indertijd vrijgestelde aanspraak, maar werd belasting geheven over de waarde van de aanspraak in het economisch verkeer ten tijde van emigratie. Zonder deze fictie zouden de inkomsten uit de aanspraken op grond van art. 18 OESO belastbaar zijn in het woonland. De toenmalige heffingsfictie kwam daarmee volgens de Hoge Raad in strijd met de goede verdragstrouw.

In de arresten van 19 juni 2009 doet de Hoge Raad, naar mening van de regering, ook een handreiking aan de wetgever om de problematiek van de goede verdragstrouw op te lossen.¹⁵⁸ De

¹⁵⁷ P. Kavelaars, 'Conserverende aanslagen en verdragen (1)', *NTFR Beschouwingen* 2009/28.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31990, nr. 3, p. 2.

regering doelt hier op onderstaande overweging van de Hoge Raad in het lijfrentearrest van 19 juni 2009:

“De in 3.3.4 vastgestelde strijd met het Verdrag wordt bepaald door de werkelijke aard van het onderhavige inkomensbestanddeel, blijkend uit de wettelijke regeling. Dit brengt mee dat het Verdrag in de weg staat aan iedere belastingheffing over dit inkomensbestanddeel door Nederland. De schending van het Verdrag wordt daarom niet weggenomen indien de inspecteur - zoals in dit geval - bereid is de heffing zonder wettelijke grondslag te beperken tot het bedrag van de voorheen afgetrokken lijfrentepremie.”¹⁵⁹

Eventuele reparatiewetgeving mag niet dusdanig worden vormgegeven dat alsnog wordt geheven over afkoopsommen. De reparatiewetgeving moet naar mening van de wetgever na het lezen van de overwegingen van de Hoge Raad zodanig worden vormgegeven dat de (lijfrente)premies die in het verleden in aftrek zijn gebracht, onderscheidenlijk de vrijgestelde aanspraken, worden teruggenomen en alsnog worden betrokken in een conserverende aanslag:

“Uit de hiervóór geciteerde overwegingen – zowel uit het arrest van 19 juni jl. als uit het eerdere arrest waarnaar de Hoge Raad op 19 juni verwijst [¹⁶⁰] – kan worden afgeleid, dat het in de ogen van de Hoge Raad niet in strijd is met, kort weergegeven, de goede verdragstrouw om de destijds in aftrek gebrachte (lijfrente)premies onderscheidenlijk de indertijd vrijgestelde aanspraken, in de conserverende aanslag bij emigratie te betrekken, mits dit berust op een wettelijke bepaling. Het onderhavige wetsvoorstel strekt hiertoe.”¹⁶¹

Uit de wetgeving die ik in hoofdstuk 3 heb behandeld, blijkt dat de wetgever erin is geslaagd de huidige regeling met terugwerkende kracht tot 29 juni 2009 aldus vorm te geven. De reparatiewetgeving voorziet in een heffing in de situatie waarin een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van vóór de totstandkoming van de Wet IB 2001 op 1 januari 2001 van toepassing is en waarin de heffing ter zake van pensioeninkomsten exclusief is toegewezen aan de woonstaat. De heffing vindt dan plaats over het in het verleden genoten belastingvoordeel in het kader van de verwerving van de pensioenaanspraken en niet over de waarde van de aanspraken in het economisch verkeer op basis van art. 3.136, lid 3 en lid 6 Wet IB 2001. Hiermee wordt teruggerepen naar de regeling zoals die onder de Wet IB 1964 gold voor lijfrenteaanspraken. Onder die regeling werden op het moment van emigratie de lijfrentepremies die in het verleden in aftrek waren gekomen op het inkomen, als afkoop aangemerkt en voor de belastingheffing als negatieve

¹⁵⁹ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 44 050, *BNB* 2009/264c* (m. nt. Burgers), r.o. 3.3.5.

¹⁶⁰ Bedoeld wordt hier het arrest Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 610, *BNB* 2005/233c* (m. nt. Kavelaars).

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2008-09, 31990, nr. 3, p. 3.

persoonlijke verplichting in aanmerking genomen. De Hoge Raad heeft zich in het Hongarije-arrest uitgesproken over deze regeling.¹⁶²

In het Hongarije-arrest heeft de Hoge Raad de in die tijd bestaande lijfrenteregeling, waarbij de premieaftrek voor gefaciliteerde opbouw van lijfrenten werd teruggenomen op het moment van afkoop na emigratie, goedgekeurd. Voor lijfrenten gold echter het uitgangspunt de premieaftrek onder voorwaarden werd verleend. Deze aftrek kon worden teruggenomen indien niet langer aan de voorwaarden werd voldaan. De afkoop van de lijfrente vormt de ontbindende voorwaarde waaronder de premies destijds ten laste van het belastbare inkomen zijn gekomen. Van belasting van de afkoopsom is naar mening van de Hoge Raad geen sprake. Omdat er sprake is van de terugname van in het verleden in aftrek gebrachte persoonlijke verplichtingen, worden de inkomsten niet bevat onder de inkomensbestanddelen die onder de reikwijdte van het restartikel van het belastingverdrag tussen Nederland en Hongarije worden gerekend.

Ten aanzien van pensioenen wordt in het geval van gefaciliteerde opbouw de aanspraak nog steeds onvoorwaardelijk vrijgesteld indien wordt voldaan aan de voorwaarden van hoofdstuk IIB Wet LB 1964. De toekenning van de pensioenaanspraak is in de leer van de Hoge Raad van de arresten van 19 juni 2009 een beloning die voortkomt uit de dienstbetrekking, daarmee vallend onder art. 15 OESO. Inkomsten die naderhand uit deze aanspraken voortvloeien, worden beheld door het pensioenartikel, art. 18 OESO. De verdragsbepalingen die de heffingsbevoegdheid over inkomsten uit (vroegere) arbeid regelen vormen hiermee een gesloten systeem.¹⁶³ Zonder de exitheffing zouden de inkomsten die voortvloeien uit de aanspraken in het woonland aldus belastbaar zijn. De wetgever leest in het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 in mijn ogen ten onrechte de mogelijkheid om reparatiewetgeving in het kader van pensioenen te baseren op een oude regeling die zag op de behandeling van lijfrente-aanspraken in grensoverschrijdende situaties.

De reparatiewetgeving sluit namelijk nog steeds aan bij het moment van emigratie, een gebeurtenis na het toekennen van de pensioenaanspraak. De lijfrentepremieaftrek onder de Wet IB 1964 werd teruggenomen en kwalificeerde naar het oordeel van de Hoge Raad in het Hongarije-arrest niet als inkomensbestanddeel in de zin van het restartikel van het belastingverdrag. Nederland stelt de pensioenaanspraak echter onvoorwaardelijk vrij. In de lijn van de Hoge Raad is dan alleen nog het pensioenartikel uit het OESO-modelverdrag van toepassing, op basis waarvan het woonland heffingsbevoegd is. Nederland tracht met de reparatiewetgeving wederom de heffingsbevoegdheid eenzijdig te wijzigen en handelt daarmee in mijn ogen wederom in strijd met de goede

¹⁶² Hoge Raad 7 december 2001, nr. 35 231, *NTFR* 2001/1749, *BNB* 2002/42c* (m. nt. Kavelaars).

¹⁶³ Zie o.a. het Singapore-arrest, Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 657, *BNB* 2003/380c* (m. nt. Kavelaars).

verdragstrouw, zij het tot het bedrag van de pensioenaanspraken waarvoor in het verleden een belastingvoordeel is verleend.¹⁶⁴ Deze conclusie gaat alleen op wanneer het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dateert van vóór 1 januari 2001 en de heffingsbevoegdheid over pensioeninkomsten daarin exclusief is toegewezen aan de woonstaat.

Kavelaars wijst in deze op het feit dat de Hoge Raad voor de beoordeling van de goede verdragstrouw waarde hecht aan de vormgeving van de nationale wet. Materieelrechtelijk kan de goede verdragstrouw op deze manier worden gefrustreerd, terwijl formeelrechtelijk de goede trouw niet mag worden geschonden. Materieelrechtelijk komen de systemen immers op hetzelfde neer: zowel het systeem van belastingen van de waarde in het economisch verkeer als het hanteren van een negatieve persoonlijke verplichting frustreert de goede trouw aan het belastingverdrag.¹⁶⁵

De vraag is of voorgaande conclusie, dat de reparatiewetgeving ten aanzien van de exitheffing over pensioenaanspraken in strijd is met de goede verdragstrouw, ook op gaat in het kader van de hernieuwde exitheffing over lijfrenteanspraken. Allereerst kan worden gesteld dat lijfrenten van vóór de Brede Herwaardering ingaande 1992 geen rol spelen in deze analyse. De bepalingen inzake negatieve uitgaven en negatieve inkomensvoorzieningen zijn daarop namelijk niet van toepassing.¹⁶⁶ De Hoge Raad oordeelde op 19 juni dat ook de toenmalige exitheffing over lijfrenteanspraken, waarbij op grond van het toenmalige art. 3.136 jo. art. 3.137 jo. art. 2.8 lid 2 en 2.9 Wet IB 2001 een conserverende aanslag werd opgelegd over de waarde van de aanspraken in het economisch verkeer, in strijd is met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de toepassing en uitleg van het toenmalige belastingverdrag met België, nu op grond van art. 22 van dat Verdrag uitsluitend de woonstaat heffingsbevoegd was over de termijnen en afkoopsom van lijfrenten. De reparatiewetgeving die daarop volgde hield in dat indien art. 3.136 geen doorgang kan vinden als gevolg van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, dan slechts de in het verleden in aftrek gebrachte premies in aanmerking worden genomen als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Naar mijn mening trekt Nederland ook hier met een latere wetwijziging eenzijdig het heffingsrecht naar zich toe, terwijl dit heffingsrecht eerst toe kwam aan de andere verdragsluitende staat. Door de fictie tracht Nederland verdragsposterieur het heffingsrecht over lijfrenteanspraken naar zich toe trekken, wat in mijn ogen in strijd is met de fictief loon-arresten die ik in paragraaf 4.8.4 heb behandeld.¹⁶⁷ Hiermee handelt Nederland naar mijn mening ook met de

¹⁶⁴ Zie in gelijke zin: F.P.G. Pötgens en H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', *WFR* 2010/74.

¹⁶⁵ P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (2)', *NTFR Beschouwingen* 2009/29.

¹⁶⁶ T. Blokland, 'Over exit-heffingen, en de Wet van 8 juli 2009 Stb. 2009, 304 (deel 2)', *ftV* 2010/2.10.

¹⁶⁷ Hoge Raad 5 september 2003, *BNB* 2003/379, *NTFR* 2003/1511 en *BNB* 2003/381, *NTFR* 2003/1512. Zie in gelijke zin: P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (2)', *NTFR Beschouwingen* 2009/29.

reparatiewetgeving in het kader van de lijfrenteregeling in strijd met de goede trouw die bij de toepassing en uitleg van belastingverdragen in aanmerking moet worden genomen. Deze conclusie gaat alleen op wanneer het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dateert van vóór 1 januari 2001 en de heffingsbevoegdheid over lijfrente-inkomsten daarin exclusief is toegewezen aan de woonstaat.

4.9.2.3 Exitheffingen over aanspraken in eigen beheer

In paragraaf 4.9.2 heb ik de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten getoetst aan de bepalingen uit bilaterale belastingverdragen en de jurisprudentie die in dit kader is geweest. De vraag is in hoeverre de conclusie dat naar mijn mening de reparatiewetgeving inzake de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten wederom in strijd is met de goede trouw aan betreffende bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting ook opgaat voor de exitheffing over aanspraken in eigen beheer, die voortvloeit uit art. 23a Wet VPB 1969. De toewijzing van de heffingsbevoegdheid in het OESO-modelverdrag aan het woonland ten aanzien van pensioenen en lijfrenten is gericht op heffing bij de gerechtigde. De heffing op grond van art. 19b, lid 1 Wet LB 1964, waar in art. 23a Wet VPB 1969 naar wordt verwezen, vindt ook plaats bij de gerechtigde. Art. 23a Wet VPB 1969 behelst echter geen heffing bij de gerechtigde, maar bij de uitvoerder van de overeenkomst. De vraag is of de bepalingen inzake heffingsbevoegdheid over pensioenen en lijfrenten in bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting zich verzetten tegen de heffing bij de uitvoerder op grond van art. 23a Wet VPB 1969.

De Hoge Raad heeft in dit kader op 13 mei 2005 een tweetal arresten gewezen, welke aan de orde zijn gekomen in paragraaf 4.7.1.2.¹⁶⁸ De Hoge Raad overweegt hierin dat de heffing die voortkomt uit art. 23a Wet VPB 1969 het karakter heeft van een heffing in de inkomstenbelasting over de waarde van de pensioenaanspraak, gezien de constatering dat het percentage van de heffing is afgestemd op het hoogste tarief in de Inkomstenbelasting. In de arresten van dezelfde datum die betrekking hebben op de heffing in de loonbelasting op grond van het toenmalige art. 11c, lid 1 Wet LB 1964, thans art. 19b Wet LB 1964.¹⁶⁹ Deze heffing werd in strijd geacht met de goede trouw jegens de bilaterale verdragspartner. Naar mening van de Hoge Raad heeft voor de vergelijkbare heffing die voortkomt uit art. 23a Wet VPB 1969 hetzelfde te gelden. Immers zou door onverkorte toepassing van art. 23a Wet VPB 1969 de belasting die bij hantering van het verdrag ter voorkoming van

¹⁶⁸ Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 613, *BNB* 2005/234c* (m. nt. Kavelaars) en Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 40 192, *BNB* 2005/235c* (m. nt. Kavelaars).

¹⁶⁹ Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 610, *BNB* 2005/233c* (m. nt. Kavelaars) en Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 144, *BNB* 2005/232c* (m. nt. Kavelaars).

dubbele belasting niet bij de pensioengerechtigde mag worden geheven, alsnog worden geheven bij het lichaam waar de verplichting is ondergebracht.

Naar mijn mening is de huidige bepaling van art. 23a Wet VPB 1969 in voorkomende gevallen dan ook in strijd met de goede trouw jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Immers is de heffingsbevoegdheid over pensioenen en lijfrenten in de regel onder het OESO-modelverdrag bij uitsluiting verleend aan de woonstaat, ook ten aanzien van afkopsommen, waar art. 23a Wet VPB 1969 naar verwijst. Nederland heeft met de bepaling in art. 23a Wet VPB 1969 een bepaling opgenomen waarmee onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip van emigratie een fictieve afkoop wordt geconstateerd en in de heffing wordt betrokken. Hiermee wordt materieel de bepaling uit het OESO-modelverdrag uitgehold of ontgaan. Indien het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting reeds van kracht was voor de totstandkoming van art. 23a Wet VPB 1969 per 1 januari 1995, handelt Nederland hiermee naar mijn mening in strijd met de goede verdragstrouw. Indien de pensioengerechtigde emigreert naar een land waar Nederland een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft afgesloten dat reeds voor 1 januari 1995 van kracht was, kan de heffing die voortvloeit uit art. 23a Wet VPB 1969 naar mijn mening dan ook geen doorgang vinden.

4.10 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik aandacht besteed aan de houdbaarheid van de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten bij emigratie onder bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Allereerst ben ik hierbij ingegaan op de behandeling van pensioenen en lijfrenten in het OESO-modelverdrag. Het OESO-modelverdrag wijst de heffingsbevoegdheid over pensioenen in de private sector toe aan het woonland. Verdragsluitende staten zullen daarom waarschijnlijk trachten de fiscale claim die is ontstaan door de mogelijkheid van gefaciliteerde pensioenopbouw te beschermen. Het OESO-commentaar bevat specifiek voor pensioenen mogelijke alternatieve bepalingen voor staten die hun heffingsrechten willen beschermen. Ook ten aanzien van lijfrenten is in het OESO-verdrag de heffingsbevoegdheid in de regel toegewezen aan de woonstaat. In het verdragsbeleid tracht Nederland te voorkomen dat de fiscale claim over pensioenen en lijfrenten verloren gaat. Om pensioenvlucht te voorkomen probeert Nederland steeds vaker het heffingsrecht over pensioenuitkeringen waarvoor fiscale facilitering is verleend, te claimen, indien het woonland de pensioenuitkeringen niet of nauwelijks belast. Indien Nederland in een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting echter een dergelijke bepaling niet heeft opgenomen, en de heffingsbevoegdheid over pensioenen en lijfrenten dus ongeclausuleerd is toegewezen aan het woonland, handelt Nederland mogelijk in strijd met de goede trouw jegens de verdragspartner

indien Nederland voorafgaande aan de emigratie een exitheffing oplegt over pensioen- en lijfrenteaanspraken, waarbij al dan niet gebruik wordt gemaakt van een conserverende aanslag.

In het vervolg van het hoofdstuk heb ik de jurisprudentie behandeld die in dit kader van exitheffingen bij emigratie door de Hoge Raad is geweest. De Hoge Raad heeft zich op 19 juni 2009 specifiek uitgelaten over de toenmalige exitheffing over pensioenen en lijfrenten, en is tot de conclusie gekomen dat die regeling onder omstandigheden in strijd is met de goede trouw jegens de partner van het desbetreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, nu op het moment van emigratie een exitheffing werd opgelegd over de waarde van de aanspraken in het economisch verkeer, in de vorm van een conserverende aanslag. De wetgever reageerde hierop met reparatiewetgeving. De reparatiewetgeving voorziet in een heffing in de situatie waarin een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is dat dateert van vóór 1 januari 2001 en waarin de heffing ter zake van pensioeninkomsten exclusief is toegewezen aan de woonstaat. De heffing vindt dan plaats over het in het verleden genoten belastingvoordeel in het kader van de verwerving van de pensioenaanspraken en niet over de waarde van de aanspraken in het economisch verkeer. Met de reparatiewetgeving wordt naar mijn mening ten onrechte teruggesproken op het systeem dat voor lijfrentes is goedgekeurd in het Hongarije-arrest, waarbij de premieaftrek voor gefaciliteerde opbouw van lijfrenten werd teruggenomen op het moment van afkoop na emigratie. De lijfrentepremieaftrek was echter onder voorwaarden verleend, terwijl de aftrek van pensioenpremies in het verleden onvoorwaardelijk is verleend. Nederland tracht met de reparatiewetgeving de heffingsbevoegdheid eenzijdig verdragsposterieur te wijzigen en handelt daarmee in mijn ogen wederom in strijd met de goede verdragstrouw, zij het tot het bedrag van de pensioenaanspraken waarvoor in het verleden een belastingvoordeel is verleend. Deze conclusie gaat alleen op wanneer het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dateert van vóór 1 januari 2001 en de heffingsbevoegdheid over pensioeninkomsten daarin exclusief is toegewezen aan de woonstaat.

Ook in het kader van de exitheffing over lijfrenteaanspraken, in de vorm van het belasten van het eerder genoten voordeel, houdt deze conclusie naar mijn mening stand. Naar mijn mening trekt Nederland ook hier met een latere wetswijziging eenzijdig het heffingsrecht naar zich toe, terwijl dit heffingsrecht eerst toe kwam aan de andere verdragsluitende staat, hetgeen in strijd is met de goede trouw jegens de verdragspartner in het geval wanneer het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dateert van vóór 1 januari 2001 en de heffingsbevoegdheid over lijfrente-inkomsten daarin exclusief is toegewezen aan de woonstaat.

Ten aanzien van de exitheffingen over aanspraken in eigen beheer heeft de Hoge Raad in 2005 reeds bepaald dat deze in voorkomende gevallen in strijd is met de goede trouw jegens de partner

van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Nederland heeft met de bepaling in art. 23a Wet VPB 1969 een bepaling opgenomen waarmee onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip van emigratie een fictieve afkoop wordt geconstateerd en in de heffing wordt betrokken. Indien het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting reeds van kracht was voor de totstandkoming van art. 23a Wet VPB 1969 per 1 januari 1995, handelt Nederland hiermee naar mijn mening in strijd met de goede verdragstrouw.

Geconcludeerd kan worden dat de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten in voorkomende gevallen in strijd zijn met de goede trouw jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, en dat de heffingen in dat geval achterwege zullen moeten blijven. In het volgende hoofdstuk ga ik in op de houdbaarheid van de exitheffingen in het kader van Europees recht.

Hoofdstuk 5 – Heffing over pensioenen en lijfrenten onder het Europees Recht

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de houdbaarheid van exitheffingen over pensioenen en lijfrenten onder internationaal recht aan de orde gekomen, met name in het licht van de goede verdragstrouw jegens de verdragspartner. Naast de discussie over de houdbaarheid onder bilaterale belastingverdragen, speelt echter nog een probleem, namelijk de houdbaarheid onder Europees Recht. In dit hoofdstuk komt deze problematiek aan de orde. Het hoofdstuk vangt aan met een korte behandeling van de relevante Europese regelgeving. In de derde paragraaf behandel ik enkele relevante Europese jurisprudentie en Nederlandse jurisprudentie met een Europees karakter. De Europese jurisprudentie richt zich met name op de exitheffingen met betrekking tot emigrerende aanmerkelijk belanghouders. Tot slot stel ik een toetsingskader samen, aan de hand waarvan ik de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten aan het Europees Recht toets.

5.2 Europees recht

5.2.1 Inleiding

Sinds het in werking treden van de verdragen van Parijs en Rome is Nederland als lidstaat gebonden aan de Europese rechtsorde, en heeft het land daarmee een gedeelte van zijn soevereiniteit opgegeven. Het Unierecht is rechtstreeks van toepassing en werkt door in het Nederlandse recht.¹⁷⁰ Onderdanen van de Europese Unie kunnen door de verticale werking rechtstreeks een beroep doen op het Unierecht ten opzichte van een overheidsinstelling van een lidstaat. Het heffen van directe belasting behoort niet tot de bevoegdheden van de EU. De lidstaten die belasting heffen, moeten dit echter wel doen in overeenstemming met het Unierecht. Bepalingen uit het belastingrecht dienen dan ook verenigbaar te zijn met het Unierecht en belastingplichtigen kunnen zich in een geschil voor de nationale rechter direct beroepen op de bepalingen uit het Unierecht.

Het recht van de Europese Unie is te vinden in een aantal bronnen, die zijn onder te verdelen in het primaire recht en het secundaire recht. Het primaire recht wordt sinds het Verdrag van Lissabon van 1 december 2009 gevormd door het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Het VWEU bevat veel sporen van het oude EG-verdrag. Een deel van de toepassing van het VEU en VWEU kan plaatsvinden in de vorm van het zogeheten secundaire recht. Het gaat dan om optreden van de Unie op grond van het VEU en VWEU. Toepassingsvormen zijn besluiten, verordeningen en richtlijnen, zie art. 25 VEU en 288 VWEU.

¹⁷⁰ HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62 (Van Gend & Loos), *BNB* 1964/134.

In deze paragraaf komen de bepalingen in het primaire en secundaire recht aan de orde die van belang zijn voor het antwoord op de vraag of de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten verenigbaar zijn met Europees Recht.

5.2.2 *Primaire bronnen van Europees Recht: de verkeersvrijheden*

Voor een open, interne markt is vereist dat de productiefactoren vrij kunnen bewegen over de gehele interne markt. In art. 26 VWEU is bepaald dat een interne markt een ruimte zonder binnengrenzen omvat, waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Daarnaast onderscheidt het VWEU de vrijheid van vestiging. In art. 34 tot en met 37 en art. 45 tot en met 66 VWEU is opgenomen dat beperkingen van het vrije verkeer tussen de lidstaten van de Europese Unie niet zijn toegestaan. De fundamentele verkeersvrijheden zijn vrij verkeer van goederen, vrij verkeer van natuurlijke personen en rechtspersonen, vrij verkeer van diensten, vrij verkeer van kapitaal en vrijheid van vestiging. De vrijheid van vestiging wordt in de literatuur niet altijd onderscheiden als aparte vrije-verkeersbepalingen, en wordt veelal samengenomen met het vrij verkeer van personen.¹⁷¹ Ik kies er in mijn scriptie voor om de vrijheid van vestiging wel apart te bespreken, gezien de vele rechtspraak en ontwikkelingen op dit terrein.

Centraal in de vrij-verkeersbepalingen, alle secundaire wetgeving en rechtspraak over de interne markt, staat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, voortvloeiend uit art. 18 VWEU. Openlijke discriminatie op grond van nationaliteit, ook wel rechtstreeks of directe discriminatie genoemd, druist in tegen het systeem van de interne markt en is verboden op grond van het VWEU.¹⁷² Conceptueel is het lastig om een onderscheid te maken tussen discriminatoire maatregelen en maatregelen die het vrije verkeer belemmeren. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt niet zozeer gekeken naar de nationaliteit, maar wordt meer een vergelijking gemaakt tussen een grensoverschrijdende situatie en een vergelijkbare puur binnenlandse situatie, onafhankelijk van de nationaliteit van belanghebbende of herkomst van het kapitaal. Juist op het gebied van exitheffingen is deze benadering begrijpelijk. Het Hof van Justitie negeert in veel zaken met betrekking tot directe belastingen een verandering in jurisdictie als relevant verschil bij het constateren of sprake is van gelijke gevallen.¹⁷³

De vrij-verkeersbepalingen zijn in principe alleen van toepassing op het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal tussen de lidstaten van de Europese Unie, waarbij dus een

¹⁷¹ Zie o.a. B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 28.

¹⁷² F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 289.

¹⁷³ B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 29.

grensoverschrijdend element is vereist. Van een grensoverschrijdend element is sprake indien het goed, een persoon, de dienst of het kapitaal de grens tussen twee landen overgaat. Bovendien dient tussen de getoetste maatregel en de effecten op het vrije verkeer een voldoende causaal verband te bestaan. Om binnen de werkingssfeer van het VWEU te vallen, dient de nationale maatregel wel een verkeersbelemmering tot gevolg te kunnen hebben.¹⁷⁴ In essentie is op basis van de vrije verkeersbepalingen elke belemmering van het verkeer tussen lidstaten verboden, tenzij sprake is van een rechtvaardigingsgrond die proportioneel is.

Ten aanzien van de relevante vrij-verkeersbepalingen kunnen we stellen dat het verbod op een belemmering van het vrije verkeer van goederen in het licht van de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten niet relevant is. De overige vrij-verkeersbepalingen verdienen wel aandacht. In het navolgende worden deze bepalingen dan ook kort besproken.

