

Dr. E.A.P. Schouten

# **Fiscale Europeesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdend pensioenverkeer**

*Een onderzoek naar Nederlandse fiscale wet- en regelgeving  
betreffende werknemers en pensioenuitvoerders*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2022

## VOORWOORD

In 2002 dacht ik voor het eerst na over het schrijven van een proefschrift. Iedereen om mij heen waarschuwde dat het een hele opgave zou worden. Toen dacht ik nog dat het wel mee zou vallen. Nu, bijna twee decennia later, kom ik tot de conclusie dat zij gelijk hebben gehad ... Terugkijkend op deze periode ben ik blij dat ik heb doorgezet. Het kostte bloed, zweet, tranen en heel veel tijd maar ik ben erg trots op het eindresultaat. Dat ik mijn fiscale proefschrift kan afronden bij de Belastingdienst heeft zo moeten zijn. Toeval bestaat niet.

Het grootse gedeelte van mijn werkzame leven houd ik mij bezig met pensioenen en andere toekomstvoorzieningen. Na mijn studie bedrijfseconomie aan de Universiteit van Amsterdam begon mijn carrière bij een assurantietussenpersoon. Na de nodige branche-opleidingen en de postdoctorale opleiding belastingrecht aan de Erasmus Universiteit stapte ik als fiscalist over naar het fiscaal-juridisch adviesbureau van AMEV. In eerste instantie werkte ik voor de particuliere markt: lijfrenten, kapitaalverzekeringen en de eigen woning. Ik richtte mij steeds meer op het werknemerspensioen en met name de internationale, grensoverschrijdende kant daarvan. Het viel mij op dat consultants en grote werkgevers enthousiast waren over de mogelijkheden van grensoverschrijdende uitvoering van pensioenen. Zij zagen vele voordelen zoals schaalvoordelen, betere control, vergelijkbare arbeidsvoorwaarden in verschillende landen, contact met één toezichthouder, beperkt aantal pensioenaanbieders, etc. Het heeft mij altijd geïntrigeerd dat grensoverschrijdende uitvoering van pensioenregelingen ondanks al deze (vermeende?) voordelen zo moeizaam tot stand komt. Waarom lukt dat toch niet? Ik vond dat helemaal interessant worden toen ik bij Fortis Employee Benefits Europe in Utrecht en Brussel ging werken. Ik maakte van dichtbij mee hoe moeizaam de ontwikkeling van grensoverschrijdende pensioenproducten verliep. Ik wilde onderzoeken wat daarvan de redenen zijn en nog belangrijker, wat de mogelijke oplossingen zouden kunnen zijn.

Na mijn overstap in 2009 naar het fiscaal-juridisch adviesbureau van Aegon, Aegon Adfis, specialiseerde ik mij steeds meer in internationale en grensoverschrijdende pensioenen. Ik kreeg veel te maken met vragen en problemen van grensoverschrijdende werknemers. Toen werd steeds duidelijker wat het onderwerp van mijn proefschrift zou gaan worden. Herman Kappelle, mijn manager en later mijn promotor, heeft hier een stimulerende rol in gespeeld.

Mijn motivatie werd nog groter toen ik in 2013 en 2014 namens het Verbond van Verzekeraars lid was van de Commission Expert Group on European Insurance Contract Law. Deze Expert Group adviseerde de Europese Commissie op het gebied van grensoverschrijdende obstakels in verzekeringscontractenrecht. Eén van de conclusies op het gebied

van grensoverschrijdende pensioenen was dat de belangrijkste obstakels zich op fiscaal gebied bevinden.

Nadat ik een aantal jaar bezig was met mijn onderzoek, kon ik een en ander wat meer formaliseren. Ik werd buitenpromovendus aan de Vrije Universiteit Amsterdam en was verbonden aan het Expertisecentrum Pensioenrecht van deze universiteit. Ik was graag aanwezig bij de periodieke vaktechnische bijeenkomsten. De levendige en soms scherpe discussies over pensioenrecht stimuleerden mij om verder te gaan met mijn proefschrift.

Houten, 1 september 2021

# INHOUDSOPGAVE

## **Voorwoord / V**

## **Lijst van afkortingen / XIX**

### DEEL 1 – ALGEMEEN DEEL

#### HOOFDSTUK 1

##### **Toelichting op het onderzoek / 3**

- 1.1 Inleiding / 3
  - 1.1.1 Opzet hoofdstuk / 3
- 1.2 Achtergrond / 3
  - 1.2.1 Grensoverschrijdend werknemersverkeer / 3
  - 1.2.2 Grensoverschrijdende pensioenuitvoerders / 9
- 1.3 Onderzoeksvraag/probleemstelling / 15
- 1.4 Relevantie van het onderzoek / 16
- 1.5 Afbakening en opzet onderzoek / 17
  - 1.5.1 Afbakening / 17
  - 1.5.2 Definitie aanvullend pensioen / 18
  - 1.5.3 Opzet van onderzoek / 26

#### HOOFDSTUK 2

##### **Europeesrechtelijk fiscaal kader en beslisschema beoordelen inbreuk verdragsvrijheden / 29**

- 2.1 Inleiding / 29
  - 2.1.1 Opzet hoofdstuk / 29
- 2.2 Europeesrechtelijk fiscaal kader / 29
  - 2.2.1 Lidstaten zijn autonoom op fiscaal gebied / 29
  - 2.2.2 Rechtvaardigingsgronden voor fiscale belemmeringen / 31
- 2.3 Beslisschema beoordelen inbreuk verdragsvrijheden / 36
  - 2.3.1 Vraag 1: Heeft de belanghebbende toegang tot het VWEU? / 38
  - 2.3.2 Vraag 2: Is er sprake van discriminatie of van een belemmering in de zin van één de Verdragsvrijheden? / 38
  - 2.3.3 Vraag 3: Is er sprake van een gerechtvaardigd doel? / 40
  - 2.3.4 Vraag 4: Is het middel geschikt om het gerechtvaardigde doel te bereiken (geschiktheidstoets)? / 40

- 2.3.5 Vraag 5: Is het middel proportioneel (noodzakelijkheidstoets)? / 40
- 2.3.6 Fiscale- en pensioenarresten HvJ / 41
- 2.4 Pensioenmededeling / 41
- 2.5 Belastingheffing over pensioenen: grote verschillen tussen lidstaten / 43
  - 2.5.1 EET meest voorkomende systeem / 43
  - 2.5.2 In hoeverre is fiscale ondersteuning van oudedagsvoorzieningen effectief? / 45
- 2.6 Afsluitende opmerkingen / 46

