

Even (on)zakelijk

Liber Amicorum voor
dr. Hans Arts

Even (on)zakelijk

Liber Amicorum voor
dr. Hans Arts

Samengesteld door:
Prof.dr. A.H.H. Bollen-Vandenboorn
Mr.dr. J.J.A.M. Korving

Even (on)zakelijk – Liber Amicorum dr. Hans Arts

© 2024 De auteurs.

Gepubliceerd door: Maastricht University Press | Maastricht

Versie: 2024-01

ISBN: 9789403771144

DOI: 10.26481/mup.2402



Dit boek is ook Open Access gepubliceerd op umlib.nl/mup.2402 onder de voorwaarden van de Creative Commons Naamsvermelding 4.0 Licentie (CC BY 4.0).

De Open Access versie van dit werk wordt gefinancierd door Maastricht University Press en is beschikbaar op hun platform.

Download of lees online: umlib.nl/mup.2402



Print & distributie: bookmundo

INHOUD

VOORWOORD	9
EEN NIEUW HOOFDSTUK <i>Kevin van Abswoude</i>	13
UITNODIGING TOT HET DOEN VAN AANGIFTE BUITEN DE AANSLAGTERMIJN IS MOGELIJK, MAAR HET ENKEL NIET RETOURNEREN VAN EEN DERGELIJKE AANGIFTE LEIDT NIET TOT KWADE TROUW <i>Heleen Bisschoff-Moonen & Nadine Gorissen</i>	19
33 JAAR FISCALE PENSIOENONTWIKKELINGEN <i>Anouk Bollen-Vandenboorn</i>	31
DAS KAPITAL <i>Roland Brandsma</i>	51
DE HISTORISCHE ONTWIKKELING VAN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING IN NEDERLAND EN DUITSLAND GESPIEGELD AAN HET LEVEN VAN HANS ARTS – EEN BESCHOUWING <i>Almut Breuer</i>	71
GAAT DE LEER VAN DE DEFINITIEVE VERLIEZEN MET HET ARREST W AG DEFINITIEF VERLOREN? <i>Harm van den Broek</i>	85
THE FIGHT AGAINST ABUSE OF RIGHTS AND DOUBLE NON-TAXATION AFTER “MOLINOS DEL RIO” <i>Esperanza Buitrago Diaz</i>	105
OVER SCHRIJVEN, LITERATUUR EN DE ACADEMIE <i>Ad van Doesum & Frank Nellen</i>	145
SOME THOUGHTS ABOUT THE PAST AND FUTURE OF INTERNATIONAL TAX LAW <i>Kasper Dziurdz</i>	153
CATCH-22 IN BOX 3 <i>Peter Essers</i>	165

OVER HET ZAKELIJKHEIDSBEGINSEL, EEN ARREST EN EEN KENNISGROEPSTANDPUNT <i>Edwin Heithuis</i>	183
DE KONING VAN ARTIKEL 81 RO EN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING NEEMT AFSCHEID <i>Hans van den Hurk</i>	197
RENTEAFTREKBEPALINGEN IN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING: IS ER RUIMTE VOOR EEN OPEN NORM ANNO 2024? <i>Sieb Kingma</i>	215
ODE AAN EEN MENTOR <i>Johan Koolen</i>	233
“VOOR DE EER RELEVANTE TEKST”: MET OF ZONDER FISCALE IMPLICATIES? <i>Jasper Korving</i>	237
TOEPASSING OVERGANGSRECHT WET IB 2001 EN HET BESLUIT PENSIOENEN INTERNATIONALE ORGANISATIES: DOOR DE BOMEN HET FISCALE BOS ZIEN... <i>Sander Kramer</i>	257
AFSCHEID NEMEN VAN EEN/DE FISCALE MAAT <i>Raymond Luja</i>	273
HET FICTIEF REGULIER VOORDEEL IS IN STRIJD MET ART. 1 EP EVRM <i>Gerard Meussen</i>	279
DE ZWANENZANG VAN (DE COMPENSERENDE HEFFING VAN) ART. 10A WET VPB 1969? <i>Theo Poolen</i>	291
ZO KEN JE HEM NIET! <i>Arjan Thomassen</i>	315
HUWELIJKSVERMOGENSRECHT EN HET DAARMEE SAMENHANGENDE INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT <i>Kerstin van de Ven</i>	317

AFTREKBARE KOSTEN EN BELASTINGVRIJE VERGOEDINGEN IN
VOGELVLUCHT
– EEN KLEINE TRIBUUT AAN DE KONING VAN DE BNB-NUMMERS
Marjon Weerepas

329

VOORWOORD

Dit boek wordt aangeboden aan dr. Hans Arts in het kader van zijn pensionering. Hans stond, na een korte Leidse periode, in 1991 mede aan de wieg van de capaciteitsgroep Belastingrecht van destijds de Rijksuniversiteit Limburg, nu de Universiteit Maastricht. Als specialist op het gebied van de Nederlandse vennootschapsbelasting promoveerde hij in 1997 op het proefschrift 'Kapitaalstorting voor de vennootschapsbelasting'. Later werd Hans een van de meest kritische volgers van het leerstuk van de onzakelijke lening.

Hans laat Maastricht goed gefundeerd achter. De vakken waarbij Hans als blokcoördinator was betrokken zijn alle goed gestructureerd en kennen gedegen blokboeken en tutorinstructies. Vooral de laatste zijn beroemd onder medetutoren. Als je in een blok van Hans betrokken bent, weet je dat er een duidelijke en uniforme uitleg voorhanden zal zijn om de onderwijsgroepen voor te bereiden en door te werken.

In de periode dat Hans betrokken was bij de capaciteitsgroep heeft hij verschillende programmawijzigingen meegemaakt. Hoewel hij die altijd kritisch benaderde, deed hij dit wel altijd op constructieve wijze. Hij deed dit vanuit diverse rollen, waaronder die van lid van de facultaire Examencommissie en voorzitter van de Opleidingscommissie Fiscaal Recht. Ook bij de meest recente wijzigingen van de fiscale master- en bacheloropleidingen was hij betrokken. En als het eerste jaar niet het didactisch gewenste resultaat opleverde werd ook niet geschroomd om op eigen initiatief (maar altijd in overleg) nadere aanpassingen te maken. Ook voor het Postacademisch Onderwijs Belastingwetenschap (PAOB), jarenlang het samenwerkingsverband tussen de fiscale afdelingen van de Nederlandse universiteiten, zette Hans zich jarenlang namens de Maastrichtse universiteit in.

Op het gebied van onderzoek kan het niet bevreemden dat de overgrote meerderheid van bijdragen die Hans aan de wetenschappelijke literatuur heeft toegevoegd betrekking heeft op de vennootschapsbelasting. Hoewel zijn voorliefde voor de vennootschapsbelasting in brede zin is gebleven, heeft Hans zich ook in veel andere fiscale onderwerpen verdiept. Hierbij

kan worden gedacht aan de Nederlandse heffing van dividendbelasting onder een belastingverdrag en aan de civiel-en fiscaalrechtelijke gevolgen voor een ondernemer van samenwonen, huwen en scheiden. En dan hebben we het nog niet over het, minder academisch, bijpraten van lezers op het gebied van de erf- en schenkbelasting, het Europese belastingrecht, de btw, de assurantiereserve en de vraag of hooibergen een duurzame woonruimte in Nederland vormen.

