

8. Fiscaal pensioenrecht

mr. Jos Gielink CPL, advocaat pensioenrecht Gielink Pensioenrecht

Inleiding

De uitfasering van het pensioen in eigen beheer vanaf 1 januari 2017 heeft kennelijk al snel gevolgen voor de fiscale rechtspraak. Het aantal procedures over pensioen in eigen beheer is snel teruggelopen.

Over de fiscale aspecten van collectieve pensioenregelingen werd de afgelopen jaren al weinig geprocedeerd. Van de mogelijkheid om collectieve regelingen vooraf ter toetsing aan de Belastingdienst voor te leggen wordt veelvuldig gebruik gemaakt door werkgevers en pensioenuitvoerders.

Er zijn nog wel veel rechtszaken over de grensoverschrijdende aspecten van pensioen, met name de verdragstoepassing ter zake van pensioenuitkeringen. Vandaar dat u veel internationale kwesties zult aantreffen in dit onderdeel van de Kroniek Pensioenrechtspraak.

Geen toerekening pensioen aan partner

Op 15 oktober 2019 oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (**ECLI:NL:GHARL:2019:8439**) dat het ouderdomspensioen dat door belanghebbende werd ontvangen van de Stichting pensioenfonds ABP ("ABP") niet voor de helft kon worden toegerekend aan zijn echtgenote, met wie hij in algehele gemeenschap van goederen gehuwd was.

Op grond van artikel 3.81 van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 wordt onder loon verstaan loon overeenkomstig de Wet op de loonbelasting. Volgens artikel 10 van de Wet op de loonbelasting 1964 is loon al hetgeen is genoten uit dienstbetrekking of een vroegere dienstbetrekking.

Artikel 2.17 Wet IB 2001 bepaalt onder meer dat inkomensbestanddelen van de belastingplichtige en diens partner in aanmerking worden genomen bij degene

door wie de inkomensbestanddelen zijn genoten. Gelet op deze bepalingen, komt het Gerechtshof tot de gevolgtrekking dat de pensioenuitkeringen voor de belanghebbende loon uit vroegere dienstbetrekking vormen en dus niet voor de helft aan zijn echtgenote worden toegerekend.

Het pensioen vloeit voort uit de werkzaamheden die de werknemer in dienstbetrekking heeft verricht. Belanghebbende is als (gewezen) werknemer degene die fiscaal het loon geniet. Het feit dat zijn echtgenote op grond van de huwelijks-gemeenschap mede-gerechtigd is tot de helft van het inkomen, heeft niet tot gevolg dat de echtgenote in fiscale zin het loon voor de helft heeft genoten. Dit oordeel is niet verrassend, uit eerdere jurisprudentie volgt dat loonbestanddelen (dus ook pensioenuitkeringen, als zijnde loon uit vroegere dienstbetrekking) fiscaal genoten wordt door de werknemer zelf.

Belanghebbende voerde onder andere nog aan dat voor het pensioen niet de mogelijkheid wordt geboden om op de voet van artikel 2.17 lid 2 van de Wet IB 2001 naar keuze een deel van de uitkeringen toe te rekenen aan de echtgenote. Als artikel 2.17 Wet IB 2001 van toepassing zou zijn, kan het loon vrij worden toegerekend aan de fiscale partners. Het Hof oordeelt hierover dat noch met de invoering van de Wet IB 2001, noch door ontwikkelingen met betrekking tot de positie van gehuwden en gescheiden echtgenoten, er een wijziging is gekomen in de gevolgen die voor belastingheffing moeten worden verbonden aan de verknochtheid die bestaat tussen inkomsten die worden verkregen door het verrichten van arbeid en de persoon die de arbeid heeft verricht (zie HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:633). Kennelijk beoogt het Hof hiermee te zeggen dat de persoonlijke verknochtheid bij de wetgever en in de maatschappelijke opvattingen het uitgangspunt zijn geweest en gebleven. Een vrije toerekening naar keuze van de partners past niet in deze maatschappelijke opvattingen c.q. het uitgangspunt van de wetgever.

