

Student: Rachel Post

ID: 0476749

Opleiding: Master Fiscaal Recht

Profiel: Directe Belastingen

Begeleider: mr. dr. A.H.H. Bollen-Vandenboorn

Aantal woorden: 17.430

Internationale waardeoverdracht van pensioenkapitaal:

Is de Nederlandse regelgeving wel EU-proof?

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	p. 3
2.	Europees beleid inzake pensioen	p. 5
2.1	De vier vrijheden	p. 5
2.2	Pensioenmededeling en infractieprocedures	p. 7
2.3	Europese regelgeving	p. 10
2.3.1	EU-Verordening (492/2011)	p. 10
2.3.2	Beschermingsrichtlijn (98/49/EG)	p. 10
2.3.3	Voorstel Portabilityrichtlijn	p. 11
2.3.4	Inlichtingenrichtlijn (2011/16/EU)	p. 12
2.3.5	IORP-Richtlijn (2003/41/EG)	p. 13
2.4	Jurisprudentie: Van Bachmann tot Skandia/Ramstedt	p. 14
2.4.1	Bachmann	p. 14
2.4.2	Wielockx	p. 15
2.4.3	Safir	p. 16
2.4.4	Danner	p. 16
2.4.5	Skandia/Ramstedt	p. 17
2.5	Conclusie	p. 18
3.	Verdieping Civiel: Waardeoverdracht in de Pensioenwet	p. 20
3.1.	Begrip waardeoverdracht in de Pensioenwet	p. 20
3.2.	Waardeoverdracht in de Pensioenwet	p. 20
3.2.1.	Algemeen	p. 20
3.2.2.	Internationale waardeoverdracht	p. 23
3.3.	Toepasselijk recht	p. 27
3.4	Conclusie	p. 28
4.	Verdieping Fiscaal: Waardeoverdracht vanuit fiscaal oogpunt	p. 29
4.1.	Pensioen en waardeoverdracht in de fiscale regelgeving	p. 29
4.1.1.	Waardeoverdracht naar een toegestane buitenlandse verzekeraar	p. 30
4.1.2.	Waardeoverdracht naar een niet-toegestane buitenlandse verzekeraar	p. 32
4.2.	Fiscale consequenties van internationale waardeoverdracht	p. 40

5.	Internationale waardeoverdracht en emigratie	p. 43
5.1	Gevolgen van emigratie in het algemeen	p. 43
5.1.1	Emigratie naar een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarbij de heffingsbevoegdheid over het pensioen aan Nederland is toegekend	p. 43
5.1.2	Emigratie naar een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarbij de heffingsbevoegdheid over het pensioen aan de woonstaat is toegekend	p. 49
5.2	Emigratie gevolgd door internationale waardeoverdracht	p. 53
5.3	Internationale waardeoverdracht gevolgd door emigratie	p. 53
6.	Samenvatting en conclusie	p. 55
	Literatuurlijst	p. 58

1. Inleiding

Vandaag de dag is het bestaan van grenzen op de arbeidsmarkt niet meer denkbaar. Arbeidsmobiliteit wordt steeds meer gestimuleerd en is in een wereld waar flexibiliteit en globalisering centraal staan ook een echte 'must' voor het opbouwen van een mooie carrière. Als werknemer is het dan ook van groot belang dat je niet wordt gehinderd in je beslissing om een dienstbetrekking in het buitenland te aanvaarden of om in het buitenland te gaan werken voor je Nederlandse werkgever. Waarschijnlijk zullen veel mensen bij deze beslissing niet in eerste instantie aan hun pensioen denken. Toch is het van groot belang dat je weet welke gevolgen een dergelijke beslissing kan hebben voor je pensioen. Vandaar ook mijn interesse voor dit onderwerp.

Binnen de Europese Unie is al jaren een streven te zien naar het vergroten van de arbeidsmobiliteit om economische groei te stimuleren. Een belangrijk begrip in dit streven is de zogenoemde 'interne markt'. Hierbinnen functioneren de vier vrijheden. De belangrijkste vrijheid in verband met dit onderzoek is de vrijheid van werknemers. Deze vrijheid is geregeld in artikel 45 VWEU. Op basis van dit artikel is elke vorm van discriminatie op grond van nationaliteit tussen werknemers der lidstaten verboden.

Het streven naar een grotere arbeidsmobiliteit zien we ook terug op pensioengebied. Een beginpunt in dit streven kunnen we zien in de Pensioenmededeling van 2001. Sindsdien is een aantal relevante richtlijnen op pensioengebied in werking getreden en is bestaande regelgeving aan de huidige grensoverschrijdende maatschappij aangepast.

Welke opties heb je eigenlijk als werknemer met betrekking tot je pensioen als je een dienstbetrekking in het buitenland aanvaardt of als je besluit om in het buitenland te gaan werken voor je Nederlandse werkgever? Allereerst kun je ervoor kiezen om je pensioenopbouw voort te zetten in Nederland. Dat kan als je een dienstbetrekking hebt bij een Nederlandse werkgever, maar ook als je een dienstbetrekking aanvaardt bij een buitenlandse werkgever. Als je een dienstbetrekking aanvaardt bij een buitenlandse werkgever kun je er ook voor kiezen om deel te nemen aan de pensioenregeling van de in het buitenland gevestigde werkgever. Ten slotte kun je er ook voor kiezen om het in Nederland opgebouwde pensioen over te dragen naar een pensioenuitvoerder in het buitenland.

Met name aan deze laatste optie zitten nogal wat haken en ogen. Vandaar dat ik het onderwerp van deze thesis heb gewijd aan de juridische en fiscale aspecten van

uitgaande waardeoverdracht van pensioenkapitaal tijdens de opbouwfase binnen Europa. De belangrijkste vraag die ik me daarbij stel is of de Nederlandse regels met betrekking tot deze vorm van internationale waardeoverdracht EU-proof zijn.

Allereerst zal ik nader ingaan op het beleid van de Europese Unie inzake pensioen, waarbij ik ook enkele belangrijke arresten de revue zal laten passeren. Daarna zal ik de overstap maken naar de waardeoverdracht zoals deze in de Pensioenwet is geregeld. Vervolgens zal ik nader ingaan op de fiscale regelgeving inzake de internationale waardeoverdracht. Daarbij zal ik ook stilstaan bij de gevolgen van een eventuele emigratie van de werknemer. Ten slotte zal ik afsluiten met een korte samenvatting en conclusie.

2. Europees beleid inzake pensioen

In dit hoofdstuk zal ik nader ingaan op het beleid dat de Europese Unie voert inzake pensioenen. Allereerst zal ik kort stilstaan bij de werking van de zogenoemde vier vrijheden. Vervolgens zal ik dieper ingaan op de Pensioenmededeling van 2001 en zal ik de belangrijkste Europese regelgeving bespreken voor zover deze van belang is in het kader van internationale waardeoverdracht. Ten slotte zal ik kort stilstaan bij enkele belangrijke arresten van het Europese Hof van Justitie inzake pensioenen.

2.1 De vier vrijheden

De Europese Unie heeft een aantal taken en bevoegdheden. Deze zijn te vinden in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Uit artikel 2 blijkt dat deze bevoegdheden zijn te verdelen in exclusieve bevoegdheden en bevoegdheden die gedeeld worden met de lidstaten. Daarnaast is er de mogelijkheid om het optreden van lidstaten te ondersteunen, coördineren of aan te vullen zonder de bevoegdheden van de lidstaten te doorkruisen. Voorbeelden van gedeelde bevoegdheden zijn te vinden in artikel 4, tweede lid. Deze gedeelde bevoegdheden bestrijken onder andere de gebieden interne markt, sociaal beleid en economische, sociale en territoriale samenhang. Deze gebieden zijn met name van belang als het gaat over pensioen.

Een belangrijk principe, dat centraal staat binnen de Unie en de daarmee samenhangende interne markt, is terug te vinden in artikel 10: *“Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden streeft de Unie naar bestrijding van iedere discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afkomst, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid”*. Uit artikel 26 blijkt dat de Unie verantwoordelijk is voor het stellen van maatregelen die ertoe bestemd zijn om de interne markt tot stand te brengen en de werking ervan te verzekeren. Wezenlijk onderdeel van deze interne markt vormt een ruimte zonder binnengrenzen waarin de vier vrijheden zijn gegarandeerd. De vrijheden zijn onder te verdelen in:

- vrij verkeer van personen, artikel 45-54 VWEU;
- vrij verkeer van diensten, artikel 56-62 VWEU;
- vrij verkeer van goederen, artikel 28-29 VWEU; en
- vrij verkeer van kapitaal, artikel 63-66 en 75 VWEU.

Wat betreft het vrij verkeer van personen is met name van belang het vrij verkeer van werknemers¹ en de vrijheid van vestiging². Op pensioengebied zijn het met name de

¹ Zie artikel 45 VWEU.

² Zie artikel 49 VWEU.

eerste twee vrijheden, het vrij verkeer van personen en het vrij verkeer van diensten, van belang.

Alhoewel in het Verdrag geen specifieke bepalingen zijn opgenomen met betrekking tot pensioen zijn de bovengenoemde vrijheden wel degelijk van toepassing op pensioenregelingen³. Dat geldt ook voor de fiscale regelgeving die de betreffende pensioenregelingen treffen. Ook al is het gebied van de directe belastingen vooralsnog een nationale aangelegenheid, de verdragsvrijheden zullen ten alle tijden moeten worden gerespecteerd⁴. Dat blijkt ook uit een aantal voor pensioenen belangrijke arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Op deze arresten kom ik later in dit hoofdstuk nog terug.

Het is het hof dat in laatste instantie oordeelt over de uitleg van gemeenschapsrecht. Mocht het hof concluderen dat een nationale regeling in strijd is met het gemeenschapsrecht en dan met name de vrijheden, dan zal de betreffende lidstaat deze nationale regeling aan moeten passen. Het gemeenschapsrecht is namelijk van hogere orde. In Nederland is dat principe ook in de Grondwet verankerd⁵. Overigens is een bepaling die een belemmering van de vrijheden behelst niet altijd in strijd met het gemeenschapsrecht. Er moet dan aan een aantal cumulatieve voorwaarden voldaan zijn:⁶

1. De maatregel streeft een rechtmatig doel na.
2. De maatregel wordt gerechtvaardigd uit hoofde van een dwingende reden van algemeen belang.
3. De maatregel is geschikt om het nagestreefde doel te verwezenlijken.
4. De maatregel gaat niet verder dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

Een rechtvaardigingsgrond die in pensioenzaken vaak is aangevoerd ziet op de fiscale coherentie van belastingstelsels. Dat deze rechtvaardigingsgrond over het algemeen niet wordt aanvaard in dezen blijkt later in dit hoofdstuk.

³ Dat blijkt met name uit de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie die later dit hoofdstuk aan de orde zullen komen.

⁴ P. Kavelaars, "Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)", *TPV* 2009-16.

⁵ Zie artikel 94 Grondwet.

⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Laysterie du Saillant), *Jurisprudentie* 2004, p. I-02409, r.o. 49 en HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409, r.o. 40.

2.2 Pensioenmededeling⁷ en infractieprocedures

In 2001 is de Pensioenmededeling tot stand gebracht. Op 19 april 2001 publiceerde de Commissie deze mededeling, een paar maanden na het voorstel voor de Pensioenfondsenrichtlijn waar ik later in dit hoofdstuk nog op terugkom. Het voordeel van een dergelijke mededeling is dat de Commissie deze tot stand kan brengen zonder medewerking van de lidstaten. Nadeel is echter dat aan een mededeling geen juridische status kan worden ontleend en dat het de lidstaten dus niet kan binden. Er kan wel druk worden uitgeoefend op de lidstaten om de aanbevelingen van de Commissie op te volgen, maar als een lidstaat dat niet wil kan enkel een inbreukprocedure worden gestart bij het hof op grond van artikel 258 VWEU (voorheen artikel 226 EG-verdrag)⁸.

De mededeling is van toepassing op de tweede pijler pensioenen en de pensioeninstellingen waarop de Pensioenfondsenrichtlijn van toepassing is. Dat zijn pensioeninstellingen die op basis van het kapitaaldeckingsstelsel werken en die geen deel uitmaken van de sociale zekerheidsregelingen in de eerste pijler. De mededeling geldt wel even zo goed voor de derde pijler pensioenen⁹.

Kerngedachte uit de Pensioenmededeling is dat werknemers die grensoverschrijdend mobiel zijn geen belemmeringen zouden mogen ondervinden met betrekking tot hun pensioenrechten, noch civielrechtelijk, noch fiscaalrechtelijk¹⁰. Aangezien de lidstaten het op het fiscaal gebied maar moeilijk met elkaar eens kunnen worden, deze situatie niet uitgezonderd, is de Commissie ook in de Pensioenmededeling niet veel verder gekomen dan de opmerking dat geen pensioenbelemmeringen mogen voorkomen in de nationale fiscale regelgeving ten aanzien van de grensoverschrijdende werknemer. Algemeen uitgangspunt daarbij is dat sprake zou moeten zijn van een systeem van wederzijdse erkenning¹¹. Dat houdt in dat pensioenregelingen en pensioenverzekeraars die door een lidstaat worden erkend ook in een andere lidstaat als erkend dienen te worden aanvaard. Daarnaast pleit de Commissie voor een pensioensysteem dat is gebaseerd op het EET-systeem¹². Dat wil zeggen: de opbouw wordt fiscaal gefacilieerd, de rendementen blijven bij de uitvoerders onbelast en de uitkeringen worden te zijner tijd belast. Over het algemeen hebben lidstaten die dat systeem op dat moment nog niet hadden, dat nu nog

⁷ Mededeling van 19 april 2001, COM(2001)214def. (Pensioenmededeling), *PB EG* 2001, nr. C.165, p. 1ev.

⁸ P. Kavelaars, "Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)", *TPV* 2009-16.

⁹ Zie COM(2001)214def, p. 5-6.

¹⁰ Zie COM(2001)214def, p. 3-5.

¹¹ Zie COM(2001)214def, p. 11-12.

¹² Zie COM(2001)214def, p. 20.

steeds niet¹³. Ook bepleit de Commissie dat inlichtingenuitwisseling tussen lidstaten onderling zoveel mogelijk moet worden nagestreefd¹⁴ en dat op termijn fiscaal gefacilieerde internationale waardeoverdracht mogelijk zou moeten zijn¹⁵. De mededeling werd breed gesteund door het Economisch en Sociaal Comité¹⁶.

Op grond van deze Pensioenmededeling heeft de Commissie negen inbreukprocedures gestart tegen lidstaten die discrimineerden tegen grensoverschrijdende premiebetalingen¹⁷. Zes van deze lidstaten wijzigden hun wetgeving na een formele ingebrekestelling of een met redenen omkleed advies. Drie lidstaten weigerden aanvankelijk hun wetgeving aan te passen. Dit waren Denemarken, België en Zweden. Nadat zowel Denemarken en België de procedure verloren, paste Zweden zijn wetgeving aan zonder de uitspraak van het hof af te wachten.

*Commissie versus Denemarken*¹⁸

In Denemarken werden betaalde premies voor levensverzekeringen en pensioenen in aftrek toegelaten wanneer de verzekeringen waren ondergebracht bij pensioeninstellingen die in Denemarken waren gevestigd. Geen aftrek werd echter toegelaten wanneer de verzekeringen waren ondergebracht bij pensioeninstellingen die buiten Denemarken waren gevestigd. Daar stond tegenover dat de uitkeringen uit de fiscaal gefacilieerde pensioenregelingen werden belast, maar dat de uitkeringen uit niet fiscaal gefacilieerde pensioenregelingen werden vrijgesteld. De Europese Commissie vond dat Denemarken hiermee in strijd handelde met het vrij verkeer van personen, het vrij verkeer van diensten, het vrij verkeer van kapitaal en de Pensioenmededeling.

Denemarken erkende de belemmeringen, maar deed een beroep op de doeltreffendheid van fiscale controle op de juistheid van de premieaftrek en de noodzaak van fiscale coherentie¹⁹. Als derde rechtvaardigingsgrond werd het voorkomen van het gevaar voor belastingvlucht aangevoerd. Alle rechtvaardigingsgronden worden verworpen door het

¹³ P. Kavelaars, "Grensoverschrijdend pensioen", *NTFRB* 2008-21.

¹⁴ Zie COM(2001)214def, p. 15-17.

¹⁵ Zie COM(2001)214def, p. 13.

¹⁶ Advies van het Economisch en Sociaal Comité over "De Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité", *PB EG* 2002, nr. C. 36, p.53-57.

¹⁷ P. Kavelaars, "Grensoverschrijdend pensioen", *NTFRB* 2008-21. Zie ook P. Kavelaars, "Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)", *TPV* 2009-16 en P.H. Schonewille, "De eliminatie van fiscale obstakels voor pan-Europese pensioenfondsen: een stand van zaken", *Pensioenmagazine* 2006-1, p. 22-26.

¹⁸ HvJ EG 30 januari 2007, zaak C-150/04 (Commissie vs. Denemarken), *NTFR* 2007-261.

¹⁹ Zie r.o. 47.

hof. Wat betreft de eerste grond kan met name worden gewezen op de Inlichtingenrichtlijn en de mogelijkheid inlichtingen van belastingplichtigen zelf te verzoeken²⁰. Wat betreft de tweede grond merkt het hof op dat de factor die afbreuk doet aan de samenhang van het belastingstelsel is gelegen in de omstandigheid dat betrokkene zijn woonplaats verlegt tussen het tijdstip van de premiebetaling voor een pensioenregeling en het tijdstip waarop de overeenkomstige uitkeringen worden betaald, en niet zozeer in het feit dat de pensioeninstelling in een andere lidstaat is gevestigd. Fiscale coherentie wordt in deze situatie gewaarborgd door toepasselijke belastingverdragen²¹.

Ook de voorkoming van belastingvlucht als rechtvaardigingsgrond wordt niet gehonoreerd. Het hof is van oordeel dat de enkele omstandigheid dat een belastingplichtige bijdragen betaalt voor een pensioenregeling die hij heeft afgesloten met een buiten Denemarken gevestigde instelling geen grond kan opleveren voor een algemeen vermoeden van belastingvlucht²². Denemarken verliest de procedure tegen de Commissie en is gehouden de nationale regelgeving aan te passen.

*Commissie versus België*²³

In België werd de opbouw van pensioenvoorzieningen gefacilieerd. Er werd echter in een aantal situaties een onderscheid gemaakt tussen binnenlandse situaties en situaties waarin sprake was van buitenlandse pensioeninstellingen. Zo was een binnenlandse waardeoverdracht geen belastbare handeling, terwijl een waardeoverdracht naar een buitenlandse pensioeninstelling wel degelijk belast werd. Er werd van buitenlandse verzekeraars zonder filiaal in België geëist dat zij een vaste vertegenwoordiger in België aanstelden alvorens zij hun diensten mochten aanbieden. Daarnaast waren in binnenlandse situaties werkgeversbijdragen en werknemerspremies aftrekbaar, maar dat was in buitenlandse situaties niet het geval. Tevens kende de Belgische wetgeving een fictie op basis waarvan bij emigratie belasting was verschuldigd alsof de belastingplichtige nog binnenlands belastingplichtig was. De Europese Commissie vond dat België hiermee in strijd handelde met het vrij verkeer van personen, het vrij verkeer van diensten, het vrij verkeer van kapitaal en de Pensioenmededeling.

