



NETTOLIJFRENTE, NETTOPENSIOEN EN EMIGRATIE

De belastingheffing van nettolijfrente en
nettopensioen in grensoverschrijdende situaties

Tilburg University
Tilburg School of Economics and Management
Masterscriptie

B. Heijnen
ANR: s538667
Datum: 04-02-2015

Voorwoord

“Pension reform can be hard to talk about. In the long run, reform now means fewer demands for layoffs and less draconian measures in the future.”

-

Jerry Brown, Governor of California

Ter afsluiting van mijn master fiscale economie aan Tilburg University heb ik deze scriptie over de grensoverschrijdende aspecten van de nettolijfrente en het nettopensioen geschreven. Het doel van deze scriptie is het verschaffen van inzicht in de complexe wetgeving van de nettolijfrente en het nettopensioen waarbij grensoverschrijding centraal staat. De keuze voor het onderwerp is gemaakt door mijn interesse in pensioenen en alles wat daarbij komt kijken, in het bijzonder de studietrip naar Luxemburg in het kader van de International Study Course on Pensions en het mastervak over pensioenen. Daarbij is het onderwerp zeer actueel en is het interessant om de ontwikkelingen in de politiek op de voet te volgen. Tijdens het schrijven werd duidelijk hoe complex en vaak onduidelijk de wetgeving van de nettolijfrente en het nettopensioen is gemaakt. Dit is voor de politiek ook duidelijk geworden gezien de verwarring en het grote aantal kamervragen en discussies over dit onderwerp. Zelfs na de bekendmaking van het Belastingplan 2015 is nog gepleit voor afschaffing van de regelingen.

Mijn dank gaat uit naar de personen die mij van steun en raad hebben voorzien tijdens het schrijven. In het bijzonder wil ik Peter Schonewille bedanken voor de avonden (en weekenden) die hij als scriptiebegeleider heeft besteed om mijn scriptie aan een kritische blik te onderwerpen.

Bernd Heijnen

Tilburg, februari 2015

Inhoudsopgave

Voorwoord	1
Lijst van gebruikte afkortingen	4
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	6
1.1 Aanleiding	6
1.2 Werkwijze	7
1.3 Reikwijdte	8
Hoofdstuk 2 Het nationale recht	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Totstandkoming	9
2.3 Fiscale behandeling.....	11
2.3.1 Nettolijfrente	11
2.3.2 Nettopensioen	12
2.4 Emigratie	14
Hoofdstuk 3 Verdragenrecht	17
3.1 Inleiding.....	17
3.2 Pensioenbelastingssystemen.....	17
3.3 OESO-modelverdrag	20
3.3.1 Artikel 18 en 19 OESO-modelverdrag	20
3.3.2 Artikel 21 OESO-modelverdrag	23
3.3.3 Kwalificatieconflicten	24
3.4 Nederlands verdragsbeleid	25
3.4.1 Artikel 18 NSV	26
3.4.2 Lijfrentedefinitie.....	27
3.5 Verdragen	27
3.5.1 Verdrag België (EET) – pensioen en lijfrente	29
3.5.2 Verdrag België (EET) – nettopensioen en nettolijfrente.....	30
3.5.3 Verdrag Duitsland (TEE en EET) – pensioen en lijfrente	32
3.5.4 Verdrag Duitsland (TEE en EET) – nettopensioen en nettolijfrente	34
3.5.5 Verdrag Zweden (ETT) – pensioen en lijfrente	36
3.5.6 Verdrag Zweden (ETT) – nettopensioen en nettolijfrente.....	36

3.5.7	Verdrag Luxemburg (TEE) – pensioen en lijfrente	37
3.5.8	Verdrag Luxemburg (TEE) – nettopensioen en nettolijfrente	38
3.5.9	Schematisch overzicht belastingverdragen	39
3.5.10	Verdragstrouw	39
3.5.11	Van TEE naar EET.....	40
3.6	Conclusie	42
Hoofdstuk 4	Europees recht	43
4.1	Inleiding.....	43
4.2	De constitutionele basis.....	43
4.3	Het toetsingskader.....	44
4.3.1	Toegang tot het Europees recht	44
4.3.2	Belemmering & rechtvaardigheidsgronden.....	45
4.3.3	Geen belemmering	47
4.3.4	Doel en Proportionaliteit	48
Hoofdstuk 5	Conclusie & Aanbevelingen	51
5.1	Samenvatting en conclusie	51
5.2	Aanbevelingen & alternatieven	53
Literatuur		57
Jurisprudentie		58
Kamerstukken		59
Verdragen		60
Diversen		60

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
AOW	Algemene Ouderdomswet
BNB	Beslissingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
CBS	Centraal Bureau voor Statistiek
COM	Communication
DBV	Dubbel belastingverdrag
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal Tijdschrift FED
FOR	Fiscale Oudedagsreserve
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Jo.	Juncto
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
NFV	Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NSV	Nederlands Standaardverdrag
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
PW	Pensioenwet
TPV	Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken

V-N	Vakstudienieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VWEU	Verdrag werking Europese Unie
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WvV	Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

De vergrijzing is ingetreden en de levensverwachting stijgt. Hierdoor is de druk op ons pensioenstelsel toegenomen. Kan nog wel worden voldaan aan de hoge verwachtingen die Nederlanders hebben van hun pensioen? Die vraag heeft ook de politiek gesteld. De ontwikkelingen op pensioengebied hebben de laatste jaren namelijk niet stil gestaan. In de tweede pijler is onder andere de Pensioenwet ingevoerd en hebben aanpassingen in het Witteveenkader plaats gevonden.¹ Begin 2015 hebben de nettolijfrente en het nettopensioen hun opwachting gemaakt. Dit is een gevolg van de versoering die de politiek in onze oudedagsvoorzieningen doorvoert. Het kabinet stelt dat belastingplichtigen met een pensioengevend loon vanaf € 100.000 niet meer fiscaal gefacilieerd hun pensioen kunnen opbouwen. Met de nettolijfrente kunnen belastingplichtigen met een pensioengevend loon boven de € 100.000 vrijwillig sparen voor hun oude dag in de derde pijler. Via het netto loon wordt vrijwillig gespaard met een vrijstelling in box 3 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001). Dit betekent dat de premies worden betaald van het nettoloon en de opbrengsten en uitkeringen zijn vrijgesteld. Met nettopensioen kan een werknemer in overleg met de werkgever pensioen opbouwen in de tweede pijler voor het pensioengevend loon dat € 100.000 overschrijdt.²

In een brief van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) aan de staatssecretaris van Financiën wordt een probleem geschetst dat kan optreden bij emigratie wanneer men gebruik maakt van een nettolijfrente.³ Aangezien de heffing van pensioenen en lijfrenten in een aantal gevallen aan de woonstaat wordt toegewezen in verdragssituaties, kunnen belastingplichtigen die emigreren problemen ondervinden als zij gebruik maken van de nettolijfrente of het nettopensioen. De premies van de nettolijfrente en nettopensioen zijn namelijk in Nederland al belast. In de meeste lidstaten worden de uitkeringen van pensioenen en lijfrenten belast.⁴ Dit kan ook het geval zijn in de nieuwe woonstaat van de belastingplichtige, met dubbele heffing tot gevolg. Dubbele belasting is onwenselijk. Daarbij kan het

¹ De opbouwpercentages zijn begin 2015 verlaagd naar 1,657% en 1,875 voor eindloon en middelloon.

² *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 863, nr. 30.

³ Brief van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen d.d. 3 februari 2014, betreffende Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs bij het wetsvoorstel Wijziging van de wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014.

⁴ P.H. Schonewille, *'Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen'*, Fiscale Geschriften 2014, nr. 27.

conflicten opleveren in verdragssituaties bij afkoop ná emigratie en kan het zorgen voor belemmeringen van de verkeersvrijheden van de Europese Unie. De probleemstelling van deze scriptie luidt:

Is heffing door Nederland bij afkoop van de nettolijfrente en het nettopensioen ná emigratie vanuit het nationale, internationale en Europese belastingrecht mogelijk en in hoeverre kunnen eventuele schendingen worden vermeden of voorkomen?

Uit deze probleemstelling rijzen twee deelvragen:

Op welke wijze wordt de nettolijfrente en het nettopensioen behandeld in grensoverschrijdende situaties volgens de nationale regeling en het OESO-modelverdrag?

In hoeverre kan, met behulp van alternatieven, dubbele heffing bij emigratie worden vermeden en kunnen eventuele schendingen van bilaterale belastingverdragen en de verkeersvrijheden van het Verdrag op de Werking van de Europese Unie (VWEU) worden voorkomen?

1.2 Werkwijze

Om een antwoord te vinden op deze vragen worden in het tweede hoofdstuk het positieve recht van de nettolijfrente en het nettopensioen beschreven. De nationale regelgeving zal hierin worden behandeld. Hierna wordt in het derde hoofdstuk het verdragenrecht onder de loep genomen. Er wordt stil gestaan bij de verschillende situaties waarin iemand die emigreert met een nettolijfrente of nettopensioen terecht kan komen. Ook wordt de heffing volgens het OESO-modelverdrag en het Nederlandse Standaardverdrag geanalyseerd. Tot slot worden verdragen behandeld die Nederland met vier verschillende lidstaten heeft gesloten. Daarop volgt in hoofdstuk vier het Europees recht. Er vindt onderzoek plaats naar mogelijke strijdigheden van de Nederlandse regels betreffende de nettolijfrente en het nettopensioen met het EU-recht. Daarbij wordt, aan de hand van het toetsingskader en relevante jurisprudentie, getoetst of de regels van de nettolijfrente en het nettopensioen strijdigheden met het EU-recht opleveren. Het onderzoek eindigt in hoofdstuk vijf met conclusies en aanbevelingen.

1.3 Reikwijdte

Deze scriptie richt zich voornamelijk op de emigratie van belastingplichtigen die gebruik maken van een nettolijfrente of nettopensioen. De totstandkoming en de voorwaarden van de nettolijfrente en nettopensioen komen summier aan bod.

Hoofdstuk 2 Het nationale recht

2.1 Inleiding

Om een goed beeld te krijgen van de problematiek rondom de nettolijfrente en nettopensioenen moet duidelijk worden hoe ze worden gedefinieerd binnen de plannen van de wetgever. De nationale behandeling vormt een belangrijk punt in de behandeling van de faciliteiten in de verschillende belastingverdragen omdat vanuit de nationale wet wordt bepaald onder welk artikel het bestanddeel valt van het desbetreffende verdrag. Pensioenen zijn producten van de tweede pijler. Dat wil zeggen dat pensioenen regelingen zijn tussen werknemer en werkgever. Als, naast het AOW in de eerste pijler en het pensioen in de tweede pijler, nog behoefte bestaat om de oudedagsvoorzieningen aan te vullen dan kan dit met een lijfrente in de derde pijler.

2.2 Totstandkoming

Het idee van een fiscale begrenzing van pensioenopbouw is niet nieuw. De Commissie Witteveen (1995), de Studiecommissie Belastingstelsel (2010), de Commissie Goudswaard (2010) en de Commissie van Dijkhuizen (2012) stelden al voor om de fiscale behandeling van pensioen verder te begrenzen. De reden is dat boven een bepaald inkomen het niet langer nodig is om pensioenopbouw fiscaal te faciliteren. Mensen met een pensioengevend loon vanaf € 100.000 worden volgens het kabinet geacht zelf in staat te zijn om te voorzien in een aanvullend pensioen.⁵ De begrenzing heeft plaatsgevonden met ingang van 1 januari 2015 door middel van artikel 18ga, van de Wet op de Loonbelasting 1964. In dit artikel wordt als pensioengevend loon per dienstbetrekking ten hoogste een bedrag van € 100.000 in aanmerking genomen. Dit bedrag is tot stand gekomen door ongeveer drie keer het modale inkomen te nemen.⁶

Het Sociaal Akkoord dat is gesloten door het kabinet met de sociale partners biedt ondanks de aftopping van het pensioengevend loon toch mogelijkheden tot een gelijkwaardige pensioenopbouw bij ieder inkomensniveau door middel van een nader te bepalen exedentregeling.⁷ In 2013 zijn er wetsvoorstellen

⁵ Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 3, p.3-4.

⁶ Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 8, p. 17.

⁷ Kamerstukken I 2013-2014, 33 610, F, p. 8.

gestuurd naar de Tweede Kamer inzake deze exedentregeling.⁸ Door deze regeling kan de groep mensen met een pensioengevend loon boven de aftoppingsgrens toch fiscaal vriendelijk sparen voor een oudedagsvoorziening. Dit draagt volgens de staatssecretaris bij aan een goed vestigingsklimaat en het vasthouden van professionals. Het wordt daarom mogelijk om voor een pensioengevend loon vanaf € 100.000 via een nettolijfrente te sparen voor een oudedagsvoorziening waarbij de premies worden betaald uit het nettoloon. Het betreft een vrijwillige regeling die open staat voor iedereen.⁹ De eerste versie van de nettolijfrente was een tweede pijlerproduct. In de literatuur is echter gewezen op de verschillen tussen een pensioen in de zin van de Pensioenwet en een lijfrente in de zin van de Wet IB 2001.¹⁰ De novelle *Wijziging van de Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014* is op 27 mei 2014 aangenomen door de Eerste Kamer en gepubliceerd in het Staatsblad.¹¹

Naast de spaarvariant in de derde pijler wordt het idee om eenzelfde soort nettoregeling ook in de tweede pijler mogelijk te maken door de Tweede Kamer breed gedragen. De gedachte dat het een overheidstaak is om bescherming en stimulering te bieden voor de oudedagsvoorziening geldt volgens het kabinet in mindere mate voor pensioengevend loon vanaf € 100.000. Werknemers zijn om die reden niet verplicht om boven dit bedrag deel te nemen aan een pensioenregeling. Tot slot biedt de nettoregeling in de tweede pijler ook uitkomst.¹² Het nettopensioen hoeft niet verplicht te worden aangeboden door werkgevers. Dit zal in overleg tussen werknemer en werkgever gebeuren. Om het onderscheid te behouden tussen de nettolijfrente en het nettopensioen wordt voor het nettopensioen, naast de box-3 vrijstelling van de nettolijfrente, een aparte box-3 vrijstelling opgenomen.¹³ Op 29 december 2014 is de *Wet van 17 december 2014 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2015)* gepubliceerd in het Staatsblad.¹⁴

⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën en van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 18 december 2013, Kamerstukken I 2013-2014, 33 610, I.

⁹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën en van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 18 december 2013, Kamerstukken II 2013-2014, 32 043, nr. 188.

¹⁰ H.M. Kapelle, *Nettolijfrente in de tweede pijler; contradictio in terminus!*, WFR 2014/650.

¹¹ Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van de Wet verlaging maximum opbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014, *Staatsblad 2014*, nr. 197.

¹² Kamerstukken II 2013-2014, 33 847, nr. 7, p. 12-13.

¹³ Kamerstukken II 2014-2015, 34 002, nr. 3, p. 28.

¹⁴ *Staatsblad 2014*, nr. 578.

2.3 Fiscale behandeling

In deze paragraaf volgt eerst de fiscale behandeling van de nettolijfrente en daarna die van het nettopensioen.

2.3.1 Nettolijfrente

Het hoofdartikel is artikel 1.7 van de Wet IB 2001. Hierin is de lijfrente gedefinieerd. Een lijfrente moet een periodieke uitkering zijn, de uitkeringen moeten vast en gelijkmatig zijn en de uitkeringen eindigen uiterlijk bij overlijden. Daarnaast is er een verbod van afkoop opgenomen ter preventie van oneigenlijke handelingen.

De aftrekbaarheid van lijfrenten in het algemeen is analoog aan de omkeerregel in de loonbelasting.¹⁵ Deze zijn voor de lijfrenten ondergebracht in artikel 3.124 van de Wet IB 2001. Hierin staat dat uitgaven van premies voor lijfrenten worden gezien als uitgaven voor inkomensvoorzieningen waardoor de betaalde premies aftrekbaar zijn. De nettolijfrente valt niet onder dit artikel waarmee de betaalde premies voor deze faciliteit dus gewoon in de heffing worden betrokken. Eenzelfde situatie doet zich voor in artikel 3.100 van de Wet IB 2001. In dit artikel wordt opgesomd welke periodieke uitkeringen en verstrekkingen belastbaar zijn. Hieronder vallen ook termijnen van lijfrenten. De uitkeringen van de nettolijfrente zijn een uitzondering. Deze behoren niet tot belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen op grond van artikel 3.100, derde lid, van de Wet IB 2001.