In deze uitspraak wordt ondubbelzinnig bevestigd dat pensioen in fiscale zin uitsluitend bij de (gewezen) werknemer wordt belast als loon uit vroegere dienstbetrekking. De tekst van de wet biedt naar het oordeel van het Hof al voldoende aanknopingspunten voor deze conclusie. Een beroep op de maatschappelijke ontwikkelingen wordt door het Hof afgewezen, onder verwijzing naar het oordeel van de Hoge Raad dat ook voor de toepassing van het huwelijksvermogensrecht sprake is van verknochtheid met de persoon die de

arbeid verricht heeft. Dit laatste is wat mij betreft een oordeel ten overvloede, de maatschappelijke ontwikkelingen kunnen niet leiden tot het opzij zetten van een duidelijke wettekst en de kenbare bedoeling van de wetgever. Hiervoor zal een wijziging van de wet noodzakelijk zijn.

Als de belastingplichtige gelijk had gekregen, was het resultaat geweest dat het pensioeninkomen voor 50% aan de huwelijkspartner kon worden toegerekend, of zelfs op basis van de vrije toerekening van inkomensbestanddelen op de voet van artikel 2.17 lid 2, Wet IB 2001 naar gezamenlijke keuze van de beide partners verdeeld had kunnen worden. Hiermee zouden belastingplichtigen zelf kunnen bepalen welke toerekening leidt tot een optimale toepassing van het progressieve tarief voor de heffing van de loonbelasting en de inkomstenbelasting. Dit feest ging niet door. De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie op 20 maart 2020 niet-ontvankelijk, omdat de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen (artikel 80a Wet RO).

Nederland volledig heffingsbevoegd over invaliditeitsuitkering en deels over nabestaandenpensioen

In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Rb. Zeeland – West Brabant (13 maart 2020, **ECLI:NL:RBZWB:2020:1185**) ontvangt een inwoner van Frankrijk een invaliditeitsuitkering en een nabestaandenpensioen van het ABP.

De rechter diende de vraag te beantwoorden of Nederland het heffingsrecht over deze uitkeringen had. Partijen waren het erover eens dat op grond van de Nederlandse nationale wet Nederland kon heffen. De vraag die in de procedure aan de orde was, is of Nederland op grond van het belastingverdrag met Frankrijk het heffingsrecht toegewezen krijgt.

Invaliditeitsuitkering

Belanghebbende was voorafgaande aan zijn arbeidsongeschiktheid in dienst van een publiekrechtelijke werkgever, maar had daarvoor voor verschillende privaatrechtelijke en publiekrechtelijke werkgevers gewerkt. Volgens de inspecteur was het heffingsrecht over de invaliditeitsuitkering op grond van artikel 19 van het belastingverdrag (overheidsfuncties) volledig aan Nederland als bronstaat toegewezen.

Belanghebbende stelde dat het heffingsrecht gedeeltelijk aan de woonstaat was toegewezen op grond van het pensioenartikel in het belastingverdrag (artikel 18), voor zover de uitkering betrekking had op de werkzaamheden die in privaatrechtelijke dienstbetrekking zijn verricht.

De rechtbank komt tot de conclusie dat de invaliditeitsuitkering volledig is aan te merken als een beloning, daaronder begrepen pensioen, die betaald wordt door een publiekrechtelijk lichaam. Een beloning die hetzij rechtstreeks, hetzij uit een door het publiekrechtelijk lichaam in het leven geroepen fonds, wordt betaald ter zake van diensten bewezen aan dat publiekrechtelijke lichaam.