België deed onder andere een beroep op het tegengaan van misbruik en de in belastingverdragen opgenomen bepalingen inzake de verdeling van

²⁰ Zie r.o. 52-57.

²¹ Zie r.o. 70-74.

²² Zie r.o. 58.

²³ HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-522/04 (Commissie vs. België), *NTR* 2007-1297.

heffingsbevoegdheden²⁴. Het hof concludeerde echter dat van rechtvaardigingsgronden geen sprake was. Wat betreft de eis dat buitenlandse verzekeraars een vaste vertegenwoordiger moesten aanstellen alvorens hun diensten te kunnen aanbieden wijst het hof expliciet naar de Inlichtingen- en Invorderingsrichtlijn²⁵. Tevens kende de Belgische wetgeving maatregelen die de verwezenlijking van het doel op een andere manier verzekerden en minder belemmerend waren²⁶. Ook België verliest dus de procedure en is gehouden de nationale regelgeving aan te passen.

Naar aanleiding van dit arrest heeft de Commissie in haar Groenboek van 2010 aangekondigd te onderzoeken of meer landen een dergelijke regeling als België kennen²⁷.

2.3 Europese regelgeving

2.3.1 EU-Verordening 492/2011²⁸

Deze algemene verordening bevat regels die gelden voor het vrije verkeer van werknemers. De verordening is dit jaar in werking getreden. Het is de opvolger van de EG-Verordening (1612/68). De verordening is niet specifiek op pensioenen van toepassing, maar het tweede pijler pensioen is wel een arbeidsvoorwaarde waar deze verordening op ziet. Met name artikel 7 is in het kader van dit onderzoek van belang. Artikel 7, eerste lid, bepaalt dat een werknemer die onderdaan is van een lidstaat en die werkt op het grondgebied van een andere lidstaat, aldaar niet anders mag worden behandeld bij de arbeidsvoorwaarden dan de eigen onderdanen van de andere lidstaat. Uit het tweede lid blijkt dat de werknemer in de andere lidstaat dezelfde sociale en fiscale voordelen geniet als de nationale werknemers. Het is een lidstaat dus niet toegestaan om een onderscheid te maken naar nationaliteit van werknemers werkzaam op haar gebied.

2.3.2 Beschermingsrichtlijn (98/49/EG)²⁹

Dit was de eerste richtlijn die de aanvullende pensioenen van de tweede pijler van de grensoverschrijdende werknemer bestreek³⁰. Uit artikel 1 blijkt dat de richtlijn van toepassing is op zowel pensioenrechten uit hoofde van vrijwillige als verplichte

²⁴ Zie r.o. 49 en 60.

²⁵ Zie r.o. 52 en 56.

²⁶ Zie r.o. 55.

²⁷ Groenboek naar adequate, houdbare en zekere Europese pensioenstelsels van 7 juli 2010, COM(2010)365def, p. 14.

²⁸ Verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie, *PB EG* 2011, nr. 141, p. 1ev.

²⁹ Richtlijn 98/49/EG van 29 juni 1998, *PB EG* 1998, nr. L 209, p. 46ev.

³⁰ L.J. Roos, *Pensioen en werknemersmobiliteit in de EU. Fiscale en juridische knelpunten* (Brochures Toekomstvoorzieningen Deel 5), Tilburg: Universiteit van Tilburg/CompetenceCentre for Pension Research 2006, p. 37.

aanvullende regelingen. Alhoewel de richtlijn met name van belang is voor de gedetacheerde werknemer, kan de richtlijn ook van belang zijn in het kader van internationale waardeoverdracht. Dat is het geval indien de werknemer overgaat tot emigratie. Voor de emigrerende werknemer is artikel 4 van belang. Artikel 4 bepaalt namelijk dat lidstaten gehouden zijn om ervoor te zorgen dat deelnemers voor wie geen bijdragen aan een aanvullende pensioenregeling meer worden betaald als gevolg van emigratie, hun verworven pensioenrechten kunnen behouden in dezelfde mate als deelnemers voor wie geen bijdragen meer worden betaald, maar die in dezelfde lidstaat zijn gebleven.

2.3.3 Voorstel Portabilityrichtlijn

Als aanvulling op de voorgaande richtlijn, Richtlijn 98/49/EG, heeft de Commissie op 20 oktober 2005 een voorstel ingediend voor een nieuwe richtlijn, de zogenoemde 'Portabilityrichtlijn' ofwel 'Richtlijn betreffende de verbetering van de meeneembaarheid van aanvullende pensioenrechten'³¹. Deze richtlijn heeft dezelfde werkingssfeer als Richtlijn 98/49/EG. Dat blijkt uit artikel 2. Het doel van de richtlijn is volgens artikel 1 de uitoefening van het recht op vrij verkeer van werknemers te vereenvoudigen door belemmeringen te verminderen als gevolg van nationale bepalingen. Kernpunten van het voorstel zijn de invoering van maximum wachttijden, een minimum pensioenopbouwleeftijd van 21 jaar, regels omtrent het behoud van pensioenaanspraken en een recht van internationale waardeoverdracht³².

Dit recht van internationale waardeoverdracht, neergelegd in artikel 6 van het voorstel, stuitte op veel weerstand. Met name van Nederland. De argumenten die Nederland aanvoerde tegen het artikel waren tweeledig. Nederland voerde aan dat de richtlijn geen oplossing zou bieden voor diegenen die in meer dan een land pensioen opbouwen en pensioenaangelegenheden behoren in Nederland tot het terrein van de sociale partners³³. Nederland heeft overigens zelf wel op zowel fiscaal als civiel gebied faciliterende regelgeving tot stand gebracht op het gebied van de internationale waardeoverdracht. Deze regelgeving zal ik in hoofdstuk 3 en 4 nader toelichten. Ook het Economisch en

³¹ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de meeneembaarheid van aanvullende pensioenrechten, COM(2005)507def.

³² P. Kavelaars, "Grensoverschrijdend pensioen", *NTRB* 2008-21.

³³ P. Kavelaars, "Grensoverschrijdend pensioen", *NTRB* 2008-21.

Sociaal Comité spreekt in haar advies haar twijfels uit over het voorstel, al staat ze wel positief tegenover de doelstellingen van de Commissie³⁴.

Inmiddels ligt er een nieuw voorstel op tafel³⁵. Dit voorstel van 9 oktober 2007 voorziet niet meer in een recht van internationale waardeoverdracht. Om die reden is ook de naam gewijzigd in 'Richtlijn betreffende minimumvereisten voor de vergroting van de mobiliteit van werknemers door verbetering van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten'. De nadruk ligt in het gewijzigde voorstel op de opbouw en het behoud van pensioenaanspraken en informatievoorzieningen in dezen voor de werknemer³⁶. Dat het overdrachtsartikel is geschrapt wil volgens de Commissie niet zeggen dat het de bedoeling is de overdracht van pensioenrechten te ontmoedigen, integendeel³⁷.

2.3.4 Inlichtingenrichtlijn (2011/16/EU)³⁸

Dit jaar is er een nieuwe Inlichtingenrichtlijn aangenomen en in werking getreden. Reden daarvoor was dat de oude Inlichtingenrichtlijn (77/799/EEG) in de huidige tijd van globalisering niet meer voldeed aan de huidige eisen van de interne markt. Een wijziging van de richtlijn zou ook niet meer volstaan³⁹.

De nieuwe richtlijn is krachtens artikel 2, eerste lid, in beginsel van toepassing op elke vorm van belastingen die door of namens een lidstaat worden geheven. Artikel 5 voorziet in een uitwisseling van inlichtingen op verzoek. De andere lidstaat is gehouden de gevraagde inlichtingen binnen zes maanden te verschaffen, ook als ze daarvoor zelf een administratief onderzoek moet verrichten. Dit geldt volgens artikel 18 net zo goed voor gegevens die zij zelf niet nodig heeft voor eigen belastingdoeleinden. Artikel 8 voorziet in een verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen. Onder deze verplichtingen zijn ook levensverzekeringsproducten en pensioenen te scharen. Ten slotte voorziet artikel 9 in de mogelijkheid van spontane uitwisseling van inlichtingen.

³⁴ Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het "Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de meeneembaarheid van aanvullende pensioenrechten", *PB EG* 2006, nr. C 185, p. 37-41.

³⁵ Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumvereisten voor de vergroting van de mobiliteit van werknemers door verbetering van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten, COM(2007)603def.

³⁶ R. ten Wolde, "Herzien richtlijnvoorstel 'Portability' van de Europese Commissie: een logische volgorde van maatregelen...", *TPV* 2008-1.

³⁷ Zie COM(2007)603def, p. 8-9.

³⁸ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG, *PB EG* 2011, nr. L 64, p. 1ev.

³⁹ Zie p. 1-2.

De nieuwe richtlijn kent een aantal verbeteringen ten opzichte van de oude richtlijn. Allereerst is het toepassingsbereik enorm toegenomen⁴⁰. Daarnaast is de termijn van kennisgeving in de nieuwe richtlijn heel duidelijk, zes maanden⁴¹. Dat was onder de oude richtlijn wel anders. Daar stond geen echte termijn in vermeld. De termijn van zes maanden zal naar mijn mening de bruikbaarheid en efficiëntie van de richtlijn ten goede komen. Ten slotte is de verplichte automatische uitwisseling een hele grote verbetering ten opzichte van de oude richtlijn⁴². Onder de oude richtlijn konden lidstaten onderling besluiten of en met betrekking tot welke bestanddelen een automatische inlichtingenuitwisseling diende plaats te vinden. Onder de nieuwe regeling is dit op bepaalde gebieden verplicht, wat de efficiëntie in mijn optiek van de richtlijn ten goede komt⁴³.

2.3.5 IORP-Richtlijn (2003/41/EG)⁴⁴

Deze richtlijn, die in 2003 in werking is getreden, richt zich niet tot werknemers, maar tot pensioenuitvoerders. Aangezien in de toekomst het belang van de aanvullende pensioenen steeds verder zal toenemen door de toenemende druk op de sociale zekerheidsstelsels is deze richtlijn ingevoerd als een eerste stap richting een Europees georganiseerde interne markt voor bedrijfspensioenvoorziening⁴⁵.

De richtlijn is krachtens artikel 1 van toepassing op instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen. Deze worden in artikel 6 gedefinieerd als “op basis van kapitalisatie gefinancierde instellingen, ongeacht de rechtsvorm, die onafhankelijk van enige bijdragende onderneming of bedrijfstak is opgericht met als doel het verstrekken van arbeidsgerelateerde pensioenuitkeringen en die hiermee rechtstreeks verband houdende werkzaamheden verricht”. De voorwaarden waaraan een dergelijke bedrijfspensioenvoorziening voorts moet voldoen zijn verder uitgewerkt in de artikelen 7 tot en met 19.

Deze bedrijfspensioenvoorzieningen moeten de mogelijkheid hebben om onbelemmerd grensoverschrijdende activiteiten te verrichten. Met name voor multinationals is deze mogelijkheid erg interessant. Artikel 20 van de richtlijn is geheel aan de

⁴⁰ Zie artikel 2 van de Inlichtingenrichtlijn (2011/16/EU).

⁴¹ Zie artikel 5 van de Inlichtingenrichtlijn (2011/16/EU).

⁴² Zie artikel 8 van de Inlichtingenrichtlijn (2011/16/EU).

⁴³ Zo noemt het artikel onder andere pensioenen en levensverzekeringsproducten, maar bijvoorbeeld ook arbeidsinkomen en inkomsten uit onroerend goed.

⁴⁴ Richtlijn 2003/41/EG van 3 juni 2003 (IORP-Richtlijn) *PB EG* 2003, nr. L 235, p. 10ev.

⁴⁵ Zie p. 10.

grensoverschrijdende activiteiten gewijd. De bedrijfspensioenvoorzieningen zijn daarbij gebonden aan de sociale en arbeidswetgeving van het vestigingsland. Dat geldt ook voor de toezichtregels. Een dergelijke instelling zal zich dus daar vestigen waar de wet- en regelgeving het meest aantrekkelijk is.

2.4 Jurisprudentie: Van Bachmann tot Skandia/Ramstedt

2.4.1 Bachmann⁴⁶

In de zaak Bachmann ging het om een Duitse werknemer die naar België was geëmigreerd om daar te gaan werken. Hij bleef echter deelnemen in de Duitse pensioenverzekering bij de Duitse pensioeninstelling. Hij bleef hiervoor premies afdragen. België als werkstaat weigerde aftrek te verlenen voor de aan het buitenland betaalde premies. Voor premies betaald aan Belgische instellingen werd wel een aftrek toegestaan. Daar stond tegenover dat uitkeringen uit de Belgische verzekeringen belast waren en uitkeringen uit buitenlandse verzekeringen, zoals in deze zaak, niet.

Het Hof van Justitie oordeelde dat het niet in aftrek toelaten van premies betaald aan een buitenlandse verzekeraar, terwijl aftrek van premies betaald aan binnenlandse instellingen wel is toegestaan, in beginsel een inbreuk is op de vrijheid van werknemers en de vrijheid van diensten. België deed een beroep op de doeltreffendheid van de fiscale controles en de noodzaak van fiscale coherentie. De eerste rechtvaardigingsgrond werd niet geaccepteerd door het hof. Zij verwijst naar de Inlichtingenrichtlijn. Zij stelt daarbij dat indien er niet kan worden verzocht om samenwerking, dit een belemmering als in deze zaak niet kan rechtvaardigen. *“Niets belet immers de betrokken fiscale autoriteiten om van de belanghebbende de bewijzen te vragen die zij noodzakelijk achten en eventueel de aftrek te weigeren als die bewijzen niet worden overgelegd”*, aldus het hof⁴⁷. Het hof accepteerde wel als rechtvaardiging de noodzaak van fiscale coherentie die bestond uit de relatie tussen premieaftrek en belastbaarheid van de uitkeringen⁴⁸. Het Belgische belastingstelsel veronderstelde dat bij premieaftrek ook belasting zou kunnen worden geheven over de uitkeringen van de verzekeraar⁴⁹. Voor België was het echter niet zeker of het belasting zou kunnen heffen over de uitkeringen en deze zekerheid kon ook niet worden bereikt door minder vergaande maatregelen⁵⁰. De aanwezigheid van een

⁴⁶ HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), *Jurisprudentie* 1992, p. I-00249.

⁴⁷ Zie r.o. 18-20.

⁴⁸ Zie r.o. 28.

⁴⁹ Zie r.o. 21-23.

⁵⁰ Zie r.o. 24-27.

belastingverdrag waarbij het heffingsrecht aan een bepaalde staat wordt toegekend vond het hof geen reden om tot een andere conclusie te komen⁵¹.

Dit is voor zover de enige pensioenzaak waarin het hof het fiscale coherentie argument heeft aanvaard.

2.4.2 Wielockx⁵²

In de Wielockx-zaak ging het om een zelfstandig ondernemer, een fysiotherapeut, die in België woonde, maar zijn praktijk hield in Nederland. In het kader van zijn Nederlandse onderneming wenste de ondernemer een bijdrage aan de fiscale oudedagsreserve in aftrek te brengen. Nederland liet echter geen aftrek toe, terwijl in Nederland wonende ondernemers deze aftrek wel genoten. Nederland deed een beroep op Bachmann⁵³ en stelde dat het weigeren van de aftrek was gerechtvaardigd doordat uitkeringen op grond van een dergelijke oudedagsvoorziening op grond van het belastingverdrag met België niet in Nederland konden worden belast en zo zouden leiden tot een fiscaal claimverlies.

In deze zaak was sprake van discriminatie aangezien de fysiotherapeut nagenoeg zijn gehele inkomen in Nederland verwierf en daarom wat de inkomstenbelasting betreft objectief in dezelfde situatie verkeerde als een inwoner van Nederland⁵⁴. Het hof wijst het argument van fiscale coherentie af. Geen beroep kan worden gedaan op de noodzaak van fiscale coherentie wanneer lidstaten een belastingverdrag overeenkomstig het OESO-Model hebben gesloten waarin zij de heffing over pensioenen hebben geregeld onafhankelijk van de vraag of en waar de premies zijn betaald. Fiscale samenhang bestond niet op het niveau van een zelfde persoon, door strikte correlatie tussen aftrekbaarheid van de premies en de belastingheffing over de pensioenuitkeringen, maar bevond zich op een ander niveau, te weten dat van de wederkerigheid van de in de verdragsluitende staten toepasselijke voorschriften⁵⁵.

Deze zaak is een belangrijke correctie op Bachmann, waar de aanwezigheid van een toepasselijk belastingverdrag juist niet van doorslaggevend belang werd geoordeeld.

⁵¹ Zie r.o. 26.

⁵² HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), *Jurisprudentie* 1995, p. I-02493.

⁵³ Zie r.o. 23.

⁵⁴ Zie r.o. 22.

⁵⁵ Zie r.o. 24-25.

2.4.3 Safir⁵⁶

In de zaak Safir had een vrouw, woonachtig in Zweden, een levensverzekering afgesloten bij een niet in Zweden gevestigde verzekeraar. Zweedse verzekeraars waren een belasting verschuldigd die kan worden gezien als een soort belasting op het rendement van het verzekerde kapitaal. Voor verzekeringnemers gold dat zij de betaalde premie niet konden aftrekken, maar uitkeringen waren ook niet belast. Dat gold net zo goed voor de verzekeringnemer die een verzekering heeft afgesloten bij een in het buitenland gevestigde verzekeraar. Aangezien de verzekeraar niet in Zweden kon worden belast voor het rendement behaald met het ingelegd kapitaal, werd aan Safir een aanslag opgelegd, gebaseerd op een forfaitair belastingpercentage van de niet-aftrekbare premie.

De Zweedse regering stelde dat het verschil in behandeling was te verklaren door de onmogelijkheid in beide gevallen dezelfde regeling toe te passen en de noodzaak van fiscale coherentie. Het hof oordeelde in eerste instantie dat verzekeringen kunnen worden aangemerkt als diensten en daarmee binnen de reikwijdte van de vrijheid van diensten kunnen worden gebracht⁵⁷. Daarnaast oordeelde het hof ook in dit geval dat het fiscale coherentie-argument geen stand kon houden⁵⁸. Er waren tal van andere systemen of maatregelen denkbaar die minder beperkend waren voor het vrij verrichten van diensten en toch de fiscale coherentie waarborgden. Zij geeft als voorbeeld een stelsel van belasting op het rendement van het kapitaal van levensverzekeringen, die forfaitair wordt berekend en op dezelfde wijze voor alle verzekeringen geldt, of deze nu bij in de betrokken lidstaat dan wel bij in een andere lidstaat gevestigde verzekeringsmaatschappijen zijn afgesloten⁵⁹.