Naast de regelingen in box 1 van de Wet IB 2001 is er een bepaling opgenomen die een vrijstelling geeft voor de nettolijfrente in box 3 van de Wet IB 2001. Deze bepaling staat in de nieuwe afdeling 5.3A van de Wet IB 2001¹⁶ waarin voorwaarden worden gesteld aan de nettolijfrente. In artikel 5.16, eerste lid, van de Wet IB 2001¹⁷ wordt de nettolijfrente uitgezonderd van bezittingen in box 3. Dit betekent dat de nettolijfrente niet wordt gerekend tot de vermogensrendementsgrondslag van box 3 van de Wet IB 2001. Derhalve is over nettolijfrente geen dertig percent belasting verschuldigd van het forfaitaire rendement van vier percent.¹⁸ De definitie van nettolijfrente volgt uit artikel 5.16, tweede lid van de Wet IB 2001 waarin met een nettolijfrente wordt bedoeld een lijfrente als in artikel 3.125 van de Wet IB 2001.

¹⁵ Artikel 11, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964 jo. artikel 10, lid 1 Wet LB 1964.

¹⁸ Artikel 5.2 jo. 2.13 Wet IB 2001.

Dit artikel verwijst door naar het hoofdartikel van 1.7 van de Wet IB 2001. In artikel 5.16, derde lid, van de Wet IB 2001 staat dat alleen sprake is van een nettolijfrente, indien de ter zake daarvan verschuldigde premie op de belastingplichtige heeft gedrukt. Daarnaast mag de verschuldigde premie niet geheel of gedeeltelijk in aanmerking zijn genomen als uitgave voor inkomensvoorzieningen.

Verder staan in artikel 5.16a van de Wet IB 2001¹⁹ de toegelaten aanbieders van nettolijfrente beschreven. Dit zijn verzekeraars, banken en beleggingsinstellingen als bedoeld in artikel 3.126 en 3.126a van de Wet IB 2001. Artikel 5.16b van de Wet IB 2001²⁰ verwijst naar de aftoppingsgrens van € 100.000 (beschreven in paragraaf 2.2). Het niet meer voldoen aan de voorwaarden heeft als gevolg dat de vrijstelling in box 3 van de Wet IB 2001 niet meer geldt. Artikel 5.16c van de Wet IB 2001²¹ somt onregelmatige handelingen op die er voor zorgen dat niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden. Van een vrijstelling wordt afgezien zodra de aanspraak op een nettolijfrente niet langer als zodanig is aan te merken. Dit geldt ook als een aanspraak op een nettolijfrente geheel of gedeeltelijk wordt afgekocht of vervreemd. Met een aanspraak wordt in dit geval bedoeld het recht op een reeks vaste en gelijkmatige periodieke uitkeringen. Het onderbrengen van de verplichtingen bij een andere aanbieder dan bedoeld in artikel 5.16a van de Wet IB 2001 wordt ook gezien als onregelmatige handeling. Als aanbieders zijn tevens toegestaan: in het buitenland gevestigde pensioenfondsen en buitenlandse lichamen die het levensverzekeringsbedrijf uitoefenen.²² Deze buitenlandse instellingen zijn verplicht zekerheid te stellen naar de Belastingdienst ten aanzien van de invordering van belasting die verschuldigd zijn.²³ Tot slot wordt de situatie ook als onregelmatige handeling gezien waarin een belastingplichtige die een bijdrage heeft ontvangen van de inhoudingsplichtige ten behoeve van de nettolijfrente terwijl de inhoudingsplichtige deze bijdrage niet in dezelfde mate heeft verstrekt aan zijn overige werknemers.

2.3.2 Nettopensioenen

Bij nettopensioenen gaat het om pensioen in de zin van de Pensioenwet. Het is een afspraak tussen de werknemer en werkgever waarop de Pensioenwet van toepassing is. Voor het nettopensioen gelden de voorwaarden die voortvloeien uit de Pensioenwet én de voorwaarden die voortvloeien uit de Wet IB

²² Zie artikel 5.16a, lid 1 onderdeel a jo. artikel 3.126, lid 1, onderdeel c Wet IB 2001.

²³ Artikel 14, lid 3 Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001.

2001.²⁴ De belangrijkste verschillen tussen nettolijfrente en nettopensioen zijn in het schema hieronder weergegeven.²⁵

Pensioenwet (geldend voor nettopensioen)	Wet IB 2001 (geldend voor nettopensioen en nettolijfrente)
Inkomensvoorzieningen: ouderdomspensioen, partnerpensioen, wezenpensioen of arbeidsongeschiktheidspensioen	Inkomensvoorzieningen: oudedagslijfrente, nabestaandenlijfrente of tijdelijke lijfrente
Aanbieder: pensioenfonds, verzekeraar of premiepensioeninstelling	Aanbieder: pensioenfonds, verzekeraar, premiepensioeninstelling, bank of beleggingsinstelling
Kring van gerechtigden: alleen werknemer, partner en kinderen	Kring van gerechtigden: elke willekeurige begunstigde die verzekeringsnemer heeft aangewezen
Uitkeringsvormen: levenslange uitkering in geld bij ouderdom	Uitkeringsvormen: levenslange of tijdelijke uitkering die vast en gelijkmatig is in geld of beleggingseenheden bij ouderdom of overlijden
Vererfbaarheid: kan niet vererven	Vererfbaarheid: kan wel vererven
Afkoop: wordt beheerst door Pensioenwet	Afkoop: wordt niet beheerst door Pensioenwet

De nettolijfrente en nettopensioen kunnen daarnaast beide niet uitgevoerd worden in eigen beheer. De wet VPS is wel van toepassing op het nettopensioen en niet van toepassing op de nettolijfrente.

De aftoppingsgrens van € 100.000 staat in artikel 3.127, derde lid, onderdeel d, van de Wet IB 2001. Dit zorgt ervoor dat premies betaald voor de opbouw van nettopensioen niet vrijgesteld zijn. In artikel 5.17, eerste lid, van de Wet IB 2001²⁶ wordt de vrijstelling in box 3 geregeld. Verder staat in artikel 5.17, tweede lid, van de Wet IB 2001 wat onder een nettopensioenregeling wordt verstaan.²⁷ Het gaat om een voorziening als bedoeld in artikel 18, eerste lid, onderdeel a van de Wet op de loonbelasting 1964. Het bevat dezelfde aard en strekking als de lijfrente in het hoofdartikel, artikel 1.7 van de Wet IB 2001. Het nettopensioen kan voorzien in een netto-ouderdomspensioen, nettopartnerpensioen en nettowezenpensioen. Dit staat in die volgorde in artikel 5.17, tweede lid, onderdelen a, b en c, van de Wet IB 2001.²⁸ Belangrijk voor deze scriptie zijn de onregelmatige handelingen inzake nettopensioen. Dit is geregeld in artikel 5.17e van de Wet IB 2001.²⁹ De onregelmatige handelingen komen overeen met die van de nettolijfrente. Daarbij wordt onder afkoop niet verstaan het laten vrijvallen van de aanspraak op

²⁴ *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 863, nr. 30, p.6. en artikel 1 van de Pensioenwet.

²⁵ Schema is rechtstreeks overgenomen uit *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 863, nr. 30, p.7.

het tijdstip waarop de belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn. Dit is geregeld in artikel 5.17e, vijfde lid, onderdeel a, van de Wet IB 2001 jo. artikel 69, tweede lid, van de Pensioenwet.³⁰ *Vakstudienieuws* stelt echter in een aantekening bij het *Ontwerpbesluit Nettopensioen* dat het nettopensioen niet afkoopbaar is:

*“Daarnaast wordt bevestigd dat het in de Pensioenwet opgenomen afkoopverbod van toepassing is. Dit laatste betekent dat een nettopensioen, in tegenstelling tot de nettolijfrente, niet kan worden afgekocht in het geval een uitkeringsgerechtigde emigreert.”*³¹

Het civiele afkoopverbod in de Pensioenwet is volgens het blad van toepassing. Dit staat haaks op het *Belastingplan 2015* waarin afkoop van nettopensioen onder omstandigheden wel is goedgekeurd. Het is de vraag of de redactie van *Vakstudienieuws* de toevoeging op artikel 69, tweede lid, van de Pensioenwet en artikel 5.17e, vijfde lid, onderdeel a, van de Wet IB 2001 wellicht over het hoofd heeft gezien.

2.4 Emigratie

Het komt veel voor: belastingplichtigen die rond de AOW-gerechtigde leeftijd naar andere landen vertrekken om daar de rest van hun leven voort te zetten. Nederland wil haar opgebouwde claims behouden en legt conserverende aanslagen op over de waarde van het pensioen of de lijfrente aan haar emigranten.³²

Nettolijfrentepremies en nettopensioenpremies zijn betaald uit netto-inkomen en zijn dus al aan heffing van loonbelasting onderhevig geweest. Derhalve rust daar dan ook geen claim meer op. Bij emigratie geldt daarom geen exitheffing voor de nettolijfrente of het nettopensioen.

Om de mogelijke dubbele belasting die kan ontstaan bij emigratie te voorkomen is er een mogelijkheid tot afkoop opgenomen in artikel 5.17e, vijfde lid, onderdeel a, van de Wet IB 2001 jo. artikel 69, tweede lid, van de Pensioenwet voor het nettopensioen. Daarnaast is voor de nettolijfrente een afkoopmogelijkheid opgenomen in artikel 5.16c, zevende lid, van de Wet IB 2001. Deze

³¹ V-N 2014/47.10, p. 11.

³² Voor pensioen gelden de artikelen 3.83 jo 2.8 Wet IB 2001 en voor lijfrente gelden de artikelen 3.136 jo. 2.8 Wet IB 2001.

afkoopmogelijkheden zijn vrijwillig en zorgen ervoor dat afkoop niet wordt gezien als onregelmatige handeling. De aanspraak valt dan vrij op het precieze tijdstip waarop de belastingplichtige ophoudt belastingplichtig te zijn. Er wordt niet meer toegekomen aan het belastingverdrag. Aanbieders van de nettolijfrente en nettopensioen kunnen in hun voorwaarden opnemen dat bij emigratie het product vrijvalt en de som ineens kan worden opgenomen.³³

Het is opmerkelijk dat afkoop op het moment van beëindigen van de binnenlandse belastingplicht niet als onregelmatig gezien wordt en geen consequenties heeft, terwijl dit bij de andere redenen van afkoop wel als zodanig wordt gezien. Een belastingplichtige die gebruik maakt van een nettolijfrente of nettopensioen emigreert naar bijvoorbeeld België. Hij heeft dan mogen sparen voor zijn pensioen of lijfrente, vrij van vermogensrendementsheffing in box 3 van de Wet IB 2001 en koopt het af zodra hij emigreert. Hierover is kritiek geleverd in de Tweede Kamer toen er nog geen duidelijkheid was over de gevolgen van afkoop.³⁴ Als reactie hierop heeft de staatssecretaris van Financiën de sanctie uitgelegd.³⁵ Hierin legt hij met een voorbeeld uit hoe alsnog belasting in box 3 van de Wet IB 2001 bij onregelmatige handelingen met terugwerkende kracht wordt geheven.

Voorbeeld van de staatssecretaris: om de werking van de sanctie voor een aantal voorbeelden toe te lichten, is gekozen voor een 40-jarige belastingplichtige met een inkomen dat ieder jaar € 100.000 boven de aftoppingsgrens ligt. Deze belastingplichtige doet vanaf het begin met de voor hem geldende maximumbedragen mee aan de nettolijfrenteregeling voor het deel van het inkomen boven de aftoppingsgrens. Verondersteld is dat het vermogen dat via de nettolijfrenteregeling wordt gevormd een rendement heeft van 4%. Als deze belastingplichtige na 5 jaar afkoopt, bedraagt het vermogen in de nettolijfrenteregeling € 30.678. De belastingplichtige betaalt op dat moment $5 * 1,2\% * € 30.678 / 2 = € 920$ heffing. Koopt de belastingplichtige na 10 jaar af, dan bedraagt het vermogen in de nettolijfrenteregeling € 74.242. De belastingplichtige betaalt op dat moment $10 * 1,2\% * € 74.242 / 2 = € 4.455$ heffing.

Deze sanctie met terugwerkende kracht geldt echter niet bij afkoop in geval van emigratie en dus door het ophouden binnenlands belastingplichtig te zijn. Bij emigratie bestaat namelijk de kans op dubbele heffing, daarom wil het kabinet via dit middel die kans minimaliseren. Daarbij is al over de premies

³³ A.J.M. Arends, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Deventer: Kluwer 2014, online portal Kluwer via <<https://navigator.kluwer.nl>>, § 5.3A.4.

³⁴ Zie het pleidooi van dhr. Klaver van Groenlinks in *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 847, nr. 24.

³⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 12 mei 2014, betreffende de nota naar aanleiding van het schriftelijk overleg met de Tweede Kamer over de richtinggevende brief (onderbrengen nettolijfrente in tweede pijler en sanctiebepaling afkoop nettolijfrente).

geheven in box 1. Onmiddellijk na afkoop van nettolijfrente of nettopensioen voldoet het niet langer aan de gestelde eisen en vindt heffing plaats over dit vermogen in box 3.

Hoofdstuk 3 Verdragenrecht

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de nettolijfrente onder de loep genomen vanuit internationaal perspectief. Hiervoor is uitgewerkt hoe nettolijfrenten worden behandeld op nationaal niveau in geval van emigratie. Of dit ook geldt voor de heffing onder bilaterale belastingverdragen wordt besproken in dit hoofdstuk. Nederland wil haar heffingsgrondslag behouden en zal met die insteek de bilaterale belastingverdagonderhandelingen ingaan. In beginsel heeft het belastingverdrag de voorkeur ten opzichte van de nationale behandeling als er verschillen zijn in het toekennen van heffingsrechten.³⁶ In dit hoofdstuk wordt uitgelegd hoe dubbele heffing ontstaat. Daarbij zullen de relevante bepalingen in het verdragenrecht worden behandeld. Allereerst worden er drie theoretische situaties beschreven waarin een emigrerend persoon zich kan bevinden. Vervolgens wordt de behandeling volgens het OESO-modelverdrag bekeken. In de daarop volgende paragraaf is het Nederlands Standaardverdrag (hierna: NSV) aan de orde. Daarna worden vier belastingverdragen behandeld. Afsluitend worden alternatieven geboden worden om dubbele heffing te voorkomen.

3.2 Pensioenbelastingssystemen

Heffing van lijfrenten en pensioenen vindt plaats in drie fases. Deze drie fases zijn:

1. de opbouw van premies,
2. de beleggingsopbrengsten
3. de uitkering.

Een belaste fase wordt aangeduid met 'T' (taxed) en een onbelaste fase wordt aangeduid met 'E' (exempt). Voor pensioenen en lijfrenten maakt Nederland gebruik van de omkeerregel. Dit houdt in: een onbelaste fase één, een onbelaste fase twee en een belaste fase drie. Dit wordt aangeduid als een EET-systeem. Het EET-systeem wordt het meest gebruikt door de verschillende lidstaten en wordt geadviseerd door de Europese Commissie.³⁷ Zij komt met advies na onderzoek over de problemen van

³⁶ Artikel 94 van de Nederlandse Grondwet.

³⁷ Mededeling, COM (2001) 214, definitief, p. 18-19.

dubbele heffing en dubbele non-heffing die ontstaan door *mismatches* van de verschillende nationale heffingssystemen. De Commissie oordeelde dat uit praktische overwegingen het beter is om voor een EET-systeem te kiezen (er zijn immers al meer landen met een EET-systeem) en het EET-systeem is tevens een betere stimulans³⁸ om een pensioen of lijfrente op te bouwen.