Allereerst beantwoordt de rechtbank de vraag of een invaliditeitsuitkering is aan te merken als een pensioen(uitkering) in de zin van artikel 19 van het belastingverdrag. Volgens de rechtbank is dit het geval: in het verdrag wordt de term 'pensioen' niet gedefinieerd. Op grond van de uitlegeregels in het verdrag wordt een niet gedefinieerde term uitgelegd op basis van de betekenis die aan de term volgens de nationale wetgeving wordt gegeven. Op grond van artikel 18 van de Wet LB wordt een definitie van 'pensioenregeling' gegeven. Hieronder vallen onder andere inkomensvoorzieningen bij arbeidsongeschiktheid die langer dan een jaar duren en die niet uitgaan boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk moeten worden geacht (arbeidsongeschiktheidspensioen). De uitkering aan belanghebbende betreft een uit een dienstbetrekking voortvloeiende uitkering in verband met arbeidsongeschiktheid, die langer dan een jaar duurt en waarvan niet is gebleken dat deze uitkering uitgaat boven hetgeen naar maatschappelijke opvattingen redelijk moet worden geacht. Hiermee staat volgens de rechtbank vast dat de invaliditeitsuitkering voor de toepassing van het belastingverdrag als pensioen wordt aangemerkt.

De door de rechtbank toegepaste uitlegmethode is op zichzelf genomen juist, er ontbreekt echter nog een schakel in de redenering. Er is niet vastgesteld of de invaliditeitsuitkering onderdeel uitmaakt van een pensioenregeling, dus of er sprake is van een invaliditeits*pensioen*. Sociale partners kunnen immers ook kiezen voor een arbeidsvoorwaardelijke regeling die geen onderdeel uitmaakt van een pensioenregeling. Elders in de uitspraak is overigens wel feitelijk vastgesteld door de rechtbank dat de invaliditeitsuitkering voortvloeit uit een pensioenreglement.

Dit had belanghebbende overigens niet gebaat, omdat artikel 19 niet alleen ziet op invaliditeitspensioen, maar ook op overige beloningen. Een invaliditeitsuitkering die voortvloeit uit een publiekrechtelijke dienstbetrekking, maar geen onderdeel uitmaakt van een pensioenregeling, valt ook onder de werking van artikel 19 van het verdrag.

Vervolgens dient de vraag beantwoord te worden in hoeverre de invaliditeitsuitkering deels betrekking had op de werkzaamheden die verricht zijn in particuliere dienst en dan in zoverre op grond van het pensioenartikel (artikel 18) ter belastingheffing zouden zijn toegewezen aan de woonstaat Frankrijk.

De rechtbank oordeelde allereerst dat voor de vraag of een beloning wordt betaald vanwege overheidsdiensten niet relevant is of de uitkering betaald wordt door een, in dit geval, privaatrechtelijke pensioenuitvoerder, maar of het pensioen is opgebouwd in overheidsdienst. Als het gaat om een pensioenuitkering op basis van een regeling waarbij de aanspraak in de tijd wordt opgebouwd, dan moet toerekening plaatsvinden in verhouding tot de opbouw in (i) de periode in overheidsdienst respectievelijk (ii) de periode in particuliere dienst. Voor deze tijdsvenredige allocatie verwijst de rechtbank naar de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 12 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:BH8209.

De rechtbank stelt echter vast dat in dit geval geen sprake is van een uitkering op opbouwbasis, maar op risicobasis. In dat geval is voor de bepaling van het heffingsrecht slechts relevant wie de werkgever was toen de arbeidsongeschiktheid ontstond. De uitkering staat immers slechts in causaal verband met die (laatste) werkgever, omdat die de premie voor de risicodekking betaalde waaruit de uitkering voortvloeit. Er is geen verband met de periode van eerdere werkgevers. Omdat belanghebbende op het relevante moment werkzaam was voor een publiekrechtelijk lichaam, concludeert de rechtbank dat de volledige invaliditeitsuitkering onder de reikwijdte van artikel 19 van het belastingverdrag valt en het volledige heffingsrecht derhalve aan Nederland toekomt.