2.4.4 Danner⁶⁰

In deze zaak betaalde de arts Danner pensioenpremies aan twee Duitse instellingen. Hij bleef dit vrijwillig doen, nadat hij van Duitsland naar Finland was verhuisd. Aldaar wilde hij de betaalde premies aftrekken. Finland weigerde echter de aftrek van pensioenpremies betaald aan buitenlandse verzekeraars. Ook in dit arrest is dus de vrijheid van diensten in het geding⁶¹. Finland beriep zich op de noodzaak van fiscale coherentie en de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen⁶².

⁵⁶ HvJ EG 28 april 1998, zaak C-118/96 (Safir), *Jurisprudentie* 1998, p. I-01897.

⁵⁷ Zie r.o. 22.

⁵⁸ Zie r.o. 33-34.

⁵⁹ Zie r.o. 33.

⁶⁰ HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Danner), *Jurisprudentie* 2002, p. I-08147.

⁶¹ Zie r.o. 30-31.

⁶² Zie r.o. 33-34.

Het hof honoreerde ook in deze zaak het beroep op de noodzaak van fiscale coherentie niet. Het hof oordeelt dat daarvan geen sprake kan zijn, nu Finland pensioenuitkeringen altijd belast, ook als het gaat om buitenlandse pensioenen die in de opbouwfase niet fiscaal gefacilieerd zijn. Er ontbreekt dus een rechtstreeks verband tussen de aftrekbaarheid van de verzekeringspremies en de heffing van belasting over de door de verzekeraar betaalde pensioenen. Van een rechtstreeks verband zou wel kunnen worden gesproken indien de betreffende regeling tegelijkertijd de belastbaarheid van door de buitenlandse pensioenverstrekkers betaalde pensioenen uitsluit⁶³. Dan doet zich in feite een Bachmann-situatie voor. Daarnaast is ook in deze zaak sprake van een toepasselijk belastingverdrag dat de fiscale coherentie waarborgt, zoals dat ook in de zaak Wielockx het geval was⁶⁴. Wat betreft de noodzaak doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen, wijst het hof ook in deze zaak op de mogelijkheden die de Inlichtingenrichtlijn biedt. Zij merkt tevens op dat er middelen zijn die het vrij verrichten van diensten minder beperken. Zo zijn de verzoeken om aftrek en de bewijsstukken die de werkgever bij dergelijke verzoeken heeft gevoegd, in dit verband een nuttige bron van informatie over de pensioenen die later aan de begunstigde werknemers zullen worden uitgekeerd⁶⁵.

2.4.5 Skandia/Ramstedt⁶⁶

In deze zaak, een test-case, kwamen de Zweedse inwoner Ramstedt en werkgever Skandia overeen dat een deel van het pensioen van Ramstedt zou bestaan uit een aanvullende pensioenverzekering door Skandia af te sluiten bij een Deense, Britse of Duitse levensverzekeringmaatschappij. Het enige verschil tussen de polissen was de plaats van vestiging van de verzekeraar. Indien de premies werden betaald aan een Zweedse verzekeraar waren deze direct aftrekbaar van de winst. Werden ze betaald aan een buiten Zweden gevestigde verzekeraar, dan waren de premies pas aftrekbaar wanneer de werknemer zijn pensioenuitkeringen zou ontvangen. Voor de werknemer verliep de belastingheffing in beide situaties op gelijk wijze. Deze zaak betrof dan ook de vrijheid van diensten⁶⁷.

Als rechtvaardiging beriep Zweden zich op fiscale coherentie en wees op de overeenkomsten met Bachmann⁶⁸. Het hof oordeelde echter dat dit argument geen stand kon houden. Er was geen sprake van een correlatie tussen de aftrekbaarheid van de

⁶³ Blijkt uit r.o. 57.

⁶⁴ Zie r.o. 38 en 40-41.

⁶⁵ Zie r.o. 51-52.

⁶⁶ HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-422/01 (Skandia/Ramstedt), *Jurisprudentie* 2003, p. I-06817.

⁶⁷ Zie r.o. 27-28.

⁶⁸ Zie r.o. 29.

premies en de belastbaarheid van de door de verzekeraars betaalde bedragen, zoals in Bachmann. In deze zaak moest de werkgever immers wachten tot het pensioen aan de werknemer werd uitbetaald om een aftrek te kunnen genieten. Voor het nadeel dat hij daarvan ondervond bestond geen enkele compensatie⁶⁹. Tevens beriep de Zweedse regering zich op de noodzaak de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen. Ook dit wordt niet aanvaard. De redenering van het hof is daarbij hetzelfde als in de zaak Danner⁷⁰.

2.5 Conclusie

Het mag duidelijk zijn dat de Europese Unie zich steeds meer bemoeit met de pensioenen. Dat blijkt niet alleen uit de stijgende pogingen om pensioenwetgeving in de lidstaten op elkaar af te stemmen, maar bijvoorbeeld ook uit pogingen om grensoverschrijdende pensioeninstellingen te realiseren.

Ook uit de arresten van het hof blijkt dat het belang van de mobiele werknemer zwaar weegt, ook op pensioengebied. Het veel door lidstaten aangevoerde argument van fiscale coherentie en het daarmee samenhangende fiscaal claimverlies is sinds Bachmann niet meer zonder meer gehonoreerd. Dat is in mijn optiek ook niet meer dan redelijk. Lidstaten hebben tegenwoordig meer dan zat mogelijkheden om eventueel claimverlies of misbruik tegen te gaan, ook op pensioengebied. Zo kan informatie bij de belastingplichtige worden gevraagd, kan er met de pensioenverzekeraar een overeenkomst worden gesloten wat betreft informatieverstrekking en is er de mogelijkheid om een beroep te doen op de Inlichtingenrichtlijn, die sinds dit jaar sterk is verbeterd ten opzichte van eerst en anders dan ten tijde van Bachmann ook van toepassing is op directe belastingen en voorziet in een verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen inzake pensioenen. Daarnaast staat het lidstaten vrij om onderling belastingverdragen te sluiten.

Interessant in het arrest Commissie versus België zijn de overeenkomsten die de Belgische wetgeving vertoont met de Nederlandse wetgeving. Nederland kent ook een fictie op basis waarvan belastingheffing kan plaatsvinden als ware de belastingplichtige binnenlands belastingplichtig ingeval van emigratie.

Daarnaast accepteert Nederland zowel binnenlandse als buitenlandse waardeoverdrachten, maar stelt daarbij wel onder andere de eis dat de

⁶⁹ Zie r.o. 33-37.

⁷⁰ Zie r.o. 42-45.

afkoopmogelijkheden niet ruimer mogen zijn dan op basis van de Pensioenwet. Daarnaast lijken de voorwaarden in de fiscale regelgeving strenger ingeval van internationale waardeoverdrachten. De vraag is of bovenstaande wel EU-proof is. Op deze vraag zal ik later in mijn onderzoek nader ingaan.

3. Verdieping Civiel: Waardeoverdracht in de Pensioenwet

In dit hoofdstuk zal ik nader ingaan op de waardeoverdracht zoals deze is geregeld in de Pensioenwet. Allereerst zal ik dieper ingaan op het begrip waardeoverdracht. Vervolgens zal ik de algemene regels omtrent waardeoverdracht in de Pensioenwet bespreken. Daarna zal ik dieper ingaan op de regels die specifiek zien op de internationale waardeoverdracht.

3.1 Begrip waardeoverdracht in de Pensioenwet

In artikel 1 van de Pensioenwet is het begrip waardeoverdracht gedefinieerd. De Pensioenwet verstaat onder waardeoverdracht het volgende:

“Iedere handeling waarbij de waarde van opgebouwde pensioenaanspraken of pensioenrechten wordt aangewend ten behoeve van:

1° andere pensioenaanspraken of pensioenrechten bij dezelfde of een andere pensioenuitvoerder; of

2° dezelfde pensioenaanspraken of pensioenrechten bij een andere pensioenuitvoerder.”

Onder de Pensioen- en Spaarfondsenwet werd waardeoverdracht nog gezien als een vorm van afkoop. Deze vorm van afkoop was weliswaar een uitgezonderde vorm. Dat is sinds de invoering en inwerkingtreding van de Pensioenwet in 2007 veranderd. Sinds 2007 is er in artikel 1 van de Pensioenwet een specifieke definitie van afkoop neergelegd. Deze definitie luidt als volgt:

“Iedere handeling waardoor pensioenaanspraken of pensioenrechten hun pensioenbestemming verliezen.”

Gezien de definitie van waardeoverdracht in de Pensioenwet kan dus worden geconcludeerd dat waardeoverdracht sinds 2007 niet meer langer wordt beschouwd als een vorm van afkoop. Er is immers geen sprake van het verliezen van de pensioenbestemming van de betreffende pensioenaanspraken of pensioenrechten.

3.2 Waardeoverdracht in de Pensioenwet

3.2.1 Algemeen

In de Pensioenwet zijn welgeteld 23 artikelen die samen de waardeoverdracht regelen binnen de Pensioenwet. Dit zijn de artikelen 70 tot en met 92 van de Pensioenwet. Artikel

70 is een algemeen artikel dat de reikwijdte van de waardeoverdracht binnen de Pensioenwet aangeeft. Een belangrijke conclusie die uit dit artikel kan worden getrokken, is dat buiten de situaties als behandeld in de artikelen 71 tot en met 92 van de Pensioenwet, géén waardeoverdracht mogelijk is.

Een recht van waardeoverdracht...

Een werknemer is niet verplicht om over te gaan tot waardeoverdracht. Op grond van artikel 71 van de Pensioenwet is hem dit als een recht toegekend. De werknemer kan dus zelf een afweging maken om vervolgens al dan niet over te gaan tot waardeoverdracht. Hoewel het belang van de waardeoverdracht is afgenomen sinds veel eindloonregelingen de afgelopen jaren zijn vervangen door middelloonregelingen, kan het toch zinvol zijn om tot waardeoverdracht te besluiten. Deze beslissing is van een aantal factoren afhankelijk. Van belang zijn onder andere het karakter van beide pensioenovereenkomsten, de pensioensoorten en de kans op indexatie bij beide pensioenuitvoerders⁷¹. Om het voor de werknemer mogelijk te maken deze afweging te maken, is in artikel 39 van de Pensioenwet allereerst bepaald dat de pensioenuitvoerder bij het einde van de deelneming verplicht is de deelnemer te informeren over onder andere het recht tot waardeoverdracht bij aanvang van een nieuwe dienstbetrekking. De werknemer zal zelf bij de nieuwe pensioenuitvoerder moeten verzoeken om een opgave van zijn pensioenaanspraken vóór en ná de waardeoverdracht⁷². Deze zal hiervoor bij de oude pensioenuitvoerder aankloppen.

Plicht of bevoegdheid tot waardeoverdracht?

Besluit de werknemer dat waardeoverdracht voor hem de beste optie is, dan is de pensioenuitvoerder in beginsel verplicht om mee te werken indien om waardeoverdracht wordt verzocht. Er moet dan aan twee voorwaarden worden voldaan. Deze zijn terug te vinden in artikel 71 van de Pensioenwet. Allereerst moet sprake zijn van een individuele beëindiging van de dienstbetrekking dan wel individuele beëindiging van de deelneming. Daarnaast moet de waardeoverdracht ertoe strekken het de gewezen deelnemer mogelijk te maken pensioenaanspraken te verwerven bij de ontvangende pensioenuitvoerder van de nieuwe werkgever of de beroepspensioenregeling. Het verzoek moet worden gericht aan de nieuwe pensioenuitvoerder. De oude pensioenuitvoerder is vervolgens verplicht de overdrachtswaarde van de pensioenaanspraken over te dragen aan de nieuwe pensioenuitvoerder. Over het algemeen kan worden gesteld dat deze overdrachtswaarde

⁷¹ D.J. Kwanten, "Uitleg bij: Pensioenwet, artikel 71", T&C Pensioenrecht, 2010.

⁷² Zie artikel 71, derde lid, van de Pensioenwet.

gelijk is aan de afkoopwaarde⁷³. Voor de nieuwe pensioenuitvoerder ontstaat nu de verplichting om de overdrachtswaarde aan te wenden voor de verwerving van pensioenaanspraken voor de nieuwe deelnemer. De verplichting om aan de waardeoverdracht mee te werken voor zowel de oude als de nieuwe pensioenuitvoerder ontstaat wanneer de gewezen deelnemer een opgave vraagt van zijn opgebouwde aanspraken bij de nieuwe pensioenuitvoerder binnen zes maanden na aanvang van de verwerving van pensioenaanspraken vanuit de nieuwe dienstbetrekking en hij vervolgens verzoekt om waardeoverdracht bij de nieuwe pensioenuitvoerder⁷⁴. Overigens mogen zowel de overdragende als ontvangende pensioenuitvoerder in verband met de waardeoverdracht geen kosten in rekening brengen bij de gewezen deelnemer⁷⁵.

In een aantal uitzonderingsgevallen bestaat bovenstaande verplichting niet. De belangrijkste uitzonderingen worden genoemd in artikel 71a en 72 van de Pensioenwet. Artikel 71a ziet op het geval waarbij na waardeoverdracht de voor de bedrijfspensioenvoorziening geldende wetgeving van een andere staat dan Nederland van toepassing is op de over te dragen pensioenaanspraken en de afkoopmogelijkheden ruimer zijn dan op basis van de Pensioenwet⁷⁶. De plicht tot waardeoverdracht bestaat dan niet. Dit artikel is ingevoerd met het oog op de wisselwerking tussen artikel 71 en artikel 85 van de Pensioenwet⁷⁷. Artikel 71 van de Pensioenwet gaat uit van de situatie dat waardeoverdracht in verband met de beëindiging van de deelname in de ene Nederlandse regeling ten behoeve van deelname aan een andere Nederlandse regeling geschiedt. Op beide regelingen is de Pensioenwet volledig van toepassing. In artikel 85 van de Pensioenwet is daarentegen opgenomen onder welke voorwaarden waardeoverdracht dient te geschieden ten behoeve van deelname aan een buitenlandse regeling, ondergebracht bij een buitenlandse pensioeninstelling. Een van die voorwaarden is de voorwaarde dat de afkoopmogelijkheden na waardeoverdracht niet ruimer mogen zijn dan op basis van de Pensioenwet. Artikel 71 en 85 van de Pensioenwet gaan eraan voorbij dat het ook mogelijk is dat een buitenlandse regeling is ondergebracht bij een Nederlandse pensioenuitvoerder. Ten behoeve van de interne consistentie van de Pensioenwet ten aanzien van de verplichting van de uitvoerder om mee te werken aan een verzoek van een gewezen deelnemer tot waardeoverdracht ten behoeve van de

⁷³ C. Dekkers, "Onverwachte bijbetalingsplicht bij waardeoverdracht", *P&P* 2008-4, p. 13-14.

⁷⁴ Zie artikel 71, derde lid, van de Pensioenwet.

⁷⁵ Zie artikel 71, vijfde lid, van de Pensioenwet.

⁷⁶ Zie hiervoor artikel 65 en verder van de Pensioenwet.

⁷⁷ Wijziging van enkele wetten van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verzamelwet SZW 2011), Kamerstukken II 2010/2011, 32 520, nr. 3, p.8.

deelname in een buitenlandse pensioenregeling is daarom artikel 71a van de Pensioenwet ingevoerd⁷⁸.

De plicht tot waardeoverdracht bestaat ook niet indien de financiële positie van de pensioenuitvoerder niet optimaal is, aldus artikel 72 van de Pensioenwet. Waar geen plicht tot waardeoverdracht bestaat, kan overigens wel steeds een bevoegdheid tot waardeoverdracht bestaan⁷⁹.

3.2.2 Internationale waardeoverdracht

Indien sprake is van een internationale waardeoverdracht zijn specifieke artikelen in de Pensioenwet van toepassing, namelijk artikel 85 tot en met 92. De artikelen 85 tot en met 90 zien op de uitgaande waardeoverdracht. Uit artikel 85 en 86 van de Pensioenwet blijkt dat ook in internationale situaties een plicht tot waardeoverdracht kan bestaan voor de Nederlandse pensioenuitvoerder. Van een recht als bedoeld in artikel 71 is echter geen sprake. Daarvoor zou de buitenlandse pensioenuitvoerder ook verplicht moeten zijn om mee te werken aan de waardeoverdracht. De Pensioenwet heeft buiten Nederland echter geen werking. Dat is een groot verschil met de binnenlandse waardeoverdracht.

Waardeoverdracht bij pensioeninstelling buiten Nederland

In artikel 85 van de Pensioenwet wordt bepaald dat de pensioenuitvoerder verplicht is om na een verzoek van de gewezen deelnemer tot waardeoverdracht de overdrachtswaarde van diens pensioenuitspraken over te dragen aan een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of een verzekeraar met een zetel buiten Nederland als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Pensioenwet. Met een 'pensioeninstelling uit een andere lidstaat' wordt bedoeld:

“een op basis van kapitaaldekking gefinancierde instelling, ongeacht de rechtsvorm, die zetel heeft in een andere lidstaat dan Nederland en die onafhankelijk van enige bijdragende onderneming of bedrijfstak is opgericht met als doel het verstrekken van arbeidsgerelateerde pensioenuitkeringen op basis van een als volgt gesloten overeenkomst:

- a. individueel of collectief tussen een of meerdere werkgevers en een of meerdere werknemers of hun respectievelijke vertegenwoordigers; of*
- b. met zelfstandigen,*

⁷⁸ Wijziging van enkele wetten van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verzamelwet SZW 2011), Kamerstukken II 2010/2011, 32 520, nr. 3, p.8.

⁷⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 75 van de Pensioenwet.

en die hiermee rechtstreeks verband houdende werkzaamheden verricht⁸⁰.”

Deze definitie sluit aan bij Richtlijn 2003/41/EG ofwel de Pensioenfondsenrichtlijn. Met een verzekeraar met een zetel buiten Nederland als bedoeld in artikel 23, eerste lid, wordt bedoeld een verzekeraar die op grond van de Wet op het financieel toezicht in Nederland het bedrijf van levensverzekeraar of schadeverzekeraar mag uitoefenen.

Er moet wel voldaan worden aan de in artikel 71 van de Pensioenwet genoemde voorwaarden. Daarbij geldt dat het in artikel 72 van de Pensioenwet bepaalde ten opzichte van de nieuwe pensioenuitvoerder niet van toepassing is en de mogelijkheid tot afkoop na de waardeoverdracht niet ruimer mag zijn dan op basis van de Pensioenwet⁸¹. Aangesloten wordt dus bij de algemene regels van de waardeoverdracht. Deze regels heb ik in de vorige paragraaf reeds besproken. Opvallend is dat ook de verplichtingen die gelden voor de buitenlandse pensioenuitvoerder van toepassing zijn. De Pensioenwet kan echter geen verplichtingen opleggen aan buitenlandse pensioenuitvoerders⁸². Dat betekent dat de overdragende pensioenuitvoerder zelf zal moeten nagaan of aan deze verplichtingen is voldaan⁸³. De toezichthouder komt bij een waardeoverdracht op basis van dit artikel niet meer te pas. Er wordt vanuit gegaan dat het toezicht op een onder de Pensioenfondsenrichtlijn vallende pensioeninstelling met voldoende waarborgen is omkleed⁸⁴.

