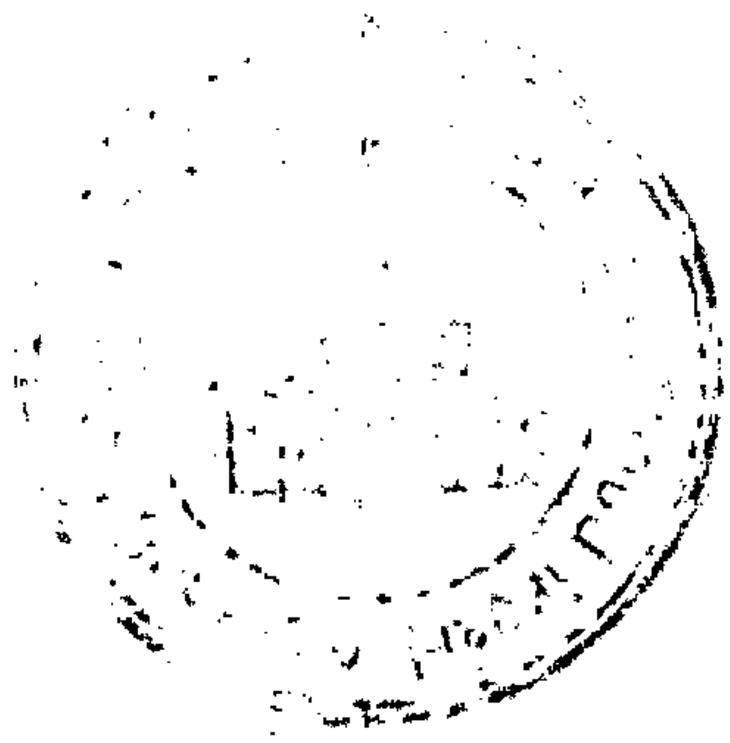
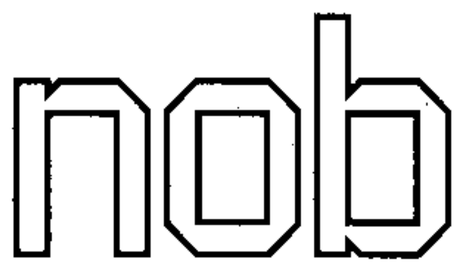
IBFD002527
IBFD Books
IBFD Materials
Internationale mobiliteit van personen
1998

Internationale mobiliteit van personen

IBFD
NL
7600
INTE



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs



Preadviezen nr. 15

Internationale mobiliteit van personen

Preadvies voor de 44ste jaarvergadering van
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Preadviseurs:
mr R.M. Heerkens
mr M.A. Martin
drs W. Pot
drs E.M.S. Spierts

Coördinator:
prof. dr A.H.M. Daniels

IBFD Publications BV • Amsterdam • 1998

ISBN 90-76078-20-3
NUGI 696

© 1998, IBFD Publications BV, Amsterdam

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Inhoudsopgave

Inleiding	*prof. dr A.H.M. Daniels*	11
I.	De invloed van belastingen en premies op grensoverschrijdende inlening en uitbesteding van werk	13
	drs E.M.S. Spierts	
1.	Inleiding	13
2.	Nationale regelingen	15
2.1.	Inkomsten- en loonbelasting	15
2.1.1.	Inleiding	15
2.1.2.	De begrippen 'vaste inrichting' en 'vaste vertegenwoordiger'	17
2.1.3.	De fictieve vaste inrichting	19
2.1.4.	Samenvatting	20
2.2.	Sociale verzekeringen	21
2.2.1.	Volksverzekeringen	21
2.2.2.	Werknemersverzekeringen	22
2.2.3.	Arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen	23
2.2.4.	Samenvatting	24
2.3.	Aansprakelijkstellingen	24
2.3.1.	Ketenaansprakelijkheid	24
2.3.2.	Inlenersaansprakelijkheid	27
2.3.3.	Aansprakelijkheid bestuurders en andere vertegenwoordigers	29
2.3.3.1.	Bestuurders van rechtspersonen	29
2.3.3.2.	Bestuurders van andere lichamen	31
2.3.3.3.	Leiders van vaste inrichtingen en andere werkzaamheden	31
2.3.4.	Extraterritoriale werking	32
2.3.5.	Samenvatting	33
3.	Internationale regelingen	34
3.1.	Belastingverdragen	34
3.1.1.	Toewijzing heffingsrecht	35
3.1.2.	Het begrip 'verblijven'	36
3.1.3.	Het begrip 'werkgever'	38
3.1.4.	Het begrip 'vaste inrichting'	39
3.1.5.	Samenvatting	40
3.2.	EG-verordening 1408/71	41
3.2.1.	Toewijzing verzekeringsplicht	42

3.2.2. Sterke werking en verzekeringsplicht 43
3.2.3. Sterke werking en premieplicht 44
3.2.4. De begrippen 'werknemer' en 'werkzaamheden in loondienst' 45
3.2.5. Detacheringsverklaringen 46
3.2.6. Samenvatting 48
4. Invordering 49
4.1. Belasting- en sociale zekerheidsverdragen 49
4.2. EG-verordening 1408/71 51
4.3. Benelux-invorderingsverdrag 51
4.4. Bilaterale invorderingsverdragen 53
4.5. Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken 54
4.6. EEG-executieverdrag 54
5. Conclusies en aanbevelingen 55
Noten 58
Geraadpleegde literatuur 63

II. De concurrentiepositie van Nederland bij grensoverschrijdende werving van hoger kader 65
mr M.A. Martin
1. Inleiding 65
2. Ontwikkelingen Europese Unie 67
2.1. Algemeen 67
2.2. Het rapport Monti 69
2.3. De nota Belastingen in de 21e eeuw 71
3. Belastbaar inkomen 72
3.1. Algemeen 72
3.2. Nederland 72
3.3. België 73
3.4. Duitsland 73
4. Inkomsten uit arbeid 74
4.1. Nederland 74
4.1.1. Algemeen 74
4.1.2. Inkomsten in natura en vergoedingen 74
4.1.3. Expatriates 77
4.2. België 79
4.2.1. Algemeen 79
4.2.2. Inkomsten in natura en vergoedingen 79
4.2.3. Expatriates 82
4.3. Duitsland 84
4.3.1. Algemeen 84

4.3.2.	Inkomsten in natura en vergoedingen	84
4.3.3.	Expatriates	86
5.	Inkomsten uit vermogen	86
5.1.	Nederland	86
5.1.1.	Algemeen	86
5.1.2.	Interest	86
5.1.3.	Dividend	87
5.1.4.	Inkomsten uit onroerende zaken	87
5.1.5.	Fictief inkomen	88
5.2.	België	88
5.2.1.	Interest	88
5.2.2.	Dividend	89
5.2.3.	Inkomsten uit onroerende goederen	89
5.3.	Duitsland	90
5.3.1.	Algemeen	90
5.3.2.	Interest	90
5.3.3.	Dividend	90
5.3.4.	Inkomsten uit onroerende zaken	91
5.3.5.	Overige	91
6.	Vermogenswinsten	91
6.1.	Nederland	91
6.1.1.	Algemeen	91
6.1.2.	Inkomsten uit andere arbeid	91
6.1.3.	Aanmerkelijk belang	91
6.2.	België	92
6.3.	Duitsland	92
7.	Voorlopige conclusie	93
7.1.	Samenvatting	93
7.2.	Berekening belastingdruk	93
7.3.	Kanttekeningen	95
8.	Conclusie	96
9.	Stellingen	97
Bijlagen		98
Noten		111
Geraadpleegde literatuur		112

III.	Internationale mobiliteit van personen en toekomstvoorzieningen *mr R.M. Heerkens*	115
1.	Inleiding	115
2.	De opbouw van een pensioenvoorziening (tweede pijler)	116
2.1.	Uitgaande personen en pensioenopbouw	117

2.1.1.	Pensioenopbouw bij uitzending binnen concernverband	117
2.1.2.	Pensioenopbouw bij uitzending buiten concernverband	120
2.1.3.	Inkoop van buitenlandse diensttijd	120
2.1.4.	Pensioenopbouw en salary split	121
2.2.	Inkomende personen en pensioenopbouw	123
2.2.1.	Pensioenopbouw bij uitzending naar Nederland	123
2.2.2.	Aanwijzing van de buitenlandse pensioenregeling	124
2.2.3.	Non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen	126
2.2.4.	De ontwerprichtlijn	127
2.2.5.	Pensioenopbouw bij immigratie	129
2.3.	Waardeoverdrachten	130
2.3.1.	De belastingvrije grensoverschrijdende waardeoverdrachten	130
3.	De opbouw van een lijfrente (derde pijler)	133
3.1.	Uitgaande personen en de opbouw van een lijfrente	133
3.1.1.	Uitzending met verplaatsing van de fiscale woonplaats	133
3.1.2.	Uitzending zonder verplaatsing fiscale woonplaats	133
3.2.	Inkomende personen en de opbouw van een lijfrente	134
3.2.1.	Uitzending naar Nederland met verplaatsing fiscale woonplaats naar Nederland	134
3.2.2.	Europese ontwikkelingen	135
3.2.3.	Uitzending naar Nederland zonder woonplaats in Nederland	136
3.3.	De opbouw van een lijfrente bij een salary split	138
4.	De uitkering van een oudedagsvoorziening	139
4.1.	Na emigratie	140
4.1.1.	Pensioenuitkering na emigratie	140
4.1.2.	Lijfrenteuitkering na emigratie	144
4.2.	Na immigratie	145
4.2.1.	Pensioenuitkering na immigratie	145
4.2.2.	Lijfrenteuitkering na immigratie	146
5.	Conclusies en aanbevelingen	146
Noten		152

IV.	Internationale mobiliteit van personen: successierechtelijke aspecten *drs W. Pot*	155
1.	Inleiding	155
1.1.	Aanknopingspunten voor de heffing van successierecht	155
2.	De omvang van de belaste verkrijging: toewijzingsregels voor huwelijksvermogensrecht en erfrecht	157
2.1.	Verschillende soorten successiebelastingen	157
2.2.	De omvang van de individuele verkrijging	158
2.3.	Internationale aspecten	158