5.2.2.1 Het vrije verkeer van personen

Het verbod op belemmering van het vrije verkeer van personen, voortkomend uit art. 45 VWEU, bevat twee onderdelen, namelijk een verbod op beperking van grensoverschrijding en een verbod op belemmering van verblijf in een lidstaat. De belemmering om te reizen wordt tegengegaan door de zogenaamde reisrechten. Iedere burger van de Unie mag met een geldig identiteitsbewijs vrij reizen binnen de Europese Unie. Op basis van art. 20 VWEU is burger van de Unie eenieder met de nationaliteit van een lidstaat. Uit art. 21 VWEU volgt dat de burger van de Unie onder voorwaarden een recht op vrij reizen en verblijf in de Europese Unie heeft. De burger van de Unie geldt verder als uitgangspunt voor de richtlijn betreffende het vrije verkeer van personen.¹⁷⁵

Daarnaast kunnen belemmeringen optreden ten aanzien van het verblijf in een lidstaat. Deze belemmeringen worden weggenomen door de verblijfsrechten, waarbij het onderscheid moet worden gemaakt tussen economisch actieve (rechts)personen, zoals werknemers, zelfstandigen en ondernemingen, en zij die niet economisch actief zijn. Verder moet onderscheid worden gemaakt tussen een kortdurend verblijf van maximaal drie maanden, een verblijf van meer dan drie maanden en het zogenaamde duurzame verblijf. Marktburgers van de Unie zijn de burgers van de Unie die economisch actief zijn. In dit verband onderscheidt art. 7, lid 1, sub a Richtlijn 2004/38 werknemers en zelfstandigen. Werknemers hebben op grond van art. 45, lid 3, sub c VWEU en op grond van art. 7, lid 1, sub a Richtlijn 2004/38 een verblijfsrecht in hoedanigheid van werknemer. Het begrip

¹⁷⁴ Zie o.a. HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-379/92 (Peralta), r.o. 24.

¹⁷⁵ Richtlijn 2004/38 EG van het Europees Parlement en De Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, gerectificeerd in *Pb.* 2007, L 204/28 (hierna: Richtlijn 2004/38).

‘werknemer’ is een Unielateraal begrip, waarvoor de uitleg aan het Hof van Justitie EU¹⁷⁶ is voorbehouden.¹⁷⁷ Een zelfstandige maakt geen gebruik van het vrije verkeer van personen, maar van het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging, afhankelijk van de duurzaamheid van de activiteiten. Niet-marktburgers kunnen worden onderverdeeld in studenten (art. 7, lid 1, sub c Richtlijn 2004/38) en alle andere burgers van de Unie (art. 7, lid 1, sub b Richtlijn 2004/38). De voorwaarden voor hun verblijf zijn dat ze moeten kunnen aantonen dat ze onderdaan zijn van een lidstaat, dat ze een ziektekostenverzekering hebben die alle risico’s in het gastland dekt en dat ze over toereikende bestaansmiddelen beschikken om te voorkomen dat een beroep op het stelsel van sociale bijstand van het gastland tijdens het verblijf nodig is.

Het recht op verblijf is niet voldoende om te kunnen spreken van een succesvol vrij verkeer van personen. Hiervoor zal de burger van de Unie die de grens is overgegaan, gebruik willen maken van de faciliteiten die ook door voor onderdanen van het gastland beschikbaar zijn. Art. 24, lid 1 Richtlijn 2004/38 waarborgt dat burgers van de Unie en hun familieleden die op grond van de richtlijn op het grondgebied van een andere lidstaat verblijven, in het algemeen recht hebben op gelijke behandeling als de behandeling van de nationale onderdanen. In de Richtlijn 2004/38 wordt hierop in art. 24 wel een aantal uitzonderingen gemaakt. Voor werknemers wordt in Verordening 1612/68 de non-discriminatieregel uit art. 45, lid 2 VWEU verder uitgewerkt.¹⁷⁸ Op basis van art. 7 Verordening 1612/68 genieten werknemers dezelfde sociale en fiscale voordelen als nationale werknemers. Deze gelijkheid moet zowel worden gewaarborgd door de immigratiestaat als door de vertrekstaat. Een exitheffing die grensoverschrijdende arbeid lastiger maakt, is in dit kader in principe niet toegestaan, met die kanttekening dat nog wel zal moeten worden gekeken naar mogelijke rechtvaardigingsgronden.¹⁷⁹

Aan art. 45 VWEU komt overigens zelfstandig ook nog betekenis toe, hoewel op grond van de lex-specialis veelal Richtlijn 2004/38 en Verordening 1612/68 worden toegepast. Uit het Bosman-arrest blijkt dat aan art. 45 VWEU ook nog zelf een rol toekomt. Bosman heeft de Belgische nationaliteit en voetbalt bij een Belgische club. Als gevolg van het transfersysteem loopt de overgang naar een Franse club mis. Het Hof stelt vast dat sprake is van een economische activiteit en op dat de

¹⁷⁶ Sinds het Verdrag van Lissabon dat 1 december 2009 in werking is getreden, is niet langer sprake van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG), maar van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). De Europese Gemeenschappen zijn thans vervangen door een Europese Unie. Het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) is aangepast. De uitdrukking ‘Hof van Justitie van de Europese Unie’ heeft voortaan officieel betrekking op de gehele tweeledige rechtspraak. De hoogste instantie wordt ‘Hof van Justitie’ genoemd, terwijl de naam van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen wordt gewijzigd in ‘Gerecht’. In artikel 19 VEU is bepaald dat het Hof van Justitie van de Europese Unie omvat: ‘Het Hof van Justitie, het Gerecht en gespecialiseerde Rechtbanken’.

¹⁷⁷ HvJ EG 23 maart 1982, zaak 53/81 (Levin), r.o. 11 & 12.

¹⁷⁸ Verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *Pb.* 1968, L 257 (hierna: Verordening 1612/68).

¹⁷⁹ B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008, p. 37.

transferregeling van de voetbalbonden op grond van eerdere rechtspraak aan art. 45 VWEU is gebonden. Het Hof komt tot de conclusie dat de transferregeling een belemmering van het vrije verkeer vormt, ondanks dat de regels geen onderscheid maken tussen een transfer tussen twee Belgische clubs en een transfer tussen een Belgische en een buitenlandse club. Het Hof van Justitie verbiedt de maatregel, ondanks dat deze geen discriminatoir effect heeft, vanwege het feit dat de maatregel het vrijwel onmogelijk maakt om een transfer te maken naar een andere lidstaat.¹⁸⁰

5.2.2.2 De vrijheid van vestiging

Verder speelt het recht op vrijheid van vestiging van art. 49 VWEU een rol. Economisch actieve rechtspersonen of zelfstandigen hebben het recht zich vrij in een andere lidstaat te vestigen. Beperkingen zijn op grond van art. 49 VWEU niet toegestaan. De regels zijn grotendeels vergelijkbaar met de regels die gelden voor het vrije werknemersverkeer.¹⁸¹ Voor natuurlijke personen wordt het onderscheid ten opzichte van het vrije verkeer van personen gemaakt aan de hand van het bestaan van een arbeidsrelatie. Indien een arbeidsrelatie aanwezig is, dient de weg van het vrije verkeer van personen te worden bewandeld. Voor de migratieregeling van zelfstandigen is in Richtlijn 2004/38 een aantal regels opgenomen. Een algemene regeling als Verordening 1612/68 ontbreekt echter. Het Hof heeft de rechtspraak naar aanleiding van art. 45 VWEU en Verordening 1612/68 echter overgeheveld naar de regeling voor vrijheid van vestiging.¹⁸²

Het onderscheid met het verbod op beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer is soms lastig te maken. Het kan immers onduidelijk zijn of een specifieke situatie wordt gedekt door de vrijheid van vestiging of de vrijheid van kapitaalverkeer. In situaties binnen de Europese Unie is het belang van dit onderscheid klein. In situaties met betrekking tot derde landen, dat wil zeggen niet-EU-landen, is het onderscheid echter van groter belang, omdat het verbod op beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer ook situaties dekt met betrekking tot derde landen. Het Hof heeft zich in het Baar-arrest uitgesproken over het onderscheid tussen de twee verkeersvrijheden. Het Hof legt een materieel criterium aan op grond van de feiten in de casus. Indien een natuurlijk persoon een deelneming houdt in het kapitaal van een vennootschap, is 'sprake van uitoefening van het recht van vestiging, indien een onderdaan van een lidstaat een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap houdt die hem een zodanige invloed op de besluiten van de

¹⁸⁰ HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (UEFA and others v. Jean-Marc Bosman).

¹⁸¹ F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 316 e.v.

¹⁸² F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 334 e.v. Zie o.a. HvJ EG 12 juni 1997, zaak 151/96 (Ierse pleziervaartuigen), r.o. 13.

vennootschap verleent, dat hij de activiteiten ervan kan bepalen'.¹⁸³ Als een strikte lezing van art. 49 VWEU wordt gehanteerd, moet bovendien worden geconcludeerd dat alleen *onderdanen* van een lidstaat een beroep kunnen doen op de vrijheid van vestiging. In die zin is de bepaling van het verbod op beperking van kapitaalverkeer eveneens ruimer. Een vennootschap die is opgericht naar Amerikaans recht, maar die is gevestigd in een EU-land, zou zich niet kunnen beroepen op de vrijheid van vestiging, terwijl een beroep op de vrijheid van kapitaalverkeer voor deze vennootschap wel mogelijk is.

Beperking van de vrijheid van vestiging is op grond van art. 51 VWEU toegestaan omwille van de uitoefening van openbaar gezag. Art. 52 VWEU staat beperking van de vrijheid van vestiging toe ter bescherming van de openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid. Bovendien zijn objectief gerechtvaardigde beperkingen van de vestigingsvrijheid toelaatbaar.¹⁸⁴ In paragraaf 5.3 wordt verder ingegaan op de jurisprudentie die op het gebied van de vrijheid van vestiging is geweest, en die relevant is voor de mogelijke strijdigheid van exitheffingen over pensioenen en lijfrenten met het Europees Recht, met name op het gebied van zetelverplaatsingen.

5.2.2.3 Het vrije verkeer van diensten

Het verbod op een beperking van het vrije verkeer van diensten is opgenomen in art. 56 VWEU. Het artikel bevat een discriminatieverbod: voor dienstverleners uit een andere lidstaat moeten dezelfde regels gelden als voor nationale dienstverleners. Daarnaast zorgt het artikel ervoor dat het niet mag uitmaken of de ontvanger de dienst afneemt van een binnenlandse dienstverlener of van een elders in de EU gevestigde dienstverlener. Een enkele belemmering van het dienstenverkeer valt reeds onder dit verbod, tenzij deze belemmering objectief gerechtvaardigd kan worden door dwingende vereisten.¹⁸⁵

In het kader van het vrije dienstenverkeer heeft ook harmonisatie plaatsgevonden in de vorm van Richtlijn 2006/123, die vóór 28 december 2009 door de lidstaten moest worden omgezet, en die ook wel bekend staat als de Dienstenrichtlijn.¹⁸⁶ In art. 2, lid 2 Richtlijn 2006/123 is echter opgenomen dat de richtlijn niet van toepassing is op financiële diensten, waaronder individuele en bedrijfspensioenen.

¹⁸³ HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars), *BNB* 2000/42, r.o. 22.

¹⁸⁴ Zie o.a. HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard), r.o. 35-37 en HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04 (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation), r.o. 64-92.

¹⁸⁵ Zie HvJ EG 3 december 1974, zaak 33/74 (Van Binsbergen), r.o. 11.

¹⁸⁶ Richtlijn 2006/123 EG van het Europees Parlement en De Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* L 376/36 (hierna: Richtlijn 2006/123).

Het vrije dienstenverkeer kan niet alleen worden beperkt door dwingende vereisten, maar ook voor de uitoefening van het openbaar gezag en ter bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. In art 62 VWEU is hiervoor een schakelbepaling naar art. 51 en art. 52 VWEU opgenomen. Verder bevat art. 58 VWEU enkele uitzonderingen. In het art. 58, lid 2 VWEU is bepaald dat de bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal van toepassing zijn waar het gaat om de harmonisatie ten aanzien van bepaalde financiële diensten, waaronder de door banken en verzekeringsmaatschappijen verrichte diensten waarmee kapitaalverplaatsingen gepaard gaan.¹⁸⁷

Op het gebied van directe belastingen is een aantal arresten gewezen in het kader van het vrije dienstenverkeer, ook op het gebied van pensioenen en lijfrenten. In paragraaf 5.3 komen deze arresten verder aan bod.

5.2.2.4 Het vrije verkeer van kapitaal

In art. 63 tot en met 66 VWEU zijn de regels voor het recht op vrij verkeer van kapitaal opgenomen. Zoals al eerder aan de orde is gekomen, kan deze vrijheid niet alleen voor het kapitaalverkeer tussen lidstaten worden ingeroepen, maar ook voor het kapitaalverkeer tussen lidstaten en derde landen. Belemmeringen van het vrije verkeer van kapitaal zijn verboden, met een uitzondering voor dwingende vereisten en voor maatregelen ter bescherming van de openbare orde of openbare veiligheid. Op basis van art. 63 VWEU moet een onderscheid worden gemaakt tussen het kapitaalverkeer en het betalingsverkeer. Ten aanzien van het kapitaalverkeer naar derde landen geldt dat art. 63 VWEU geen terugwerkende kracht heeft. Alle afspraken met derde landen die voor 31 december 1993 bestonden, en alle maatregelen die voortbouwen op afspraken van voor die datum, mogen op grond van art. 64, lid 1 VWEU doorgang vinden. Art. 65 VWEU bevat bovendien nog enkele uitzonderingen die beperkingen op het vrije kapitaalverkeer mogelijk maken, waarbij met name de fiscale rechtvaardiging, opgenomen in art. 65, lid 1, onder a VWEU, opvallend is. Art. 65, lid 2 VWEU geeft aan dat de bepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer niet mogen worden gebruikt om de toepasbaarheid van de toegestane beperkingen van de vestigingsvrijheid te omzeilen. Art. 65, lid 3 VWEU bepaalt dat de maatregelen die op grond van art. 65, lid 1 en 2 VWEU genomen worden, geen willekeurige discriminatie tot gevolg mogen hebben, noch een verkapte beperking van het kapitaalverkeer of betalingsverkeer mogen vormen.¹⁸⁸

¹⁸⁷ F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 337 e.v.

¹⁸⁸ F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 343 e.v.

5.2.3 *Secundaire bronnen van Europees Recht*

Zoals reeds in de inleiding naar voren kwam, vindt een deel van de toepassingspraktijk van het Unierecht plaats in de vorm van zogeheten secundair recht. De secundaire bronnen vinden hun grondslag in het primaire Unierecht. Voorbeelden zijn verordeningen, richtlijnen, beschikkingen, aanbevelingen, adviezen, mededelingen en gedragscodes. In deze paragraaf komen de bronnen die in het kader van exithellingen over pensioenen en lijfrenten belangwekkend zijn aan de orde. Anders dan de primaire bronnen, zijn niet alle secundaire bronnen juridisch bindend. De mededelingen die in deze paragraaf aan bod komen zijn veelal afkomstig van de Europese Commissie, en hebben als doel de belastingwetgeving tussen de lidstaten zoveel als mogelijk te coördineren. Deze mededelingen vormen echter geen Unierecht, en hebben daarmee geen rechtsgevolgen.¹⁸⁹ De mededelingen hebben als voordeel dat geen unanimititeit van de lidstaten voor nodig is. Bovendien kan de Europese Commissie op grond van art. 258 VWEU een infractieprocedure starten indien de lidstaten zich niet voegen naar het beleid dat is uitgezet in de mededelingen. Het HvJ EU zou dan de mededelingen kunnen volgen, waardoor het beleid alsnog rechtsgevolgen krijgt.¹⁹⁰

5.2.3.1 De Exithellingenmededeling

De Europese Commissie heeft op 19 december 2006 de exithellingenmededeling gepubliceerd.¹⁹¹ Met deze mededeling heeft de Europese Commissie de lijn die met de arresten Hughes de Lasteyrie du Saillant¹⁹² en N¹⁹³ is ingezet, voortgezet. In de exithellingenmededeling komen de exithellingen over pensioenen en lijfrenten niet expliciet aan bod. De Europese Commissie geeft aan dat conclusies echter ook gelden voor exithellingen in het algemeen. In de literatuur is hierbij door Kavelaars een kritische aantekening gemaakt. Met hem ben ik van mening dat deze algemene conclusies niet uit deze arresten kan worden afgeleid, aangezien de belasting over pensioenen en lijfrenten een wezenlijk andere problematiek gaat. Hierbij gaat het niet om vermogenswinsten, maar om een fiscale claim die ontstaat door het toepassen van de omkeerregel. Kavelaars wijst hierbij ook nog op het Wielockx-arrest, waarin is bepaald dat van strijdigheid met het Unierecht geen sprake is indien een lidstaat in een bilateraal belastingverdrag de heffingsbevoegdheid expliciet afstaat aan een

¹⁸⁹ R.P.C.W.M. Brandsma, K.M. Braun, S.R. Pancham & D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2010, online portal Kluwer via <www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>, § 2.0.0.B.

¹⁹⁰ P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *TFO* 2007/1.

¹⁹¹ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité - Exithellingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, nr. COM(2006)825def.

¹⁹² HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), *BNB* 2004/258c, *NTR* 2004/397. Ik bespreek dit arrest in § 5.3.4.1.

¹⁹³ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22. Ik bespreek dit arrest in § 5.3.4.2.

andere staat (de woonstaat).¹⁹⁴ De conclusies in de exitheffingenmededeling kunnen dan ook niet zonder meer worden toegepast op de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten, maar kunnen wel worden gebruikt voor de analyse van deze exitheffingen in het kader van het Unierecht.

De exitheffingenmededeling vangt aan met een analyse van het arrest Hughes de Lasteyrie du Saillant en de N-zaak en de gevolgen ervan voor particulieren. De Europese Commissie trekt een aantal conclusies uit de door het HvJ EG gegeven interpretatie van het Gemeenschapsrecht in het arrest, ten aanzien van exitheffingen in het algemeen. De Europese Commissie concludeert dat, indien een belastingplichtige zijn fiscale woonplaats naar een andere lidstaat verplaatst, een belasting op zijn ongerealiseerde winsten niet onmiddellijk mag worden geïnd en dat geen voorwaarden mogen worden verbonden aan een eventueel uitstel van betaling. Volgens de Europese Commissie hebben de meeste lidstaten met soortgelijke exitheffingen voor particuliere aandeelhouders, de wetgeving overeenkomstig de arresten aangepast en zijn de infractieprocedures tegen de lidstaten geschorst.

De Europese Commissie constateert dat het verlenen van een onvoorwaardelijk uitstel een onmiddellijke oplossing vormt voor de belastingplichtige die verhuist naar een andere lidstaat. De incongruenties tussen de nationale belastingstelsels worden hiermee echter niet opgelost. Voorop dient te staan dat wanneer twee lidstaten over dezelfde inkomsten belasting willen heffen, voorkomen moet worden dat dit tot dubbele belasting leidt. De Europese Commissie draagt twee mogelijke alternatieven voor om de problematiek rondom de exitheffingen op te lossen. Het eerste voorstel is een variant uit de praktijk, waarbij de lidstaten een fictieve vervreemding net voor de emigratie constateren, dan wel een verlengde belastingplicht toepassen en waarbij een verrekeningsmechanisme wordt gehanteerd. De staat van vertrek kent dan een credit toe voor de belasting die de woonstaat ter zake van de betreffende vermogenswinsten heft. De tweede variant houdt in dat de lidstaten kunnen afspreken de heffingsbevoegdheid over de winst te verdelen, bijvoorbeeld naar rato van de verblijfsduur van de aandeelhouder op het grondgebied van elke betrokken lidstaat. De staat van vertrek heft dan tot het moment van emigratie, en de aankomststaat heft over de waardeangroei vanaf het immigratiemoment. Deze variant vergt een aanpassing van art. 13 OESO. Bovendien moet de staat van vertrek natuurlijk wel blijven voldoen aan de voorwaarden uit Hughes de Lasteyrie du Saillant en N ten aanzien van het onvoorwaardelijk uitstel van invordering tot het realisatiemoment en dient door de immigratiestaat rekening te worden gehouden met waardeverminderingen van de aandelen. Hierover wordt door de Europese

¹⁹⁴ P. Kavelaars, 'Mededelingen van de Europese Commissie', *NtFR* 2007/1103.

Commissie opgemerkt dat dit mede door de richtlijnen inzake wederzijdse bijstand bij heffing en invordering van belastingen geen problemen hoeft op te leveren.¹⁹⁵

In het tweede gedeelte van de exitheffingenmededeling gaat de Europese Commissie in op exitheffingen bij vennootschappen. Hierbij beperkt de Europese Commissie zich tot situatie van het overdragen van de activa en passiva aan een vaste inrichting in een andere lidstaat. Overigens merkt de Europese Commissie wel op dat ze van mening is dat de interpretatie van het HvJ EG in het arrest Hughes de Lasteyrie du Saillant ten aanzien van de exitheffingen voor particulieren in het licht van de vrijheid van vestiging, ook rechtstreeks gevolgen heeft voor de exitheffingen van de lidstaten voor vennootschappen. De Commissie wijst hier op de commentaren in de literatuur, waarin naar voren komt dat het HvJ EG in Hughes de Lasteyrie du Saillant spreekt van belastingplichtige, in plaats van belastingheffing van particulieren. Ook wijst het HvJ EG in het arrest Sevic Systems AG, dat betrekking heeft op een grensoverschrijdende fusie, op Hughes de Lasteyrie du Saillant.¹⁹⁶ De Europese Commissie besteedt verder geen aandacht aan de gevallen waarbij sprake is van verplaatsing van een onderneming of zetelverplaatsing.¹⁹⁷ Overigens heeft de Europese Raad na de Exitheffingenmededeling een resolutie uitgebracht op dit gebied, met als doel de dubbele belasting op te heffen indien ondernemers of ondernemingen vermogensbestanddelen die behoren tot het ondernemingsvermogen, overbrengen van de ene naar de andere lidstaat.¹⁹⁸ De lidstaten hebben zich aan deze resolutie politiek gecommitteerd.

5.2.3.2 De Pensioenmededeling

De Europese Commissie heeft in 2001 de zogenoemde Pensioenmededeling gepubliceerd.¹⁹⁹ De Pensioenmededeling heeft als doel te bewerkstelligen dat binnen de Europese Unie in elke lidstaat het zogenoemde EET-systeem wordt gehanteerd, waarbij de opbouw van pensioen fiscaal wordt gefaciliteerd, de rendementen onbelast blijven en de pensioenuitkeringen bij de pensioengerechtigde op het moment van uitkering worden belast. De Europese Commissie wil dat de opbouw van

¹⁹⁵ 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, *Pb.* 1977, L 336 en Richtlijn 2010/24/EU van de Raad van 16 maart 2010 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen, *Pb.* 2010, L 84.

¹⁹⁶ HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03 (Sevic Systems AG).

¹⁹⁷ Kavelaars merkt in zijn commentaar op dat de Exitheffingenmededeling op het punt van de winstproblematiek in de ondernemingsfeer bepaald onvoldoende voldragen is. Zie: P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *TFO* 2007/1.

¹⁹⁸ Raad van de Europese Unie, 2 december 2008, nr. 104449, *H&I* 2009/1.14.

¹⁹⁹ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité van 19 april 2001 betreffende de opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen, COM(2001)214, *Pb.* 2001 C 165/3 e.v (hierna: Pensioenmededeling).

pensioen in een lidstaat in grensoverschrijdende situaties op eenzelfde manier wordt gefacilieerd als bij pensioenopbouw in een binnenlandse situatie.

De Pensioenmededeling vangt aan met een korte behandeling van de pijlerstructuur en de aangrijpingspunten van belastingheffing. Ook geeft de Europese Commissie een overzicht van de door verschillende landen gehanteerde heffingssystematiek, waarin naar voren komt dat het overgrote deel van de lidstaten reeds gebruik maakt van het EET-systeem. Vervolgens behandelt de Europese Commissie de problematiek rondom grensoverschrijdende pensioenopbouw. Het probleem is dat niet alle lidstaten buitenlandse pensioenverzekeraars en buitenlandse pensioenregelingen erkennen voor fiscaal gefacilieerde pensioenopbouw. De Commissie is van mening dat de lidstaten krachtens het Unierecht eraan zijn gehouden alle discriminerende bepalingen op te heffen. Hierbij is de dragende gedachte dat indien een verzekeraar in de ene lidstaat of een pensioenregeling in de desbetreffende lidstaat voor fiscale doeleinden wordt erkend, een andere lidstaat die erkenning moet volgen.²⁰⁰ Naar aanleiding van de Pensioenmededeling heeft de Europese Commissie verschillende infractieprocedures aangehangig gemaakt, onder meer tegen Denemarken.²⁰¹ In paragraaf 5.3.6 ga ik hier verder op in.

5.2.3.3 Wederzijdse bijstand

Reeds in 1977 is in Europees verband aandacht besteed aan de uitwisseling van informatie betreffende de invordering van belasting. Op 19 december 1977 is de Richtlijn betreffende de wederzijdse bijstand tot stand gekomen.²⁰² De lidstaten dienden uiterlijk op 1 januari 1979 aan de bepalingen in de richtlijn te voldoen. In art. 1, lid 1 Inlichtingenrichtlijn is opgenomen dat de bevoegde autoriteiten van de lidstaten elkaar overeenkomstig de richtlijn alle inlichtingen verstrekken die van nut kunnen zijn voor een juiste vaststelling van de belastingschuld op het gebied van de belastingen naar het inkomen en vermogen. Op grond van art. 3, lid 3 Inlichtingenrichtlijn dient bovendien op regelmatige wijze automatische uitwisseling van inlichtingen plaats te vinden voor groepen die de bevoegde autoriteiten van de lidstaten in het kader van de overlegprocedure van art. 9 Inlichtingenrichtlijn vaststellen. Op grond van art. 9, lid 1 Inlichtingenrichtlijn vindt overleg plaats tussen de bevoegde autoriteiten van de lidstaten en de Europese Commissie, eventueel in de vorm van een comité, voor zover het gaat om kwesties van multilaterale aard. In de Pensioenmededeling heeft de Europese Commissie aangegeven dat grensoverschrijdende

²⁰⁰ P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *TFO* 2007/1.

²⁰¹ HvJ EG 30 januari 2007, zaak C-150/04 (Commissie vs. Denemarken).

²⁰² 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, *Pb.* 1977, L 336 (hierna: Inlichtingenrichtlijn).

pensioenregelingen kwesties betreffen die alle Lidstaten aangaan. Een dergelijk comité ter overleg lijkt dan ook een gepast forum.