Naast het EET-systeem bestaan er twee alternatieve systemen onder de lidstaten van de Europese Unie:

- ETT: de premiebedragen zijn vrijgesteld (exempt), de beleggingsopbrengsten die zijn behaald door het pensioenfonds zijn belast (taxed) en de uitkering is ook belast (taxed).
- TEE: de premiebijdragen zijn belast (taxed), het rendement van het pensioenfonds is vrijgesteld (exempt) en de uitkering is ook vrijgesteld van heffing (exempt).

Naast bovengenoemde systemen bestaat er ook een TTT-systeem. Dit systeem wordt gebruikt in Australië. Alles fases zijn belast, echter zijn de tarieven daar een stuk lager. Tot slot is een spaarrekening in deze typologie een TTE-systeem: de gestorte spaargelden zijn belast (taxed), de rente is belast (taxed) en de opnames zijn vrijgesteld (exempt).³⁹

Om de mogelijke *mismatches* met betrekking tot de nettolijfrente en het nettopensioen duidelijk te maken volgen er vier voorbeelden. De voorbeelden betreffen een denkbeeldig persoon X die een lijfrente heeft opgebouwd onder de regeling van de netto-lijfrente. De persoon woont in Nederland. Hij bouwt met een Nederlands pensioengevend loon van €150.000 per jaar een lijfrente op. Voor €100.000 van dit pensioengevend loon zijn de premies vrijgesteld en wordt de lijfrente belast volgens het EET-systeem. De resterende €50.000 is belast volgens het regime van de nettolijfrente en het nettopensioen (TEE) maar hier mag, net zoals bij de premies die zijn betaald over de €100.000, pas bij uitkering over worden beschikt. Er zijn drie situaties: X emigreert naar lidstaat A (EET), naar lidstaat B (ETT) en naar lidstaat C (TEE).

1. Lidstaat A (EET):

- Deel van het Nederlands pensioen: persoon X emigreert naar lidstaat A ten tijde van zijn AOW-gerechtigde leeftijd. Zijn opgebouwde lijfrenten of pensioenen komen tot uitkering. In lidstaat A gebruikt men net zoals in Nederland het EET-systeem. Heffing vindt plaats in lidstaat A. Het resultaat blijft EET.

³⁸ Met de stimulans wordt de uitstel van belastingheffing bedoeld.

³⁹ P.H. Schonewille, *'Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen'*, Fiscale Geschriften 2014, nr. 27.

- Deel van het nettopensioen of de nettolijfrente: Heffing over €50.000 heeft in Nederland plaatsgevonden. Na emigratie wordt door lidstaat A geheven over de uitkering met als gevolg dubbele heffing. Het resultaat is TET.
2. Lidstaat B (ETT):
- Deel van het Nederlands pensioen: Persoon X emigreert naar lidstaat B ten tijde van zijn AOW-gerechtigde leeftijd. Zijn opgebouwde lijfrenten of pensioenen komen tot uitkering. In lidstaat B gebruikt men het ETT-systeem. Dit heeft als gevolg dat de uitkeringen en de waardeaan groei van beleggingsopbrengsten over het pensioen opgebouwd uit de eerste €100.000 van het pensioengevend inkomen zijn belast. Het pensioen wordt zwaarder belast in lidstaat B. Het resultaat is ETT.
 - Deel van het nettopensioen of de nettolijfrente: Heffing over de premies van €50.000 heeft in Nederland plaatsgevonden. Na emigratie wordt door lidstaat B geheven over de beleggingsopbrengsten en de uitkering. Dit heeft TTT als resultaat.
3. Lidstaat C (TEE):
- Deel van het Nederlands pensioen: Persoon X emigreert naar lidstaat C ten tijde van zijn AOW-gerechtigde leeftijd. Zijn opgebouwde lijfrenten of pensioenen komen vrij. In lidstaat C gebruikt men het TEE-systeem. Dit heeft als gevolg dat de uitkeringen niet belast zijn. Voor €100.000 betekent dat er door zowel Nederland als lidstaat C niet geheven wordt. Dit heeft EEE als resultaat.
 - Deel van het nettopensioen of de nettolijfrente: Heffing over €50.000 heeft in Nederland plaatsgevonden. In lidstaat C wordt niet over de uitkering geheven. De heffing verloopt neutraal. Dit heeft TEE als resultaat.

In het OESO-commentaar is sprake van nog een situatie waarin dubbele non-heffing ontstaat.⁴⁰ In deze situatie van emigratie, als de staat waarvan de emigrant inwoner wordt geen uitkeringen belast maar volgens het TEE systeem belast en de vorige staat van de inwoner wel belast volgens het EET systeem, kan er dubbele non-heffing ontstaan. Deze situatie geldt voor pensioenen en lijfrenten en is echter uitgesloten voor het nettopensioen en de nettolijfrente omdat heffing al plaatsvindt tijdens de opbouw van premies. In paragraaf 3.5 wordt voor vier belastingverdragen nagegaan hoe emigratie in de praktijk uitpakt.

⁴⁰ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 14.

3.3 OESO-modelverdrag

De globalisatie van de economie heeft de migratie tussen lidstaten vergroot. Dit zorgt voor meer grensoverschrijdende problemen met betrekking tot pensioenen. Elke lidstaat behandelt pensioenen immers volgens zijn eigen nationale wet. Het is daarom belangrijk om obstakels zo veel mogelijk weg te nemen die de mobiliteit van personen met pensioenen beperken.⁴¹ De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna OESO) heeft met het OESO-modelverdrag een standaardverdrag ontwikkeld dat helpt om juridische dubbele heffing te voorkomen.⁴² Juridische dubbele heffing betekent dat er twee soorten vergelijkbare heffingen van toepassing zijn in twee of meer lidstaten op dezelfde belastingplichtige over hetzelfde bestanddeel.⁴³ Deze vorm van dubbele heffing is het onderwerp van dit onderzoek. Bilaterale belastingverdragen tussen lidstaten zijn vaak gebaseerd op dit modelverdrag. Het commentaar bij dit modelverdrag is leidend bij de uitleg van de verschillende bepalingen. Nederland voert bij de onderhandelingen tussen Nederland en andere lidstaten haar eigen onderhandelingsbeleid dat tot uiting komt in het Nederlands standaardverdrag⁴⁴ (hierover meer in paragraaf 3.4). Het OESO-modelverdrag wordt opgesteld door de OESO die op zijn beurt wordt gevormd door de aangesloten lidstaten.

In de inleiding van hoofdstuk 2 is het verschil tussen pensioen en lijfrente behandeld volgens de nationale wet. In het verdragenrecht is dit verschil minder duidelijk. Nederland vindt dat lijfrenten onder het pensioenartikel vallen (hier wordt in paragraaf 3.4.2 dieper op ingegaan). Hier wordt vaak van afgeweken in verdragen door lijfrenten niet te noemen in het pensioenartikel. Ook kan het zijn dat er een aparte lijfrentedefinitie gegeven wordt in een verdrag. Onder welk artikel lijfrenten kunnen worden geschaard verschilt per verdrag.

3.3.1 Artikel 18 en 19 OESO-modelverdrag

Artikel 18 en 19 OESO-modelverdrag (hierna: OESO) zijn de pensioenartikelen. Artikel 19 OESO bevat bepalingen over de behandeling van pensioen opgebouwd in diensttijd van de overheid (overheidspensioen). Artikel 18 OESO bevat bepalingen over de behandeling van private pensioenen.

⁴¹ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 8.

⁴² Introductie OESO-commentaar OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 3.

⁴³ Introductie OESO-commentaar OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 1.

⁴⁴ Nederlands standaardverdrag 1987.

Wat onder pensioenen en andere soortgelijke beloningen verstaat wordt in artikel 18 OESO is niet gedefinieerd. Hier is elke lidstaat zelf bevoegd een invulling aan te geven.⁴⁵ Volgens het OESO-commentaar hebben diverse factoren invloed op feiten die zorgen voor toewijzing van de inkomensbestanddelen aan de artikelen in het OESO-modelverdrag.⁴⁶ Zo noemt het commentaar onder andere:

- de bron van de inkomsten;
- of het bedrag ineens of in gelijke periodes wordt uitgekeerd;
- of iemand blijft doorwerken na het verkrijgen van de inkomsten;
- of de persoon de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt (in Nederland staat de pensioengerechtigde leeftijd niet vast⁴⁷).

In artikel 18 OESO wordt de heffingsbevoegdheid toegewezen aan de woonstaat. De ratio van deze toewijzing vindt zijn grondslag onder andere in diverse beleidsmatige en administratieve redenen die het voor de woonstaat makkelijker uitvoerbaar maken dan voor de bronstaat.⁴⁸ Het commentaar geeft vier argumenten:

1. Het is voor de woonstaat eenvoudiger om een adequate heffing op pensioenen toe te passen. De woonstaat is beter in staat om het wereldinkomen van de belastingplichtige in kaart te brengen en daardoor ook om naar draagkracht te heffen.⁴⁹
2. In vergelijking met de woonstaat, zullen er in de bronstaat andere tarieven gelden. Aangezien pensioenen worden belast naar nationale maatstaven kan het zo zijn dat het pensioen van een emigrant in de bronstaat onevenredig zwaar of juist licht belast wordt ten opzichte van de woonstaat.⁵⁰
3. In het geval van een bronstaatheffing, zullen beide verdragslanden in het verdrag een duidelijke verklaring van de termen moeten implementeren. Alleen op deze manier zullen conflicten over de uitleg van bewoordingen uit de weg gegaan kunnen worden. Zo zal pensioen 'afkomstig uit' de bronstaat op verschillende manier kunnen worden uitgelegd. Het kan betekenen dat het

⁴⁵ Artikel 3, lid 2 OESO-modelverdrag 2010.

⁴⁶ OESO-commentaar op artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 6.

⁴⁷ Zie artikel 7a Algemene Ouderdomswet voor het overzicht.

⁴⁸ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 1.

⁴⁹ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 17.

⁵⁰ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 18.

pensioenfonds waaruit het pensioen afkomstig is in de bronstaat gevestigd is, maar ook dat de bronstaat de staat is waar het werk is verricht waaruit het pensioen afkomstig is.⁵¹

4. De toewijzing aan de woonstaat voorkomt dat ontvangers van pensioenen en de desbetreffende belastingautoriteiten met de administratieve rompslomp worden opgezadeld die gepaard gaat met heffing in verschillende staten.⁵²

Ondanks deze argumenten van de OESO, zijn er lidstaten die hun heffingsrecht over pensioenuitkeringen willen behouden bij emigratie. Het ontbreekt de OESO niet aan realiteitszin. Deze heeft daarom suggesties gedaan die de bronstaatheffing tegemoet komen. Het OESO-modelverdrag geeft de volgende alternatieve bepalingen:

- Een bepaling die exclusieve bronstaatheffing toelaat:

*“Subject to the provisions of paragraph 2 of article 19, pensions and other similar remuneration arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State in consideration of past employment shall be taxable only in the first-mentioned State”.*⁵³

- Een bepaling die niet-exclusieve bronstaatheffing toelaat. Hiermee wordt bedoeld dat de woonstaat en de bronstaat rekening met elkaar houden volgens artikel 23A en artikel 23B OESO die methoden bevatten om dubbele belasting te voorkomen:

*“Subject to the provisions of paragraph 2 of Article 19, pensions and other similar remuneration paid to a resident of a Contracting State in consideration of past employment shall be taxable only in that State. However such pensions and other similar remunerations may also be taxed in the other Contracting State if they arise in that State”.*⁵⁴

⁵¹ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 19.

⁵² OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 1.

⁵³ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 15 onderdeel a.

⁵⁴ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 15 onderdeel b.

- Bepalingen die een gelimiteerde bronstaatheffing toelaten. Dit zijn suggesties die bijvoorbeeld de bronstaat tot een bepaald percentage laten heffen. Boven dit vaste percentage is dan de woonstaat verder bevoegd om te heffen. In het commentaar staat:

*“Subject to the provisions of paragraph 2 of Article 19, pensions and other similar remuneration paid to a resident of a Contracting State in consideration of past employment may be taxed in that State. However such pensions and other similar remunerations may also be taxed in the Contract State in which they arise and according to the laws of that State but the tax so charged shall not exceed [percentage] of the gross amount of the payment”.*⁵⁵

- Tot slot zijn er suggesties gedaan voor bepalingen die het mogelijk maken dat bronstaatheffing toegelaten wordt als het object voor de woonstaat niet in de heffing valt. Deze ziet er als volgt uit (toevoeging aan artikel 18 OESO):

*“However such pensions and other similar remunerations may also be taxed in the Contracting State in which they arise if these payments are not subject to tax in the other Contracting State under the ordinary rules of its tax law”.*⁵⁶

3.3.2 Artikel 21 OESO-modelverdrag

Artikel 21 OESO is het restartikel. Bestanddelen van het inkomen van een inwoner van een staat die niet zijn behandeld in de andere artikelen vallen onder het restartikel. Staten die in hun verdragen geen definitie van lijfrente opnemen in het pensioenartikel of lijfrente niet noemen in het pensioenartikel komen bij dit artikel uit. Artikel 21 OESO voorziet in exclusieve woonstaatheffing:

*“Items of income of a resident of a Contracting state, wherever arising, not dealt with in the foregoing Articles of this convention shall be taxable only in that State.”*⁵⁷

⁵⁵ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 15 onderdeel c.

⁵⁶ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 15 onderdeel d.

⁵⁷ Artikel 21 OESO-modelverdrag.

3.3.3 Kwalificatieconflicten

De kwalificatie van pensioenen als privaat pensioen of als overheidspensioen kan gevolgen hebben voor toewijzing van het heffingsrecht. Pensioenen en andere soortgelijke beloningen vallen over het algemeen onder de pensioenartikelen van artikel 18 OESO en artikel 19 OESO. Het nettopensioen wordt beheerst door de regels van de Pensioenwet. Daarom zal nettopensioen onder de pensioenartikelen vallen volgens artikel 3, tweede lid, OESO. Hierin staat dat niet omschreven termen, zoals het nettopensioen, de betekenis krijgt uit de nationale wet van de staat waarop het OESO-artikel van toepassing is. Zoals behandeld in hoofdstuk 2 ziet Nederland nettolijfrente als een vorm van lijfrente. De verschillen tussen nationale bepalingen van de lidstaten kunnen zorgen voor een verschillende behandeling van lijfrenten. Het commentaar bij artikel 23A en 23 B OESO geeft aan dat het belangrijk is dat de woonstaat en de bronstaat het object van heffing op eenzelfde manier classificeren om heffingsconflicten te voorkomen.⁵⁸ Om een kwalificatieconflict op te lossen, ondanks mogelijke verschillen qua kwalificaties in het nationale recht, wordt gesteld dat de bronstaat de meeste kennis in huis heeft om het object te kwalificeren. Hierdoor zal de kwalificatie van het object door de bronstaat de voorkeur genieten boven de kwalificatie door de woonstaat.⁵⁹

Nederland vindt dat situaties van dubbele heffing of dubbele non-heffing die ontstaan door conflicten over de kwalificatie van heffingsobjecten tussen staten onderling opgelost moeten worden. Nederland maakt een voorbehoud op het OESO-commentaar bij artikel 23A OESO en artikel 23B OESO.⁶⁰ Nederland meent dat het OESO-modelverdrag de intentie van het verdragenrecht teniet doet omdat het de bedoeling is dat verdragspartijen het samen eens worden over de kwalificatie.⁶¹ Nederland wil de conflicten met andere staten over de kwalificatie van geval tot geval bekijken en zelf tot wederzijdse overeenstemming met de desbetreffende staat komen. De bedoeling van het verdragenrecht is dat verdragspartijen samen tot overeenstemming komen door middel van afspraken over de kwalificatie.

⁵⁸ OESO-commentaar bij artikel 23A en 23B OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 32.2.

⁵⁹ OESO-commentaar bij artikel 23A en 23B OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 32.3.

⁶⁰ OESO-commentaar bij artikel 23A en 23B OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 80.

⁶¹ B. Starink, *'Pensioenkwalificatie in internationale verhoudingen'*, Brochures Toekomstvoorzieningen, CompetenceCentre for Pension Research 2006, p. 20.