Waardeoverdracht aan een EG of aangewezen instelling

Artikel 86 van de Pensioenwet ziet op de specifieke situatie dat waardeoverdracht dient plaats te vinden naar een van de Europese Gemeenschappen of een aangewezen instelling⁸⁵. In dit artikel wordt bepaald dat de pensioenuitvoerder verplicht is om na een verzoek tot waardeoverdracht van de gewezen deelnemer de overdrachtswaarde van diens pensioenaanspraken over te dragen aan een van de Europese Gemeenschappen

⁸⁰ Zie artikel 1 van de Pensioenwet.

⁸¹ Zie hiervoor artikel 65 en verder van de Pensioenwet.

⁸² Kamerstukken II 2005/06, 30.413, nr. 3, p. 237. Zie ook M.E.C. Boumans, "Internationale waardeoverdracht: samenwerking?", *P&P* 2008-6, p. 6-13.

⁸³ Zie onder andere Kamerstukken II 2005/06, 30.413, nr. 17, p. 49 en 52. Zie ook M.E.C. Boumans, "Internationale waardeoverdracht: samenwerking?", *P&P* 2008-6, p. 6-13 en R.A. van den Braak & A. ten Thije, "Internationale waardeoverdracht", *Pensioen Actief* 2007-4.

⁸⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30.413, nr. 3, p. 49. Zie ook H.M. van Engelshoven, "Bepalingen over internationale waardeoverdracht overzichtelijker geworden", *Pensioenmagazine* 2008-1, p. 12-20 en H.M. van Engelshoven, "Internationale waardeoverdracht: doen wat mogelijk is, in plaats van doen alsof iets kan", *Pensioenmagazine* 2010-3, p. 6-11.

⁸⁵ Deze instellingen zijn opgenomen in de Regeling Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling van 19 december 2006, nr. AV/PB/10256A, Stcrt. 29-12-2006, nr. 253. Denk hierbij aan instellingen als de ECB, NATO, OECD en WTO.

of aan een door Onze Minister aangewezen instelling indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. Allereerst moet sprake zijn van een beëindiging van de dienstbetrekking dan wel beëindiging van de deelneming. Daarnaast moet de waardeoverdracht ertoe strekken het de gewezen deelnemer mogelijk te maken pensioenaanspraken te verwerven bij een van de Europese Gemeenschappen of de aangewezen instelling. Tevens moet de waarde rechtstreeks worden overgedragen aan de betrokken Europese Gemeenschap of de aangewezen instelling en mogen zowel de ontvangende als de overdragende pensioenuitvoerder in het kader van de waardeoverdracht geen kosten bij de gewezen deelnemer in rekening brengen.

Waardeoverdracht aan een andere instelling

Artikel 87 van de Pensioenwet ziet, anders dan de artikelen 85 en 86, op een bevoegdheid tot waardeoverdracht. Deze bepaling ziet op situaties waarbij waardeoverdracht dient plaats te vinden aan zogenoemde 'overige buitenlandse instellingen' of 'niet erkende buitenlandse instellingen'. Hiermee worden instellingen bedoeld die een zetel buiten de EU hebben of niet vallen onder de reikwijdte van Richtlijn 2003/41/EG⁸⁶.

Om eenzelfde bescherming te waarborgen als wordt gegarandeerd in voornoemde Richtlijn, zijn een aantal aanvullende voorwaarden opgenomen in artikel 87 van de Pensioenwet. Op grond van dit artikel is de pensioenuitvoerder die een verzoek tot waardeoverdracht ontvangt van een gewezen deelnemer verplicht dit te melden aan de toezichthouder. Waardeoverdracht is vervolgens enkel mogelijk indien ten aanzien van de toezichthouder het volgende kan worden aangetoond:

- a. er wordt voldaan aan de in artikel 71, eerste lid, van de Pensioenwet genoemde voorwaarden;
- b. de in artikel 72 van de Pensioenwet bedoelde omstandigheden zijn niet van toepassing op de overdragende pensioenuitvoerder;
- c. de buitenlandse instelling voert de pensioenregeling van de nieuwe werkgever uit;
- d. de buitenlandse instelling in het land van vestiging is onderworpen aan een vorm van overheidstoezicht;
- e. de vermogens van de instelling en de werkgever zijn juridisch gescheiden door het bestaan van een aparte juridische entiteit van de instelling, door een speciale preferentieregeling ten gunste van pensioengerechtigden of anderszins; en

⁸⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30.413, nr. 3, p. 102. Zie ook artikel 1 van de Pensioenwet.

f. de mogelijkheden tot afkoop van de overgedragen pensioenaanspraken na de waardeoverdracht zijn niet ruimer dan op basis van de Pensioenwet.

Ten slotte

Een punt dat op Europees niveau tot problemen zou kunnen leiden is de in artikelen 85 en 87 van de Pensioenwet genoemde voorwaarde dat de afkoopmogelijkheden na waardeoverdracht niet ruimer mogen zijn dan op basis van de Pensioenwet. Uit artikel 65 van de Pensioenwet blijkt dat op een paar kleine uitzonderingen na, een algeheel afkoopverbod geldt. Wil waardeoverdracht mogelijk zijn, dan moet het desbetreffende andere land ook een dergelijk afkoopverbod kennen. Het probleem is echter dat er weinig andere landen zijn die een dergelijk afkoopverbod als in de Pensioenwet kennen⁸⁷. In feite wordt de mogelijkheid tot internationale waardeoverdracht hiermee illusoir.

In mijn optiek zou het goed kunnen dat dit vereiste in strijd is met de vrijheid van werknemers. Alhoewel de maatregel van toepassing is ongeacht of sprake is van een binnenlandse dan wel internationale waardeoverdracht, kan in mijn optiek niet worden gezegd dat beide situaties aan elkaar gelijk zijn. Voor de belastingplichtige die waardeoverdracht wenst naar een binnenlandse pensioenregeling wordt aan deze eis altijd wel voldaan. De binnenlandse pensioenregelingen zijn hierop afgestemd. Dit geldt echter niet voor buitenlandse pensioenregelingen, die zoals eerder vermeld vrijwel altijd een ruimere afkoopmogelijkheid kennen⁸⁸. Een rechtvaardiging voor de maatregel kan worden gevonden in de wens om misbruik samenhangend met een ongeoorloofde afkoop tegen te gaan. Echter, niet elke afkoop is ongeoorloofd. Het gaat dan ook erg ver om bij voorbaat elke waardeoverdracht te belasten indien sprake is van een ruimere afkoopmogelijkheid in de nieuwe pensioenregeling. De maatregel lijkt daarom niet proportioneel. Een meer specifieke maatregel zou meer op zijn plaats zijn⁸⁹. Misbruik dat samenhangt met een ongeoorloofde afkoop kan ook op een andere manier worden bereikt die minder vergaet. Zo zou bijvoorbeeld een bepaling kunnen worden ingevoerd op basis waarvan een afkoop alsnog in de belastingheffing wordt betrokken als mensen naar Nederland remigreren nadat ongeoorloofde afkoop heeft plaatsgevonden in een land

⁸⁷ B.T. Broers & J.H. Hartman, "Besluit Internationale aspecten van pensioenen en waardeoverdracht", *P&P* 2008-10, p. 22-23. Zie ook H.M. van Engelshoven, "Internationale waardeoverdracht: doen wat mogelijk is, in plaats van doen alsof iets kan", *Pensioenmagazine* 2010-3, p. 6-11.

⁸⁸ B.T. Broers & J.H. Hartman, "Besluit Internationale aspecten van pensioenen en waardeoverdracht", *P&P* 2008-10, p. 22-23. Zie ook H.M. van Engelshoven, "Internationale waardeoverdracht: doen wat mogelijk is, in plaats van doen alsof iets kan", *Pensioenmagazine* 2010-3, p. 6-11.

⁸⁹ Als ook in HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-264-96 (ICI), *Jurisprudentie* 1998, p. I-4695, r.o. 26.

met een lage belastingheffing⁹⁰. Met name door de verbeterde mogelijkheden van inlichtingenuitwisseling die de nieuwe Inlichtingenrichtlijn biedt kan dit ook makkelijk worden nagegaan. Op die manier hoeven niet bijna alle internationale uitgaande waardeoverdrachten belast te worden.

De overige voorwaarden die in artikel 87 genoemd worden, vormen mijns inziens geen enkele belemmering. Zij komen overeen met Richtlijn 2003/41/EG en zijn bedoeld om in geval van een dergelijke waardeoverdracht eenzelfde bescherming en garantie te waarborgen. Dit lijkt mij niet meer dan redelijk, aangezien genoemde instellingen zelf niet onder de werking van voornoemde richtlijn vallen. Op deze manier wordt ook zoveel mogelijk bewerkstelligd dat alle waardeoverdrachten op eenzelfde manier worden behandeld.

3.3 Toepasselijk recht

Indien een internationale waardeoverdracht heeft plaatsgevonden is het de vraag of de Pensioenwet nog wel van toepassing is op de hier in Nederland opgebouwde aanspraken. De pensioenregeling is nu immers ondergebracht bij een buitenlandse pensioenuitvoerder. Om te voorkomen dat de werkgever en de in het buitenland gevestigde verzekeraar een ander rechtstelsel dan het Nederlandse overeenkomen, heeft de wetgever een regeling getroffen in artikel 30 van de Pensioenwet die ervoor zorgt dat in dat geval de Pensioenwet niet kan worden omzeild⁹¹. Dit artikel luidt:

“In een uitvoeringsovereenkomst met een verzekeraar met zetel buiten Nederland waarin bij de totstandkoming of op een later tijdstip wordt gekozen voor ander dan Nederlands recht, wordt de volgende clause opgenomen:

Ongeacht het gekozen rechtstelsel is ten aanzien van deze uitvoeringsovereenkomst in ieder geval de Pensioenwet van toepassing.”

Dergelijke pensioenregelingen moeten dus blijven voldoen aan de eisen die daaraan worden gesteld in de Pensioenwet. Daarnaast kan ook het andere rechtstelsel worden toegepast.

⁹⁰ Deze mogelijke oplossing wordt ook aangedragen door P.H. Schonewille, “Belastingen en pensioenen in EU-context”, in: A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Pensioen en belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

⁹¹ M. Dommerholt, “Uitleg bij: Pensioenwet, Artikel 30”, *T&C Pensioenrecht*, 2010.

Deze bepaling ziet enkel op verzekeraars, en wel enkel op verzekeraars met een zetel buiten Nederland. Andere pensioenuitvoerders en verzekeraars met een zetel in Nederland vallen niet onder de bepaling. Volgens sommige auteurs zou deze bepaling een belemmering kunnen vormen om het pensioenkapitaal over te dragen naar een pensioeninstelling in een andere lidstaat en zou daarom in strijd kunnen zijn met EU recht⁹². Naar mijn mening is daar echter geen sprake van. Het artikel garandeert enkel dat er niet kan worden gefraudeerd door middel van een waardeoverdracht en dat Nederland de grip op hier gefaciliteerd opgebouwde pensioenaanspraken niet verliest. Werknemers die in Nederland hun pensioen voortzetten en werknemers die voor waardeoverdracht kiezen en elders hun pensioen voortzetten worden hierdoor niet ongelijk behandeld.

3.4 Conclusie

Al met al kan worden gesteld dat de civiele pensioenwetgeving grotendeels voldoet aan de Europese regelgeving en jurisprudentie. Ik zie echter een strijdigheid met EU-recht wat betreft de geringe afkoopmogelijkheden die een internationale waardeoverdracht nagenoeg onmogelijk lijken te maken. Met name door de ruime mogelijkheden die staten momenteel hebben om buiten de landsgrenzen de belastingplichtigen te blijven 'volgen' en de ruime hoeveelheid aan belastingverdragen die de heffingsrechten van staten onderling regelen, lijken veel rechtvaardigingsgronden geen vaste grond meer onder de voeten te hebben.

⁹² P. Kavelaars, "Grensoverschrijdend pensioen", *NTRB* 2008-21.

4. Verdieping Fiscaal: Waardeoverdracht vanuit fiscaal oogpunt

In dit hoofdstuk zal ik nader ingaan op de waardeoverdracht van pensioen zoals deze is geregeld in de fiscale regelgeving. Hierbij zijn voornamelijk de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de Loonbelasting 1964 van belang. Er is echter ook een belangrijk besluit dat specifiek van belang is in het kader van de internationale waardeoverdracht. Allereerst zal ik de plaats die pensioen inneemt in de fiscale regelgeving toelichten om vervolgens dieper in te gaan op de fiscale consequenties van een eventuele internationale waardeoverdracht.

4.1 Pensioen en waardeoverdracht in de fiscale regelgeving

Fiscaal gefaciliteerd opbouwen van pensioen?

Artikel 3.81 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 verwijst voor het loonbegrip naar de Wet op de Loonbelasting 1964. Volgens artikel 10 van deze wet wordt onder loon verstaan:

“al hetgeen uit een dienstbetrekking of een vroegere dienstbetrekking wordt genoten, ...”⁹³

Tot het loon behoren tevens:

“aanspraken om na verloop van tijd of onder een voorwaarde een of meer uitkeringen of verstrekkingen te ontvangen”⁹⁴

Hieruit volgt dus dat een pensioenaanspraak inderdaad tot het loon behoort. Dit is de hoofdregel. De opbouw van pensioen kan in Nederland echter fiscaal gefaciliteerd plaatsvinden. Artikel 11 van de wet op de Loonbelasting 1964 bepaalt namelijk dat zowel de aanspraken ingevolge een pensioenregeling als de bedragen die worden ingehouden als bijdrage ingevolge een pensioenregeling niet tot het loon behoren⁹⁵. Hier vindt de zogenoemde ‘omkeerregel’ toepassing. Dat houdt in dat de pensioenaanspraken tijdens de opbouwfase onbelast blijven en dat de uitkeringen die hier later uit voortvloeien te zijner tijd in de belastingheffing worden betrokken.

⁹³ Zie artikel 10, eerste lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964.

⁹⁴ Zie artikel 10, tweede lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964.

⁹⁵ Zie artikel 11, eerste lid, onderdeel c en onderdeel j onder 1°, van de Wet op de Loonbelasting 1964.

Er moet echter wel voldaan zijn aan een aantal voorwaarden. De pensioenregeling moet kunnen worden aangemerkt als een 'zuivere' pensioenregeling⁹⁶. De voorwaarden waaraan de pensioenregeling moet voldoen kunnen in grofweg drie groepen worden ingedeeld. De eerste groep ziet op de kring van gerechtigden, de tweede groep ziet op de kring van pensioenuitvoerders en de derde groep ziet op de inhoud van de pensioenregeling.

De omkeerregel verliest in beginsel haar toepassing als niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden. Dit is onder andere het geval als een pensioenregeling wordt afgekocht of vervreemd, behoudens uitzonderingen⁹⁷. De consequenties daarvan zijn behoorlijk. In de volgende paragrafen zal ik hierop terugkomen. De vraag is nu of een waardeoverdracht fiscaal, anders dan civiel, als een afkoop kan worden gezien.

Waardeoverdracht: afkoop?

Waar uit de Pensioenwet uitdrukkelijk kan worden geconcludeerd dat waardeoverdracht geen vorm van afkoop is, kan uit artikel 19b, tweede lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964 worden afgeleid dat dit fiscaal anders is. Fiscaal wordt waardeoverdracht in beginsel wel degelijk gezien als een vorm van afkoop. Wordt de verplichting geheel of gedeeltelijk overgebracht naar een verzekeraar als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdelen a, b, d, e of f, dan kan dit fiscaal geruisloos plaatsvinden. Bijkomende voorwaarde is dan wel dat de overgang niet in strijd komt met de bepalingen bij of krachtens de artikelen 70 tot en met 91 van de Pensioenwet.

We kunnen nu een onderscheid maken tussen waardeoverdracht naar een niet-toegestane buitenlandse verzekeraar en waardeoverdracht naar een toegestane buitenlandse verzekeraar. In de volgende paragrafen zal ik nader ingaan op deze situaties.

4.1.1 Waardeoverdracht naar een toegestane buitenlandse verzekeraar

In de vorige paragraaf kwam naar voren dat een waardeoverdracht fiscaal geruisloos kan plaatsvinden indien de verplichting geheel of gedeeltelijk wordt overgebracht naar een verzekeraar als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdelen a, b, d, e of f van de Wet op de Loonbelasting 1964. Als bijkomende voorwaarde wordt daarbij gesteld dat de overgang niet in strijd mag komen met bepalingen bij of krachtens de artikelen 70 tot en

⁹⁶ Wat daaronder moet worden verstaan is nader uitgewerkt in de artikelen 18 tot en met 19f van de Wet op de Loonbelasting 1964.

⁹⁷ Zie artikel 19b, eerste lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964.

met 91 van de Pensioenwet. In het kader van de internationale waardeoverdracht zijn enkel de onderdelen e of f van artikel 19 van belang.

Onderdeel e ziet op in het buitenland gevestigde eigenbeheerlichamen. Dat blijkt uit het tweede lid van artikel 19a. Aangezien dit onderzoek zich enkel richt op de uitgaande werknemer en niet op de directeur-grootaandeelhouder zal ik hier verder niet op ingaan.

Onderdeel f ziet op het pensioenfonds en het lichaam dat bevoegd is het verzekeringsbedrijf uit te oefenen, anders dan bedoeld in de onderdelen a tot en met c, dat aangewezen is door de minister. Om aangewezen te kunnen worden moet een dergelijk pensioenfonds of lichaam aan een aantal voorwaarden voldoen, genoemd in onderdeel f, onder 1° en 2°. Allereerst moet het pensioenfonds of lichaam zich hebben verplicht te voldoen aan voorwaarden met betrekking tot het verschaffen van inlichtingen over de uitvoering van de regeling. Daarnaast is er de verplichting om zekerheid te stellen voor de invordering van belasting die verschuldigd is door toepassing van artikel 19b van de Wet op de Loonbelasting 1964, ofwel artikel 3.83, eerste of tweede lid, artikel 3.136, derde, vierde of vijfde lid, of artikel 7.2, achtste lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001. Deze laatste verplichting vervalt wanneer de werknemer of gewezen werknemer zichzelf verplicht zekerheid te stellen.

Op grond van artikel 19a, derde lid, zijn nadere regels gesteld met betrekking tot de aanwijzing als bedoeld in onderdelen e en f. Wat betreft onderdeel f, zijn deze terug te vinden in artikel 10d van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965. Voor een verzekeraar geldt dat deze kan worden aangewezen als deze op grond van de Wet op het financieel toezicht diensten naar Nederland mag verrichten⁹⁸. Voor een pensioenfonds geldt dat deze kan worden aangewezen indien deze in de staat van vestiging bevoegd gelden beheert strekkende tot verzekering van aanspraken ingevolge een pensioenregeling. Dat moet het lichaam al voor tenminste 100 werknemers of gewezen werknemers doen en het lichaam moet met betrekking tot de aanspraken overeenkomsten sluiten vanuit een vestiging buiten Nederland⁹⁹. Voor beiden geldt dat zij zich moeten verplichten om inlichtingen te verstrekken over de uitvoering van de pensioenregelingen en dat zij zekerheid moeten stellen tegenover de ontvanger voor de invordering van de belasting die verschuldigd mocht worden op grond van artikel 19b¹⁰⁰. Op EU niveau zou dit laatste tot problemen kunnen leiden. Daarom is in hetzelfde lid bepaald dat geen zekerheid hoeft

⁹⁸ Zie artikel 10d, eerste lid, van het Besluit loonbelasting 1965.

