



prof. dr. mr. H. van Meerten

Advocaat GMW en hoogleraar Europees pensioenrecht Universiteit Utrecht



mr. drs. C. Dekkers MFP CFP®

Senior pensioenjurist bij Pensioennavigator

Hoe het EU-recht de fiscaliteit raakt

Onlangs gaven de auteurs van dit artikel een cursus fiscaal Europees pensioenrecht.¹ Wij merkten in deze cursus dat het algemene, fundamentele EU-recht onvoldoende op de radar staat. Dat is jammer. Zoals EU-Hof president Lenaerts in een podcast aangaf: EU-recht is nationaal recht.² Maar niet alleen juristen, ook nationale rechters hebben soms moeite met het EU-recht.

In deze bijdrage willen wij meer inzicht geven in de actuele gebeurtenissen op het gebied van fiscaal-Europese pensioenwetgeving. Dit willen wij doen door het bespreken van twee recente EU-zaken. Maar omdat de behoefte bij praktijkjuristen groot is, zal de tweede paragraaf eerst enkele beginselen van Europees recht en de werking daarvan op het pensioenrecht beschrijven.³

Vervolgens zullen wij in paragraaf 3 de twee arresten bespreken (gewezen in november 2023) die een grote impact hebben op het Nederlandse pensioenstelsel.

In de twee arresten uit 2023 werd simpelweg gekeken of het vrije verkeer van werknemers (een grondbeginsel van EU-recht, art. 45 VWEU) beperkt wordt door fiscale maatregelen. Het antwoord was ja. En dit zal grote gevolgen kunnen hebben voor andere Nederlandse constructies die op gespannen voet staan met EU-recht.

WERKING EUROPEES RECHT

Algemeen

In de bekende Van Gend en Loos- en COSTA/ENEL-arresten – begin jaren 60 van de vorige eeuw – werd overwogen dat EU-recht een autonome rechtsorde is die voorrang heeft boven het nationaal recht. EU-recht kan dus ook de Nederlandse pensioenwet opzij zetten.

Een belangrijke doelstelling van EU-recht is dat er vrij verkeer binnen het grondgebied van de EU kan plaatsvinden: diensten, goederen, kapitaal en personen. Dit noemen we ‘de vier vrijheden’, die zijn neergelegd in het EU Verdrag.

Pensioenfondsen zijn volgens het EU-Hof ‘dienstverleners’, maar vallen ook onder de andere vrijheden.⁴

De vier vrijheden betekenen ook dat er geen discriminatie mag plaatsvinden: nationale maatregelen die de vrijheden beperken,

mogen (*de iure* en *de facto*) niet alleen buitenlandse producten, personen en diensten raken.

Veel van de EU-regelgeving – die een uitvloeisel is van de vier vrijheden – heeft een rechtstreekse invloed op ons nationaal pensioen. Het EU-recht raakt onder andere aan hoe we pensioenfondsen inrichten, hoe ze beleggen en de manier waarop er met pensioenaanspraken wordt omgegaan.⁵ Ondanks dat vaak de indruk wordt gewekt – ook in onze Tweede Kamer – dat ons pensioen alleen naar Nederlands recht beoordeeld zal worden, zult u na lezing van dit artikel tot de conclusie komen dat dit allerminst het geval is.

De vier vrijheden

De vrijheden vormen de fundering voor de Europese interne markt. Deze Europese interne markt moet een markt zijn zonder binnengrenzen, waarbinnen de economische productiefactoren zich vrij kunnen bewegen en vervalsing van de concurrentie (mededinging) wordt tegengegaan. De vrijheid van goederenverkeer behelst onder andere het verbod van in- en uitvoerheffingen van gelijke werking op goederen tussen lidstaten van de EU

1 Cursus internationale aspecten van Pensioen Pensioennavigator.

2 https://www.linkedin.com/posts/hans-van-meerten-7b24111b_fully-agree-piet-van-nuffel-unfortunately-activity-7146878642361364480-8_rG?utm_source=share&utm_medium=member_desktop.

3 Dank aan Gina van der Zanden, student-stagiair bij GMW advocaten.

4 Zie uitgebreid: H. van Meerten, *EU Pension Law*, Amsterdam University Press 2019.

5 In het in 2024 te verschijnen nieuwe handboek *European Pension Law. A Practitioners' Guide* van prof. Bennett en prof. Van Meerten wordt hier uitgebreid op ingegaan.