Hoewel de rechtbank hier niet naar verwijst, is voor de benadering van de rechter steun te vinden in het nieuwe OESO commentaar over de toerekening van arbeidsbeloningen die worden ontvangen na het einde van de dienstbetrekking (vergelijk Besluit staatssecretaris van Financiën d.d. 23 april 2015, DGB 2015/584M). De hoofdregel bij deze allocatie van postactieve beloningen is dat de

beloning wordt gealloceerd op basis van de werkzaamheden in de laatste 12 maanden van de uitoefening van de dienstbetrekking, tenzij concrete feiten en omstandigheden een andere allocatie rechtvaardigen. Deze benadering, hoewel niet rechtstreeks van toepassing op het berechte geval, sluit aan bij de benadering die door de rechtbank wordt gekozen. Los hiervan is de uitspraak begrijpelijk en juist. Een pensioen op risicobasis wordt uitgekeerd op basis van de verzekering die in stand wordt gehouden op het moment dat het verzekerde feit zich voordoet. Normaliter is dit tijdens de laatste dienstbetrekking.

Nabestaandenpensioen

Het nabestaandenpensioen vloeit voort uit de pensioenregeling van de echtgenote. De overleden echtgenote werkte als onderwijzeres voor zowel openbare als bijzondere scholen in Nederland en enige tijd op Sint-Maarten. Tot 1 juli 1999 was het nabestaandenpensioen op opbouwbasis. Van het in deze periode opgebouwde nabestaandenpensioen werd door partijen 80% toegerekend aan werkzaamheden verricht in privaatrechtelijke dienstbetrekking. Dit werd door de rechtbank gevolgd.

Vanaf 1 juli 2009 was het nabestaandenpensioen op risicobasis verzekerd. Voor de verdragstoepassing volgde de rechtbank dezelfde benadering als voor de invaliditeitsuitkering. Omdat de echtgenote ten tijde van haar laatste werkkring in publiekrechtelijke dienstbetrekking werkte, werd de volledige uitkering aangemerkt als een overheidsbeloning die onder de werking van artikel 19 van het verdrag aan het bronland Nederland ter belastingheffing was toegewezen.

Pensioenuitkering internationale organisatie

Er wordt de laatste jaren regelmatig geprocedeerd over de behandeling van pensioenuitkeringen van voormalige werknemers van internationale organisaties.

In 2019 werd in de Kroniek Pensioenrechtspraak het arrest van de Hoge Raad behandeld van een deelnemer aan de pensioenregeling van de Wereldbank (ECLI:NL:HR:2019:1596). De aanpak van dit arrest kwam overeen met het arrest van de Hoge Raad in 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BF7264).

Op grond van zetelverdragen worden immuniteiten en fiscale privileges toegekend aan de werknemers die werkzaam zijn voor internationale organisaties. Op grond hiervan zijn de beloningen vrijgesteld van nationale belastingheffing en worden de beloningen doorgaans onderworpen aan een interne stafheffing. Het is vaak niet duidelijk of deze fiscale vrijstellingen ook van toepassing zijn op postactieve beloningen die voormalige werknemers ontvangen uit hun vroegere dienstbetrekking.

De Nederlandse belastingdienst heeft in de hiervoor genoemde procedures met succes bepleit dat in de berechte gevallen geen beroep kon worden gedaan op het fiscale privilege. Dit betekent echter niet dat de pensioenuitkeringen die door een inwoner van Nederland worden ontvangen op grond van de Nederlandse wet integraal belast kunnen worden. In hoeverre de uitkeringen belastbaar zijn in Nederland hangt af van de vraag in hoeverre de aanspraken in de opbouwfase belast zijn geweest, of de pensioenregeling naar Nederlandse maatstaven voldeed aan de wettelijke vereisten voor de omkeerregel en hangt af van de verschillende fiscale regimes die in Nederland van toepassing zijn geweest in de jaren dat het pensioen is opgebouwd.

Een complexe materie dus, die in de genoemde gevallen uit 2009 en 2019 er toe leidde dat de uitkeringen slechts gedeeltelijk in de heffing konden worden betrokken.

In de zaak die door de Rechtbank Noord-Holland is beoordeeld (29 mei 2020, **ECLI:NL:RBNHO:2020:3953**) betrof het een ouderdomspensioen van een volkenrechtelijke organisatie. De Rechtbank stelde allereerst vast dat het pensioen voortvloeit uit een pensioenregeling die naar Nederlandse maatstaven als onzuiver moet worden beschouwd. Hierbij verwijst de rechtbank naar de hiervoor genoemde arresten uit 2009 en 2019.