## DEEL 2 – DE WERKNEMER

### HOOFDSTUK 3

#### **Opzet deel 2: de werknemer / 49**

### HOOFDSTUK 4

#### **Grensoverschrijdende werknemer in Europese en Nederlandse wetgeving / 51**

- 4.1 Inleiding / 51
  - 4.1.1 Doel en opzet hoofdstuk / 51
  - 4.1.2 Europees juridisch kader / 51
  - 4.1.3 Nederlands juridisch kader / 52
- 4.2 Grensoverschrijdende werknemer in Europese wetgeving / 52
  - 4.2.1 Algemene werking Unierecht / 52
  - 4.2.2 Vrij verkeer van werknemers / 54
  - 4.2.3 Recht van vrij verkeer en verblijf / 56
  - 4.2.4 Verordening (EU) 492/2011 – vrij verkeer van werknemers binnen de Unie / 57
  - 4.2.5 Vrij verkeer van diensten / 58
  - 4.2.6 Richtlijn 96/71/EG – Detacheringsrichtlijn / 60
  - 4.2.7 Richtlijn (EU) 2018/957 – herziene Detacheringsrichtlijn / 62
  - 4.2.8 Vrij verkeer van werknemers versus vrij verkeer van diensten / 63
  - 4.2.9 Verordening (EG) nr. 883/2004 – coördinatie van de socialezekerheidsstelsels / 63
  - 4.2.10 Richtlijn 98/49/EG – bescherming van rechten op aanvullend pensioen van grensoverschrijdende werknemers / 66
  - 4.2.11 Richtlijn 2003/41/EG – werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening / 67
  - 4.2.12 Richtlijn (EU) 2016/2341 – werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (herschikking) / 67
  - 4.2.13 Richtlijn 2014/50/EU – minimumvereisten voor de vergroting van de mobiliteit van werknemers tussen de lidstaten door het verbeteren van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten / 68
  - 4.2.14 Groenboek over adequate, houdbare en zekere Europese pensioenstelsels / 69
  - 4.2.15 Witboek. Een agenda voor adequate, veilige en duurzame pensioenen / 69
  - 4.2.16 Tussenconclusie / 70

- 4.3 Grensoverschrijdende werknemer in Nederlandse wetgeving / 71
  - 4.3.1 Burgerlijk Wetboek / 71
  - 4.3.2 Pensioenwet / 73
  - 4.3.3 Wet op de loonbelasting 1964 / 74
  - 4.3.4 Tussenconclusie / 77
- 4.4 Grensoverschrijdende werknemer in dit onderzoek / 78
  - 4.4.1 Werknemer / 78
  - 4.4.2 Grenswerker / 79
  - 4.4.3 Gedetacheerde werknemer / 79

## HOOFDSTUK 5

### **Grensoverschrijdende uitgaande werknemer / 81**

- 5.1 Inleiding / 81
  - 5.1.1 Opzet hoofdstuk / 81
  - 5.1.2 Definitie grensoverschrijdende uitgaande werknemer / 82
  - 5.1.3 Scenario's voor grensoverschrijdende uitgaande werknemer / 82
- 5.2 Conserverende aanslag / 84
  - 5.2.1 Achtergrond / 84
  - 5.2.2 Conserverende aanslag in strijd met goede verdragstrouw? / 87
  - 5.2.3 Verdragsbeleid Nederland / 102
  - 5.2.4 Conserverende aanslag in strijd met Unierecht? / 107
  - 5.2.5 Vormt de conserverende aanslag (nog steeds) een fiscale niet-gerechvaardigde belemmering voor grensoverschrijdend pensioenverkeer? / 112
  - 5.2.6 Conclusie / 120
- 5.3 Tijdelijke uitgaande werknemer / 121
  - 5.3.1 Beschrijving van de situatie / 121
  - 5.3.2 Welke mogelijkheden heeft de werknemer? / 122
  - 5.3.3 Wat zijn de fiscale gevolgen van de mogelijkheden voor de werknemer? / 122
  - 5.3.4 In hoeverre is er sprake van een fiscale belemmering? / 124
  - 5.3.5 Is er een rechtvaardiging voor deze belemmering of wordt een tegemoetkoming geboden? / 126
  - 5.3.6 Grenswerker werkt in andere lidstaat / 131
  - 5.3.7 Tussenconclusie / 133
- 5.4 Permanent uitgaande werknemer / 134
  - 5.4.1 Beschrijving van de situatie / 134
  - 5.4.2 Welke mogelijkheden heeft de werknemer? / 134
  - 5.4.3 Wat zijn de fiscale gevolgen van de mogelijkheden voor de werknemer? / 134
  - 5.4.4 In hoeverre is er sprake van een fiscale belemmering en is er een rechtvaardiging voor deze belemmering of wordt een tegemoetkoming geboden? / 138
  - 5.4.5 Tussenconclusie / 149
  - 5.4.6 Aanbevelingen / 149
  - 5.4.7 Inbreukprocedures tegen Nederland / 152

- 5.5 Pensioenuitkeringen in een andere lidstaat / 157
  - 5.5.1 Beschrijving van de situatie / 157
  - 5.5.2 Welke mogelijkheden heeft de werknemer? / 158
  - 5.5.3 Wat zijn de fiscale gevolgen van de mogelijkheden voor de werknemer? / 158
  - 5.5.4 Tussenconclusie / 162
- 5.6 Beantwoording deelvragen / 163
  - 5.6.1 Conserverende aanslag / 163
  - 5.6.2 Tijdelijke uitgaande werknemer / 164
  - 5.6.3 Permanent uitgaande werknemer / 165
  - 5.6.4 Pensioenuitkeringen in een andere lidstaat / 167

## HOOFDSTUK 6

### **Grensoverschrijdende inkomende werknemer / 169**

- 6.1 Inleiding / 169
  - 6.1.1 Opzet hoofdstuk / 169
  - 6.1.2 Definitie grensoverschrijdende inkomende werknemer / 169
  - 6.1.3 Scenario's voor grensoverschrijdende inkomende werknemer / 170
- 6.2 Tijdelijke inkomende werknemer / 171
  - 6.2.1 Beschrijving van de situatie / 171
  - 6.2.2 Welke mogelijkheden heeft de werknemer? / 171
  - 6.2.3 Wat zijn de fiscale gevolgen van de mogelijkheden voor de werknemer? / 171
  - 6.2.4 In hoeverre is er sprake van een fiscale belemmering? / 172
  - 6.2.5 Is er een rechtvaardiging voor deze belemmering of wordt een tegemoetkoming geboden? / 172
  - 6.2.6 Grenswerker werkt in Nederland / 175
  - 6.2.7 Tussenconclusie / 180
- 6.3 Permanent inkomende werknemer / 181
  - 6.3.1 Beschrijving van de situatie / 181
  - 6.3.2 Welke mogelijkheden heeft de werknemer? / 181
  - 6.3.3 Wat zijn de fiscale gevolgen van de mogelijkheden voor de werknemer? / 181
  - 6.3.4 In hoeverre is er sprake van een fiscale belemmering? / 183
  - 6.3.5 Is er een rechtvaardiging voor deze belemmering of wordt een tegemoetkoming geboden? / 184
  - 6.3.6 Tussenconclusie / 184
- 6.4 Pensioenuitkeringen vanuit een andere lidstaat / 184
  - 6.4.1 Beschrijving van de situatie / 184
  - 6.4.2 Welke mogelijkheden heeft de werknemer? / 185
  - 6.4.3 Wat zijn de fiscale gevolgen van de mogelijkheden voor de werknemer? / 185
  - 6.4.4 In hoeverre is er sprake van een fiscale belemmering? / 186
  - 6.4.5 Is er een Europese of nationale tegemoetkoming? / 186
  - 6.4.6 Tussenconclusie / 187

- 6.5 Beantwoording deelvragen / 187
  - 6.5.1 Tijdelijke inkomende werknemer / 187
  - 6.5.2 Permanent inkomende werknemer / 188
  - 6.5.3 Pensioenuitkeringen vanuit een andere lidstaat / 188