(art. 30 VWEU). Deze heffingen zijn enkel toegestaan wanneer de heffing verplicht is op grond van EU-recht of wanneer dit vrijwillig voor het betreffende goed is afgesproken. Ook geldt binnen de EU dat de belastingen op nationale producten hetzelfde moeten zijn als belastingen op gelijksoortige goederen die afkomstig zijn uit andere lidstaten (art. 110 VWEU). Kwantitatieve invoerbeperkingen, waarmee dus wordt afgesproken hoeveel goederen er geïmporteerd mogen worden, zijn verboden tussen lidstaten van de EU (art. 34 VWEU). Dit zijn een paar voorbeelden van wetgeving voor de bescherming van de vrijheid van goederen. Een vrij verkeer van werknemers behelst dat iedere werknemer gerechtigd is om in een andere lidstaat van de EU arbeid in loondienst te aanvaarden en te verrichten (art. 45 VWEU).⁶ Een werknemer is iemand die gedurende een bepaalde tijd voor een ander in een verhouding van ondergeschiktheid prestaties levert en daarvoor vergoeding ontvangt; het hebben van een formeel arbeidscontract is niet van belang.⁷ Elke vorm van discriminatie op grond van nationaliteit van de EU-burger is verboden. Ook wanneer regels in principe geen vorm van discriminatie vormen, maar wel de vrijheid van werknemersverkeer beperken, kan dit in strijd zijn met het vrije verkeer van de EU.⁸ Beperkingen van de vrijheid van dienstenverkeer zijn ook verboden, zowel voor de dienstverlener als de dienstontvanger (art. 56 VWEU). Tot slot regelt artikel 63 VWEU het verbod op beperkingen in de vrijheid van kapitaalverkeer.

Vrij verkeer van werknemers

Zoals boven vermeld is het in principe niet toegestaan om het vrij verkeer van werknemers te beperken. Het Hof van Justitie heeft in haar rechtspraak bepaald dat dit recht op een vrij verkeer van werknemers zowel kan worden beperkt door discriminerende maatregelen als maatregelen die eenzelfde werking hebben. Maatregelen die discriminerend zijn, maar ook aan Nederlandse werknemers worden opgelegd, kunnen dus nog steeds onder het discriminatieverbod vallen van de EU. Artikel 45 lid 3 en 4 VWEU bevat uitzonderingen voor de beperkingen van het vrij verkeer van werknemers. Lidstaten mogen een inbreuk op het vrij verkeer van werknemers maken wanneer dit op grond van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid van belang is. Bovendien zijn er bepaalde functies die zijn voorbehouden aan onderdanen van de betreffende lidstaat, waardoor dit niet onder het discriminatieverbod valt (art. 45 lid 4 VWEU). Naast de verdragsuitzondering van artikel 45 lid 3 en 4 VWEU is er, zoals hiervoor al kort genoemd, ook een uitzondering in de rechtspraak ontwikkeld: de beperking van het vrij verkeer van werknemers is gerechtvaardigd wanneer het gaat om een 'dringende reden van algemeen be-

lang'.⁹ De beperking of maatregel moet wel proportioneel en dus geschikt en noodzakelijk zijn.

Europees pensioenrecht

Zoals eerder gezegd beïnvloedt EU-recht ons pensioen; nationale belemmeringen kunnen strijdig zijn met het EU-recht. Een verplichtstelling van een uitsluitend Nederlands pensioenfonds kan bijvoorbeeld op zeer gespannen voet staan met het EU-recht.¹⁰ Gezien dit een (directe of indirecte) discriminatie op nationaliteit lijkt te zijn, is een rechtvaardiging hiervoor moeilijk denkbaar.¹¹

Europees pensioenrecht is relatief nieuw terrein; desalniettemin groeit het belang ervan. Tal van EU-regelgeving regelt de grensoverschrijdende activiteiten voor pensioenaanbieders. De 2^e pijler pensioenrichtlijn, de IORP, is hiervan een voorbeeld.¹² Multinationale bedrijven hebben behoefte aan grensoverschrijdende oplossingen voor medewerkers die over de hele wereld actief zijn. PEPP, het pan-Europees pensioenproduct, is een ander voorbeeld. Dit is een soort 'pensioenbankrekening' die de werknemer overal naartoe kan meenemen en waarop overal pensioen kan worden opgebouwd.

HARMONISATIE

Iedere Europese lidstaat heeft zo zijn eigen wet- en regelgeving. Denk aan de sociale zekerheid, belastingen of het arbeidsrecht. Het hanteren van verschillende nationale wetgeving tussen EU-lidstaten kan ervoor zorgen dat sneller sprake is van een inperking van één van de vier vrijheden. Het risico hierop kan worden verkleind door het gelijktrekken van de nationale wetgeving op EU-niveau. Hierdoor worden publieke belangen in alle EU-lidstaten op dezelfde wijze erkend en is er geen sprake meer van belemmeringen. Harmonisatie vindt plaats door het opstellen van EU-verordeningen en EU-richtlijnen.¹³ Een EU-verordening is algemeen verbindend en is rechtstreeks van toepassing in elke lidstaat.¹⁴ Een verordening hoeft niet te worden omgezet in nationale wetgeving. Nationale wetgeving die niet verenigbaar is met de verordening geldt niet. Een EU-richtlijn is Europese wetgeving die in nationale wetgeving moet worden omgezet. De lidstaat krijgt hiervoor een bepaalde tijd. Is deze tijd verstreken dan kan