In de Inlichtingenrichtlijn worden ook grenzen gesteld aan de uitwisseling van inlichtingen. In art. 8 Inlichtingenrichtlijn is in lid 1 bepaald dat de richtlijn niet verplicht tot inlichtingenuitwisseling of een onderzoek indien de regelgeving van de lidstaat die de inlichtingen zou moeten verstrekken, de eigen autoriteiten niet toestaat een dergelijk onderzoek in te stellen of zodanige inlichtingen in te winnen of te gebruiken voor eigen doeleinden. De Europese Commissie heeft in de Pensioenmededeling aangegeven dat ze niet bekend is met het bestaan van fundamentele belemmeringen in de nationale wetgeving van lidstaten voor het inwinnen van dergelijke inlichtingen. Op basis van de Inlichtingenrichtlijn zou dan ook een systeem kunnen worden opgebouwd voor de uitwisseling van inlichtingen op het gebied van pensioenen, om zo de fiscale claims van de Lidstaten te beschermen en te voorkomen dat belastingplichtigen aan belastingheffing over hun pensioenen ontkomen, terwijl de opbouw vrijgesteld heeft plaatsgevonden. In de Pensioenmededeling heeft de Europese Commissie aangegeven welke kwesties een dergelijk comité aan de orde zou kunnen stellen.

5.3 Jurisprudentie

5.3.1 Inleiding

In het kader van exithellingen, pensioenen en lijfrenten onder Europees Recht is diverse jurisprudentie van belang. In deze paragraaf komt een aantal arresten van HvJ EU aan de orde. Ook besteed ik aandacht aan nationale jurisprudentie in dit kader. Tot slot ga ik in op enkele zaken die in dit verband nog aanhangig zijn.

5.3.2 *Vennootschapsrechtelijke arresten*

Het HvJ EG heeft op 27 september 1988 uitspraak gedaan in de zaak Daily Mail.²⁰³ Daily Mail was opgericht naar het recht van het Verenigd Koninkrijk. Het Verenigd Koninkrijk hanteert ten aanzien van het van toepassing zijnde vennootschapsrecht het incorporatiestelsel. Dit betekent dat het vennootschapsrecht van het land van oprichting van de vennootschap van toepassing is.²⁰⁴ Daily Mail bezat meerdere deelnemingen met stille reserves. In Nederland wordt onder de

²⁰³ HvJ EG 27 september 1988, zaak C-81/87 (Daily Mail), *Jur.* 1982, p. I-05483.

²⁰⁴ Nederland hanteert voor de bepaling van het van toepassing zijnde vennootschapsrecht eveneens het incorporatiestelsel. Binnen de Europese Unie passen ook Ierland, Zweden, Denemarken en Italië dit stelsel toe. Tegenover het incorporatiestelsel staat het werkelijke zetelstelsel, waarbij als aanknopingspunt voor het van toepassing zijnde vennootschapsrecht de plaats van de werkelijke zetel van de vennootschap wordt gehanteerd. Voorbeelden van lidstaten die het werkelijke zetelstelsel hanteren zijn België, Duitsland en Frankrijk.

deelnemingsvrijstelling geen belasting geheven bij verkoop van het belang in deze deelnemingen, terwijl bij verkoop in het Verenigd Koninkrijk de vermogenswinsten wel belast zouden worden. Daily Mail wilde haar werkelijke zetel dan ook naar Nederland verplaatsen. Voor deze verplaatsing was echter de toestemming van de Minister van Financiën in het Verenigd Koninkrijk nodig. Daily Mail kreeg geen toestemming haar zetel te verplaatsen, omdat onduidelijkheid bestond over de afwikkeling van de fiscale claims in het Verenigd Koninkrijk. Daily Mail was van mening dat de voorwaarde bij zetelverplaatsing in strijd was met het gemeenschapsrecht.

Het HvJ EG werd de prejudiciële vraag gesteld of art. 52 EEG (thans art. 49 VWEU) en art. 58 EEG (thans art. 54 VWEU) eraan in de weg staan dat een lidstaat een rechtspersoon verbiedt zijn bestuurszetel zonder voorgaande toestemming te verplaatsen van de lidstaat van oorsprong naar een andere lidstaat. Indien het HvJ EG deze vraag bevestigend beantwoordt, vroeg de verwijzende rechter of de lidstaat van oorsprong de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel afhankelijk kan stellen van de fiscale situatie van de vennootschap. Het HvJ EG oordeelde dat de lidstaten zelf bepalen hoe een vennootschap wordt opgericht. Er bestaan sterke verschillen tussen het vennootschapsrecht van lidstaten. In het gemeenschapsrecht wordt rekening gehouden met deze verschillen. Bij de toenmalige stand van het gemeenschapsrecht kan uit wat thans art. 49 VWEU en art. 54 VWEU bepalen, niet worden opgemaakt dat vennootschappen die zijn opgericht volgens het recht van een lidstaat en in die lidstaat statutair zijn gevestigd, het recht hebben hun centrale bestuurszetel of statutaire zetel te verplaatsen. Het HvJ EG is van mening dat art. 54 VWEU er alleen voor zorgt dat vennootschappen toegang hebben tot het verdrag. Art. 49 VWEU ziet niet op de verplaatsing van de centrale bestuurszetel van een vennootschap. Voor het verplaatsen van de feitelijke leiding kan dan ook geen beroep worden gedaan op de vrijheid van vestiging. Het toenmalige art. 293 EG (thans geschrapt) bepaalt bovendien uitdrukkelijk dat dit een zaak is die aan de hand van positieve harmonisatie dient te worden geregeld, en niet kan worden afgedaan met een beroep op de verdragsvrijheden. Op dit terrein heeft geen positieve harmonisatie plaatsgevonden, en ook tussen de betreffende lidstaten onderling zijn geen regelingen overeengekomen.²⁰⁵

Aangezien de eerste vraag van de verwijzende rechter door het HvJ EG ontkennend is beantwoord, wordt aan de tweede vraag niet meer toegekomen. Het HvJ EG geeft hiermee niet aan dat de verplaatsing van de feitelijke leiding afhankelijk mag worden gesteld van de fiscale situatie van

²⁰⁵ H.P.A.M. van Arendonk, 'Cartesio en exitheffingen: zijn we dichterbij een oplossing?', *MBB* 2009/09.

de vennootschap. Uit het arrest Daily Mail kan dan ook niet worden opgemaakt dat de exitheffingen in de vennootschapsbelasting verenigbaar zijn met de verkeersvrijheden.²⁰⁶

Het arrest Daily Mail gaat over de behandeling van de zetelverplaatsing in het oorsprongland. In latere arresten heeft het HvJ EG zich gebogen over de wijze waarop moet worden omgegaan met de zetelverplaatsingen door de lidstaat waar de vennootschap zich wil gaan vestigen. Zo oordeelde het HvJ EG in het arrest Centros dat de weigering van Denemarken om een filiaal van een Engelse vennootschap in te schrijven, in strijd is met het recht van vestiging.²⁰⁷ In een later arrest oordeelde het HvJ EG dat ook het stellen van voorwaarden door de ontvangende lidstaat in strijd is met het recht van vestiging.²⁰⁸

In het Überseering-arrest herhaalt het HvJ EG de overwegingen uit het arrest Daily Mail. In het Überseering-arrest oordeelde het HvJ EG dat, indien een vennootschap naar het vennootschapsrecht van een lidstaat is opgericht, en daar zijn statutaire zetel heeft, de rechtspersoonlijkheid door de overige lidstaten moet worden erkend.²⁰⁹ Het Überseering-arrest ziet dus op de verhouding tussen de rechtspersoon en de ontvangende staat, terwijl het arrest Daily Mail ziet op de verhouding tussen de rechtspersoon en de vertrekstaat.

5.3.3 Arresten in de winstsfeer

Over de houdbaarheid onder het Unierecht van exitheffingen in de winstsfeer bestaat nog geen duidelijkheid. Daarom vangt deze paragraaf aan met een korte, algemene beschouwing van de houdbaarheid. De problematiek omtrent de houdbaarheid is te diepgaand om er uitgebreid stil bij te staan. Gezien het raakvlak van de problematiek met het onderwerp van deze thesis, is een korte behandeling echter wel vereist. Het tweede gedeelte van deze paragraaf staat in het teken van twee arresten die betrekking hebben op exitheffingen in het Zweedse belastingstelsel.

5.3.3.1 Algemene beschouwing

In de sfeer van het aanmerkelijk belang is door het Hof van Justitie duidelijkheid verleend in de arresten Hughes de Lasteyrie du Saillant en N, welke ik in paragraaf 5.3.4 behandel. Hierin is naar voren gekomen dat de exitheffing over de meerwaarden van het aanmerkelijk belang belemmerend

²⁰⁶ Zie hierover o.a.: E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', *WFR* 2005/1613. Overigens is de Staatssecretaris een andere mening toegedaan. Zie: *Handelingen I* 2004/05, blz. 10-502.

²⁰⁷ HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97 (Centros).

²⁰⁸ HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01 (Inspire Art).

²⁰⁹ HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00 (Überseering).

werken, maar gerechtvaardigd is, mits rekening wordt gehouden met latere waardedalingen en een conserverende aanslag zonder nadere voorwaarden wordt opgelegd. Het is de vraag of deze lijn kan worden doorgetrokken naar de winstsfeer. Het grote verschil is dat de exitheffingen in de winstsfeer direct verschuldigd zijn, zonder dat daarbij een conserverende aanslag wordt opgelegd. Dit zou een grond kunnen zijn om aan de houdbaarheid van de exitheffingen in de winstsfeer in het kader van het Unierecht te twijfelen. Dat de exitheffingen in de winstsfeer evenals in de sfeer van het aanmerkelijk belang zijn gebaseerd op de fiscale coherentie en de fiscale territorialiteit lijkt hier mijns inziens niets aan af te doen, nu de conserverende aanslag als invorderingsmodaliteit juist ervoor zorgt dat de exitheffing in de sfeer van het aanmerkelijk belang maakt dat het Hof van Justitie van mening is dat van schending van het Unierecht in dat geval geen sprake is.

In de voorgaande paragraaf heb ik aandacht besteed aan het arrest Daily Mail.²¹⁰ Uit Daily Mail valt op te maken dat het HvJ EU in algemene zin meent dat de zetelverplaatsing van een vennootschap niet onder het bereik van de vrijheid van vestiging valt. Het is dan ook de vraag of een vennootschap die wordt geconfronteerd met een exitheffing, een beroep kan doen op de bescherming die voortvloeit uit de vrijheid van vestiging. Dit zou betekenen dat landen die het stelsel van de werkelijke zetel hanteren, ongestraft een eindheffing kunnen hanteren. Immers, de liquidatie of ontbinding van een vennootschap die ontstaat doordat de zetel van een vennootschap uit een land dat de werkelijke zetelleer hanteert heeft tot gevolg dat fiscaal moet worden afgerekend over de meerwaarden.²¹¹ De vraag is echter of het standpunt dat de exitheffingen niet toetsbaar zijn aan de vrijheid van vestiging, nog steeds van waarde is. Op basis van de rechtsoverwegingen in het Cartesio-arrest, kan worden gesteld dat bij een hernieuwde vraag aan het HvJ EU, mogelijk wel wordt toegekomen aan de toetsing aan de vrijheid van vestiging.²¹² Dit zou betekenen dat lidstaten die een incorporatiestelsel hanteren, niet langer kunnen volhouden dat een eindafrekeningsbepaling niet toetsbaar is aan het Unierecht. In paragraaf 5.3.8, waarin ik in ga op zaken die momenteel nog aanhangig zijn, behandel ik de mogelijke gevolgen van deze conclusie.

5.3.3.2 X en Y

Het HvJ EG heeft een tweetal arresten in het kader van exitheffingen gewezen die in de literatuur worden aangeduid als de X en Y arresten. Het betrof het arrest X AB & Y AB²¹³ en het arrest X & Y²¹⁴, beiden gewezen in het kader van de exitheffingsbepalingen in het Zweedse belastingstelsel.

²¹⁰ HvJ EG 27 september 1988, zaak C-81/87 (Daily Mail), *Jur.* 1982, p. I-05483.

²¹¹ Zie: G.J.M.E. de Bondt, 'Behoud van fiscale claims en het EG-Verdrag', *TFO* 19996/200.

²¹² HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio), *V-N* 2009/6.22, r.o. 111-113.

²¹³ HvJ EG 18 november 1999, zaak C-200/98 (X ab & Y ab), *Jur.* 1999, p. 8261, *V-N* 1999/58.24.

Het arrest X AB & Y AB betrof de vraag²¹⁵ of de Zweedse regeling van intragroepoverdrachten van aandelen in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. In de Zweedse belastingwetgeving is opgenomen dat aandelenoverdrachten tussen tot dezelfde groep behorende vennootschappen onder voorwaarden in aanmerking komen voor fiscale facilitatie. Het moet dan gaan om intragroepoverdrachten tussen Zweedse vennootschappen. Overdrachten aan buitenlandse vennootschappen komen niet in aanmerking voor deze regeling en vinden dan ook in de belasting sfeer plaats. Door de Zweedse regering worden geen rechtvaardigingsgronden voor deze mogelijke belemmering van het vrije verkeer aangedragen. Het HvJ EG oordeelt dat sprake is van een strijdigheid met de vrijheid van vestiging. Indien de verkrijgende vennootschap zijn vestigingsplaats niet in Zweden heeft, of wel in Zweden is gevestigd maar een moedermaatschappij heeft die niet in Zweden is gevestigd, kan de fiscale claim op de overgedragen aandelen niet worden doorgeschoven. Indien de aandelen worden gehouden door een vennootschap die wel in Zweden is gevestigd, kan de fiscale claim wel worden overgedragen. Dit onderscheid is naar het oordeel van het HvJ EG in strijd met de vrijheid van vestiging, en er zijn geen rechtvaardigingsgronden op van toepassing.²¹⁶

Het tweede arrest X en Y is vergelijkbaar met het voorgaande. In deze casus hebben de natuurlijke personen X en Y de Zweedse nationaliteit, en zijn ze beiden woonachtig in Zweden. X en Y zijn voornemens hun aandelen X AB tegen de oorspronkelijke aanschafwaarde over te dragen aan Z AB. X AB en Z AB zijn Zweedse vennootschappen. De moedermaatschappij van Z AB is Y SA, een Belgische vennootschap. X en Y zijn tevens aandeelhouders van Y SA. Voor dit soort transacties kent de Zweedse wetgeving een doorschuifregeling, waardoor bij een overdracht aan een Zweedse vennootschap waarin de vervreemder of naaste verwanten eveneens een aanmerkelijk belang heeft, niet wordt geheven over de meerwaarde van het aanmerkelijk belang. Indien de aandelen worden overgedragen aan een niet-Zweedse vennootschap waarin de vervreemders of naaste verwanten een aanmerkelijk belang hebben, dan wel aan een Zweedse vennootschap die een dochtermaatschappij is van een niet-Zweedse vennootschap waarin de vervreemders of naaste verwanten een aanmerkelijk belang hebben, geldt de doorschuifregeling niet. Het HvJ EG werd de vraag gesteld of deze regeling een belemmering van het vrije verkeer van vestiging of kapitaalverkeer vormt.²¹⁷ De Zweedse regering is van mening dat het hier een zuiver interne situatie betreft. Daarnaast worden de volgende rechtvaardigingsgronden aangedragen: het niet kunnen belasten van

²¹⁴ HvJ EG 21 november 2002, zaak C-436/00 (X & Y), *Jur.* 2002, p. 10 829, *BNB* 2003/221c*.

²¹⁵ De situatie waarover de prejudiciële vragen zijn gesteld, had zich ten tijde van het arrest nog niet daadwerkelijk voorgedaan. Het HvJ EG moest dan ook eerst oordelen of er geen sprake was van een zuiver hypothetische situatie. Aangezien de vennootschappen daadwerkelijk beoogden de transactie uit te voeren, was hier naar mening van het HvJ EG geen sprake van. Het HvJ EG achtte zich dan ook bevoegd om de vragen te beantwoorden.

²¹⁶ P. Kavelaars & E. Pechler, *Tax Case Law of the Court of Justice of the European Union*, Amersfoort: SDU 2008, p. 564.

²¹⁷ Evenals bij het arrest X ab & Y ab gaat het hier om een prelabel advies.

de meerwaarde op de aandelen, het terugdringen van het risico op belastingontwijking, de doeltreffendheid van de fiscale controle en de fiscale coherentie. Het HvJ EG oordeelt dat deze situatie wel onder de reikwijdte van het Gemeenschapsrecht valt, immers wordt de overdracht aan een buitenlandse vennootschap anders belast dan de overdracht in een zuiver binnenlandse situatie. In alle gevallen die in het arrest aan de orde komen, is sprake van een belemmering in de zin van het EG-verdrag. Dat sprake is van misbruik wordt door het HvJ EG niet erkend. De regeling is immers van toepassing in alle gevallen, en in de casus is niet naar voren gekomen dat er sprake is van misbruik. Vervolgens maakt het HvJ EG een opmerking die van belang is voor de houdbaarheid van eindafrekeningsbepalingen. De Zweedse regering brengt namelijk naar voren dat zonder deze regeling de fiscale claim niet zou kunnen worden geëffectueerd. Het HvJ EG oordeelt dat dit argument geen stand houdt, omdat de fiscale claim eveneens verloren zou gaan indien de aandelen worden vervreemd aan een Zweedse vennootschap, waarbij gebruik wordt gemaakt van de doorschuifregeling, en de aandeelhouders vervolgens zouden emigreren. Hiervoor is in de Zweedse belastingwetgeving geen claimbeschermingsregeling opgenomen, terwijl dit naar de mening van het HvJ EG op eenvoudige wijze zou kunnen worden opgelost door het hanteren van een systeem van zekerheidstelling door middel van waarborgsommen of garanties.²¹⁸ Het HvJ EG oordeelt ten slotte dat de fiscale coherentie hier niet kan worden ingeroepen als rechtvaardigingsgrond, onder verwijzing naar het Wielockx arrest. Zweden heeft namelijk in het betreffende bilaterale belastingverdrag bewust afgezien van de heffingsbevoegdheid over de meerwaarden op aandelen. Ook is geen sprake van fiscale coherentie binnen dezelfde belasting bij dezelfde belastingplichtige.

In de literatuur is de vraag opgekomen wat de gevolgen zijn van dit arrest voor het Nederlandse systeem van conserverende aanslagen. Nederland hanteerde in die tijd nog een verplichting tot zekerheidstelling van de fiscale claim die ontstond bij het opleggen van de conserverende aanslagen. Op basis van dit arrest zou deze zekerheidstelling in overeenstemming zijn met het Unierecht. Dit standpunt is echter onjuist gebleken, zo volgt o.a. uit de arresten Hughes de Lasteyrie du Saillant en N, die hierna aan de orde komen.²¹⁹

5.3.4 Arresten in de sfeer van het aanmerkelijk belang

Het Hof van Justitie heeft een tweetal arresten gewezen over de houdbaarheid van exitheffingen die worden opgelegd in de sfeer van het aanmerkelijk belang. Het gaat om de arresten Hughes de Lasteyrie du Saillant en N, die in deze paragraaf centraal staan.

²¹⁸ HvJ EG 21 november 2002, zaak C-436/00 (X & Y), *Jur.* 2002, p. 10 829, *BNB* 2003/221c*, r.o. 59.

²¹⁹ Zie ook P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *TFO* 2007/1.

5.3.4.1 Hughes de Lasteyrie du Saillant

Het arrest Hughes de Lasteyrie du Saillant betrof een zaak over de Franse belastingheffing bij emigratie van aanmerkelijk belanghouders vanuit Frankrijk.²²⁰ Hughes de Lasteyrie du Saillant (hierna De Lasteyrie) was een inwoner van Frankrijk en emigreerde in september 1998 naar Frankrijk. De Lasteyrie bezat meer dan 25% van de aandelen in een Franse vennootschap. Frankrijk belaste de meerwaarde van de aandelen van de aanmerkelijk belanghouder in de inkomstenbelasting. Voor de verschuldigde belasting werd onder voorwaarden uitstel van betaling verleend en na verloop van vijf jaar kon de belastingschuld worden kwijtgescholden. De voorwaarden voor uitstel bestonden onder meer uit een zekerheidstelling, het aanwijzen van een fiscaal vertegenwoordiger in Frankrijk en het vooraf indienen van een belastingaangifte in Frankrijk voor de waardevermeerdering. De Lasteyrie heeft bij de Franse rechter betoogd dat de exitheffing in strijd is met het Gemeenschapsrecht. De Franse rechter heeft hierop de volgende prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ EG:

“Verzet het beginsel van vrijheid van vestiging in artikel 52 EG-verdrag (na wijziging art. 43 EG)²²¹ zich ertegen dat een lidstaat ter voorkoming van belastingontwijking, een stelsel invoert waarbij waardevermeerderingen aan belasting worden onderworpen indien de fiscale woonplaats naar het buitenland wordt overgebracht?”²²²

Allereerst diende te worden bekeken of De Lasteyrie toegang heeft tot het gemeenschapsrecht. De Lasteyrie stelde hiervoor dat hij is geëmigreerd om in België zijn beroep uit te oefenen. De Franse fiscus heeft dit niet bestreden. De Franse rechter oordeelde dan ook dat art. 43 EG van toepassing is en het HvJ EG volgde deze redenering. Vervolgens bekeek het HvJ EG of sprake is van een belemmering. Hierover merkte het HvJ EG op dat art. 43 EG niet alleen is gericht aan de ontvangende lidstaat, maar zich er eveneens tegen verzet dat de lidstaat van herkomst de vestiging van een van zijn onderdanen in een andere lidstaat bemoeilijkt.²²³ De Franse wetgeving werkte voor De Lasteyrie ongunstiger uit dan voor Franse belastingplichtigen die binnen Frankrijk verhuizen. Het uitstel van betaling werd niet automatisch verleend en diende een waarborg te worden gesteld. Er was daarom sprake van een belemmering.²²⁴

De vervolgvraag is of de belemmering kan worden gerechtvaardigd. Hiervoor moet met de maatregel een rechtvaardig doel worden nagestreefd, uit hoofde van een dwingende reden van algemeen belang. Daarnaast moet de maatregel geschikt zijn om het doel te verwezenlijken, en mag

²²⁰ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), *BNB* 2004/258c, *NTFR* 2004/397.

²²¹ Thans art. 49 VWEU.

²²² HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), *BNB* 2004/258c, *NTFR* 2004/397, r.o. 18.

²²³ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), *BNB* 2004/258c, *NTFR* 2004/397, r.o. 42. Het HvJ EG wijst hier op HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars), r.o. en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

²²⁴ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), *BNB* 2004/258c, *NTFR* 2004/397, r.o. 46 t/m 48.

hij niet verder gaan dan noodzakelijk om het doel nagestreefde doel te bereiken. De verwijzende rechter heeft aangegeven dat het doel van de Franse exitheffingen is om belastingontwijking tegen te gaan. De Franse regering heeft aangegeven dat er belastingplichtigen waren die emigreerden, vervolgens hun aanmerkelijk belang vervreemdden en weer remigreerden naar Frankrijk. De inning van de belastingschuld zou voor Frankrijk heel lastig zijn, omdat Frankrijk niet beschikte over voldoende bilaterale en multilaterale instrumenten.²²⁵ Het HvJ EG merkte hier over op dat de regeling ruim werkt: niet louter kunstmatige constructies worden bestreden, maar eenieder die emigreert en een aanmerkelijk belang heeft, valt onder de regeling. Het HvJ EG meende dat hetzelfde doel kan worden bereikt met minder vergaande maatregelen, die specifiek zien op een tijdelijke emigratie. Bovendien werd het uitstel van betaling niet automatisch verleend en waren strenge voorwaarden van toepassing, waaronder het stellen van een waarborg en het aanstellen van een fiscaal vertegenwoordiger. Het HvJ EG oordeelde dan ook dat de Franse emigratieheffing bij aanmerkelijk belanghouders in strijd is met art. 43 EG, en dat hiervoor geen rechtvaardiging bestaat.^{226 227}

5.3.4.2 N-zaak

In de N-zaak stond het Nederlandse systeem ter zake van belastingheffing bij de emigratie van een aanmerkelijk belanghouder centraal.²²⁸ In het N-arrest ging het om een emigratie van een aanmerkelijk belanghouder, de heer N, van Nederland naar het Verenigd Koninkrijk. In het voorgaande hoofdstuk zijn de bilaterale verdragsaspecten van deze zaak reeds aan de orde gekomen. Deze zaak heeft echter ook Unierechtelijke aspecten. N betoogde voor de nationale rechter dat de belasting over de inkomsten uit aanmerkelijk belang bij emigratie in strijd is met het toenmalige art. 18 EG (thans art. 21 VWEU) en art. 43 EG (thans 49 VWEU). N was van mening dat niet alleen de verplichting om voor de conserverende aanslag zekerheid te stellen een belemmering van het vrije verkeer vormt, maar ook dat het koppelen van belastingheffing aan emigratie zelf reeds niet is toegestaan in het kader van het Unierecht. De Inspecteur betoogde dat de exitheffing niet in strijd is met het Unierecht, omdat in de zogenaamde fiscale coherentie een rechtvaardiging kan worden gevonden. Hof Arnhem heeft prejudiciële vragen gesteld. Het Hof wenste te vernemen of art. 18 EG dan wel art. 43 EG zich verzet tegen het Nederlandse systeem ter zake van emigratie van

²²⁵ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), *BNB* 2004/258c, *NTFR* 2004/397, r.o. 26.

²²⁶ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), *BNB* 2004/258c, *NTFR* 2004/397, r.o. 58.

²²⁷ D.P.S. de Boer, 'Hughes de Lasteyrie du Saillant: exit-heffing bij emigratie van een Ab-houder', *Forfaitair* 2004/144.

²²⁸ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22. Zie paragraaf 4.8.2 voor de doorwerking van de uitspraak van het HvJ EG in de nationale procedure: Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 07/12314, *BNB* 2009/262c*, *V-N* 2009/11.9, *NTFR* 2009/468.

aanmerkelijk belanghouders, waarbij de emigratie een realisatiemoment wordt te zijn geacht, met belastingheffing als gevolg. Indien het HvJ EG van mening zou zijn dat sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering, dan wenste het Hof Arnhem te vernemen of die belemmering met terugwerkende kracht kan worden weggenomen door de gegeven zekerheden vrij te geven.