⁹⁹ Zie artikel 10d, tweede lid, van het Besluit loonbelasting 1965.

¹⁰⁰ Zie artikel 10d, derde lid, van het Besluit loonbelasting 1965.

te worden gesteld door pensioenfondsen en verzekeraars die gevestigd zijn in een EU lidstaat of een EER staat indien deze in een overeenkomst met de ontvanger aansprakelijkheid aanvaardt voor de betreffende belasting. Overigens kan de bedoelde zekerheid ook gesteld worden door de werknemer of gewezen werknemer zelf¹⁰¹.

Vandaag de dag is er nog geen enkele buitenlandse verzekeraar of pensioenfonds die onder onderdeel f kan worden geschaard. Dit hoeft echter niet tot gevolg te hebben dat de internationale waardeoverdracht fiscaal ruisend verloopt, met alle gevolgen van dien. In deze gevallen kan artikel 19b, zesde lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964 een uitkomst bieden. Dit artikel biedt onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid om de waardeoverdracht fiscaal geruisloos te doen plaatsvinden naar een niet-toegestane buitenlandse verzekeraar. Hier ga ik in de volgende paragraaf dieper op in.

4.1.2 Waardeoverdracht naar een niet-toegestane buitenlandse verzekeraar

Artikel 19b, zesde lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964 biedt de mogelijkheid om een internationale waardeoverdracht fiscaal geruisloos te doen plaatsvinden naar een niet-toegestane buitenlandse verzekeraar. Daartoe moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. De eerste voorwaarde blijkt uit het lid zelf. De waardeoverdracht dient plaats te vinden met het oog op de verwerving van pensioenaanspraken in het kader van de aanvaarding van een dienstbetrekking buiten Nederland. De overige voorwaarden zijn uitgewerkt in het besluit van 31 januari 2008, ook wel Pensioenbesluit genoemd¹⁰².

Het besluit gaat enerzijds in op overdrachten naar buitenlandse, niet-toegestane verzekeraars in het algemeen en anderzijds gaat het besluit in op twee bijzondere situaties waarvoor afwijkende regels gelden. Hierbij gaat het om overdrachten aan de pensioenuitvoerders van de EU en ECB en overdrachten aan de pensioenuitvoerders van andere internationale organisaties, zowel die in Nederland als elders. In het kader van dit onderzoek gaat het te ver om hier nader op in te gaan. Ik zal mij dan ook beperken tot de algemene situatie. Hier verwijst het besluit naar de voorwaarden zoals deze zijn neergelegd in bijlage III van het besluit. Deze zijn als volgt:

1. Waardeoverdracht vindt enkel plaats als de bevoegde inspecteur van de verzekeraar akkoord gaat met de hoogte van het pensioenkapitaal.
2. De werknemer maakt aannemelijk dat hij in het desbetreffende land een substantiële dienstbetrekking heeft aanvaard. Hierbij geldt dat indien een

¹⁰¹ Zie artikel 10d, vierde lid, van het Besluit loonbelasting 1965.

¹⁰² Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, *NtFR* 2008-320 & *NtFRB* 2008-21.

dienstbetrekking is aangegaan voor een termijn van tenminste vijf jaar, deze in ieder geval substantieel is.

3. De overnemende pensioenuitvoerder is een niet in Nederland gevestigd pensioenfonds of lichaam dat het verzekeringsbedrijf uitoefent, anders dan bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdeel f, van de Wet op de Loonbelasting 1964.

4. Vindt de overdracht plaats op grond van artikel 85 van de Pensioenwet, dan toont de overdragende pensioenverzekeraar aan dat voldaan is aan de voorwaarden van dat artikel.

5. Vindt de overdracht plaats op grond van artikel 87 van de Pensioenwet, dan legt de overdragende pensioenverzekeraar een verklaring van de DNB over waaruit blijkt dat aan de voorwaarden van dat artikel is voldaan. Valt de overdragende pensioenverzekeraar niet onder de Pensioenwet, dan maakt hij dit aannemelijk en toont hij aan dat aan de voorwaarden van dat artikel is voldaan.

6. De werknemer maakt aannemelijk dat de nieuwe pensioenregeling in het desbetreffende land gebruikelijk is en legt een exemplaar van de regeling over.

7. De pensioenverzekeraar draagt het pensioenkapitaal rechtstreeks en in zijn geheel over aan de buitenlandse pensioenuitvoerder ter verwerving van pensioenaanspraken.

8. De werknemer claimt geen aftrek op enig in Nederland belastbaar inkomen van hemzelf of zijn partner ten aanzien van de waardeoverdracht.

9. Indien het voornemen bestaat tot emigratie moet de werknemer aannemelijk maken dat het immigratieland de pensioenuitkeringen die te zijner tijd uit de pensioenaanspraken voortvloeien zal betrekken in een heffing naar het inkomen. Tevens zal de werknemer gegevens moeten verstrekken waaruit de nieuwe woonplaats blijkt.

10. De overnemende pensioenuitvoerder moet een overeenkomst sluiten met de ontvanger waarin hij aansprakelijkheid aanvaardt voor de door de gerechtigde werknemer verschuldigde belasting en revisierente ter zake van de belastbare feiten, genoemd in artikel 44b, eerste lid, van de Invorderingswet 1990. Deze voorwaarde vervalt indien de overdragende pensioenverzekeraar schriftelijk tegenover de ontvanger verklaart deze aansprakelijkheid te aanvaarden of indien de werknemer zelf voldoende zekerheid stelt.

Naast de voorwaarde dat voldaan moet zijn aan het bepaalde in artikel 85 of 87 van de Pensioenwet, inhoudende dat de afkoopmogelijkheden na de waardeoverdracht niet

ruimer mogen zijn dan op basis van de Pensioenwet, is dit hele pakket aan voorwaarden veel strenger dan wanneer waardeoverdracht binnen Nederland plaats zou vinden. Zo wordt de eis dat de werknemer aannemelijk moet maken dat hij in het desbetreffende land een substantiële dienstbetrekking heeft aanvaard niet in de Pensioenwet gesteld en wordt dit ook in binnenlandse situaties niet verlangd. Dat geldt ook voor de eis dat de werknemer aannemelijk moet maken dat de nieuwe pensioenregeling in het desbetreffende land gebruikelijk is. Daarbij wordt van de werknemer verlangd dat hij een exemplaar van de nieuwe pensioenregeling overlegt. Indien het voornemen bestaat tot emigratie moet de werknemer daarenboven aannemelijk maken dat het immigratieland de pensioenuitkeringen die te zijner tijd uit de pensioenaanspraken voortvloeien zal betrekken in een heffing naar het inkomen en moet hij gegevens verstrekken waaruit de nieuwe woonplaats blijkt. Bij een waardeoverdracht binnen de Europese Unie zou dit mogelijk strijd op kunnen leveren met de vier vrijheden.

De afkoopmogelijkheden mogen na de waardeoverdracht niet ruimer zijn dan op basis van de Pensioenwet.

Het eerste probleem dat in deze voorwaarden schuilt, blijkt uit voorwaarden 4 en 5. Dat voldaan moet worden aan het bepaalde van artikel 85 of 87 van de Pensioenwet houdt in dat ook moet worden voldaan aan de eis dat de afkoopmogelijkheden na de waardeoverdracht niet ruimer mogen zijn dan op basis van de Pensioenwet. Al eerder kwam naar voren dat er weinig andere landen zijn die een dergelijk afkoopverbod als in de Pensioenwet kennen. Dat deze eis naar mijn mening in strijd zou kunnen zijn met Europees recht heb ik reeds besproken.

De werknemer moet aannemelijk maken dat hij in het desbetreffende land een substantiële dienstbetrekking heeft aanvaard.

Het tweede probleem dat in deze voorwaarden schuilt, blijkt uit voorwaarde 2. De werknemer dient aannemelijk te maken dat hij in het desbetreffende land een substantiële dienstbetrekking heeft aanvaard. Een dienstbetrekking wordt in ieder geval als substantieel aangemerkt, indien deze is aangegaan voor een termijn van tenminste vijf jaar. Mijns inziens blijkt hieruit dat een korter dienstverband of een dienstverband voor onbepaalde tijd een fiscaal geruisloze waardeoverdracht niet in de weg hoeven te staan. De werknemer zal dan aannemelijk moeten maken dat de dienstbetrekking anderszins substantieel is. Deze eis wordt niet gesteld in binnenlandse situaties.

Ik ben van mening dat deze eis een belemmering vormt van het vrij verkeer van personen, meer in het bijzonder het vrij verkeer van werknemers. Deze eis kan een werknemer er namelijk van weerhouden om zijn pensioenkapitaal over te dragen naar een buitenlandse pensioenuitvoerder, gelet op het nadeel dat hij ondervindt doordat in dat geval de waardeoverdracht niet geruisloos kan plaatsvinden. In paragraaf 2.1 kwam aan de orde dat een belemmering van de vrijheden niet direct een strijd met het gemeenschapsrecht behoeft in te houden. Er moet dan aan de reeds genoemde cumulatieve voorwaarden zijn voldaan. De maatregel moet in dat geval een doel van algemeen belang nastreven, geschikt zijn om de verwezenlijking daarvan te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken¹⁰³.

Allereerst dient dus onderzocht te worden of deze belemmering kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang die verband houden met het doel waarvoor de maatregel is ingevoerd. De belastingplichtige heeft in Nederland gefacilieerd pensioenaanspraken kunnen verwerven om te zijner tijd bij uitkering belast te worden. Nederland wil er zeker van zijn dat haar fiscale claim niet verloren gaat. Dit is zeer begrijpelijk. Een vaak aangevoerd doel is dan ook de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen en om belastingfraude of belastingvlucht te voorkomen. Eventueel misbruik zou kunnen bestaan uit het 'shoppen' met pensioenkapitaal of het fingeren van een dienstbetrekking bij een in het buitenland gevestigde rechtspersoon met het oog op een afkoop van het pensioenkapitaal. Door deze eis te stellen wordt de kans hierop kleiner. De aanvaarde dienstbetrekking in het buitenland moet immers 'substantieel' zijn. Aan de eerste drie vereisten is dus voldaan. Maar gaat deze eis niet verder dan noodzakelijk is om de gestelde doelen te bereiken?

Wat de doeltreffendheid van de fiscale controles betreft, kan worden gesteld dat lidstaten een beroep kunnen doen op de Inlichtingenrichtlijn¹⁰⁴, op basis waarvan de lidstaten verplicht zijn mee te werken aan een informatieverzoek van een lidstaat betreffende de vaststelling van de belastingplicht¹⁰⁵. De recente aanpassing van deze richtlijn heeft de efficiëntie ervan sterk verbeterd. Ook het hof verwijst in haar uitspraken herhaaldelijk naar de mogelijkheden die de Inlichtingenrichtlijn de lidstaten biedt. Zo ook in de zaken

¹⁰³ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409, r.o. 40.

¹⁰⁴ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG, *PB EG* 2011, nr. L 64, p. 1ev.

¹⁰⁵ Ook Kavelaars is van mening dat deze eis in strijd is met EU-recht. Zie P. Kavelaars, "Grensoverschrijdend pensioen", *NTRFB* 2008-21.

Bachmann¹⁰⁶, Danner¹⁰⁷ en Skandia/Ramstedt¹⁰⁸. Het hof wijst er in al deze zaken tevens op dat een belemmering niet kan worden gerechtvaardigd doordat de genoemde richtlijn niet altijd een oplossing biedt omdat niet altijd om samenwerking kan worden verzocht. Niets belet de belastingautoriteiten immers van de betrokkene zelf bewijzen te verlangen die zij noodzakelijk achten. Daarnaast blijkt uit de zaken Danner¹⁰⁹ en Skandia/Ramstedt¹¹⁰ dat ook de werkgever een nuttige bron van informatie kan zijn. De doeltreffendheid van de fiscale controle kan mitsdien worden verzekerd met middelen die het vrij verkeer van werknemers minder beperken. In al deze zaken is dit dan ook niet als rechtvaardiging voor de betreffende belemmeringen aanvaard.

Wat betreft het voorkomen van belastingfraude of belastingvlucht kan nog worden gewezen op Commissie vs. Denemarken¹¹¹, waarin het hof benadrukte dat *“de enkele omstandigheid dat een belastingplichtige bijdragen betaalt voor een pensioenregeling die hij heeft afgesloten met een buiten Denemarken gevestigde instelling geen grond kan opleveren voor een algemeen vermoeden van belastingvlucht noch een rechtvaardigingsgrond kan zijn voor een fiscale maatregel die afbreuk doet aan de uitoefening van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid”*. Gesteld zou kunnen worden dat ook het feit dat iemand een dienstbetrekking aanvaardt in het buitenland die in de ogen van de Nederlandse regering niet substantieel is geen grond kan opleveren voor een algemeen vermoeden van belastingvlucht of fraude. Het is niet ongebruikelijk dat een dienstbetrekking wordt aanvaard voor onbepaalde tijd of voor kortere duur. In binnenlandse situaties levert dat geen enkel probleem op. Deze eis lijkt dan ook niet te voldoen aan de proportionaliteitseis.

De werknemer moet aannemelijk maken dat de nieuwe pensioenregeling in het desbetreffende land gebruikelijk is.

Ook bij deze eis gaat het om het vrij verkeer van werknemers. De werknemer wordt hier geconfronteerd met extra handelingen bij een internationale waardeoverdracht. Hij zal namelijk een exemplaar moeten overleggen van de betreffende pensioenregeling om aan

¹⁰⁶ HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), *Jurisprudentie* 1992, p. I-00249, r.o. 18-20.

¹⁰⁷ HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Danner), *Jurisprudentie* 2002, p. I-08147, r.o. 49-50.

¹⁰⁸ HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-422/01 (Skandia/Ramstedt), *Jurisprudentie* 2003, p. I-06817, r.o. 42-43.

¹⁰⁹ HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Danner), *Jurisprudentie* 2002, p. I-08147, r.o. 52.

¹¹⁰ HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-422/01 (Skandia/Ramstedt), *Jurisprudentie* 2003, p. I-06817, r.o. 45.

¹¹¹ HvJ EG 30 januari 2007, zaak C-150/04 (Commissie vs. Denemarken), *NTFR* 2007-261, r.o. 58.

deze eis te voldoen. Dit kan een belemmering zijn van het vrij verkeer van werknemers. Ook hier zal een beroep worden gedaan op de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen en om belastingfraude of belastingvlucht te voorkomen. De Nederlandse regering zal een fiscaal geruisloze waardeoverdracht enkel accepteren indien sprake is van een pensioenregeling die in het betreffende land gebruikelijk is. Deze pensioenregelingen zullen met voldoende waarborgen zijn omkleed, zeker in Europees verband. In Europees verband is namelijk de Pensioenfondsenrichtlijn van toepassing. Door deze eis te stellen wordt dit gegarandeerd. Aan de eerste drie vereisten is dus voldaan. Maar gaat deze eis niet verder dan noodzakelijk is om de gestelde doelen te bereiken?

Ook in dit verband kan gewezen worden op wat ik hierboven reeds vermeldde. Het staat de belastingautoriteiten vrij van de belastingplichtige te verlangen dat hij bewijs levert. Ook uit de N-zaak blijkt dat het hof van mening is dat een administratieve formaliteit toelaatbaar kan zijn, mits het doel legitiem is¹¹². Het kost de werknemer in dit geval geen extra last om een exemplaar van de nieuwe pensioenregeling aan de fiscus voor te leggen. Eventuele kosten hiervan wegen niet op tegen de kosten die de fiscus zou moeten treffen door zelf alle mogelijke pensioenregelingen na te lopen. Ik ben dan ook van mening dat deze eis geen ongerechtvaardigde belemmering vormt van het vrij verkeer van werknemers.

De werknemer moet bij een voornemen tot emigratie aannemelijk maken dat het immigratieland de pensioenuitkeringen zal betrekken in een heffing naar het inkomen en moet gegevens verstrekken waaruit de nieuwe woonplaats blijkt.

Ten slotte wordt van de werknemer in geval van emigratie verlangd dat hij aantoont dat het immigratieland de pensioenuitkeringen die te zijner tijd uit de pensioenaanspraken voortvloeien zal betrekken in een heffing naar het inkomen. Niet elke lidstaat volgt echter dezelfde fiscale facilitering van pensioenopbouw als Nederland, het EET-systeem, wat erin kan resulteren dat de waardeoverdracht naar lidstaten waar de uitkeringen niet in de belastingheffing worden betrokken niet mogelijk is. Dit vormt een belemmering van het vrije verkeer van werknemers. De vraag is wederom of deze belemmering gerechtvaardigd is.

Het doel dat de Nederlandse regering met deze eis nastreeft is het voorkomen van een fiscale leemte of de noodzaak van fiscale coherentie doordat in Nederland gefacilieerd

¹¹² HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409, r.o. 49.

pensioenkapitaal is opgebouwd dat tot uitkering komt in een land waar over de uitkering geen of weinig belasting wordt geheven. Uit zowel Danner¹¹³, Skandia-Ramstedt¹¹⁴, Safir¹¹⁵ als Hughes de Lasteyrie du Saillant¹¹⁶ blijkt dat het eerste doel nimmer kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang ter rechtvaardiging van een beperking van een verdragsvrijheid. Daarnaast doet een compenserende heffing voor het feit dat de belastingdruk in een andere staat lager is afbreuk aan de interne markt, aldus het hof¹¹⁷.

Wat betreft de noodzaak van fiscale coherentie kan het volgende worden opgemerkt. De noodzaak van fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond vereist een rechtstreeks verband tussen een belastingvoordeel en een desbetreffend nadeel. Tot op heden is Bachmann¹¹⁸ de enige zaak waarin deze rechtvaardigingsgrond is geaccepteerd. De aanwezigheid van een belastingverdrag waarbij het heffingsrecht aan een bepaalde staat wordt toegekend achtte het hof niet van belang¹¹⁹. In de zaak Wielockx¹²⁰ werd het bestaan van een dergelijk belastingverdrag wel degelijk van belang geacht en is daarmee een belangrijke correctie op Bachmann. Fiscale samenhang werd door dit belastingverdrag verzekerd en kon dus niet worden aangevoerd als rechtvaardigingsgrond. Dit werd nog eens herhaald in de zaak Danner¹²¹. Ook in Skandia/Ramstedt¹²² werd de noodzaak van fiscale coherentie niet geaccepteerd omdat de vereiste correlatie ontbrak en wel omdat het genietingsstijdstip van het belastingvoordeel verschilde al naar gelang de situatie en dit gegeven in een nadeel resulteerde dat op generlei wijze werd gecompenseerd. In dit geval ontbreekt de vereiste correlatie eveneens. Het is immers de emigratie waardoor afbreuk wordt gedaan aan de samenhang en niet de directe relatie tussen gefaciliteerde opbouw van pensioenkapitaal

¹¹³ HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Danner), *Jurisprudentie* 2002, p. I-08147, r.o. 55-56.