6 Het vrij verkeer van werknemers is verder uitgewerkt in de Burger-schapsrichtlijn 2004/38/EG.

7 Hof 3 juli 1986, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*).

8 Hof 15 december 1995, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman arrest*).

9 Hof 15 december 1995, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman arrest*).

10 Hierover loopt ook een onderzoek bij de Europese Commissie. Zie ook: H. van Meerten, "Vrij verkeer van diensten: Solvency II Basic en de Verplichtstelling", *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2012 7/8.

11 Zie het verslag van een deskundigenbijeenkomst op de Universiteit Utrecht: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4084777.

12 H. van Meerten, *EU pension law*, Amsterdam University Press 2019, p. 12 en 17.

13 Art. 114 jo., art. 26 VWEU.

14 Art. 288 VWEU.

de burger, richting de overheid, de EU-richtlijn rechtstreeks toepassen (verticale rechtstreekse werking).

Belastingheffing is in beginsel een kerncompetentie van de lidstaten zelf. Er geldt op vele gebieden fiscale autonomie. Lidstaten hebben er bewust voor gekozen om de meeste fiscale wetgeving niet te harmoniseren, met uitzondering van bijvoorbeeld de btw.

Vaak worden fiscale maatregelen nader geregeld in bilaterale verdragen tussen lidstaten. De belangrijkste is het belastingverdrag ter voorkoming van dubbele heffing. Wel zijn er een aantal EU-richtlijnen. Denk aan de richtlijn tot administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen¹⁵ of de richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.¹⁶ Hoewel de meeste belastingregels tussen EU-lidstaten niet geharmoniseerd zijn, mag zoals gezegd de nationale belastingwetgeving niet leiden tot belemmeringen van het vrije verkeer. Lidstaten mogen fiscaal niet discrimineren, tenzij er rechtvaardigingsgronden zijn. Zo is het niet toegestaan een niet-ingezetene uit een ander lidstaat die gaat werken in Nederland, anders te belasten dan een ingezetene uit Nederland. De vraag of Nederland fiscaal discrimineert, komt pas aan de orde als het heffingsrecht conform het belastingverdrag aan Nederland is toegewezen.

VERORDENINGEN EN RICHTLIJNEN

Een aantal verordeningen en richtlijnen zijn van (directe) invloed op de Nederlandse pensioenwetgeving. Zo is een aantal bepalingen uit de detacheringsrichtlijn verwerkt in artikel 97 Pensioenwet.¹⁷ Een gedetacheerde werknemer uit een EU-lidstaat kan tijdens de detachering in Nederland blijven deelnemen aan de pensioenregeling uit het andere lidstaat, zelfs als de gedetacheerde gaat werken bij een werkgever die verplicht is aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds. De buitenlandse pensioenregeling zal meestal niet aan de bepalingen van de Wet op de Loonbelasting 1964 voldoen. De regeling zal dan moeten worden aangewezen door de bevoegde inspecteur. De fiscale erkenning houdt in dat Nederland vrijstelling van pensioenaanspraken en aftrek van pensioenpremies verleent in dezelfde mate en tot hetzelfde bedrag als hetgeen de fiscale wetgeving in de uitzendstaat voorschrijft.¹⁸ Het voortzetten van de pensioenregeling van de lidstaat waaruit de werknemer wordt gedetacheerd, vloeit voort uit een EU-pensioenrichtlijn.¹⁹ Deze richtlijn beschermt zoveel

mogelijk de rechten op aanvullend pensioen van grensoverschrijdende werknemers.

Een belangrijke EU-verordening is de Rome I-verordening.²⁰ De Rome I-verordening geeft regels om vast te stellen welk nationaal recht van toepassing is op grensoverschrijdende overeenkomsten. Voor pensioen zijn dit de pensioen- en uitvoeringsovereenkomst. Hoofddregel is dat partijen vrijheid van rechtskeuze hebben.²¹ Bij het vaststellen van de arbeidsovereenkomst kunnen werkgever en werknemer zelf bepalen van welk land het recht van toepassing is. Dit geldt ook bij het vaststellen van de pensioenovereenkomst, aangezien die onderdeel is van de arbeidsovereenkomst. Ontbreekt de rechtskeuze dan is het recht van toepassing van het land waaruit de werknemer zijn arbeid gewoonlijk verricht.²² Het ontbreken van de rechtskeuze kan er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij zou genieten in het gewoonlijke werkland (dwingend recht).²³ Dit zijn bijvoorbeeld cao-bepalingen, arbo-wetgeving en overige dwingendrechtelijke bepalingen die het gewoonlijke werkland voorschrijft. De regels van het bijzonder dwingend recht van het gewoonlijke werkland blijven echter te allen tijde van toepassing.