2.4.	Toepasselijk huwelijksvermogensrecht	159
2.4.1.	Rechtsbronnen	159
2.4.2.	Haags Huwelijksvermogensverdrag	159
2.4.2.1.	Rechtskeuze	160
2.4.2.2.	Toewijzingsregels	160
2.5.	Toepasselijk erfrecht	161
2.5.1.	Erfrecht: algemeen	161
2.5.2.	Haags Erfrechtverdrag van 1 augustus 1989	162
2.6.	Conclusie	163
3.	Internationale nalatenschappen, ouderlijke boedelverdeling en dubbel successierecht	163
3.1.	Huidige wettelijk stelsel van erfrecht	163
3.2.	Ouderlijke boedelverdeling	164
3.3.	Voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling	164
3.4.	Dubbele successiebelasting in samenhang met een ouderlijke boedelverdeling	165
3.4.1.	Algemeen	165
3.4.2.	Voorkoming: verschillende behandeling erfgenamen onder het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989	167
3.4.3.	Voorkoming: verschillende behandeling erfgenamen onder de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting	176
3.5.	Voorstel nieuw wettelijk erfrecht	177
3.6.	Conclusie	179
4.	Woonplaatsfictie: de tien-jarenregeling van artikel 3, lid 1, Successiewet 1956	179
4.1.	Woonplaats	179
4.2.	Uitbreiding van het woonplaatsbegrip: ficties	179
4.2.1.	Algemeen	179
4.2.2.	De rechtsgrond van de tien-jarenregeling	181
4.3.	Toetsing van de woonplaatsfictie aan de discriminatieverboden uit het EG-verdrag	181
4.3.1.	Algemeen	181
4.3.2.	Discriminatie: definitie en bijzondere vormen	182
4.4.	Toetsing aan bijzondere regelingen dan wel aan het algemene verbod op discriminatie	184
4.4.1.	Toepasselijk verdragsartikel	184
4.4.2.	Werkingssfeer van het EG-verdrag	186
4.4.3.	Uitzonderingsgronden	187
4.4.3.1.	Doeltreffende fiscale controle	187
4.4.3.2.	Fiscale coherentie	188
4.4.3.3.	Overige rechtvaardigingsgronden	189
4.5.	Alternatief voor de tien-jarenregeling	191

4.6. Internationale verhoudingen: Duitsland en België 194
4.7. Conclusie 196
Noten 197
Geraadpleegde literatuur 198

Inleiding

*prof. dr A.H.M. Daniels**

De NOB-preadviezen gaan dit jaar in op fiscale vraagstukken die samenhangen met de mobiliteit van personen. De belastingheffing op arbeid is daarbij de primaire invalshoek. Daarnaast gaat speciale aandacht uit naar internationale aspecten van het successierecht. Aannemelijk is dat door de verdergaande integratie van Europa en de uitbreiding van de Europese Unie, de belastingadviseur meer dan voorheen geconfronteerd zal worden met vraagstukken die voortvloeien uit de internationale mobiliteit van personen. Voor de belastingheffing op arbeid zijn drie invalshoeken gekozen; het vierde preadvies spitst zich toe op aspecten van internationaal successierecht.

Spierts gaat in op de betekenis van de loonheffingen als kostencomponent als het gaat om het aanbieden van arbeidsintensieve diensten of producten aan Nederlandse afnemers/opdrachtgevers; het gaat daarbij om meer of minder incidentele projecten waarbij in Nederland arbeid wordt verricht. Met een precieze analyse gaat Spierts na wanneer er bij de uitbesteding van werkzaamheden aan buitenlandse ondernemers Nederlandse loonheffingen verschuldigd zijn en wie die loonheffingen moet betalen. Het blijkt dat de ondernemer die kiest voor uitbesteding aan buitenlandse ondernemers een verhoogd risico van aansprakelijkstelling heeft, als gevolg van de verruimde regels die tot inhoudingsplicht leiden en de gebrekkige mogelijkheden voor de belastingdienst tot grensoverschrijdende invordering. De afschaffing van het vergunningenstelsel waarbij de opdrachtgever gevrijwaard is van aansprakelijkheidsrisico's bij inschakeling van een vergunninghouder en de beperkte disculpatiemogelijkheden bij een aansprakelijkstelling vallen hier op.

Martin vergelijkt de fiscale regelingen voor het hoger kader in Nederland, België en Duitsland. Nederland heeft de 35%-regeling en België de kaderregeling. Duitsland heeft geen bijzondere regeling voor expats. Martin concludeert dat de huidige 35%-

* Prof. dr A.H.M. Daniels (1959) studeerde fiscale economie aan de Katholieke Universiteit Brabant. Hij is sinds 1989 verbonden aan Caron & Stevens/Baker & McKenzie. Sinds 1994 is hij hoogleraar Internationaal Belastingrecht aan de Universiteit Maastricht.

regeling met de zogenaamde fictieve buitenlandse belastingplicht een effectief instrument is bij de werving van hoger kader uit het buitenland. De belastingdruk voor Nederlands hoger kader – dat geen toegang heeft tot de 35%-regeling – is in een groot aantal gevallen evenwel beduidend hoger dan in Duitsland, waar het splitting-systeem en de wat hogere vrijstelling voor vermogensinkomsten tot een lager effectief tarief kunnen leiden.

Heerkens analyseert de fiscale regels ter zake van de opbouw en afbouw van oudedagsvoorzieningen voor de internationaal mobiele werknemer. De door hem geschetste complexiteit van de regels voor de emigrant en immigrant maken duidelijk dat hier nog een grote barrière ligt voor de mobiele werknemer. Zonder hulp van de gespecialiseerde belastingadviseur kunnen hier onverwachte verrassingen optreden, respectievelijk kansen worden gemist. Heerkens bepleit onder meer een flexibele opstelling bij de beoordeling van een fiscaal toelaatbare opbouw van oudedagsvoorzieningen bij grensoverschrijdende uitzendingen in concernverband. Ter zake van de heffing van belasting over oudedagsuitkeringen is op korte termijn Europese coördinatie noodzakelijk. De kosten van de vergrijzing gecombineerd met toenemende mobiliteit van personen leidt ertoe dat de traditionele internationale fiscale allocatie van heffing (aan het woonland) onder druk komt te staan in landen waar er per saldo 'pensioenexport' gaat optreden.

Pot zet de zaken op een rij bij bij de internationale nalatenschap. Hij belicht allereerst de ontwikkelingen in het internationale huwelijksgoederenrecht en erfrecht. Hij gaat na in hoeverre de fiscaliteit de ontwikkelingen hier volgt, respectievelijk zou kunnen volgen. Vervolgens analyseert hij twee voor Nederland belangrijke aspecten van internationaal successierecht. Allereerst de werking van de ouderlijke boedelverdeling in een internationale context waarbij de boedel in het buitenland gelegen onroerende zaken omvat. Hij concludeert dat de Nederlandse regels ter voorkoming van dubbel successierecht verschillende (arbitraire) uitkomsten opleveren al naar gelang er wel of geen ouderlijke boedelverdeling is c.q. het buitenland een verkrijgingsbelasting (inheritance tax) of een nalatenschapsbelasting (estate tax) heft. Daarnaast neemt Pot de Nederlandse woonplaatsfictie van de successiewet onder de loep. Hij concludeert dat de destijds aangevoerde argumenten om aan te knopen bij de Nederlandse nationaliteit thans niet meer geldig zijn in het licht van artikel 8D van het EG-verdrag.

De preadviezen geven aan dat de fiscale omgeving van de internationaal mobiele werknemer gekenmerkt wordt door een hoge mate van complexiteit. De preadviseurs leveren een heldere marsroute aan waar vele belastingadviseurs – maar ook fiscale beleidsmakers – hun voordeel mee kunnen doen. Daarnaast geven de preadviseurs suggesties voor het oplossen van de door hen gesignaleerde vraagstukken.

I. De invloed van belastingen en premies op grensoverschrijdende inlening en uitbesteding van werk

*drs E.M.S. Spierts**

1. INLEIDING

De internationalisering van het bedrijfsleven heeft in de afgelopen decennia de mobiliteit van personen duidelijk beïnvloed. Dit geldt zeker voor arbeidsintensieve ondernemingen: het is steeds makkelijker de activiteiten daarheen te verplaatsen waar arbeidskrachten onder gunstigere voorwaarden kunnen worden ingeschakeld, dan wel arbeidskrachten van elders te halen indien deze lokaal niet of niet onder dezelfde voorwaarden voorhanden zijn. Ten aanzien van de eerste categorie van werkzaamheden kan als voorbeeld worden genoemd de eenvoudige productieprocessen die vanuit het dure West-Europa zijn verplaatst naar lagelonenlanden in bijvoorbeeld Zuidoost Azië. Steeds sterker gaat dit echter tevens op voor de dienstensector, bijvoorbeeld op het gebied van software en internet: deze diensten kunnen met de huidige stand van de telecommunicatie in beginsel overal vandaan worden verleend. Typische voorbeelden van plaatsgebonden werkzaamheden waarvoor gemakkelijk arbeidskrachten van elders kunnen worden ingeschakeld, zijn bouw- en onderhoudswerkzaamheden, maar ook hoogwaardige technologische projecten waarvoor kortstondig specialisten kunnen worden ingehuurd.

Ook Nederlandse ondernemers kijken voor de uitvoering van werkzaamheden in Nederland steeds vaker mede over de grens naar buitenlandse werkgevers die arbeidskrachten ter beschikking stellen, dan wel de uitvoering van een werk aannemen. Het feit dat een buitenlandse werkgever – al dan niet met buitenlandse arbeidskrachten – in

* Drs E.M.S. Spierts (1967) studeerde fiscale economie aan de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg. In dat kader studeerde hij tevens aan de Universität Hamburg (Duitsland) en aan de Emory University in Atlanta (Verenigde Staten). Sinds maart 1992 is hij verbonden aan Loyens & Volkmaars, aanvankelijk in Rotterdam en Frankfurt; nu is hij werkzaam in de internationale praktijk te Eindhoven.

Nederland werkzaamheden verricht, roept tal van vragen op, zoals bijvoorbeeld: welk arbeidsrecht (bv. cao[1]) is van toepassing, welke bijzondere voorwaarden (bv. vergunningen) of faciliteiten gelden voor de buitenlandse ondernemer, enz. Uiteraard spelen tevens fiscale en sociale zekerheidsaspecten een belangrijke rol, aangezien deze van directe invloed op de loonkosten en daarmee op de aanneemsom zijn.