Los van de fiscale vaktechniek, die bij Hans in meer dan goede handen was, was Hans vooral een zeer gewaardeerde collega. Hans was duidelijk, maar altijd innemend en vriendelijk. En dat werd en wordt door collega's ontzettend gewaardeerd. De aanwezigheid van Hans binnen de capgroep zal worden gemist.

Hans is een unieke collega. En dat blijkt ook uit dit liber amicorum. Daar waar libers vaak zijn voorbehouden aan hoogleraren die met emeritaat gaan, rechtvaardigt Hans' unieke positie ook een liber: Als docent van het eerste uur, vurig pleitbezorger van het PGO, gewaardeerde en uiterst proactieve collega en – in feite – als doorwerkende pensionado omdat de capgroep hem vroeg er nog ruim een jaar aan te plakken nu hij nog niet gemist kon worden.

Wij hebben getracht een gevarieerd liber samen te stellen. De bijdragen komen van huidige en voormalige collega's van de capgroep Belastingrecht en andere academische vrienden die Hans' professionele levenspad hebben gekruist. Die bijdragen zijn soms inhoudelijk en soms persoonlijk van aard, maar ook regelmatig een combinatie van beide. Wij danken iedereen voor hun bijdrage aan deze afscheidsbundel.

Maastricht, december 2024

Anouk Bollen-Vandenboorn
Hoogleraar Grensoverschrijdend fiscaal pensioenrecht

Jasper Korving
Universitair docent Europees en internationaal belastingrecht

EEN NIEUW HOOFDSTUK

Kevin van Abswoude LL.M. M.Sc.

Samenvatting:

Sinds 1991 is Hans Arts een zeer sociale, uiterst intelligente en buitengewoon vakkundige collega en docent binnen de capgroep Belastingrecht. Hierbinnen fungeert Hans al 33 jaar als founding father. Op professioneel vlak blinkt Hans uit door middel van zijn veelzijdigheid en interdisciplinaire visie. Op persoonlijk niveau is Hans met zijn uitgesproken persoonlijkheid altijd een zeer betrouwbare en behulpzame collega. Daarnaast vormt Hans sinds jaar en dag het historische archief van de capgroep Belastingrecht. Helaas is nu de tijd aangebroken om zelf in dat archief te stappen. Toch zal Hans nimmer vergeten worden en zal hij blijven voortbestaan in de talrijke anekdotes die hij zelf ooit zo mooi voordroeg.

Kernwoorden:

Pensioen, loyaliteit, interdisciplinair, behulpzaam, archief, vennootschapsbelasting, veelzijdigheid, founding father, passie, anekdotes.

Vele bijdragen in dit *Liber Amicorum* omschrijven Hans Arts als een zeer sociale en uiterst intelligente collega. Mijn herinneringen aan Hans beginnen echter net iets anders. Alvorens Hans een (inderdaad zeer sociale en uiterst intelligente) collega te mogen noemen, had ik namelijk het genoegen om als student de colleges van ‘meneer Arts’ over de vennootschapsbelasting bij te mogen wonen. ‘Bijwonen’ betekende in het voorjaar van 2020 echter het afspelen van vooraf opgenomen colleges binnen de comfortzone van je eigen studentenkamer. In het turbulente begin van de coronapandemie bood meneer Arts de studenten enige mate van houvast met zijn vlijmscherpe colleges over renteaftrekbepkeringen en onzakelijke leningen binnen de vennootschapsbelasting. De kennis en kunde waarmee meneer Arts ook digitaal de studenten aan zijn lippen wist

te laten hangen was ongekend. Zijn digitale presentatievaardigheden zijn zeer waarschijnlijk de reden dat ik, en vele medestudenten met mij, het bachelorblok Vennootschapsbelasting en het masterblok Fiscaal Concernrecht succesvol hebben kunnen afronden. Ondanks de fysieke afstand tot de collegebanken in ruimte en tijd wist meneer Arts iedereen op het puntje van zijn stoel te laten zitten, wat een absoluut wonder genoemd mag worden gezien in het licht van de spanningsboog van de studenten heden ten dage. Naast een zeer sociale en uiterst intelligente collega, is Hans Arts ook een buitengewoon vakkundige docent.

Mijn eerste persoonlijke ontmoeting met Hans heeft vervolgens twee jaar op zich laten wachten. Op mijn eerste werkdag aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid (hierna: de 'Faculteit') nam de voorzitter van onze capaciteitsgroep (hierna: 'capgroep'), Prof. Dr. Raymond Luja, mij mee op een rondleiding om alle collega's binnen de capgroep Belastingrecht te ontmoeten. Deze rondleiding veranderde in een speurtocht gezien het gebrek aan aanwezige medewerkers midden in de zomervakantie. Het feit dat wij een hardwerkende, doch bijna pensioengerechtigde, Hans tussen de papieren op zijn vertrouwde kamer aantreffen, getuigt van de passie die Hans voor zijn vak heeft. Ondanks de stapel thesissen die op hem wachtte, maakte Hans toch even tijd vrij om een praatje te maken. Hiermee had Hans de gave om nieuwkomers direct een warm en welkom gevoel te geven binnen de capgroep.

Sinds die eerste echte ontmoeting ken ik Hans nu ruwweg twee jaar. Gedurende deze periode ben ik Hans op (bijna) iedere bijeenkomst van de capgroep tegengekomen. Van academische aangelegenheden zoals symposia, seminars en congressen tot informele activiteiten zoals de capgroepweekeinden en het eindejaarsdiner bij de Pizzabakkers. Hans was niet alleen altijd en overal van de partij, maar hij liet zich ook nadrukkelijk gelden. Tijdens iedere capgroepvergadering liet Hans zich uitgesproken uit over zaken die in zijn ogen verbeterd konden worden binnen de capgroep en de Faculteit, ondanks zijn naderende pensioen. De passie waarmee Hans tot en met zijn laatste vergadering zijn blik op de toekomst richtte illustreert de verbondenheid van Hans met onze capgroep.

Deze loyaliteit van Hans gaat inmiddels al ruim 33 jaar terug. Gekscherend grapte Hans geregeld tegen mij dat hij al werkzaam was bij onze Faculteit ruim voordat ik überhaupt geboren was. Sinds 1991, amper tien jaar na de oprichting, doceert Hans al belastingrecht aan onze Faculteit. Dit komt overeen met het eerste jaar dat de bachelor Fiscaal Recht gegeven wordt aan de Universiteit van Maastricht. Zijn decennialange dienstbaarheid maakt Hans niet alleen een van de *founding fathers*, maar ook tot een onmisbare schakel in de geschiedenis van onze capgroep. Hans stond aan de wieg van de fiscale studies die heden ten dage, met zijn pensioen in zicht, zijn opgebloeid tot de pareltjes van onze Faculteit.