Het HvJ EG ging eerstens in op de vraag of N toegang had tot het EG-verdrag. Het HvJ EG overwoog dat art. 43 EG een *lex specialis* is van art. 18 EG en dat in deze situatie art. 43 EG van toepassing is, omdat N 100% aandeelhouder is van een vennootschap die in de EU is gevestigd.²²⁹ Het HvJ EG concludeerde vervolgens dat het Nederlandse systeem van de exitheffing bij de aanmerkelijk belanghouder in het geval van emigratie een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging, analoog aan de redenering in het arrest Hughes De Lasteyrie du Saillant. Door de enkele verplaatsing van de woonplaats van de belastingplichtige resulteert de latente waardeangroei van aandeelhoudersrechten in een belastingschuld. Dit stelsel ontmoedigt de uitoefening van de vrijheid van vestiging en werkt derhalve belemmerend. Dit belemmerende karakter wordt nog eens versterkt door de bepalingen in de uitvoeringsfeer. Hierin is namelijk de eis van zekerheidsstelling gesteld, er wordt geen rekening gehouden met waardeverminderingen na emigratie en de belastingplichtige moet een belastingaangifte invullen.²³⁰

De vraag was vervolgens of de belemmering gerechtvaardigd en proportioneel zou worden bevonden door het HvJ EG. Hierbij moet in acht worden genomen, dat het HvJ EG de vaststelling van Hof Arnhem, dat het territorialiteitsbeginsel aan de grondslag ligt van de Nederlandse regeling, overnam. Handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid is een door het HvJ EG erkend en als legitiem betiteld doel.²³¹ Op communautair gebied heeft bijna geen harmonisatie op dit gebied plaatsgevonden. Lidstaten zijn dan ook zelfstandig bevoegd om de verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen.²³² Hiervoor wordt redelijkerwijs aangesloten bij het OESO-modelverdrag. Onder verwijzing naar art. 13, lid 5 OESO achtte het HvJ EG, in overeenstemming met A-G Kokott, de Nederlandse regelgeving gerechtvaardigd, op basis van het vernoemde territorialiteitsbeginsel. In essentie belast Nederland slechts de waardeangroei die op Nederlands

²²⁹ A-G Kokott is een andere mening toegedaan. Volgens de A-G kan N geen beroep doen op art. 43 EG (de vrijheid van vestiging), omdat geen sprake is van 'vestiging'. Hiervoor zouden volgens de A-G economische activiteiten vereist zijn. Naar mening van de A-G is het houden van aandelen geen economische activiteit in de zin van art. 43 EG. Het HvJ EG komt tot een andere conclusie op basis van het arrest Baars (HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars)), waarin is bepaald dat een belastingplichtige binnen de werkingsfeer van art. 43 EG valt, indien een 100% van de aandelen in het kapitaal van een vennootschap bezit die is gevestigd in een andere lidstaat dan die van de woonplaats van de belastingplichtige. Opvallend genoeg besteedt het HvJ EG geen aandacht aan het feit dat de BV's van N niet in Nederland zijn gevestigd, maar op de Nederlandse Antillen, ten tijde van dit arrest een derdeland.

²³⁰ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22, r.o. 34 t/m 39.

²³¹ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22, r.o. 42. Het HvJ wijst hierbij op HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer), r.o. 45.

²³² Zie hierover HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-336/96 (Gilly), r.o. 23.

grondgebied opkomt.²³³ Vervolgens ging het HvJ EG in op de vraag of de Nederlandse regeling proportioneel is. Gezien de eis van de zekerheidsstelling en het feit dat geen rekening werd gehouden met waardedalingen na emigratie, achtte het HvJ EG de exitheffing disproportioneel. Er zijn minder vergaande maatregelen voorhanden die invordering van de fiscale claim kunnen verzekeren. Daarnaast is alleen een systeem dat volledig rekening houdt met waardeverminderingen na emigratie gerechtvaardigd, tenzij hier in de aankomststaat rekening mee wordt gehouden. Tot slot concludeerde het HvJ EG dat de belemmering niet kan worden opgeheven door enkel het vrijgeven van de zekerheidsstelling.²³⁴

5.3.5 Grensoverschrijdende pensioenopbouw

5.3.5.1 Inleiding

Bij het HvJ EG zijn in de loop der jaren verschillende procedures gevoerd betreffende de verenigbaarheid van de fiscale behandeling van nationale pensioenstelsels met het Unierecht. Ter bescherming van de belastingclaim waren veel lidstaten terughoudend in het toelaten van buitenlandse verzekeraars als aanbieder van pensioenregelingen die in aanmerking kwamen voor fiscale facilitatie. Vanuit het standpunt van fiscale coherentie is voor deze benadering zeker iets te zeggen. In de jurisprudentie van het HvJ EU is echter een tendens vertoond waarbij fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond voor belemmering van verkeersvrijheden in steeds mindere mate wordt geaccepteerd. Toonaangevend hierin is het arrest Danner, waarin is bepaald dat fiscale coherentie bij de heffing over pensioenaanspraken in internationaal verband moet worden bereikt door adequate verdragsafspraken, in plaats van uitsluiting van buitenlandse verzekeraars.²³⁵ In deze paragraaf bespreek ik een aantal van de arresten.

5.3.5.2 Bachmann

Het meest in het oog springende arrest is het Bachmann-arrest.²³⁶ Belanghebbende was verhuisd uit Duitsland naar België en was werkzaam in België. In Duitsland kon hij, voorafgaand aan zijn emigratie, de premies voor zijn ziekte- en invaliditeitsverzekeringen van zijn inkomen aftrekken. Belanghebbende wilde zijn verzekeringen in België voortzetten, maar de premieaftrek werd in België geweigerd, omdat het geen Belgische verzekeringen betrof. Na drie jaar verhuisde belanghebbende terug naar Duitsland. Het HvJ EG oordeelde dat sprake was van een belemmering, maar dat deze

²³³ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22, r.o. 46 en r.o. 96.

²³⁴ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22, r.o. 51 t/m 55.

²³⁵ HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Danner), *Jur.* 2002, p. 8147, *BNB* 2002/403c*.

²³⁶ HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), *Jur.* p. I-00249.

gerechtvaardigd kon worden door de coherentie van het Belgische belastingstelsel. Indien de premie aftrekbaar is, wordt de uitkering die nadien volgt, belast en omgekeerd. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse of buitenlandse verzekeraars.

In latere zaken is nog veelvuldig een beroep gedaan op het beginsel van fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond, maar zijn de beroepen door het HvJ EG veelal niet als gegrond verklaard. Wel zijn de verdere voorwaarden voor een beroep op fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond uitgekristalliseerd.²³⁷ Het moet gaan om een aftrek en heffing bij dezelfde belastingplichtige en het moet bovendien gaan om coherentie binnen dezelfde belasting.²³⁸

5.3.5.3 Wielockx

In het Wielockx-arrest is de Nederlandse fiscale oudedagsreserve (hierna: FOR) getoetst aan de vrijheid van vestiging, voortkomend uit art. 43 EG (thans art. 49 VWEU).²³⁹ In dit arrest betreft het wetgeving in de bronstaat, terwijl in het Bachmann-arrest de wetgeving in de woonstaat centraal staat. Inwoners van Nederland konden fiscaal gefacilieerd een FOR vormen indien ze een zelfstandige waren, terwijl niet-ingezetenen dit recht werd onthouden. De Nederlandse regering was van mening dat deze belemmering kon worden gerechtvaardigd op grond van de fiscale coherentie, zoals deze door het HvJ EG is erkend in het Bachmann-arrest. Het HvJ EG ging in het Wielockx-arrest niet akkoord met de aangedragen rechtvaardiging, onder verwijzing naar de bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, overeenkomstig het OESO-modelverdrag. Het HvJ EG ging er hierbij van uit dat de FOR en de bijbehorende uitkeringen vallen onder art. 18 OESO, het pensioenartikel. Hierbij is de woonstaat bevoegd om te heffen over de uitkeringen. De fiscale coherentie bestaat dan niet op het niveau van de belastingplichtige, maar op het niveau van de verdragsluitende staten. De fiscale samenhang wordt verzekerd door de gesloten bilaterale overeenkomst, waardoor het niet kan worden ingeroepen als rechtvaardiging van de weigering van de aftrek van de bijdrage aan de FOR.²⁴⁰ Nederland heeft in het belastingverdrag met België het heffingsrecht op pensioenuitkeringen opgegeven. Nederland kan dan niet aanvoeren dat het niet verplicht was een aftrek toe te kennen, omdat het de pensioenuitkeringen niet zou kunnen belasten.²⁴¹

²³⁷ HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-315/02 (Lenz), *Jur.* 2004, p. 7063, r.o. 35.

²³⁸ P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *TFO* 2007/1.

²³⁹ HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), *Jur.* 1995, p. I-2493.

²⁴⁰ HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), *Jur.* 1995, p. I-2493, r.o. 25.

²⁴¹ In het commentaar op dit arrest in de literatuur komt naar voren dat het HvJ EG er, naar mening van de auteurs, ten onrechte van uitgaat dat de FOR een pensioen vorm in de zin van art. 18 OESO, maar moet worden gezien als een soort

5.3.5.4 Safir

Op 28 april 1998 heeft het HvJ EG arrest gewezen in de zaak Safir.²⁴² Belanghebbende in deze zaak, Safir, had een kapitaalverzekering gesloten bij een niet in Zweden gevestigde verzekeraar. De premie voor deze verzekering is belast, omdat de verzekeraar niet in Zweden is gevestigd, terwijl bij een vergelijkbare verzekering die is afgesloten bij een Zweedse verzekeraar, de premie niet is belast en het rendement wordt belast bij de verzekeraar. De premie is voor de verzekeringsnemer overigens nimmer aftrekbaar en de uitkeringen zijn niet belast. De verzekeringsnemer die de kapitaalverzekering onderbrengt bij een buiten Zweden gevestigde verzekeraar, dient zich te laten inschrijven en de premiebetaling moet worden gemeld bij de Zweedse belastingdienst. De heffing over de premie kan worden verlaagd, indien de verzekeringsnemer kan aantonen dat de buitenlandse verzekeraar in het buitenland is onderworpen aan een vergelijkbare belasting als waar de Zweedse verzekeringsbedrijven aan zijn onderworpen. De Zweedse overheid voert als rechtvaardigingsgronden aan dat het anders onmogelijk is over bij buitenlandse verzekeraars ondergebrachte kapitaalverzekeringen op eenzelfde wijze belasting te heffen als bij verzekeringen die bij Zweedse verzekeraars zijn ondergebracht, en dat de Zweedse schatkist hierdoor inkomsten misloopt. Het HvJ EG oordeelde dat deze regeling in strijd is met het vrije verkeer van diensten. Het is voor Zweedse verzekeringsnemers minder aantrekkelijk om een kapitaalverzekering in het buitenland af te sluiten, hetgeen resulteert in een belemmering voor zowel verzekeringsnemers als verzekeraars. Er zijn andere, minder vergaande heffingssystemen mogelijk, waarbij de Zweedse en niet-Zweedse verzekeraars gelijk worden behandeld. Hierbij kan gedacht worden aan een heffing over het rendement bij de verzekeringsnemers, ongeacht de vestigingsplaats van de verzekeraar. De aangevoerde rechtvaardigingsgronden werden dan ook niet aanvaard door het HvJ EG.

5.3.5.5 Danner

Vergelijkbaar met voorgaande arresten is het arrest Danner.²⁴³ Belanghebbende in deze zaak was geëmigreerd van Duitsland naar Finland, maar wenste zijn pensioenvoorziening voort te zetten in Duitsland. Het Finse belastingstelsel bood geen aftrek voor de aan buitenlandse verzekeraars en pensioenfondsen betaalde pensioenpremies. Vergelijkbare premies die worden betaald aan Finse pensioenverzekeraars zijn wel aftrekbaar. Opgemerkt dient te worden dat het Finse systeem met de toetreding tot de Europese Unie is gewijzigd. Voor de toetreding waren premies die waren betaald

lijfrente, waarna waarschijnlijk art. 21 OESO (restartikel) wordt toegepast. De Nederlandse wetgever heeft de FOR overigens wel aangepast. Zie P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *TFO* 2007/1.

²⁴² HvJ EG 28 april 1998, zaak C-118/96 (Safir), *Jur.* 1998, p. 1897, *BNB* 1999/67c*.

²⁴³ HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Danner), *Jur.* 2002, p. 8147, *BNB* 2002/403c*.

aan buitenlandse verzekeraars, wel aftrekbaar, maar na de toetreding heeft Finland de wetgeving met terugwerkende kracht tot 1 januari 1996 gewijzigd en zijn de premies sindsdien van aftrek uitgesloten. In Finland worden pensioenuitkeringen altijd belast. Het HvJ EG oordeelde dat sprake is van een belemmering van het vrije verkeer van diensten. Het HvJ EG aanvaardde niet de fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond, omdat de pensioenuitkeringen altijd worden belast, ongeacht of het buitenlandse pensioen fiscaal gefacilieerd is opgebouwd. Bovendien is, onder verwijzing naar het Wielockx-arrest, op verdragsniveau de fiscale coherentie gewaarborgd. De noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controle te waarborgen, is eveneens geen rechtvaardigingsgrond in de ogen van het HvJ EG. Fiscale controle kan namelijk worden gewaarborgd door de Inlichtingenrichtlijn²⁴⁴, op basis waarvan de Finse belastingautoriteit de relevante informatie bij de andere lidstaten kan opvragen. Aan het proportionaliteitsvereiste wordt dan ook niet voldaan.

5.3.5.6 Skandia/Ramstedt

Het laatste arrest betreffende de grensoverschrijdende sociale zekerheid en de fiscale coherentie is het arrest Skandia/Ramstedt.²⁴⁵ Skandia, een in Zweden gevestigde onderneming, sloot voor haar werknemers, die eveneens in Zweden woonden, een pensioenverzekeraar af bij buitenlandse verzekeringsmaatschappijen. Indien Skandia de premiebijdragen zou voldoen aan een Zweedse verzekeraar, zouden ze direct aftrekbaar zijn van de winst. Nu de premies werden voldaan aan een buitenlandse verzekeraar, zijn de premies pas aftrekbaar op het moment dat de werknemer de daadwerkelijke pensioentermijnen ontvangt. De verzekering wordt op dat moment aangeduid als een kapitaalverzekering, terwijl deze verzekering in een volledig binnenlandse situatie wordt aangeduid als ouderdomsverzekering. De uitkering is bij de pensioengerechtigde overigens in beide gevallen belast. Voor het HvJ EG stond reeds vast dat de regeling in strijd is met het vrije verkeer van diensten (thans art. 56 VWEU). In geschil was slechts of een eventuele rechtvaardigingsgrond moet worden aanvaard, waarbij door de Zweedse regering de fiscale coherentie, de doeltreffendheid van fiscale controles, het behoud van de heffingsgrondslag en de neutraliteit tussen de verschillende vormen van pensioenvoorziening (in eigen beheer, bij een pensioenfonds of door het afsluiten van een verzekering) als rechtvaardigingsgronden werden aangedragen. Het HvJ EG wees alle rechtvaardigingsgronden af. Naar mening van het HvJ EG bestond geen direct verband tussen de aftrek van de premie bij de werkgever en de belastbaarheid van de uitkering bij de werknemer. Ook werd geen compensatie geboden voor het rentenadeel door de latere premieaftrek. Fiscale controles

²⁴⁴ 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, *Pb.* 1977, L 336.

²⁴⁵ HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-422/01 (Skandia/Ramstedt), *Jur.* 2003, p. 6817, *V-N* 2003/36.9.

zijn op een minder ingrijpende manier eveneens mogelijk. Er werd dan ook niet voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. Het HvJ EG was tot slot van mening dat het argument van een eerlijke mededinging de inbreuk op de verdragsvrijheden niet rechtvaardigt.

5.3.5.7 Conclusie

Met uitzondering van het arrest Bachmann zijn de rechtvaardigingsgronden van de lidstaten in het kader van een beperking van de verkeersvrijheden in het kader buitenlandse pensioenopbouw niet aanvaard. De rechtvaardigingsgrond die voortvloeit uit het Bachmann-arrest moet bovendien eng worden uitgelegd en overige rechtvaardigingsgronden worden slechts met grote terughoudendheid door het HvJ EG aanvaard.²⁴⁶

5.3.6 *Infractieprocedures Europese Commissie*

Eerder heb ik de Pensioenmededeling van de Europese Commissie behandeld. Naar aanleiding van de Pensioenmededeling heeft de Europese Commissie verschillende infractieprocedures aanhangig gemaakt. In deze paragraaf behandel ik twee infractieprocedures die in dit kader zijn gevoerd. Het gaat om procedures tegen Denemarken en België. De infractieprocedure van de Europese Commissie tegen Spanje is ingetrokken, omdat Spanje haar wetgeving heeft aangepast conform de Europese regelgeving.²⁴⁷ Inmiddels heeft de Europese Commissie ook Tsjechië verzocht de wetgeving in dit kader aan te passen.²⁴⁸

5.3.6.1 Commissie vs. Denemarken

Op 30 januari 2007 heeft het HvJ EG arrest gewezen in de infractieprocedure die de Europese Commissie tegen Denemarken heeft ingesteld.²⁴⁹ De Europese Commissie meende dat de Deense pensioenwetgeving in strijd was met de vrije verkeersbepalingen in het Gemeenschapsrecht. Premiebetalingen voor levensverzekeringen en pensioenen waren in Denemarken aftrekbaar indien de verzekeringen waren ondergebracht bij een verzekeraar die in Denemarken was gevestigd of bij een in Denemarken gevestigde vaste inrichting van een buitenlandse verzekeraar. Indien de verzekering was afgesloten bij een in het buitenland gevestigde aanbieder, werden de premiebetalingen niet in aftrek toegelaten. Indien de premiebetalingen in aftrek waren gekomen, was de uitkering uit deze verzekering belast. Indien geen aftrek was toegestaan, was de uitkering in

²⁴⁶ P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *TFO* 2007/1.

²⁴⁷ HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-47/05 (Commissie vs. Spanje).

²⁴⁸ Persbericht Europese Commissie 28 oktober 2010, nr. IP/10/1406, <www.europa.eu/press_room>. Zie verder § 5.3.8.3.

²⁴⁹ HvJ EG 30 januari 2007, zaak C-150/04 (Commissie vs. Denemarken).

principe vrijgesteld. De Europese Commissie meende dat een dergelijke regeling in strijd is met het vrije verkeer van diensten, het vrije verkeer van personen en de vrijheid van kapitaalverkeer. Het was voor buitenlandse verzekeraars praktisch onmogelijk om concurrerend een pensioen dan wel levensverzekering in Denemarken aan te bieden. Daarnaast werden personen ontmoedigd zich in Denemarken te vestigen, omdat ze dan een nieuwe pensioenregeling moesten afsluiten bij een Deense verzekeraar. Naar mening van de Europese Commissie was hiervoor geen rechtvaardigingsgrond aanvaardbaar. De Deense regering voerde de doeltreffendheid van fiscale controle op de juistheid van de premieaftrek en de coherentie van het belastingstelsel aan als rechtvaardigingsgronden.

Het HvJ EG oordeelde dat de regeling in strijd is met het vrije verkeer van diensten van art. 49 EG (thans art. 56 VWEU) en de vrijheid van vestiging ex art. 43 EG (thans art. 49 VWEU). Buitenlandse verzekeraars dienden namelijk een vestiging of vaste inrichting in Denemarken te hebben om hun diensten aldaar fiscaal gefacilieerd aan te kunnen bieden. Bovendien werden buitenlandse werknemers benadeeld indien zij zich in Denemarken willen vestigen, omdat ze hun buitenlandse pensioenregeling niet fiscaal gefacilieerd kunnen voortzetten, hetgeen in strijd is met het vrije verkeer van personen ex art. 39 EG (thans art. 45 VWEU). Het HvJ EG ging vervolgens in op de aangevoerde rechtvaardigingsgronden en merkte op dat doeltreffendheid van fiscale controles en de coherentie van het fiscale stelsel als zodanig erkende rechtvaardigingsgronden zijn. Grensoverschrijdende fiscale controles kunnen echter ook worden uitgevoerd op basis van de Inlichtingenrichtlijn, waardoor zowel het recht op premieaftrek als op een eventuele vrijgestelde buitenlandse pensioenuitkering kan worden gecontroleerd. De doeltreffendheid van de grensoverschrijdende fiscale controle faalde derhalve als rechtvaardigingsgrond. Ten aanzien van de tweede rechtvaardigingsgrond, merkte het HvJ EG op dat het coherentiebeginsel een nauwe samenhang tussen een belastingvoordeel en een belastingnadeel vereist. Deze samenhang ontbreekt niet wanneer de pensioeninstelling in het buitenland is gevestigd, maar met name in het geval dat de werknemer tussen het tijdstip van de premiebetaling en het tijdstip van de pensioenuitkering verhuist naar het buitenland en de heffingsbevoegdheid over de uitkeringen door het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting wordt toegewezen aan de woonstaat. Daar staat tegenover dat Denemarken bij zijn inwoners kan heffen over de uit het buitenland ontvangen pensioenuitkeringen. De Deense regeling was dan ook niet noodzakelijk om een coherent fiscaal stelsel te garanderen. Het Deense systeem was naar het oordeel van het HvJ EG dan ook in strijd met het vrije verkeer van personen en diensten en de vrijheid van vestiging.²⁵⁰

²⁵⁰ P. Kavelaars & E. Pechler, *Tax Case Law of the Court of Justice of the European Union*, Amersfoort: SDU 2008, p. 144.

5.3.6.2 Commissie vs. België

Naast de infractieprocedure tegen Denemarken is de Europese Commissie een procedure tegen België gestart. Het HvJ EG heeft op 5 juli 2007 arrest gewezen in deze zaak.²⁵¹ Onder omstandigheden werd de opbouw van toekomstvoorzieningen in de Belgische inkomstenbelasting gefaciliteerd doordat de premiebetalingen ten laste van het inkomen konden worden gebracht. Hierbij werd echter een onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse situaties. Werkgeversbijdragen en werknemerspremies voor aanvullende verzekering tegen ouderdom en vroegtijdige dood waren in de Belgische Personenbelasting slechts aftrekbaar van het loon indien de bijdragen werden betaald aan een in België gevestigde verzekeringsonderneming of instelling voor sociale voorzieningen. Verder kende België een exitheffing over bepaalde kapitaalsommen, afkoopwaarden en spaartegoeden. Indien deze werden betaald of toegekend aan een belastingplichtige die voortijdig zijn woonplaats of de zetel van zijn fortuin naar het buitenland heeft overgebracht, werd de betaling of toekenning van dergelijke sommen geacht plaats te hebben gevonden voor deze overbrenging. Voor verzekeraars gold een verplichting een bedrijfsvoorheffing in te houden op de toekenning van kapitalen en afkoopwaarden die worden betaald aan een niet-ingezete van België, maar die wel ooit ingezetene van België is geweest en voor zover de kapitalen en afkoopwaarden geheel of gedeeltelijk zijn opgebouwd in de periode waarin de gerechtigde fiscaal ingezetene van België was. Ook de waardeoverdracht van kapitalen of afkoopwaarden die zijn gevormd door middel van werkgeversbijdragen of persoonlijke bijdragen voor aan aanvullend ouderdomspensioen was belast indien deze worden verricht aan een verzekeraar die in het buitenland is gevestigd. In zuiver binnenlandse situaties was niet sprake van een belastbare handeling in een dergelijke situatie. De Europese Commissie heeft tot slot in de procedure nog de aandacht gevestigd op het vereiste voor buitenlandse verzekeraar om alvorens hun diensten in België te mogen verlenen, een aansprakelijk vertegenwoordiger in België aan te nemen.

De Europese Commissie was van mening dat bovenstaande bepalingen uit de Belgische Personenbelasting in strijd zijn met de bepalingen uit het Gemeenschapsrecht inzake het vrije verkeer van diensten, kapitaal en personen en de vrijheid van vestiging, alsmede met de zogenoemde Levensverzekeringsrichtlijn.²⁵²

De Belgische regering voerde alleen voor de maatregel dat een buitenlandse verzekeraar een vaste vertegenwoordiger in België moet aanstellen, een rechtvaardigingsgrond aan. De regering achtte deze maatregel noodzakelijk ter verwezenlijking van het doel om de betaling van de jaarlijkse

²⁵¹ HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-522/04 (Commissie vs. België), *NTFR* 2007/1297.

²⁵² Richtlijn 2002/83 EG van het Europese Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *Pb.* 2002 L 345/1 (hierna: Levensverzekeringsrichtlijn).

fiscale verplichtingen die voortvloeien uit de contracten die zijn afgesloten bij een in een andere lidstaat gevestigde verzekeringsonderneming. Naar mening van de Belgische regering was deze maatregel niet onevenredig aan het nagestreefde doel.

Het HvJ EG ging bij de behandeling van deze infractieprocedure allereerst in op een mogelijke belemmering van het vrije verkeer van diensten. Het HvJ EG constateerde dat met de bepalingen het voor buitenlandse verzekeraars lastiger is hun diensten in België aan te bieden, dan voor Belgische verzekeraars. De maatregelen die de Europese Commissie onder de aandacht heeft gebracht, vormen allen een belemmering van het vrije dienstenverkeer ex art. 49 EG (thans art. 56 VWEU). Deze belemmering kon worden gerechtvaardigd indien met de maatregelen een rechtmatig, met het Gemeenschapsrecht verenigbaar doel wordt nagestreefd, deze maatregelen rechtvaardiging vinden in een dwingende reden van algemeen belang, geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en proportioneel zijn. De Belgische regering heeft slechts een rechtvaardiging aangedragen voor de verplichting tot het aanstellen van een vaste vertegenwoordiger door een buitenlandse verzekeraar. Deze verplichting zou noodzakelijk zijn om de betaling van de jaarlijkse belasting die is verschuldigd over de verzekeringscontracten. Het HvJ EG wees deze rechtvaardigingsgrond af, omdat naar haar oordeel minder ingrijpende maatregelen mogelijk zijn die hetzelfde doel verwezenlijken. Het HvJ EG wees hierbij op de Inlichtingenrichtlijn, de Levensverzekeringsrichtlijn en de daaruit voortvloeiende bepalingen in de Belgische regelgeving en de Invorderingsrichtlijn. Naar mening van het HvJ EG was de regeling derhalve in strijd met het vrije verkeer van diensten. Daarnaast constateerde het HvJ EG een belemmering van het vrije verkeer van personen. Werknemers en zelfstandigen uit andere lidstaten werden ervan weerhouden gebruik te maken van hun recht op vrij verkeer in een andere lidstaat dan wel zich in België te vestigen.