Belanghebbende heeft verzuimd om, ondanks een daartoe strekkend verzoek, de pensioenbrief of ander document waaruit zijn pensioenrechten blijken, en meer in het bijzonder op welke wijze deze rechten zijn opgebouwd, in het geding te brengen.

Omdat belanghebbende zijn bewijsplicht heeft geschonden, is het gelijk aan de inspecteur en worden de uitkeringen integraal belast in box 1 op grond van artikel

3.82, letter c, Wet IB 2001 (pensioenregeling van een internationale organisatie). Op grond van deze bepaling worden uitkeringen integraal belast in box 1, behoudens voor zover aannemelijk is dat over de aanspraken reeds een heffing naar het inkomen heeft plaatsgevonden die naar aard en strekking overeenkomt met de loon- en inkomstenbelasting.

De houding van de belanghebbende in deze procedure is niet goed te begrijpen. Belanghebbende heeft hooggeclassificeerde gespecialiseerde adviseurs ingeschakeld en er is op hoog politiek en ambtelijk niveau overleg gevoerd inzake de belastingheffing over de pensioenuitkeringen waar de pensioenregeling van deze internationale organisatie recht op geeft. Met de opstelling die belastingplichtige gedurende de procedure innam, moet het voor betrokkenen op voorhand duidelijk zijn geweest dat het oordeel van de rechter in het voordeel van de inspecteur zou uitvallen.

Overheidspensioen na emigratie naar Thailand in Nederland belast

Een inwoner van Thailand ontvangt een (vroeg)pensioenuitkering van het ABP. Belanghebbende stelt dat Nederland niet gerechtigd is om een bronstaatheffing te effectueren op grond van het belastingverdrag met Thailand. Voor overheidspensioen kent het verdrag een bronstaatheffing, maar dit artikel zou niet van toepassing zijn omdat het pensioen wordt uitgekeerd door een privaatrechtelijke stichting. Het ABP is immers geprivatiseerd.

Dit argument werd door het Hof 's-Hertogenbosch (17 april 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:1278**) verworpen. Voor de vraag of het artikel inzake overheidspensioen van toepassing is, is niet de (publiekrechtelijke) status van de pensioenuitvoerder, maar van de werkgever relevant. Dit is al veel eerder door de Hoge Raad uitgemaakt (vgl. PTT, HR 21-09-1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2943) en 'Hoogleraar' (HR 5 december 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB4366).

Uitkering Belgische pensioenregeling in Nederland belastbaar

Een inwoner van Nederland heeft deelgenomen aan een Belgische pensioenregeling van zijn Belgische werkgever. Belanghebbende ontvangt een eenmalige uitkering uit de Belgische pensioenregeling en is van mening dat het heffingsrecht aan België is toegewezen op grond van artikel 18, lid 3 van het Belastingverdrag. Dit artikel voorziet in bronstaatheffing indien uitbetaling, (bijvoorbeeld?) als gevolg van afkoop, heeft plaatsgevonden vóór de pensioendatum.

De inspecteur stelt echter dat artikel 18, lid 3 van het Verdrag niet van toepassing is, omdat de betaling plaatsvond op 5 mei 2015, terwijl het pensioencontract is geëindigd op 1 mei 2015, dat wil zeggen de groepsverzekering expireerde op die datum.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (28 mei 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:1651**) is het met de inspecteur eens: de uitbetaling heeft niet vóór, maar ná de pensioeningangsdatum plaatsgevonden.

Uit de handelingen van belanghebbende kan niet worden afgeleid dat hij bedoeld heeft de Belgische groepsverzekering af te kopen vóór de datum waarop dit pensioen in zou moeten gaan. De rechtbank achtte hierbij mede van belang dat het initiatief voor het uitbetalen van de eenmalige uitkering door de verzekeraar is genomen.

Ook de stelling van belanghebbende dat de correspondentie met de verzekeraar voorafgaande aan de ingangsdatum als een vorm van 'uitbetaling' in de zin van het verdrag kon worden aangemerkt, vond geen weerklank bij de rechter.