Hans beperkte zich echter niet louter tot het belastingrecht. Naast de fiscaliteit heeft Hans ook een voorliefde voor het Nederlandse recht. Hans heeft immers ook rechtsgeleerdheid gestudeerd aan de Universiteit van Leiden. Door deze achtergrond kon Hans meermaals fiscale ontwikkelingen herleiden tot het Nederlandse civiele recht, waar mijn economische begrip ophield. Ik kan mij nog een interessante conversatie herinneren na afloop van een fiscaal symposium in de grotten van Château Neercanne waarbij Hans een fiscale rechtsregel, via de Franse *code civil*, tot diep in de Romeinse tijd kon herleiden. Zijn brede palet aan rechtsdisciplines maakt Hans uniek.

Deze interdisciplinaire visie past Hans ook toe binnen de fiscaliteit. Zijn specialisatie binnen de vennootschapsbelasting weerhoudt Hans niet om ook andere belastingen te bestuderen. De inkomstenbelasting, dividendbelasting en zelfs de btw zijn Hans niet vreemd. Ik ben meermaals met Hans in gesprek geraakt over de vennootschapsbelasting en wanneer mijn kennis dan ophield, verschoof ik zijn aandacht subtiel richting de btw. Hans ging altijd moeiteloos in de conversatie mee. Naast een specialist op het gebied van de vennootschapsbelasting, mag Hans zich met recht ook een fiscale generalist noemen.

Deze veelzijdigheid komt ook tot uiting in de imposante publicatielijst die Hans in de afgelopen 25 jaar heeft opgebouwd. Tussen 1997 en 2022 heeft Hans 166 artikelen, 39 noten, acht boekhoofdstukken, twee boeken, twee congresartikelen, één paper en één proefschrift geschreven. De inhoud van zijn bijdragen varieert van de vennootschapsbelasting, dividendbelasting, verrekenprijzen, eigenwoningregeling, overdrachts-

belasting tot en met de 30%-regeling. Met zowel Nederlandse als Engelstalige academische literatuur heeft Hans bijgedragen aan de ontwikkeling van de nationale en internationale fiscaliteit.

Naast zijn uitmuntende fiscale expertise, is Hans tevens een zeer behulpzame collega. Voor hulp kun je altijd bij Hans terecht. Of je nou problemen ondervindt bij het loskrijgen van stille studenten binnen de werkgroepen of de begeleiding van thesisstudenten, bij Hans vind je altijd een luisterend oor en goed advies. Dit heb ik zowel in de hoedanigheid van student als collega ervaren. Met zijn ervaring heeft Hans de afgelopen 33 jaar zijn stempel gedrukt op de gehele capgroep door bij te dragen aan de persoonlijke ontwikkeling van alle collega's.

Wat mij echter misschien nog wel het meeste van Hans bij zal blijven, zijn de verhalen die hij de afgelopen twee jaar met mij gedeeld heeft. Zijn vermogen om de geschiedenis tot leven te brengen door middel van anekdotes en herinneringen maakt hem tot het historische archief van onze capgroep. Door 33 jaar op één faculteit te werken maakt een mens wel wat mee. Hans heeft letterlijk al alles meegemaakt. Ik hoefde maar een naam van een oud-collega op te werpen die ik ergens in de krochten van het archief tegenkwam en dat was voor Hans voer voor een mooie anekdote. Over de afgelopen 33 jaar heeft Hans alle collega's binnen de capgroep ontmoet en hij kende iedereen persoonlijk. Dat laat ook zien hoe betrokken Hans altijd met zijn collega's is gewenst. Hans is hiermee het historische archief van onze capgroep.

Nu is helaas de tijd aangebroken om zelf in dat archief te stappen. Evenals de mooie verhalen die jij kon vertellen over je oud-collega's, zullen wij nu ook de anekdotes over jou laten voortbestaan. Hierin zullen wij het hebben over een aardige man die aan de wieg stond van de Maastrichtse fiscale studies. Een man die met bloed, zweet en tranen heeft bijgedragen aan het doen opbloeien van deze studies, met de toevoeging van een Nederlands- en Engelstalige master met ieder drie verschillende specialisaties als resultaat. Een man die plezier en werk perfect wist te balanceren en altijd klaar stond voor zijn collega's.

Hans, de tijd is nu aangebroken om het laatste hoofdstuk van je carrière bij onze capgroep af te ronden. Tegelijkertijd sla je een nieuw boek open met

lege pagina's om nieuwe avonturen en uitdagingen aan te gaan. Jouw nalatenschap zal terugkeren in de verhalen die over jou verteld zullen worden en voortleven in de impact die jij hebt gehad op generaties studenten en collega's. Hans, ik wil je bedanken voor je onschatbare bijdrage aan onze capgroep en wens jou en je vrouw een welverdiend pensioen vol vreugde en vervulling toe. Moge de komende hoofdstukken van je leven net zo rijk en boeiend zijn als de verhalen die je met ons hebt gedeeld.

UITNODIGING TOT HET DOEN VAN AANGIFTE BUITEN DE AANSLAGTERMIJN IS MOGELIJK, MAAR HET ENKEL NIET RETOURNEREN VAN EEN DERGELIJKE AANGIFTE LEIDT NIET TOT KWADE TROUW

Mr. Heleen Bisschoff-Moonen¹ en mr.dr. Nadine Gorissen²

Samenvatting:

Hans Arts is een zeer gewaardeerde collega. Ter gelegenheid van zijn pensionering schrijven wij deze bijdrage. In zijn loopbaan heeft Hans altijd interesse gehad in veel onderdelen van het belastingrecht, waaronder ook het formele belastingrecht. Wij hebben voor deze bijdrage dan ook gekozen voor een nadere bespreking van een aantal aspecten van het formele belastingrecht uit het arrest van de Hoge Raad van 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873. We focussen daarbij op het feit dat het ook buiten de aanslagtermijn mogelijk is om een (potentiële) belastingplichtige uit te nodigen tot het doen van aangifte. Wanneer de belastingplichtige deze aangifte vervolgens echter niet retourneert, hoeft dit nog geen reden te zijn om kwade trouw te veronderstellen.

Kernwoorden:

Uitnodiging tot het doen van aangifte; navorderingsbevoegdheid; kwade trouw; aanslagtermijn

¹ Heleen Bisschoff-Moonen is werkzaam als docent formeel belastingrecht binnen de capaciteitsgroep Belastingrecht van Maastricht University en als directeur Particulieren bij de Belastingdienst.

² Nadine Gorissen is werkzaam als senior docent formeel belastingrecht binnen de capaciteitsgroep Belastingrecht van Maastricht University.

1. Inleiding

In deze bijdrage ter gelegenheid van het pensioen van mr. dr. Hans Arts, senior docent Belastingrecht aan Maastricht University, besteden wij aandacht aan enkele belangrijke aspecten uit het formele belastingrecht die in het arrest HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 naar voren zijn gekomen.

Wij hebben als docenten op het gebied van het formele belastingrecht het genoegen gehad vele jaren met Hans te mogen samenwerken bij de capaciteitsgroep Belastingrecht van Maastricht University. De samenwerking met Hans was altijd zeer prettig. Hij deelde zijn ruime expertise op het gebied van het belastingrecht, maar ook zijn jarenlange ervaring in het onderwijs. Bij Hans kon je altijd terecht voor een vakinhoudelijke vraag, voor een discussie over onderwerpen rondom onderwijskundige ontwikkelingen alsook voor een gezellig praatje, omdat Hans steeds oprechte belangstelling in zijn collega's en hun werkgebieden toonde. Hans heeft gedurende zijn hele loopbaan een niet aflatende interesse gehad in de vele aspecten van het belastingrecht, waaronder ook het formele belastingrecht. Bij seminars op het gebied van het formele belastingrecht alsook bij de formele privatissima was hij van de partij en nam hij actief deel aan de discussies. De gelegenheid van de pensionering van Hans willen wij dan ook graag gebruiken om Hans te bedanken voor zijn collegialiteit en de prettige samenwerking. Het is voor ons meteen de aanleiding om een bijdrage te schrijven waarbij wij op een aantal aspecten van het formele belastingrecht nader in gaan.