Het HvJ EG ging vervolgens in op de fictiebepaling die belastingheffing mogelijk maakt bij grensoverschrijding door werknemers of zelfstandigen. Indien kapitalen, afkoopwaarden en spaartegoeden werden betaald of toegekend aan een belastingplichtige die zijn woonplaats of de zetel van zijn fortuin vooraf naar het buitenland heeft overgebracht, werd de betaling geacht daags vóór de overbrenging te hebben plaatsgehad. De verzekeraar was verplicht bedrijfsvoorheffing in te houden indien de betalingen worden verricht aan een niet ingezetene die wel ingezetene van België is geweest en in die periode geheel of gedeeltelijk de betreffende kapittelen of afkoopwaarden fiscaal gefacilieerd heeft opgebouwd. De Belgische regering heeft aangegeven dat deze regeling niet langer wordt toegepast indien het desbetreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting de heffingsbevoegdheid over dergelijke inkomsten toewijst aan de andere verdragsluitende staat, ook wanneer deze staat geen gebruik maakt van dit recht. Het HvJ EG constateerde desondanks dat deze regeling het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging van zelfstandigen,

voortvloeiend uit art. 39 EG (thans art. 45 VWEU) en art. 43 EG (thans art. 49 VWEU), belemmert. Ook economisch niet-actieve personen werden door de betreffende bepalingen belemmerd, hetgeen in strijd is met het algemene recht op vrij verkeer van personen ex art. 18 EG (thans art. 21 VWEU). Afzonderlijke toetsing van de bepalingen aan het vrije verkeer van kapitaal was naar mening van het HvJ EG niet meer nodig, omdat alle bovenstaande bepalingen reeds onder andere verkeersvrijheden niet verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht.

5.3.7 Nationale jurisprudentie

In de nationale jurisprudentie heeft de rechter zich eveneens gebogen over de verenigbaarheid van exitheffingen met het Unierecht. In hoofdstuk 4 is een aantal arresten aan de orde gekomen in het kader van de verenigbaarheid van exitheffingen in het kader van bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belastingen. Bij een aantal van deze arresten heeft de rechter of A-G zich eveneens uitgesproken over de houdbaarheid onder Unierecht, uiteraard slechts in zaken die betrekking hadden op landen die in die tijd lid waren van de EU of voorlopers daarvan. In deze paragraaf komen de overwegingen die hierbij zijn gemaakt, aan de orde.

5.3.7.1 Hoge Raad 13 mei 2005 (de zetelverplaatsingsarresten)

In paragraaf 4.6.1.2 zijn de vier arresten die de Hoge Raad op 13 mei 2005 in het kader van de exitheffingen bij zetelverplaatsingen heeft gewezen, behandeld in het licht van de bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. De Hoge Raad ging in deze arresten voorbij aan de Unierechtelijke aspecten van de zetelverplaatsingen van pensioenvennootschappen. De Hoge Raad koos namelijk de weg van de goede trouw jegens de verdragspartner van de bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting en kwam tot de conclusie dat Nederland in strijd met de goede verdragstrouw nationaalrechtelijk de heffingsbevoegdheid naar zich toetrekt. A-G Wattel ging in zijn conclusie bij een van de onderhavige arresten wel uitgebreid in op de Unierechtelijke houdbaarheid van deze exitheffingen.²⁵³

Voor de bilaterale aspecten in het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 2005, *BNB 2005/2334c** verwijs ik naar de behandeling in paragraaf 4.7.1.2. In zijn conclusie gaat de A-G eerst uitgebreid in op de feiten in de casus. Het betreft de strafheffing ex art. 23a Wet VPB 1969 van in die tijd 60% van de waarde van de verzekerde pensioenaanspraak. Deze strafheffing komt ten laste van een pensioen-BV waarvan de feitelijke leiding wordt verplaatst van Nederland naar België. Hof 's-

²⁵³ Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2004, nr. 39 613, *V-N 2004/57.7*.

Gravenhage had in deze zaak eerder geoordeeld dat de heffing van art. 23a Wet VPB een zetelverplaatsing belemmerd en dat hiervoor geen rechtvaardigingsgrond bestaat en dat de heffing daarmee strijdig is met de vrijheid van vestiging ex art. 43 EG (thans art. 49 VWEU).²⁵⁴ De Staatssecretaris heeft beroep in cassatie ingesteld. De Staatssecretaris meende dat geen sprake is van een grensoverschrijdende economische activiteit, waardoor op basis van het arrest Werner geen toegang bestaat tot het Gemeenschapsrecht.²⁵⁵ Daarnaast meende de Staatssecretaris dat een eventuele belemmering kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de fiscale coherentie. Het Hof heeft naar de mening van de Staatssecretaris ten onrechte geoordeeld dat het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in de weg staat aan een beroep op de noodzaak tot bewaring van fiscale coherentie. De Staatssecretaris stelde ten slotte dat naar zijn mening het oordeel van het Hof niet juist. Het Hof meende dat er geen ruimte meer is voor het stellen van misbruik als rechtvaardigingsgrond, omdat de samenhang tussen de pensioenopbouw en de belastingheffing over de latere uitkeringen bilateraal is doorbroken. Belanghebbende heeft in het verweerschrift de middelen van de Staatssecretaris weersproken.

In zijn conclusie gaf de A-G aan dat het naar zijn mening onjuist is dat de partijen slechts over de toepassing van het Gemeenschapsrecht strijden. Van ambtswege ging de A-G dan ook eerst in op de exithetgeving in het licht van de goede verdragstrouw. In het voorgaande hoofdstuk heb ik deze problematiek besproken. Naar mening van de A-G verhindert art. 18 van het desbetreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting reeds dat art. 23a Wet VPB 1969 in de casus zijn toepassing vindt. De A-G was van mening dat het cassatieberoep derhalve op ambtswege bijgebracht gronden faalde. Toch ging hij nog wel in op de houdbaarheid van de strafheffing van art. 23a Wet VPB 1969 onder het Gemeenschapsrecht.

Allereerst ging de A-G in dit kader in op de toegang tot het Gemeenschapsrecht. Voor de toegang tot de vestigingsvrijheid in de zin van het EG-verdrag zijn werkzaamheden (economische activiteiten) tegen vergoeding anders dan in loondienst vereist.²⁵⁶ De Staatssecretaris meende dat geen sprake is van daadwerkelijke economische activiteiten in de casus. De zetelverplaatsing zou bovendien zijn verweven met de beslissing in de privé-sfeer om te emigreren. De A-G was van mening dat de verplaatsing van de zetel geen beslissing in de privé-sfeer is, aangezien de BV nog twee jaar na de emigratie van de aandeelhouder vanuit Nederland is geleid en de feiten in de casus tot een andere conclusie nopen, maar gaf wel aan dat deze acte wellicht niet volledig clair is.²⁵⁷

²⁵⁴ Hof 's-Gravenhage 18 maart 2003, MK I, nr. 01/1905, *V-N* 2003/22.2.4.

²⁵⁵ HvJ EG 26 januari 1993, zaak C-112/91 (Werner), *V-N* 1993, p. 1269.

²⁵⁶ HvJ EG 20 november 2001, zaak C-268/99 (Jany), *Jur.* 2001/I-08615, r.o. 37 en 50.

²⁵⁷ Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2004, nr. 39 613, *V-N* 2004/57.7., § 6.9.

Nu de A-G concludeerde tot toegang tot het Gemeenschapsrecht, was het de vraag of sprake was van een belemmering. Allereerst besteedde de A-G aandacht aan de vrijheid van vestiging. Dat sprake was van een belemmering van de vrijheid van vestiging nu een strafheffing van 60% van de pensioenaanspraakwaarde was verschuldigd indien de belanghebbende zich in België vestigde, lijkt geen twijfel. Het was echter de vraag of het EG-recht zich verzet tegen deze belemmering. Met name het arrest Daily Mail roept deze twijfel op.²⁵⁸ In dit arrest definieerde het HvJ EG eigenlijk een fiscale-afrekeningseis als een vennootschapsrechtelijk belemmering, in plaats van een fiscale belemmering. Het HvJ EG gaf dan ook eigenlijk geen antwoord op de vraag of een exitheffing verenigbaar is met de vrijheid van vestiging. De A-G kwam tot de conclusie dat het arrest Daily Mail in de casus niet van toepassing lijkt, omdat art. 23a Wet VPB 1969 een fiscale ontmoediging van vennootschappelijke emigratie vormt, die los staat van het al dan niet behouden of verliezen van de rechtspersoonlijkheid. Om verenigbaar te zijn met het Gemeenschapsrecht, diende voor de belemmering een rechtvaardiging te worden gevonden.

De Staatssecretaris voerde in zijn cassatieberoepschrift twee rechtvaardigingsgronden aan, namelijk de bewaring van fiscale coherentie en het voorkomen van misbruik en/of oneigenlijk gebruik. De A-G wijst er in zijn conclusie op dat het vaste rechtspraak is van het HvJ EG dat de fiscale coherentie zich dient te manifesteren binnen één belasting en bij dezelfde belastingplichtige. De A-G gaf echter ook aan dat A-G Kokott in haar conclusie in de zaak Manninen mogelijkheid zag voor een rechtvaardiging op basis van fiscale coherentie, waarbij de aftrek en heffing niet bij dezelfde persoon en binnen dezelfde belasting plaatsvinden.²⁵⁹ Overigens concludeerde A-G Kokott in de zaak Manninen dat het onverenigbaar is met het Gemeenschapsrecht dat Finland weigert de imputatie van buitenlandse vennootschapsbelasting te verlenen. Deze conclusie trekt zij echter niet op basis van het niet in kunnen roepen van de fiscale coherentie wegens ontbreken van een rechtstreeks verband, maar op andere gronden. De A-G Wattel vervolgt met de toepassing van bovenstaande criteria op het onderhavige geval en meent dat een beroep op fiscale coherentie in deze casus mogelijk is. Met de strafheffing ex art. 23a Wet VPB 1969 neemt Nederland de door de dga genoten opbouwfaciliteit terug, waarbij de dga 'wordt vereenzelvigd met zijn pensioen-BV'. Bij de dga kan geen inkomstenbelasting worden geheven ten aanzien van de (fictieve) pensioenafkoop, en daarom wordt subsidiair bij de gelieerde vennootschap die als verzekeraar optreedt, een belasting geven ten aanzien. De A-G meent dat economisch gezien wel gesproken van worden van dezelfde belasting bij dezelfde belastingplichtige. De belasting drukt effectief op het vermogen van de dga, aangezien zijn

²⁵⁸ HvJ EG 27 september 1988, zaak C-81/87 (Daily Mail), *Jur.* 1982, p. I-05483.

²⁵⁹ Conclusie van AG Kokott van 18 maart 2004 bij HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02 (Manninen), *BNB* 2004/401c*, par. 61.

pensioen-BV een soort 'spaarpotvehikel' van die dga is. Effectief maakt het dan niet uit wie de belasting feitelijk voldoet.²⁶⁰

De vraag die de A-G nu diende te beantwoorden, was of de fiscale coherentie proportioneel wordt gepraktiseerd. In zijn conclusie gaf de A-G aan dat hij constateerde dat de strafheffing ex art. 23a Wet VPB 1969 abstraheert van het al dan niet intact houden van de pensioenaanspraak door de dga. In de voorliggende zaak was de aanspraak in zijn geheel ondergebracht bij een andere vennootschap, met de vestigingsplaats in Nederland, alvorens de belanghebbende in deze zaak werd geliquideerd. Hiermee was de aanspraak wederom in de Nederlandse heffingsjurisdictie gebracht. De strafheffing vond in de ogen van de A-G in de casus dan ook weinig genade. Daarnaast werd bij de strafheffing niet gekeken naar het tarief in de inkomstenbelasting dat zou worden gehanteerd indien de faciliteit bij de dga ongedaan zou worden gemaakt en werd ook geen rekening gehouden met het tarief waartegen in het verleden premieaftrek heeft plaatsgevonden in vergelijking met het tarief waartegen de pensioenuitkeringen thans belast zouden worden. Ten slotte werd evenmin gekeken naar de fiscale behandeling in België. De A-G oordeelde dan ook dat de maatregelen in de casus disproportioneel uitwerken als bewaarder van de fiscale coherentie.²⁶¹

Na dit oordeel ging de A-G in op de tweede rechtvaardigingsgrond die door de Staatssecretaris was aangedragen, namelijk de misbruikbestrijding. De A-G is het niet eens met het oordeel van het HvJ EG dat een beroep op misbruikbestrijding niet meer mogelijk zou zijn indien door een belastingverdrag de fiscale coherentie tussen de Staten zou zijn gewaarborgd. Dit middel van de Staatssecretaris zou dus slagen, mits de rechtvaardigingsgrond proportioneel is. Hierover merkte de A-G op dat art. 23a Wet VPB 1969 niet alleen van toepassing is op volstrekt kunstmatige constructies, maar generiek werkt. De A-G oordeelde dan ook dat sprake was van een disproportionele maatregel. Dit oordeel neemt niet weg dat de maatregel in de casus gerechtvaardigd kan zijn wegens feitelijk misbruik. De A-G oordeelde in lijn met Hof dat een dergelijk beroep op basis van de feiten en omstandigheden in de casus dient te worden verworpen.

5.3.7.2 Hoge Raad 20 februari 2009

De Hoge Raad heeft in een vijftal arresten van 20 februari 2009 geoordeeld dat de emigratieheffing in het kader van het aanmerkelijk belang niet in strijd is met bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.²⁶² Een van deze arresten betrof de Nederlandse afwikkeling van de uitspraak van

²⁶⁰ Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2004, nr. 39 613, *V-N* 2004/57.7, § 6.24.

²⁶¹ Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2004, nr. 39 613, *V-N* 2004/57.7, § 6.28.

²⁶² Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 07/12314, *BNB* 2009/262c*, *V-N* 2009/11.9, *NTRF* 2009/468 (emigratie naar het Verenigd Koninkrijk in 1997). Dit betreft het sluitstuk in de N-zaak. Voor de bevindingen van het HvJ EU in deze zaak verwijst

het HvJ EG in de N-zaak.²⁶³ De Hoge Raad oordeelde dat de exitheffing zoals die wordt gehanteerd in het regime van het aanmerkelijk belang niet in strijd is met het Unierecht, mits geen zekerheidsstelling is vereist. De Hoge Raad oordeelde daarmee in lijn van het arrest N.

5.3.7.3 Hoge Raad 19 juni 2009

Zoals reeds in paragraaf 4.6 aan de orde is gekomen, heeft de Hoge Raad op 19 juni 2009 een viertal arresten gewezen naar aanleiding van de conserverende aanslag die wordt opgelegd over pensioenaanspraken en lijfrenteanspraken bij emigratie vanuit Nederland. In deze arresten zijn slechts summier de Unierechtelijke aspecten aan de orde gekomen. In deze paragraaf sta ik stil bij de punten die hierbij naar voren zijn gekomen.

In het eerste arrest van 19 juni 2009 oordeelde de Hoge Raad over de exitheffing over pensioenaanspraken ex art. 3.83 Wet IB 2001 jo. 3.146 Wet IB 2001, waarbij de belanghebbende emigreerde naar Frankrijk.²⁶⁴ De Hoge Raad ging in dit arrest voorbij aan de Unierechtelijke aspecten van de casus, en deed de zaak af met behulp van de goede verdragstrouw jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. De Staatssecretaris gaat in zijn cassatieschrift wel kort in op de Unierechtelijke aspecten, en dan met name op de vraag of de Nederlandse conserverende aanslag die wordt opgelegd over de pensioenaanspraken bij emigratie, in strijd is met het vrije verkeer van personen en het vrije verblijfsrecht. De Staatssecretaris betoogde dat de belanghebbende geen toegang had tot het Unierecht, nu geen economische activiteiten werden ontplooid in Frankrijk. Bovendien meende de Staatssecretaris dat uit het arrest N volgt dat de conserverende aanslag die Nederland oplegde, niet in strijd is met het Unierecht, omdat geen zekerheidsstelling werd geëist.^{265 266}

De A-G behandelde in zijn conclusie eerst de mogelijke schending van de goede verdragstrouw jegens de partner van het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. In het voorgaande hoofdstuk ben ik hier reeds op ingegaan. De A-G gaf in zijn conclusie aan dat ook hij van mening is dat de goede verdragstrouw reeds voldoende gronden bood om de emigratieheffing te verwerpen, maar is desondanks ingegaan op de Unierechtelijke aspecten die mogelijk in de weg staan aan de Nederlandse emigratieheffing. De A-G wees het argument van de Staatssecretaris dat

ik naar § 5.3.4.2; Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 701, *BNB* 2009/260c* (emigratie naar België in 1999); Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 699, *BNB* 2009/260, *NTFR* 2009/467 (emigratie naar België in 1998); Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 702, *NTFR* 2009/467 (emigratie naar België in 1998) & Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 43 760, *BNB* 2009/261c*, *V-N* 2009/12.99, *NTFR* 2009/468 (emigratie naar Verenigde Staten van Amerika in 1999).

²⁶³ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22.

²⁶⁴ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 43 978, *BNB* 2009/263c* (m.nt. Burgers).

²⁶⁵ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22.

²⁶⁶ Conclusie A-G Wattel van 31 januari 2008, nr. 43 978, *V-N* 2008/20.8, § 3.4.

geen toegang was tot het Unierecht van de hand onder verwijzing naar de arresten Pusa²⁶⁷ en Turpeinen²⁶⁸. Op grond van art. 18 EG (het verblijfsrecht, thans art. 21 VWEU) had de belanghebbende, toegang tot de bescherming die het Unierecht biedt tegen een ongunstiger behandeling van grensoverschrijdende verhuizingen ten opzichte van zuiver binnenlandse situaties, ondanks dat hij mogelijk geen economische activiteiten ontplooit. De vraag of de emigratieheffingen verenigbaar zijn met het Unierecht, staat los van de vraag of er al dan niet sprake is van treaty override. De A-G wees in deze op het arrest Columbus Container Services, waaruit blijkt dat treaty overrides geen zaak van het Unierecht zijn, zolang niet sprake is van een ongunstigere behandeling van grensoverschrijdend verkeer ten opzichte van zuiver binnenlandse situaties.²⁶⁹ De enige vraag is dus of emigranten slechter worden behandeld dan belastingplichtigen in zuiver binnenlandse situaties.²⁷⁰

De A-G vervolgde met de constatering dat het HvJ EG in de zaak N de conserverende aanslag ten laste van een ab-houder in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht achtte, mits de conserverende aanslag zonder zekerheidseisen werd opgelegd en de invordering onvoorwaardelijk werd uitgesteld tot het moment waarop de belanghebbende in een zuiver binnenlandse situatie zou moeten betalen en dat dan van de emigrant niet meer werd geheven dan hij verschuldigd zou zijn indien hij niet was geëmigreerd. Dat het in de casus om de toepassing van het verblijfsrecht in plaats van de vestigingsvrijheid gaat, stond naar mening van de A-G niet in weg voor de beoordeling of de voorliggende emigratieheffing in overeenstemming was met het Unierecht. In de casus is geen zekerheid geëist en van een gunstigere behandeling van een inwoner in overigens dezelfde omstandigheden is niets gebleken. De A-G meende dan ook dat de conserverende aanslag naar aanleiding van de emigratieheffing over pensioenaanspraken in de casus in overeenstemming was met het Unierecht.²⁷¹ De A-G ging in zijn conclusie tot slot in op de twijfel die hierover mogelijk ontstaat door de eerder door mij behandelde infractieprocedure van de Europese Commissie tegen o.a. België.²⁷² In de procedure tegen België verzette de Europese Commissie zich tegen diverse Belgische fiscale bepalingen die claimverlies voorkomen ter zake van in België opgebouwde pensioenaanspraken en lijfrentekapitaal. De Europese Commissie meende dat er mogelijk sprake was van belemmering van het vrije verkeer. In de procedure die volgde, achtte het HvJ EG de regeling in strijd met het vrije verkeer van diensten en personen. In de literatuur is de vraag opgekomen of het

²⁶⁷ HvJ EG 29 april 2004, zaak C-224/02 (H.A. Pusa), *BNB* 2004/259.

²⁶⁸ HvJ EG 9 november 2006, zaak C-520/04 (M. Turpeinen), *NTFR* 2006/1684.

²⁶⁹ HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), *NTFR* 2007/2295.

²⁷⁰ Conclusie A-G Wattel van 31 januari 2008, nr. 43 978, *V-N* 2008/20.8, § 7.2.

²⁷¹ Conclusie A-G Wattel van 31 januari 2008, nr. 43 978, *V-N* 2008/20.8, § 7.4.

²⁷² HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-522/04 (Commissie vs. België), *NTFR* 2007/1297; HvJ EG 30 januari 2007, zaak C-150/04 (Commissie vs. Denemarken) en HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-47/05 (Commissie vs. Spanje).

HvJ EG met dit arrest is teruggekomen op het N-arrest. De A-G meende dat hiervan geen sprake is, nu het HvJ EG er in het arrest *Commissie vs. België* geen aanwijzing toe heeft gegeven. Bij de A-G kwam het vermoeden op dat het HvJ EG de heffingsfictie bij grensoverschrijding door werknemers of zelfstandigen per abuis, ofwel als intrinsiek onderdeel van het onverenigbare te verklaren geheel van het Belgische pensioenstelsel heeft meegenomen in de wraking. De A-G achtte het niet nodig om nog prejudiciële vragen te stellen over de betekenis van het arrest *Commissie vs. België* voor het onderhavige geval van de Nederlandse exitheffingen over pensioenen.²⁷³ Hij concludeerde dan ook dat het cassatieberoep van de Staatssecretaris naar zijn mening ongegrond diende te worden verklaard. Naar later bleek, heeft de Hoge Raad dit advies gevolgd, maar heeft ze hierbij helaas geen aandacht besteed aan de Unierechtelijke aspecten van voorliggende materie.

In het tweede, vergelijkbare arrest van 19 juni 2009 oordeelde de Hoge Raad over de houdbaarheid van de emigratieheffing bij wege van fictie over pensioenaanspraken van een belastingplichtige die emigreerde naar Korea.²⁷⁴ De Staatssecretaris ging in beroepschrift in cassatie in op de houdbaarheid van de opgelegde conserverende aanslag onder het Unierecht en kwam tot de conclusie dat de opgelegde conserverende aanslag naar zijn mening voldeed aan de voorwaarden die voortvloeien uit de N-zaak. Helaas heeft de Hoge Raad zich in dit arrest niet uitgelaten over dit standpunt, en heeft de A-G evenmin conclusie hierover getrokken. In het derde arrest betreffende de emigratieheffing over pensioenaanspraken, waarbij de belanghebbende naar de Filippijnen emigreerde, is geheel geen aandacht besteed aan de Unierechtelijke houdbaarheid van de emigratieheffing.²⁷⁵

Ook in het arrest van 19 juni 2009 betreffende de heffing door Nederland ter gelegenheid van afkoop van een lijfrente door een belastingplichtige die naar België emigreerde, gaat de Hoge Raad voorbij aan de Unierechtelijke aspecten.²⁷⁶ Voor Hof 's-Hertogenbosch was in deze zaak in geschil of het oude verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met België uit 1970 of de verkeersvrijheden uit het Unierecht in de weg staan aan de Nederlandse belastingheffing over de afkoop van de lijfrente verplichtingen. Het Hof oordeelde dat de heffing in strijd was met het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, en kwam dan ook niet meer toe aan de mogelijke strijdigheid met het Unierecht. In zijn beroepschrift in cassatie was de Staatssecretaris van mening dat dit oordeel geen stand kon houden. Naar zijn mening verzette het belastingverdrag zich niet tegen de Nederlandse heffingsfictie. De Staatssecretaris besteedde dan ook wel aandacht aan de

²⁷³ Conclusie A-G Wattel van 31 januari 2008, nr. 43 978, *V-N* 2008/20.8, § 7.7

²⁷⁴ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 07/13267, *BNB* 2009/265* (m.nt. Burgers).

²⁷⁵ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 08/02 288, *BNB* 2009/266* (m.nt. Burgers).

²⁷⁶ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 44 050, *BNB* 2009/264c* (m. nt. Burgers).

houdbaarheid van de heffingsfictie onder het Unierecht. Naar zijn oordeel beperkte de regeling belastingplichtigen echter niet in de uitoefening van hun verdragsvrijheden. A-G Wattel gaat in zijn conclusie bij onderhavige arrest eveneens in op de Unierechtelijke aspecten.²⁷⁷ Overigens concludeerde de A-G reeds op basis van het Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en België dat de Nederlandse heffingsfictie geen doorgang kan vinden. Voor het geval de Hoge Raad anders oordeelde, ging hij nog wel in op de mogelijke Unierechtelijke bezwaren. De strekking van deze conclusie is grotendeels gelijklopend met de conclusie in het eerste arrest van 19 juni 2009, *BNB 2009/263c**.²⁷⁸ De A-G heeft ook in deze zaak geconcludeerd dat het cassatieberoep wat hem betreft ongegrond diende te worden verklaard. De Hoge Raad heeft dit zoals eerder aangegeven ook gedaan, maar is hierbij helaas voorbij gegaan aan de Unierechtelijke aspecten van de casus.

5.3.8 Aanhangige zaken

De Nederlandse exitheffingen voor ondernemingen staan momenteel ter discussie. De Europese Commissie heeft Nederland op 18 maart 2010 verzocht de exitheffingen aan te passen, omdat de Commissie van mening is dat deze onverenigbaar zijn met het EU-verdrag.²⁷⁹ Inmiddels heeft dit verzoek geleid tot een infractieprocedure.²⁸⁰ Parallel aan deze procedure heeft Hof Amsterdam prejudiciële vragen gesteld over de Nederlandse exitheffing voor ondernemingen.²⁸¹

In paragraaf 5.3.6 is een tweetal infractieprocedures van de Europese Commissie behandeld. Inmiddels heeft de Europese Commissie een vergelijkbaar verzoek gedaan aan Tsjechië.²⁸² Ook heeft de Europese Commissie een onderzoek gestart naar de Zweedse belastingheffing over dividend dat wordt uitbetaald aan pensioenfondsen. Gezien het toepassingsbereik van mijn scriptie zal ik geen aandacht besteden aan de zaak tegen Zweden.²⁸³

5.3.8.1 Infractieprocedure Europese Commissie exitheffingen voor ondernemingen

Het verzoek van de Europese Commissie was gericht tot België, Denemarken en Nederland en behelst de restrictieve exitheffing voor ondernemingen. Voor Nederland heeft het verzoek betrekking op de art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet VPB 1969. Het verzoek heeft

²⁷⁷ Conclusie A-G Wattel van 31 januari 2008, nr. 41 050 en 41 051, *V-N* 2008/35.12.

²⁷⁸ Zie: Conclusie A-G Wattel van 31 januari 2008, nr. 43 978, *V-N* 2008/20.8 en de voorgaande behandeling.

²⁷⁹ Persbericht Europese Commissie 18 maart 2010, nr. IP/10/299, <www.europa.eu/press_room>. Zie ook *V-N* 2010/17.11.

²⁸⁰ Persbericht Europese Commissie 24 november 2010, nr. IP/10/1565, <www.europa.eu/press_room>. Het referentienummer van de Commissie voor de zaak tegen Nederland is 2008/2204.

²⁸¹ Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. P08/00135, *V-N* 2010/35.6

²⁸² Persbericht Europese Commissie 28 oktober 2010, nr. IP/10/1406, <www.europa.eu/press_room>.