¹¹⁴ HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-422/01 (Skandia/Ramstedt), *Jurisprudentie* 2003, p. I-06817, r.o. 51-53.

¹¹⁵ HvJ EG 28 april 1998, zaak C-118/96 (Safir), *Jurisprudentie* 1998, p. I-01897, r.o. 34.

¹¹⁶ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Laysterie du Saillant), *Jurisprudentie* 2004, p. I-02409, r.o. 60.

¹¹⁷ HvJ EG 26 oktober 1999, zaak C-294-97 (Eurowings), *Jurisprudentie* 1999, p. I-7447.

¹¹⁸ HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), *Jurisprudentie* 1992, p. I-00249, r.o.

28.

¹¹⁹ HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann), *Jurisprudentie* 1992, p. I-00249, r.o.

26.

¹²⁰ HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), *Jurisprudentie* 1995, p. I-02493, r.o.

24-25.

¹²¹ HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Danner), *Jurisprudentie* 2002, p. I-08147, r.o. 40-

41.

¹²² HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-422/01 (Skandia/Ramstedt), *Jurisprudentie* 2003, p. I-06817, r.o. 34-35.

en belaste uitkering daarvan. Fiscale samenhang bestaat mijns inziens in dit geval ook op het niveau van toepasselijke belastingverdragen. Immers, het immigratieland zal als woonstaat de heffingsbevoegdheid over het pensioen hebben ongeacht waar de premies in aanmerking zijn genomen. Dat geldt eveneens voor Nederland als Nederland de immigratiestaat is. Mijns inziens is dit een probleem dat via belastingverdragen kan en moet worden opgelost, zodat fiscale coherentie op de juiste manier kan worden gewaarborgd. Deze eis lijkt dus niet aan de eerste drie voorwaarden te voldoen en lijkt dus in strijd te zijn met Europees recht.

In gevallen waar belastingplichtigen bijvoorbeeld hun pensioen ineens laten uitkeren in een TEE-staat of bovenmatig pensioen hebben kunnen opbouwen en vervolgens remigreren naar Nederland zou voor een specifieke anti-misbruikmaatregel in de Nederlandse wetgeving kunnen worden gekozen. Een dergelijke maatregel zou de toets naar mijn mening wel kunnen doorstaan. Hiervoor geldt dezelfde redenering als ik in paragraaf 3.2 volgde wat betreft afkoopmogelijkheden van pensioen.

Voor het verstrekken van gegevens waaruit de nieuwe woonplaats blijkt geldt dezelfde redenering als hierboven met betrekking tot het overleggen van de pensioenregeling. Dit is geen ongerechtvaardigde belemmering van de vrijheid van werknemers.

Van de overdragende pensioenuitvoerder wordt verwacht dat hij aantoont dat aan de voorwaarden van artikel 85 of 87 is voldaan.

Bij deze eis gaat het om het vrij verrichten van diensten. Van de overdragende pensioenuitvoerder wordt verwacht dat hij aantoont dat aan de voorwaarden van artikel 85 of 87 is voldaan. In geval van artikel 87 wordt de controle uitgevoerd door de DNB. In geval van artikel 85 gaat dit verder dan enkel controleren of aan de voorwaarden voldaan is. Dit kan een belemmering zijn van het vrij verrichten van diensten. Ook hier zal een beroep worden gedaan op de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen. De pensioenuitvoerder is op grond van de Pensioenwet verplicht deze controle uit te voeren, of hij het resultaat daarvan aan de fiscus overdraagt of niet. Als de fiscus deze controles zelf nogmaals zou moeten uitvoeren kost dat veel extra tijd en dus geld. Uiteindelijk komen deze extra kosten bij de belastingbetaler terecht. Aan de eerste drie vereisten is dus voldaan. Maar gaat deze eis niet verder dan noodzakelijk is om de gestelde doelen te bereiken?

Ook in dit verband kan gewezen worden op wat ik hierboven reeds vermeldde. Aanknopen bij het arrest N kan worden gesteld dat dit een administratieve formaliteit is die toelaatbaar is¹²³. Het kost de pensioenuitvoerder geen extra last om de resultaten aan de fiscus te overhandigen. Deze eis is dus niet in strijd met Europees recht.

4.2 Fiscale consequenties van internationale waardeoverdracht

In beginsel...

Eerder kwam al naar voren dat fiscaal gezien, waardeoverdracht in beginsel kan worden gezien als afkoop. Dat kan worden afgeleid uit artikel 19b, tweede lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964. Het gevolg daarvan is, dat op het moment direct voorafgaand van de 'afkoop' de aanspraak aangemerkt wordt als loon uit een vroegere dienstbetrekking en dus direct in de heffing zal worden betrokken. De aanspraak wordt gewaardeerd tegen de waarde in het economisch verkeer op dat moment¹²⁴. Daarnaast is ook revisierente verschuldigd¹²⁵. Het is de verzekeraar die als inhoudingsplichtige wordt aangemerkt¹²⁶. Daarnaast kan de verzekeraar aansprakelijk worden gesteld voor de verschuldigde belasting en revisierente¹²⁷. Hier is goed zichtbaar dat de fiscus zijn fiscale claim goed beschermt.

Fiscaal geruisloze waardeoverdracht

Eerder kwam naar voren, dat wanneer de verplichting geheel of gedeeltelijk overgebracht wordt naar een verzekeraar als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, onderdelen a, b, d, e of f, van de Wet op de Loonbelasting 1964 dit fiscaal geruisloos kan plaatsvinden. Bijkomende voorwaarde is dan wel dat de overgang niet in strijd komt met de bepalingen bij of krachtens de artikelen 70 tot en met 91 van de Pensioenwet. Tevens kwam naar voren dat ook artikel 19b, zesde lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964 een uitkomst kan bieden.

Ook in deze gevallen kan de fiscale claim van de fiscus verloren gaan, en wel indien de belastingplichtige later besluit om te emigreren. Dat de waardeoverdracht fiscaal geruisloos kan plaatsvinden, wil dan ook niet zeggen dat de fiscus niet toch op de een of andere manier zekerheid wil hebben dat zijn fiscale claim niet verloren gaat. Op grond van artikel 3.83, tweede lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 wordt tot het loon

¹²³ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409, r.o. 49.

¹²⁴ Zie artikel 13, eerste lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964.

¹²⁵ Zie artikel 30i, eerste lid, onderdeel a, jo. tweede lid, van de Algemene wet inzake Rijksbelastingen.

¹²⁶ Zie artikel 6, vijfde lid, van de Wet op de Loonbelasting 1964.

¹²⁷ Zie artikel 44b, eerste lid, van de Invorderingswet 1990.

gerekend, de waarde in het economische verkeer van opgebouwde aanspraken uit een pensioenregeling indien de verplichtingen waarop deze aanspraken berusten, geheel of gedeeltelijk zijn ondergebracht bij een niet-toegestane verzekeraar. Tot op heden zal dat altijd het geval zijn, aangezien nog geen enkele pensioeninstelling onder de werking van artikel 19a, eerste lid, onderdeel f, Wet op de Loonbelasting 1964 is te scharen. Ook is revisierente verschuldigd¹²⁸. Ook in dit geval kan de verzekeraar aansprakelijk worden gesteld voor de verschuldigde belasting en revisierente¹²⁹.

Op grond van artikel 3.83, tweede lid, jo. artikel 2.8, tweede lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 zal een conserverende aanslag worden opgelegd. Dit geldt ook voor volgende jaren. Daarom is in het vierde lid van artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 bepaald dat het belastbare inkomen uit werk en woning van het voorgaande jaar wordt verlaagd met de waarde van die aanspraken. Dat geldt net zo goed voor de conserverende aanslag over dat jaar. Cumulatie wordt op die manier dus voorkomen en de belastingplichtige bezit aan het eind van de rit niet over een hele reeks aanslagen.

Op grond van artikel 25, vijfde lid, van de Invorderingswet 1990 wordt voor de conserverende aanslag uitstel van betaling verleend voor de duur van tien jaar. Hierom moet schriftelijk worden verzocht en er moet voldoende zekerheid worden gesteld door de belastingplichtige. Na deze periode van tien jaar wordt de belasting en de revisierente in beginsel kwijtgescholden¹³⁰. Worden binnen deze tien jaar echter handelingen verricht die niet zijn toegestaan, dan wordt het uitstel beëindigd en de verschuldigde belasting alsnog ingevorderd, eventueel gecorrigeerd met latere waardedalingen. Naar aanleiding van uitspraken van het Hof van Justitie geldt dat in Europese situaties automatisch uitstel wordt verleend en geen zekerheid behoeft te worden gesteld¹³¹. Daarnaast zal correctie plaatsvinden indien sprake is van een latere waardedaling en wordt geen heffingsrente meer in rekening gebracht. De regels omtrent de conserverende aanslag zijn daarmee EU-proof gemaakt. Volgens het hof is het opleggen van een conserverende aanslag namelijk geen probleem, mits eventueel gestelde voorwaarden niet een te grote

¹²⁸ Zie artikel 30i, eerste lid, onderdeel a, jo. tweede lid, van de Algemene wet inzake Rijksbelastingen.

¹²⁹ Zie artikel 44b, eerste lid, van de Invorderingswet 1990.

¹³⁰ Zie artikel 26, tweede lid, van de Invorderingswet 1990.

¹³¹ Zie artikel 1e van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 dat is aangepast naar aanleiding van HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Laysterie du Saillant), *Jurisprudentie* 2004, p. I-02409 en HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409.

afschrikwekkende werking hebben¹³². In mijn optiek is de regeling van de conserverende aanslag zoals die nu is inderdaad EU-proof. De conserverende aanslag wordt door de fiscus opgelegd om ervoor te zorgen dat er geen fiscaal claimverlies voor Nederland ontstaat wanneer bepaalde oneigenlijke handelingen worden verricht met betrekking tot bepaalde inkomensbestanddelen die in de Nederlandse periode zijn opgekomen. Zo kan misbruik worden tegengegaan. Dit is een legitiem doel dat zonder enigerlei maatregel niet kan worden bereikt. Alhoewel het simpele feit dat iemand emigreert geen vrijheidsbeperkende maatregelen kan rechtvaardigen¹³³, is het opleggen van een conserverende aanslag zoals dat momenteel gebeurt naar mijn idee geen maatregel die verder gaat dan nodig is om eventueel misbruik na de emigratie tegen te gaan. De belastingplichtige ondervindt immers geen hinder van de conserverende aanslag zelf en het opleggen ervan, zolang hij zich gedurende tien jaren na de emigratie 'gedraagt'. Doet hij dit niet, dan wordt rekening gehouden met de situatie zoals die op dat moment is en niet zoals die ten tijde van de emigratie was.

¹³² HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Laysterie du Saillant), *Jurisprudentie* 2004, p. I-02409 en HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409.

¹³³ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Laysterie du Saillant), *Jurisprudentie* 2004, p. I-02409.

5. Internationale waardeoverdracht en emigratie

In dit hoofdstuk zal ik nader ingaan op de samenloop van internationale waardeoverdracht en emigratie van de werknemer. In de praktijk komt dit heel vaak voor. Dat wil niet zeggen dat deze twee omstandigheden altijd tegelijkertijd plaatsvinden. Vaak komt het voor dat een werknemer emigreert en later verzoekt om waardeoverdracht. Ook komt het voor dat na een waardeoverdracht besloten wordt om te emigreren. Op beide situaties zal ik in de volgende paragrafen nader ingaan. Daarnaast zal ik stilstaan bij enige Europese aspecten die samenhangen met de emigratieproblematiek.

5.1 Gevolgen van emigratie in het algemeen

5.1.1 Emigratie naar een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarbij de heffingsbevoegdheid over het pensioen aan Nederland is toegekend

Wanneer een werknemer emigreert eindigt zijn binnenlandse belastingplicht voor de inkomstenbelasting. Artikel 3.83, eerste lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 bepaalt dat in die situatie de waarde in het economisch verkeer van de in Nederland opgebouwde pensioenaanspraken tot het loon worden gerekend. Tevens is er dan revisierente verschuldigd¹³⁴. Het genietingstijdstip is het moment direct voorafgaand aan de emigratie¹³⁵. Daarmee wordt bewerkstelligd dat op dat moment nog sprake is van binnenlandse belastingplicht. Ik acht deze fictie niet in strijd met Europees recht, zoals de fictie naar Belgisch recht dat krachtens Commissie versus België wel was, omdat Nederland niet, zoals België, daadwerkelijk belasting heft. Nederland legt een conserverende aanslag op, die zoals reeds besproken in paragraaf 4.2, inmiddels EU-proof is.

Op grond van artikel 3.83, tweede lid, jo. artikel 2.8, tweede lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 zal een conserverende aanslag worden opgelegd. Hiervoor geldt hetzelfde als wat ik in paragraaf 4.2 heb besproken omtrent de conserverende aanslag. Bijkomend gevolg van de emigratie is dat de belastingplichtige na de emigratie buitenlands belastingplichtig wordt voor de inkomstenbelasting¹³⁶.

Artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 ziet enkel op situaties waarbij sprake is van emigratie naar een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming

¹³⁴ Zie artikel 30i, eerste lid, onderdeel a, jo. tweede lid, van de Algemene wet inzake Rijksbelastingen.

¹³⁵ Zie artikel 3.146, derde lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

¹³⁶ Zie artikel 7.2 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

van dubbele belasting heeft gesloten waarbij Nederland de heffingsbevoegdheid heeft over het pensioen. Veelal zal dan sprake zijn van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met oorsprong ná 2001¹³⁷. Dat heeft te maken met de zogenoemde 19 juni arresten van de Hoge Raad, waarin de Hoge Raad bepaalde dat Nederland in strijd handelt met de bepalingen van het verdrag en de verdragstrouw door het opleggen van een conserverende aanslag op basis van artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 indien het een verdrag betreft dat zijn oorsprong vindt vóór 2001 en waarbij de heffingsbevoegdheid over het pensioen exclusief is toegewezen aan de woonstaat¹³⁸.

De Hoge Raad komt tot die conclusie door een analyse van de artikelen 15 en 18 van de verdragen. Allereerst stelt de Hoge Raad: *“Een heffing die aangrijpt bij emigratie kan in strijd komen met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitlegging en toepassing van het belastingverdrag tussen de betrokken staten, als daarmee een voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard bezien - al dan niet potentieel - ter heffing is toegewezen aan de immigratiestaat”*. Vervolgens gaat de Hoge Raad verder met een analyse van artikel 15 en 18: *“Ten aanzien van (aanspraken op) pensioen bevat het Verdrag twee toewijzingsregels die achtereenvolgens voor toepassing in aanmerking kunnen komen en elkaar wederzijds uitsluiten, namelijk de artikelen 15 en 18. De toekenning van een aanspraak op pensioen is een beloning ter zake van een dienstbetrekking als bedoeld in artikel 15 van het Verdrag. Op grond van deze bepaling mag Nederland in een verdragssituatie (de waarde van) de aanspraak belasten, indien de dienstbetrekking in Nederland wordt uitgeoefend. Nederland stelt deze bate echter onvoorwaardelijk vrij van belasting wanneer sprake is van een pensioenregeling in de zin van de Wet op de loonbelasting 1964. Inkomsten die naderhand voortvloeien uit de toegekende aanspraak op pensioen, worden uitsluitend bestreken door artikel 18 van het Verdrag. De regeling van artikel 3.83, lid 1, in verbinding met artikel 3.146, lid 3, van de Wet voorziet niet in het alsnog in de belasting betrekken van de indertijd vrijgestelde aanspraak, maar belast de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenrechten op basis van een fictie. Aangezien de pensioenaanspraak alleen bij de verkrijging ervan onder artikel 15 van het Verdrag valt, kan de fictie uit de zojuist vermelde*

¹³⁷ In verdragen na 2001 is artikel 18 wezenlijk anders geformuleerd dan in verdragen voor 2001. In oude verdragen was enkel de woonstaat heffingsbevoegd met betrekking tot pensioen. In nieuwe verdragen is in de mogelijkheid van een bronstaatheffing voorzien voor gevallen waarbij er sprake zou zijn van scheve verhoudingen tussen verleende faciliteiten tijdens de opbouw enerzijds en belastingheffing bij de uitkering anderzijds.

¹³⁸ Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 43.978, *NTFR* 2009-1438, Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 07/13267, *NTFR* 2009-1439 en Hoge Raad, 19 juni 2009, nr. 08/02288, *NTFR* 2009-1440.

wetsbepalingen niet bewerkstelligen dat de belastingheffing wegens na die toekenning optredende gebeurtenissen aan de werking van artikel 18 van het Verdrag wordt onttrokken.” Het gevolg daarvan is dat enkel de woonstaat heffingsbevoegd is.

Indien een conserverende aanslag wordt opgelegd op basis van artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 ingeval een verdrag van toepassing is met oorsprong ná 2001, kan toch sprake zijn van strijd met de verdragstrouw. Een recent door de Hoge Raad gewezen arrest over mogelijke strijd met de verdragstrouw in situaties waarbij het betreffende verdrag zijn oorsprong vindt na 2001 bevestigt dat¹³⁹. In dit geval ging het om het verdrag met België met oorsprong in 2001 dat in 2003 in werking is getreden. De Hoge Raad verwijst naar de 19 juni arresten: *“Een heffing die aangrijpt bij emigratie kan in strijd komen met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitlegging en toepassing van het belastingverdrag tussen de betrokken staten, als daarmee een voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard bezien - al dan niet potentieel - ter heffing is toegewezen aan de immigratiestaat”*. Anders dan bij de 19 juni arresten is in gevallen als in dit arrest, namelijk in gevallen waarin een verdrag van toepassing is met oorsprong ná 2001, niet te voorzien of Nederland als bronstaat het heffingsrecht heeft na emigratie. Doet zich binnen tien jaar na emigratie een besmette handeling voor, dan handelt Nederland in strijd met de verdragstrouw als zij overgaat tot invordering indien de heffing op dat moment aan de andere verdragspartij toekomt als zijnde woonstaat. Volgens de Hoge Raad doet daaraan niet af dat de andere verdragspartij ten tijde van de totstandkoming daarvan op de hoogte was van de regeling in artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 en evenmin doet daaraan niet af het feit dat het verdrag van kracht is geworden na inwerkingtreding van artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001. De Hoge Raad volgt in deze dus niet de conclusie van A-G Van Ballegooijen, die stelt dat strijd met de verdragstrouw zich niet voor kan doen omdat de andere verdragspartij, België in dit geval, ten tijde van de onderhandelingen bekend was met de inhoud van het nieuwe artikel 3.83 van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 en dat daarom niet kan worden gezegd dat Nederland een eenzijdige posterieure wijziging in het leven heeft geroepen¹⁴⁰. Dat laatste leidt volgens de Hoge Raad in elk geval tot strijd met de verdragstrouw¹⁴¹.

¹³⁹ Hoge Raad 15 april 2011, nr. 10/00990, LJV: BN8728.

¹⁴⁰ Conclusie A-G Van Ballegooijen 2 september 2010, nr. 10/00990, NTFR 2010/2313.