## DEEL 3 – DE UITVOERDER

### HOOFDSTUK 7

#### **Opzet deel 3: de uitvoerder / 191**

### HOOFDSTUK 8

#### **Grensoverschrijdende pensioenuitvoerders in Europese en Nederlandse wetgeving / 193**

- 8.1 Inleiding / 193
  - 8.1.1 Opzet hoofdstuk / 193
- 8.2 Grensoverschrijdende pensioenuitvoerders in Europese wetgeving / 194
  - 8.2.1 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie / 194
  - 8.2.2 Richtlijn 2006/123/EG – Dienstenrichtlijn / 200
  - 8.2.3 Richtlijn 2003/41/EG – werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening / 200
  - 8.2.4 Richtlijn (EU) 2016/2341 – werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (herschikking) / 201
  - 8.2.5 Levenrichtlijnen / 205
  - 8.2.6 Richtlijn 2009/138/EG – Solvency II / 206
  - 8.2.7 Tussenconclusie / 207
- 8.3 Grensoverschrijdende pensioenuitvoerders in Nederlandse wetgeving / 208
  - 8.3.1 Pensioenwet / 208
  - 8.3.2 Wet op het financieel toezicht / 209
  - 8.3.3 Tussenconclusie / 210
- 8.4 Grensoverschrijdende pensioenuitvoerder in dit onderzoek / 210

### HOOFDSTUK 9

#### **Beperkingen en obstakels voor een Europese geïntegreerde pensioenmarkt / 211**

- 9.1 Inleiding / 211
  - 9.1.1 Opzet hoofdstuk / 211
- 9.2 Toepasselijk recht en nationaal sociaal- en arbeidsrecht / 212
  - 9.2.1 Toepasselijk recht / 212
  - 9.2.2 Sociaal- en arbeidsrecht / 212
  - 9.2.3 Toezichts- en prudentiële wetgeving / 214
- 9.3 Bepalingen van algemeen belang / 214
- 9.4 Fiscale regelgeving / 216



HOOFDSTUK 10

**Vennootschapsbelasting / 217**

- 10.1 Inleiding / 217
  - 10.1.1 Opzet hoofdstuk / 217
  - 10.1.2 Korte schets van de vennootschapsbelasting / 218
- 10.2 Pensioenfondsen en verzekeraars in de vennootschapsbelasting / 219
  - 10.2.1 Pensioenfondsen / 219
  - 10.2.2 Verzekeraars / 220
- 10.3 Achtergrond en reikwijdte van de subjectieve vrijstelling / 220
  - 10.3.1 Pensioenlichaam / 220
- 10.4 De subjectieve vrijstelling / 223
  - 10.4.1 Voorwaarden: doelstellingseis, werkzaamhedeneis, winstbestemmingseis / 223
  - 10.4.2 Is de subjectieve vrijstelling in strijd met het Unierecht? / 223
  - 10.4.3 Subjectieve vrijstelling Wet Vpb 1969 / 224
  - 10.4.4 Kwalificerende pensioenregeling / 224
- 10.5 Buitenlandse pensioenlichamen in besluit Subjectieve vrijstelling pensioenlichamen 2019 / 225
  - 10.5.1 Inleiding / 225
  - 10.5.2 Toetsingscriteria buitenlandse pensioenlichamen en –regelingen / 226
  - 10.5.3 Te overleggen stukken / 227
  - 10.5.4 Overgangsrecht besluit Subjectieve vrijstelling pensioenlichamen 2019 / 227
- 10.6 Beoordeling bepalingen besluit Subjectieve vrijstelling pensioenlichamen 2019 / 228
  - 10.6.1 Inleiding / 228
  - 10.6.2 Doelstellingseis: voorwaarden aan pensioenregeling / 228
  - 10.6.3 Toetsingscriteria buitenlandse pensioenlichamen en –regelingen in strijd met Unierecht? / 235
  - 10.6.4 Oplossing voor inbreuk / 246
- 10.7 Beantwoording deelvragen / 250
  - 10.7.1 Subjectieve vrijstelling / 250
  - 10.7.2 Toetsingscriteria buitenlandse pensioenlichamen en –regelingen / 251
  - 10.7.3 Aanbeveling voor mogelijke oplossing / 252

HOOFDSTUK 11

**Dividendbelasting / 255**

- 11.1 Inleiding / 255
  - 11.1.1 Opzet hoofdstuk / 255
  - 11.1.2 Korte schets van de dividendbelasting / 255
- 11.2 Pensioenfondsen en verzekeraars in de dividendbelasting / 256
  - 11.2.1 Pensioenfonds / 256
  - 11.2.2 Verzekeraar / 256
  - 11.2.3 Buitenlandse aandeelhouders / 256

- 11.3 Teruggaaf ingehouden dividendbelasting aan een binnenlands pensioenlichaam / 257
  - 11.3.1 Voorwaarden teruggaaf / 257
  - 11.3.2 Invoering inhoudingsvrijstelling voor pensioenfondsen? / 257
- 11.4 Teruggaaf ingehouden dividendbelasting aan een in de EU gevestigd pensioenlichaam / 258
  - 11.4.1 Voorwaarden / 258
  - 11.4.2 Dubbele niet-onderworpenheidstoets / 259
  - 11.4.3 Twijfels in de literatuur / 260
  - 11.4.4 Toetsing aan Unierecht / 262
  - 11.4.5 Tussenconclusie / 267
  - 11.4.6 Aanbevelingen / 267
- 11.5 Teruggaaf ingehouden dividendbelasting aan een in de EER gevestigd pensioenlichaam / 268
  - 11.5.1 Voorwaarden teruggaaf dividendbelasting / 268
  - 11.5.2 Tussenconclusie en aanbevelingen / 269
- 11.6 Teruggaaf ingehouden dividendbelasting aan een in een derde land gevestigd pensioenlichaam / 269
  - 11.6.1 Onder voorwaarden mogelijk / 269
  - 11.6.2 HvJ: CPP-arrest / 269
  - 11.6.3 Hoge Raad 14 februari 2014, pensioenlichaam gevestigd in Zwitserland / 270
  - 11.6.4 Tussenconclusie en aanbevelingen / 270
- 11.7 Teruggaaf ingehouden dividendbelasting op basis van een belastingverdrag / 270
  - 11.7.1 Onderworpenheidsvereiste / 270
  - 11.7.2 Woonplaatsverklaring / 271
  - 11.7.3 Niet-verrekenbare Nederlandse dividendbelasting / 272
  - 11.7.4 Voorbeeld verrekenbare Nederlandse dividendbelasting: verdrag met Verenigd Koninkrijk / 273
- 11.8 Teruggaaf ingehouden dividendbelasting: de praktijk / 273
  - 11.8.1 Inleiding / 273
  - 11.8.2 Inbreukprocedures tegen lidstaten / 274
  - 11.8.3 Gedragscode over bronbelasting / 276
  - 11.8.4 Voorstel voor één fiscale definitie van 'pensioenfonds' / 278
- 11.9 Beantwoording deelvragen / 280
  - 11.9.1 Voorwaarden teruggaaf en belemmering / 280
  - 11.9.2 Aanbeveling voor mogelijke oplossing / 281
  - 11.9.3 Vereenvoudiging van de praktijk: één fiscale definitie van pensioenfonds / 282

## HOOFDSTUK 12

### **Omzetbelasting** / 283

- 12.1 Inleiding / 283
  - 12.1.1 Opzet hoofdstuk / 283
  - 12.1.2 Korte schets van de omzetbelasting / 284