Indien een werkgever ter zake van werkzaamheden in Nederland niet onder de Nederlandse regelgeving valt, terwijl hij in het buitenland minder verplichtingen heeft, is hij immers in staat de werkzaamheden voor een gunstiger prijs aan te bieden dan zijn concurrent op wie de Nederlandse regels wel van toepassing zijn.

Met name in de malafide sfeer werden dergelijke situaties geconstrueerd. De Nederlandse loonbelasting- en sociale zekerheidsverplichtingen bestonden veelal bij personen die zo niet reeds juridisch, dan toch in ieder geval feitelijk niet aansprakelijk konden worden gesteld, terwijl in het buitenland geen of beduidend minder verplichtingen bestonden. De Nederlandse wetgever heeft daarom in de naoorlogse tijd tal van maatregelen genomen om de heffing van loonbelasting en premies sociale verzekeringen zeker te stellen. Daarbij zijn niet alleen de regels voor de werkgever als inhoudingsplichtige verscherpt. Tevens is voor een steeds groter aantal situaties geregeld dat een ander dan de werkgever voor de verschuldigde belasting en premies aansprakelijk kan worden gesteld. Als eerste is te noemen de hoofdelijke aansprakelijkheid van inleners voor de werknemersverzekeringen die reeds in 1960 werd ingevoerd. Enige jaren later volgde de verplichte vergunning voor het uitlenen van arbeidskrachten. Ongeveer uit dezelfde periode dateert de aansprakelijkheid van de leider van de Nederlandse vaste inrichting respectievelijk de Nederlandse vaste vertegenwoordiger voor bepaalde belasting- en premieverplichtingen van zijn buitenlandse principaal. Begin jaren tachtig volgde de Wet ketenaansprakelijkheid (hierna: WKA) die de inlener en de hoofdaannemer aansprakelijk maakten voor zowel de loonbelasting- als de premieverplichtingen van de uitlener respectievelijk de onderaannemer. In 1987 werd de bestuurdersaansprakelijkheid ingevoerd, die bestuurders van een rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk maakt voor de loonbelasting en sociale premies die door het lichaam moet worden ingehouden en afgedragen. Als voorlopig laatste in het rijtje werd per 1 januari 1997 de zogenoemde fictieve vaste inrichting voor de loonbelasting ingevoerd voor buitenlandse uitleners van arbeidskrachten. Inmiddels zijn echter weer een tweetal wetsvoorstellen aanhangig die in uitbreiding en aanpassing van de aansprakelijkheidsregels voorzien.

Bij een dergelijke omvang van maatregelen doet zich de vraag voor of daarmee de gevallen die men in de heffing wil betrekken, inderdaad worden getroffen en of de regelingen niet aan hun doel voorbij schieten en ook gevallen treffen waarvoor zij eigenlijk niet zijn bedoeld. Dit geldt met name nu de inlening van arbeidskrachten en de uitbesteding van werk meer en meer tussen normale, bonafide ondernemers plaatsvindt.

Daarnaast moet men zich afvragen of het in grensoverschrijdende situaties niet meer voor de hand ligt met internationale regelingen naar oplossingen te zoeken en of de nationale misbruikregelingen grensoverschrijdend wel kunnen worden geëffectueerd. In dit preadvies zal worden onderzocht in hoeverre de ondernemer die werkzaamheden in Nederland wil laten verrichten bij zijn keuze tussen een werkgever gevestigd in Nederland dan wel gevestigd in het buitenland door deze fiscale aspecten wordt beïnvloed. Daarbij wordt er in beginsel van uitgegaan dat een Nederlandse werkgever arbeidskrachten inschakelt die in Nederland wonen, terwijl een buitenlandse werkgever van buitenlandse arbeidskrachten gebruik maakt.

In hoofdstuk 2 zullen de belangrijkste nationale regelingen aan de orde komen die bij de grensoverschrijdende inlening en uitbesteding van werk tot verplichtingen bij de werkgever en respectievelijk de binnenlandse opdrachtgever leiden. Daarbij gaat het in het bijzonder om de inhoudingsplicht voor de loonbelasting en de premies volksverzekeringen, alsmede de afdracht van de premies werknemersverzekeringen. Tevens zal aandacht worden besteed aan de hierboven reeds genoemde wettelijke regels op grond waarvan een ander voor de verplichtingen van de werkgever aansprakelijk kan worden gesteld.

In hoofdstuk 3 zal worden nagegaan op welke wijze de bilaterale belastingverdragen alsmede de EG-verordening 1408/71 op de nationale heffingsbevoegdheden van invloed zijn.

Vervolgens zal in hoofdstuk 4 de vraag aan de orde komen in hoeverre Nederland zijn heffingsrechten, al dan niet met behulp van de internationale invorderingsregelingen, over de grens heen ook daadwerkelijk kan effectueren.

Tenslotte wordt in hoofdstuk 5 met enkele conclusies en aanbevelingen afgesloten.

2. NATIONALE REGELINGEN

2.1. Inkomsten- en loonbelasting

2.1.1. Inleiding

Een natuurlijke persoon die in Nederland woont, is met zijn wereldinkomen onderworpen aan inkomstenbelasting (art. 1 jo. art. 3, Wet op de inkomstenbelasting 1964 (hierna: Wet IB)). Waar iemand zijn woonplaats heeft, wordt naar de omstandigheden beoordeeld.[2] Indien de betreffende persoon werknemer is, d.w.z. tot een inhoudingsplichtige in dienstbetrekking staat, wordt van hem tevens loonbelasting geheven (art. 1

jo. art 2, lid 1, Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB)) over het uit de dienstbetrekking genoten loon.

In artikel 49, lid 1, letter c onder 1, Wet IB is als hoofdregel vastgelegd dat een niet in Nederland wonende persoon ter zake van inkomsten uit arbeid slechts in Nederland kan worden belast, voor zover die inkomsten worden genoten uit een in Nederland vervulde dienstbetrekking.[3] Voor de loonbelasting wordt hierbij aangesloten: degene die niet in Nederland woont, wordt slechts als werknemer beschouwd voorzover hij in Nederland werkt.[4]

In een aantal situaties waarin civielrechtelijk geen sprake is van een dienstbetrekking maar de arbeidssituatie duidelijke overeenkomsten vertoont met een dienstbetrekking, wordt voor toepassing van de loonbelasting uitgegaan van een dienstbetrekking. Dit geldt ook voor de positie van de uitgeleende arbeidskracht: in artikel 2a van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (hierna: Uitv.besl. LB) is uitdrukkelijk bepaald dat de arbeidsverhouding van de arbeidskracht die door tussenkomst van een intermediair tot wie de arbeidsverhouding bestaat ten behoeve van een derde persoonlijk arbeid verricht, als dienstbetrekking wordt beschouwd.

De heffing van loonbelasting vindt plaats bij wijze van inhouding over al hetgeen uit die dienstbetrekking wordt genoten (art. 10, lid 1 jo. art. 27, lid 1, Wet LB). Op grond van artikel 6, lid 1, Wet LB is, voorzover hier relevant, inhoudingsplichtige, degene tot wie een of meer personen in dienstbetrekking staan. Daarbij zal in beginsel worden uitgegaan van de privaatrechtelijke dienstbetrekking. In het merendeel van de gevallen betekent dit dat de privaatrechtelijke werkgever inhoudingsplichtig zal zijn; dit hoeft echter niet altijd het geval te zijn.

Bij inlening doet zich de vraag voor of voor de toepassing van de loonbelasting een dienstbetrekking bestaat tot degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt (de uitlener) dan wel tot degene aan wie hij ter beschikking wordt gesteld (de inlener). De heersende opvatting is dat een privaatrechtelijke dienstbetrekking in ieder geval niet bestaat met de inlener.[5] Ter vermijding van onduidelijkheden bepaalt artikel 3 Uitv.besl. LB dat degene op wie de verplichting rust het loon te betalen, in beginsel de uitlener, inhoudingsplichtig is.

De werkgever die niet in Nederland woont of gevestigd is, wordt ingevolge artikel 6, lid 2, Wet LB slechts als inhoudingsplichtige beschouwd voorzover hij in Nederland een vaste inrichting voor de uitoefening van zijn bedrijf of beroep, of een in Nederland wonende of gevestigde vaste vertegenwoordiger heeft. Uit de wettekst wordt niet geheel duidelijk voor welke personen de buitenlandse werkgever inhoudingsplichtig is. Uit de woorden 'slechts' en 'voorzover' moet echter worden afgeleid dat de wetgever de buitenlander alleen voor de activiteiten ten behoeve van zijn Nederlandse vaste

inrichting dan wel vaste vertegenwoordiger als inhoudingsplichtige heeft willen aanwijzen. Er zal derhalve een bepaald verband moeten bestaan tussen de vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger en de betrokken werknemer. Terwijl de binnenlandse werkgever in beginsel voor alle werknemers inhoudingsplichtig is,[6] is de buitenlandse werkgever dus slechts inhoudingsplichtig voor de werknemers die ten behoeve van de vaste inrichting of de vaste vertegenwoordiger in Nederland werkzaam zijn.[7]

2.1.2. De begrippen 'vaste inrichting' en 'vaste vertegenwoordiger'

De begrippen 'vaste inrichting' en 'vaste vertegenwoordiger' worden in de Wet LB niet gedefinieerd.[8] In de nationale wetgeving is een definitie eigenlijk slechts te vinden in het Besluit voorkoming dubbele belasting 1989 (hierna: besluit). Artikel 2, lid 5, letter a van het besluit definieert de vaste inrichting als een duurzame inrichting van een onderneming met behulp waarvan de werkzaamheden van die onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend, daaronder begrepen de zetel van de leiding van de onderneming, landbouwgronden, alsmede werken waarvan de uitvoering langer dan 12 maanden duurt. Verder worden als vaste inrichting beschouwd ondernemingsmatige activiteiten op het aan een andere mogendheid toegewezen deel van het continentaal plat gedurende een aaneengesloten periode van tenminste 30 dagen. Van het begrip 'vaste vertegenwoordiger' geeft artikel 2, lid 5, letter b van het besluit een negatieve definitie: de volkomen onafhankelijke vertegenwoordiger en de vertegenwoordiger die niet tot het afsluiten van transacties bevoegd is, worden in ieder geval niet als vaste vertegenwoordiger beschouwd. Tenslotte is geen sprake van een vaste inrichting of vertegenwoordiger indien goederen in commissie worden gehouden. Verder zijn er definities te vinden in de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK)[9] en de bilaterale belastingverdragen[10] (zie ook 3.1.4.).