Wordt het vrije verkeer van werknemers beperkt door fiscale maatregelen?

De uitvoeringsovereenkomst wordt aangemerkt als een verzekeringsovereenkomst.²⁴ Dit is de overeenkomst tussen de werkgever en pensioenuitvoerder waarin bepalingen over de uitvoering van de pensioenovereenkomst zijn vastgelegd.²⁵ Daarbij kan niet afgeweken worden van het recht van de lidstaat waarvan de polishouder onderdaan is.²⁶ Onder polishouder wordt verstaan de verzekeringnemer, wat bij de uitvoeringsovereenkomst de werkgever is. Een buitenlandse werkgever die met een Nederlandse werknemer een arbeidsovereenkomst sluit waarop Nederlands recht van toepassing wordt verklaard, kan een pensioenovereenkomst sluiten naar Nederlands recht. De Duitse werkgever kan

15 Richtlijn (EU) 2021/514.

16 Richtlijn (EU) 2011/96.

17 Richtlijn (EU) 2018/957.

18 Besluit internationale aspecten van pensioenen en stamrechten, 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M.

19 Richtlijn 98/49/EG.

20 Verordening 593/2008, van toepassing op overeenkomsten gesloten na 17 december 2009.

21 Art. 3 Rome I-verordening, (EG) nr. 593/2008.

22 Art. 4 Rome I-verordening, (EG) nr. 593/2008.

23 Art. 8 Rome I-verordening, (EG) nr. 593/2008.

24 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 193.

25 Art. 1 Pw.

26 Art. 7 lid 3 sub c Rome I-verordening, (EG) nr. 593/2008.

als enige een uitvoeringsovereenkomst sluiten.²⁷ Daarop is echter het Duitse recht van toepassing. Wij kunnen ons voorstellen dat deze situatie kan leiden tot het beperken van het vrije verkeer van werknemers en het vrije verkeer van diensten.

Voor pensioencontracten die gesloten zijn voor 17 december 2009 gelden nog de oude bepalingen. Ook hier loopt men tegen dezelfde valkuil aan.

“Als gevolg hiervan kan ingeval van onderbrenging bij verzekeraars de situatie ontstaan dat, hoewel op de pensioenovereenkomst Nederlands recht (en dus dit wetsvoorstel) van toepassing is, op de uitvoeringsovereenkomst recht van een ander land van toepassing is. Dat is bijvoorbeeld het geval als een werkgever uit een andere EU-lidstaat met een in Nederland werkende werknemer een pensioenovereenkomst heeft afgesloten die hij wil onderbrengen bij een Nederlandse of buitenlandse verzekeraar. Omdat de werkgever als verzekeringnemer in het buitenland gevestigd is, geldt dat het buitenlandse recht van toepassing is op de uitvoeringsovereenkomst.”²⁸

Het Rome I-verdrag ziet in beginsel niet op fiscale zaken, zoals de loonbelasting.²⁹ Dit bemoeilijkt het vraagstuk van grensoverschrijdende pensioenovereenkomst. Het voortzetten van een buitenlandse pensioenregeling in Nederland leidt niet automatisch tot premieaftrek als de arbeidsinkomsten conform het belastingverdrag zijn toegewezen aan Nederland. Zo zijn er situaties denkbaar waarin het heffingsland van belasting niet gelijk is aan het land waar de bepalingen van arbeidsrecht van toepassing zijn.

FISCALE ASPECTEN BINNEN DE EUROPESE UNIE

Zodra er grensoverschrijdende activiteiten zijn kunnen werknemers en/of werkgevers te maken krijgen met dubbele belastingheffing. Binnenlandse belastingplichtigen zijn voor hun gehele wereldinkomen belast in Nederland, ook voor dat deel van het inkomen dat in het buitenland wordt verdiend. Vanzelfsprekend zal het land waar de belastingplichtige werkt eveneens het inkomen willen belasten. In deze situatie is dan sprake van dubbele belastingheffing. Zowel het woonland als het werkland heffen belasting over de inkomsten uit arbeid. Een eventueel belastingverdrag tussen beide landen bepaalt welk land het heffingsrecht heeft over het inkomen. Meestal is dit het werkland. Ter voorkoming van dubbele belasting is in het verdrag opgenomen hoe het woonland dan rekening moet houden met de dubbele belasting. Dit kan bijvoorbeeld zijn een belastingvrijstelling of verrekening van de verschuldigde belasting. Het gaat dus om bilaterale ver-