- 12.1.3 Karakters pensioenregeling relevant in jurisprudentie / 285
- 12.2 Pensioenfondsen en verzekeraars in de omzetbelasting / 286
  - 12.2.1 Pensioenfondsen / 286
  - 12.2.2 Verzekeraars / 290
  - 12.2.3 Premiepensioeninstellingen / 290
- 12.3 Het pensioenfonds als een gemeenschappelijk beleggingsfonds? / 291
  - 12.3.1 Inleiding / 291
  - 12.3.2 Jurisprudentie / 291
  - 12.3.3 Kamervragen en brieven van staatssecretaris van Financiën / 292
  - 12.3.4 Wet toekomst pensioenen / 298
  - 12.3.5 Working paper van het btw-comité / 299
  - 12.3.6 Heeft Nederland artikel 135, lid 1, onderdeel g Richtlijn 2006/112/EG correct geïmplementeerd? / 301
- 12.4 Conclusie / 307

## HOOFDSTUK 13

### **Loonbelasting** / 309

- 13.1 Inleiding / 309
  - 13.1.1 Opzet hoofdstuk / 309
  - 13.1.2 ‘Verzekeraars’ in de Wet LB 1964 / 309
- 13.2 Pensioenfondsen en verzekeraars als toegestane pensioenuitvoerders in de loonbelasting / 310
  - 13.2.1 In Nederland gevestigde pensioenuitvoerders / 310
  - 13.2.2 Buitenlandse pensioenuitvoerder bij voortzetting pensioenregeling / 310
  - 13.2.3 Aangewezen buitenlandse pensioenuitvoerder / 310
- 13.3 Zijn gestelde eisen aan in een andere lidstaat gevestigde pensioenuitvoerder strijdig met het Unierecht? / 311
  - 13.3.1 Inleiding / 311
  - 13.3.2 In een andere lidstaat gevestigde pensioenuitvoerder bij voortzetting pensioenregeling / 312
  - 13.3.3 In een andere lidstaat gevestigde aangewezen pensioenuitvoerder / 313
- 13.4 Beantwoording deelvragen / 315
  - 13.4.1 In een andere lidstaat gevestigde pensioenuitvoerder bij voortzetting pensioenregeling / 316
  - 13.4.2 In een andere lidstaat gevestigde aangewezen pensioenuitvoerder / 316

## DEEL 4 – SAMENVATTING, BELEMMERINGEN EN AANBEVELINGEN VOOR OPLOSSINGEN

## HOOFDSTUK 14

### **Overzicht Deel 4** / 319

- 14.1 Inleiding / 319
  - 14.1.1 Opzet deel 4 / 319
  - 14.1.2 Indeling onderzoek / 319
- 14.2 Probleemstelling / 320

- 14.3 Europeesrechtelijk fiscaal kader en beslisschema beoordelen inbreuk verdragsvrijheden / 321

## HOOFDSTUK 15

### **Grensoverschrijdende werknemer / 323**

- 15.1 Inleiding / 323
  - 15.1.1 Opzet hoofdstuk / 323
- 15.2 Achtergrond / 323
  - 15.2.1 Inleiding / 323
  - 15.2.2 Definitie grensoverschrijdende werknemer / 324
  - 15.2.3 Verdragsbeleid Nederland / 324
- 15.3 Grensoverschrijdende uitgaande werknemer / 325
  - 15.3.1 Conserverende aanslag / 325
  - 15.3.2 Tijdelijke uitgaande werknemer en grenswerker / 327
  - 15.3.3 Permanent uitgaande werknemer / 328
  - 15.3.4 Pensioenuitkeringen in een andere lidstaat / 333
- 15.4 Grensoverschrijdende inkomende werknemer / 333
  - 15.4.1 Tijdelijke inkomende werknemer en grenswerker / 333
  - 15.4.2 Permanent inkomende werknemer / 334
  - 15.4.3 Pensioenuitkeringen vanuit een andere lidstaat / 335

## HOOFDSTUK 16

### **Grensoverschrijdende uitvoerder / 337**

- 16.1 Inleiding / 337
  - 16.1.1 Opzet hoofdstuk / 337
- 16.2 Achtergrond / 337
  - 16.2.1 Inleiding / 337
  - 16.2.2 Grensoverschrijdende pensioenuitvoerders / 337
  - 16.2.3 Beperkingen en obstakels voor een Europese geïntegreerde pensioenmarkt / 338
- 16.3 Vennootschapsbelasting / 338
  - 16.3.1 Subjectieve vrijstelling / 338
  - 16.3.2 Toetsingscriteria buitenlandse pensioenlichamen en -regelingen / 339
  - 16.3.3 Aanbeveling voor mogelijke oplossing / 340
- 16.4 Dividendbelasting / 341
  - 16.4.1 Voorwaarden teruggaaf en belemmering / 341
  - 16.4.2 Aanbeveling voor mogelijke oplossing / 342
  - 16.4.3 Vereenvoudiging van de praktijk: één fiscale definitie van pensioenfonds / 343
- 16.5 Omzetbelasting / 343
  - 16.5.1 Pensioenuitvoerders in de omzetbelasting / 343
  - 16.5.2 Vrijstelling voor collectief vermogensbeheer / 344
  - 16.5.3 Kamervragen / 345
  - 16.5.4 Wet toekomst pensioenen / 345

- 16.5.5 Working paper van het btw-comité / 346
- 16.5.6 Heeft Nederland artikel 135, lid 1, onderdeel g Richtlijn 2006/112/EG correct geïmplementeerd? / 346
- 16.5.7 Implementatie in België / 347
- 16.6 Loonbelasting / 347
  - 16.6.1 Toegestane pensioenuitvoerders in de loonbelasting / 347
  - 16.6.2 Buitenlandse pensioenuitvoerder bij voortzetting pensioenregeling / 348
  - 16.6.3 Aangewezen buitenlandse pensioenuitvoerder / 348
  - 16.6.4 Zijn gestelde eisen aan in een andere lidstaat gevestigde pensioenuitvoerder strijdig met het Unierecht? / 349

## HOOFDSTUK 17

### **Aanbevelingen en slotwoord** / 351

- 17.1 Aanbevelingen / 351
  - 17.1.1 Permanent uitgaande werknemer / 351
  - 17.1.2 Pensioenuitvoerder: vennootschapsbelasting / 352
  - 17.1.3 Pensioenuitvoerder: dividendbelasting / 353
  - 17.1.4 Pensioenuitvoerder: omzetbelasting / 353
  - 17.1.5 Pensioenuitvoerder: loonbelasting / 354
- 17.2 Slotwoord / 354

## BIJLAGEN

### BIJLAGE A:

#### **Arresten HvJ en Hoge Raad** / 357

- A.1 Deel 1: Werknemers / 357
  - A.1.1 Bachmann / 357
  - A.1.2 Wielockx / 358
  - A.1.3 Safir / 358
  - A.1.4 Danner / 359
  - A.1.5 Skandia-Ramstedt / 360
  - A.1.6 Hughes De Lasteyrie du Saillant / 360
  - A.1.7 Zaak-N en National Grid Indus BV / 361
  - A.1.8 Commissie/Denemarken / 363
  - A.1.9 Commissie/België / 364
  - A.1.10 Montag / 364
- A.2 Deel 2: Uitvoerders (dividendbelasting) / 366
  - A.2.1 College Pension Plan of British Columbia (CPP) / 366
  - A.2.2 Pensioenfonds Metaal en Techniek / 367
  - A.2.3 Commissie/Finland / 368
  - A.2.4 Commissie/Portugal / 369
  - A.2.5 Aberdeen / 370
  - A.2.6 Denkavit / 370
  - A.2.7 Fokus Bank / 371