Al met al een kansloze procedure en een juiste uitspraak van de rechter. Belastingplichtige besefte kennelijk te laat dat deze bepaling in het belastingverdrag, die op initiatief van België is opgenomen, zich bij uitstek leende voor *tax planning*. Hij kon zich er niet bij neerleggen dat hij deze kans voorbij had laten gaan, maar maakte een tweede fout door te denken dat de rechter zijn argumenten wel zou (kunnen) honoreren, in weerwil van de op dit punt heldere verdragstekst.

4% rekenrente bij fiscale waardering pensioenverplichtingen

Het Hof Amsterdam (7 juli 2020, **ECLI:NL:GHAMS:2020:1923**) moest een oordeel vellen over de vraag of de wettelijk voorgeschreven rekenrente van 4% die bij de fiscale waardering van pensioenverplichtingen in aanmerking moet worden genomen, in strijd is met artikel 1 EP EVRM.

Een zelfde vraagstelling is al eerder aan de orde geweest bij procedures die zijn gevoerd over de houdbaarheid van het forfaitaire rendement van 4% in box 3 van de inkomstenbelasting (vermogensrendementsheffing). In deze procedures werd door de Hoge Raad allereerst beoordeeld of de regeling van box 3 op stelselniveau aanvaardbaar was. Voor de jaren dat dit het geval was, kwam een vervolgoets aan de orde, namelijk of op het niveau van de belastingplichtige sprake is van een buitensporige last.

Het betrof een vennootschap die in het boekjaar 2014 geconfronteerd werd met een belaste vrijval van de pensioenverplichting vanwege de waarderingsregel van artikel 3.29 Wet IB 1964.

In navolging van het arrest van de Hoge Raad d.d. 16 oktober 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3082) oordeelde de rechtbank in eerste aanleg (17-12-2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10861) dat artikel 3:29 Wet IB 2001 een door de wetgever bewust voorziene en aanvaarde inbreuk is op de beginselen van goed koopmansgebruik. Dit wordt niet anders nu de mate van afwijking en de tijdsduur waarin de voorgeschreven rekenrente hoger is dan de marktrente mogelijk niet door de wetgever is kunnen voorzien.

Het feit dat in dit geval sprake is van een belaste vrijval na overname van een pensioenverplichting, is voorzien door de wetgever bij de invoering van deze bepaling.

Bij de toetsing aan artikel 1 EP EVRM (recht op ongestoord genot van eigendom) is het volgens de Rechtbank vaste jurisprudentie dat eerst bekeken moet worden of een regeling op regelniveau in strijd is met artikel 1 EP EVRM, en indien dit niet zo is, bekeken moet worden of sprake is van een individuele en buitensporige last. De rechtbank haalt hier de aanvullende toets van de Hoge Raad aan, zoals hiervoor beschreven in relatie tot de vermogensrendementsheffing.

De rechtbank achtte de waarderingsregel van artikel 3.29 van de Wet IB 2001 op regelniveau niet in strijd met artikel 1 EP EVRM. Hierbij was naar het oordeel van de rechtbank onder andere van belang dat de wetgever bij de behandeling van het Belastingplan 2014 heeft vastgesteld dat een fiscale waardering op commerciële grondslagen forse negatieve budgettaire consequenties zou hebben. Hiermee diende artikel 3.29 Wet IB een legitiem doel in het algemeen belang.

De bestreden heffing over de vrijval van de pensioenverplichting was in het licht van de inkomens- en vermogenspositie van de belastingplichtige niet van een dermate grote omvang dat die heffing kwalificeert als een individuele en excessieve last.

Het Gerechtshof is in hoger beroep van oordeel dat de rechtbank met betrekking tot de toetsing van artikel 3.29 Wet IB op goede gronden een juiste beslissing heeft genomen.

Het Hof oordeelde dat de achtergrond van de wettelijke regeling is om over een langere periode duidelijkheid te verschaffen over de toepasselijke fiscale rekenrente.