dragen. Nederland en vele andere landen volgen daarbij de OE-SO-modelverdragen. Zo is meestal het land waar een niet-ingezetene als werknemer werkzaam is, bevoegd over het arbeidsinkomen belasting te heffen (werklandbeginsel). Dit is inclusief de pensioenpremie. Gaat het over pensioeninkomen dat de belastingplichtige geniet tijdens de uitkeringsfase, dan is meestal het woonland bevoegd over dat inkomen belasting te heffen (woonlandbeginsel). Discussies over verdragsbepalingen gaan veelal over de vraag in welke lidstaat de belastingplichtige woont en de vraag om wat voor soort inkomen (bron) het gaat. Of iemand in Nederland woont, hangt af van de feitelijke omstandigheden. Zo is het enkel vervullen van een dienstbetrekking in Nederland niet voldoende om als inwoner te worden beschouwd. Meestal wordt gekeken waar het centrale punt van iemands leven plaatsvindt. Belangrijk is om vast te stellen dat het ‘gewoonlijk werklandbeginsel’ uit de Rome I-verordening niet automatisch leidt tot het werkland uit het belastingverdrag,

FISCALE GRENDOERSCHRIJDENDE ASPECTEN VAN PENSIOEN BINNEN DE EU

Nederland kent in beginsel de omkeerregel voor pensioen, behoudens netto pensioen. Zolang de pensioenopbouw binnen de fiscale grenzen van Hoofdstuk IIB van de Wet op de loonbelasting 1964 blijft, behoren aanspraken ingevolge een pensioenregeling niet tot het loon.³⁰ Heffing vindt pas plaats als het pensioen tot uitkering komt.³¹ Om te zorgen dat het opgebouwde kapitaal de bestemming van pensioen behoudt, is afkoop verboden.³² Door de fiscale autonomie zijn er op het gebied van pensioen grote verschillen tussen de lidstaten aanwezig. Werknemers die in een andere lidstaat hun pensioenregeling willen voortzetten, zijn afhankelijk van de nationale wetgeving van die lidstaat. Wel is het in de Pensioenrichtlijn (richtlijn 98/49/EG) voor de gedetacheerde werknemer mogelijk gemaakt de pensioenregeling in een andere lidstaat voort te zetten.³³ Nederland heeft in het Besluit internationale aspecten van pensioen de voorwaarden beschreven die gelden voor zowel uitgaande als inkomende werknemers.³⁴

De uitgaande werknemer heeft twee opties. De Nederlandse regeling voortzetten of waardeoverdracht uitvoeren. Voor dat laatste stelde Nederland, tot het moment van de twee arresten, een aantal eisen. Zo mochten de afkoopbepalingen van het betreffende land niet ruimer zijn dan de afkoopbepaling in Nederland en de werknemer moest voldoende zekerheid stellen of de pensioenuit-

27 Art. 23 lid 1 Pw.

28 Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 22.

29 Art. 1 Rome I-verordening, (EG) nr. 593/2008.

30 Art. 11 lid 1 sub g Wet op de Loonbelasting 1964.

31 Art. 10 lid 1 Wet op de Loonbelasting 1964.

32 Art. 19b lid 1 sub b Wet op de Loonbelasting 1964.

33 Art. 97 Pw.

34 Besluit van 9 oktober 2015, DGB 2015/7010M, Stcrt. 27 oktober 2015, nr. 36798.

voerder akkoord ging met een aansprakelijkheidsstelling. De overige bepalingen blijven onverkort van toepassing. Zo moet de bevoegde inspecteur akkoord gaan met de hoogte van het over te dragen kapitaal, worden er eisen gesteld aan een vervolgwaardeoverdracht, moet het gaan om een substantiële dienstbetrekking in het buitenland en moet er sprake zijn van een in het betreffende land gebruikelijke pensioenregeling bij de nieuwe werkgever.

Fiscaal is het dan mogelijk dat de Nederlandse regeling wordt voortgezet. Dat wil niet zeggen dat de Nederlandse pensioenuitvoerder meewerkt. Daarvoor geldt meestal dat op pensioenovereenkomst voor het Nederlands (arbeids)recht is gekozen.³⁵ Wordt buitenlands recht van toepassing verklaart, dan zal de bestaande pensioenuitvoerder niet snel meewerken aan voortzetting. Zelfs als gekozen wordt voor Nederlands recht werken niet alle uitvoerders mee omdat de dwingendrechtelijke bepalingen van het werkland van toepassing blijven.

Nederland mag geen afkoopbeperkingen meer opleggen bij deze waardeoverdrachten

De inkomende werknemer heeft de mogelijkheid de buitenlandse pensioenregeling voort te zetten. De inkomende werknemer en de werkgever dienen een verzoek in bij de inspecteur om de regeling fiscaal te erkennen. De fiscale erkenning houdt in dat Nederland vrijstelling van pensioenaanspraken en aftrek van pensioenpremies verleent in dezelfde mate en tot hetzelfde bedrag als hetgeen de fiscale wetgeving in de uitzendstaat voorschrijft. Gaat de werknemer echter werken bij een werkgever die verplicht is aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds, dan kan de buitenlandse pensioenregeling alleen worden voortgezet als sprake is van detachering, tenzij het gewoonlijk werkland Nederland is zodat artikel 97 lid 2 Pensioenwet niet van toepassing is.³⁶ Ook in andere gevallen is deelname aan het bedrijfstakpensioenfonds verplicht.