- A.2.8 Hoge Raad, 18 oktober 2019, pensioenlichaam gevestigd in Japan / 371
- A.2.9 Hoge Raad 14 februari 2014, pensioenlichaam gevestigd in Zwitserland / 373
- A.2.10 Hoge Raad 15 november 2013, Fins beleggingsfondsarrest / 374
- A.3 Deel 2: Uitvoerders (omzetbelasting) / 375
  - A.3.1 Wheels Common Investment Fund / 375
  - A.3.2 ATP Pension Services A/S / 376
  - A.3.3 PPG Holdings BV / 377
  - A.3.4 Hoge Raad 9 december 2016 / 379

BIJLAGE B:

**Toegelaten buitenlandse pensioenuitvoerders op Nederlandse markt / 383**

**Literatuurlijst / 385**

- Aangehaald / 385
- Kamerstukken en brieven / 391
- Besluiten en dergelijke / 393
- Documenten EU / 394
  - Europese instellingen / 394
  - EIOPA / 396
- Andere documenten / 396
  - CBS / 396
  - OECD/OESO / 396
  - SER / 397
  - SEO / 397
  - Overig / 397
- Jurisprudentieoverzicht / 397
  - Hof van Justitie EU / 397
  - Hof van Justitie van de Europese Vrijhandels Associatie / 401
  - Hoge Raad / 401
  - Gerechtshoven / 402
  - Rechtbanken / 402

## DEEL 1 – ALGEMEEN DEEL





## HOOFDSTUK 1

# Toelichting op het onderzoek

## 1.1 Inleiding

### 1.1.1 Opzet hoofdstuk

In dit inleidende hoofdstuk geef ik een toelichting op mijn onderzoek. Ik begin met een paragraaf over de achtergrond van grensoverschrijdend verkeer van werknemers met een inleidend overzicht van enkele Europeesrechtelijke aspecten. Verder ga ik in op enkele kwantitatieve gegevens, sta stil bij de positie van de gedetacheerde werknemer en geef een globaal overzicht van de fiscale behandeling van pensioenen van grensoverschrijdende werknemers. Daarna staan grensoverschrijdende pensioenuitvoerders centraal. Ook hier sta ik stil bij Europeesrechtelijke aspecten, kwantitatieve gegevens en enkele obstakels die de totstandkoming van een interne pensioenmarkt bemoeilijken. Ook bespreek ik overwegingen van werkgevers wel of niet te kiezen voor grensoverschrijdende pensioenuitvoering.

In paragraaf 1.3 bespreek ik het onderzoeksdoel, de probleemstelling en de deelvragen van mijn onderzoek. In de daaropvolgende paragraaf geef ik aan wat de relevantie van mijn onderzoek is en ik eindig met een paragraaf over de afbakening en opzet van mijn onderzoek.

Dit manuscript is afgesloten op 1 januari 2021. Met ontwikkelingen van na deze datum kon ik slechts beperkt rekening houden.

## 1.2 Achtergrond

### 1.2.1 Grensoverschrijdend werknemersverkeer

Eén van de doelstellingen van de Europese Unie (EU) is het realiseren van een interne markt zonder binnengrenzen.<sup>1</sup> Om dit te bereiken geldt een viertal Europese grondrechten in de vorm van fundamentele vrijheden: het vrij verkeer van personen,<sup>2</sup> goederen,<sup>3</sup> diensten<sup>4</sup> en kapitaal<sup>5</sup>. Het vrij verkeer van personen valt in twee groepen bepalingen uiteen: de bepalingen betreffende het vrij verkeer van werknemers<sup>6</sup> en die voor zelfstandigen of

---

1 Artikel 3, lid 3 VEU.

2 Artikelen 45 t/m 55 VWEU.

3 Artikelen 28 t/m 37 VWEU.

4 Artikelen 56 t/m 62 VWEU.

5 Artikelen 63 t/m 66 VWEU.

6 Artikelen 45 t/m 48 VWEU.

bedrijven: de vrijheid van vestiging<sup>7</sup>. Voor postactieven (pensioengerechtigden) is het recht van vrij verkeer en verblijf<sup>8</sup> relevant.

Het Unierecht kent twee juridisch van elkaar te onderscheiden vormen van grensoverschrijdende werknemersmobiliteit. Werknemers hebben op grond van het vrij verkeer van werknemers het recht zich van de ene lidstaat naar de andere te begeven om daar te gaan werken of een dienstbetrekking te zoeken. Zij worden beschermd tegen discriminatie op grond van nationaliteit door artikel 45 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Werknemers kunnen ook in een lidstaat werken omdat zij daar ‘ter beschikking worden gesteld’<sup>9</sup> door hun in een andere lidstaat gevestigde werkgever. Er is dan sprake van detachering; de werkgever maakt gebruik van het vrij verkeer van diensten volgens artikel 56 VWEU. Dit is verder uitgewerkt in Richtlijn 96/71/EG (Detacheringsrichtlijn). Deze twee vormen van werknemersmobiliteit verschillen in juridische zin en bespreek ik in de volgende paragrafen.

### 1.2.1.1 Vrij verkeer van werknemers

#### 1.2.1.1.1 Migranten

In het kader van het vrij verkeer van werknemers is in artikel 45 VWEU vastgelegd dat *“het verkeer van werknemers binnen de Unie vrij is”* en dat dit *“de afschaffing inhoudt van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden”*. Dit betekent dat elke nationale autoriteit en elke – zowel publieke en particuliere – werkgever de rechten moet toepassen die voortvloeien uit artikel 45 VWEU en deze rechten moet eerbiedigen.

Volgens de Europese Commissie (de Commissie) draagt het vrij verkeer niet alleen bij aan de verwezenlijking van de interne markt. Het vrij verkeer heeft ook een belangrijke sociale dimensie omdat het de sociale, economische en culturele inclusie van migrerende EU-werknemers in de ontvangende lidstaten bevordert.<sup>10</sup>

Op een totale EU-bevolking in de werkende leeftijd (20-64 jaar) van 306 miljoen personen, verblijven in 2017 ongeveer 11 miljoen migranten in de werkende leeftijd langere tijd in een andere lidstaat dan hun lidstaat van herkomst.<sup>11</sup> Zij maken 3,7 procent uit van de totale bevolking in de werkende leeftijd in de EU. Wat betreft de jaarlijkse stromen van

7 Artikelen 49 t/m 55 VWEU.

8 Artikel 21 VWEU.

9 Artikel 2, lid 1 Richtlijn 96/71/EG verstaat onder ‘ter beschikking gestelde werknemer’: *“iedere werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt op het grondgebied van een Lid-Staat die niet de Staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt”*.

10 Zie ook Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Het vrije verkeer van werknemers opnieuw garanderen: rechten en belangrijkste ontwikkelingen Brussel*, 13 juli 2010, COM(2010)373 definitief.