3.4 Nederlands verdragsbeleid

Akkoorden tussen Nederland en andere staten bepalen de verdeling van heffingsrechten. De Nederlandse insteek is belangrijk waarbij het NSV informatie verschaft over de Nederlandse inzet bij de bilaterale onderhandelingen. Nederland wijkt soms af van het OESO-modelverdrag. Paragraaf 3.5 gebruikt een voorbeeld van een voorbehoud dat Nederland plaatst in een belastingverdrag om als bronstaat in bepaalde omstandigheden toch te kunnen heffen.

Uit de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (hierna NFV) volgt dat Nederland door zijn open economie en kleine binnenlandse markt zijn fiscale vestigingsklimaat goed in de gaten houdt. Nederland staat bekend om zijn grote netwerk van belastingverdragen. Hiermee wil het fiscale belemmeringen wegnemen om zodoende een gunstig vestigingsklimaat te creëren zodat internationaal actieve bedrijven en personen aangetrokken kunnen worden. Dit draagt bij aan de economische groei en werkgelegenheid in Nederland.⁶²

Nederland wil de heffingsrechten zoveel mogelijk aan de bronstaat laten toewijzen in zijn nieuwere verdragen als de uitkeringen niet of nauwelijks aan heffing onderhevig zouden zijn geweest.⁶³ Nederland vindt het een belangrijk argument dat in de bronstaat gebruik is gemaakt van de openbare voorzieningen door de belastingplichtige. Bij pensioen en lijfrenten is daarnaast in Nederland aftrek genoten via de omkeerregel. Nederland verwacht dat door demografische ontwikkelingen en de internationalisering van de arbeidsmarkt dat steeds meer Nederlanders hun opgebouwde pensioen in het buitenland laten uitkeren. Zo blijkt ook uit de cijfers van het CBS dat het migratiesaldo al jaren negatief is in de leeftijdscategorie van 55 jaar tot en met 70 jaar.⁶⁴ Behoud van heffingsrechten ziet Nederland als een groot financieel belang.⁶⁵

⁶² Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 15 -16.

⁶³ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 54.

⁶⁴ Cijfers afkomstig van het CBS 'immi- en emigratie naar geboorteland, leeftijd (31 december) en geslacht', datum 16 mei 2014.

(<http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=03742&D1=a&D2=0&D3=0,108-110,122-123&D4=0&D5=0&D6=5-18&HDR=T,G2&STB=G1,G3,G4,G5&VW=T>)

⁶⁵ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 54.

3.4.1 Artikel 18 NSV

Het Nederlands wijkt met het NSV nauwelijks af van het OESO-modelverdrag. Pensioenen en andere soortgelijke beloningen ter zake van een vroegere dienstbetrekking zijn volgens artikel 18, eerste lid, NSV slechts belastbaar in de woonstaat. Dit is hetzelfde als in het OESO-modelverdrag. Daarnaast mag volgens artikel 18, tweede lid, NSV de uitkering van dergelijke pensioenen alleen een periodiek karakter hebben voor de heffing in Nederland. Nederland vindt afkoop van een pensioen een oneigenlijke afwikkeling. In geval van afkoop wordt door de bronstaat de hele som ineens betrokken in de heffing. Afkoop van nettopensioen en nettolijfrente is wel toegestaan om mogelijke dubbele belasting bij emigratie te voorkomen. De bronstaatheffing bestaat voor Nederland (van toepassing voor verdragen die sinds 2001 zijn gesloten) uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel betreft de voor Nederland oneigenlijke afwikkeling van afkoop. Het tweede onderdeel betreft de gevallen dat het pensioen volgens Nederland te laag wordt belast in de woonstaat. Nederland heft als bronstaat en ook de woonstaat heft. Dit heeft een dubbele heffing tot gevolg. Nederland heft als bronstaat ook als er door de woonstaat helemaal niet wordt geheven. In dat geval wordt door Nederland een volledige bronstaatheffing toegepast. Kavelaars vindt het onevenwichtig dat Nederland een volledige heffingsbevoegdheid wil blijven houden als bronstaat, zelfs als de woonstaat het object al in de heffing heeft betrokken.⁶⁶ De NFV stelt het beleid in de conclusie enigszins bij. In het NFV staat dat Nederland in het kader van een compromis met de individuele verdragspartners om de tafel gaat zitten om een beperkt heffingsrecht voor de bronstaat overeen te komen indien conflicten ontstaan op het gebied van heffingsbevoegdheid of als de heffing in de woonstaat ontbreekt of te laag is. Nederland als bronstaat heft dan slechts tot een in het verdrag opgenomen percentage of Nederland heft als bronstaat indien het brutobedrag van de inkomensbestanddelen een bepaald bedrag overschrijden.⁶⁷ De woonstaat kan op deze manier de uitkering ook belasten terwijl deze verrekening geeft van de al geheven belasting in de bronstaat.⁶⁸

⁶⁶ Zie P. Kavelaars, *'Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid'*, MBB 2011, nr. 4, p. 176.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld het verdrag met België of Duitsland in paragraaf 3.5.1 en 3.5.2 respectievelijk.

⁶⁸ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 56.

3.4.2 Lijfrentedefinitie

Uit de NFV volgt dat de pensioenbepaling van artikel 18 NSV ook van toepassing is op lijfrenten en afkoopsommen daarvan.⁶⁹ Voor de definitie van het begrip lijfrenten sluit Nederland in haar belastingverdragen aan bij de definitie in de Wet IB 2001.⁷⁰ In de NFV wordt duidelijk gemaakt dat vanuit de Nederlandse optiek nieuwe vormen van lijfrente zoals lijfrentespaarrekeningen en lijfrente beleggingsrechten voor de verdragstoepassing als lijfrente worden aangemerkt. Nederland is echter niet zeker of dit ook mogelijk is onder de huidige definities van lijfrenten in het pensioenartikel van de verschillende belastingverdragen.⁷¹ Het is daarom niet zeker of de nettolijfrente ook onder het pensioenartikel valt in belastingverdragen. Nederland wijkt in individuele verdragen vaak af van deze definitie (zie paragraaf 3.5 en verder) maar streeft er zoveel mogelijk naar om nieuwe vormen van lijfrenten onder het begrip 'lijfrente' te laten vallen zoals is gedefinieerd in de nationale wet.⁷² Het gaat daarbij om lijfrenten waarvan de uitkeringen tot het belastbare inkomen uit werk en woning behoren. Uitkeringen van nettolijfrenten worden daarentegen vrijgesteld van het belastbare inkomen uit werk en woning. Het is derhalve onduidelijk wat het standpunt van Nederland is omdat het NFV nog niet is aangepast aan de nettolijfrente.

Ondanks het ontbreken ervan in de NFV is de nettolijfrente een lijfrente omdat dit volgt uit de nationale wet. Daarnaast kent de nettolijfrente ook een fiscale vrijstelling, zei het in de vorm van een box 3-vrijstelling. Tot slot heeft nettolijfrente een pensioenbestemming. Geconcludeerd kan worden dat de nettolijfrente een lijfrente is en dit is ook de bedoeling van het kabinet geweest.⁷³

Het nettopensioen wordt geacht altijd onder het pensioenartikel te vallen omdat het wordt beheerst door de regels van de Pensioenwet

3.5 Verdragen

Zoals gezegd, wijkt Nederland in zijn verdragen met individuele staten vaak af van het verdragsbeleid als het om lijfrenten gaat. Om inzicht te krijgen in de vertaalslag van beleid naar realiteit, worden vier

⁶⁹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 54.

⁷⁰ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 57.

⁷¹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 57.

⁷² Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 58.

⁷³ Een nettolijfrente is een lijfrente als bedoeld in artikel 3.125 van de Wet IB 2001.

verdragen behandeld die Nederland heeft gesloten. Er wordt geanalyseerd hoe de nettolijfrente en het nettopensioen onder deze verdragen worden behandeld. Eerst worden de situaties van een gewone lijfrente en een gewoon pensioen behandeld. Daarna wordt de heffing van de nettolijfrente behandeld. Tot slot wordt het nettopensioen behandeld. Dit gebeurt op eenzelfde manier als de analyse in paragraaf 3.2. De vier landen representeren de situaties zoals beschreven in paragraaf 3.2. België representeert de EET-situatie. Duitsland gebruikte voorheen TEE maar is nu ook geleidelijk overgestapt naar EET (de nieuwe situatie wordt behandeld). Zweden representeert de ETT-situatie. Tot slot representeert Luxemburg TEE.

Bij afkoop vóór emigratie van nettolijfrente of nettopensioen wordt verondersteld dat niet wordt toegekomen aan het verdrag en heeft Nederland het heffingsrecht. De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB levert commentaar op de heffing door Nederland bij afkoop ná emigratie.⁷⁴ De Commissie Wetsvoorstellen vraagt zich af wat er gebeurt met de belastingheffing als de nettolijfrente wordt afgekocht in het buitenland. De Commissie Wetsvoorstellen gaat daarbij voorbij aan de mogelijkheid om ook het nettopensioen af te kopen. Verder vraagt de Commissie Wetsvoorstellen zich af of de sanctieartikelen van hoofdstuk 5 wet Inkomstenbelasting (behandeld in hoofdstuk 2 van deze scriptie) dan van toepassing zijn?

Bij afkoop ná emigratie wordt wel aan het belastingverdrag toegekomen. Er zijn Nederlandse belastingverdragen waarin de bronstaat de heffingsbevoegdheid toegewezen krijgt bij afkoop (de uitkering draagt geen periodiek karakter meer).⁷⁵ In belastingverdragen waarin dit niet is geregeld heeft de woonstaat een exclusieve heffingsbevoegdheid. De emigrant is bij afkoop ná emigratie weliswaar niet meer binnenlands belastingplichtig maar er wordt niet afgekocht óp het tijdstip waarop de belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn maar pas erna. Indien afkoop plaatsvindt ná emigratie kunnen de sanctiebepalingen gelden en trekt Nederland op die manier een heffingsrecht naar zich toe. In de politiek zijn door de heer Omtzigt van het CDA rondom deze kwestie vragen gesteld. In een reactie laat de staatssecretaris van Financiën weten:

“De heer Omtzigt vraagt voorts naar de fiscale gevolgen bij emigratie voor het nettopensioen. Hij vraagt of het mogelijk is om van alle fiscale claims af te komen door een jaar naar het buitenland

⁷⁴ Brief van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen d.d. 6 oktober 2014, betreffende Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Belastingplan 2015, p.13.

⁷⁵ Dit betreft de bilaterale verdragen met België en Duitsland (2012).

te emigreren. Bij het nettopensioen gaat het om een box 3-vrijstelling en is geen sprake van de voor pensioen tot nu toe gebruikelijke fiscale facilitering via de omkeerregel. Dit afwijkende karakter van de fiscale facilitering heeft twee gevolgen. Ten eerste rust er geen box 1-claim op het nettopensioen; de pensioenpremies worden in de box 1-heffing betrokken en niet de uitkeringen. Voor het nettopensioen geldt wel een box 3-vrijstelling. Deze heeft echter geen betekenis voor buitenlandse belastingplichtigen; het nettopensioen is geen onderdeel van de bezittingen die in Nederland bij een buitenlandse belastingplichtige in de belastingheffing worden betrokken als belastbaar inkomen uit sparen en beleggen. Nederland verliest hiermee dus geen fiscale claim.”⁷⁶

Volgens de staatssecretaris geldt de sanctiebepaling niet voor het nettopensioen bij afkoop ná emigratie. De staatssecretaris lijkt daarmee te verwijzen naar artikel 7.7, lid 2, van de Wet IB 2001. Er is tot op heden nog geen uitleg gegeven over afkoop ná emigratie voor de nettolijfrente maar het lijkt erop dat de uitleg ook geldt voor de nettolijfrente. In de volgende paragrafen wordt met beide mogelijkheden voor het nettopensioen bij afkoop ná emigratie rekening gehouden. Dit geldt ook voor de nettolijfrente omdat hier nog geen uitspraken over zijn gedaan.

3.5.1 Verdrag België (EET) – pensioen en lijfrente

Volgens artikel 18, paragraaf 1, onderdeel a, van het verdrag Nederland-België mag de woonstaat heffen als het om pensioenen en lijfrenten gaat:

“Onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 19, paragraaf 2, zijn pensioenen en andere soortgelijke beloningen betaald aan een inwoner van een verdragsluitende Staat ter zake van een vroegere dienstbetrekking, alsmede lijfrenten en uitkeringen – al dan niet periodiek – uit pensioensparen, pensioenfondsen en groepsverzekeringen betaald aan een inwoner van een verdragsluitende Staat, slechts in die Staat belastbaar”.

In geval van emigratie naar België mag België als woonstaat heffen. Het verdrag met België kent een eigen definitie van lijfrente. Dit staat in artikel 18, paragraaf 7, van het verdrag Nederland-België:

⁷⁶ Kamerstukken II 2014-2015, 34 002, nr. 14, p.13 en 14.

“De uitdrukking ‘lijfrente’ betekent een vaste som, periodiek betaalbaar op vaste tijdstippen, hetzij gedurende het leven, hetzij gedurende een vastgesteld of voor vaststelling vatbaar tijdvak, ingevolge een verbintenis tot het doen van betalingen welke tegenover een voldoende en volledige tegenprestatie in geld of geldswaarde staat.”

Als de vorm van lijfrente niet aan de gegeven definitie voldoet dan valt het onder andere inkomsten van het restartikel 21, paragraaf 1, van het verdrag Nederland-België en mag België wederom heffen als woonstaat:

“ongeacht de afkomst ervan zijn bestanddelen van het inkomen van een inwoner van een verdragsluitende Staat die niet in de voorgaande artikelen van dit Verdrag worden behandeld en die in die Staat zijn belast, slechts in die Staat belastbaar”.

Op grond van artikel 18, paragraaf 2, van het verdrag Nederland-België is in een aantal situaties ook de bronstaat heffingsbevoegd:

1. Er zijn Nederlandse fiscale faciliteiten gebruikt (zoals aftrek van premies);
2. of België betreft het object niet in de heffing volgens het algemeen nationale geldende wettelijke tarief;
3. of België betreft het bestanddeel voor minder dan 90% in de heffing;
4. en het brutobedrag, dat belastbaar zou zijn in Nederland, moet 25.000 euro overstijgen.

3.5.2 Verdrag België (EET) – nettopensioen en nettolijfrente

Het nettopensioen valt onder artikel 18 van het verdrag Nederland-België omdat het nettopensioen voortvloeit uit de Pensioenwet. Dit wordt bepaald door artikel 3, lid 2 van het verdrag Nederland-België:

“Voor de toepassing van het Verdrag op enig ogenblik door een verdragsluitende Staat heeft, tenzij de context anders vereist, elke daarin niet omschreven uitdrukking de betekenis welke die uitdrukking op dat ogenblik heeft volgens de wetgeving van die Staat met betrekking tot de belastingen waarop het Verdrag van toepassing is; elke betekenis onder de toepasselijke belastingwetgeving van die Staat heeft voorrang op de betekenis welke die uitdrukking heeft onder de andere wetten van die Staat.”

Bij uitkering van het nettopensioen is heffing toebedeeld aan de woonstaat en vindt dubbele heffing plaats.

De nettolijfrente valt onder artikel 18 van het verdrag Nederland-België omdat het voldoet aan het lijfrentebegrip van artikel 18, paragraaf 7, van het verdrag Nederland-België en omdat dit volgt uit de Nederlandse wet. Dit betekent dat de woonstaat bij uitkering in eerste instantie heffingsbevoegd is. Volgens een discussie in de Tweede Kamer heeft Nederland geen premies van de nettolijfrente in aftrek gebracht waardoor heffing toekomt aan België omdat niet is voldaan aan de eerste voorwaarde van artikel 18, paragraaf 2, van het verdrag Nederland-België.⁷⁷

Nederland kan echter stellen dat gebruik is gemaakt van de vrijstelling van box 3 die fungeert als faciliteit voor de nettolijfrente en het nettopensioen en dat dus wel voldaan is aan de eerste voorwaarde van paragraaf 2. De box 3-vrijstelling werkt als stimulans om een nettolijfrente of een nettopensioen op te bouwen en voldoet dus aan de eis van fiscale faciëring. Het heffingsrecht komt toe aan de bronstaat en dus aan Nederland.