Naar mijn mening zijn deze definities echter niet onverkort op de Wet LB toe te passen.[11] De achtergrond van het begrip vaste inrichting in de Wet LB is namelijk een geheel andere dan die in het besluit en de bilaterale belastingverdragen.[12] In artikel 6 van de Wet LB wordt een criterium vastgelegd ter bepaling van de inhoudingsplicht en daarmee ter zekerstelling van de heffing van loon- en (impliciet) inkomstenbelasting onder nationaal recht. In het besluit worden de begrippen 'vaste inrichting' en 'vaste vertegenwoordiger' juist gedefinieerd om vast te leggen onder welke omstandigheden Nederland van haar nationale heffingsrechten afziet in de situatie dat geen belastingverdrag is gesloten. In belastingverdragen gaat het in eerste aanleg evenmin om het zekerstellen van heffingsrechten naar nationaal recht, maar om de allocatie van heffingsrechten tussen de twee verdragsluitende staten ter zake van de winst van een onderneming van een van de staten, die zijn bedrijf tevens in de andere staat uitoefent. Het is dus zeer wel verdedigbaar dat voor de toepassing van artikel 6 Wet LB sneller tot een vaste inrichting dan wel vaste vertegenwoordiger wordt geconcludeerd dan in het

besluit en de belastingverdragen het geval is.[13] In de Nederlandse jurisprudentie is terug te vinden dat de inhoud van het begrip vaste inrichting mede vast te stellen is aan de hand van de inhoud die daaraan in het besluit en de verdragen is gegeven, zij het dat een en ander moet passen in de systematiek van de Wet LB. In verband daarmee is beslist dat aan de fictiebepalingen waarbij een vaste inrichting pas wordt aangenomen na het verstrijken van een bepaalde periode[14] voor de toepassing van de Wet LB geen betekenis kan worden toegekend.[15] Het feit dat eerst na bijvoorbeeld 12 maanden zou komen vast te staan of een inhoudingsplicht bestaat of bestaan heeft, zou tot een onuitvoerbare belastingwetgeving leiden. Anderzijds kan door het hanteren van een verschillend begrip vaste inrichting voor toepassing van de Wet LB en de belastingverdragen het probleem ontstaan dat loonbelasting is ingehouden, terwijl later komt vast te staan dat geen heffingsrecht bestond, bijvoorbeeld omdat de beloning niet ten laste van een vaste inrichting in de zin van het verdrag is gekomen. Deze problematiek komt in paragraaf 3.1.4. uitvoeriger aan de orde.

Overigens is niet geheel duidelijk waarom de Nederlandse wetgeving voor de inhoudingsplicht vereist dat de vaste vertegenwoordiger in Nederland woont of is gevestigd. In het besluit en in de belastingverdragen is dit woonplaatsvereiste niet terug te vinden. Gezien tegen de achtergrond van het vaststellen van belasting- en inhoudingsplicht is een dergelijke beperking ook niet uit de systematiek van de loonbelasting af te leiden. De uitspraak van Hof 's-Gravenhage van 9 januari 1997 geeft een voorbeeld van de wijze waarop het woonplaatsvereiste de Nederlandse heffingsmogelijkheden kan beperken.[16] In casu werden Portugese werknemers van een Portugees scheepsreparatiebedrijf in Nederland tewerkgesteld. Ter zake van hun werkzaamheden in Nederland waren zij aan inkomstenbelasting onderworpen. Het feit dat de werknemers in casu slechts voor perioden van maximaal 3 maanden werden gedetacheerd, doet daar (anders dan voor de sociale verzekeringen) niet aan af. De beoordeling van de feiten spitste zich toe op de vraag of twee in Nederland wonende personen die hand- en spandiensten verrichtten, als vaste vertegenwoordiger konden worden aangemerkt. Het hof kwam tot de conclusie dat dit niet het geval was. Uit de feiten blijkt dat een directeur-aandeelhouder van de Portugese vennootschap regelmatig in Nederland aanwezig was om de activiteiten in Nederland te leiden en te coördineren. Aangezien de inspecteur echter niet aannemelijk kon maken dat de directeur in Nederland woonde, kwam de vraag of hij als vaste vertegenwoordiger kon worden beschouwd niet aan de orde. Zonder het woonplaatsvereiste was wellicht wel sprake geweest van inhoudingsplicht vanwege een vaste vertegenwoordiger in Nederland. Op grond van het bovenstaande lijkt mij een heroverweging op zijn plaats.[17]

2.1.3. De fictieve vaste inrichting

De Wet LB kent een tweetal ficties ten aanzien van de vaste inrichting. Ten eerste worden ondernemingsmatige activiteiten in het Noordzeewinningsgebied gedurende een aaneengesloten periode van tenminste 30 dagen altijd als vaste inrichting beschouwd.[18] De heffing van de loonbelasting sluit in zoverre aan bij de inkomstenbelasting.[19]

Daarnaast fingeert artikel 6, lid 3, letter b, Wet LB sinds 1 januari 1997 een vaste inrichting indien uitzendwerkzaamheden worden verricht. Voor die datum kon van een buitenlandse arbeidskracht die door een buitenlands uitzendbureau voor werkzaamheden in Nederland ter beschikking werd gesteld, vaak geen loonbelasting worden geheven. Zoals reeds aangegeven, bepaalt artikel 2a Uitv.besl. LB dat de uitzendkracht geacht wordt in dienstbetrekking te staan tot degene die het loon dient te betalen, zijnde het uitzendbureau. Een inhoudingsplicht bestond daarmee slechts dan indien het uitzendbureau een Nederlandse vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger had. Aangezien dit meestal niet het geval is en de buitenlandse arbeidskracht in de praktijk vaak geen aangifte inkomstenbelasting indient, kon Nederland geen belasting heffen. Met de zogenaamde fictieve vaste inrichting heeft men gedacht hiervoor een oplossing te hebben gevonden.

De Wet LB bepaalt dat onder uitzendwerkzaamheden moet worden verstaan "werkzaamheden gericht op het verlenen van tussenkomst ten behoeve van degene die tegen beloning persoonlijke arbeid in Nederland verrichten en een derde ten behoeve van wie die arbeid wordt verricht". Hoewel ingevoerd om buitenlandse koppelbazen in de heffing te kunnen betrekken, maakt de bepaling geen onderscheid tussen malafide en bonafide situaties. De bepaling is zelfs dusdanig ruim geformuleerd dat ook de uitzending binnen concern en het uitlenen van (tijdelijk) overtollig personeel eronder te rangschikken is.[20] In zoverre treft de regeling gevallen waarvoor zij eigenlijk niet lijkt bedoeld. Anderzijds valt de aanneming van werk niet onder de regeling. Gezien het veelal geringe onderscheid tussen inlening en aanneming van werk is een dergelijk verschil in behandeling nauwelijks te motiveren. Deze problematiek zal bij de behandeling van de keten- en inlenersaansprakelijkheid uitvoeriger aan de orde komen; verwezen wordt naar paragraaf 2.3. Hier wordt nogmaals verwezen naar de uitspraak van Hof 's-Gravenhage van 9 januari 1997.[21] Het geschil speelde vóór 1 januari 1997 zodat de vraag of sprake was van uitlening dan wel van aanneming van werk niet aan de orde kwam, aangezien dit voor de inhoudingsplicht geen rol speelde. Interessant is dat de Staatssecretaris van Financiën bij de uitspraak mededeelt niet in cassatie te zijn gegaan vanwege de feitelijke vaststellingen van het hof. Bovendien stelt hij vast dat met de invoering van de fictieve vaste inrichting in gevallen als het onderhavige wel inhoudingsplicht zou bestaan.[22] Hoewel de feiten niet geheel eenduidig zijn, tonen de werkzaamheden van het Portugees bedrijf overeenkomsten met aanneming van werk, zodat kan worden betwijfeld of deze conclusie juist is.[23]

Opgemerkt wordt nog dat in de wetgeving geen aandacht wordt besteed aan de formele aspecten van de fictieve vaste inrichting. Zo is onduidelijk welke administratieverplichtingen de buitenlandse werkgever heeft, welke gegevens hij al dan niet op verzoek aan de Nederlandse fiscus ter beschikking moet stellen, wat de sancties zijn als hij dit niet doet, enz. Indien men de fictieve vaste inrichting handhaaft, hetgeen mijns inziens met name ook in verdragssituaties onwenselijk is (zie 3.1.), dient hier in ieder geval een aanvulling plaats te vinden.

2.1.4. Samenvatting

De werknemer die in Nederland werkzaamheden in privaatrechtelijke dienstbetrekking verricht, is in beginsel aan inkomsten- en loonbelasting onderworpen, onafhankelijk van zijn woonplaats. Loonbelasting zal moeten worden ingehouden indien de werkgever in Nederland gevestigd is, dan wel sprake is van een buitenlandse werkgever met een vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger in Nederland. Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:

Schema 1: Hoofdregels belastingheffing op grond van nationale wet bij werkzaamheden in Nederland

	Nederlandse werkgever	Buitenlandse werkgever
Nederlandse werknemer	IB/LB	IB; LB indien Nederlandse v.i. of v.v.
Buitenlandse werknemer	IB/LB	IB; LB indien Nederlandse v.i. of v.v.

Een vaste inrichting wordt o.a. gefingeerd bij uitleenwerkzaamheden. Daardoor wordt een onderscheid gemaakt tussen inlening en aanneming, waarvoor gezien de beperkte juridische en praktische verschillen geen rechtvaardigingsgrond bestaat. Bovendien opent dit onderscheid mogelijkheden voor constructies. De regeling is verder te ruim geformuleerd, en voorschriften ten aanzien van de formele aspecten ontbreken. Ook de beperking tot een in Nederland wonende vaste vertegenwoordiger zou moeten worden heroverwogen.