Wij behandelen hiertoe eerst de zaak HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 in paragraaf 2. Dit arrest kan worden gezien als een soort capita selecta van onderwerpen met betrekking tot het formele belastingrecht. Zo gaat het in het arrest enerzijds om de uitnodiging tot het doen van aangifte en anderzijds om de mogelijkheid tot navorderen. Daarbij komt ook de aanslagtermijn aan bod. Wij gaan na de bespreking van het arrest van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 in op (de uitnodiging tot) het doen van aangifte buiten de aanslagtermijn in paragraaf 3. Vervolgens gaan wij in paragraaf 4 over tot de bespreking van de voorwaarden tot navordering uit art. 16, lid 1 Algemene Wet inzake

Rijksbelastingen (hierna: AWR), waarbij wij aan de hand van jurisprudentie behandelen wanneer sprake is van handelen te kwader trouw en wat daarbij het toetsmoment is. Tevens bespreken we waarom in casu niet aan het ‘nieuw feitvereiste’ voldaan is, hetgeen weliswaar in cassatie niet bestreden is, maar interessant is in het licht van het niet (tijdig) aanleveren van de op de zaak betrekking hebbende stukken. Wij zullen deze bijdrage afsluiten met een conclusie in paragraaf 5.

2. De bespreking van de zaak HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873

In het arrest van 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 is de casus als volgt: De inspecteur heeft belanghebbende in 2014 bericht dat hij zich op het standpunt stelt dat belanghebbende in elk geval vanaf begin 2002 in Nederland woonachtig is. Belanghebbende wordt tegelijkertijd uitgenodigd om (binnenlandse) aangiften inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen (hierna: IB/PVV) te doen voor de jaren 2002 tot en met 2013. De termijn voor het opleggen van aanslagen IB/PVV voor de jaren 2002 tot en met 2010 was echter al verstreken toen de inspecteur de uitnodiging tot het doen van aangifte verstuurd. Belanghebbende is in casu van mening dat hij in de betreffende jaren niet in Nederland woonde en dientengevolge niet binnenlands belastingplichtig was en ook niet verplicht was om aangifte te doen over de jaren 2002 tot en met 2013. De inspecteur is vervolgens overgegaan tot oplegging van navorderingsaanslagen IB/PVV over de jaren 2002 tot en met 2010 en tot het opleggen van aanslagen IB/PVV over de jaren 2011 tot en met 2013. Alle aanslagen hebben als dagtekening 31 december 2014.³

Door het Hof is eerder geoordeeld dat belanghebbende voor de jaren 2002 tot en met 2010 rechtmatig was uitgenodigd tot het doen van aangifte, omdat noch een wettelijke regel noch de wettelijke systematiek eraan in de weg staat om na het einde van de aanslagtermijn een uitnodiging tot het doen van aangifte te versturen. Volgens het Hof is echter geen sprake van een nieuw feit waardoor niet voldaan is aan deze voorwaarde van art. 16,

³ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, uitgangspunten in cassatie 2.2 t/m 2.4.

lid 1, eerste volzin AWR. Daarmee is navordering niet gerechtvaardigd, tenzij sprake is van een belastingplichtige te kwader trouw. Van kwade trouw is volgens het Hof in casu wel sprake. Doordat de belanghebbende de aangiften IB/PVV niet gedaan heeft en volstond met de stelling dat hij niet in Nederland woonde, heeft hij zich willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans van het doen van een onjuiste aangifte en heeft hij deze kans tevens aanvaard.⁴ Het Hof oordeelt daarmee in afwijking van het oordeel van de Rechtbank dat het niet-retourneren van de aangiftebiljetten ook leidt tot kwade trouw indien die gedraging na afloop van de aanslagtermijn heeft plaatsgevonden. Het Hof is van oordeel dat zowel de tekst van art. 16 AWR als de parlementaire geschiedenis geen aanleiding geven om kwade trouw te beperken tot gedragingen binnen de aanslagtermijn.⁵

In cassatie ziet één van de middelen op de vraag of het versturen van een uitnodiging tot het doen van aangifte na het einde van de aanslagtermijn mogelijk is. Nu uit de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van art. 6 AWR niet volgt dat uitnodigen tot het doen van aangifte enkel mogelijk is binnen de aanslagtermijn, kan niet anders dan worden geoordeeld dat uitnodigen tot het doen van aangifte ook kan plaatsvinden buiten de aanslagtermijn. Dit gezien de behoefte aan informatie die bij de inspecteur kan bestaan voor het opleggen van een navorderingsaanslag in de situatie dat geen aangifte is gedaan en ook geen aanslag is vastgesteld. Het feit dat ook de weg van art. 47 AWR bewandeld had kunnen worden om de inspecteur van informatie te voorzien, doet hieraan niets af.⁶

Een volgend middel richt zich tegen het oordeel van het Hof dat het niet-retourneren van de aangiftebiljetten ook leidt tot kwade trouw indien die gedraging na afloop van de aanslagtermijn heeft plaatsgevonden. In het

⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, nr. 18/00414 t/m 18/00422, ECLI:NL:GHSHE:2020/2790, gronden 4.19.3.

⁵ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, uitgangspunten in cassatie 2.5.

⁶ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, beoordeling van de middelen 3.1.2. Zie tevens ECLI:NL:PHR:2022:79, Conclusie A-G Niessen die concludeert dat een uitnodiging na verstrijken van de aanslagtermijn mogelijk is, NTFR 2022/878.

middel wordt aangesloten bij het oordeel van de Rechtbank, namelijk dat gedragingen na afloop van de aanslagtermijn uit art. 11, lid 3 AWR geen kwade trouw kunnen opleveren.