¹⁴¹ Zie Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37.657, BNB 2003/380 en Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39.610, BNB 2005/233.

Uit dit arrest kan de conclusie worden getrokken dat het er in feite niet toe doet of sprake is van een verdrag dat is gesloten vóór of na 2001. Is de heffing over het pensioen onder alle omstandigheden toegewezen aan de woonstaat, dan mag de conserverende aanslag niet worden opgelegd. Indien toch een conserverende aanslag wordt opgelegd, wordt in strijd gehandeld met de verdragstrouw. Dat dit ook gevolgen heeft voor de reparatiewetgeving die is ingevoerd naar aanleiding van de 19 juni arresten zal ik in paragraaf 5.1.2 nader toelichten. In veel gevallen zal het hier gaan om verdragen die zijn gesloten vóór 2001, waar artikel 3.136, lid 3, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 op ziet. Bij verdragen die sindsdien zijn gesloten behoudt Nederland zich over het algemeen als bronstaat heffingsbevoegdheid voor. In dit oordeel van de Hoge Raad kan ik mij wel vinden. Nederland heeft vrijwillig haar heffingsbevoegdheid ten aanzien van het pensioen volledig afgestaan ten gunste van de andere verdragspartner. Vanaf het tijdstip van de emigratie wordt het pensioen beheerst door het verdrag en is Nederland niet langer heffingsbevoegd ten aanzien van het pensioen. Daaraan doet niet af dat de conserverende aanslag bij fictie wordt opgelegd op het moment direct voorafgaand aan de emigratie.

In gevallen waarin het niet duidelijk is of Nederland ten tijde van de besmette handeling heffingsbevoegd is, mag de conserverende aanslag op basis van artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 worden opgelegd. Er is dan geen sprake van strijd met de verdragstrouw. Het gaat hier om verdragen van vóór of na 2001 die een geclausuleerde bronstaatheffing bevatten¹⁴². Indien binnen de termijn van hetzij vijf, hetzij tien jaar na emigratie een besmette handeling wordt verricht, moet op dat moment worden bekeken of Nederland al dan niet heffingsbevoegd is met betrekking tot het pensioen. Wanneer Nederland op dat moment niet heffingsbevoegd is, wordt er in strijd met de verdragstrouw gehandeld wanneer zij overgaat tot invordering.

De inning van de conserverende aanslag kan volgens de Hoge Raad ook gedeeltelijk in strijd zijn met Europees recht. Het gaat hier dan om strijd met de vrijheid van werknemers. De Hoge Raad stelt: *“Voor zover een ingezetene van een andere lidstaat van de EU die uit Nederland is geëmigreerd aldus naar aanleiding van een besmette handeling meer Nederlandse belasting zou moeten betalen dan een belastingplichtige die, onder overigens gelijke omstandigheden, zijn woonplaats vanuit Nederland niet naar een andere lidstaat heeft verlegd, voldoet de onderhavige regeling niet aan het in 4.6.4 bedoelde*

¹⁴² Enkele voorbeelden zijn de verdragen met Portugal (1999), België (2001), Polen (2002), Ghana (2008) en Verenigd Koninkrijk (2008).

evenredigheidsvereiste. Dat is slechts anders voor zover een door waardevermindering van de pensioenaanspraken optredend verschil in belastingdruk wordt gecompenseerd doordat reeds met die waardevermindering rekening is gehouden in de lidstaat waar de belastingplichtige is gaan wonen¹⁴³.” Indien en voor zover *“het bedrag van de conserverende aanslag dat als gevolg van een besmette handeling op grond van de Nederlandse nationale wetgeving invorderbaar wordt hoger is dan op grond van het in 4.6.6 overwogene evenredig is, zal een ontvanger ter voldoening aan de eisen die uit het VWEU voortvloeien het meerdere niet mogen invorderen. Dit brengt mee dat een ontvanger het uitstel van betaling voor dat deel van de conserverende aanslag niet mag beëindigen op de voet van artikel 25, lid 5, slotzin, van de IW 1990”*, aldus de Hoge Raad¹⁴⁴.

In Europese situaties zullen dus twee toetsen dienen plaats te vinden wanneer zich een besmette handeling voordoet om te bepalen of kan worden ingevorderd of niet¹⁴⁵. Allereerst moet worden getoetst of Nederland überhaupt heffingsbevoegd is ten aanzien van het pensioen op het tijdstip waarop de besmette handeling zich voordoet en daarna moet worden getoetst of de Nederlandse belastingdruk niet hoger is dan de Nederlandse belastingdruk waarmee een inwoner van Nederland op dat moment ter zake van een besmette handeling zou worden geconfronteerd. Ook in dit oordeel kan ik mij vinden. Niet het moment van opleggen van de conserverende aanslag is bepalend voor de heffingsbevoegdheid (en de omvang daarvan) van Nederland ten aanzien van het pensioen, maar het moment waarop de besmette handeling wordt verricht¹⁴⁶.

In gevallen waarbij sprake is van een verdrag van vóór of na 2001 met een algemene bronstaatheffing doet bovenstaande problematiek zich niet voor. Van strijd met de verdragstrouw is zowel bij het opleggen van de conserverende aanslag als bij het innen ervan geen sprake. In Europese situaties zal zich dit niet voordoen. Nederland is wel met enkele niet-Europese landen een dergelijke algemene bronstaatheffing overeengekomen¹⁴⁷.

¹⁴³ Hoge Raad 15 april 2011, nr. 10/00990, LJN: BN8728, r.o. 4.6.6.

¹⁴⁴ Hoge Raad 15 april 2011, nr. 10/00990, LJN: BN8728, r.o. 4.6.7.

¹⁴⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Terechte conserverende aanslag ter zake van pensioen opgelegd bij emigratie naar België', *V-N* 2011/20.7.

¹⁴⁶ Deze mening wordt gedeeld door Redactie Vakstudie Nieuws, 'Terechte conserverende aanslag ter zake van pensioen opgelegd bij emigratie naar België', *V-N* 2011/20.7. Zie ook F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord', *NTFRB* 2011-32.

¹⁴⁷ Enkele voorbeelden zijn de verdragen met Mongolië (2002), Zuid-Afrika (2005), Bahrein (2008) en Qatar (2008).

De gevolgen van het 15 april arrest zijn voor de toepassing van artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 dus met name van belang voor die situaties waarbij sprake is van emigratie naar een land waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten na 2001 dat voorziet in een exclusieve woonstaatheffing. Waar de Hoge Raad in de 19 juni arresten nog in een mogelijkheid voorzag om de wet aan te passen voor situaties waarbij sprake was van emigratie naar een land waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten vóór 2001 en waarbij de heffingsbevoegdheid over het pensioen exclusief aan de woonstaat is toegekend, lijkt de mogelijkheid een conserverende aanslag op te leggen in elke verdrags situatie waarbij sprake is van een exclusieve woonstaatheffing met dit arrest van de baan. De enige oplossing die Nederland lijkt te hebben is van verdragsrechtelijke aard. Dat lijkt mij ook de meest geëigende weg¹⁴⁸. Nederland zal deze verdragen zodanig moeten aanpassen dat zij op zijn minst een geclausuleerde bronstaatheffing bevatten. Uit het bovenstaande blijkt dat dan nog niet alle problemen de wereld uit zijn. Alleen wanneer Nederland de volledige heffingsbevoegdheid als bronstaat behoudt, lijken de problemen geheel opgelost. Het merendeel van de verdragspartners zal met dit laatste waarschijnlijk niet instemmen.

Niet alleen bij emigratie worden conserverende aanslagen opgelegd. In hoofdstuk 4 bleek dat internationale waardeoverdracht van pensioenkapitaal fiscaal wordt aangemerkt als een vorm van afkoop van pensioen, waarvoor een conserverende aanslag wordt opgelegd. Deze kwalificatie zal dan ook doorwerken naar het betreffende verdrag¹⁴⁹, waardoor het bovenstaande ook van toepassing is op deze conserverende aanslagen ingeval van een eerdere of latere emigratie. In die gevallen waar een verdrag van toepassing is dat voorziet in een exclusieve woonstaatheffing wordt de mogelijkheid de fiscale claim te beschermen bij grensoverschrijdende pensioensituaties waarbij sprake is van emigratie in feite illusoir. In die situaties waar al een conserverende aanslag is opgelegd, zal deze niet tot invordering kunnen leiden wanneer een besmette handeling wordt verricht. In die gevallen waar het betreffende verdrag een geclausuleerde bronstaatheffing bevat, blijkt pas op het moment dat een besmette handeling wordt verricht of en zo ja, in hoeverre Nederland heffingsbevoegd is.

¹⁴⁸ Deze mening wordt gedeeld door P. Kavelaars in zijn noot bij Hoge Raad 15 april 2011, nr. 10/00990, *BNB* 2011/160. Zie ook F.P.G. Pötgens & H.M. Kappelle, "Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving", *WFR* 2010, p. 74-87 en E.C.C.M. Kemmeren, 'Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers', *WFR* 2009, p. 881-888.

¹⁴⁹ P. Kavelaars in zijn noot bij Hoge Raad 15 april 2011, nr. 10/00990, *BNB* 2011/160.

5.1.2 Emigratie naar een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarbij de heffingsbevoegdheid over het pensioen aan de woonstaat is toegekend

Naar aanleiding van de 19 juni arresten heeft de wetgever reparatiewetgeving¹⁵⁰ ingevoerd om te bewerkstelligen dat ook in situaties waarin emigratie plaatsvindt naar een staat waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten waarbij de heffingsbevoegdheid uitsluitend is toegewezen aan de woonstaat, een conserverende aanslag kan worden opgelegd. Het artikel verwoordt dat als volgt: *“indien artikel 3.83, eerste lid, als gevolg van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting niet kan worden toegepast.”* Dit zijn met name verdragen die hun oorsprong vinden vóór 2001.

In een dergelijk geval zal een conserverende aanslag worden opgelegd op basis van artikel 3.136, derde lid, jo. artikel 2.8, tweede lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001. Dit artikel knoopt niet, zoals artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001, aan bij de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenaanspraken ten tijde van de emigratie. Dit artikel ziet op de vrijgestelde aanspraken die zijn verkregen door de werkgever en de werknemersbijdragen die in aftrek zijn gebracht, de verleende faciliteiten zelf dus. Het artikel bepaalt dat in geval van emigratie het voordeel dat is genoten moet worden teruggenomen als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen. Negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen kwalificeren niet als een inkomensbestanddeel voor verdragstoepassingen. Op die manier heeft de wetgever een weg gecreëerd om artikel 18 van het verdrag te ontlopen. Voor toepassing van dit artikel is, net als bij artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001, gekozen om het genietingstijdstip direct voorafgaand aan de emigratie te laten plaatsvinden¹⁵¹. Ten aanzien van de conserverende aanslag geldt verder weer hetzelfde als wat reeds is besproken.

Ook voor eventuele dooremigratie zijn bepalingen opgenomen en wel in artikel 3.136, lid 4, en lid 5, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001. Lid 4 ziet op de situatie dat de belastingplichtige emigreert naar een land waarmee een verdrag bestaat waarbij de bronstaat heffingsbevoegd is over de pensioeninkomsten. De belastingplichtige krijgt in die situatie een conserverende aanslag opgelegd voor de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak. Wanneer de belastingplichtige nu binnen tien jaar emigreert naar een land waarmee een verdrag bestaat waarbij de woonstaat

¹⁵⁰ Wet van 8 juli 2009, *Stb.* 2009, 304, tot wijziging van enkele belastingwetten.

¹⁵¹ Zie artikel 3.146, zesde lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

heffingsbevoegd is over de pensioeninkomsten, wordt de conserverende aanslag aangepast. Het bedrag zal worden verlaagd naar de bij toekenning vrijgestelde aanspraken die zijn verkregen door de werkgever en de werknemersbijdragen die in aftrek zijn gebracht. Lid 5 ziet op de omgekeerde situatie en zal dan ook een verhoging van het bedrag met zich brengen¹⁵².

Reeds voor het 15 april arrest is in de literatuur veel kritiek geuit op bovengenoemde reparatiewetgeving. Het is twijfelachtig of deze manier van repareren de verdragstrouw niet aantast¹⁵³. De vraag is of Nederland op deze manier niet ook de heffingsrechten uitholt die op basis van het verdrag toekomen aan de andere verdragsstaat. De heffing wordt namelijk nog altijd eenzijdig naar Nederland toe getrokken door toepassing van dit fictief genietingsstip¹⁵⁴ en door de correctie aan te merken als een negatieve uitgave voor inkomensvoorziening¹⁵⁵ waardoor het pensioenartikel op slinkse wijze wordt omzeild. Ik ben van mening dat de reparatiewetgeving op deze manier inderdaad evenzeer tegen de goede verdragstrouw indruist als de situatie voorheen. Dat Nederland de mogelijkheid wil hebben om te heffen over pensioen waarvoor in Nederland fiscale faciliteiten zijn verleend, vind ik volstrekt normaal. De oplossing zal in mijn optiek echter moeten worden gezocht in de verdragen zelf¹⁵⁶.

Uit het 15 april arrest blijkt dat deze kritiek niet ongegrond is¹⁵⁷. De Hoge Raad lijkt de weg van artikel 3.136, lid 3, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 in het 15 april arrest af te snijden. Zoals ik in paragraaf 5.1.1 al heb besproken, acht de Hoge Raad het in strijd met de verdragstrouw indien een conserverende aanslag wordt opgelegd of

¹⁵² A.H.H. Bollen, "Artikel 3.83 Wet IB 2001: Pensioen in grensoverschrijdende situaties", *NDFR: Deel Inkomstenbelasting*, 2011.

¹⁵³ F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord', *NTFRB* 2011-32. Zie voor een kritische bespreking A.H.H. Bollen-Vandenboorn, "Barstjes in reparatiewetgeving rond internationale waardeoverdracht?", *Pensioenmagazine* 2010-3, p. 12-17 en F.P.G. Pötgens & H.M. Kappelle, "Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving", *WFR* 2010, p. 74-87.

¹⁵⁴ Deze mening wordt door meerdere auteurs gedeeld. Zie onder andere F.P.G. Pötgens & H.M. Kappelle, "Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving", *WFR* 2010, p. 74-87, E.C.C.M. Kemmeren, 'Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers', *WFR* 2009, p. 881-888 en P.A. ter Beest, 'Conserverende aanslag 'nieuwe stijl'', *Pensioen Actief* 2009/5, p. 26.

¹⁵⁵ A.H.H. Bollen-Vandenboorn, "Barstjes in reparatiewetgeving rond internationale waardeoverdracht?", *Pensioenmagazine* 2010-3, p. 12-17.

¹⁵⁶ Deze mening wordt door meerdere auteurs gedeeld. Zie onder andere F.P.G. Pötgens & H.M. Kappelle, "Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving", *WFR* 2010, p. 74-87 en E.C.C.M. Kemmeren, 'Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers', *WFR* 2009, p. 881-888.

¹⁵⁷ F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord', *NTFRB* 2011-32. Zie ook P. Kavelaars in zijn noot bij Hoge Raad 15 april 2011, nr. 10/00990, *BNB* 2011/160.

ingevorderd in situaties waar het verdrag de exclusieve heffingsbevoegdheid toewijst aan de woonstaat. En dat is nu juist wat de reparatiewetgeving beoogt waar het gaat om verdragen die vóór 2001 zijn gesloten. Ik ben met Pötgens en Kavelaars van mening dat het daarbij niet relevant is of het bedrag van de verleende faciliteiten, dan wel de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak in de heffing wordt betrokken¹⁵⁸. Waar ik in paragraaf 5.1.1 concludeerde dat het er in feite niet toe doet of sprake is van een verdrag dat is gesloten vóór of na 2001, kan er dus ook een andere conclusie worden getrokken. Namelijk dat het onderscheid tussen de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak en het bedrag van de verleende faciliteiten ook niet relevant is.

In mijn optiek is artikel 3.136, lid 3, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 met deze uitspraak tot een dode letter verworden. Het lijkt erop dat op basis van dit artikel geen conserverende aanslag meer kan worden opgelegd in de situaties waarvoor de regeling is bedoeld en in die situaties waar al een conserverende aanslag is opgelegd, zal deze niet tot invordering kunnen leiden wanneer een besmette handeling wordt verricht. De wetgever zou er goed aan doen om deze bepaling te schrappen en het probleem daar aan te pakken waar het aangepakt dient te worden. Nederland zal zoals ik eerder al aangaf de betreffende verdragen zodanig moeten aanpassen dat zij op zijn minst een geclausuleerde bronstaatheffing bevatten. Het Ministerie van Financiën heeft inmiddels aangegeven in de notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 dat Nederland een bronstaatheffing nastreeft ten aanzien van pensioenen in het kader van het verdragsbeleid¹⁵⁹.

Verdragsrechtelijk lijkt artikel 3.136, lid 3, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 dus niet door de beugel te kunnen. Ondertussen vraag ik mij af of het Europeesrechtelijk gezien door de beugel kan dat een belastingplichtige anders wordt behandeld, afhankelijk van de staat waar hij naartoe emigreert. De waarde van het ten onrechte genoten voordeel dat wordt aangemerkt als negatieve uitgaven voor inkomensvoorziening, zijnde de afgedragen premies, zal veel minder zijn dan de waarde van de pensioenaanspraken op hetzelfde moment. Voor hetzelfde feit wordt dus voor een verschillend bedrag een conserverende aanslag opgelegd, afhankelijk van de staat waar de belastingplichtige naartoe emigreert. Dit zou aangemerkt kunnen worden als een belemmering van de Europese vrijheden, meer specifiek de vrijheid van werknemers. Er is immers sprake van discriminatie, aangezien op vergelijkbare situaties verschillende regels worden

¹⁵⁸ F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord', *NTFRB* 2011-32. Zie ook P. Kavelaars in zijn noot bij Hoge Raad 15 april 2011, nr. 10/00990, *BNB* 2011/160.

¹⁵⁹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 53-55.

toegepast¹⁶⁰. In paragraaf 2.1 kwam naar voren dat een belemmering geen strijd hoeft op te leveren met gemeenschapsrecht, mits voldaan is aan de reeds genoemde vier cumulatieve voorwaarden. Naar mijn mening zou het goed kunnen zijn dat niet aan alle voorwaarden voldaan is.

In navolging van N kan worden gesteld dat het in overeenstemming is met het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component (het verblijf op nationaal grondgebied gedurende de fiscaal gefacilieerde opbouw van het pensioenkapitaal), dat een nationale regeling de inning voorschrijft van belasting ter zake van pensioen dat uit Nederland afkomstig is, waarvan het bedrag is vastgesteld bij het vertrek van de betrokken belastingplichtige naar een andere lidstaat van de Europese Unie, en waarvoor uitstel van betaling is verleend totdat zich ten aanzien van die aanspraken een besmette handeling voordoet¹⁶¹. Daarmee is aan de eerste drie voorwaarden voldaan. De maatregel moet echter ook proportioneel zijn. Uit N blijkt dat een dergelijke maatregel proportioneel is wanneer automatisch uitstel wordt verleend en geen zekerheid behoeft te worden gesteld. Daarnaast zal correctie dienen plaats te vinden indien sprake is van een latere waardedaling en mag geen heffingsrente meer in rekening worden gebracht¹⁶². Op zichzelf staand lijkt de regeling van artikel 3.136, lid 3, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 dus aan alle voorwaarden te voldoen.