11 Getallen en gegevens in deze alinea zijn afkomstig uit: Europese Rekenkamer, *Vrij verkeer van werknemers – de fundamentele vrijheid is gewaarborgd, maar de mobiliteit van werknemers zou gebaat zijn bij een doelgericht inzet van EU-middelen*, speciaal verslag nummer 6, Luxemburg, 2018.

migranten in de werkende leeftijd migreerden er 1,1 miljoen mensen in 2014. Daarnaast steken 1,3 miljoen personen dagelijks de grens over om in een andere lidstaat dan die waar ze wonen, te gaan werken. Hoewel relatief weinig mensen in een andere lidstaat verblijven dan hun lidstaat van herkomst, komt volgens de Commissie het vrij verkeer van werknemers niet alleen de werknemers zelf ten goede, maar profiteert ook de economie van de lidstaten ervan doordat vaardigheden en vacatures in de arbeidsmarkt van de EU beter op elkaar kunnen worden afgestemd.<sup>12</sup>

Volgens het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) zijn er nooit eerder zoveel mensen geïmmigreerd én geëmigreerd van en naar Nederland als in 2017.<sup>13</sup> In 2017 vestigden zich 235.000 immigranten in Nederland en vertrokken 154.000 emigranten. In de periode 2013–2017 keerden gemiddeld per jaar 30.000 in Nederland geboren personen terug naar Nederland. De instroom van buiten Nederland geboren immigranten bestond in 2017 voor bijna de helft uit personen uit andere EU-lidstaten. Sinds de uitbreiding van de EU in 2004 met tien Midden- en Oost-Europese landen is de immigratie vanuit de EU sterk toegenomen. Veel immigranten kwamen voor werk of studie, en met deze migranten kwamen ook gezinsleden mee.

Specifiekere cijfers over grensoverschrijdende werknemers zijn te vinden in een publicatie van het CBS over migratiemotieven.<sup>14</sup> In 2018 kwamen 191.000 immigranten naar Nederland die geen Nederlandse nationaliteit hadden. Voor de 110.000 immigranten uit EU- of EVA-landen<sup>15</sup> was werk het belangrijkste migratiemotief. Na de EU-uitbreidingen van 2004 en 2007 werd arbeidsmigratie een steeds belangrijker motief voor EU- en EVA-burgers. Sinds 2013 is werk belangrijker dan gezin als migratiemotief voor deze groep. Bijna 40 procent kwam in 2018 naar Nederland om te werken. Niet alle immigranten vestigen zich voor langere tijd in Nederland. Dit is mede afhankelijk van de reden waarom een immigrant naar Nederland komt. Arbeids- en studiemigranten komen doorgaans voor kortere tijd, terwijl gezins- en asielmigranten meestal langere tijd blijven. Van de EU- en EVA-immigranten die in 1999 en 2009 naar Nederland kwamen om te werken was bijna drie kwart tien jaar later weer vertrokken.

Elke EU-burger heeft het recht in een andere lidstaat te wonen en te werken zonder op grond van zijn nationaliteit te worden gediscrimineerd. Ondanks de geboekte vooruitgang worden burgers bij de uitoefening van dit recht nog steeds met wettelijke, administratieve en praktische obstakels geconfronteerd. Een verslag<sup>16</sup> over de toepassing van Richtlijn

12 Zie ook Persbericht Europese Commissie, *Free movement of people: five actions to benefit citizens, growth and employment in the EU*, IP/13/1151, Brussel, 25 November 2013.

13 De gegevens uit deze alinea zijn afkomstig van: Centraal Bureau voor de Statistiek, *Recordaantal immigranten en emigranten in 2017*, 18 oktober 2018.

14 Centraal Bureau voor de Statistiek, *Werk en gezin belangrijkste migratiemotieven voor immigranten*, 23 juli 2020.

15 Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) is een samenwerkingsverband tussen Liechtenstein, Noorwegen, IJsland en Zwitserland.

16 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, COM(2008) 840 van 10 december 2008.

2004/38/EG<sup>17</sup> over het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de EU en hun familieleden, concludeerde in 2008 dat de omzetting van de richtlijn over het geheel genomen nogal teleurstellend is. Het verslag schenkt ook aandacht aan een aantal problemen waarmee EU-burgers wordt geconfronteerd. De conclusie naar aanleiding van het Europees Jaar van de mobiliteit van werknemers in 2006 was dat er naast wettelijke en administratieve obstakels (bijvoorbeeld de erkenning van kwalificaties) nog andere factoren de transnationale mobiliteit beïnvloeden: huisvesting, taal, werkgelegenheid van echtgenoten en partners, terugkeermechanismen en historische 'barrières'. Uit onderzoek van de Europese Rekenkamer in 2018<sup>18</sup> blijkt dat er nog steeds veel te verbeteren valt. Eén van de aanbevelingen is dat de Commissie meer gebruik moet maken van de gemakkelijk toegankelijke gegevens in de lidstaten om een betere indicatie te kunnen geven van de aspecten ten aanzien waarvan gediscrimineerd wordt en hoe dit verschilt tussen de lidstaten. Met behulp van dergelijke informatie kunnen doelgerichte acties tegen discriminatie worden ondernomen.

#### 1.2.1.1.2 Grenswerkers

Een grenswerker is een werknemer die woont aan de ene kant van de grens en werkt aan de andere kant van de grens en die dagelijks of ten minste eenmaal in de week naar de woonstaat terugkeert.<sup>19</sup> Uit gegevens van het CBS<sup>20</sup> blijkt dat het aantal werknemers dat in 2017 uit België en Duitsland naar Nederland kwam om te werken, aanzienlijk groter was dan het aantal dat in omgekeerde richting reisde. Vanuit Duitsland kwamen 39.560 werknemers in Nederland werken, vanuit België 38.910. Vanuit Nederland werkten 9.560 werknemers in Nedersaksen of Noordrijn-Westfalen en 12.010 in Vlaanderen. In Wallonië werken slechts 270 werknemers uit Nederland.

#### 1.2.1.1.3 Gedetacheerde werknemers

Gedetacheerde werknemers worden door hun werkgever tijdelijk naar een andere lidstaat uitgezonden dan de staat waar de werknemer gewoonlijk werkt. Zij vallen niet onder de regels van de arbeidsmarkt van die andere lidstaat maar blijven vallen onder deze regels van het land van herkomst. De mogelijkheid om door detachering van werknemers arbeid te verrichten in andere lidstaten dan de lidstaat waar de werknemer gewoonlijk werkt, maakte het voor ondernemers in sommige branches aantrekkelijk om grensoverschrijdende opdrachten aan te nemen. De oorzaak voor deze populariteit van detachering is het verschil in arbeidskosten tussen de lidstaten. Economisch gezien is het aantrekkelijker om

17 Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, PbEU, L 229/35.

18 Europese Rekenkamer, *Vrij verkeer van werknemers – de fundamentele vrijheid is gewaarborgd, maar de mobiliteit van werknemers zou gebaat zijn bij een doelgerichter inzet van EU-middelen*, speciaal verslag nummer 6, Luxemburg, 2018, hoofdstuk "Conclusies en aanbevelingen".

19 Vereniging voor Belastingwetenschap, *Grenswerkers in Europa, een onderzoek naar fiscale, socialeverzekerings- en pensioenaspecten van grensoverschrijdend werken*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 257, februari 2017, p. 8.