²⁸³ Persbericht Europese Commissie 28 oktober 2010, nr. IP/10/1406, <www.europa.eu/press_room>.

inmiddels gevolg gekregen in de vorm van een infractieprocedure. De Europese Commissie meent dat de Nederlandse exitheffingen bedrijven ervan kunnen weerhouden hun recht op vrijheid van vestiging uit te oefenen. Naar mening van de Europese Commissie is sprake van een schending van art. 49 VWEU. Dit standpunt van de Europese Commissie is gebaseerd op de arresten *De Lasteyrie du Saillant*²⁸⁴ en de *N-zaak*²⁸⁵, alsmede op de *Exitheffingenmededeling*²⁸⁶. Het pijnpunt zit volgens de Europese Commissie in de onmiddellijke heffing op het tijdstip van vertrek. Nog niet gerealiseerde meerwaarden op het tijdstip van vertrek worden onmiddellijk belast, terwijl in vergelijkbare binnenlandse situaties niet direct een eindafrekening wordt opgelegd. Uit de jurisprudentie volgt dat lidstaten de inning van de verschuldigde belasting moeten uitstellen tot het tijdstip waarop de achterliggende meerwaarden daadwerkelijk worden gerealiseerd. Dit uitstel moet renteloos en automatisch worden verleend, zonder dat daarvoor zekerheidstelling is vereist. Eerder zijn tegen Spanje en Portugal infractieprocedures gestart.²⁸⁷ Zweden heeft naar aanleiding van een met redenen omkleed advies de wetgeving aangepast, waarop de Europese Commissie de zaak tegen Zweden heeft gesloten.²⁸⁸

5.3.8.2 Hof Amsterdam 15 juli 2010

De zaak waarin het Hof Amsterdam prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU heeft gesteld, heeft betrekking op de exitheffing die was opgenomen in art. 16 Wet IB 1964, dat nu niet meer van toepassing is, jo. art. 8 Wet VPB 1969. X BV is de belanghebbende in deze zaak. X BV maakt als dochtermaatschappij onderdeel uit van een fiscale eenheid voor de VPB. Voor een buitenlands project was X BV voornemens samen te werken met een buitenlandse vennootschap. Voor de financiering van deze samenwerking verkreeg X BV een omvangrijke vordering op een groepsmaatschappij. De samenwerking bleek uiteindelijk niet door te gaan. Daarom werd eind 2000 besloten de feitelijke leiding van de X BV naar het Verenigd Koninkrijk te verplaatsen. In verband met deze verplaatsing werd het lopende boekjaar vanaf 1 april afgesloten per 15 december 2000, waarna in februari 2001 de aandelen X BV werden verkocht. Naast de zetelverplaatsing werden de Nederlandse bestuurders vervangen door Britse bestuurders. In maart 2002 werd het boekjaar weer omgezet in een boekjaar van 1 april t/m 31 maart. X BV had ten tijde van de zetelverplaatsing een vordering op een groepsmaatschappij tegen historische kostprijs op de balans staan. De Inspecteur

²⁸⁴ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), *BNB* 2004/258c, *NTFR* 2004/397.

²⁸⁵ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22.

²⁸⁶ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité - *Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten*, nr. COM(2006)825def.

²⁸⁷ Persbericht Europese Commissie 8 oktober 2009, nr. IP/09/1460, <www.europa.eu/press_room>.

²⁸⁸ Persbericht Europese Commissie 18 september 2008, nr. IP/08/1362, <www.europa.eu/press_room>.

legde aan X BV een aanslag VPB op, op basis waarvan X BV acuut moest afrekenen over de stille reserves die in de vordering op de groepsmaatschappij lagen besloten. Het betrof een latente koerswinst op de vordering op de groepsmaatschappij. Rechtbank Haarlem oordeelde hierover dat de latent aanwezige meerwaarden op het moment van emigratie kunnen worden belast. Hof Amsterdam ging eerst in op de vraag of X BV zelfstandig belastingplichtig was. Het Hof negeerde de wijziging van het boekjaar, omdat naar het oordeel van het Hof het boekjaar alleen werd gewijzigd om onder de exitheffing uit te komen. X BV zou hiermee in strijd handelen met doel en strekking van de wet. Het Hof paste het leerstuk van *fraus legis* toe, waardoor de fiscale eenheid naar het oordeel van het Hof per 1 april is verbroken en X BV daarmee zelfstandig belastingplichtig werd per 1 april 2000. Naar het oordeel van het Hof was de aanslag dan ook terecht opgelegd. Het was echter de vraag of de belastingheffing bij de verplaatsing van de feitelijke leiding naar een andere lidstaat, in strijd is met het EU-recht. De Inspecteur was van mening dat het Unierecht niet in de weg staat aan de heffing, omdat naar zijn mening uit het arrest *Daily Mail* valt op te maken dat zetelverplaatsingen niet onder het bereik van de vrijheid van vestiging vallen.²⁸⁹ Ook de Staatssecretaris heeft zich in het verleden in meerdere malen deze lijn uitgesproken.²⁹⁰ In de voorliggende casus leidde het Hof uit o.a. *Daily Mail* af dat een lidstaat eisen mag stellen aan de naar het recht van die lidstaat opgerichte vennootschap betreffende de voorwaarden waaronder die vennootschap bij feitelijke zetelverplaatsing naar een andere lidstaat, haar status van vennootschap van de lidstaat van vertrek kan behouden. De vrijheid van vestiging zou dan niet ingeroepen kunnen worden. Naar het oordeel van het Hof is een exitheffing echter geen voorwaarde betreffende het bestaan en de werking van belanghebbende als een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap, nu de belanghebbende zowel naar Nederlands recht als naar Engels recht zonder onderbreking voortzet als vennootschap naar Nederlands recht. De vrijheid van vestiging zou dan naar mening van het Hof in de weg staan aan de acute belastingheffing door Nederland.²⁹¹ Echter, het Hof twijfelde over de houdbaarheid van deze redenering, en achtte het dan ook noodzakelijk om in deze prejudiciële vragen te stellen. In het vervolg van de behandeling kwamen bij het Hof nog enkele aanvullende vragen op, zodat uiteindelijk werd gekomen tot de volgende prejudiciële vraagstelling:

“1. Kan, indien een lidstaat aan een naar het recht van die lidstaat opgerichte vennootschap die vanuit die lidstaat haar feitelijke zetel verplaatst naar een andere lidstaat, ter zake van deze zetelverplaatsing

²⁸⁹ HvJ EG 27 september 1988, zaak C-81/87 (*Daily Mail*), *Jur.* 1982, p. I-05483.

²⁹⁰ Zie: Brief Staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, *V-N* 2004/21.8. Vergelijk ook Overige fiscale maatregelen 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 758, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag), *V-N* 2004/56.3 & Brief Staatssecretaris van Financiën van 9 februari 2005, nr. WDB 2005/77U, *V-N* 2005/11.7.

²⁹¹ Vergelijk ook het eerder behandelde arrest HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio*), *V-N* 2009/6.22, waaruit valt op te maken dat de eindafrekeningsbepaling wel degelijk toetsbaar is aan de vrijheid van vestiging.

een fiscale eindafrekeningsheffing oplegt, deze vennootschap zich, naar de huidige stand van het gemeenschapsrecht, tegenover die lidstaat beroepen op artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU)?

2. Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: is een eindafrekeningsheffing als de onderhavige, die de meerwaarden in de vanuit de lidstaat van vertrek naar de lidstaat van aankomst verplaatste vermogensbestanddelen van de vennootschap, zoals deze ten tijde van haar zetelverplaatsing aanwezig worden bevonden, zonder uitstel en zonder de mogelijkheid latere waardeverliezen in aanmerking te nemen, in de heffing betreft, in strijd met artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU), in die zin dat een dergelijke eindafrekeningsheffing niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak tot verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten?

*3. Is het antwoord op de vorige vraag mede afhankelijk van de omstandigheid dat de onderhavige eindafrekeningsheffing betrekking heeft op een onder de Nederlandse belastingjurisdictie aangegroeide (valuta)winst, terwijl deze winst in het land van aankomst onder het aldaar geldende belastingregime niet tot uitdrukking kan komen?*²⁹²

Met name over de proportionaliteitsvraag kan worden gediscussieerd. Op het eerste zicht is de parallel met de eindafrekening voor natuurlijke personen met een aanmerkelijk belang snel gemaakt. Het Hof van Justitie heeft in de arresten Hughes de Lasteyrie du Saillant en N de lijn voor de behandeling van dergelijke emigratieheffingen uitgezet. De vraag is of deze lijn één op één over kan worden overgenomen voor de behandeling van emigratieheffingen bij ondernemingen. In de sfeer van het aanmerkelijk belang hoeft de staat van vertrek slechts zicht te houden op de belastbare feiten die zich voordoen met betrekking tot de ab-aandelen. In de sfeer van winst uit onderneming gelden na de zetelverplaatsing de regels van de fiscale winstbepaling van de nieuwe vestigingsstaat. Daar het vaak gaat om een groot aantal overgebrachte vermogensbestanddelen, lijkt het voor de vertrekstaat vrijwel onmogelijk om zicht te houden op de claim op de meerwaarden ten tijde van vertrek. Het identificeren van realisatiemomenten is dan een stuk lastiger dan in sfeer van het aanmerkelijk belang. Nederland zou bovendien waardedalingen die na de zetelverplaatsing ontstaan, maar waarmee geen rekening wordt gehouden in de nieuwe vestigingsstaat, in aanmerking moeten nemen. Het is dus de vraag hoe een proportionele maatregel in de sfeer van winst uit onderneming er uit zal zien. Een conserverende aanslag zoals die wordt gehanteerd in het regime van het aanmerkelijk belang lijkt een minder bezwarende oplossing dan het huidige systeem. Echter moet in ogenschouw worden genomen dat bij directe afrekening, het immigratieland in de regel een step-up zal verlenen tot waardering van de vermogensbestanddelen tegen de waarde in het economisch verkeer. Dit heeft tot gevolg dat een grotere afschrijvingsbasis en een lagere belastinggrondslag ontstaat, wat zal resulteren in een lagere afdracht in het immigratieland. Hiermee wordt het nadeel

²⁹² Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. P08/00135, V-N 2010/35.6, r.o. 4.15.7.

van een directe afrekening enigszins gecompenseerd, al dient nog wel het liquiditeits- en rentenadeel in ogenschouw te worden genomen. Dit zou kunnen worden opgelost met een mogelijkheid tot gespreide betaling van de verschuldigde belasting in het vertrekland.²⁹³ Wellicht dat het antwoord van het HvJ EU op de prejudiciële vragen duidelijkheid kan scheppen en er hieruit een proportioneel systeem van belastingheffing over de latente meerwaarden kan worden ontwikkeld.

5.3.8.3 Verzoek Europese Commissie aan Tsjechië

In navolging van de infractieprocedures tegen Denemarken en België heeft de Europese Commissie Tsjechië verzocht de fiscale pensioenwetgeving aan te passen. De bijdragen van een belastingplichtige in Tsjechië aan een pensioenfonds dat is gevestigd in Tsjechië zijn aftrekbaar van het belastbare inkomen, terwijl bijdragen aan een vergelijkbaar buitenlandse pensioenregeling niet aftrekbaar zijn. Voor de werkgeversbijdragen aan de pensioenregeling geldt dat deze niet tot het belastbare inkomen van de werknemer worden gerekend, indien de bijdragen worden betaald aan een pensioenfonds dat is gevestigd in Tsjechië. Indien de werkgeversbijdragen worden gedaan aan een pensioenfonds dat is gevestigd buiten Tsjechië, worden deze wel gerekend tot het belastbare inkomen van de werknemer. De Europese Commissie acht bovenstaande behandeling in strijd met het vrije verkeer van werknemers ex art. 45 VWEU, de vrijheid van vestiging ex art. 49 VWEU en het vrije verkeer van diensten ex art. 56 VWEU en heeft Tsjechië daarom verzocht de wetgeving aan te passen. Als Tsjechië niet in voldoende mate binnen twee maanden gehoor geeft aan dit verzoek, kan de Europese Commissie een infractieprocedure tegen Tsjechië starten.²⁹⁴

5.4 Toetsing huidige Nederlandse behandeling

5.4.1 Inleiding

In het voorgaande heb ik aandacht besteed aan de primaire en secundaire bronnen van Europees Recht die mogelijk betrekking hebben op de houdbaarheid van exitheffingen over pensioenen en lijfrenten in Europees verband. Vervolgens is de jurisprudentie van het Hof van Justitie die in het kader van pensioenen is geweest. Op basis hiervan is een toetsingskader samen te stellen voor de toetsing van de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten aan de verdragsvrijheden uit het Europese recht.

²⁹³ H.P.A.M. van Arendonk, 'Inkomstenbelasting en Europa: nationale folklore met een Europees sausje', *MBB* 2008/121.

²⁹⁴ Persbericht Europese Commissie 28 oktober 2010, nr. IP/10/1406, <www.europa.eu/press_room>.

5.4.2 *Stappenplan*

Voor het toetsen of een bepaalde regeling in strijd is met het Europese recht, hanteert het Hof van Justitie een beslisschema. De vragen die in dit beslisschema aan de orde komen, luiden als volgt:

1. Is er sprake van een grensoverschrijdende economische activiteit?
 - a. Indien daar geen sprake van is, dan heeft de belanghebbende geen toegang tot het EU-recht en wordt de toepassing niet belemmerd door het EU-recht.
 - b. Zo ja, dan vraag 2.
2. Is er sprake van discriminatie of een belemmering?
 - a. Indien daar geen sprake van is, dan verzetten de verdragsvrijheden zich niet tegen de toepassing van de maatregel.
 - b. Zo ja, dan vraag 3.
3. Is er een rechtvaardigingsgrond van toepassing?
 - a. Indien er geen rechtvaardigingsgrond van toepassing is, is de maatregel onverenigbaar met het Europese recht en kan deze niet worden gehanteerd.
 - b. Zo ja, dan vraag 4.
4. Is de maatregel een geschikt middel, gelet op de rechtvaardigingsgrond?
 - a. Indien de maatregel niet geschikt is, is deze onverenigbaar met het Europese recht en kan deze niet worden gehanteerd.
 - b. Zo ja, dan vraag 5.
5. Gaat het middel niet verder dan nodig is, gelet op de rechtvaardigingsgrond?
 - a. Indien het middel verder gaat dan nodig is, is de maatregel onverenigbaar met het Europese recht en kan deze niet worden gehanteerd.
 - b. Indien de maatregel niet verder gaat dan nodig is, is de maatregel verenigbaar met het Europese recht en kan deze in principe worden gehanteerd.

Aan de hand van bovenstaand stappenplan en de bevindingen in voorgaande paragrafen over de toepasselijke Europese regelgeving en jurisprudentie, toets ik in deze paragraaf de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten aan het Europese recht.

5.4.3 *Toegang tot het Europees recht*

Over de toegang tot het Europees recht bestaat voor wat betreft de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten in mijn ogen geen discussie. Economisch actieven vallen onder de bescherming van het EU-verdrag, aangezien zij na emigratie economische activiteiten ontplooiën in de nieuwe woonstaat. In het kader van pensionado's, kan worden gesteld dat deze geen economische activiteiten in de

nieuwe woonstaat ontplooiën na het moment van emigratie. Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt dat ook niet-actieve pensioengerechtigden toegang hebben tot de bescherming van het EU-verdrag, op grond van het verblijfsrecht ex art. 21 VWEU.²⁹⁵ De natuurlijke personen die worden geconfronteerd met een heffing over pensioen- dan wel lijfrenteclaims op het moment van emigratie hebben dus toegang tot het Europese recht.

Ten aanzien van de vennootschap met aanspraken in eigen beheer die wordt geconfronteerd met de exitheffing op grond van art. 23a Wet VPB 1969 ligt de zaak anders. Indien immers de Daily Mail doctrine toegepast, waaruit valt op te maken dat het HvJ EU in algemene zin meent dat de zetelverplaatsing van een vennootschap niet onder het bereik van de vrijheid van vestiging valt, heeft de betreffende vennootschap in dit geval geen toegang tot bescherming van het Europese recht.²⁹⁶ De vraag is echter of het standpunt dat de exitheffingen niet toetsbaar zijn aan de vrijheid van vestiging, nog steeds van waarde is. Op basis van de rechtsoverwegingen in het Cartesio-arrest, kan worden gesteld dat bij een hernieuwde vraag aan het HvJ EU, mogelijk wel wordt toegekomen aan de toetsing aan de vrijheid van vestiging.²⁹⁷ Ook zou kunnen worden gesteld dat de heffing ex art. 23a Wet VPB 1969 gelijk kan worden gesteld met de heffing bij de gerechtigde tot het pensioen.²⁹⁸ Geconcludeerd zou dan worden dat ook via deze weg toegang tot de bescherming van het Europese recht wordt genoten. Ten slotte wijs ik op de overwegingen van A-G Wattel in het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 2005, welke ik heb behandeld in paragraaf 5.3.7.1. A-G Wattel concludeert eveneens dat toegang tot het Europees recht bestaat. De verplaatsing van de pensioen-BV in die casus was geen beslissing in de privé-sfeer, aangezien de vennootschap na de verplaatsing nog twee jaar vanuit Nederland werd geleid. De zetelverplaatsing valt dan onder de vrijheid van vestiging. Volledig zeker is de A-G echter niet van deze conclusie.²⁹⁹ De crux ligt bij de vraag of sprake is van grensoverschrijdende economische activiteiten. Ik meen echter op basis van het voorgaande dat toegang tot de Europese verdragsbescherming wel degelijk bestaat.

5.4.4 Belemmering

Nu het antwoord op de eerste vraag uit het stappenplan bevestigend luidt en geconcludeerd is dat het Europese recht op de situatie van emigratie van toepassing is, dient te worden gekeken of sprake

²⁹⁵ HvJ EG 29 april 2004, zaak C-224/02 (H.A. Pusa), *BNB* 2004/259 & HvJ EG 9 november 2006, zaak C-520/04 (M. Turpeinen), *NTFR* 2006/1684.

²⁹⁶ HvJ EG 27 september 1988, zaak C-81/87 (Daily Mail), *Jur.* 1982, p. I-05483.

²⁹⁷ HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio), *V-N* 2009/6.22, r.o. 111-113.

²⁹⁸ Vergelijk de benadering in Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 613, *BNB* 2005/234c* (m. nt. Kavelaars).

²⁹⁹ Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2004, nr. 39 613, *V-N* 2004/57.7.

is van een discriminatie of belemmering van de belanghebbende bij het hanteren van de emigratieheffing over pensioenen en lijfrenten.

Bij de gerechtigde tot een pensioen- en lijfrente aanspraak wordt op het moment direct voorafgaande aan de emigratie een belasting geheven over de in het verleden in aftrek gebrachte premies inzake de aanspraken, in de vorm van een conserverende aanslag. Met de conserverende aanslag wordt een belangrijk deel van het belemmerende karakter van de emigratieheffing weggenomen. Er wordt namelijk automatisch en renteloos uitstel van betaling verleend en na tien jaar wordt de conserverende aanslag kwijtgescholden, onder voorwaarden dat in die periode geen verboden handelingen hebben plaatsgevonden. Op het moment van emigreren dient de belastingplichtige hiervan melding te maken in de vorm van een aangifteverplichting. Deze aangifteverplichting vormt reeds een belemmering die wordt bestreden door het Europese recht.³⁰⁰

De strafheffing die volgt uit art. 23a Wet VPB 1969 vormt in mijn ogen een belemmering van de vrijheid van vestiging van de pensioen-BV, nu in mijn ogen de Daily Mail doctrine niet op deze situatie van toepassing is, aangezien de afrekeningsverplichting los staat van het al dan niet behouden van de rechtspersoonlijkheid. Ook kan worden gewezen op de beperking van de vestigingsvrijheid van de dga van de pensioen-BV. De strafheffing is immers afhankelijk gesteld van de vraag of de pensioengerechtigde binnenlands belastingplichtig is, waarmee de maatregel een belemmering vormt voor de emigratie van de belanghebbende.

5.4.5 *Rechtvaardigingsgronden*

Nu in het voorgaande is geconcludeerd dat er sprake is van een belemmering, is het de vraag of het Europese recht zich verzet tegen deze belemmering. Hiervoor dient te worden gekeken naar mogelijke rechtvaardigingsgronden. In hoofdstuk 3 heb ik geconcludeerd dat de bepalingen inzake de exitheffingen bij emigratie een sterk antimisbruik karakter hebben. Daarnaast kan de regeling worden gezien als een waarborging van het behoud van de samenhang in het Nederlandse belastingstelsel. Nederland stelt de opbouw en aanspraak vrij, en wil belasting heffen op het moment van uitkering. Het karakter van de aanspraak als oudedagsvoorziening speelt hierbij een centrale rol. Indien geen oneigenlijke afwikkeling plaatsvindt, en het karakter van de aanspraak als oudedagsvoorziening behouden blijft gedurende een periode van tien jaar na emigratie, ziet Nederland af van belastingheffing. Een beroep op de coherentie van het Nederlandse

³⁰⁰ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22, r.o. 79. Zie ook HvJ EG 28 april 1998, zaak C-118/96 (Safir), *Jur.* 1998, p. 1897, *BNB* 1999/67c*.

belastingstelsel, in samenhang met het fiscale territorialiteitsbeginsel, dient dan ook te worden bekeken als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor de maatregel.

In het arrest *Hughes de Lasteyrie du Saillant* is aandacht besteed aan antimisbruik als rechtvaardigingsgrond.³⁰¹ Hierin komt naar voren dat een antimisbruikmaatregel specifiek moet zien op het bestrijden van belastingontwijking. Het gebruik maken van de verschillen tussen de fiscale stelsels van de Lidstaten vormt op zichzelf nog geen misbruik. Het gaat dan immers om dispariteiten tussen de nationale stelsels. De situatie is anders wanneer de belastingplichtige aan de hand van het gemeenschapsrecht oneigenlijke voordelen realiseert, bijvoorbeeld bij zogenaamde u-bochtconstructies zonder reële betekenis. Hierbij emigreert de belastingplichtige om zo een fiscale claim van zich af te schudden, en keert vervolgens weer terug naar het thuisland. In dat geval is wel sprake van misbruik.³⁰² De vraag is dus of sprake is van misbruik indien de belastingplichtige emigreert naar een land waar geen afkoopverbod over pensioen- en lijfrenteaanspraken geldt en waar de heffing over oudedagsvoorzieningen gunstig is. Ik meen dat op dat moment nog geen sprake van misbruik is. Anders wordt het op het moment dat de belastingplichtige emigreert, zijn pensioen of lijfrenteaanspraak afkoopt en vervolgens remigreert naar Nederland. Op dat moment kan worden gesteld dat de emigratie van de belastingplichtige is gericht op het afschudden van de fiscale claim over zijn pensioen- of lijfrenteaanspraken. In dat kader is een beroep op antimisbruik als rechtvaardigingsgrond mogelijk wel aan de orde. Hierbij speelt echter nog het probleem dat de Nederlandse exitheffing over pensioenen en lijfrenten een algemene werking heeft en niet specifiek ziet op voorbedeelde u-bochtconstructies. De overkill in de Nederlandse regeling brengt mijns inziens met zich mee dat het bestrijden van belastingontwijking of antimisbruik geen rechtvaardigingsgrond is die in deze situatie houdbaar is.

Een beroep op de fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond lijkt meer kans van slagen te hebben. Het HvJ EU heeft deze rechtvaardigingsgrond in het kader van de exitheffing over aanmerkelijk belang in de N-zaak geaccepteerd.³⁰³ De fiscale coherentie in samenspraak met het territorialiteitsbeginsel is in de aanmerkelijk belangregeling wel verder uitgewerkt. Immers heeft Nederland daar in de wetgeving een step-up opgenomen voor de aanmerkelijk belanghouder die binnenlands belastingplichtig wordt in Nederland. In het geval van pensioenen en lijfrenten wordt een dergelijke step-up niet verleend en is de binnenlands belastingplichtige belastbaar over de volledige pensioenuitkering, tenzij hij aannemelijk maakt dat de opbouw in het buitenland niet fiscaal gefacilieerd heeft plaatsgevonden. Ook kan worden gesteld dat met de huidige regeling,

³⁰¹ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), *BNB* 2004/258c, *NFR* 2004/397.

³⁰² Zie bijv. HvJ EG 14 december 2000, zaak C-110/99 (*Emsland-Stärke*), *BNB* 2003/169c*.

³⁰³ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22.

waarbij het eerder genoten voordeel op het moment van emigratie wordt teruggenomen, past in de gedachte van fiscale coherentie. Afgezien van deze twee punten, verschil te behandeling van pensioenen en lijfrenten niet van de behandeling van het aanmerkelijk belang op het moment van emigratie. In beide gevallen wordt namelijk een conserverende aanslag opgelegd, waarbij geen zekerheidstelling is vereist, rekening wordt gehouden met latere waardedalingen en welke na tien jaar wordt kwijtgescholden indien geen oneigenlijke afwikkeling plaatsvindt. Het HvJ EG heeft de behandeling van het aanmerkelijk belang in de N-zaak op grond van de fiscale coherentiegedachte goedgekeurd. Uit de N-zaak blijkt bovendien dat het HvJ EG geen moeite heeft met een enigszins inconsequente toepassing van de fiscale coherentiegedachte. Zo kan er op worden gewezen dat de conserverende aanslag na tien jaar wordt kwijtgescholden en dat rekening dient te worden gehouden met waardedalingen na het moment waarop de conserverende aanslag is opgelegd. Naar mijn mening biedt het bewaren van de fiscale coherentie dan ook een rechtvaardigingsgrond voor de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten bij de gerechtigde tot deze uitkeringen.

In het kader van de strafheffing over aanspraken in eigen beheer ex art. 23a Wet VPB kan worden opgemerkt dat ook hier de fiscale coherentie mogelijk als rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen. Mogelijke complicatie hierbij is dat sinds het Bachmann arrest, het HvJ EU de lijn hanteert dat de coherentie zich moet manifesteren binnen dezelfde belasting en bij dezelfde belastingplichtige.³⁰⁴ De strafheffing ex art. 23a Wet VPB 1969 vindt plaats bij de uitvoerder van de voorziening en niet bij de gerechtigde. Desalniettemin ben ik van mening dat een beroep op de fiscale coherentie in dit geval wel mogelijk is. De strafheffing heeft namelijk, gezien het percentage en de reden van de heffing de kenmerken van een heffing bij de uitkeringsgerechtigde. Materieel gezien wordt de ten onrechte niet betaalde loonbelasting door de dga nageheven bij zijn pensioenuitvoerder. Economisch gezien drukt de heffing uiteindelijk op de dga, aangezien zijn 'spaarpotvehikel' de heffing betaalt, maar hij wordt geraakt in zijn vermogen. Economisch gezien is dus wel sprake van dezelfde belasting bij dezelfde belastingplichtige.³⁰⁵ Naar mijn mening kan de fiscale coherentie dan ook worden ingeroepen als rechtvaardigingsgrond voor de strafheffing ex art. 23a Wet VPB 1969.