Naast dit besluit is in een aantal belastingverdragen de non-concurrentiebepaling (pensioenpremiebepaling) opgenomen.³⁷ Op grond van de non-concurrentiebepaling kan de inkomende werknemer de buitenlandse pensioenregeling voortzetten onder de fiscale condities van het land van herkomst. Voorwaarden zijn dat de werknemer reeds bijdroeg aan de pensioenregeling en dat de pensioenregeling overeenkomt met een Nederlandse pensioenregeling. Het gaat daarbij om een vergelijking op basis van een globale toetsing.

DE ARRESTEN

De Nederlandse fiscale maatregelen en de verenigbaarheid met EU-recht kennen een lange voorgeschiedenis.³⁸ Hier volstaan we met de hoofdlijnen.

Arrest I C-459/22

In arrest I van 16 november 2023 werd, kort gezegd, geoordeeld dat Nederland heeft nagelaten te voldoen aan de verplichtingen van artikel 45 VWEU met betrekking tot de vaststelling en handhaving van vereisten voor de overdracht van pensioenkapitaal.³⁹ Vanuit de Europese Commissie ontstond het verzoek ter vaststelling dat het Koninkrijk der Nederlanden de verplichtingen krachtens artikelen 45, 56 en 63 VWEU niet is nagekomen.

De Commissie stelt, en later is dit bekrachtigd door het Hof, dat de Nederlandse regeling inzake de overdracht van pensioenaanspraken tussen, zoals het Hof het noemt, 'pensioenverzekeringsinstellingen' (pensioeninstellingen en pensioenverzekeraars) een belemmering vormt voor het vrije verkeer van werknemers.

De Nederlandse maatregelen komen erop neer dat een in een andere lidstaat dan Nederland gevestigde pensioeninstelling zekerheid moet stellen voor de invordering van de belasting over de waardeoverdracht van pensioenaanspraken die eventueel verschuldigd is door werknemers die een baan in die andere lidstaat aanvaarden en de waarde van hun pensioenaanspraken daarnaar willen overdragen. In geval van gebreke moet de pensioeninstelling aansprakelijkheid voor de eventueel verschuldigde belasting aanvaarden of deze werknemers de mogelijkheid bieden voldoende zekerheid te stellen.⁴⁰ Het doel van deze maatregelen is – volgens de Nederlandse regering – de 'bescherming' van het

37 O.a. Denemarken, Duitsland, Portugal, Verenigd Koninkrijk en Zweden.

38 E. Schouten, *Fiscale Europeesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdend pensioenverkeer van werknemers*, Wolters Kluwer 2022.

39 HvJ-EU 16 november 2023, ECLI:EU:C:2023:878.

40 Art. 19a lid 1 sub d, art. 19b lid 1 en 2 van de Wet op de loonbelasting 1964, art. 40c van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990, art. 10d lid 3 van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 en bijlage IV van het besluit van 9 oktober 2015, DGB 2015/7010M, Stcrt. 27 oktober 2015, nr. 36798.

35 Art. 2 lid 9 Pw jo., art. 1 Pw, definitie werknemer en werkgever.

36 Hoge Raad, 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:969, 22/00636.

pensioen van migrerende werknemers die de waarde van hun in Nederland opgebouwde pensioenaanspraken willen overdragen aan een in die andere lidstaat gevestigde pensioeninstelling.

Het Hof concludeert dat werknemers die waardeoverdracht binnen Nederland aanvragen niet geconfronteerd mogen worden met eisen voor zekerheidsstelling of aansprakelijkheid voor belasting. Terwijl migrerende werknemers die waardeoverdracht naar een andere lidstaat aanvragen, wellicht wel worden geconfronteerd en daardoor belast kunnen worden. Verschillen zoals deze zouden ervoor kunnen zorgen dat werknemers ontmoedigd worden om naar een andere lidstaat te verhuizen voor werk en hun pensioenaanspraken daarheen over te dragen. Het is het belang van het vrije verkeer van werknemers dat het voor de werknemers mogelijk is om een pensioeninstelling te kiezen en in een voorkomend geval de waarde van zijn pensioenaanspraken over te kunnen dragen. Alle bepalingen van het VWEU inzake het vrije verkeer van personen beogen het de Unieburgers gemakkelijker te maken om het even welk beroep uit te oefenen op het gehele grondgebied van de Unie en staan in de weg aan maatregelen die deze burgers minder gunstig behandelen wanneer zij op het grondgebied van een andere lidstaat een economische activiteit willen uitoefenen.⁴¹ Aldus heeft het Hof geconcludeerd dat de betrokken nationale regeling, die voorwaarden stelt voor de toegang van werknemers tot de arbeidsmarkt in andere lidstaten dan Nederland, derhalve een in beginsel door artikel 45 VWEU verboden belemmering van het vrije verkeer van werknemers kan opleveren. Vervolgens controleert het Hof of er sprake is van een rechtvaardiging voor deze belemmering. Een dergelijke beperking is slechts toelaatbaar wanneer zij een met het Verdrag verenigbare legitieme doelstelling nastreeft en gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang.⁴²