2.2. Sociale verzekeringen

2.2.1. Volksverzekeringen

Tot de volksverzekeringen behoren de Algemene Ouderdomswet (hierna: AOW), de Algemene Nabestaandenwet (hierna: ANW), de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (hierna: AWBZ) en de Algemene Kinderbijslagwet (hierna: AKW). Alle inwoners van Nederland zijn in beginsel verplicht verzekerd krachtens deze wetten.[24] Evenals voor de inkomsten- en loonbelasting wordt voor de volksverzekeringen de vraag waar iemand woont, beantwoord naar de omstandigheden, dat wil zeggen aan de hand van alle relevante feiten. Het besluit uitbreiding en beperking kring van verzekerden volksverzekeringen 1989 (hierna: KB 164)[25] maakt een aantal uitzonderingen op genoemde hoofdregel. In de praktijk een van de belangrijkste beperkingen van de kring van verzekerden geldt voor de inwoner van Nederland die gedurende een aaneengesloten periode van tenminste 3 maanden uitsluitend buiten Nederland arbeid verricht. Tenzij de arbeid wordt verricht voor een in Nederland woonachtige of gevestigde werkgever, is die inwoner niet verplicht verzekerd.[26]

Personen die niet in Nederland wonen, zijn in beginsel slechts op grond van de volksverzekeringswetten verzekerd indien zij ter zake van in Nederland in dienstbetrekking verrichte arbeid aan de loonbelasting zijn onderworpen.[27] Het is niet van belang of ook daadwerkelijk loonbelasting verschuldigd is. Blijven de inkomsten onder de belastingvrije som of blijft heffing van loonbelasting achterwege op grond van de toepassing van een belastingverdrag, dan is sprake van onderworpenheid en is men dus verzekerd voor de volksverzekeringen. Dit is anders indien geen loonbelasting verschuldigd is, omdat geen sprake is van een inhoudingsplichtige, bijvoorbeeld ingeval van een buitenlandse werkgever zonder (fictieve) vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger in Nederland. In dat geval is geen sprake van een werknemer in de zin van de Wet LB en bestaat dus geen onderworpenheid voor de loonbelasting.[28] Ook ten aanzien van de buitenlander voorziet het KB 164 in een aantal uitbreidingen en beperkingen. Zo geldt voor de niet in Nederland wonende persoon die uitsluitend in Nederland arbeid verricht, dat deze ook bij tijdelijke onderbreking bijvoorbeeld wegens ziekte, ongeval of werkloosheid verplicht verzekerd blijft in Nederland.[29]

In zijn algemeenheid kunnen op grond van internationale regelingen afwijkingen van de nationale regels voor de bepaling van de verzekerings- en premieplicht van toepassing zijn. Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 1997[30] zal dit uitdrukkelijk worden vastgelegd in de nationale wetgeving.[31] Ik verwijs in dit verband naar paragraaf 3.2.3.

Anders dan de werknemersverzekeringen (zie 2.2.2.) worden de premies volksverzekeringen sinds 1990 bij wege van aanslag door de rijksbelastingdienst geheven. Daarbij

zijn de voor de heffing van de inkomstenbelasting geldende regels van overeenkomstige toepassing verklaard (artt. 13 en 14 Wet financiering volksverzekeringen; hierna: Wet FinVv). Is de premieplichtige aan de loonbelasting onderworpen, dan wordt de premie bij wijze van inhouding geheven, met overeenkomstige toepassing van de voor de heffing van de loonbelasting geldende regels (art. 15, lid 1, Wet FinVv jo. art. 27, lid 2, Wet LB). Hetgeen hiervoor ten aanzien van de heffingswijze is beschreven voor de loonbelasting geldt derhalve tevens voor de premies volksverzekeringen. Loonbelasting en premies volksverzekeringen worden tezamen ook als loonheffing aangeduid.

2.2.2. Werknemersverzekeringen

De werknemersverzekeringen worden geregeld in de Ziektewet[32] (hierna: ZW), de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (hierna: WAO), de Werkeloosheidswet (hierna: WW) en de Ziekenfondswet (hierna: ZFW). Deze wetten kennen weliswaar ieder hun eigen definities als het gaat om de kring van verzekerden, maar deze wijken onderling slechts in beperkte mate af. Voor de bepaling van de heffingsgrondslag en de wijze van premieheffing is een aantal gemeenschappelijke regelingen opgenomen in de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen (hierna: CSV).

Voor de werknemersverzekeringen geldt het uitgangspunt dat personen die in Nederland werken, ongeacht de nationaliteit of woonplaats in Nederland verzekerd zijn. Onder bepaalde voorwaarden kunnen echter ook personen die hun dienstbetrekking buiten Nederland vervullen, verplicht verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen.[33] Degene die onder de werkingssfeer van de werknemersverzekeringswetten valt, is wettelijk verplicht deel te nemen. In beginsel is dat de werknemer, dat wil zeggen, degene die in privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking staat.[34] Het begrip dienstbetrekking krijgt voor toepassing van de werknemersverzekeringen een eigen invulling. Uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) volgt een ruimere interpretatie dan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Volgens de CRvB moet niet alleen worden bekeken of aan de formele vereisten van een dienstbetrekking wordt voldaan, maar tevens hoe de feitelijke arbeidsrelatie is. In dat verband speelt met name de vraag of sprake is van een reële gezagsverhouding een belangrijke rol.[35] Verder houdt de CRvB in de regel vast aan het uitgangspunt dat degene die het loon betaalt als werkgever moet worden beschouwd. Anderzijds worden, evenals voor de loonbelasting, bepaalde personen die praktisch gezien gelijk te stellen zijn met personen die in dienstbetrekking staan, ook voor toepassing van de werknemersverzekeringen als werknemer behandeld.[36] Dit geldt ook voor personen die werkzaam zijn voor uitleners en uitzendbureaus.[37] Overigens besliste de CRvB reeds in 1955 dat de ingeleende arbeidskracht voor de sociale verzekeringen moet worden geacht in dienst te blijven van de uitlener.[38]

Verder dient te worden gewezen op het besluit uitbreiding en beperking kring van verzekerden werknemersverzekeringen 1990 (hierna: KB 402).[39] Zoals de naam al aangeeft, wordt in dit besluit een aantal uitzonderingen op de hoofdregel (verplicht verzekerd bij werken in Nederland) geformuleerd. Zo wordt op grond van artikel 14 KB 402 niet als werknemer beschouwd, degene die buiten Nederland woont, in dienst is van een buiten Nederland wonende of gevestigde werkgever en tijdelijk in Nederland werkzaam is indien bij aanvang van de werkzaamheden kan worden aangenomen dat deze niet langer dan 6 maanden in Nederland zullen worden verricht (de zogenoemde passantenregeling).

Evenals voor de volksverzekeringen geldt ook voor de werknemersverzekeringen in zijn algemeenheid de opmerking dat internationale regelingen afwijkingen kunnen bewerkstelligen en dat dit zal worden vastgelegd in de nationale wetgeving.[40]

Indien de werknemer verplicht verzekerd is voor de werknemersverzekeringen, is alleen de werkgever verplicht om premie voor die verzekeringen te voldoen. De werkgever mag echter wel een gedeelte van de premies verhalen op de werknemer, hetgeen middels inhouding op het uit te betalen loon geschiedt. Sinds de aanpassingen van de ZW per 1 maart 1996 en wijziging van de WAO per 1 januari 1998 geldt dit laatste in de praktijk slechts nog voor het werknemersdeel in de ZFW en de WW. Werkgever is degene tot wie één of meer natuurlijke personen in dienstbetrekking staan.[41]

Het bedrag en de wijze van betaling van de verschuldigde premies wordt vastgesteld door het Landelijk instituut sociale verzekeringen (hierna: Lisv), het lichaam dat vanaf 1 maart 1997 de volledige verantwoordelijkheid heeft voor de uitvoering van de werknemersverzekeringen.[42] De praktische uitvoering is aan de uitvoeringsinstellingen[43] uitbesteed, die de premies bij wege van voorschot heffen door middel van voorschotnota's. Aan het eind van het jaar dient de werkgever per werknemer jaaropgaven te sturen aan de uitvoeringsinstelling, die op basis daarvan de definitieve premienota vaststelt.[44] De werkgever is in dat kader gehouden een loonadministratie te voeren.[45] De premies worden geheven over het zogenaamde coördinatieloon, hetgeen een vergelijkbaar ruim loonbegrip als uitgangspunt kent als het fiscale loon, maar op een aantal punten verschilt.[46]

2.2.3. Arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen

Op 1 januari 1998 is de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (hierna: WAZ) in werking getreden. Deze wet vervangt, tezamen met de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering Jonggehandicapten (hierna: Wajong), de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (hierna: AAW) die per die datum is ingetrokken. De WAZ voorziet in een aparte verzekeringsplicht voor zelfstandigen, voor beroepsbeoefenaren die geen

werknemer zijn, waaronder de directeur-grootaandeelhouder, en voor meewerkende echtgenoten. Ook deze wet voorziet in uitbreiding en beperking van de kring van verzekerden. In het kader van dit preadvies zal de WAZ verder buiten beschouwing blijven.

2.2.4. Samenvatting

De in Nederland werkende en wonende werknemer is in beginsel zowel voor de volks- als voor de werknemersverzekeringen in Nederland verzekerd. Voor de werknemer die niet in Nederland woont maar wel in Nederland werkt, geldt in beginsel hetzelfde. Werkt hij echter voor een buitenlandse werkgever dan is hij voor de werknemersverzekeringen slechts verzekerd indien bij aanvang van de werkzaamheden voorzienbaar is dat deze de duur van 6 maanden zullen overschrijden. Premies volksverzekeringen zijn door de buitenlandse werknemer met een buitenlandse werkgever slechts verschuldigd indien de werkgever een (fictieve) vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger in Nederland heeft. Een en ander kan als volgt schematisch worden weergegeven:

Schema 2: Hoofdregels premieheffing op grond van nationale wet bij werkzaamheden in Nederland

	Nederlandse werkgever	Buitenlandse werkgever
Nederlandse werknemer	VV/WNV	VV/WNV
Buitenlandse werknemer	VV/WNV	VV indien Nederlandse v.i. of v.v.; WNV tenzij voorzienbaar korter dan 6 maanden

2.3. Aansprakelijkstellingen

2.3.1. Ketenaansprakelijkheid

In de jaren zeventig bereikten de problemen bij de belasting- en premieheffing ter zake van aanneming van werk een hoogtepunt. Met name in de bouwsector waar de werkzaamheden veelal met behulp van onderaannemers worden uitgevoerd,[47] bleek dat deze onderaannemers hun fiscale en sociale zekerheidsverplichtingen niet nakwamen en overigens niet traceerbaar waren respectievelijk geen verhaal boden. De marktverstorende werking die hiervan uitging, heeft men in het kader van de WKA getracht tegen te gaan door de invoering van een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de (hoofd-)aannemer voor wat betreft de loonbelasting en premies verschuldigd door de onderaanne-

mer en, indien een werk door meerdere onderaannemers wordt uitgevoerd, iedere volgende onderaannemer. De toepasselijke regelingen zijn in artikel 35 van de Invorderingswet 1990 (hierna: IW) en artikel 16b CSV neergelegd; de teksten van beide artikelen wijken nauwelijks af. De aansprakelijkheid geldt niet alleen voor de belasting en premies van de eigen werknemers van de onderaannemer, maar tevens voor die waarvoor de onderaannemer op grond van artikel 34 IW en artikel 16a CSV (de zgn. inlenersaansprakelijkheid; zie 2.3.2. hierna) aansprakelijk wordt gesteld.