In het voorgaande heb ik geconcludeerd dat de fiscale coherentie in kan worden geroepen als rechtvaardigingsgrond voor de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten. In de Wielockx-zaak heeft het HvJ EG echter bepaald dat een lidstaat in een situatie dat een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is, geen beroep kan doen op de fiscale coherentie, indien in het

³⁰⁴ HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), *Jur.* p. I-00249.

³⁰⁵ Vergelijk de conclusie van A-G Wattel van 14 juli 2004, nr. 39 613, *V-N* 2004/57.7, behandeld in § 5.3.7.1.

bilaterale verdrag de heffingsbevoegdheid is prijsgegeven ten gunste van de andere staat.³⁰⁶ Het HvJ EG heeft deze doctrine bevestigd in het tweede X & Y-arrest.³⁰⁷ In Hughes De Lasteyrie du Saillant heeft het HvJ EG echter geen aandacht besteed aan de coherentie op het niveau van twee verdragsstaten. Ook in de N-zaak lijkt het HvJ EG geen moeite te hebben om over deze problematiek heen te stappen. Bovendien heeft Nederland in veel, meer recente verdragen een al dan niet geclausuleerde bronstaatheffing ter zake van pensioenen opgenomen, waardoor de Wielockx-doctrine in dat geval niet van toepassing is, aangezien Nederland in dat geval geen heffingsrechten prijs heeft gegeven.

5.4.6 *Noodzakelijkheid en proportionaliteit*

In het voorgaande ben ik tot de conclusie gekomen dat naar mijn mening rechtvaardigingsgronden bestaan voor de belemmering van het vrije verkeer door de toepassing van exitheffingen over pensioenen en lijfrenten. De vraag die nu dient te worden beantwoord is of het middel geschikt is om het gestelde doel te bereiken, gelet op de rechtvaardigingsgrond. Gesteld kan worden dat door het hanteren van een exitheffing, waarbij gebruik wordt gemaakt van een conserverende aanslag, Nederland recht doet aan het wezen van het fiscaal faciliteren van een oudedagsvoorziening: indien oneigenlijke afwikkeling plaatsvindt, bijvoorbeeld pensioenafkoop, wordt geen recht gedaan aan de doelstelling van de oudedagsvoorziening. De fiscale facilitering is op dat moment achteraf gezien onterecht genoten. Door het opleggen van een conserverende aanslag op het moment van emigratie, stelt Nederland veilig dat bij oneigenlijke afwikkeling heffing mogelijk is, waardoor de onterecht genoten fiscale facilitering teruggenomen kan worden. Het middel is dus geschikt om het doel te bereiken. In de situatie van de strafheffing die volgt uit art. 23a Wet VPB 1969, kan worden gesteld dat ook dit middel geschikt is om het gestelde doel te bereiken. Op het moment van emigreren acht de wetgever het eerder genoten fiscale voordeel onterecht, en neemt dit terug door middel van een strafheffing. Dat deze maatregel een grote overkill herbergt, doet niets af aan het standpunt dat de maatregel geschikt is om het gestelde doel te verwezenlijken.

De vraag die rest is of de gestelde rechtvaardigingsgronden proportioneel worden gepraktiseerd. Ten aanzien van de exitheffing over pensioenen en lijfrenten bij de uitkeringsgerechtigde, waarbij een conserverende aanslag wordt opgelegd, kan worden gesteld dat de Nederlandse regeling voldoet aan de eisen die het HvJ EU stelt aan een dergelijke heffing in de zaak X en Y, Hughes de Lasteyrie du Saillant en de N-zaak. Bij de conserverende aanslag wordt automatisch tien jaar renteloos uitstel van

³⁰⁶ HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), *Jur.* 1995, p. I-2493.

³⁰⁷ HvJ EG 21 november 2002, zaak C-436/00 (X & Y), *Jur.* 2002, p. 10 829, *BNB* 2003/221c*.

betaling verleend, zonder dat daarbij zekerheid hoeft te worden gesteld. Deze aanslag wordt gecorrigeerd als zich een waardedaling van de aanspraken voordoet en er vindt kwijtschelding plaats van afloop van tien jaren, indien geen oneigenlijke afwikkeling plaatsvindt. Hiermee lijkt de conserverende aanslag in dit geval proportioneel.

Ten aanzien van de strafheffing die volgt uit art. 23a Wet VPB 1969 heb ik er in eerder verband op gewezen dat geen gebruik wordt gemaakt van een conserverende aanslag. Bovendien abstraheert de maatregel van de behandeling van de aanspraken in het land waar de belanghebbende naartoe emigreert, wordt geen rekening gehouden met het tarief waartegen de premies in het verleden in aftrek zijn gekomen en wordt geen rekening gehouden met het tarief waartegen de premies bij de belanghebbende belast zouden zijn. Daarnaast wordt niet gekeken naar of de dga daadwerkelijk direct zijn pensioen afkoopt. Deze maatregel voldoet in mijn ogen dan ook niet aan de vereiste proportionaliteit en is daarom naar mijn mening niet verenigbaar met het Europese recht.

5.4.7 Conclusie

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de exitheffing over pensioenen en lijfrenten bij de uitkeringsgerechtigde voldoet aan de eisen die het Europese recht hieraan stelt. Ten aanzien van de strafheffing ex art. 23a Wet VPB 1969 houdt deze conclusie geen stand. Deze exitheffing is namelijk in mijn ogen niet proportioneel en daarom niet verenigbaar met het Europese recht.

5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik aandacht besteed aan de Europeesrechtelijke aspecten van de exitheffingen over de pensioenen en lijfrenten. Allereerst heb ik daarbij een onderscheid gemaakt tussen de primaire bronnen en de secundaire bronnen van Europees recht. De primaire bronnen worden gevormd door het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Bij de secundaire bronnen gaat het om optreden van de Unie op grond van het VEU en VWEU. In het kader van de primaire bronnen zijn de verkeersvrijheden van belang voor de houdbaarheid van de exitheffingen. In essentie is op basis van de vrije verkeersbepalingen elke belemmering van het verkeer tussen lidstaten verboden, tenzij sprake is van een rechtvaardigingsgrond die proportioneel is. Met name het vrije verkeer van personen en de vrijheid van vestiging verzetten zich mogelijk tegen de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten.

De secundaire bronnen die ik heb behandeld zijn de exitheffingenmededeling, de pensioenmededeling en de richtlijn inzake wederzijdse bijstand. De exitheffingenmededeling ziet

met name op de exitheffingen in de sfeer van het aanmerkelijk belang en in de sfeer van de winstbelasting. De conclusies in de exitheffingenmededeling kunnen dan ook niet zonder meer worden toegepast op de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten, maar kunnen wel worden gebruikt voor de analyse van deze exitheffingen in het kader van het Unierecht. De exitheffingenmededeling verzet zich niet tegen exitheffingen, maar de Europese Commissie geeft aan dat een systeem vergelijkbaar met de conserverende aanslag zoals Nederland die hanteert, dient te worden toegepast. De pensioenmededeling ziet op de behandeling van pensioenen in grensoverschrijdende situaties. De Europese Commissie wenst te bewerkstelligen dat elke lidstaat het zogenaamde EET-systeem hanteert en dat pensioenopbouw in grensoverschrijdende situaties op eenzelfde manier fiscaal wordt gefacilieerd als in zuiver binnenlandse situaties. In de Inlichtingenrichtlijn is aandacht besteed aan de uitwisseling van informatie betreffende de invordering van belasting. Op basis van de Inlichtingenrichtlijn zou een systeem kunnen worden opgebouwd voor de uitwisseling van inlichtingen op het gebied van pensioenen, om zo de fiscale claims van de lidstaten te beschermen.

In de derde paragraaf van dit hoofdstuk ben ik ingegaan op jurisprudentie die van belang is voor de houdbaarheid van de emigratieheffingen over pensioenen en lijfrenten onder Europees recht. Hierbij heb ik allereerst aandacht besteed aan de arresten van het HvJ EG in de winstsfeer en de sfeer van het aanmerkelijk belang. Met name in de sfeer van het aanmerkelijk belang is belangwekkende jurisprudentie omtrent de houdbaarheid van exitheffingen. Uit de arresten Hughes de Lasteyrie du Saillant en de N-zaak blijkt dat een exitheffing is toegestaan, mits daarbij een conserverende aanslag wordt opgelegd, waarbij renteloos uitstel van betaling wordt verleend, geen zekerheidstelling is vereist en rekening wordt gehouden met latere waardedalingen. Vervolgens heb ik aandacht besteed aan de arresten die zijn geweest in het kader van grensoverschrijdende pensioenopbouw. Deze arresten zijn interessant in het kader van de al dan niet aanvaarde rechtvaardigingsgronden. In het Bachmann-arrest is het bewaken van de fiscale coherentie aanvaard als rechtvaardigingsgrond voor een belemmering. Het HvJ EG is in latere arresten terughoudend geweest met het aanvaarden van deze rechtvaardigingsgrond. Wel zijn de verdere voorwaarden voor een beroep op fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond uitgekristalliseerd. Het moet gaan om een aftrek en heffing bij dezelfde belastingplichtige en het moet bovendien gaan om coherentie binnen dezelfde belasting. Uit de Wielockx-zaak is de zogenaemde Wielockx-doctrine voortgekomen: in een situatie dat een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is, kan een lidstaat geen beroep doen op de fiscale coherentie, indien in het bilaterale verdrag de heffingsbevoegdheid is prijsgegeven ten gunste van de andere staat. Vervolgens ben ik ingegaan op de infractieprocedures die zijn gevoerd tegen lidstaten die andere regels hanteerden in het geval een

oudedagsvoorziening werd opgebouwd bij een buitenlandse verzekeraar. De premies werden dan niet in aftrek toegelaten. Naar mening van het Hof van Justitie was de Deense wetgeving op dit gebied in strijd met het Europees recht. Eenzelfde conclusie is getrokken ten aanzien van de Belgische regeling, waarbij ook aandacht is besteed aan een emigratieheffing. Ook deze regeling werd strijdig met het Europese recht bevonden.

Vervolgens heb ik aandacht besteed aan enkele arresten van de Hoge Raad in het kader van emigratieheffingen waarbij aandacht is besteed aan de Europees rechtelijke aspecten. Allereerst heb ik de zetelverplaatsingsarresten behandeld. De Hoge Raad is hierbij helaas voorbij gegaan aan de Europees rechtelijke aspecten en heeft de weg van de goede trouw jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting bewandeld. De A-G heeft in zijn conclusie wel uitgebreid aandacht besteed aan de houdbaarheid onder Europees recht. De A-G meende dat art. 23a Wet VPB 1969 in de casus disproportioneel uitwerkte en dat de regeling strijdig was met Europees recht. Een rechtvaardiging kon slecht worden gevonden als er sprake was van feitelijk misbruik, waarvan in de casus niet is gebleken. Vervolgens heb ik aandacht besteed aan de arresten van de Hoge Raad inzake de emigratieheffing in het kader van aanmerkelijk belang, waarbij een van de arresten het sluitstuk was van de N-zaak. De Hoge Raad oordeelde in lijn met het HvJ EG dat het Europese recht zich niet verzet tegen de conserverende aanslag, mits geen zekerheidstelling is vereist. Tenslotte ben ik ingegaan op de arresten van de Hoge Raad van 19 juni 2009 betreffende de exitheffing over pensioenen en lijfrenten. Hierbij is de Hoge Raad evenmin ingegaan op de Unierechtelijke houdbaarheid, omdat ze wederom de weg van de goede trouw jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting hebben gevolgd. De A-G heeft bij twee van de arresten wel aandacht besteed aan de Unierechtelijke aspecten en concludeerde dat naar zijn mening het Europese recht niet in de weg staat aan een emigratieheffing over pensioenen en lijfrenten bij de belanghebbende, mits het systeem van de conserverende aanslag, zoals is goedgekeurd bij de regeling van aanmerkelijk belang, wordt gehanteerd.

In de paragraaf die volgde ben ik ingegaan op de zaken die momenteel nog aanhangig zijn. De Europese Commissie is een infractieprocedure gestart tegen Nederland inzake de restrictieve exitheffingen voor ondernemingen. De Europese Commissie meent dat de Nederlandse exitheffingen bedrijven ervan kunnen weerhouden hun recht op vrijheid van vestiging uit te oefenen. Het pijnpunt zit volgens de Europese Commissie in de onmiddellijke heffing op het tijdstip van vertrek, aangezien geen conserverende aanslag wordt gehanteerd. Parallel aan de infractieprocedure heeft Hof Amsterdam prejudiciële vragen gesteld inzake de exitheffingen bij ondernemingen. Ten slotte loopt er momenteel een infractieprocedure tegen Tsjechië, waarbij de wetgeving inzake de behandeling van pensioenpremies die worden betaald aan buitenlandse verzekeraars ter discussie staat. Deze

infractieprocedure is vergelijkbaar met de eerder behandelde procedures tegen Denemarken en Tsjechië.

In de laatste paragraaf heb ik de huidige Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties aan het Unierecht getoetst. Hierbij ben ik tot de conclusie gekomen dat de emigratieheffingen over pensioenen en lijfrenten bij de gerechtigde tot de aanspraken niet wordt belemmerd door het Europese recht, aangezien deze maatregel in overeenstemming is met de vereisten die daaraan zijn gesteld in onder meer de N-zaak. De conserverende aanslag zorgt ervoor dat de maatregel proportioneel uitwerkt. Ten aanzien van de strafheffing ex art. 23a Wet VPB 1969 bij de pensioenuitvoerder, heb ik geconcludeerd dat wel sprake is van strijdigheid met het Europees recht, nu daarbij geen gebruik wordt gemaakt van een conserverende aanslag en de maatregel daarmee disproportioneel uitwerkt.

In dit hoofdstuk heb ik aandacht besteed aan de houdbaarheid heffingen over pensioenen en lijfrenten onder Europees recht. In het volgende hoofdstuk sluit ik mijn scriptie af met een korte samenvatting, een conclusie en enkele aanbevelingen.

Hoofdstuk 6 – Samenvatting, conclusie en aanbevelingen

In voorgaand hoofdstuk heb ik aandacht besteed aan de Unierechtelijke aspecten van de exitheffing over pensioen- en lijfrenteaanspraken. Dit vormt het sluitstuk van mijn behandeling van de verschillende aspecten van de emigratieheffingen over pensioenen en lijfrenten. In dit hoofdstuk sluit ik mijn scriptie af met een samenvatting en een slotconclusie en doe ik enkele aanbevelingen ter zake van de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties.

6.1 Samenvatting en conclusie

In mijn thesis staat de belastingheffing over pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties centraal. Met deze emigratieheffing tracht de Nederlandse wetgever de fiscale claim over de fiscaal gefacilieerd opgebouwde pensioen- en lijfrenteaanspraken veilig te stellen en oneigenlijk gebruik tegen te gaan. Recentelijk heeft de houdbaarheid van de emigratieheffing ter discussie gestaan, in het licht van de goede trouw jegens de partner van een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting en de Unierechtelijke wet- en regelgeving op dit gebied. De Hoge Raad concludeerde dat de emigratieheffing over pensioenen en lijfrenten onder omstandigheden in strijd is met de goede verdragstrouw. Naar aanleiding van deze conclusie, heeft de wetgever reparatiewetgeving ingevoerd. De vraag is in hoeverre deze reparatiewetgeving afdoende de schending van de goede verdragstrouw opheft, of de wetgeving houdbaar is onder Europees recht en in hoeverre de wetgeving beantwoordt aan de doelstelling die de wetgever heeft bij de bepalingen omtrent pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties. In dit kader heb ik de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

“Zijn exitheffingen over pensioen- en lijfrenteaanspraken bij emigratie toegestaan en wenselijk in het licht van het nationale, internationale en Europese belastingrecht en hoe kunnen eventuele strijdigheden en belemmeringen worden weggenomen?”

Ter beantwoording van deze onderzoeksvraag ben ik begonnen met de behandeling van het nationale kader. Nederland hanteert voor de heffing over pensioenen en lijfrenten het ‘pay as you earn’ of ‘EET-systeem’. Dat wil zeggen dat bij een kwalificerende pensioen- of lijfrenteregeling de opbouw van het pensioen gefacilieerd plaats vindt, de pensioenaanspraak is vrijgesteld en de pensioenuitkering in de belastingheffing wordt betrokken. In de Wet LB 1964 en Wet IB 2001 zijn voorwaarden gesteld aan de gefacilieerde opbouw ten aanzien van o.a. de jaarlijkse opbouwruimte, de kring van toegelaten verzekeraars en de maximale omvang. Ook is het voor de dga onder voorwaarden mogelijk een pensioen in eigen beheer op te bouwen.

In het derde hoofdstuk ben ik ingegaan op de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende situaties. Hierbij zijn vier aspecten te onderscheiden, namelijk de heffing op het moment van emigreren, de mogelijkheden voor grensoverschrijdende opbouw, grensoverschrijdende waardeoverdracht en de grensoverschrijdende uitkeringen. Op het moment dat een gerechtigde tot een pensioen- of lijfrente aanspraak naar het buitenland emigreert, tracht Nederland een emigratieheffing toe te passen. Op het moment direct voorafgaande aan de emigratie wordt de waarde in het economisch verkeer van de aanspraken in de heffing betrokken. Indien een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting zich verzet tegen deze heffing, vindt de heffing niet plaats over de waarde in het economisch verkeer, maar wordt het eerder genoten voordeel door de gefacilieerde opbouw teruggenomen in de vorm van een negatieve uitgave voor inkomensvoorzieningen.

De heffing vindt plaats in de vorm van een conserverende aanslag, waarbij geen zekerheidstelling is vereist, renteloos uitstel van betaling is verleend, rekening wordt gehouden met waardedalingen van de aanspraken die optreden na het moment van emigratie en welke na verloop van tien jaar wordt kwijtgescholden indien geen oneigenlijke afwikkeling in die periode heeft plaatsgevonden. Indien wel oneigenlijke afwikkeling heeft plaatsgevonden, bijvoorbeeld in de vorm van een afkoop van het pensioen, zal de Ontvanger direct trachten de conserverende aanslag in te vorderen. Ten aanzien van de aanspraken in eigen beheer is in art. 23a Wet VPB 1969 nog een strafheffing opgenomen op het moment van emigratie. Het artikel voorziet in voorkomende gevallen in een strafheffing over de pensioenaanspraken in eigen beheer, indien deze aanspraken in enig jaar op oneigenlijke wijze worden afgewikkeld. De premies die eerder in aftrek zijn genomen, worden teruggenomen door de aanspraak te belasten in de vennootschapsbelasting tegen het maximale tarief in de inkomstenbelasting, zijnde 52%.

Deze strafheffing wordt toegepast indien er sprake is van een oneigenlijke afwikkeling die is genoemd in art. 19b, lid 1 Wet LB 1964. Onder voorwaarden blijft de strafheffing buiten toepassing. Bij de strafheffing wordt geen conserverende aanslag opgelegd, de belasting is direct verschuldigd. De emigratieheffingen hebben tot doel belastingvlucht tegen te gaan. Nederland tracht de fiscale claim die voortvloeit uit de gefacilieerde opbouw, te beschermen. Ten aanzien van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende opbouw van pensioen- en lijfrente aanspraken heb ik geconstateerd dat voor de belastingplichtige die emigreert, de behandeling afhankelijk is van wetgeving in het nieuwe woonland. Nederland biedt onder voorwaarden de mogelijkheid om de buitenlandse diensttijd in te bouwen in de Nederlandse pensioenregeling.

Voor de omgekeerde situatie, waarin de belastingplichtige naar Nederland emigreert, biedt Nederland eveneens onder voorwaarden de mogelijkheid tot voortzetting van gefacilieerde

pensioenopbouw bij de buitenlandse pensioenverzekeraar. Ten aanzien van de mogelijkheden voor lijfrentepremieaftrek in grensoverschrijdende situaties zijn vergelijkbare voorwaarden in de Nederlandse wetgeving opgenomen. Grensoverschrijdende waardeoverdracht is onder stringente voorwaarden fiscaal geruisloos mogelijk. In vrijwel alle gevallen zal om verhaalsmogelijkheden te behouden, bij grensoverschrijdende waardeoverdracht een conserverende aanslag worden opgelegd op het moment waarop het pensioenkapitaal wordt ondergebracht bij een buitenlands pensioenfonds. Voor de situatie van grensoverschrijdende pensioenuitkeringen heb ik geconstateerd dat over pensioen- en lijfrente-uitkeringen die worden betaald aan een uitkeringsgerechtigde in het buitenland, belasting is verschuldigd. Of Nederland deze heffing kan effectueren is afhankelijk van het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

In hoofdstuk 4 heb ik de bilaterale aspecten van pensioenen en lijfrenten behandeld. Het hoofdstuk ving aan met een overzicht van de bepalingen uit het OESO-modelverdrag inzake pensioenen en lijfrenten. Het modelverdrag wijst de heffingsbevoegdheid over pensioenen en lijfrenten in de regel toe aan het woonland. Verdragsluitende staten zullen daarom waarschijnlijk trachten de fiscale claim die is ontstaan door de mogelijkheid van gefaciliteerde pensioenopbouw te beschermen. Om pensioenvlucht te voorkomen probeert Nederland steeds vaker het heffingsrecht over pensioenuitkeringen waarvoor fiscale facilitatie is verleend, te claimen, indien het woonland de pensioenuitkeringen niet of nauwelijks belast. Indien in het betreffende verdrag ter voorkoming van dubbele belasting een dergelijke bepaling niet is opgenomen, is de Nederlandse heffing over pensioenen en lijfrenten op het moment van emigratie mogelijk in strijd met de goede trouw jegens de verdragspartner. In het vervolg van het hoofdstuk heb ik verschillende arresten behandeld die hier mogelijk een aanwijzing voor geven.

Op 19 juni 2009 heeft de Hoge Raad een viertal arresten in dit kader gewezen en is tot de conclusie gekomen dat die regeling onder omstandigheden in strijd is met de goede trouw jegens de partner van het desbetreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, nu op het moment van emigratie een exitheffing werd opgelegd over de waarde van de aanspraken in het economisch verkeer, in de vorm van een conserverende aanslag. Hierbij dient te worden aangetekend dat de exitheffing op dat moment nog werd opgelegd over de waarde van de pensioen- of lijfrenteaanspraak in het economisch verkeer.

De wetgever heeft naar aanleiding van deze arresten reparatiewetgeving geïntroduceerd, die voorziet in een heffing in de vorm van het terugnemen van het eerder genoten voordeel bij de gefaciliteerde opbouw in de vorm van een negatieve uitgave voor inkomensvoorzieningen, in de situatie waarin een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is dat dateert van vóór 1 januari 2001 en waarin de heffing ter zake van pensioen- of lijfrente-inkomsten exclusief is

toegewezen aan de woonstaat. De heffing vindt dan plaats over het in het verleden genoten belastingvoordeel in het kader van de verwerving van de pensioenaanspraken en niet over de waarde van de aanspraken in het economisch verkeer. Met de reparatiewetgeving wordt naar mijn mening ten onrechte teruggegrepen op het systeem dat voor lijfrentes is goedgekeurd in het Hongarije-arrest, waarbij de premieaftrek voor gefaciliteerde opbouw van lijfrenten werd teruggenomen op het moment van afkoop na emigratie. De lijfrentepremieaftrek was immers toen ter tijd onder voorwaarden verleend, terwijl de pensioenpremies onvoorwaardelijk in de aftrek zijn toegelaten.

Nederland tracht met de reparatiewetgeving de heffingsbevoegdheid eenzijdig verdragsposterieur te wijzigen en handelt daarmee in mijn ogen wederom in strijd met de goede verdragstrouw, zij het tot het bedrag van de pensioenaanspraken waarvoor in het verleden een belastingvoordeel is verleend. Deze conclusie gaat alleen op wanneer het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dateert van vóór 1 januari 2001 en de heffingsbevoegdheid over pensioeninkomsten daarin exclusief is toegewezen aan de woonstaat. Ook ten aanzien van lijfrenten handelt Nederland naar mijn mening in strijd met de goede verdragstrouw, aangezien ook hier met een latere wetwijziging eenzijdig het heffingsrecht wordt getracht te verkrijgen, terwijl dit heffingsrecht eerst toe kwam aan de andere verdragsluitende staat. Deze conclusie geldt alleen in het geval wanneer het betreffende bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dateert van vóór 1 januari 2001 en de heffingsbevoegdheid over lijfrente-inkomsten daarin exclusief is toegewezen aan de woonstaat.

Ten aanzien van de exitheffingen over aanspraken in eigen beheer heeft de Hoge Raad in 2005 reeds bepaald dat deze in voorkomende gevallen in strijd is met de goede trouw jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Indien het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting reeds van kracht was voor de totstandkoming van art. 23a Wet VPB 1969 per 1 januari 1995, handelt Nederland hiermee naar mijn mening in strijd met de goede verdragstrouw indien de heffingsbevoegdheid over pensioenen daarin exclusief is toegewezen aan de woonstaat.

In het vijfde hoofdstuk ben ik ingegaan op de Unierechtelijke aspecten van de Nederlandse behandeling van pensioenen en lijfrenten. In essentie is op basis van de vrije verkeersbepalingen die zijn opgenomen in het VWEU elke belemmering van het verkeer tussen lidstaten verboden, tenzij sprake is van een rechtvaardigingsgrond die proportioneel is. Met name het vrije verkeer van personen en de vrijheid van vestiging verzetten zich mogelijk tegen de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten. In de secundaire bronnen van Europees recht zijn ten aanzien van de behandeling van pensioenen en lijfrenten aanwijzingen te vinden in de exitheffingenmededeling, de

pensioenmededeling en de invorderingsrichtlijn. De exitheffingenmededeling ziet met name op de heffing over aanmerkelijk belang en bedrijfswinsten op het moment van emigratie. De exitheffingenmededeling verzet zich niet tegen exitheffingen, maar de Europese Commissie geeft aan dat een systeem vergelijkbaar met de conserverende aanslag zoals Nederland die hanteert, dient te worden toegepast.