Daarnaast mag Nederland ook heffen indien de nettolijfrente of het nettopensioen is afgekocht ná emigratie. Dit staat in artikel 18, paragraaf 3, van het verdrag Nederland-België:

“Niettegenstaande het bepaalde in de paragrafen 1 en 2, mag een in paragraaf 1 bedoeld pensioen of andere soortgelijke beloning, lijfrente of uitkering, indien dit pensioen of deze andere soortgelijke beloning, lijfrente of uitkering geen periodiek karakter draagt en uitbetaling plaatsvindt vóór de datum waarop dit pensioen of deze andere soortgelijke beloning, lijfrente of uitkering in zou moeten gaan, ook in de verdragsluitende Staat waaruit dit pensioen of deze andere soortgelijke beloning, lijfrente of uitkering afkomstig is worden belast.”

Als de nettolijfrente of het nettopensioen wordt afgekocht voorafgaand aan emigratie wordt niet aan het belastingverdrag toegekomen.

De conclusie luidt dat bronstaatheffing van toepassing is bij uitkering van de nettolijfrente en het nettopensioen op grond van de eerste voorwaarde van artikel 18, paragraaf 2 van het verdrag Nederland-België. Bij afkoop ná emigratie heeft de bronstaat het heffingsrecht op grond van artikel 18, paragraaf 3 van het verdrag Nederland-België.

⁷⁷ Kamerstukken II 2013-2014, 33 847, nr. 7, p. 14.

3.5.3 Verdrag Duitsland (TEE en EET) – pensioen en lijfrente

Duitsland had altijd een TEE-systeem. Dit wordt echter geleidelijk omgezet naar een EET-systeem door verschillende hervormingen van de Duitse regelgeving.⁷⁸ Het verdrag met Duitsland stamt uit 1959. Een nieuw verdrag, gesloten in 2012, wordt verwacht in werking te treden op 1 januari 2015.

In het oude verdrag komt de heffing van pensioenen en andere uitkeringen toe aan de woonstaat op grond van artikel 12, lid 1, van het verdrag Nederland-Duitsland 1959:

“Indien een natuurlijk persoon met woonplaats in een van de Staten wachtgelden, pensioenen, weduwe- of wezenpensioenen, andere uitkeringen of op geld waardeerbare voordelen ter zake van vroegere diensten verkrijgt, heeft de woonstaat het recht tot belastingheffing voor deze inkomsten”.

Artikel 12, lid 2, van het verdrag Nederland-Duitsland 1959 heeft betrekking op overheidspensioenen en andere uitkeringen die voortkomen uit vroegere dienstbetrekkingen bij de staat:

“In afwijking van het eerste lid komt het recht op belastingheffing voor wachtgelden, pensioenen, weduwe- en wezenpensioenen, andere uitkeringen of op geld waardeerbare voordelen ter zake van vroegere diensten, die een van de beide Staten of ‘Länder’, provinciën, gemeenten of gemeentelijke verbanden en andere publiekrechtelijke rechtspersonen van een van de beide Staten rechtstreeks of door tussenkomst van een hiertoe in het leven geroepen publiekrechtelijke instelling aan zijn werknemers of hun nagelaten betrekkingen betalen, aan deze Staat toe”.

In artikel 12, lid 3, van het verdrag Nederland-Duitsland 1959 worden lijfrenten wel genoemd maar een definitie ontbreekt. Bovendien worden deze lijfrenten betaald als gevolg van oorlogshandelingen en politieke vervolging:

“Het tweede lid vindt ook toepassing op uitkeringen, die krachtens de wettelijke sociale verzekering worden betaald, pensioenen, lijfrenten alsmede andere periodieke of niet-periodieke uitkeringen, die door een van de Staten of een andere publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon van deze Staat worden betaald als vergoedingen voor een schade, die als gevolg van oorlogshandelingen of politieke vervolging is ontstaan”.

⁷⁸ Altersvermögensgesetz (2001), Alterseinkünftegesetz (2004) en Gesetz zur Sicherung der nachhaltigen Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung (2004).

Deze lijfrenten zijn van toepassing op dienstbetrekkingen gerelateerd aan een publiekrechtelijk dienstverband, dit volgt uit artikel 12, lid 3, onderdeel 2 van het verdrag Nederland-Duitsland 1959. Private lijfrenten zijn niet opgenomen in het pensioenartikel en vallen onder het restartikel 16 van het verdrag Nederland-Duitsland 1959:

“indien een persoon met woonplaats in een van de Staten inkomsten verkrijgt, waarvoor in de voorgaande artikelen geen regeling is getroffen, heeft de woonstaat het recht tot belastingheffing voor deze inkomsten”.

De uitkomst blijft echter hetzelfde: de woonstaat, in casu Duitsland, is bij uitkering heffingsbevoegd. In het verdrag wordt geen onderscheid gemaakt tussen pensioenen en lijfrenten die een periodiek karakter hebben en pensioenen en lijfrenten die in de vorm van een afkoopsom worden betaald.⁷⁹ Ook voor afkoop geldt dat de woonstaat heffingsbevoegd is.

In het nieuwe verdrag is ook plaats gemaakt voor een pensioenartikel. In artikel 17, lid 1, van het belastingverdrag Nederland-Duitsland 2012 worden ook lijfrenten begrepen:

“Onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 18, tweede lid, zijn pensioenen en andere soortgelijke beloningen betaald aan een inwoner van een verdragsluitende staat alsmede lijfrenten betaald aan een inwoner van een verdragsluitende staat slechts in die staat belastbaar.”

Nederland mag ook heffen indien er zich een situatie voordoet zoals in artikel 17, lid 2, van het verdrag Nederland-Duitsland 2012:

“Niettegenstaande de bepalingen van het eerste lid, mag een pensioen of andere soortgelijke beloning, alsmede een lijfrente of socialezekerheidspensioen ook worden belast in de verdragsluitende staat waaruit het afkomstig is, in overeenstemming met de wetgeving van die staat, indien het totale bruto bedrag ervan in enig kalenderjaar de som van 15.000 euro te boven gaat.”

⁷⁹ J.A.C.A. Overgaauw, *‘Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht’*, Kluwer Navigator 2014, onderdeel ‘Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland’, paragraaf 1.6.1.

Bij afkoop ná emigratie mag de bronstaat heffen. Dit blijkt uit artikel 17, lid 3 van het verdrag Nederland-Duitsland 2012:

“Niettegenstaande de bepalingen van het eerste en tweede lid, indien dit pensioen of deze andere soortgelijke beloning, alsmede een lijfrente of socialezekerheidspensioen geen periodiek karakter draagt, kan dit inkomen ook worden belast in de verdragsluitende staat waaruit het afkomstig is.”

Dit artikel beslaat, wat Nederland betreft, alleen lijfrenten waarvan de uitkeringen tot het belastbaar inkomen uit werk en woning horen. Dit blijkt uit de definitie van lijfrente in artikel 17, lid 7, van het verdrag Nederland-Duitsland 2012:

“Wat Nederland betreft: een lijfrente zoals genoemd in de Nederlandse belastingwetgeving, waarvan de uitkeringen deel uitmaken van het belastbaar inkomen uit werk en woning.”

3.5.4 Verdrag Duitsland (TEE en EET) – nettopensioen en nettolijfrente

Wat betreft het oude verdrag geldt voor nettopensioen artikel 12, lid 1, van het verdrag Nederland-Duitsland 1959 omdat het nettopensioen voortvloeit uit de Pensioenwet. Dit volgt na analyse van artikel 2, lid 2 van het verdrag Nederland-Duitsland 1959:

“Voor de toepassing van deze Overeenkomst door een van de Staten heeft, tenzij het zinsverband anders vereist, elk niet in deze Overeenkomst omschreven begrip de betekenis, welke dat begrip heeft volgens de in die Staat van kracht zijnde wetten met betrekking tot belastingen, welke het onderwerp van deze Overeenkomst vormen.”

Bij afkoop voorafgaand aan emigratie wordt niet toegekomen aan het verdrag en bij afkoop ná emigratie is de woonstaat heffingsbevoegd en vindt dubbele heffing plaats indien de woonstaat over de afkoopsom heft. Bij uitkering vindt ook dubbele heffing plaats omdat heffing toekomt aan de woonstaat. Nettolijfrenten vallen net zoals private lijfrenten niet onder het begrip lijfrente in het pensioenartikel. De nettolijfrente behoort tot de overige inkomsten van artikel 16 van het verdrag Nederland-Duitsland 1959.

Wat betreft het nieuwe verdrag geldt voor nettopensioen, dat voortvloeit uit de Pensioenwet, bij uitkering dat de woonstaat heffingsbevoegd is op grond van artikel 17, lid 1 van het verdrag Nederland-Duitsland 2012. Artikel 3, lid 2 van het verdrag Nederland-Duitsland bepaalt:

“Voor de toepassing van het Verdrag door een verdragsluitende staat op enig moment heeft, tenzij de context anders vereist, elke daarin niet omschreven uitdrukking de betekenis welke die uitdrukking op dat moment heeft volgens de wetgeving van die staat met betrekking tot de belastingen waarop het Verdrag van toepassing is, waarbij elke betekenis volgens de toepasselijke belastingwetgeving van die staat prevaleert boven een betekenis die volgens andere wetgeving van die staat aan die uitdrukking wordt gegeven.”

Bij afkoop voorafgaand aan emigratie wordt niet toegekomen aan het verdrag. Bij afkoop ná emigratie draagt het nettopensioen geen periodiek karakter meer en mag de bronstaat heffen op grond van artikel 17, lid 3 van het verdrag Nederland-Duitsland 2012. Bij uitkering van nettopensioen vindt dubbele heffing plaats als de situatie van artikel 17, lid 2, van het verdrag Nederland-Duitsland zich niet voordoet.

Wat betreft het oude verdrag geldt voor nettolijfrente net zoals private lijfrenten het restartikel 16 van het verdrag Nederland-Duitsland 1959. Dit betekent dat bij uitkering of afkoop ná emigratie in de nieuwe woonstaat, de nieuwe woonstaat heffingsbevoegd is met dubbele heffing tot gevolg.

Wat betreft het nieuwe verdrag voldoet de nettolijfrente niet aan de lijfrentebepaling omdat de nettolijfrente uitkeringen kent die geen deel uit maken van het belastbaar inkomen uit werk en woning op grond van artikel 3.100, lid 3, Wet IB 2001. In dat artikel worden uitkeringen van de nettolijfrente uitgezonderd van belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen. Het lijkt ook dat bij het nieuwe verdrag de behandeling bepaald wordt door het restartikel 21 van het verdrag Nederland-Duitsland:

“bestanddelen van het inkomen van een inwoner van een verdragsluitende staat, van waaruit ook afkomstig, die niet in de voorgaande artikelen van dit Verdrag zijn behandeld, zijn slechts in die staat belastbaar”.

Het betekent dat uitkeringen van de nettolijfrente in de woonstaat belast zijn. Ook de afkoopsom ná emigratie van de nettolijfrente wordt door de woonstaat belast. Dit heeft beide dubbele heffing tot gevolg omdat de bronstaat (premies) en de woonstaat (uitkeringen/afkoopsom) heffen. Bij afkoop voorafgaand aan emigratie wordt niet toegekomen aan het verdrag en vindt geen dubbele heffing plaats.

3.5.5 Verdrag Zweden (ETT) – pensioen en lijfrente

Het verdrag met Zweden voorziet in woonstaatheffing. Artikel 18, lid 1, van het verdrag Nederland-Zweden bepaalt:

“Onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 19, tweede lid, zijn pensioenen en andere soortgelijke beloningen betaald aan een inwoner van een Overeenkomstsluitende Staat ter zake van een vroegere dienstbetrekking alsmede lijfrenten slechts in die Staat belastbaar”.

Ook dit verdrag kent een eigen lijfrentedefinitie. In artikel 18, lid 4, van het verdrag Nederland-Zweden staat:

“De uitdrukking ‘lijfrente’ betekent een vaste som, periodiek betaalbaar op vaste tijdstippen, hetzij gedurende het leven, hetzij gedurende een vastgesteld of voor vaststelling vatbaar tijdvak, ingevolge een verbintenis tot het doen van betalingen, welke tegenover een voldoende en volledige tegenprestatie in geld of geldswaarde staat”.

Voldoet het pensioen of de lijfrente niet meer aan de vereiste periodiciteit dan is de bronstaat bevoegd om te heffen. Dit staat in artikel 18, lid 2, van het verdrag Nederland-Zweden:

“indien deze beloningen echter geen periodiek karakter dragen en worden betaald ter zake van een in de andere Overeenkomstsluitende Staat uitgeoefende vroegere dienstbetrekking, of indien in plaats van het recht op lijfrenten een afkoopsom wordt betaald, mogen deze beloningen of deze afkoopsom worden belast in de Overeenkomstsluitende Staat waaruit zij afkomstig zijn”.

3.5.6 Verdrag Zweden (ETT) – nettopensioen en nettolijfrente

Nettopensioen vloeit voort uit de Pensioenwet en valt daarom onder het pensioenartikel 18 van het verdrag Nederland-Zweden. Artikel 3, lid 2, van het verdrag Nederland-Zweden bepaalt namelijk:

“Voor de toepassing van de Overeenkomst door een Overeenkomstsluitende Staat heeft, tenzij de context anders vereist, elke daarin niet omschreven uitdrukking de betekenis welke die uitdrukking heeft volgens de wetgeving van die Staat met betrekking tot de belastingen waarop de Overeenkomst van toepassing is.”

Reguliere uitkeringen van nettopensioen worden in de woonstaat belast op grond van artikel 18, lid 1, van het verdrag Nederland-Zweden. Er vindt dan dubbele heffing plaats omdat de bronstaat ten aanzien van de premies heft en de woonstaat ten aanzien van de uitkeringen heft. Bij afkoop voorafgaand aan emigratie vindt geen dubbele heffing plaats omdat niet meer aan het verdrag wordt toekomen. Als wordt afgekocht ná emigratie is de bronstaat heffingsbevoegd. Er treedt dan geen dubbele belasting op.

De nettolijfrente voldoet aan de lijfrentedefinitie van artikel 18, lid 4, van het verdrag Nederland-Zweden en valt daarmee onder het pensioenartikel. Net als het nettopensioen, zijn reguliere uitkeringen van de nettolijfrente belast in de woonstaat met dubbele heffing tot gevolg. Bij afkoop voorafgaand aan emigratie vindt geen dubbele heffing plaats en bij afkoop ná emigratie vindt heffing plaats door de bronstaat.

3.5.7 Verdrag Luxemburg (TEE) – pensioen en lijfrente

Het verdrag met Luxemburg is gesloten in 1968 en kent een summiere bepaling als het om pensioenen gaat. In artikel 19 van het verdrag Nederland-Luxemburg staat:

“Onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 20, eerste lid, zijn pensioenen en andere soortgelijke beloningen betaald aan een inwoner van een van de Staten ter zake van een vroegere dienstbetrekking, slechts in die Staat belastbaar”.⁸⁰

Luxemburg gebruikt het TEE-systeem bij pensioenen. Er vindt geen heffing meer plaats over pensioenuitkeringen. Omdat afkoop niet geregeld is in het pensioenartikel van sommige verdragen heeft de staatssecretaris van Financiën in een resolutie bepaald dat heffing van afkoopsommen van particuliere pensioenen aan de nieuwe woonstaat toekomt voor bepaalde landen. Luxemburg is één van die landen.⁸¹ Luxemburg is heffingsbevoegd als afkoop ná emigratie plaatsvindt.

Het verdrag kent geen eigen definitie van het begrip lijfrente. Als lijfrenten niet onder het pensioenartikel valt dan vallen lijfrenten onder het restartikel het verdrag. In artikel 21 van het verdrag Nederland-Luxemburg wordt de heffingsbevoegdheid toegewezen aan de woonstaat:

⁸⁰ Verdrag Nederland-Luxemburg 1968, artikel 19.

⁸¹ Zie V-N 1987/2367, 10 voor het overzicht.

“Andere bestanddelen van het inkomen van een inwoner van een van de Staten dan die waarop de bepalingen van de voorgaande artikelen van dit Verdrag van toepassing zijn, zijn slechts in die Staat belastbaar”.

Het TEE-systeem voor pensioenen is niet van toepassing op inkomen dat onder het restartikel valt. Dit betekent dat uitkeringen en afkoopsommen door afkoop ná emigratie van lijfrenten door Luxemburg worden belast.