Als aannemer geldt degene die buiten dienstbetrekking met een opdrachtgever een overeenkomst sluit over de uitvoering van een werk van stoffelijke aard tegen een te betalen prijs. Als onderaannemer geldt degene die zich buiten dienstbetrekking en tegen een te betalen prijs jegens de aannemer verbindt het werk (mede) uit te voeren. Een aantal figuren wordt uitdrukkelijk als aannemer aangemerkt: zo geldt de onderaannemer zelf als aannemer ten opzichte van zijn onderaannemer. Verder wordt de eigenbouwer, zijnde degene die zonder opdrachtgever in de normale uitoefening van zijn bedrijf een dergelijk werk uitvoert, met de aannemer gelijkgesteld.[48] Als onderaannemer wordt ook aangemerkt de verkoper van een toekomstige zaak. De ruime definities maken reeds duidelijk dat de bepalingen zeker niet alleen in de bouwsector, maar in alle sectoren van het bedrijfsleven van toepassing kunnen zijn. Doorslaggevend ten aanzien van de werkzaamheden is de uitvoering van een werk van stoffelijke aard. Ook ten aanzien van dit criterium wordt zowel in de Leidraad Invordering 1990[49] als in de jurisprudentie[50] uitgegaan van een ruime uitleg. Men mag er dan ook van uitgaan dat alle werken of producten welke niet in hoofdzaak door geestelijke of intellectuele arbeid tot stand komen, als werk van stoffelijke aard kwalificeren.

De ketenaansprakelijkheid heeft als belangrijkste doel het zekerstellen van heffingsrechten in situaties waarin de onderaannemer in de regel geen of te weinig verhaal biedt. De regeling is derhalve niet van toepassing in een tweetal situaties waarin ervan wordt uitgegaan dat het bedrijf van de onderaannemer voldoende verhaalsmogelijkheden voor de verschuldigde loonbelasting en premies biedt. Dit is het geval indien het werk geheel of grotendeels wordt uitgevoerd op de plaats waar de onderaannemer zijn onderneming heeft, dan wel indien de uitvoering van het werk ondergeschikt is aan de verkoop van een bestaande zaak. De aannemer is evenmin aansprakelijk indien aannemelijk is dat de betalingsonmacht noch aan hem noch aan een van zijn onderaannemers te verwijten is. Kan voor een van de (onder-)aannemers in de keten de verwijtbaarheid echter niet worden uitgesloten, dan is ieder van de aannemers hogerop in de keten aansprakelijk.

De uitzondering voor een werk dat geheel of grotendeels in het bedrijf van de onderaannemer wordt uitgeoefend, geldt niet voor de confectiesector. De gedachte dat bij een dergelijke omvang van de activiteiten in het bedrijf van de onderaannemer, de activa van dit bedrijf (machines, inventaris, voorraden, enz.) voldoende verhaal zouden bieden voor belasting- en premieschulden, bleek in de praktijk voor de confectieateliers niet op

te gaan. Door de wet op dit punt te wijzigen kunnen ook in de confectiesector aannemers en eigenbouwers aansprakelijk worden gesteld. Deze uitbreiding van de aansprakelijkstellingen is naar de opvatting van de wetgever echter niet voldoende gebleken. Tegen die achtergrond is inmiddels bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel in behandeling dat voorziet in de invoering van aansprakelijkheid voor de bedrijfsmatig handelende opdrachtgever alsmede de bedrijfsmatig handelende koper in de confectiesector.[51] In de toelichting op het voorstel wordt geconstateerd dat deze twee figuren een zodanige machtspositie innemen dat zij een belangrijke invloed op de prijzen kunnen uitoefenen zodanig dat belastingen en premies daaruit niet kunnen worden voldaan. Ondanks dat kan in de praktijk veelal niet worden aangetoond dat de opdrachtgever dan wel de koper als eigenbouwer moet worden aangemerkt, zodat hij onder de huidige wetgeving niet aansprakelijk kan worden gesteld. De concurrentieverstorende werking die hiervan uitgaat wordt niet wenselijk geacht, zodat men in deze gevallen de bedrijfsmatige opdrachtgever en koper hoofdelijk aansprakelijk wil kunnen stellen.

Indien de uitzonderingen niet van toepassing zijn en de verwijtbaarheid van een der aannemers in de keten niet kan worden uitgesloten, hetgeen in de praktijk doorgaans het geval zal zijn, resteert voor de hoofdaannemer de mogelijkheid zijn aansprakelijkheidsrisico te beperken door een gedeelte van de aanneemsom op de zogenaamde G-rekening van de onderaannemer te storten. Dit is een geblokkeerde bankrekening die slechts kan worden gebruikt voor de betaling van loonbelasting of premies sociale verzekeringen of doorstorting naar een andere G-rekening. De rekening is aan de belastingdienst en het Lisv verpand. Aan de storting van een deel van de aanneemsom, namelijk het bedrag aan loonbelasting en premies ter zake van het voor hem verrichte werk, op de G-rekening van de onderaannemer, kan de hoofdaannemer een vermoeden van betaling ontlenen.[52] Dit betekent dat hij voor dat bedrag niet aansprakelijk is tenzij de belastingdienst of het Lisv dat vermoeden weerleggen. Een belangrijk nadeel van de G-rekening in dit verband is dat iedere ondernemer in principe slechts één zo'n rekening heeft. Alle aannemers waarvoor werkzaamheden worden verricht, storten derhalve op dezelfde rekening. Afhankelijk van het aantal aannemers zal de ontvanger derhalve grote moeilijkheden hebben te herkennen wie wat heeft betaald. Verder hangt de erkenning van de betalingen op de G-rekening van het correcte gebruik van de rekening af alsmede van het voldoen aan een aantal andere administratieve verplichtingen, zoals een schriftelijke overeenkomst tussen aannemer en onderaannemer dat van de G-rekening gebruik zal worden gemaakt.[53] In de praktijk blijkt veelal dat niet aan deze verplichtingen wordt of kan worden voldaan.

Het hierboven reeds genoemde wetsvoorstel dat voorziet in een uitbreiding van de ketenaansprakelijkheid in de confectiesector, voorziet ook in een verbetering van de rechtspositie van degene die op de G-rekening stort. Op grond van het voorstel wordt aan die storting niet langer een vermoeden van betaling ontleend, maar wordt het bedrag waarvoor men in beginsel aansprakelijk kan worden gesteld, met het betaalde bedrag

verminderd. Dit is een duidelijke verbetering voor degene die momenteel reeds van het G-rekeningensysteem gebruikmaakt. Het brengt echter geen wijziging in de positie van degene die op grond van het groot aantal administratieve verplichtingen niet voor gebruik van de G-rekening in aanmerking komt.

2.3.2. Inlenersaansprakelijkheid

Toen na de Tweede Wereldoorlog het bedrijfsmatig ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan andere ondernemingen opkwam, bleken ook hier al snel moeilijkheden bij de belasting- en premieheffing op te treden. De aard van de problematiek is vergelijkbaar met die bij aanneming van werk. Zoals in paragraaf 2.1. reeds is opgemerkt blijven de uitgeleende arbeidskrachten veelal in dienst bij de uitlener en bestaat er geen dienstbetrekking met degene voor wie de werkzaamheden worden verricht. Veel uitleenbedrijven voerden echter nauwelijks een loonadministratie, verdwenen soms net zo snel weer als ze opkwamen en boden vaak nauwelijks verhaal, zodat in de praktijk van de heffing van loonbelasting en premies vaak weinig terechtkwam.

Reeds in 1960 heeft men dit probleem voor de werknemersverzekeringen gepoogd op te lossen door de invoering van de medeaansprakelijkheid voor de inlener als materiële werkgever.[54] Artikel 16a CSV bepaalt dienaangaande dat indien een werknemer aan een derde ter beschikking wordt gesteld, om onder diens toezicht of leiding werkzaam te zijn terwijl daarbij de dienstbetrekking met de werkgever in stand blijft, deze derde hoofdelijk aansprakelijk is voor de door de werkgever verschuldigde premies. De inlener heeft nagenoeg dezelfde verplichtingen als de werkgever zelf, met dien verstande dat de inlener weliswaar geen volledige loonadministratie dient te voeren, maar wel een administratie aan de hand waarvan het betaalde loon kan worden vastgesteld. In de praktijk zal dit niet altijd even eenvoudig zijn: de inlener weet weliswaar wat hij voor de ingeleende arbeidskracht moet betalen, maar zal veelal geen zicht hebben op het loon dat die persoon ontvangt. De aansprakelijkheid voor de inlener vervalt indien deze bij het Lisv aangifte doet van het feit dat arbeidskrachten worden ingeleend en bovendien de formele werkgever in het bezit is van een vergunning voor het uitlenen indien een dergelijke vergunning is vereist.[55]

Sinds 1 juli 1982 geldt eenzelfde regeling voor de loonbelasting en de volksverzekeringen.[56] Vanaf 1990 zijn de betreffende bepalingen te vinden in artikel 34 IW, welk artikel dezelfde strekking heeft als artikel 16a CSV. Artikel 34 IW voorziet zowel in aansprakelijkheid voor de loonbelasting, alsmede voor de bestuurlijke boete. Bovendien geldt de inlenersaansprakelijkheid ook voor de omzetbelasting. Lid 2 van artikel 34 IW verwijst voor de vrijwaring van de aansprakelijkheid naar artikel 16a, lid 2, CSV, zodat de inlenersaansprakelijkheid ook voor de loon- en omzetbelasting en de premies volksverzekeringen kan worden afgewend indien de uitlener over een vergunning beschikt en

de inlener aangifte doet van de inlening. Aan deze voorwaarden wordt overigens pas geacht te zijn voldaan indien binnen het kader van de verleende vergunning en de van toepassing zijnde regelgeving wordt uitgeleend.[57] Tot 1 januari 1997 zal de inlenersaansprakelijkheid voor de binnenlandse inlener in de grensoverschrijdende situatie veelal niet aan de orde zijn geweest, aangezien voor de buitenlandse uitlener bij gebrek aan een vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger geen inhoudingsplicht in Nederland bestond. Met de invoering van de fictieve vaste inrichting voor de buitenlandse uitlener is deze situatie gewijzigd en zullen in Nederland gevestigde inleners er rekening mee moeten houden dat zij ook met de inlening van arbeidskrachten vanuit het buitenland aansprakelijkheidsrisico's aangaan.