Met de pensioenmededeling wenst de Europese Commissie te bewerkstelligen dat elke lidstaat het zogenaamde EET-systeem hanteert en dat pensioenopbouw in grensoverschrijdende situaties op eenzelfde manier fiscaal wordt gefacilieerd als in zuiver binnenlandse situaties. Op basis van de Inlichtingenrichtlijn zou een systeem kunnen worden opgebouwd voor de uitwisseling van inlichtingen op het gebied van pensioenen, om zo de fiscale claims van de lidstaten te beschermen. Vervolgens ben ik ingegaan op de jurisprudentie in het kader van de houdbaarheid van exitheffingen onder het Unierecht. Met name in de sfeer van het aanmerkelijk belang is belangwekkende jurisprudentie omtrent de houdbaarheid van exitheffingen. Uit de arresten Hughes de Lasteyrie du Saillant en de N-zaak blijkt dat een exitheffing is toegestaan, mits daarbij een conserverende aanslag wordt opgelegd, waarbij renteloos uitstel van betaling wordt verleend, geen zekerheidstelling is vereist en rekening wordt gehouden met latere waardedalingen. In het kader van het al dan niet aanvaarden van rechtvaardigingsgronden bij wetgeving omtrent pensioenen en lijfrenten in grensoverschrijdende is in het Bachmann-arrest het bewaken van de fiscale coherentie aanvaard als rechtvaardigingsgrond voor een belemmering in de vorm van een aanslag.

Uit latere jurisprudentie blijkt dat het bij fiscale coherentie moet gaan om een aftrek en heffing bij dezelfde belastingplichtige en bovendien moet gaan om coherentie binnen dezelfde belasting. Verder is bepaald dat in een situatie dat een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is, een lidstaat geen beroep kan doen op de fiscale coherentie, indien in het bilaterale verdrag de heffingsbevoegdheid is prijsgegeven ten gunste van de andere staat. In de jurisprudentie van de Hoge Raad in het kader van emigratieheffingen is het opvallend dat de Hoge Raad deze zaken meestal afdoet via de weg van de goede trouw jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

In de zetelverplaatsingsarresten heeft de A-G in zijn conclusie wel uitgebreid aandacht besteed aan de houdbaarheid onder Europees recht. De A-G meende dat art. 23a Wet VPB 1969 in de casus disproportioneel uitwerkte en dat de regeling strijdig was met Europees recht. Een rechtvaardiging kon slecht worden gevonden als er sprake was van feitelijk misbruik, waarvan in de casus niet is gebleken. Inzake de emigratieheffing in het kader van aanmerkelijk belang, waarbij een van de arresten het sluitstuk was van de N-zaak, oordeelde de Hoge Raad in lijn met het HvJ EG dat het Europese recht zich niet verzet tegen de conserverende aanslag, mits wordt voldaan aan de vereisten

die het HvJ EU hier aan stelt. In de arresten van 19 juni 2009 betreffende de exitheffing over pensioenen en lijfrenten is de Hoge Raad evenmin ingegaan op de Unierechtelijke houdbaarheid. De A-G heeft bij twee van de arresten wel aandacht besteed aan de Unierechtelijke aspecten en concludeerde dat naar zijn mening het Europese recht niet in de weg staat aan een emigratieheffing over pensioenen en lijfrenten bij de belanghebbende, mits het systeem van de conserverende aanslag, zoals is goedgekeurd bij de regeling van aanmerkelijk belang, wordt gehanteerd.

Inmiddels is duidelijk dat ook in het kader van de restrictieve exitheffingen voor ondernemingen Nederland onder vuur ligt. De Europese Commissie meent dat de Nederlandse exitheffingen bedrijven ervan kunnen weerhouden hun recht op vrijheid van vestiging uit te oefenen. Het pijnpunt zit volgens de Europese Commissie in de onmiddellijke heffing op het tijdstip van vertrek, aangezien geen conserverende aanslag wordt gehanteerd. Op basis van de constatering in hoofdstuk 5 ben ik tot de conclusie gekomen dat de emigratieheffingen over pensioenen en lijfrenten bij de gerechtigde tot de aanspraken niet wordt belemmerd door het Europese recht, aangezien deze maatregel in overeenstemming is met de vereisten die daaraan zijn gesteld in onder meer de N-zaak. De conserverende aanslag zorgt ervoor dat de maatregel proportioneel uitwerkt. Ten aanzien van de strafheffing ex art. 23a Wet VPB 1969 bij de pensioenuitvoerder, heb ik geconcludeerd dat wel sprake is van strijdigheid met het Europees recht, nu daarbij geen gebruik wordt gemaakt van een conserverende aanslag en de maatregel daarmee disproportioneel uitwerkt.

Op basis van het voorgaande is de onderzoeksvraag die centraal staat in mijn thesis te beantwoorden. Ik meen dat de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten in voorkomende gevallen in strijd zijn met bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

Naar mijn mening kunnen de exitheffingen over pensioenen en lijfrenten slechts doorgang vinden indien de uitkeringsgerechtigde emigreert naar een land waarmee Nederland geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting mee heeft afgesloten, of naar een land waar een dergelijk verdrag mee is afgesloten na 1 januari 2001 of naar een land waar in het verdrag is opgenomen dat Nederland een al dan niet ongeclausuleerde bronstaatheffing over pensioenen of lijfrenten mag hanteren. In de overige gevallen is de exitheffingen naar mijn mening namelijk in strijd met de goede trouw jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Indien de belanghebbende emigreert naar een lidstaat van de Europese Unie, staat het Unierecht in ieder geval niet in de weg aan het opleggen van de conserverende aanslag.

Ten aanzien van de strafheffing die voortvloeit uit art. 23a Wet VPB 1969 luidt het antwoord dat deze slechts doorgang kan vinden indien de uitkeringsgerechtigde emigreert naar een land waarmee

Nederland geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft afgesloten, of naar een land waar een dergelijk verdrag mee is afgesloten na 1 januari 1995 of naar een land waar in het verdrag is opgenomen dat Nederland een al dan niet ongeclausuleerde bronstaatheffing over pensioenen mag hanteren. Indien de dga emigreert naar een lidstaat van de Europese Unie kan de strafheffing naar mijn mening in de huidige vorm niet worden opgelegd, aangezien deze resulteert in een directe heffing. De belastingplichtige die hiermee wordt geconfronteerd, zal hier bezwaar tegen kunnen maken. Indien dit bezwaar niet wordt gehonoreerd, is een rechtsgang mogelijk, waar door de rechter naar mijn mening prejudiciële vragen aan het HvJ EU moeten worden gesteld of op basis van de bevindingen in onder meer de N-zaak kan worden verklaard dat een conserverende aanslag dient te worden opgelegd. Naar mijn verwachting zal dit een langlopende procedure tot gevolg hebben.

De tweede helft van mijn onderzoeksvraag ziet op een mogelijke oplossing voor strijdigheden, belemmeringen en heffingslekken. In het volgende gedeelte van dit hoofdstuk ga ik daar verder op in.

6.2 Aanbevelingen

In het voorgaande heb ik geconcludeerd dat de emigratieheffing over pensioenen en lijfrenten naar mijn mening onder omstandigheden in strijd is met de goede trouw jegens de partner van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting en dat de strafheffing ex art. 23a Wet VPB 1969 in strijd is met het Europese recht.

Dit laatste probleem is eenvoudig op te lossen met de mogelijkheid tot het opleggen van een conserverende aanslag, waarbij geen zekerheidstelling is vereist, renteloos uitstel van betaling wordt verleend, rekening wordt gehouden met waardedalingen na emigratie en kwijtschelding na verloop van tien jaren indien geen oneigenlijke afwikkeling van het pensioen plaatsvindt.

De wetgever is er naar mijn mening niet in geslaagd het probleem van de strijdigheid met de goede trouw jegens de partner van het bilaterale verdrag te voorkoming van dubbele belasting op te lossen met de reparatiewetgeving, aangezien hiermee wederom naar mijn mening posterieur heffingsrechten naar Nederland worden toegetrokken. De oplossing moet naar mijn mening niet worden gezocht in een aanpassing van de Nederlandse wetgeving indien Nederland de fiscale claim over pensioenen en lijfrenten veilig wil stellen. Ik meen dat deze gerechtvaardigde wens om te heffen in gevallen van oneigenlijke afwikkeling van oudedagsvoorziening slechts kan worden gerealiseerd door het heronderhandelen van belastingverdragen van voor 1 januari 2001 c.q. 1 januari 1995, waarbij een al dan niet geclausuleerde bronstaatheffing moet worden toegestaan. Dit is een tijdrovend proces en bovendien moeilijk afdwingbaar, maar in mijn ogen de enige manier

waarop met zekerheid de heffing in geval van oneigenlijke afwikkeling veilig kan worden gesteld. In de literatuur zijn in dit verband diverse alternatieve voorstellen gedaan. Zo wijst Wattel in EU-verband op vier mogelijke oplossingen:

- Afschaffing van de fiscale jurisdictiefragmentatie. Hierbij wordt een communautaire belastingautoriteit ingesteld, die de fiscaal beclaimde inkomensbestanddelen belast en de opbrengsten volgens een vooraf bepaalde sleutel verdeelt tussen de lidstaten. Het probleem is dat hiervoor vergaande harmonisatie op het gebied van directe belastingen is vereist, wat tot op heden op veel weerstand van de lidstaten stuit. Wellicht dat de recente toezegging van Duitsland dat een vergaande fiscale unie tussen landen in de eurozone toch bespreekbaar is, een opening biedt.³⁰⁸
- De mogelijkheid voor lidstaten om belasting te heffen in de jurisdictie van andere lidstaten. Hiervoor is ook vergaande samenwerking vereist, maar minder vergaand dan in de voorgaande oplossing, waarbij vergaande harmonisatie van wetgeving is vereist.
- Een systeem waarbij de claim met de belastingplichtige naar de nieuwe vestigingsstaat overgaat, en de nieuwe vestigingsstaat de oorsprongstaat hiervoor compenseert. Dit vergt een systeem van handel met belastinglatenties.
- Wederzijdse bijstand op het gebied van heffing en invordering.³⁰⁹

In situaties waarbij de belastingplichtige emigreert naar een land buiten de Europese Unie bieden deze alternatieven een mogelijke oplossing. In de overige gevallen dient nog steeds aanpassing van het bilaterale verdrag ter voorkoming van dubbele belasting plaats te vinden. Een optie hierbij is alle pensioenuitkeringen in het woonland te belasten, met een verrekenbare bronbelasting voor het land waar de rechten zijn opgebouwd tot een vooraf bepaald maximum. Slechts op deze wijze stelt de Nederlandse wetgever de fiscale claim veilig en blijft de eventuele budgettaire schade beperkt. Heronderhandeling van belastingverdragen is in mijn ogen dan ook de meest gewenste oplossing, met de kanttekening dat dit een tijdrovend proces is.

³⁰⁸ 'Duitsland bereid te praten over 'fiscale unie'', *FD.nl* 12 december 2010, <<http://www.fd.nl/artikel/20923194/duitsland-bereid-praten-fiscale-unie>>.

³⁰⁹ P.J. Wattel, 'Handel in exitclaims', *NTFR* 2002/303.

Literatuurlijst

Boeken

- F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2010.
- C.W.M. van Ballegooien, *'Het fiscale loonbegrip'*, *Fiscale Monografiën nr. 49*, Deventer: Kluwer 1989.
- A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Fiscale geschriften serie: Pensioenen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2010.
- J.Th.L. Brouwer, *Het begrip levensverzekering na de Brede herwaardering*, Deventer: Kluwer 1993.
- J.A. van Caspel, *Lijfrente in de Wet IB 2001 in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2005.
- G.J.B. Dietvorst & A.E.M. van Osch, *FED Fiscale Brochures: Lijfrenten*, Deventer: Kluwer 2003.
- G.J.B. Dietvorst, J. Dilling & L.G.M. Stevens (red.), *Pensioengids 2010*, Deventer: Kluwer 2010.
- P. Kavelaars & E. Pechler, *Tax Case Law of the Court of Justice of the European Union*, Amersfoort: SDU 2008.
- F.G.F. Peters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, *Fiscale Monografieën nr. 123*, Deventer: Kluwer 2007.
- B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2008.

Tijdschriften en kranten

- H.P.A.M. van Arendonk, 'Inkomstenbelasting en Europa: nationale folklore met een Europees sausje', *MBB* 2008/121.
- H.P.A.M. van Arendonk, 'Cartesio en exitheffingen: zijn we dichterbij een oplossing?', *MBB* 2009/09.
- R. Betten, 'The tax treatment of transfer of residence by individuals – the Netherlands', *IFA Cahiers 2002 – Vol. 87b*, <www.ibfd.org>, p. 432.
- T. Blokland, 'Over exit-heffingen, en de Wet van 8 juli 2009 Stb. 2009, 304 (deel 2)', *ftV* 2010/2.10.
- D.P.S. de Boer, 'Hughes de Lasteyrie du Saillant: exit-heffing bij emigratie van een Ab-houder', *Forfaitair* 2004/144.
- G.J.M.E. de Bondt, 'Behoud van fiscale claims en het EG-Verdrag', *TFO* 19996/200.
- M.E.C. Boumans, 'Internationale waardeoverdracht: samenwerking?', *Pensioen & Praktijk* 2008/6.

- I.J.J. Burgers, 'Internationaal verdragsbeleid inzake pensioenen en lijfrenten: quo vado?', *WFR* 2010/259.
- J.E.A.M. van Dijck, 'Periodieke uitkeringen in de Wet IB (1)', *WFR* 1970/449.
- C.L.J.R. Douven, 'De conserverende aanslag: Er was eens een honderdtal dga's', *Pensioen & Praktijk* 2009/11.
- M.J. Ellis, 'Enkele internationale kanttekeningen bij het ontwerp van de Wet Inkomstenbelasting 2001', *MBB* 1999-10/11.
- F.G.F. Peters, 'Emigratieheffing ab: eindoordeel geveld maar eindstation nog niet bereikt', *NTFR* 2009/1415.
- F.G.F. Peters & M.P.A. Monfroof, 'Exitheffingen bij vertrek?', *WFR* 2009/637.
- F.P.G. Pötgens en H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', *WFR* 2010/74.
- P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *TFO* 2007/1.
- P. Kavelaars, 'Mededelingen van de Europese Commissie', *NTFR* 2007/1103.
- P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (1)', *NTFR Beschouwingen* 2009/28.
- P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (2)', *NTFR Beschouwingen* 2009/29.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Exitheffingen bij pensioenen: Financiën is hardleers', *WFR* 2009/881.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', *WFR* 2005/1613
- R. Mijnen, 'Waardeoverdracht over de grens kan makkelijker', *Loonzaken* 2010-4.
- R.E.C.M. Niessen, 'Het begrip levensverzekering', *Pensioen en Praktijk* 1993-12.
- Th.J.M. van Schendel, 'Voldoening borgsom negatief loon?', *WFR* 2008/1119.
- L.G.M. Stevens, 'Pensioenexport is nog steeds een niet opgelost probleem', *Het Financieel Dagblad* 9 juli 2009.
- P.J. Wattel, 'Handel in exitclaims', *NTFR* 2002/303.

Kamerstukken en beleid

- *Kamerstukken I* 1994/95, 23 046, nr. 79B.
- *Kamerstukken I* 1994/95, 23 046, nr. 79D.
- *Kamerstukken I* 1998/99, 26 020, nr. 104d.
- *Kamerstukken I* 2008/09, 31 990, nr. B.
- *Handelingen I* 2004/05, blz. 10-502.
- *Kamerstukken II* 1987/88, 20 365, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1994/95, 23 046, nr. 11.

- *Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3.*
- *Kamerstukken II 1997/98, 26 020, nr. 3.*
- *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. A.*
- *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. B.*
- *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.*
- *Kamerstukken II 2003/04, 29 758, nr. 4.*
- *Kamerstukken II 2004/05, 29 758, nr. 7.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 3.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 6.*
- *Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 9.*
- *Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3.*

- *Besluit Staatssecretaris van Financiën van 13 juli 2004, nr. CPP2004/1030M, BNB 2004/333.*
- *Besluit Staatssecretaris van Financiën van 21 december 2005, nr. CPP2005/2548M, BNB 2006/122.*
- *Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 31 januari 2008, nr. CPP2008/98M, NTFR 2008/320.*
- *Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2008, nr. CPP2008/287M, BNB 2008/204.*
- *Besluit Staatssecretaris van Financiën van 29 april 2009, nr. CPP2008/1118M.*
- *Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 september 2010, nr. DGB2010/02733M, Stcrt. 2010/14304.*
- *Brief Staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8.*
- *Brief Staatssecretaris van Financiën van 9 februari 2005, nr. WDB 2005/77U, V-N 2005/11.7.*
- *Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 juni 2009, DB2009-329, NTFR 2009/1416.*
- *Notitie 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal verdragenrecht' van de Staatssecretaris van Financiën van 15 april 1998.*
- *Resolutie staatssecretaris van Financiën van 23 juli 1993, nr. DB93/3244M, BNB 1993/286.*
- *Brief Directeur Directe Belastingen namens de Staatssecretaris van Financiën van 1 augustus 1995, nr. DB95/9604.*

- *Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité van 19 april 2001 betreffende de opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen, COM(2001)214, Pb. 2001 C 165/3.*

- Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité - Exithellingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, nr. COM(2006)825def.
- Raad van de Europese Unie, 2 december 2008, nr. 104449, *H&I* 2009/1.14.
- 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, *Pb.* 1977, L 336.
- Richtlijn 2002/83 EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *Pb.* 2002 L 345/1.
- Richtlijn 2004/38 EG van het Europees Parlement en De Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, gerectificeerd in *Pb.* 2007, L 204/28.
- Richtlijn 2006/123 EG van het Europees Parlement en De Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.* L 376/36.
- Richtlijn 2010/24/EU van de Raad van 16 maart 2010 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen, *Pb.* 2010, L 84.
- Verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *Pb.* 1968, L 257.

Overig

- R.P.C.W.M. Brandsma, K.M. Braun, S.R. Pancham & D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2010, online portal Kluwer via <www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>.
- C. Bruijsten, Online commentaar art. 23a Wet VPB 1969, *NDFR*, <www.ndfr.nl>.
- J.J. Buijze, Online commentaar bij art. 19a Wet LB 1964, *NDFR*, <www.ndfr.nl>.
- Th. Groeneveld e.a. (red.), *Digitale Fiscale encyclopedie De Vakstudie (Nederlands Internationaal Belastingrecht)*, artikelsgewijs commentaar bij art. 18 OESO, online portal Kluwer via <www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>.
- G.W.B. van Westen, *Cursus Belastingrecht (Loonbelasting)*, Deventer: Kluwer 2010, online portal Kluwer via <www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>.
- 'Duitsland bereid te praten over 'fiscale unie'', *FD.nl* 12 december 2010, <<http://www.fd.nl/artikel/20923194/duitsland-bereid-praten-fiscale-unie>>.

- Persbericht Europese Commissie 18 september 2008, nr. IP/08/1362, <www.europa.eu/press_room>.
- Persbericht Europese Commissie 8 oktober 2009, nr. IP/09/1460, <www.europa.eu/press_room>.
- Persbericht Europese Commissie 18 maart 2010, nr. IP/10/299, <www.europa.eu/press_room>.
- Persbericht Europese Commissie 28 oktober 2010, nr. IP/10/1406, <www.europa.eu/press_room>.
- Persbericht Europese Commissie 24 november 2010, nr. IP/10/1565, <www.europa.eu/press_room>.

- Rapport werkgroep levensverzekeringen WTV-WET IB van 4 juni 1993, *FED 1993/525*.
- Standpunt kennisgroep pensioenen, *V&A – Handreikingen pensioenen LB, V&A 08-003, d.d. 12 februari 2008*, <www.belastingdienstpensioensite.nl>.
- *Tax treaty issues arising from cross-border pensions* (Public Discussion Draft OESO van 14 november 2003), Parijs: OESO 2003.

Jurisprudentieoverzicht

Jurisprudentie Hof van Justitie EG en EU (inclusief conclusies)

- HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62 (Van Gend & Loos), *BNB* 1964/134.
- HvJ EG 3 december 1974, zaak 33/74 (Van Binsbergen).
- HvJ EG 23 maart 1982, zaak 53/81 (Levin).
- HvJ EG 27 september 1988, zaak C-81/87 (Daily Mail), *Jur.* 1982, p. I-05483.
- HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), *Jur.* p. I-00249.
- HvJ EG 26 januari 1993, zaak C-112/91 (Werner), *V-N* 1993, p. 1269.
- HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-379/92 (Peralta).
- HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), *Jur.* 1995, p. I-2493.
- HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard).
- HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (UEFA and others v. Jean-Marc Bosman).
- HvJ EG 12 juni 1997, zaak 151/96 (Ierse pleziervaartuigen).
- HvJ EG 28 april 1998, zaak C-118/96 (Safir), *Jur.* 1998, p. 1897, *BNB* 1999/67c*.
- HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-336/96 (Gilly).
- HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97 (Centros).
- HvJ EG 18 november 1999, zaak C-200/98 (X ab & Y ab), *Jur.* 1999, p. 8261, *V-N* 1999/58.24.
- HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars), *BNB* 2000/42.
- HvJ EG 14 december 2000, zaak C-110/99 (Emsland-Stärke), *BNB* 2003/169c*.
- HvJ EG 20 november 2001, zaak C-268/99 (Jany), *Jur.* 2001/I-08615.
- HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Danner), *Jur.* 2002, p. 8147, *BNB* 2002/403c*.
- HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00 (Überseering).
- HvJ EG 21 november 2002, zaak C-436/00 (X & Y), *Jur.* 2002, p. 10 829, *BNB* 2003/221c*.
- HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-422/01 (Skandia/Ramstedt), *Jur.* 2003, p. 6817, *V-N* 2003/36.9.
- HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01 (Inspire Art).
- HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), *BNB* 2004/258c, *NTRF* 2004/397.
- HvJ EG 29 april 2004, zaak C-224/02 (H.A. Pusa), *BNB* 2004/259.
- HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-315/02 (Lenz), *Jur.* 2004, p. 7063.
- HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03 (Sevic Systems AG).
- HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer).
- HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *BNB* 2007/22
- HvJ EG 9 november 2006, zaak C-520/04 (M. Turpeinen), *NTRF* 2006/1684.
- HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-47/05 (Commissie vs. Spanje).

- HvJ EG 30 januari 2007, zaak C-150/04 (Commissie vs. Denemarken).
- HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04 (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation).
- HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-522/04 (Commissie vs. België), *NTFR* 2007/1297.
- HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), *NTFR* 2007/2295.
- HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio), *V-N* 2009/6.22.

- Conclusie van AG Kokott van 18 maart 2004 bij HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02 (Manninen), *BNB* 2004/401c*.

Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges (inclusief conclusies)

- Hoge Raad 8 juli 1980, *BNB* 1980/259.
- Hoge Raad 19 oktober 1988, *BNB* 1988/336
- Hoge Raad 7 maart 1990, *BNB* 1990/109.
- Hoge Raad 12 juni 1991, *BNB* 1991/312
- Hoge Raad 2 september 1992, nr. 27 252, *BNB* 1992/379*.
- Hoge Raad 23 november 1994, nr. 29 935, *BNB* 1995/117 (m. nt. Hoogendoorn).
- Hoge Raad 7 december 2001, nr. 35 231, *NTFR* 2001/1749, *BNB* 2002/42c* (m. nt. Kavelaars).
- Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 651, *BNB* 2003/379c* (m.nt. Kavelaars).
- Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 657, *BNB* 2003/380c* (m.nt. Kavelaars).
- Hoge Raad 23 januari 2004, nr. 37 978, *BNB* 2004/132
- Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 144, *BNB* 2005/232c* (m. nt. Kavelaars).
- Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 610, *BNB* 2005/233c* (m. nt. Kavelaars).
- Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39 613, *BNB* 2005/234c* (m. nt. Kavelaars).
- Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 40 192, *BNB* 2005/235c* (m. nt. Kavelaars).
- Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 07/12314, *BNB* 2009/262c*, *V-N* 2009/11.9, *NTFR* 2009/468.
- Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 699, *BNB* 2009/260, *NTFR* 2009/467.
- Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 701, *BNB* 2009/260c*.
- Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42 702, *NTFR* 2009/467.
- Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 43 760, *BNB* 2009/261c*, *V-N* 2009/12.9, *NTFR* 2009/468.
- Hoge Raad 24 april 2009, nr. 44 080.
- Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 07/13267, *BNB* 2009/265* (m.nt. Burgers).
- Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 08/02 288, *BNB* 2009/266* (m.nt. Burgers).
- Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 43 978, *BNB* 2009/263c* (m.nt. Burgers).
- Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 44 050, *BNB* 2009/264c* (m. nt. Burgers).

- Hof Amsterdam 25 maart 1997, *V-N* 1997/4565.
- Hof 's-Gravenhage 25 maart 2002, *V-N* 2002/23.1.5.
- Hof 's -Gravenhage 18 maart 2003, MK I, nr. 01/1905, *V-N* 2003/22.2.4.
- Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2003, nr. 00/2729.
- Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2007, nr. 06/0388.
- Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2007, nr. 06/00 090, niet gepubliceerd.
- Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2008, nr. 06/0391.
- Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. P08/00135, *V-N* 2010/35.6

- Rechtbank Breda 15 maart 2006, nr 05/1048, *NTR* 2006/642.
- Rechtbank Breda 31 augustus 2006, nr. AWB 05/1638.
- Rechtbank Breda 31 augustus 2006, nr. AWB 05/2976, *V-N-V* 2006/.13.

- Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2004, nr. 39 613, *V-N* 2004/57.7.
- Conclusie A-G Wattel van 14 juli 2004, nr. 40 192, *V-N* 2004/57.8.
- Conclusie A-G Wattel van 31 januari 2008, nr. 41 050 en 41 051, *V-N* 2008/35.12.
- Conclusie A-G Wattel van 31 januari 2008, nr. 43 978, *V-N* 2008/20.8.

Bijlage I – Overzicht Nederlandse exitheffingen in de Inkomstenbelasting

Tabel 1: Overzicht van Nederlandse exitheffingen in de Inkomstenbelasting³¹⁰

Inkomstenbron	Conserverende aanslag?	Zekerheidstelling vereist?	Aantal jaren uitstel	Credit buitenlandse belasting
Aanmerkelijk belang	Ja	Niet binnen EU, wel buiten EU	10	Ja
Kapitaalverzekering Eigen Woning	Ja	Niet binnen EU, wel buiten EU	2	Nee
Lijfrenteverzekering	Ja	Niet binnen EU, buiten EU onder voorwaarden	10	Nee
Pensioen	Ja	Niet binnen EU, buiten EU onder voorwaarden	10	Nee
Lijfrenten of pensioenen bij erkende verzekeraar	Ja	Nee	10	Nee

³¹⁰ Tabel is ontleend aan: R. Betten, 'The tax treatment of transfer of residence by individuals – the Netherlands', *IFA Cahiers 2002 – Vol. 87b*, <www.ibfd.org>, p. 432.