De Hoge Raad oordeelt dat kwade trouw slechts aanwezig is indien de belastingplichtige de inspecteur opzettelijk onjuiste inlichtingen verstrekt heeft of opzettelijk de juiste inlichtingen aan de inspecteur heeft onthouden. Van onthouden kan echter alleen sprake zijn als er een wettelijke verplichting was om inlichtingen te verstrekken. Deze wettelijke verplichting bestaat als in de uitnodiging tot het doen van aangifte werd verlangd die inlichtingen door middel van de aangifte te verstrekken en indien onder verwijzing naar art. 47 AWR de inlichtingen zijn gevraagd. Daarnaast moet teruggegrepen worden op de voorwaarden van art. 16, lid 1, eerste volzin AWR. Om te kunnen beoordelen of de inspecteur op grond van de tweede volzin met betrekking tot kwade trouw, bevoegd is de te weinig geheven belasting na te vorderen, is het volgens de Hoge Raad namelijk doorslaggevend of de belastingplichtige de ontoereikende heffing door zijn handelen te kwader trouw heeft veroorzaakt. Consequentie hiervan is dat kwade trouw alleen aangenomen kan worden als het ziet op gedragingen van een belastingplichtige die hebben plaatsgevonden vóór het vaststellen van de aanslag, of indien de aanslagvaststelling binnen de aanslagtermijn van art. 11, lid 3 achterwege is gebleven, vóór het verstrijken van die aanslagtermijn. Nu het Hof zijn oordeel over de kwade trouw van belanghebbende louter gebaseerd heeft op de omstandigheid dat belanghebbende de uitgereikte aangiftebiljetten niet heeft ingeleverd en deze biljetten aan belanghebbende zijn uitgereikt na het verstrijken van de aanslagtermijn, kan niet worden gezegd dat belanghebbende door die aangiftebiljetten niet in te leveren, heeft veroorzaakt dat aanslagen achterwege zijn gebleven. Het middel slaagt daarom en de Hofuitspraak kan niet in stand blijven. Overigens kunnen ook de andere omstandigheden, zoals de omstandigheid waarin belanghebbende voorwende niet in Nederland te wonen en dat hij gebruik maakte van

buitenlandse rechtsvormen, niet tot kwade trouw leiden en daardoor ook niet tot de mogelijkheid van navordering.⁷

Het eindoordeel in deze zaak luidt dan ook dat de navorderingsaanslagen vernietigd moeten worden. De aanslagen voor de jaren 2011 tot en met 2013 blijven wel in stand.⁸

3. Het doen van aangifte buiten de aanslagtermijn

Het aangifteproces start doorgaans⁹ met het sturen van een uitnodiging tot het doen van aangifte door de inspecteur. Degene die volgens de inspecteur vermoedelijk belastingplichtig is, wordt op grond van art. 6, lid 1 AWR uitgenodigd tot het doen van aangifte. Deze uitnodiging heeft conform art. 8 AWR een verplichtend karakter, omdat uit art. 8 AWR volgt dat degene die is uitgenodigd tot het doen van aangifte, gehouden is om ook daadwerkelijk aangifte te doen. Dit houdt in dat belanghebbende verplicht is om ook een na de aanslagtermijn uitgereikte aangifte in te dienen. Echter, als de aangiften na de aanslagtermijn zijn uitgereikt, kan niet aan belanghebbende worden tegengeworpen dat geen of een te lage aanslag is vastgesteld.¹⁰ Het doen van aangifte is van belang, omdat door middel van de aangifte aan de fiscus de gegevens worden verstrekt die van belang zijn voor het opleggen van een juiste (navorderings)aanslag. Uit het arrest van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 blijkt dat het de inspecteur vrij staat na afloop van de aanslagtermijn belanghebbende nog uit te nodigen om aangifte te doen. Art. 6 AWR en de totstandkomingsgeschiedenis tonen niet aan dat uitnodigen alleen binnen de aanslagtermijn kan. De bevoegdheid tot uitnodigen tot het doen van aangifte uit art. 6 AWR is daarmee geen tijd gelimiteerde bevoegdheid. Bij de fiscus kan immers nog een

⁷ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, beoordeling van de middelen 3.3.2 t/m 3.3.4 en 3.4.

⁸ HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, slotsom 4.2.2.

⁹ De mogelijkheid tot het doen van spontane aangifte, ingevoerd in 2020, alsmede de mogelijkheid dat de belastingplichtige zelf verzoekt om uitgenodigd te worden, worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

¹⁰ In een situatie, zonder dat sprake is van een discussie over de belastingplicht zoals in deze casus, zou dan wel een verwijt gemaakt kunnen worden voor het niet verzoeken om te worden uitgenodigd.

informatiebehoefte bestaan. Uit HR 27 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA2004 volgt echter dat als een belastingplichtige het aangiftebiljet oningevuld terugstuurt en daarbij uitdrukkelijk en gemotiveerd aangeeft dat en waarom hij van mening is dat hij niet belastingplichtig is, hem geen verwijt kan worden gemaakt dat hij nalatig is geweest met betrekking tot het doen van aangifte, ook niet als zijn standpunt door de rechter onjuist wordt gevonden.¹¹ In de in deze bijdrage centraal staande zaak van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 lijkt echter geen sprake van het uitdrukkelijk en gemotiveerd aangeven, maar een enkele mededeling dat hij niet in Nederland woont. Belanghebbende heeft namelijk per brief aan de inspecteur betwist dat hij in de jaren 2002 tot en met 2013 in Nederland woonachtig was en zich in die brief op het standpunt gesteld dat hij daarom niet binnenlands belastingplichtig was en dat hij niet verplicht is om aangifte te doen.¹²

In de zaak van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 is de uitnodiging tot het doen van aangifte verstuurd na afloop van de aanslagtermijn. De termijn voor het opleggen van een aanslag is vastgelegd in art. 11, lid 3 AWR. De bevoegdheid tot het vaststellen van de aanslag vervalt door het verloop van drie jaar na het tijdstip waarop de belastingschuld is ontstaan. De belastingschuld wordt conform art. 11, lid 4 AWR geacht te ontstaan op het tijdstip waarop het tijdvak waarover de belasting wordt geheven, eindigt. De verplichting tot het doen van aangifte kan echter ook worden gebruikt met het oog op het vaststellen van de navorderingsaanslag, zoals in casu het geval was.

4. De bevoegdheid tot navordering op grond van nieuw feit of te kwader trouw

De bevoegdheid tot navorderen is vastgelegd in art. 16 AWR. Voor deze bijdrage ligt de focus op art. 16, lid 1 AWR en zal art. 16, lid 2 AWR buiten beschouwing blijven. De eerste volzin van art. 16, lid 1 luidt:

¹¹ HR 27 januari 1996, nr. 31209, ECLI:NL:HR:1996:AA2004, BNB 1996/273, r.o. 3.2.

¹² HR 9 juni 2023, nr. 20/02893, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, uitgangspunten in cassatie 2.3.

”Indien enig feit grond oplevert voor het vermoeden dat een aanslag ten onrechte achterwege is gelaten of tot een te laag bedrag is vastgesteld, dan wel dat een in de belastingwet voorziene vermindering, ontheffing, teruggaaf of heffingskorting ten onrechte of tot een te hoog bedrag is verleend, kan de inspecteur de te weinig geheven belasting dan wel de ten onrechte of tot een te hoog bedrag verleende heffingskorting navorderen.”

In de tweede volzin van lid 1 van art. 16 AWR wordt verwoord dat navordering niet bedoeld is om ambtelijke verzuimen te herstellen, want een feit dat de inspecteur bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn, kan geen grond voor navordering opleveren. Op de eis van een nieuw feit wordt echter in lid 1 wel een uitzondering gemaakt in geval de belastingplichtige te kwader trouw is.