De noodzaak om levenslange pensioenuitkeringen te waarborgen kan worden aangevoerd als rechtvaardiging voor de beperking van het vrije verkeer van werknemers, maar dit moet dan wel voldoen aan de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit. Het Hof heeft in onderhavige zaak geoordeeld dat hier geen sprake van is; de maatregel gaat verder dan nodig is om het betreffende doel te bereiken. Bovendien voorkomt de maatregel niet het risico dat de werknemer ervoor kiest zijn pensioen ineens te ontvangen en kan zij niet waarborgen dat de werknemer zijn aanvullend ouderdomspensioen regelmatig ontvangt tijdens zijn pensionering. Dus de maatregel gaat verder dan nodig is voor sociale bescherming en belemmert daarom ongerechtvaardigd het vrije verkeer van werknemers.

Overwegingen uit het arrest, die klip en klaar zijn, luiden:

“31. Bijgevolg staat artikel 45 VWEU in de weg aan elke nationale maatregel die het gebruik van de in dat artikel gewaarborgde fundamentele vrijheid door Unieburgers kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken [arrest van 15 juli 2021, Belgische Staat (Verlies van belastingvoordelen in de woonstaat), C-241/20, EU:C:2021:605, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

32. Artikel 45 VWEU verzet zich onder meer tegen maatregelen die weliswaar ongeacht nationaliteit van toepassing zijn, maar naar hun aard migrerende werknemers meer kunnen treffen dan nationale werknemers en dus in het bijzonder migrerende werknemers dreigen te benadelen (arrest van 22 juni 2017, Bechtel, C-20/16, EU:C:2017:488, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”

Conserverende aanslag verder in geding

Arrest II C-360/22

In arrest II van 16 november 2023 ging het om een vergelijkbare situatie.⁴³ De Commissie heeft in deze zaak betoogd dat Nederland zijn verplichtingen van het vrije verkeer van werknemers niet is nagekomen met betrekking tot de voorwaarden die Nederland stelt tot het afkopen van pensioenaanspraken.⁴⁴ Dit doordat het voor werknemers minder aantrekkelijk is om in een andere EU-lidstaat te werken waar de mogelijkheden tot afkoop ruimer zijn. Ook wordt het moeilijker voor werkgevers buiten Nederland om werknemers aan te nemen die al een pensioenkapitaal in Nederland hebben opgebouwd. De gestelde voorwaarden zouden dus kunnen leiden tot indirecte discriminatie, waarbij migrerende werknemers benadeeld worden.

Het Hof erkent dat werknemers die pensioenaanspraken overdragen tussen twee in Nederland gevestigde instellingen niet worden belast, terwijl migrerende werknemers die deze overdracht tussen een Nederlandse instelling en een buitenlandse instelling aanvragen wel worden belast als de afkoopmogelijkheden daar ruimer zijn dan in Nederland. Ondanks dat de nationale regeling geldt voor overdrachten binnen Nederland en naar buitenlandse instellingen kan deze werknemers ontmoedigen om in een ande-

41 HvJ-EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:488, punt 37 (C-Bechtel) en HvJ-EU 15 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:605, punt 23.

42 HvJ-EU 15 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:605, punt 33.

43 HvJ-EU 16 november 2023, ECLI:EU:C:2023:875.

44 Art. 85 lid 1 sub b en art. 87 lid 2 sub f van de Pensioenwet samen met art. 19b lid 2 van de Wet op de loonbelasting 1964.

re EU-lidstaat te werken en hun pensioenaanspraken daarheen over te dragen. Dit is in strijd met het vrije verkeer van werknemers. Bovendien benadrukt het Hof dat de ongunstige fiscale behandeling van migrerende werknemers direct voortvloeit uit de Nederlandse regeling en niet uit onvermijdelijke verschillen tussen deze regeling en die van andere lidstaten.