De verplichte vergunning voor het uitlenen van arbeidskrachten werd reeds ingevoerd in 1965.[58] Aangezien slechts een beperkte groep uitleners over een dergelijke vergunning beschikt (met name de reguliere uitzendbureaus), is de vrijwaring bij inlenersaansprakelijkheid vaak moeilijk te realiseren. Een G-rekeningensysteem zoals bij de aanneming van werk is bij inlening niet van toepassing. In de praktijk wordt wel geprobeerd vrijwaring te verkrijgen door rechtstreekse stortingen. Inlener en uitlener komen dan overeen dat een gedeelte van de door de inlener verschuldigde vergoeding direct bij de fiscus en de uitvoeringsinstelling wordt afgestort. Hiervoor gelden echter geen wettelijke regels, zodat men afhankelijk is van de medewerking van fiscus en uitvoeringsinstelling. Bovendien wordt de rechtstreekse storting niet altijd als vrijwarende betaling erkend ondanks dat dit zeker verdedigbaar is.[59] Een wettelijke regeling voor het rechtstreeks storten is echter aan te bevelen.[60]

In de praktijk ziet men ook wel dat wordt gepoogd inleensituaties als aanneming van werk te presenteren. Dan is niet langer de inlenersaansprakelijkheid van artikel 34 IW en artikel 16a CSV, maar de ketenaansprakelijkheid van artikel 35 IW en artikel 16b CSV van toepassing. Afgezien van het feit dat de ketenaansprakelijkheid niet geldt voor de omzetbelasting[61] en de boete, kan de (hoofd-)aannemer zijn aansprakelijkheid beperken middels betaling op een G-rekening. Daarmee is de afbakening van inlening ten opzichte van aanneming van groot belang voor de beoordeling van de aansprakelijkheid.[62] Voor dit verschil in behandeling zijn naar mijn mening nauwelijks rechtvaardigingsgronden aan te dragen aangezien het (juridisch) verschil tussen inlening en aanneming van werk veelal erg klein is. In de jurisprudentie zijn wel een aantal criteria genoemd die bij de beoordeling of sprake is van inlening dan wel aanneming een rol spelen, zoals het werken tegen een vast uurtarief[63] en de vraag onder wiens toezicht de werkzaamheden daadwerkelijk plaatsvinden.[64] Dat een eenduidig antwoord moeilijk te geven is, blijkt wel uit het feit dat de CRvB in een arrest tot de conclusie komt dat ter zake van de zelfde werkzaamheden zowel sprake is van inlening als van aanneming.[65] De uitvoeringsorganen stellen daarom tegenwoordig bijna altijd primair op grond van inlening en subsidiair op grond van aanneming (of andersom) aansprakelijk.[66]

In dat kader is het wetsvoorstel Allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi)[67] toe te juichen. De Waadi voorziet onder meer in afschaffing van de verplichte vergunning voor uitleenwerkzaamheden en een vrijwaringsregeling voor de inlenersaansprakelijkheid (zowel voor de loon- en omzetbelasting als de premie volks- en werknemersverzekeringen) die zoveel mogelijk overeenkomt met die van de ketenaansprakelijkheid. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij het wetsvoorstel Uitbreiding ketenaansprakelijkheid confectiesector,[68] hetgeen betekent dat ook de inlener zich in de toekomst door betalingen op een G-rekening van zijn aansprakelijkheid kan vrijwaren. Op grond van het wetsvoorstel is het voor de vrijwaring van de inlener niet langer noodzakelijk de inlening van de arbeidskrachten bij de bevoegde autoriteit te melden. De uitlener blijft derhalve, in ieder geval in eerste instantie, volledig buiten beeld. Men kan zich afvragen of het onder deze omstandigheden niet meer voor de hand ligt de inlener voor toepassing van de belasting- en premieheffing als werkgever aan te merken. Dit lijkt ook meer in overeenstemming met de internationale regelingen, waarin regelmatig wordt uitgegaan van de materiële in plaats van de formele werkgever als het gaat om belasting- en premieheffing (zie 3.).

2.3.3. Aansprakelijkheid bestuurders en andere vertegenwoordigers

Ter verdere bestrijding van misbruik zijn in de Nederlandse wetgeving regels opgenomen die onder bepaalde voorwaarden voorzien in een persoonlijke aansprakelijkheid voor de bestuurder van een lichaam voor de door dat lichaam verschuldigde loonbelasting en sociale verzekeringspremies.

2.3.3.1. *Bestuurders van rechtspersonen*

Voor de bestuurders van rechtspersonen is in 1987 de Wet bestuurdersaansprakelijkheid (hierna: WBA)[69] van kracht geworden. Deze voorziet niet alleen in een aansprakelijkheid voor de loonbelasting en sociale verzekeringspremies, maar tevens voor een aantal andere belastingen.[70] Gelijktijdig met de WBA werd ook de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement (hierna: WBF)[71] ingevoerd, die in de mogelijkheid voorziet bestuurders en commissarissen van een rechtspersoon in geval van faillissement aansprakelijk te stellen. Daarbij gaat het niet alleen om belasting- en premieschulden maar om alle verplichtingen van de vennootschap. De WBF zal hier niet separaat aan de orde worden gesteld.

De bestuurdersaansprakelijkheid is geregeld in de artikelen 36 IW en 16d CSV; evenals bij de ketenaansprakelijkheid wijken de bepalingen in de IW en de CSV nauwelijks van elkaar af. Als uitgangspunt geldt de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur wanneer de rechtspersoon in betalingsonmacht verkeert. Iedere bestuurder kan in prin-

cipe hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de belasting- en premieschulden die de rechtspersoon als inhoudingsplichtige dan wel als ondernemer verschuldigd is. De bestuurder is dus niet aansprakelijk voor de belasting en premie die de rechtspersoon zelf als aansprakelijkgestelde verschuldigd is. Als bestuurder geldt niet alleen de formele (statutaire) bestuurder, maar ook de gewezen bestuurder en degene die anders dan als bestuurder het beleid (mede) bepaalt.

Aansprakelijkstelling is slechts mogelijk indien aannemelijk is dat het niet betalen van de belasting- en premieschulden door de rechtspersoon te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur gedurende de 3 voorafgaande jaren. In dit kader heeft de rechtspersoon de verplichting om het competente uitvoeringsorgaan (de belastingdienst dan wel het Lisv) onmiddellijk in kennis te stellen van het feit dat hij zijn betalingsverplichtingen niet kan nakomen. Een ieder van de bestuurders kan namens de rechtspersoon aan deze verplichting voldoen. Wordt aan de meldingsverplichting niet of niet tijdig voldaan, dan bestaat het wettelijk vermoeden dat de betalingsonmacht aan onbehoorlijk bestuur te wijten is, waarbij de periode van 3 jaar wordt geacht in te gaan op het moment van in gebreke blijven van de rechtspersoon. Slechts de bestuurder die aannemelijk maakt dat hem niet te verwijten is dat niet aan de meldingsverplichting is voldaan, kan dit vermoeden proberen te weerleggen. Indien de betalingsonmacht conform de wettelijke voorschriften is gemeld, dient het betreffende uitvoeringsorgaan aannemelijk te maken dat de niet-betaling te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van 3 jaar voorafgaand aan het moment van melding. De wettelijke regels voorzien niet in disculpatiemogelijkheden voor de bestuurders. Slechts het tijdig vervullen van de mededelingsplicht leidt ertoe dat de bestuurders worden toegelaten tegenbewijs te leveren ten aanzien van de vraag of van verwijtbaar kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake is.

De WBA is alleen van toepassing bij rechtspersonen die volledige rechtsbevoegdheid bezitten indien en voorzover zij aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen; het speelt geen rol of daadwerkelijk vennootschapsbelasting verschuldigd is. Naamloze en besloten vennootschappen naar Nederlands recht vallen dus altijd binnen het toepassingsgebied van de WBA. De regelgeving is echter ook van toepassing op buitenlandse rechtspersonen indien zij volledige rechtsbevoegdheid bezitten en buitenlands belastingplichtig zijn. Dit laatste is het geval indien de buitenlandse rechtspersoon binnenlands inkomen in de zin van artikel 17 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) jo. artikel 49 Wet IB geniet. In het geval van uitleenwerkzaamheden dan wel onderaanneming door de buitenlandse rechtspersoon zal in beginsel slechts sprake zijn van buitenlandse belastingplicht indien de buitenlandse rechtspersoon haar onderneming uitoefent met behulp van een Nederlandse vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger. Zoals hierboven reeds opgemerkt zal daar bij uitlening veelal geen sprake van zijn; de fictie van artikel 6, lid 3, letter b, Wet LB geldt slechts voor toepassing van de loonbelasting en niet voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting. In aanneemsituaties zal het van het individuele geval afhangen of een onderworpenheid

voor de vennootschapsbelasting bestaat en daarmee of de WBA van toepassing kan zijn.