In het arrest van HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 werd overigens naar navordering te kwader trouw gekeken, nadat eerder door het Hof geoordeeld was dat navordering op grond van het zogenoemde ‘nieuw feitvereiste’ niet aan de orde was, omdat ervan moet worden uitgegaan dat de navordering is gebaseerd op feiten die de inspecteur bekend waren of redelijkerwijs bekend hadden kunnen zijn. Een enkel woord besteden wij nog aan het (in cassatie onbestreden) oordeel van het Hof dat geen sprake is van een nieuw feit en dat de inspecteur niet voortvarend heeft gehandeld. Door de fiscus zijn namelijk niet direct alle op de zaak betrekking hebbende stukken ruimhartig overgelegd, zoals benoemd in art. 8:42 van de Algemene Wet Bestuursrecht (hierna Awb). Het betreft stukken die onder meer zien op woonplaatsonderzoeken. Op grond van art. 8:31 Awb heeft de bestuursrechter de bevoegdheid in geval van schending van de verplichting om de op de zaak betrekking hebbende stukken te overleggen, daaruit de gevolgtrekking te maken die hem geraden voorkomt. Aan schending van art. 8:42 Awb verbindt het Hof in casu dan ook enerzijds de consequentie dat het nieuwe feit ontbreekt, omdat niet kan worden vastgesteld dat geen ambtelijk verzuim is begaan en anderzijds de consequentie dat de inspecteur voor de toepassing van de verlengde navorderingstermijn uit art. 16, lid 4 AWR niet voortvarend heeft

gehandeld.¹³ Nu geoordeeld is dat geen nieuw feit aan de orde was, blijft voor navordering op grond van art. 16, lid 1 AWR alleen nog de kwade trouw optie over.

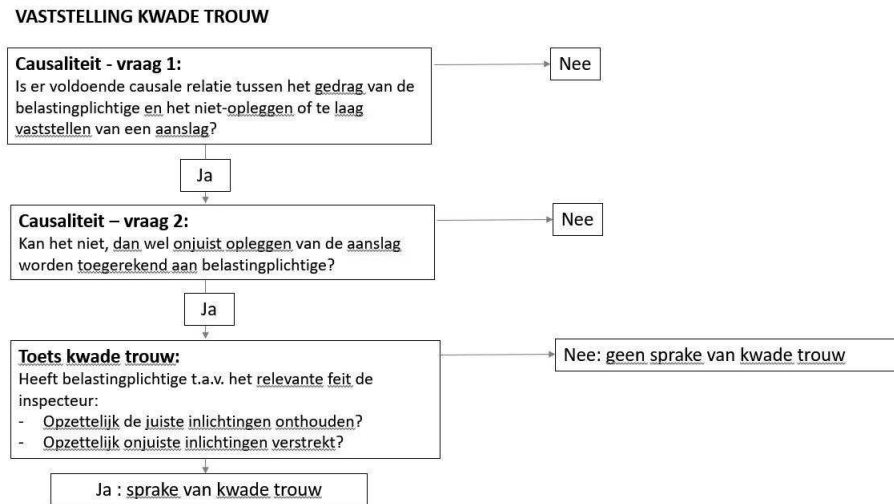
Voor kwade trouw is bepalend of de belastingplichtige de ontoereikende heffing door zijn gedrag te kwader trouw heeft veroorzaakt. Happé heeft in zijn annotatie onder HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2158, BNB 1997/383 beschreven dat de vaststelling van kwade trouw in twee stappen gaat. De eerste stap ziet op het causale verband tussen de gedraging van de belastingplichtige en het niet of tot een te laag bedrag vaststellen van de aanslag. Bij deze eerste stap onderscheidt Happé nog twee deelvragen. De eerste vraag is of er een voldoende causale relatie is tussen het niet verzoeken om een aangiftebiljet en het niet opleggen van een aanslag. Als het antwoord hierop bevestigend is, luidt de tweede deelvraag bij de eerste stap of het niet opleggen van de aanslag aan de belastingplichtige kan worden toegerekend. Indien hiervan geen sprake is, wordt aan stap twee niet meer toegekomen. Als echter het causale verband er is en in voldoende mate aan de belastingplichtige kan worden toegerekend, komt de tweede stap aan de orde die ziet op de vraag naar de kwade trouw van de belastingplichtige terzake.¹⁴ In HR 11 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2160 oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat sprake is kwade trouw als opzettelijk juiste gegevens aan de inspecteur worden onthouden of opzettelijk onjuiste gegevens aan de inspecteur worden verstrekt.¹⁵ Happé geeft in zijn annotatie bij dit arrest aan dat de Hoge Raad daarmee stap twee in relatie tot het begrip kwade trouw verder verduidelijkt heeft, omdat blijkt dat vereist is dat de belastingplichtige de inspecteur opzettelijk de juiste inlichtingen heeft onthouden of opzettelijk onjuiste inlichtingen heeft verstrekt, waarbij aan opzet grenzende grove

¹³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2353, NTFR 2020/2790 onder 4.5 t/m 4.6.3. In cassatie blijft onbestreden het feit dat de Inspecteur voor de jaren 2002 t/m 2010 niet beschikt over een nieuw feit. Zie HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873, BNB 2023/109, NTFR 2023/937, FED 2023/101, NJB 2023/1881 en V-N 2023/28.18, Uitgangspunten in cassatie 2.5.3. Voor wat betreft de toepassing van de verlengde navorderingstermijn in relatie tot LGO zie ECLI:NL:PHR:2022:79, Conclusie A-G Niessen, NTFR 2022/878.

¹⁴ R.H. Happé, noot onder HR 11 juli 1997, nr. 32236, ECLI:NL:HR:1997:AA2158, BNB 1997/383 en R.H. Happé, noot onder HR 11 juni 1997, nr. 32299 ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384.

¹⁵ HR 11 juni 1997, nr. 32299, ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384, r.o. 3.4 en R.H. Happé, noot onder HR 11 juni 1997, nr. 32299 ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384.

onachtzaamheid dus niet voldoende is.¹⁶ Schematisch kan bovenstaand als volgt worden weergegeven:



Bronnen: R.H. Happé, noot onder HR 11 juli 1997, nr. 32236, ECLI:NL:HR:1997:AA2158, BNB 1997/383 en R.H. Happé, noot onder HR 11 juni 1997, nr. 32299 ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384.

Het Hof¹⁷ had voor de invulling van het begrip kwade trouw het arrest gevolgd van de HR van 14 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6204. Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat sprake is van kwade trouw als de belastingplichtige zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat te weinig belasting zou worden gegeven, waarbij voorwaardelijk opzet ook voldoende is om kwade trouw aan te nemen.¹⁸ Tevens moet de belastingplichtige deze aanmerkelijke kans bewust hebben aanvaard.¹⁹

¹⁶ R.H. Happé, noot onder HR 11 juni 1997, nr. 32299, ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384.

¹⁷ Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 23 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2353, NTFR 2020/2790 onder 4.18 en 4.19.3.

¹⁸ HR 14 juni 2000, nr. 35 263, ECLI:NL:HR:2000:AA6204, BNB 2000/299 en FED2001/34, r.o. 3.2.

¹⁹ HR 29 februari 2008, nr. 43247, ECLI:NL:HR:2008:BC5346, BNB 2008/156 en FED 2008/71, r.o. 3.5.3. Zie tevens E.C.G. Okhuizen en L.J.A. Pieterse (red.), Hoofdzaken formeel belastingrecht, Zesde Druk, Boom juridisch, Den Haag, 2022, p. 94-95.