3.5.8 Verdrag Luxemburg (TEE) – nettopensioen en nettolijfrente

Nettopensioen valt onder pensioenen genoemd in artikel 19 van het belastingverdrag Nederland-Luxemburg omdat het voortvloeit uit de Pensioenwet. Artikel 3, lid 2, van het belastingverdrag Nederland-Luxemburg bepaalt:

“Voor de toepassing van het Verdrag door elk van de staten heeft, tenzij het zinsverband anders vereist, elke niet anders omschreven uitdrukking de betekenis welke die uitdrukking heeft volgens de wetgeving van die Staat met betrekking tot de belastingen die het onderwerp van het Verdrag uitmaken.”

Uitkeringen van nettopensioen worden niet belast in Luxemburg omdat Luxemburg gebruik maakt van een TEE-systeem. Bij afkoop ná emigratie krijgt de woonstaat de heffingsbevoegdheid op grond van de resolutie van de staatssecretaris van Financiën. Bij afkoop voorafgaand aan emigratie wordt niet toegekomen aan het verdrag.

De nettolijfrente valt net zoals een gewone lijfrente onder artikel 21 van het belastingverdrag Nederland-Luxemburg. Dit betekent dat het TEE-systeem voor pensioenen niet van toepassing is. Reguliere uitkeringen en afkoopsommen bij afkoop ná emigratie van een nettolijfrente zijn belast in de nieuwe woonstaat met dubbele heffing tot gevolg. Er vindt geen heffing plaats door de nieuwe woonstaat bij afkoop voorafgaand aan emigratie.

3.5.9 Schematisch overzicht belastingverdragen

Voor het overzicht volgt een schematisch overzicht waar in één oogopslag duidelijk is hoe de nettolijfrente of nettopensioen wordt belast.

	België	Duitsland - oud	Duitsland - nieuw	Zweden	Luxemburg
Nettopensioen – uitkering	TEE	TET	TET (zonder art. 17, lid 2)	TTT	TEE
Nettopensioen – afkoop ná emigratie*	TEE/TTE	TET/TTT	TEE/TTE	TEE/TTE	TEE/TTE
Nettopensioen – afkoop vóór emigratie	TEE	TEE	TEE	TEE	TEE
Nettolijfrente – uitkering	TEE	TET	TET	TTT	TET
Nettolijfrente – afkoop ná emigratie*	TEE/TTE	TET/TTT	TET/TTT	TEE/TTE	TET/TTT
Nettolijfrente – vóór emigr.	TEE	TEE	TEE	TEE	TEE

*Indien Nederland wel heft door uitvoering van haar sanctiebepalingen in geval van afkoop ná emigratie zal de tweede ‘E’ veranderen in ‘T’. De box 3-vrijstelling, en daarmee de vrijstelling van spaargelden en beleggingsopbrengsten van de nettolijfrente en het nettopensioen, wordt door de sanctiebepalingen teruggenomen.

3.5.10 Verdragstrouw

De nettolijfrente en het nettopensioen zorgt in de gevallen van uitkering en afkoop ná emigratie vaak voor dubbele belastingheffing als het desbetreffende belastingverdrag de heffingsrechten toewijst aan de woonstaat. Dit wordt veroorzaakt door de bepalingen van artikel 3.100, derde lid, van de Wet IB 2001 (nettolijfrente) en van artikel 3.127, derde lid, onderdeel d, van de Wet IB 2001 (nettopensioen) in het Nederlandse nationale recht in combinatie met de toewijzing van de heffingsrechten in de belastingverdragen aan de woonstaat. Als Nederland door haar sanctiebepalingen toch heft bij afkoop ná emigratie trekt Nederland eenzijdig een heffingsrecht naar zich toe. Nederland mag zich niet

beroepen op een nationale regeling om een bepaling in het verdrag niet uit te voeren. Dit staat in artikel 27 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: WvV):

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

Nederland dient verdragen te goeder trouw na te komen. Dit staat in artikel 26 WvV:

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

Nederland heeft in het verleden al te maken gehad met een strijdigheid met de goede verdragstrouw. Nederland rekende de aanspraak van een lijfrente tot het inkomen onmiddellijk voor de afkoop van de lijfrente. In de arresten van 19 juni 2009 is door de Hoge Raad geoordeeld dat de goede trouw in acht moet worden genomen bij de uitleg van de verdragsbepalingen en dat het met zich meebrengt dat de verdragsbepaling niet kan worden uitgehold of ontgaan door het opnemen van een regeling op grond waarvan de waarde van de aanspraak op de lijfrente tot het inkomen wordt gerekend onmiddellijk voorafgaand aan de afkoop daarvan.⁸²

In de literatuur is vervolgens de oproep gedaan om oude belastingverdragen aan te passen omdat reparatiewetgeving niet houdbaar zou zijn.⁸³ Voor de regelingen van de nettolijfrente en het nettopensioen is het aanpassen van verdragen zodat heffing toekomt aan de bronstaat ook een mogelijke maar geen realistische oplossing. Nederland streeft naar bronstaatheffing voor pensioenen en lijfrenten in de verdragsonderhandelingen maar aanpassen van verdragen duurt doorgaans erg lang waardoor het probleem van dubbele belasting voor veel emigranten blijft bestaan. In hoofdstuk 4.3.2 wordt dubbele belasting Europeesrechtelijk onder de loep genomen.

3.5.11 Van TEE naar EET

Van dubbele heffing met betrekking tot nettopensioen is, gezien de vorige paragrafen, sprake in de situatie waarin de belastingplichtige van het in Nederland gebruikte nettopensioen-systeem ‘TEE’ naar een staat verhuist dat een EET/ETT-systeem hanteert. In geval van nettolijfrente vindt bij elk verdrag

⁸² HR 19 juni 2009, nr. 44050, ECLI:NL:PHR:2009:BC4725, BNB 2009/263, r.o. 3.3.3.

⁸³ E.C.C.M Kemmeren, *‘Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers’*, WFR 2009/138.

dubbele heffing plaats. In het OESO-commentaar wordt dit probleem ook geconstateerd⁸⁴ en is er een advies opgesteld dat het conflict moet oplossen. Om problemen te voorkomen; die voortvloeien uit een dergelijke *mismatch*, wordt geadviseerd dat staten een bepaling in hun belastingverdragen opnemen die ervoor zorgt dat de vrijstellingen van het TEE-systeem behouden blijven. Er wordt daarnaast opgemerkt dat een bepaling voor een specifieke soort van pensioenen of lijfrenten kan worden opgenomen. Een bepaling speciaal voor nettolijfrente behoort in mijn ogen tot een mogelijkheid zodat deze onder het pensioenartikel valt in plaats van het restartikel. Volgens paragraaf 23 van het commentaar bij artikel 18 van het OESO-modelverdrag ziet een bepaling, die zorgt voor het behoudt van heffingsrechten indien vrijstellingen gegeven zijn in een TEE-systeem, er zo uit:

“Notwithstanding any provision of this Convention, any pension or other similar remuneration paid to a resident of a Contracting State in respect of past employment exercised in the other Contracting State shall be exempt from tax in the first-mentioned State if that pension or other remuneration would be exempt from tax in the other State if the recipient were a resident of that other State”.

De Verenigde Staten hebben in hun verdragsbeleid al een soortgelijke bepaling opgenomen in artikel 17, lid 1, onderdeel b, van het VS-modelverdrag 2006. Daarin staat:

“Notwithstanding subparagraph a), the amount of any such pension or remuneration arising in a Contracting State that, when received, would be exempt from taxation in that State if the beneficial owner were a resident thereof shall be exempt from taxation in the Contracting State of which the beneficial owner is a resident”.

Indien Nederland deze of een soortgelijke bepaling in het verdrag laat opnemen, zal dit leiden tot een verlies in belastingopbrengsten bij de woonstaat. Dit wordt gerechtvaardigd omdat de woonstaat ook geen vrijstellingen heeft verleend ten tijde van de opbouw van premies. Echter is de woonstaat dan belast met de administratieve rompslomp omdat moet worden uitgezocht welke uitkeringen wel en welke uitkeringen geen vrijstelling hebben gekend gedurende de opbouw. Dit wordt vergemakkelijkt door de artikelen die zien op de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen beide staten en de richtlijn automatische uitwisseling van informatie.⁸⁵

⁸⁴ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 22.

⁸⁵ L. De Broe & R. Neyt, *Tax Treatment of cross-border pensions under the OECD model and EU law*, p. 6 en Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977.

3.6 Conclusie

Lijfrenten en daarmee ook nettolijfrenten vallen vaak onder het pensioenartikel van de belastingverdragen als ze daar specifiek zijn genoemd. Het nettopensioen valt, omdat het onder de Pensioenwet valt, onder het pensioenartikel. Lidstaten hebben de vrijheid om zelf invulling te geven aan de definitie van pensioenen en lijfrenten. Artikel 18 OESO geldt niet voor lijfrenten. Lijfrenten vallen derhalve standaard onder het restartikel. Als in belastingverdragen een definitie van lijfrente ontbreekt in het pensioenartikel dan valt de lijfrente onder het restartikel. Omdat een lijfrentedefinitie vaak ontbreekt of onvolledig is kunnen verdragslanden van mening verschillen als het om de kwalificatie van de lijfrente gaat. In het OESO-commentaar staat dat de bronstaat wegens de aanwezige fiscale deskundigheid over de kwalificatie van het betreffende heffingsobject de voorkeur krijgt om te bepalen onder welk artikel het geschaard wordt. Nederland wil de meningsverschillen met andere staten over de kwalificatie van geval tot geval bekijken en zelf tot wederzijdse overeenstemming met de desbetreffende staat komen. Volgens Nederland ondermijnt het blind volgen van de OESO de intentie van het verdragenrecht. De bedoeling van het verdragenrecht is dat verdragspartijen samen tot overeenstemming komen door middel van afspraken over de kwalificatie.

De meeste belastingverdragen gaan nu nog uit van woonstaatheffing. In steeds meer gevallen mag de bronstaat heffen. Nederland streeft met haar verdragsbeleid naar meer bronstaatheffing. Dit houdt in dat Nederland het heffingsrecht wil over pensioenen en lijfrenten waarover het aftrek heeft toegestaan. De verdeling van de heffingsbevoegdheid in de bilaterale verdragen en het belasten van de premies door Nederland heeft als gevolg dat in gevallen van uitkering en afkoop ná emigratie van nettolijfrente en nettopensioen vaak dubbele heffing ontstaat. Nederland heft in strijd met zijn eigen belastingverdragen als Nederland heft naar aanleiding van de sanctiebepalingen bij afkoop ná emigratie. Dit is in strijd met de goede verdragstrouw als in het belastingverdrag heffing toekomt aan de woonstaat. Het verdrag gaat voor op de nationale bepaling. Om dubbele heffing te voorkomen voorziet het OESO-commentaar mogelijke oplossingen. In het commentaar staan suggesties voor bepalingen beschreven die dit mogelijk moeten maken. Aanpassing van belastingverdragen is hiervoor een vereiste.

Hoofdstuk 4 Europees recht

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat dubbele heffing kan ontstaan na emigratie in situaties waarin een nettolijfrente of nettopensioen tot uitkering komt in het buitenland of daar wordt afgekocht. Naast de uitleg van de staatssecretaris zal in dit hoofdstuk ook rekening worden gehouden met de situatie waarin Nederland toch sanctiebepalingen uitvoert bij afkoop ná emigratie. Indien Nederland als bronstaat toch heft, terwijl de heffingsbevoegdheid is toegewezen aan de woonstaat, handelt Nederland in strijd met haar eigen belastingverdragen. Dit staat op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat regels duidelijk en voorzienbaar moeten zijn. Het rechtszekerheidsbeginsel is een beginsel van EU-recht, dat is onder andere bevestigd in de zaken *Deutsche Milchkontor*, *Flemmer*, *Huber* en *Stichting ROM-projecten*.⁸⁶

In dit hoofdstuk vindt onderzoek plaats naar de verenigbaarheid van de Nederlandse regels van de nettolijfrente en nettopensioen met het EU-recht.

4.2 De constitutionele basis

Belangrijk voor het belastingrecht is het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Dit verdrag komt voort uit het oude Verdrag van Rome en is voor het laatst gewijzigd in 2007. In dit verdrag zijn de bevoegdheden van de Europese Unie geformuleerd. Het VWEU heeft als doelstelling het bevorderen van de interne markt en de fundamentele vrijheden, waarin het beschermen van zijn onderdanen voorop staat. Het VWEU vormt een primaire rechtsbron van het EU-recht.

Door het lidmaatschap van de EU is Nederland verplicht het EU-recht toe te passen. Komt Nederland of een andere lidstaat haar verplichtingen niet na dan brengt dat consequenties met zich mee. Dit blijkt uit artikel 258 VWEU:

⁸⁶ HvJ 21 september 1983, 205-215/82, *“Deutsche Milchkontor”*, ECLI:EU:C:1983:233, HvJ 9 oktober 2001, C-80-99, *“Flemmer”*, ECLI:EU:C:2001:525, HvJ 19 september 2002, C-366/00, *“Huber”*, ECLI:EU:C:2002:101, HvJ 21 juni 2007, C-158/06, *“Stichting ROM-projecten”*, ECLI:EU:C:2007:370.

“Indien de Commissie van oordeel is dat een lidstaat een van de krachtens de Verdragen op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, brengt zij dienaangaande een met redenen omkleed advies uit, na deze staat in de gelegenheid te hebben gesteld zijn opmerkingen te maken. Indien de betrokken staat dit advies niet binnen de door de Commissie vastgestelde termijn opvolgt, kan de Commissie de zaak aanhangig maken bij het Hof van Justitie van de Europese Unie”.

Het HvJ zorgt dat eerbiediging van het recht plaatsvindt bij de uitlegging en toepassing van het Unierecht.⁸⁷ In artikel 267 VWEU staat dat het HvJ bevoegd is om uitlegging te geven aan de verschillende verdragsvrijheden van het VWEU:

“Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen over de uitlegging van de Verdragen en over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie”.

4.3 Het toetsingskader

In deze paragraaf worden de nettolijfrente en het nettopensioen getoetst aan het Europees recht. Op basis van jurisprudentie is het toetsingskader in te vullen. Het toetsingskader is ontwikkeld door het HvJ om strijdigheden met de verdragsvrijheden te toetsen.

4.3.1 Toegang tot het Europees recht

Een inwoner van Nederland die gebruik maakt van een nettolijfrente of nettopensioen en emigreert naar een andere lidstaat heeft toegang tot het Europees recht. Nederland is een EU-lidstaat en een inwoner van Nederland is daarom ook een EU-burger. Dit staat in artikel 20 VWEU:

“Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is een ieder de de nationaliteit van een lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie komt naast het nationale burgerschap doch komt niet in de plaats daarvan”.

EU-burgers verkrijgen toegang tot de bescherming van het Unierecht in situaties waarin zij ongunstiger behandeld worden in een grensoverschrijdende situatie dan in een binnenlandse situatie. Artikel 21

⁸⁷ Artikel 19 VEU.

VWEU ziet op die interne situaties en grensoverschrijdende situaties tussen lidstaten in de Europese Unie:

“Iedere burger van de Unie heeft het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de Verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld”.

Dubbele heffing door afkoop ná emigratie belemmert een aantal verkeersvrijheden. Ten eerste belemmert het de burger in zijn vrijheid van vestiging. Op een belemmering als deze staat een verbod. Dat staat in artikel 49 VWEU:

“In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden”.

In het geval van een werknemer met toegang tot het Europees recht wordt zijn vrijheid van werknemersverkeer belemmerd indien de werknemer gebruikt maakt van een nettolijfrente of nettopensioen en deze afkoop in de nieuwe woonstaat. Dit staat in artikel 45 VWEU:

“Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij”.

Daarnaast werkt een nettolijfrente of nettopensioen beperkend voor het vrije verkeer van kapitaal tussen lidstaten. In artikel 63 VWEU staat daar een verbod op:

“In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden”.