20 Databank "Grensdata"; <https://opendata.grensdata.eu/#/InterReg/nl/dataset/22003NED/table?ts=1589353805666>. Website bezocht op 7 juli 2020.

vanuit landen met lage lonen werknemers te detacheren naar landen met hoge lonen dan andersom. Het stimuleren van meer communautaire concurrentie tussen ondernemingen, brengt als neveneffect de mogelijkheid van concurrentie op arbeidskosten met zich via grensoverschrijdende detachering van werknemers. Tegenstanders noemen (uitwassen van) dit neveneffect ook wel 'sociale dumping'.<sup>21</sup> In deze context werd in 1996 de Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71/EG) gepubliceerd. De richtlijn beoogt een evenwicht te brengen tussen enerzijds de uitoefening van het vrij verkeer van diensten en anderzijds een passende arbeidsbescherming voor de betreffende werknemers. Deze richtlijn is op 9 juli 2018 gewijzigd door Richtlijn (EU) 2018/957, de herziene Detacheringsrichtlijn.<sup>22</sup>

In 2016 waren er 2,3 miljoen gedetacheerde werknemers in de EU.<sup>23</sup> Tussen 2010 en 2016 was er een toename met 69%. Het aandeel gedetacheerde werknemers in het totale personeelsbestand blijft echter laag, aangezien zij slechts 0,4% van de totale werkgelegenheid in de EU vertegenwoordigen. In absolute termen ontvangen Duitsland, Frankrijk en België het grootste aantal gedetacheerde werknemers (samen ongeveer 50%). De meeste gedetacheerde werknemers komen uit Polen, Duitsland en Slovenië. Het aantal uitgaande gedetacheerde werknemers uit Nederland is in 2016 ongeveer 99.000, het aantal inkomende gedetacheerde werknemers is ongeveer 91.000. Meer dan de helft van de detacheringen vindt plaats tussen buurlanden, in sommige gevallen kan dit tot 80% oplopen. In 2016 kwamen de meeste gedetacheerden in Nederland uit Duitsland (31%), België (18%) en Polen (15%). Gedetacheerde werknemers gingen vanuit Nederland het meest naar België (45%), Duitsland (20%) en Frankrijk (10%).

### 1.2.1.2 Fiscale behandeling van grensoverschrijdende pensioenen van werknemers

Op fiscaal gebied zijn de lidstaten autonoom en hebben in beginsel volledige zeggenschap over hun eigen fiscale regelgeving. Op het gebied van directe belastingen moeten de lidstaten de verdragsvrijheden wel in acht nemen. Met andere woorden, ondanks dat de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, zijn zij verplicht die bevoegdheid in overeenstemming met het Unierecht uit te oefenen. De nationale belastingwetgeving mag niet leiden tot een directe of indirecte discriminatie of een belemmering van het vrije verkeer.<sup>24</sup>

Specifieke fiscale bepalingen op het gebied van pensioenen verschillen in grote mate tussen de lidstaten. In principe zijn er drie aangrijpingspunten voor de belastingheffing over pensioen, namelijk de betaalde premies, de beleggingsopbrengsten bij de pensioen-uitvoerder en de pensioenuitkeringen. Zonder aanvullende fiscale maatregelen zou sprake zijn van drievoudige belastingheffing. In de meeste lidstaten wordt de pensioenpremie

21 Zie M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van richtlijn 96/71/EG* (diss.), Deventer, Kluwer (Handelseditie), 2005, p. 3.

22 Zie verder paragrafen 4.2.6 en 4.2.7.

23 De gegevens uit deze alinea zijn afkomstig van de website van het Europese Parlement: Hervorming wetgeving gedetacheerde werknemers: <https://www.europarl.europa.eu/news/nl/headlines/society/20171012STO85930/hervorming-wetgeving-gedetacheerde-werknemers>. Bezocht op 12 februari 2021.

24 Zie HvJ EG 8 mei 1990, C175/88, ECLI:EU:C:1990:186, *Jur.* 1990, p. I-1789 (*Biehl*) en HvJ EG 13 juli 1993, C330/91, ECLI:EU:C:1993:303, *Jur.* 1993, I-4017 (*Commerzbank*).

echter niet tot het belastbaar loon van de werknemer gerekend.<sup>25</sup> In Nederland is dit ook de situatie; er wordt in dit verband gesproken over de omkeerregel; aanspraken uit een pensioenregeling behoren niet tot het loon<sup>26</sup>, alle daaruit voortvloeiende uitkeringen wel. De voorwaarden waaraan een regeling moet voldoen om door de fiscus te worden erkend, variëren sterk. De meeste lidstaten verlenen vrijstelling van belastingheffing voor de beleggingsopbrengsten en vermogenswinsten van pensioenuitvoerders<sup>27</sup>. Vrijwel alle lidstaten belasten de pensioenuitkeringen van gepensioneerden, ongeacht of deze als periodieke uitkering dan wel als uitkering ineens worden uitbetaald. De gehanteerde tarieven en de hoogte van de belastingvrije bedragen zijn echter sterk verschillend. In sommige lidstaten geldt voor uitkeringen ineens een gunstiger tarief of zelfs een volledige vrijstelling, terwijl een uitkering ineens in andere lidstaten (zoals Nederland) juist verboden is.<sup>28</sup> Doordat niet alle landen de omkeerregel op dezelfde wijze toepassen, kan er na emigratie sprake zijn van internationale economische dubbele heffing. In paragraaf 5.2.5 geef ik antwoord op de vraag of dit in het kader van een conserverende aanslag een niet-gerechtigde belemmering zou kunnen zijn.

Belastingverdragen spelen een belangrijke rol in de fiscale behandeling van grensoverschrijdende pensioenen; zowel in opbouw- als in de uitkeringsfase. In een verdrag worden de heffingsrechten tussen twee landen verdeeld waardoor het risico op dubbele belastingheffing of dubbele non-heffing wordt tegengegaan. Werknemers die in het buitenland gaan werken en gepensioneerden die in het buitenland (gaan) wonen, kunnen tegen dubbele belastingheffing aanlopen in het geval beide landen (elk op basis van hun nationale wet) over hetzelfde inkomen van deze personen belasting wil heffen. Daarnaast kan het belastingverdrag een nuttige rol spelen bij het effectueren van belastingheffing in grensoverschrijdende situaties door bijvoorbeeld afspraken te maken over uitwisseling van informatie en bijstand bij invordering door de belastingdiensten.<sup>29</sup>

De Commissie stelde zich in 2001 in de Pensioenmededeling op het standpunt dat nationale regels die de fiscale facilitering van pensioenpremies afhankelijk stellen van de voorwaarde dat zij aan een op het nationale grondgebied gevestigde pensioeninstelling worden betaald,

25 Zie ook Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité, *De opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen*, Brussel, 19 april 2001, COM(2001) 214 definitief en Fiscale Geschriften nr. 27, *Pensioen en de belangrijkste toekomstvoorzieningen*, P.H. Schonewille, Hoofdstuk 9: Belastingen en pensioenen in EU-context, 1 januari 2020.

26 Artikel 11, lid 1, onderdeel c Wet LB 1964.

27 De heffing over beleggingsopbrengsten en vermogenswinsten vindt in de uitkeringsfase plaats, doordat de volledige periodieke of eenmalige pensioenuitkering belast is. En deze bestaat uit (globaal gesteld) premies plus beleggingsopbrengsten en vermogenswinsten verminderd met kosten.

28 Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité, *De opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen*, Brussel, 19 april 2001, COM(2001) 214 definitief, p. 6. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over deze problematiek bijvoorbeeld: D. Gutmann, *Tax Treatment of Pensions – A Comparative Analysis*, European Taxation, december 2001, p. 8–12.