Uit de Credit-Suisse arresten van HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 en ECLI:NL:HR:2017:639 blijkt vervolgens dat van het opzettelijk juiste gegevens aan de inspecteur onthouden slechts sprake is als op belastingplichtige de wettelijke verplichting rustte om de gegevens te verstrekken. Daarvan is volgens de Hoge Raad sprake indien in de uitnodiging tot het doen van aangifte van de betrokkene werd verlangd die gegevens bij zijn aangifte te vermelden en indien de inspecteur die gegevens van de belastingplichtige heeft gevraagd conform 47 AWR. Het achterwege laten van onverplichte informatieverstrekking kan niet leiden tot het verwijt van kwade trouw.²⁰

Terug naar de in deze bijdrage centraal staande zaak HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873. In deze zaak geldt dat het feit dat belastingplichtige geen aangiften heeft ingediend, naar het oordeel van de Hoge Raad niet kan leiden tot vaststelling van kwade trouw, omdat de aangiftebiljetten zijn uitgereikt na het verstrijken van de aanslagtermijn. Met andere woorden: voor de aanwezigheid van kwade trouw moet het gedrag te kwader trouw de oorzaak zijn van de ontoereikende heffing, zoals verwoord in art. 16, lid 1, eerste volzin AWR. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het niet of onjuist doen van aangifte waarvoor de uitnodiging buiten de aanslagtermijn is verstuurd, op zichzelf niet kan leiden tot kwade trouw van belanghebbende. Navordering door middel van kwade trouw kan aldus alleen betrekking hebben op gedragingen die hebben plaatsgevonden vóór het verstrijken van de aanslagtermijn. Wat betreft het toetsmoment van kwade trouw geldt dus dat het verstrekken van onjuiste informatie of het onthouden van informatie vóór de vaststelling van de aanslag of voordat de aanslagtermijn is verstreken heeft moeten plaatsvinden.

5. Conclusie

In de zaak HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:873 speelden verschillende aspecten uit het formele belastingrecht. De zogenoemde capita selecta die wij uit dit arrest gedestilleerd hebben, zien op de verplichting tot het doen

²⁰ HR 21 april 2017, nr. 15/05357 en 15/05278, ECLI:NL:HR:2017:638 en ECLI:NL:HR:2017:639, BNB 2017/162 (Credit-Suisse), r.o. 3.1.3.

van aangifte en de mogelijkheid tot navordering, meer specifiek het toetsmoment voor kwade trouw.

In het arrest is geoordeeld dat het ook buiten de aanslagtermijn van art. 11 AWR mogelijk is om de belastingplichtige uit te nodigen tot het doen van aangifte. Art. 6 AWR is immers in tijd niet gelimiteerd. Het feit dat de belastingplichtige een dergelijke aangifte niet doet, is echter geen reden om kwade trouw te veronderstellen. Als de inspecteur zich namelijk op kwade trouw wil beroepen dan moet het niet, of te laag, vaststellen van de aanslag in causaal verband staan tot de gedraging te kwader trouw. Als dit, zoals in casu, niet het geval is en ook niet aan de voorwaarden van een nieuw feit voldaan is, bestaat geen mogelijkheid tot navorderen op grond van art. 16, lid 1 AWR.

Beste Hans, wij wensen jou, samen met jouw dierbaren, het allerbeste voor de toekomst. Geniet van je pensionering!

33 JAAR FISCALE PENSIOENONTWIKKELINGEN

Prof.dr. Anouk Bollen-Vandenboorn

Samenvatting:

Het pensioendomein is onderhevig aan vele maatschappelijke ontwikkelingen en beweegt daar in mee. De fiscale wetgeving is daarin volgend en naar mate de tijd verstrijkt ook steeds meer sturend. In deze bijdrage is ervoor gekozen om de fiscaal-maatschappelijke ontwikkelingen van het pensioen te volgen gedurende de periode van 33 jaar, gelijk aan de duur van het dienstverband van Hans Arts aan de Universiteit Maastricht; te beginnen in 1991 en afrondend in 2024, het jaar waarin hij met pensioen gaat.

Kernwoorden:

Pensioen, maatschappelijke opvattingen, omkeerregel, pensioenambitie, uitkeringsovereenkomsten, premieovereenkomsten, fiscale pensioenkader

1. Inleiding

Hoewel de *core business* van Hans de vennootschapsbelasting is en hij bekend staat om de onzakelijke lening, heeft hij altijd interesses gehad in andere juridische domeinen. Zo ook in het pensioendomein. Als trouwe deelnemer nam Hans ieder jaar deel aan het ‘Pensioenseminar – Outside In’ dat jaarlijks georganiseerd wordt aan Universiteit Maastricht. Na 33 jaar verbonden te zijn geweest aan de capaciteitsgroep Belastingrecht van de Rechtenfaculteit staat nu het pensioen van Hans zelf voor de deur. 33 Jaar is een hele periode waarin zich vele ontwikkelingen hebben voorgedaan. Dit heeft mij ertoe gebracht die 33 jaar aan fiscale pensioenontwikkelingen in beeld te brengen, van 1991 tot waar we nu staan. Uitgangspunt is het fiscale begrip ‘pensioen naar maatschappelijke opvattingen’, ooit begonnen als het derde lid van art. 11 Wet op de

loonbelasting 1964 (Wet LB 1964) en inmiddels stevig geworteld en vertakt in Hoofdstuk IIB Wet LB 1964. Wat het fiscale pensioen naar maatschappelijke opvattingen is, kent inmiddels vele varianten. De verbinding met de maatschappij laat zien hoe dynamisch het pensioendomein is. Deze bijdrage kan daardoor alleen maar gezien worden als een tussentijdse weergave anno 2024, waarbij we aan de vooravond staan van weer een nieuwe pensioenfase. Zo geldt dat ook voor jou, Hans. Ook jij staat nu aan de vooravond van een nieuwe fase, jouw eigen pensioenfase.

2. Pensioen naar maatschappelijke opvattingen in 1991

Anno 1991 kende de Wet LB 1964 slechts één artikel waarin de fiscale normeringen en fiscale faciliteiten voor pensioen waren opgenomen. Deze bepaling kent zijn oorsprong in de Wet op de loonbelasting 1960.¹ Volgens art. 11, lid 3 Wet LB 1964 diende onder een pensioenregeling te worden verstaan: (a) een regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ten doel heeft de verzorging van werknemers en gewezen werknemers bij invaliditeit en ouderdom en de verzorging van hun echtgenoten en van hun minderjarige kinderen en pleegkinderen, een en ander door middel van pensioen dat niet uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen, mede in verband met diensttijd en genoten beloning, redelijk moet worden geacht; en (b) een regeling die door Onze Minister als zodanig is aangewezen. Indien sprake was van een dergelijke pensioenregeling behoorden op grond van art. 11, lid 1, onderdeel c (oorspronkelijk onderdeel a) Wet LB 1964 de aanspraken ingevolge een pensioenregeling die verkregen werden van de werkgever niet tot het loon en was het mogelijk om op grond van art. 11, lid 1, onderdeel j (oorspronkelijk onderdeel g), sub 1 Wet LB 1964 de werknemersbijdragen voor de pensioenregeling in aftrek te brengen. Sinds 1991 zijn er vele wijzigingen doorgevoerd, echter de vrijstelling voor de pensioenaanspraken en de aftrek van de werknemersbijdragen zijn in de wetgeving overeind gebleven.