Bezien tegen deze achtergrond en mede in aanmerking nemende de ruime beoordelingsvrijheid die de wetgever bij de totstandkoming van belastingwetten toekomt, heeft de wetgever volgens het Hof de *fair balance* tussen het middel van artikel 3.29 Wet IB 2001 en het daarmee te dienen doel niet heeft overschreden.

Het Hof is eveneens van oordeel dat als wél sprake zou zijn geweest van een schending op regelniveau van artikel 1 EP EVRM, dit tóch geen consequenties zou hebben gehad, met het oog op het feit dat het pensioen in eigen beheer vanaf 1 januari 2017 is uitgefaseerd.

Met betrekking tot de vraag of zich een individuele en buitensporige last voordoet, stelt het Hof voorop dat een dergelijke situatie zich alleen voordoet indien en voorzover de gestelde last zich ten aanzien van de desbetreffende belastingplichtige sterker laat gevoelen dan in het algemeen. Dit kan zich alleen voordoen als bijzondere, niet voor alle met belanghebbende vergelijkbare pensioen-BV's geldende feiten en omstandigheden een buitensporige last voor

haar teweegbrengen. Het Hof verwijst hierbij naar Hoge Raad 17 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:442.

Gerelateerd aan het vermogen van de belastingplichtige is er naar het oordeel van het Hof geen sprake van een buitensporige last. Hierbij dient bij de beoordeling van de werking van de fiscaal voorgeschreven rekenrente mede in aanmerking te worden genomen dat deze voor belanghebbende vanaf 1995 heeft gegolden en dat er ook perioden kunnen zijn geweest waarin zich een voor haar voordelig verschil tussen de actuariële rente en de fiscale rekenrente heeft voorgedaan.

Belanghebbende heeft verder geen bijzondere, specifiek ten aanzien van haar geldende omstandigheden gesteld, die maken dat voor haar sprake is van een individuele en buitensporige last.

Het Hof concludeert derhalve dat de fiscaal voorgeschreven rekenrente van 4% de toetsing van artikel 1 EP EVRM kan doorstaan.

Rechtbank en Gerechtshof tonen zich mild over de houdbaarheid van de fiscale rekenrente van 4%. Op zichzelf genomen begrijpelijk, want bij de toetsing aan artikel 1 EP EVRM komt de wetgever een ruime beleidsvrijheid toe.

De gevolgen van een verplichte fiscale waardering van de pensioenverplichting met een rekenrente van 4% zijn voor de belastingplichtige moeilijk te accepteren. Het artikel 3.29 Wet IB 2001 druist in tegen het realiteitsbeginsel én het voorzichtigheidsbeginsel, twee kernbeginselen van goed koopmansgebruik, maar niettemin wordt dit slechte koopmansgebruik gesauveerd door de rechter. Hopelijk wordt het slechte wetgevingsgebruik geen gewoonte, daar zit wat mij betreft de echte pijn.

Heffingsrecht Nederland over pensioen van Nederbelg

In deze uitspraak stond de naleving en controle van ingewikkelde vereisten in de Nederlandse nationale wet en in het belastingverdrag met België centraal.

Ter bestrijding van de zogenaamde pensioenvlucht naar België besloot Nederland haar verdragspolitiek met betrekking tot het heffingsrecht inzake pensioen aan te passen, te beginnen met het belastingverdrag met België.

Er is een verfijnde verdragsafspraken gemaakt, waarbij de bronstaatheffing afhankelijk is van de omvang van de uitkering, de fiscale facilitering in het bronland en de wijze van heffing in het woonland.

Met name de laatste voorwaarde (de pensioenuitkeringen zijn in het woonland laag belast) vereist een adequate uitwisseling van inlichtingen. Een dergelijke uitwisseling is op grond van het belastingverdrag mogelijk, maar in de praktijk is hier weinig van terecht gekomen, zo bleek ook uit deze uitspraak.