4.3.2 Belemmering & rechtvaardigheidsgronden

Wanneer een Burger van de Unie (hierna burger) vanuit Nederland emigreert naar een andere lidstaat en daar zijn nettolijfrente of nettopensioen afkoopt wordt hij in veel gevallen geconfronteerd met dubbele heffing indien Nederland over de afkoop heft.

Bij dubbele heffing die wordt veroorzaakt door uitkering van de nettolijfrente of het nettopensioen in de nieuwe woonstaat ligt dat anders dan bij afkoop ná emigratie. In de arresten *Kerckhaert en Morres*, *Block*, *Damseaux* en *Commissie v. België* blijkt namelijk dat het HvJ niets doet met juridische dubbele

belasting.⁸⁸ Volgens het HvJ is juridische dubbele belasting het gevolg van de parallelle uitoefening van belastingbevoegdheid door beide lidstaten.⁸⁹ Volgens het HvJ verzetten de toepasselijke verdragsvrijheden zich niet tegen de nationale regelingen van de lidstaten. Bij uitkering van nettolijfrente en nettopensioen vindt ook een parallelle uitoefening plaats van de belastingbevoegdheden. Beide lidstaten zijn heffingsbevoegd. Nederland heft over de premies op grond van de nationale wet. Het belastingverdrag is daarmee nog niet van toepassing. De andere lidstaat heft op grond van de heffingsbevoegdheid die is toegewezen door het belastingverdrag. Het HvJ zegt dat het gemeenschapsrecht niet voorziet in criteria voor de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen lidstaten ter zake van de afschaffing van dubbele belasting.⁹⁰ Het HvJ stelt vervolgens dat het aan de lidstaten zelf is om maatregelen te nemen die nodig zijn om situaties van dubbele belasting te voorkomen.⁹¹

Wanneer de arresten *Kerckhaert en Morres*, *Block*, *Damseaux* en *Commissie v. België* met de situatie van de nettolijfrente en het nettopensioen vergeleken worden komt er een verschil aan het licht. In de arresten vond bronheffing plaats en zijn de verdragen op die manier ingericht dat zowel woonstaat als de bronstaat kan heffen. Daarbij hielden beide lidstaten in de arresten zich aan het verdrag. Dit is niet het geval in de situatie van afkoop ná emigratie van de nettolijfrente en het nettopensioen. In de verdragen die Nederland heeft gesloten is het heffingsrecht in de meeste gevallen voor het pensioenartikel en het restartikel geheel toegewezen aan de woonstaat. Bij afkoop ná emigratie van de nettolijfrente en het nettopensioen maakt Nederland een inbreuk op haar eigen bilaterale belastingverdragen. Dit is gebleken in paragraaf 3.5 waarin inbreuk wordt gemaakt door Nederland op verschillende verdragen. Burgers moeten de zekerheid hebben dat lidstaten zich aan belastingverdragen houden. Een schending van het belastingverdrag betekent een inbreuk op het rechtzekerheidsbeginsel en belemmert de burger in zijn vrijheden.

Een belemmering kan gerechtvaardigd zijn. De noodzaak om de fiscale samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen kan een rechtvaardigheidsgrond zijn. Echter is in het arrest *Wielockx* gesteld door het HvJ dat de fiscale coherentie op bilateraal niveau plaatsvindt als een verdrag ter

⁸⁸ HvJ 14 november 2006, C-513/04, "*Kerckhaert Morres*", ECLI:EUC:2006:713, HvJ 16 juli 2009, C-128/08, "*Damseaux*", ECLI:EU:C:2009:471, HvJ 12 februari 2009, C-67/08, "*Block*", ECLI:EU:C:2009:92, HvJ 1 december 2011, C-250/08, "*Commissie/België*", ECLI:EU:C:2011:793.

⁸⁹ O.a. HvJ 14 november 2006, C-513/04, "*Kerckhaert Morres*", ECLI:EUC:2006:713, r.o. 20.

⁹⁰ HvJ 14 november 2006, C-513/04, "*Kerckhaert Morres*", ECLI:EUC:2006:713, r.o. 22.

⁹¹ HvJ 14 november 2006, C-513/04, "*Kerckhaert Morres*", ECLI:EUC:2006:713, r.o. 23.

voorkoming van dubbele belasting is gesloten.⁹² Het HvJ verwees daarbij naar de bilaterale verdragen die zijn gesloten tussen Nederland en België. In het geval van de nettolijfrente en het nettopensioen betekent dit dat de fiscale samenhang wordt gewaarborgd door het pensioenartikel en het restartikel van het gesloten verdrag. Deze hebben voorrang op de nationale wet. Deze rechtvaardigheidsgrond kan om die reden niet worden aangevoerd. Daarnaast is het garanderen van een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten een belangrijke rechtvaardigheidsgrond. Deze rechtvaardigheidsgrond gaat niet op voor de regeling van de nettolijfrente en het nettopensioen omdat Nederland bewust heeft gekozen voor een belastingverdrag en op die manier geen heffingsbevoegdheid verloren gaat. De heffingsbevoegdheid ligt bij afkoop ná emigratie van een nettolijfrente of nettopensioen veelal bij de nieuwe woonstaat en niet bij Nederland.

4.3.3 Geen belemmering

Volgens de staatssecretaris van Financiën werkt de regeling van nettolijfrente en nettopensioen niet belemmerend voor de uitvoering van de verkeersvrijheden. Hij zegt dit in een brief van beantwoording van kamervragen. De reden die de staatssecretaris van Financiën aanvoert in een brief ter beantwoording van kamervragen vindt zijn oorsprong in onder andere het arrest *Deutsche Shell*.⁹³ Het gaat om de verdeling van heffingsbevoegdheid. De staatssecretaris zegt:

“Een eventuele nadelige behandeling van buitenlandse belastingplichtigen die kan ontstaan doordat de woonstaat van de buitenlandse belastingplichtige de aanspraak of de uitkering van de nettolijfrente belast en hiertoe op grond van het verdrag ook gerechtigd is, is het gevolg van het feit dat de belastingstelsels binnen de EU niet geharmoniseerd zijn. Een dergelijke dispariteit levert echter geen strijdigheid op met het EU-recht. Het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging kunnen immers niet aldus worden begrepen dat een lidstaat verplicht is zijn belastingregeling af te stemmen op die van een andere lidstaat, teneinde te waarborgen dat in alle situaties de belasting aldus wordt geheven dat alle verschillen als gevolg van de nationale

⁹² HvJ 11 augustus 1995, C-80/94, *“Wielockx”*, ECLI:NL:XX:1995:AV7900, r.o. 25 en BNB 1995/319 (noot P.J. Wattel), punt 11.

⁹³ HvJ 28 februari 2008, C-293/06, *“Deutsche Shell”*, ECLI:EU:C:2008:129.

belastingregelingen verdwijnen (zie arrest van 28 februari 2008 in de zaak C-293/06, Deutsche Shell)”.⁹⁴

In *Deutsche Shell* oordeelde het HvJ dat een lidstaat niet verplicht is zijn belastingregeling af te stemmen op die van een andere lidstaat om zo te waarborgen dat alle verschillen in de nationale belastingregelingen tussen de lidstaten zullen verdwijnen.⁹⁵ Nederland hoeft volgens de staatssecretaris van Financiën naar de analogie van deze overweging haar belastingregeling niet op die manier aan te passen zodat dubbele heffing bij uitkering van de nettolijfrente wordt voorkomen. De staatssecretaris gaat voorbij aan het feit dat Nederland eenzijdig haar eigen bilaterale belastingverdragen schendt. Daar is in *Deutsche Shell* geen sprake van.

In een brief met beantwoording van kamervragen over het *Belastingplan 2015* gaat de staatssecretaris ook voorbij aan de mogelijke schending van het belastingverdrag bij afkoop ná emigratie door aan te geven dat het nettopensioen geen onderdeel is van de bezittingen voor buitenlands belastingplichtigen die in Nederland in box 3 in de heffing worden betrokken.⁹⁶ Op de vraag hoe eventuele dubbele belastingheffing bij uitkering te voorkomen is valt de staatssecretaris weer terug op het oude antwoord van afkoop. Hij zegt:

“Om dit te voorkomen kan de belastingplichtige de aanspraak op het nettopensioen laten vrijvallen op het moment dat hij ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn.”

4.3.4 Doel en Proportionaliteit

De staatssecretaris van Financiën vindt dat de regelingen van de nettolijfrente en nettopensioen niet belemmerend werken. Daarom wordt de regeling getoetst op proportionaliteit en de geschiktheid van de regeling om zijn doel te bereiken. Het doel van de nettolijfrente en het nettopensioen is het fiscaal faciliteren van de opbouw van een oudedagsvoorziening. Het gaat om een aanvulling op het pensioen dat voorziet in gelijkmatige en vaste periodieke uitkeringen. Premies zijn meteen belast maar er vindt een vrijstelling plaats in box 3. Door deze facilitering wil Nederland de opbouw van een oudedagsvoorziening stimuleren. In die zin is de nettolijfrente en het nettopensioen geschikt om het doel

⁹⁴ *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 847, nr. 7, p. 34.

⁹⁵ HvJ 28 februari 2008, C-293/06, *“Deutsche Shell”*, ECLI:EU:C:2008:129, r.o. 43.

⁹⁶ *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 002, nr. 14, p. 13 en 14.

te bereiken. Het doel houdt geen stand bij emigratie. Het kabinet adviseert namelijk om bij emigratie de nettolijfrente en het nettopensioen af te kopen:

“Het kabinet merkt op dat een belastingplichtige een eventuele dubbele belastingheffing over de nettolijfrente kan voorkomen door de aanspraak op de nettolijfrente af te kopen op het moment dat de belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn.”⁹⁷

Bij emigratie bereiken de nettolijfrente en het nettopensioen niet hun doel als er afgekocht wordt omdat door afkoop pensioenrechten hun pensioenbestemming verliezen en lijfrenten hun periodiciteit verliezen.⁹⁸ Bij afkoop wordt niet meer voldaan aan het doel van de nettolijfrente en het nettopensioen.

Dubbele heffing vindt veelal plaats als de nettolijfrente en het nettopensioen uitgekeerd worden in de nieuwe woonstaat waardoor de fiscale stimulans om een oudedagsvoorziening op te bouwen teniet wordt gedaan. Ook bij uitkering van de nettolijfrente en het nettopensioen vanuit de nieuwe woonstaat wordt niet voldaan aan het doel van de regelingen. Hier valt Nederland echter niets te verwijten omdat in de arresten *Kerckhaert en Morres*, *Block*, *Damseaux* en *Commissie v. België* het HvJ oordeelde dat juridische dubbele belasting het gevolg is van de parallelle uitoefening van belastingbevoegdheid door beide lidstaten.

Dan rijst de vraag of de maatregel proportioneel is. Dubbele heffing treedt alleen op bij uitkering en afkoop ná emigratie van nettolijfrente en nettopensioen. De staatssecretaris van Financiën voert aan dat de verschillende belastingssystemen van Nederland en de andere desbetreffende lidstaat niet geharmoniseerd zijn en derhalve belastingregelingen tussen de lidstaten niet op elkaar afgestemd hoeven worden. Dubbele heffing inzake de nettolijfrente en nettopensioen gaat verder dan het enkel niet geharmoniseerd zijn van belastingssystemen. Nederland trekt bij afkoop ná emigratie op zulke wijze de heffingsbevoegdheid naar zich dat er een andere situatie ontstaat dan er in de belastingverdragen is afgesproken.

De conclusie luidt dat inbreuk wordt gemaakt op het EU-recht als Nederland haar sanctiebepalingen toepast bij afkoop ná emigratie van de nettolijfrente. Indien deze sanctiebepalingen ook gelden voor het nettopensioen bij afkoop ná emigratie dan wordt hiermee ook inbreuk gemaakt. Als de visie van de staatssecretaris over het nettopensioen worden gevolgd dan wordt in geval van afkoop van nettopensioen en nettolijfrente ná emigratie geen inbreuk gemaakt op het EU-recht omdat Nederland

⁹⁷ *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 847, nr. 7, p. 34.

⁹⁸ Artikel 1 van de Pensioenwet en artikel 1.7, lid 1, onderdeel a van de Wet Inkomstenbelasting 2001.

geen heffingsrecht naar zich toe trekt door middel van sanctiebepalingen. Het nettopensioen (en naar het lijkt ook de nettolijfrente) is geen onderdeel van de bezittingen die in Nederland bij een buitenlandse belastingplichtige in de belastingheffing worden betrokken als belastbaar inkomen uit sparen en beleggen.⁹⁹

⁹⁹*Kamerstukken II 2014-2015, 34 002, nr. 14, p.13 en 14.*

Hoofdstuk 5 Conclusie & Aanbevelingen

Het hoofdstuk begint met een samenvatting en conclusie. Er wordt afgesloten met aanbevelingen en alternatieven voor de regelingen.

5.1 Samenvatting en conclusie

Door versoeringen in het pensioenlandschap zijn er aantal maatregelen genomen door de politiek. Een van die maatregelen zijn de nettolijfrente en het nettopensioen; nettospaarproducten voor de oude dag. Door de heffing bij opbouw bestaat de kans op dubbele heffing als de uitkeringen in de andere lidstaat belast worden indien de belastingplichtige emigreert. In deze scriptie wordt de heffing van de nettolijfrente en het nettopensioen op verschillende niveaus nader bekeken. Daarbij worden alternatieven voor de huidige regeling besproken. De uitkomsten moeten antwoord geven op de probleemstelling:

Is heffing door Nederland bij afkoop van de nettolijfrente en het nettopensioen ná emigratie vanuit het nationale, internationale en Europese belastingrecht mogelijk en in hoeverre kunnen eventuele schendingen worden vermeden of voorkomen?

Uit de probleemstelling volgen twee deelvragen:

Op welke wijze wordt de nettolijfrente en het nettopensioen behandeld in grensoverschrijdende situaties volgens de nationale regeling en het OESO-modelverdrag?

In hoeverre kan, met behulp van alternatieven, dubbele heffing bij emigratie worden vermeden en eventuele schendingen van bilaterale belastingverdragen en verkeersvrijheden kunnen worden voorkomen?

In het tweede hoofdstuk is de nationale behandeling van de nettolijfrente en het nettopensioen besproken. De wettelijke basis is uitgelegd en de verschillen met een gewone lijfrente duidelijk gemaakt. Daarbij is geconstateerd dat de nettolijfrente en het nettopensioen een TEE-systeem kennen, een ander systeem dan die van de omkeerregel die voor gewone lijfrenten en pensioenen geldt. Het kabinet heeft besloten om afkoop toe te staan in geval van emigratie om dubbele heffing te voorkomen. De afkoop is

vrijwillig. Koopt een belastingplichtige bij emigratie zijn nettolijfrente of nettopensioen niet af of pas ná emigratie dan is de kans op dubbele heffing groot.

In het derde hoofdstuk is het verdragenrecht behandeld. Eerst zijn de mogelijke situaties besproken waarbij dubbele heffing kan ontstaan. Daarna is de behandeling van pensioenen en lijfrenten onder het OESO-modelverdrag, het NSV en de verschillende belastingverdragen besproken. Daarbij is het verschil tussen de behandeling van pensioenen en lijfrenten aangeduid. Deze aanduiding is belangrijk voor het toewijzen van de heffingsrechten die per artikel in verdragen kunnen verschillen. Lidstaten hebben de vrijheid om zelf invulling te geven aan de definitie van pensioenen en lijfrenten. Lijfrenten en daarmee ook nettolijfrenten worden vaak geschaard onder het pensioenartikel van de belastingverdragen. Dit moet specifiek zijn genoemd in het betreffende artikel. In artikel 18 OESO ontbreekt een definitie van lijfrente. Niet genoemde inkomsten zoals de lijfrente vallen dan onder artikel 21 OESO. Als in belastingverdragen een definitie van lijfrente ontbreekt in het pensioenartikel dan valt de lijfrente onder het restartikel. Nettopensioen wordt onder het pensioenartikel geschaard. Toewijzing aan het pensioenartikel of het restartikel zorgt soms voor conflicten. In het OESO-commentaar staat dat de bronstaat wegens de aanwezige fiscale deskundigheid over de kwalificatie van het betreffende heffingsobject de voorkeur krijgt om te bepalen onder welk artikel het geschaard wordt. Nederland volgt de leidraad van de OESO in dat geval niet. Nederland geeft de voorkeur aan onderlinge afspraken tussen Nederland en de staat waarmee het verdrag gesloten wordt als het om de kwalificatie van inkomensbestanddelen gaat. Volgens Nederland ondermijnt het blind volgen van de OESO anders de intentie van het verdragenrecht.