Zoals bij arrest I werd er door het Hof getoetst of er sprake is van een rechtvaardiging van de belemmering van het vrije verkeer van werknemers. Deze rechtvaardiging bestaat als de maatregel valt onder de sociale bescherming van werknemers. Het waarborgen van levenslange pensioenuitkeringen kan als rechtvaardiging dienen, maar de nationale regeling moet voldoen aan de vereisten van het Unierecht, geschikt zijn om het doel te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk. De nationale regeling, die belastingvrije overdracht van pensioenaanspraken afhankelijk maakt van beperkte afkoopmogelijkheden, voorkomt niet effectief risico's en gaat verder dan noodzakelijk. Het argument voor aanvullende afspraken rechtvaardigt geen beperkingen van het vrije verkeer. Er ontbreekt overtuigend bewijs van de noodzaak van de regeling voor het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel. Daarom is de beperking van het vrije verkeer van werknemers niet gerechtvaardigd, aldus het EU-Hof.

GEVOLGEN VAN DE ARRESTEN

De arresten hebben tot gevolg dat werknemers die binnen de EU/EER/Zwitserland een andere dienstbetrekking gaan vervullen, eenvoudiger waardeoverdracht van pensioenen kunnen realiseren. De voorwaarde dat de afkoopmogelijkheden in het buitenland niet ruimer mogen zijn dan in Nederland, mag niet meer worden gesteld. Ook mag er geen aansprakelijkheidsstelling van de buitenlandse pensioenuitvoerder of zekerheidsstelling van de werknemer meer worden gevraagd. Dit geldt alleen als sprake is van individuele waardeoverdracht binnen de EU/EER/Zwitserland.

De staatssecretaris van Financiën heeft per brief aan de Kamer laten weten dat arresten met ingang van 16 november worden gerespecteerd.⁴⁵ De afkoopbelemmeringen bij internationale waardeoverdracht binnen de EU/EER/Zwitserland zijn niet langer van toepassing. De staatssecretaris geeft aan dat fiscale wetgeving hierop wordt aangepast. Ook wordt de Pensioenwet aangepast.⁴⁶ De voorwaarde dat de inspecteur van de Belastingdienst een akkoordverklaring moet afgeven voor de internationale waardeoverdracht, dat sprake moet zijn van een substantiële dienstbetrekking in het buitenland en dat sprake moet zijn van een in het betreffende land gebruikelijke pensioenregeling bij de nieuwe werkgever blijft wel

van toepassing. De arresten hebben geen impact op bestaande heffingsrechten voor Nederland als in het belastingverdrag de heffing over de afkoop van pensioenen aan Nederland is toegewezen. Opvallend is dat de staatssecretaris aangeeft dat de mogelijkheid voor Nederland om een conserverende aanslag op te leggen bij een internationale waardeoverdracht van pensioenen niet wijzigt door deze arresten. Wij zien niet in hoe dit mogelijk is. Het uitoefenen van het recht op individuele waardeoverdracht aan een pensioeninstelling binnen de EU/EER/Zwitserland is een toegestane vorm van overdracht die niet beschouwd wordt als afkoop. Na 16 november 2023 zijn zelfs ruimere afkoopmogelijkheden dan die Nederland hanteert, toegestaan, zolang het maar gaat om een individuele waardeoverdracht zoals opgenomen in de artikelen 71 en 75 van de Pensioenwet. Eenmaal overdragen heeft het pensioenkapitaal Nederland verlaten en gelden de wettelijke bepalingen van het land van overdracht. Een conserverende aanslag heeft dan nog weinig betekenis.

Overigens past deze lijn van denken van het EU-Hof helemaal bij de PEPP-gedachte van een makkelijk overdraagbaar pensioen.⁴⁷

CONCLUSIE

Ondanks de – op het oog – fiscale autonomie van de EU-lidstaten is het mogelijk dat fiscale bepalingen van een lidstaat in strijd zijn met de regels van het vrije verkeer binnen de EU. Op 16 november 2023 heeft het Europese Hof van Justitie twee uitspraken in Zaak C-360/22 en Zaak C-459/22 gedaan over internationale uitgaande waardeoverdracht. Nederland heeft niet langer de mogelijkheid afkoopbeperkingen op te leggen aan waardeoverdrachten gedaan door werknemers die buiten Nederland, maar binnen de EU een nieuwe dienstbetrekking vervullen. Deze arresten tonen aan dat fiscale maatregelen kunnen leiden tot vrijheidsbeperkende maatregelen, zelfs als een staat de onderscheidende maatregel aanmerkt als dwingende reden van algemeen belang.

45 Kamerbrief arresten Hof van Justitie EU inzake internationale individuele waardeoverdracht van pensioen, 22 december 2023, kenmerk 2023-0000274339.

46 Art. 85 lid 1 sub b Pensioenwet en art. 87 lid 2 sub f Pensioenwet.

47 In Afrika, bijvoorbeeld, heeft men al langere tijd 'Pension WhatsApp'. Zie: H. van Meerten, 'Lessons from the Pan European Pension Product (PEPP)', in: P.S. Khanna, G. Bhardwaj, *Templating micro-Pensions for Africa*, PinBox 2023.