Een systeem waarbij de artikelen 3.83 en 3.136, lid 3, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 naast elkaar functioneren lijkt echter te stranden op de eis dat een maatregel geschikt moet zijn om het beoogde doel te bereiken. Dat is in mijn optiek niet het geval. Het systeem zorgt voor een tweedeling binnen de nationale wetgeving. Het is afhankelijk van het land waar iemand naartoe emigreert hoe hoog het bedrag is dat op de conserverende aanslag verschijnt. Zoals ik eerder al aangaf zou de oplossing gezocht moeten worden in de verdragen zelf. Deze aanpak wordt ook door het hof ondersteund¹⁶³. Op die manier kan worden gewaarborgd dat elke belastingplichtige op dezelfde grondslagen wordt belast, ongeacht naar welk land hij emigreert en wel volgens artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

¹⁶⁰ Zie HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), *Jurisprudentie* 1995, p. I-02493, r.o. 17.

¹⁶¹ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409, r.o. 46-47.

¹⁶² HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409, r.o. 48-54.

¹⁶³ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409, r.o. 44-46.

Daarnaast zal het systeem waarschijnlijk ook de proportionaliteitseis niet doorstaan. Iemand die emigreert naar een land waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten vóór 2001 dat voorziet in een exclusieve woonstaatheffing krijgt te maken met een conserverende aanslag voor een beduidend lager bedrag dan iemand die emigreert naar een land waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten na 2001 of dat voorziet in een bronstaatheffing, terwijl overigens sprake is van gelijke omstandigheden.

De tijd zal het leren, maar één ding is in ieder geval wel duidelijk. Wat op Europees niveau door de beugel kan, kan niet per definitie altijd verdragsrechtelijk door de beugel. Nederland zal niet alleen rekening moeten houden met Europese regelgeving, maar zal ook worden teruggefloten als zij zich niet houdt aan afspraken die voortvloeien uit het verdragenrecht.

5.2 Emigratie gevolgd door internationale waardeoverdracht

Het zal vaak zo zijn dat een emigratie samengaat met een waardeoverdracht van het in Nederland opgebouwde pensioenkapitaal. Wanneer een werknemer emigreert wordt een conserverende aanslag opgelegd op grond van artikel 3.83, eerste lid, of artikel 3.136, derde lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 zoals hierboven beschreven. De werknemer is nu buitenlands belastingplichtige voor de inkomstenbelasting. Besluit deze persoon vervolgens om tot een waardeoverdracht van zijn in Nederland opgebouwde pensioenkapitaal over te gaan, dan wordt hij conform de wetgeving wederom geconfronteerd met een conserverende aanslag met betrekking tot deze waardeoverdracht¹⁶⁴. Om cumulatie te voorkomen bepaald artikel 7.2, achtste lid, onderdeel b, en zestiende lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 dat de eerder opgelegde aanslag verminderd wordt.

5.3 Internationale waardeoverdracht gevolgd door emigratie

In de omgekeerde situatie, de werknemer besluit tot waardeoverdracht van zijn in Nederland opgebouwde pensioenkapitaal en besluit vervolgens te emigreren, is in het kader van de waardeoverdracht een conserverende aanslag opgelegd zoals beschreven in paragraaf 4.2. Ook in deze situatie zou de belastingplichtige wederom tegen een conserverende aanslag aanlopen in verband met deze emigratie. Ook nu wordt cumulatie voorkomen door in het tweede lid van artikel 3.83 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 te bepalen dat toepassing van het eerste lid voorrang heeft en dat het tweede lid

¹⁶⁴ Zie artikel 7.2, achtste lid, onderdeel a jo. artikel 2.8, tweede lid, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

geen toepassing behoeft te vinden. Met de waardeoverdracht wordt in dit geval dus eigenlijk geen rekening gehouden.

6. Samenvatting en conclusie

Het bestaan van grenzen op de arbeidsmarkt is vandaag de dag niet denkbaar. Arbeidsmobiliteit wordt steeds meer gestimuleerd vanuit de Europese Unie. Een belangrijke drijfveer hierachter is de zogenoemde interne markt. Het is van groot belang dat je als werknemer niet wordt gehinderd in je beslissing om een dienstbetrekking in het buitenland te aanvaarden. Als werknemer loop je bij het nemen van een dergelijke beslissing tegen veel zaken aan. Een van die zaken is pensioen en de eventuele internationale waardeoverdracht van het pensioenkapitaal.

Ook op pensioengebied is op Europees niveau heel wat te doen. Met name de laatste jaren is er op pensioengebied veel Europees beleid ontwikkeld dat in het teken staat van het stimuleren van arbeidsmobilisatie en economische groei. Voorbeelden hiervan zijn de Pensioenmededeling, de vernieuwde Inlichtingenrichtlijn en de IORP-richtlijn. Ook uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie blijkt dat pensioen niet meer zonder meer een nationale aangelegenheid is. Belangrijke arresten die op dit gebied voorbij zijn gekomen, zijn bijvoorbeeld Bachmann, Wielockx en de infractieprocedures die naar aanleiding van de Pensioenmededeling zijn gestart.

In deze thesis heb ik onderzoek gedaan naar de pensioenontwikkelingen op Europees niveau. Vervolgens ben ik nader ingegaan op de Nederlandse regelgeving met betrekking tot uitgaande internationale waardeoverdracht. Een onderscheid kan hierbij worden gemaakt tussen de civiele wetgeving en de fiscale wetgeving. De vraag die ik mij heb gesteld is of de Nederlandse wetgeving op dit gebied EU-proof is.

Wat betreft de civiele wetgeving is mijn conclusie dat deze grotendeels EU-proof is. Ik zie een mogelijke strijdigheid met het EU-recht wat betreft de geringe afkoopmogelijkheden die een internationale waardeoverdracht nagenoeg onmogelijk lijken te maken. Deze maatregel lijkt mij niet proportioneel. Niet elke afkoop is misbruik. Een dergelijke maatregel lijkt mij dan ook veel te algemeen. Daarbij komt dat staten vandaag de dag veel mogelijkheden hebben om de belastingplichtige te kunnen blijven 'volgen', met name de dit jaar sterk verbeterde Inlichtingenrichtlijn. Ook bestaat een ruime hoeveelheid aan belastingverdragen die heffingsrechten onderling regelen. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn om een meer specifieke anti-misbruikmaatregel in de wet op te nemen zoals besproken in paragraaf 3.2.

Wat betreft de fiscale wetgeving is mijn conclusie dat enkele voorwaarden genoemd in bijlage III van het besluit van 31 januari 2008 mogelijk in strijd zijn met EU-recht. Het gaat om voorwaarde b (substantiële dienstbetrekking) en voorwaarde g (in geval van emigratie). Hier kan gewezen worden op de minder vergaande mogelijkheden die staten hebben om toezicht te kunnen blijven houden op het pensioenkapitaal. Denk ook hier aan de Inlichtingenrichtlijn. Tevens staat het de belastingautoriteiten vrij om van de betrokkene zelf bewijzen te verlangen die zij noodzakelijk achten en kan ook de werkgever een nuttige bron van informatie zijn. Wat betreft de voorwaarde van onderdeel g, geldt daarnaast overigens hetzelfde als ik hierboven al aankaartte met betrekking tot de geringe afkoopmogelijkheden. Een meer specifieke anti-misbruikmaatregel binnen de nationale wetgeving zou mijns inziens de toets wel kunnen doorstaan.

Een ander mogelijk strijdpunt binnen de fiscale wetgeving is art. 3.136, lid 3, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 dat is ingevoerd naar aanleiding van de 19 juni-arresten. Enerzijds is het maar de vraag of deze regeling de toets van de goede verdragstrouw kan doorstaan, anderzijds vraag ik mij af of het Europeesrechtelijk gezien door de beugel kan dat belastingplichtigen anders worden behandeld al naar gelang ze emigreren naar een land dat een bronstaatheffing dan wel een woonstaatheffing kent. Ik ben van mening dat de regeling in ieder geval in strijd is met de goede verdragstrouw omdat Nederland op slinkse wijze het heffingsrecht wederom eenzijdig naar zich toe trekt door toepassing van een fictief genietingsstip en door de correctie aan te merken als een negatieve uitgave voor inkomensvoorziening. Ook de Hoge Raad lijkt door middel van het 15 april arrest de weg van artikel 3.136, lid 3, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 af te snijden wegens strijd met de verdragstrouw.

Mijns inziens zou het ook zeer wel kunnen zijn dat deze regeling niet EU-proof is. Een systeem waarin de artikelen 3.83 en 3.136, lid 3, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 naast elkaar functioneren lijkt te stranden op de eis dat een maatregel geschikt moet zijn om het beoogde doel te bereiken en de proportionaliteitseis. Het systeem zorgt namelijk voor een tweedeling, afhankelijk van waar iemand naartoe emigreert. Die tweedeling brengt ook met zich dat iemand die emigreert naar een land waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten vóór 2001 dat voorziet in een exclusieve woonstaatheffing te maken krijgt met een conserverende aanslag voor een beduidend lager bedrag dan iemand die emigreert naar een land waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten na 2001 of dat voorziet in een bronstaatheffing, terwijl overigens sprake is van gelijke omstandigheden.

Voor beide toetsen geldt dat ik van mening ben dat de juiste oplossing gezocht zou moeten worden in de betreffende belastingverdragen. De wetgever zou er dan ook goed aan doen deze reparatiewetgeving te schrappen en haar verdragen zodanig aan te passen dat deze voorzien in op zijn minst een geclausuleerde bronstaatheffing.

Kortom: ik zie binnen de Nederlandse wetgeving, zowel civiel als fiscaal, enige punten die mogelijk in strijd zijn met Europees recht, hoewel de wetgeving grotendeels in overeenstemming is met Europees recht. Tevens zie ik mogelijkheden om deze punten in overeenstemming te brengen met Europees recht. Zo kan er met betrekking tot de geringe afkoopmogelijkheden worden gekozen voor meer specifieke anti-misbruikwetgeving in plaats van een algemeen afkoopverbod. Zo zou bijvoorbeeld een bepaling kunnen worden ingevoerd op basis waarvan een afkoop alsnog in de belastingheffing wordt betrokken als mensen naar Nederland remigreren nadat ongeoorloofde afkoop heeft plaatsgevonden in een land met een lage belastingheffing. Dit geldt eveneens met betrekking tot de eis die wordt gesteld in voorwaarde g in bijlage III van het besluit van 31 januari 2008 wanneer sprake is van EU-situaties. In gevallen waar belastingplichtigen bijvoorbeeld hun pensioen ineens laten uitkeren in een TEE-staat of bovenmatig pensioen hebben kunnen opbouwen en vervolgens remigreren naar Nederland zou een bepaling kunnen worden ingevoerd op basis waarvan de betreffende gelden alsnog in de belastingheffing wordt betrokken. De strijdigheden die zich voordoen met betrekking tot artikel 3.83 en 3.136, lid 3, 4, en 5, van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 zullen moeten worden opgelost door belastingverdragen zodanig aan te passen dat zij op zijn minst voorzien in een geclausuleerde bronstaatheffing.

Literatuurlijst

Artikelen

A.H.H. Bollen-Vandenboorn, "Barstjes in reparatiewetgeving rond internationale waardeoverdracht?", *Pensioenmagazine* 2010-3, p. 12-17.

M.E.C. Boumans, "Internationale waardeoverdracht: samenwerking?", *P&P* 2008-6, p. 6-13.

B.T. Broers & J.H. Hartman, "Besluit Internationale aspecten van pensioenen en waardeoverdracht", *P&P* 2008-10, p. 22-23.

H.M. van Engelshoven, "Internationale waardeoverdracht: doen wat mogelijk is, in plaats van doen alsof iets kan", *Pensioenmagazine* 2010-3, p. 6-11.

H.M. van Engelshoven, "Bepalingen over internationale waardeoverdracht overzichtelijker geworden", *Pensioenmagazine* 2008-1, p. 12-20.

E.C.C.M. Kemmeren, 'Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers', *WFR* 2009, p. 881-888.

F.P.G. Pötgens & H.M. Kappelle, "Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving", *WFR* 2010, p. 74-87.

L.J. Roos, "Nieuw besluit over grensoverschrijdende pensioenen (2)", *Pensioenmagazine* 2008-4, p. 6-11.

P.H. Schonewille, "De eliminatie van fiscale obstakels voor pan-Europese pensioenfondsen: een stand van zaken", *Pensioenmagazine* 2006-1, p. 22-26.

Digitale artikelen

P.A. ter Beest, 'Conserverende aanslag 'nieuwe stijl'', *Pensioen Actief* 2009/5, p. 26 .

R.A. van den Braak & A. ten Thije, "Internationale waardeoverdracht", *Pensioen Actief* 2007-4. <www.ndfr.nl>

P. Kavelaars in zijn noot bij Hoge Raad 15 april 2011, nr. 10/00990, *BNB* 2011/160.
<www.kluwer.nl>

P. Kavelaars, "Pensioenen in Europeesrechtelijk verband (1)", *TPV* 2009-16.
<www.kluwer.nl>

P. Kavelaars, "Grensoverschrijdend pensioen", *NTRFB* 2008-21. <www.ndfr.nl>

F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord', *NTRFB* 2011-32.
<www.ndfr.nl>

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Terechte conserverende aanslag ter zake van pensioen opgelegd bij emigratie naar België', *V-N* 2011/20.7. <www.kluwer.nl>

R. ten Wolde, "Herzien richtlijnvoorstel 'Portability' van de Europese Commissie: een logische volgorde van maatregelen...", *TPV* 2008-1. <www.kluwer.nl>

Jurisprudentie

Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37.657, *BNB* 2003/380

Hoge Raad 13 mei 2005, nr. 39.610, *BNB* 2005/233.

Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 43.978, *NTRFR* 2009-1438.

Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 07/13267, *NTRFR* 2009-1439.

Hoge Raad 19 juni 2009, nr. 08/02288, *NTRFR* 2009-1440.

Hoge Raad 15 april 2011, nr. 10/00990, *LJN*: BN8728. <www.rechtspraak.nl>

Conclusie A-G Van Ballegooijen 2 september 2010, nr. 10/00990, *NTRFR* 2010/2313.

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

HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielockx), *Jurisprudentie* 1995, p. I-02493.

HvJ EG 28 april 1998, zaak C-118/96 (Safir), *Jurisprudentie* 1998, p. I-01897.

HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-264-96 (ICI), *Jurisprudentie* 1998, p. I-4695

HvJ EG 26 oktober 1999, zaak C-294-97 (Eurowings), *Jurisprudentie* 1999, p. I-7447

HvJ EG 3 oktober 2002, zaak C-136/00 (Danner), *Jurisprudentie* 2002, p. I-08147.

HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-422/01 (Skandia/Ramstedt), *Jurisprudentie* 2003, p. I-06817.

HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Laysterie du Saillant), *Jurisprudentie* 2004, p. I-02409.

HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N), *Jurisprudentie* 2006, p. I-07409.

HvJ EG 30 januari 2007, zaak C-150/04 (Commissie vs. Denemarken), *NTFR* 2007-261.

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

Overige bronnen

Europese richtlijnen, verordeningen endergelijke

Mededeling van 19 april 2001, COM(2001)214def. (Pensioenmededeling), *PB EG* 2001, nr. C.165, p. 1ev.

Groenboek naar adequate, houdbare en zekere Europese pensioenstelsels van 7 juli 2010, COM(2010)365def.

Advies van het Economisch en Sociaal Comité over “De Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité”, *PB EG* 2002, nr. C. 36, p.53ev.

Verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie, *PB EG* 2011, nr. 141, p. 1ev.

Richtlijn 98/49/EG van 29 juni 1998, *PB EG* 1998, nr. L 209, p. 46ev.

Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de meeneembaarheid van aanvullende pensioenrechten, COM(2005)507def.

Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het “Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verbetering van de meeneembaarheid van aanvullende pensioenrechten”, *PB EG* 2006, nr. C 185, p. 37ev.

Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumvereisten voor de vergroting van de mobiliteit van werknemers door verbetering van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten, COM(2007)603def.

Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG, *PB EG* 2011, nr. L 64, p. 1ev.

Richtlijn 2003/41/EG van 3 juni 2003 (IORP-Richtlijn) *PB EG* 2003, nr. L 235, p. 10ev.

Kamerstukken endergelijke

Wet van 8 juli 2009, *Stb.* 2009, 304, tot wijziging van enkele belastingwetten.

Regeling van 19 december 2006, nr. AV/PB/10256A, *Stb.* 2006, 253, tot vaststelling van regels op grond van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling en tot aanpassing van enige Ministeriele regelingen in verband met de invoering van de Pensioenwet

Regels betreffende pensioenen (Pensioenwet), Kamerstukken II 2005/06, 30.413, nr. 3.

Regels betreffende pensioenen (Pensioenwet), Kamerstukken II 2005/06, 30.413, nr. 17.

Wijziging van enkele wetten van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (*Verzamelwet SZW 2011*), Kamerstukken II 2010/2011, 32 520, nr. 3.

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.

Beleidsbesluiten

Besluit van 31 januari 2008, nr. CPP2007/98M, *NtFR* 2008-320 & *NtFRB* 2008-21.

Commentaar bij wetsartikelen

A.H.H. Bollen, "Artikel 3.83 Wet IB 2001: Pensioen in grensoverschrijdende situaties", *NDFR: Deel Inkomstenbelasting*, 2011. <www.ndfr.nl>

M. Dommerholt, "Uitleg bij: Pensioenwet, Artikel 30", *T&C Pensioenrecht*, 2010. <www.kluwer.nl>

D.J. Kwanten, "Uitleg bij: Pensioenwet, artikel 71", *T&C Pensioenrecht*, 2010. <www.kluwer.nl>

Verdiepingsmateriaal

Boeken

A.H.H. Bollen-Vandenboorn (red.), *Pensioen en belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

S.P.N. Brouwer e.a., *Fiscale aspecten van pensioen*, Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2008.

L.J. Roos, *Pensioen en werknemersmobiliteit in de EU. Fiscale en juridische knelpunten* (Brochures Toekomstvoorzieningen Deel 5), Tilburg: Universiteit van Tilburg/CompetenceCentre for Pension Research 2006.

L.G.M. Stevens & B.G.J. Schuurman, *Pensioen in de loonsfeer*, Deventer: Kluwer 2008.

Overige bronnen

Commentaar bij wetsartikelen

A.H.H. Bollen, "Artikel 3.83 Wet IB 2001: Pensioen in grensoverschrijdende situaties", *NDFR: Deel Inkomstenbelasting*, 2011. <www.ndfr.nl>

W. van Heest, "Uitleg bij: Pensioenwet, Artikel 1", *T&C Pensioenrecht*, 2010. <www.kluwer.nl>

D.J. Kwanten, "Uitleg bij: Pensioenwet, Artikel 85", *T&C Pensioenrecht*, 2010. <www.kluwer.nl>