Tot welke voor de Nederlandse belastingdienst schrijnende situatie de gebrekkige informatie-uitwisseling heeft geleid, blijkt uit deze uitspraak. De inspecteur ontving in 2017 informatie van de Belgische belastingdienst dat belanghebbende vanaf 2002 een in België laag belast pensioen van € 113.000 per jaar ontvangt. De inspecteur is van mening dat dit Nederlandse pensioen in Nederland (als bronstaat) had moeten worden belast en legt navorderingsaanslagen inkomstenbelasting vanaf 2012 op.

Belanghebbende betwist deze navorderingsaanslagen onder meer met de stelling dat er geen nieuw feit is voor de inspecteur. De Nederlandse belastingdienst had kunnen weten dat de uitkeringen in België laag belast zouden worden door navraag te doen bij zijn Belgische ambtsgenoot. Bovendien was de aanleiding voor de verdragwijziging dat Nederland niet tevreden was over de lage heffing van pensioen in België.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (arrest 23 juli 2020, **ECLI:NL:GHSHE:2020:2357**) was van mening dat de inspecteur geen ambtelijk verzuim pleegt als hij de aanslag conform de aangifte regelt, ook indien hij over informatie beschikt die erop kan duiden dat de aangifte onjuist is (vgl. HR 12 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7165),

mits die informatie de niet onwaarschijnlijke mogelijkheid open liet dat de aangifte juist is. Omdat de hoofdregel van het belastingverdrag is dat de uitkering in het woonland belast moet worden, hoefde de inspecteur geen nader onderzoek in te stellen naar de juistheid van de ingediende aangiftes.

Vervolgens was de vraag of de uitkering in Nederland als loon uit vroegere dienstbetrekking kon worden belast op grond van de nationale wet. De pensioenbrief was op 1 juni 1999 niet aangepast aan de nieuwe wettelijke eisen. De regeling was daardoor onzuiver geworden en de aanspraak had belast moeten worden, hetgeen niet gebeurd was. Het gevolg hiervan is in principe dat de uitkeringen niet meer als loon uit vroegere dienstbetrekking in aanmerking kunnen worden genomen, de omkeerregel is immers niet meer van toepassing.

De inspecteur deed echter een beroep op artikel 10, lid 4 Wet LB: indien de pensioenregeling door belastingplichtige en inspecteur als een zuivere pensioenregeling behandeld is, worden de uitkeringen uit een onzuivere pensioenregeling desondanks belast als loon uit vroegere dienstbetrekking. Het Hof volgde de inspecteur in deze en concludeert dat artikel 10, lid 4 van toepassing is. Het maakt hierbij niet uit dat artikel 10, lid 4 is ingevoerd na de wijziging van het belastingverdrag. Nederland heeft geen toestemming nodig voor een wijziging van de nationale wetgeving en het is aan Nederland om te bepalen hoe de belastingheffing verloopt, indien het verdrag de heffing toewijst aan Nederland.

De heffing over de pensioenuitkeringen is onder de werking van het belastingverdrag aan Nederland toegewezen indien aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan (artikel 18 §2 belastingverdrag):

- het pensioen is fiscaal gefacilieerd in Nederland;
- het pensioen is in België laag belast;
- het brutobedrag van het pensioen gaat een bedrag van € 25.000 te boven.

Het Hof concludeert dat aan deze drie cumulatieve voorwaarden voldaan is en concludeert dat de heffingsbevoegdheid aan Nederland is toegewezen. De verzuimboete van 25% was volgens het Hof terecht opgelegd. De belastingplichtige heeft in de aangifte geen pleitbaar standpunt ingenomen.

Het formele verweer van belanghebbende dat de inspecteur beter had kunnen weten is inhoudelijk begrijpelijk, maar pleit hem niet vrij van het feit dat hij bij de

belastingaangifte in Nederland te gemakkelijk de werking van het verdrag terzijde schoof.

De conclusies van de belastingrechter zijn begrijpelijk en juist. De ingewikkelde regeling in het belastingverdrag vergde een goede samenwerking tussen beide landen, maar die is kennelijk maar moeilijk tot stand gekomen. Het resultaat is dat belastingplichtige in dit geval in strijd met het verdrag 10 jaar lang ten onrechte geen belasting in Nederland heeft betaald over zijn hoge pensioenuitkering.