De meeste belastingverdragen gaan nu nog uit van woonstaatheffing. In steeds meer gevallen mag de bronstaat heffen. Nederland streeft met haar verdragsbeleid naar meer bronstaatheffing. Dit houdt in dat Nederland het heffingsrecht wil over pensioenen en lijfrenten waarover het aftrek heeft toegestaan. De verdeling van de heffingsbevoegdheid in de bilaterale verdragen en het belasten van de premies door Nederland heeft als gevolg dat in gevallen van uitkering en afkoop ná emigratie van nettolijfrente en nettopensioen vaak dubbele heffing ontstaat. Nederland heft in strijd met zijn eigen belastingverdragen als Nederland heft naar aanleiding van de sanctiebepalingen bij afkoop ná emigratie. Dit is in strijd met de goede verdragstrouw als in het belastingverdrag heffing toekomt aan de woonstaat. Het verdrag gaat voor op de nationale bepaling. Om dubbele heffing te voorkomen voorziet het OESO-commentaar in mogelijke oplossingen. Aanpassing van de belastingverdragen is hiervoor een

vereiste. Bij afkoop voorafgaand aan emigratie komt de belastingplichtige niet toe aan het belastingverdrag.

In hoofdstuk vier is de Nederlandse regeling van de nettolijfrente en het nettopensioen aan het EU-recht getoetst. Met behulp van jurisprudentie is het toetsingskader ingevuld dat is ontwikkeld door het HvJ. Toegang tot het Europees recht is mogelijk. De regeling van de nettolijfrente en het nettopensioen maakt inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel bij afkoop ná emigratie indien Nederland haar sanctiebepalingen ten uitvoer brengt. Nederland schendt eenzijdig het belastingverdrag en zorgt op die manier voor een belemmering van de verkeersvrijheden. Eventuele rechtvaardigheidsgronden gaan niet op voor de regelingen. De staatssecretaris van Financiën vindt de regeling van de nettolijfrente en het nettopensioen niet belemmerend werken. De staatssecretaris gebruikt hiervoor een overweging van het HvJ in het arrest *Deutsche Shell*: een lidstaat is niet verplicht om zijn belastingregeling af te stemmen op die van een andere lidstaat. Omwille van het argument van de staatssecretaris van Financiën zijn de regelingen getoetst op de geschiktheid om het doel te bereiken en op de proportionaliteit. De nettolijfrente bereikt zijn doel op nationaal niveau. De stimulans is aanwezig vanwege de vrijstelling in box 3. Bij afkoop ná emigratie van de nettolijfrente of het nettopensioen in het buitenland wordt niet meer voldaan aan het doel. De nettolijfrente en het nettopensioen zorgen er voor dat Nederland de heffingsbevoegdheid naar zich toe trekt. In de praktijk zal de uitleg van de staatssecretaris gevolgd worden. Volgens die uitleg kan Nederland niet heffen en wordt het betreffende belastingverdrag niet geschonden.

5.2 Aanbevelingen & alternatieven

Vanuit de burger gezien is het het verstandigst om de nettolijfrente en het nettopensioen af te kopen voorafgaand aan emigratie. Op deze manier worden een nettolijfrente en nettopensioen niet meer als zodanig aangemerkt en vindt er geen dubbele heffing plaats. Aan het belastingverdrag wordt niet meer toegekomen. Ook de heffing in box 3 wordt niet met terugwerkende kracht teruggenomen. In een brief van de NOB adviseert de Commissie Wetsvoorstellen om de nettolijfrente- en nettopensioenregeling geheel af te schaffen omdat de regelingen te ingewikkeld, opgetuigd en moeilijk te doorgronden zijn.¹⁰⁰ De Commissie Wetsvoorstellen stelt voor om de regelingen te vervangen door een verhoging van de

¹⁰⁰ Brief van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen d.d. 6 oktober 2014, betreffende Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Belastingplan 2015, p.14.

heffingskorting in box 3 voor belastingplichtigen met een inkomen van meer dan € 100.000. De nettolijfrente en het nettopensioen hebben het doel om te voorzien in een oudedagsvoorziening. Een verhoging van de heffingskorting gaat voorbij aan het doel om te voorzien in een oudedagsvoorziening omdat het geld wat door de verhoging van de heffingskorting niet aan belasting hoeft te worden betaald niet gebruikt hoeft te worden voor een oudedagsvoorziening. Het voorstel is om die reden geen goede vervanger.

Op bilateraal niveau kan Nederland bepalingen op laten nemen die zien op de nettolijfrente en het nettopensioen. In de NFV staat dat Nederland in het kader van een compromis met de individuele verdragspartners kan heronderhandelen over een beperkt heffingsrecht voor de bronstaat. Nederland als bronstaat heft dan slechts tot een vooraf gesteld maximumpercentage. De woonstaat kan op deze manier de uitkering ook belasten terwijl deze rekening houdt met een eventuele verrekening van de al geheven belasting in Nederland.¹⁰¹ Daarnaast staan er suggesties in het OESO-commentaar. Hierbij moet rekening gehouden worden met de lijfrente die normaal gesproken volgens het OESO-modelverdrag onder het restartikel valt. Daarnaast is een lijfrente niet afhankelijk van een vroegere dienstbetrekking. Het is daarom aan te raden om een apart lijfrentebegrip op te nemen in het pensioenartikel. Voor het nettopensioen hoeft geen aanpassing gemaakt te worden omdat het nettopensioen al onder het pensioenartikel valt. Uit de suggesties van het OESO-commentaar zijn een aantal geschikt voor de nettolijfrente en het nettopensioen. Ten eerste stelt de OESO een bepaling voor die exclusieve bronstaatheffing toelaat en is daarmee ideaal om dubbele heffing te voorkomen:

*“Subject to the provisions of paragraph 2 of article 19, pensions and other similar remuneration arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State in consideration of past employment shall be taxable only in the first-mentioned State”.*¹⁰²

Een bepaling die niet-exclusieve bronstaatheffing toelaat. Hiermee wordt bedoeld dat de woonstaat en de bronstaat rekening met elkaar houden om dubbele belasting te voorkomen:

“Subject to the provisions of paragraph 2 of Article 19, pensions and other similar remuneration paid to a resident of a Contracting State in consideration of past employment shall be taxable only in that State. However such pensions and other similar

¹⁰¹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 56.

¹⁰² OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 15 onderdeel a.

*remunerations may also be taxed in the other Contracting State if they arise in that State”.*¹⁰³

Daarnaast biedt het verdragsbeleid van de Verenigde Staten uitkomst. Het standaardverdrag van de Verenigde Staten heeft een pensioenartikel dat ervoor zorgt dat de uitkeringen worden vrijgesteld in de woonstaat als deze in de bronstaat ook vrijgesteld zijn wanneer de belastingplichtige niet geëmigreerd zou zijn. Ook artikel 18, paragraaf 2, van het verdrag Nederland-België biedt een oplossing waarin de bronstaat heffingsbevoegd is als fiscale faciliteiten zijn gebruikt in het bronland bij de opbouw van het pensioen of de lijfrente.

Al deze oplossingen of alternatieven vinden plaats op bilateraal niveau. Hiervoor is vereist dat Nederland haar verdragen met lidstaten gaat aanpassen. Dit kost erg veel tijd en is geen realistische oplossing op korte termijn.

Er kan niet veel gedaan worden aan dubbele heffing door uitkering in de woonstaat ná emigratie tenzij de bronstaat heffingsbevoegd is in het bilaterale verdrag. Om twijfel weg te nemen kan Nederland een eventuele schending van het verdrag voorkomen bij afkoop ná emigratie door de twee bepalingen aan te passen in de Wet Inkomstenbelasting die er voor zorgen dat de nettolijfrente en het nettopensioen ontkomen aan de sanctiebepalingen. De uitzondering van de nettolijfrente in artikel 5.16c, zevende lid, van de Wet IB 2001 zou als volgt aangepast moeten worden (aanpassing is dik gedrukt):

*“Voor de toepassing van deze afdeling en de daarop berustende bepalingen wordt niet onder afkoop verstaan het vrijvallen van een aanspraak op het tijdstip waarop **of nadat** de belastingplichtige ophoudt binnenlandse belastingplichtige te zijn.”*

Voor het nettopensioen geldt eenzelfde soort aanpassing in artikel 5.17e, vijfde lid, onderdeel a, van de Wet IB 2001:

*“Voor de toepassing van deze afdeling en de daarop berustende bepalingen: a. wordt niet onder afkoop verstaan het vrijvallen van een aanspraak op het tijdstip waarop **of nadat** de belastingplichtige ophoudt binnenlandse belastingplichtige te zijn.”*

Door deze aanpassingen zijn de sanctiebepalingen ook niet van toepassing als afkoop plaatsvindt ná emigratie. Nederland trekt op deze manier geen heffingsrecht naar zich toe en schendt daarmee niet

¹⁰³ OESO-commentaar bij artikel 18 OESO-modelverdrag 2010, paragraaf 15 onderdeel b.

het bilaterale belastingverdrag indien het heft bij afkoop ná emigratie. De aanpassingen in de twee artikelen zijn niet nodig als de visie van de staatssecretaris wordt gevolgd. Vanuit die visie kan Nederland niet heffen indien afkoop plaatsvindt ná emigratie omdat nettolijfrente en nettopensioen niet onder het bereik van artikel 7.7, tweede lid, van de Wet IB 2001 vallen.

Literatuur

Bessems & Broers 2014

L.G.J. Bessems & B.T. Broers, *Pensioenen de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, Sdu Uitgevers 2014.

De Broe & Neyt 2009

L. De Broe & R. Neyt, 'Tax Treatment of cross-border pensions under the OECD model and EU law' In *Bulletin for international taxation*, Maart 2009, 86-93.

Farmer & Lyal 1994

Paul Farmer & Richard Lyal, 'EC Tax Law', Oxford: Clarendon Press 1994, p. 332-333.

Kanselaar & Ruis 2015

M. Kanselaar & J. Ruis, 'Nettopensioen voorlopig nog een hoop gepuzzel', *PensioenMagazine* 2015, nr. 6.

Kapelle 2014

H.M. Kapelle, 'Nettolijfrente in de tweede pijler; contradictio in terminus!', *WFR* 2014/650.

Kavelaars 2011

P. Kavelaars, 'Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid', *MBB* 2011, nr. 4.

Kemmeren 2009

E.C.C.M Kemmeren, 'Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers', *WFR* 2009/138.

Overgaauw 2014

J.A.C.A. Overgaauw, 'Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht', Kluwer Navigator 2014.

Redactie NTFR 2014

Redactie, 'Nouvelle pensioenwetsvoorstel naar de Tweede Kamer', *NTFR* 2014/529.

Redactie Vakstudienieuws 2014

V-N 1987/2367, 10.

V-N 2014/8.20.

V-N 2014/47.10.

Schonewille 2014

P.H. Schonewille, *'Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen'*, Fiscale Geschriften 2014, nr. 27.

Starink 2006

B. Starink, *'Pensioenkwalificatie in internationale verhoudingen'*, Brochures Toekomstvoorzieningen, CompetenceCentre for Pension Research 2006.

W. Werner 2011

W. Werner, *'Internationaal en Europees recht, een verkenning van grondslagen en kenmerken'*, Groningen: Europa Law Publishing 2011.

Jurisprudentie

Gerecht van eerste aanleg (Tweede Kamer) 27 februari 1992, T-79/89, *"BASF e.a./Commissie"*, ECLI:EU:T:1992:26.

HR 19 juni 2009, nr. 44050, ECLI:NL:PHR:2009:BC4725, BNB 2009/263.

HvJ 21 september 1983, 205-215/82, *"Deutsche Milchkontor"*, ECLI:EU:C:1983:233.

HvJ 11 augustus 1995, C-80/94, *"Wielockx"*, ECLI:NL:XX:1995:AV7900, BNB 1995/319 (noot P.J. Wattel).

HvJ 9 oktober 2001, C-80-99, *"Flemmer"*, ECLI:EU:C:2001:525.

HvJ 19 september 2002, C-366/00, *"Huber"*, ECLI:EU:C:2002:101.

HvJ 3 oktober 2002, C-136/00, *"Danner"*, ECLI:NL:XX:2002:AG4078.

HvJ 29 april 2004, C-244/02, *"Pusa"*, ECLI:EU:C:2004:273.

HvJ 14 november 2006, C-513/04, "*Kerckhaert Morres*", ECLI:EUC:2006:713 (conclusie A-G Geelhoed, ECLI:EU:C:2006:242).

HvJ 21 juni 2007, C-158/06, "*Stichting ROM-projecten*", ECLI:EU:C:2007:370.

HvJ 21 februari 2008, C-271/06, "*Netto Supermarkt*", ECLI:EU:C:2008:105.

HvJ 28 februari 2008, C-293/06, "*Deutsche Shell*", ECLI:EU:C:2008:129, BNB 2009/84 (noot P.J. Wattel).

HvJ 23 oktober 2008, C-157/07, "*Krankenheim*", ECLI:EU:C:2008:588, BNB 2009/86 (noot P.J. Wattel).

HvJ 12 februari 2009, C-67/08, "*Block*", ECLI:EU:C:2009:92.

HvJ 16 juli 2009, C-128/08, "*Damseaux*", ECLI:EU:C:2009:471.

HvJ 1 december 2011, C-250/08, "*Commissie/België*", ECLI:EU:C:2011:793 (conclusie A-G Sharpston, ECLI:EU:C:2011:495).

Kamerstukken

Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 2-4.

Kamerstukken II 2012-2013, 33 610, nr. 8.

Kamerstukken I 2012-2013, 33 672, nr. B.

Kamerstukken II 2013-2014, 33 847, nr. 7.

Kamerstukken II 2013-2014, 33 847, nr. 24.

Kamerstukken II 2013-2014, 33 863, nr. 27.

Kamerstukken II 2013-2014, 33 863, nr. 30.

Kamerstukken I 2013-2014, 33 610, nr. F.

Kamerstukken II 2014-2015, 34 002, nr. 3.

Kamerstukken II 2014-2015, 34 002, nr. 11.

Kamerstukken II 2014-2015, 34 002, nr. 14.

Verdragen

Nederlands Standaardverdrag.

OESO-modelverdrag 2012.

Verdrag Nederland-België 2001.

Verdrag Nederland-Duitsland 1959 & 2012.

Verdrag Nederland-Luxemburg 1968.

Verdrag Nederland-Zweden 1991.

Diversen

- Belastingplan 2015
- Brief van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen d.d. 3 februari 2014, betreffende Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs bij het wetsvoorstel Wijziging van de wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014.
- Brief van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen d.d. 6 oktober 2014, betreffende Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel Belastingplan 2015.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën en van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 18 december 2013, Kamerstukken I 2013-2014, 33 610, I.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën en van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 18 december 2013, Kamerstukken II 2013-2014, 32 043, nr. 188.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 20 januari 2014, betreffende nader rapport inzake het voorstel van de wet tot Wijziging van de Wet verlaging maximumopbouw- en

premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014.

- Brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 6 maart 2014, betreffende wijziging van de Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014 (referentienummer: AFP/2014/234 U).
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 28 maart 2014, betreffende toezegging richtinggevende brief inzake Wijziging van de Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014.
- Brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 12 mei 2014, betreffende de nota naar aanleiding van het schriftelijk overleg met de Tweede Kamer over de richtinggevende brief (onderbrengen nettolijfrente in tweede pijler en sanctiebepaling afkoop nettolijfrente).
- Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 25 april 2014, betreffende Nota van wijziging Verzamelwet pensioenen 2014.
- Brief van de vicepresident van de Raad van State d.d. 15 januari 2014, betreffende wijziging van de Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioengevend inkomen en het Belastingplan 2014 (referentienummer: W06. 14.0001/III).
- Mededeling, COM (2001) 214, definitief, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité, *De opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen*.
- Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.
- Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977.
- De Staatsblad 2014, nr. 197 en 578.