¹ Wet van 16 december 1964, houdende vervanging van het Besluit op de Loonbelasting 1940 door een nieuwe wettelijke regeling (Wet op de loonbelasting 1960), Stb. 1964, 514.

De hoofdregel in de Wet LB 1964 bepaalt dat loon al hetgeen is dat uit een (vroegere) dienstbetrekking wordt genoten.² Pensioen valt hier ook onder, dat wil zeggen dat het gaat om loon in natura. De pensioenpremie die door de werkgever wordt betaald, financiert immers een recht op toekomstige pensioenuitkeringen. De wetgever heeft echter de hoofdregel omgekeerd, waardoor we in dit verband spreken over de ‘omkeerregel’. Niet de premie of aanspraak is belast, maar de pensioenuitkering.

De omkeerregel is gebaseerd op de inkomensuitsteltheorie. Deze theorie komt voort uit het ‘pay tax as you earn it’-beginsel van Adam Smith in *The Wealth of Nations* uit 1776.³ De inkomensbeleving van de werknemer is een van de belangrijkste uitgangspunten voor een rechtvaardige belastingheffing. Voor de inkomstenbelasting, en in dit verband ook de loonbelasting, wordt het inkomen dat een belastingplichtige kan besteden en waarmee hij vermogen kan opbouwen, gezien als draagkracht verschaffend inkomen. Om die reden horen bijdragen voor en aanspraken op pensioen niet tot het belastbare inkomen. Dit inkomen kan immers niet verteerd worden, omdat het geblokkeerd is weggezet bij pensioenuitvoerders en pas na afsluiting van de arbeidzame periode als pensioeninkomen genoten kan worden. In dit verband wordt ook wel gesproken van uitgesteld loon. Tevens beschikt de werknemer tijdens de opbouwfase strikt genomen niet over liquide middelen om de belastingheffing te betalen, mocht de opbouwfase wel belast zijn. Bovendien zou je als werknemer gedurende je hele arbeidzame leven belasting betalen over de pensioenaanspraken, terwijl het onbekend is hoeveel pensioenuitkeringen ooit ontvangen zullen worden vanaf de pensioeningangsdatum. Essentieel is de verzorgingsdoelstelling van de pensioenaanspraken. Deze doelstelling kenmerkt het karakter van dit toekomstig inkomen. Dit betekent dat vanaf het pensioeningangsmoment het pensioeninkomen voor besteding beschikbaar komt, vanaf dan daadwerkelijk genoten wordt en daarmee ook de middelen vrijkomen om de belastingheffing te betalen. Hiermee wordt aangesloten bij het

² Art. 10, lid 1 Wet LB 1964.

³ C.W.M. van Ballegooijen, *Het fiscale loonbegrip*, diss. Amsterdam UvA, Kluwer, Deventer 1989, p. 101.

daadwerkelijke genietingsmoment en het maatschappelijke inkomensbegrip.

In de periode 1991 tot het moment van invoering van het Witteveenkader in 1999⁴ was art. 11, lid 3 Wet LB 1964 van toepassing op het pensioen van de werknemer en de directeur-groootaandeelhouder (hierna: dga). De vraag was natuurlijk wanneer een pensioenregeling naar maatschappelijke opvattingen als aanvaardbaar kon worden beschouwd. Het derde lid van art. 11 Wet LB 1964 gaf daarvoor een aantal aanknopingspunten:

- Een regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend;
- Ten doel heeft de verzorging van (gewezen) werknemers;
- Bij invaliditeit en ouderdom; en,
- De verzorging van hun echtgenoten en van hun minderjarige kinderen en pleegkinderen;
- Een en ander door middel van pensioen dat niet uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen;
- Mede in verband met diensttijd en genoten beloning;
- Redelijk moet worden geacht.

In de pensioenregeling wordt verwezen naar een regeling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend tot doel heeft bepaalde inkomensvoorzieningen te regelen. In beginsel wil de wetgever geen onzuivere elementen in een pensioenregeling toestaan, maar geeft een kleine afwijkingsmogelijkheid. Dat wil zeggen dat minimaal 90% van de regeling gericht moet zijn op het treffen van een inkomensvoorziening voor een specifieke kring van gerechtigden. Er wordt in dit verband gesproken over een restbegunstiging. Anno 2024 is de wettekst zodanig vormgegeven dat alleen de bestaande mogelijkheden van restbegunstiging gehandhaafd blijven, zonder dat een verruiming nog mogelijk is.

Typisch is dat de pensioenregeling niet gevangen kan worden in één definitie, maar wel nader gedefinieerd kan worden door een aantal kenmerken.

⁴ Zie paragraaf 3 voor uiteenzetting Witteveenkader.

Het dient te gaan om een duurzame inkomensvoorziening; een persoonsgebonden karakter; een beloningskarakter; een verzorgingskarakter; bestemmingsgebonden en bestemmingsgericht.

Met de duurzame inkomensvoorziening wordt bedoeld dat de voorziening een opbouw karakter heeft met het oog op een levenslange uitkering. Dit is anders bij de AOW die gekenmerkt wordt door het omslagstelsel, waarbij de huidige premiebetalers de AOW-uitkeringen financieren van de huidige AOW-gerechtigden. Bij de inkomensvoorzieningen worden de premies daadwerkelijk op naam van de werknemer / deelnemer geregistreerd en is sprake van een kapitaaldekking. Daarmee komen we ook bij het kenmerk dat de inkomensvoorziening enkel verbonden kan zijn aan de persoon van de verzekerde. Deze verzekerde is de werknemer die in dienstbetrekking is en die met zijn werkgever een pensioenovereenkomst is overeengekomen. Vanuit de pensioenovereenkomst bezien, spreken we in dit geval over de deelnemer. De persoon van de verzekerde is relevant om de drie pensioensoorten te kunnen opbouwen en tot uitkering te laten komen. Het gaat hierbij om het ouderdomspensioen, het nabestaandenpensioen en het arbeidsongeschiktheidspensioen. Wanneer de deelnemer (verzekerde) de pensioengerechtigde leeftijd bereikt, in 1991 was dat 65 jaar, komt het ouderdomspensioen tot uitkering. Wanneer de deelnemer (verzekerde) komt te overlijden, is dat het verzekerde moment om het nabestaandenpensioen tot uitkering te laten komen en wanneer de deelnemer (verzekerde) arbeidsongeschikt raakt is dat het verzekerde moment om het arbeidsongeschiktheidspensioen te laten uitkeren. Hiermee kan ook de bestemmingsgerichtheid nader geduid worden, aangezien alleen de expliciete kring van gerechtigden voor deze inkomensvoorzieningen in aanmerking kunnen komen. Het ouderdoms- en arbeidsongeschiktheidspensioen kan uitsluitend ten goede komen van de deelnemer zelf. In de loop der tijd zijn er diverse varianten op het ouderdomspensioen verschenen en ook weer verdwenen, zoals we hierna nog zullen zien. Denk aan een prepensioen, overbruggingspensioen en deelnemingsjarenpensioen. Het nabestaandenpensioen kan verdeeld worden in een partnerpensioen en een wezenpensioen. Wanneer de deelnemer (verzekerde) komt te overlijden, krijgt de (gewezen) partner een partnerpensioen en uitsluitend (pleeg)kinderen kunnen in aanmerking komen voor een (half)wezenpensioen. Een pensioenregeling wordt