29 Kamerstukken II 2019/2020, 25087, 256, par. 2.1 (*Notitie Internationaal fiscaal (verdrags)beleid 2020*).

in strijd zijn met de fundamentele vrijheden van het VWEU.<sup>30</sup> De Commissie startte als vervolg op de Pensioenmededeling inbreukprocedures tegen lidstaten die discrimineerden tegen grensoverschrijdende premiebetalingen.<sup>31</sup> Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ)<sup>32</sup> volgde het standpunt van de Commissie en dwong lidstaten hun fiscale regels aan te passen.<sup>33</sup>

### 1.2.2 Grensoverschrijdende pensioenuitvoerders

Zoals hierboven in de inleiding is aangegeven, richt ik mijn onderzoek niet alleen op de grensoverschrijdende werknemer maar ook op grensoverschrijdende pensioenuitvoerders. Deze uitvoerders kunnen grensoverschrijdend binnen de EU opereren door ofwel zich in een andere lidstaat te vestigen (vrijheid van vestiging<sup>34</sup>) ofwel grensoverschrijdend hun diensten aan te bieden in andere lidstaten, terwijl zij gevestigd blijven in het land van herkomst (vrij verkeer van diensten<sup>35</sup>). Voor wat betreft onder andere beleggingen en investeringen van de pensioenuitvoerder zijn de bepalingen van omtrent het vrij verkeer van kapitaal<sup>36</sup> van belang.

Op grond van Europese richtlijnen kunnen twee soorten pensioenuitvoerders grensoverschrijdend opereren: verzekeraars<sup>37</sup> en instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening<sup>38</sup>.

#### 1.2.2.1 Weinig buitenlandse aanbieders

Nederlandse werkgevers hebben, behalve wanneer ze deel moeten nemen aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, de mogelijkheid om hun pensioenregeling onder te brengen bij een pensioenuitvoerder die niet in Nederland is gevestigd. Dat gebeurt op dit moment zelden. Zo waren er per 31 december 2016 volgens onderzoek van de European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA, de Europese toezichthouder voor bedrijfspensioenen en verzekeringen) slechts 16 buitenlandse instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (of Institutions for Occupational Retirement Provision; IORPs)

30 Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité, *De opheffing van fiscale barrières voor grensoverschrijdende bedrijfspensioenregelingen*, Brussel, 19 april 2001, COM(2001) 214 definitief, p. 22. Zie verder paragraaf 2.4.

31 Persbericht van de EC van 17 december 2003, nr. IP/03/1756. Het gaat om de volgende landen: België, Denemarken, Frankrijk, Ierland, Portugal, Spanje en het Verenigd Koninkrijk en nadien ook Zweden. Zie verder paragraaf 5.4.7.

32 Sinds het per 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap is de benaming van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gewijzigd in Hof van Justitie van de Europese Unie. Ik hanteer in mijn onderzoek voor beide de afkorting 'HvJ'.

33 Zie verder paragraaf Bijlage A.

34 Artikel 49 VWEU.

35 Artikel 56 VWEU.

36 Artikel 63 VWEU.

37 Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), OJ L 335, 17 december 2009, p. 1–155.

38 Richtlijn (EU) 2016/2341 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (IBPV's) (herschikking), PbEU L 354/37 van 23 december 2016.

actief in Nederland.<sup>39</sup> Deze IORPs zijn vooral gevestigd in België (zes), in Luxemburg (drie) en in Groot-Brittannië en Liechtenstein (per land twee).<sup>40</sup> Uit een bekendmaking van de Belastingdienst van 21 maart 2018 blijken er in Nederland 17 buitenlandse aanbieders<sup>41</sup> te zijn toegelaten.<sup>42, 43</sup> In Bijlage B: *Toegelaten buitenlandse pensioenuitvoerders op Nederlandse markt* staan de lijsten van de Belastingdienst en EIOPA naast elkaar. Dit geeft een overzicht van de namen van de betreffende pensioenuitvoerders en het land van vestiging. Opvallend is dat slechts negen uitvoerders op beide lijsten voorkomen. Op de lijst van de Belastingdienst komen acht uitvoerders voor die niet op de lijst van EIOPA staan; op de lijst van EIOPA staan zeven uitvoerders die niet op de lijst van de Belastingdienst staan.

Het verschil tussen de twee lijsten is naar mijn mening mogelijk te verklaren door het feit dat in de lijst van Belastingdienst ook buitenlandse verzekeraars voorkomen, door de datum van de telling, en dat blijkbaar niet alle IORPs op de lijst van EIOPA zich door de Belastingdienst hebben aan laten wijzen. Het overzicht van EIOPA bevat alle actieve IORPs; het is heel goed mogelijk dat op de lijst van Belastingdienst IORPs staan opgenomen die niet (meer) actief zijn.

In Nederland zijn overigens geen Nederlandse IORPs (pensioenfondsen en premiepensioeninstellingen) grensoverschrijdend actief. Zij voeren dus geen pensioenregelingen uit waarvan de bijdragende onderneming in een andere lidstaat is gevestigd.<sup>44</sup>

Verzekeraars zijn beperkt grensoverschrijdend actief. Dat constateert de Commissie in het Groenboek Pensioenen: hoewel de interne markt voor verzekeringsproducten reeds lang bestaat, zijn de grensoverschrijdende activiteiten voor levensverzekeringsproducten altijd beperkt gebleven. Zij maken in de meeste lidstaten minder dan 10% van de totale levensverzekeringspremies uit.<sup>45</sup> De Nederlandse regering trok deze conclusie reeds eerder. In de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel Wet introductie premiepensioeninstellingen wordt bijvoorbeeld opgemerkt: *“Hoewel verzekeraars op grond van de levenrichtlijn als Europese pensioenverzekeraars kunnen optreden, kan geconstateerd worden dat verzekeraars om uiteenlopende redenen slechts beperkt grensoverschrijdend actief zijn op pensioengebied.”*<sup>46</sup>

39 2017 Market development report on occupational pensions and cross-border IORPs, EIOPA-BOS-18/013, 30 January 2018, p. 25.

40 2017 Market development report on occupational pensions and cross-border IORPs, EIOPA-BOS-18/013, 30 January 2018, p. 42-43.

41 Dit zijn zowel buitenlandse pensioenfondsen (IORPs) als lichamen die bevoegd het verzekeringsbedrijf uit te oefenen.

42 De minister van Financiën kan ingevolge artikel 19a, lid 1, onderdeel d Wet LB 1964 onder voorwaarden een professionele buitenlandse aanbieder aanwijzen als toegelaten verzekeraar. Zie verder paragraaf 13.2.

43 Bekendmaking van 21 maart 2018, nr. 2018-5799, Directoraat-generaal Belastingdienst/Cluster Fiscaliteit Internationaal belastingrecht, Toegelaten buitenlandse aanbieders van pensioenen.

44 2017 Market development report on occupational pensions and cross-border IORPs, EIOPA-BOS-18/013, 30 January 2018, p. 25.

45 Groenboek naar adequate, houdbare en zekere Europese pensioenstelsels, Brussel, 7 juli 2010, COM(2010)365 definitief, p. 13.

46 Kamerstukken II 2008/2009, 31891, 3, p. 18 (*Wet introductie premiepensioeninstelling*).