2.3.3.2. *Bestuurders van andere lichamen*

De Nederlandse wetgeving voorziet in de artikelen 33 IW[72] en 16c CSV[73] ook in een aansprakelijkheid voor bestuurders van lichamen zonder rechtspersoonlijkheid (maatschap, vennootschap onder firma), dan wel rechtspersonen zonder volledige rechtsbevoegdheid (sommige verenigingen). In vergelijking tot de aansprakelijkheid op grond van de WBA is er echter een aantal duidelijke verschillen. Ten eerste bestaat op grond van artikel 33 IW een aansprakelijkheid voor alle rijksbelastingen. Ten tweede geldt voor de aansprakelijkstelling op grond van artikel 33 IW en artikel 16c CSV niet het vereiste dat de betalingsonmacht te wijten moet zijn aan kennelijk onbehoorlijk bestuur; evenmin bestaat er een verplichting de betalingsonmacht te melden. Anders dan onder de WBA is de bestuurder in deze gevallen dus altijd aansprakelijk. Voor de toepassing van artikel 33 IW heeft hij echter wel de mogelijkheid zich te disculperen door te bewijzen dat het niet aan hem te wijten is dat er niet is betaald.

2.3.3.3. *Leiders van vaste inrichtingen en andere werkzaamheden*

Reeds sinds de jaren zestig is in de Nederlandse wetgeving opgenomen dat de leider van de Nederlandse vaste inrichting dan wel de in Nederland wonende of gevestigde vaste vertegenwoordiger hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingen en premies verschuldigd door een niet in Nederland wonende of gevestigde werkgever. De aansprakelijkheid voor de belastingen is te vinden in de artikelen 33, lid 1, letter b en 37 IW; de regels ter zake van de sociale verzekeringspremies zijn neergelegd in artikel 16c, lid 1, letter a, CSV.

De begrippen 'vaste inrichting' en 'vaste vertegenwoordiger' worden ook in deze twee wetten niet gedefinieerd. Voor de toepassing van de artikelen 33 en 37 IW ligt echter voor de hand dat deze begrippen zo moeten worden toegepast zoals ze worden toegepast bij de belastingsoort waarvoor aansprakelijk wordt gesteld. Met andere woorden: de leider van de vaste inrichting kan alleen dan aansprakelijk worden gesteld voor de loonbelasting verschuldigd door de buitenlandse werkgever indien voor de toepassing van de loonbelasting daadwerkelijk een vaste inrichting voorhanden is. Daarbij doet zich de vraag voor of men deze redenering kan doortrekken naar de fictiebepalingen van artikel 6, lid 3, Wet LB (zie 2.1.). Mijns inziens is dit niet het geval: hoe kan men immers de leider van een vaste inrichting aansprakelijk stellen indien die vaste inrichting slechts bij wijze van wetsfictie kan worden aangenomen. Naast de leider van de vaste inrichting of de vaste vertegenwoordiger bepaalt artikel 37 IW dat ook degene die

de leiding heeft van de in Nederland verrichte werkzaamheden aansprakelijk is voor onder meer de loonbelasting verschuldigd door de buitenlandse inhoudingsplichtige of de buitenlandse aannemer.

Voor de toepassing van artikel 16c CSV voor wat betreft de begrippen 'vaste inrichting' en 'vaste vertegenwoordiger' heeft de CRvB in het verleden veelal aansluiting gezocht bij de fiscale uitleg; in zoverre kan worden verwezen naar de overwegingen hiervoor. Ook voor de premies wordt aan de twee genoemde categorieën van personen nog toegevoegd degene die de leiding heeft van de in Nederland verrichte werkzaamheden. Daaronder is volgens de CRvB degene te verstaan die bij afwezigheid van een vaste inrichting dan wel vaste vertegenwoordiger feitelijk leiding heeft gegeven bij het werk; niet is vereist dat deze leidinggever zelf in Nederland woont.[74]

Ook voor de leider van de vaste inrichting, de vaste vertegenwoordiger en de leider van de Nederlandse activiteiten geldt het principe dat hij niet aansprakelijk is als hij kan bewijzen dat het niet voldoen aan de belasting- en premieverplichtingen niet aan hem te wijten is.

2.3.4. Extraterritoriale werking

In de laatste jaren is in de jurisprudentie herhaaldelijk de vraag aan de orde geweest in hoeverre de Nederlandse wetgeving ter zake van de keten-, inleners- en bestuurdersaansprakelijkheden ook over de grens werkt. In die gevallen wordt immers een ander dan de belasting- of premieschuldige dan wel inhoudingsplichtige gehouden de verplichtingen te voldoen.

De bestuurdersaansprakelijkheid kan grensoverschrijdend van toepassing zijn op de leider van de vaste inrichting en de leider van de Nederlandse activiteiten aangezien voor de aansprakelijkheid van deze persoon niet vereist is dat hij in Nederland woont.

De werking van de keten- en inlenersaansprakelijkheid over de grens speelt uiteraard slechts dan een rol indien een buitenlandse uitvoerder werkzaamheden uitbesteedt aan een andere ondernemer die ter zake van die werkzaamheden belasting- dan wel sociale zekerheidsverplichtingen in Nederland heeft; alleen dan kan eerstgenoemde ondernemer als inlener of hoofdaannemer aansprakelijk worden gesteld. Indien de werkzaamheden in Nederland worden verricht, is dat slechts het geval indien de buitenlandse uitlener of aannemer voor de werkzaamheden in Nederland op zijn beurt van een Nederlandse of een buitenlandse ondernemer arbeidskrachten inleent dan wel een Nederlandse onderaannemer of een buitenlandse aannemer met Nederlandse vaste inrichting inschakelt. Hoewel het in de praktijk zeker niet ondenkbaar is dat een dergelijke situatie zich voordoet, zou een uitvoerige bespreking van deze gevallen het kader

van dit preadvies te buiten gaan. Bovendien blijft de aansprakelijkheid van de uiteindelijke opdrachtgever in Nederland overeind los van de vraag of de aansprakelijkheden voor de 'tussengeschoven' buitenlander wel of niet over de grens werken. Uit de jurisprudentie blijkt dat de betreffende vraag met name een rol speelt in situaties waarin een Nederlandse uitlener of onderaannemer wordt ingeschakeld voor de uitvoering van werkzaamheden in het buitenland. Ik wil hier volstaan met de opmerking dat de rechterlijke beslissingen op dit punt, afgezien van het arrest Reinhold & Mahla van het Europese Hof van Justitie[75], overigens voornamelijk van lagere rechters, zeker niet tot een eenduidige conclusie leiden.[76] Het Ministerie van Financiën is in ieder geval van mening dat de werking van de ketenaansprakelijkheidswetgeving niet territoriaal beperkt is.[77] Gezien de vloed van rechtszaken zal het oordeel van de Hoge Raad niet kunnen uitblijven.

2.3.5. Samenvatting

De wetgeving met betrekking tot de keten- en inlenersaansprakelijkheid geeft de fiscus en de sociale zekerheidsinstanties verregaande mogelijkheden de heffing van belasting en premies ter zake van in Nederland verrichte werkzaamheden zeker te stellen. In beginsel kan worden ingestemd met het feit dat misbruik op dit gebied wordt bestreden. De huidige vrijwaringsmogelijkheden bieden echter in een te beperkt aantal situaties soelaas. De verbetering van het G-rekeningensysteem is in dat kader een stap in de goede richting, maar blijft slechts voor een beperkte groep toepasbaar. Een wettelijke regeling van het rechtstreeks storten zou in dit kader een oplossing kunnen bieden.
Verder zijn geen goede gronden aan te dragen voor het feit dat het veelal nauwelijks te onderkennen verschil tussen inlening en aanneming van werk tot grote verschillen in de aansprakelijkheden kan leiden. Het is dan ook toe te juichen dat in dit verband wetswijzigingen op stapel staan.

Het bovenstaande geldt zowel in de binnenlandse als in de grensoverschrijdende situatie; ter zake van de aansprakelijkstelling zal het voor de Nederlandse ondernemer derhalve in beginsel geen verschil maken of hij met een Nederlandse of een buitenlandse werkgever in zee gaat. Anderzijds zullen de ontvanger en de uitvoeringsinstelling eerder verhaal kunnen halen op de Nederlandse werkgever dan op de buitenlander.
Dit geldt in beginsel ook voor de bestuurdersaansprakelijkheid. Zowel de bestuurders van de Nederlandse rechtspersoon die arbeidskrachten uitleent of werk aanneemt, als de bestuurders van buitenlandse rechtspersonen onderworpen aan de vennootschapsbelasting vallen in beginsel altijd onder de WBA. Andere vertegenwoordigers van de buitenlandse rechtspersoon kunnen aansprakelijk worden gesteld indien sprake is van een Nederlandse vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger dan wel andere in Nederland verrichte activiteiten. Indien echter slechts loonbelasting verschuldigd is vanwege de fictieve vaste inrichting, is aansprakelijkstelling op grond van de WBA dus niet moge-

lijk. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de Nederlandse inlener sneller op grond van artikel 34 IW aansprakelijk wordt gesteld.
De bestuurder van de Nederlandse rechtspersoon die arbeidskrachten inleent dan wel een onderaannemer inschakelt voor werkzaamheden in Nederland, kan slechts aansprakelijk worden gesteld voor de verplichtingen van de rechtspersoon zelf; hij kan niet aansprakelijk worden gesteld voor de belasting- en premieschuld van de uitlener respectievelijk de onderaannemer waarvoor de rechtspersoon aansprakelijk wordt gesteld. In zoverre maakt het geen verschil of de uitlener/onderaannemer in Nederland of in het buitenland is gevestigd.

3. INTERNATIONALE REGELINGEN

3.1. Belastingverdragen

Met de vaststelling dat Nederland op grond van haar nationale wetgeving loonbelasting kan heffen omdat sprake is van een werknemer in de zin van artikel 2 Wet LB en een inhoudingsplichtige in de zin van artikel 6 Wet LB, is in de grensoverschrijdende situatie nog niet gezegd dat Nederland ook belasting mag heffen. Dit geldt voor de heffing van een eventueel aansprakelijk te stellen persoon evenzo als voor de heffing van de belasting- en/of inhoudingsplichtige zelf. Daartoe dient te worden vastgesteld of er internationale regelingen van toepassing zijn die het heffingsrecht van Nederland mogelijk beperken of zelfs volledig uitsluiten. Hierbij zal in eerste instantie moeten worden gedacht aan de overeenkomsten ter vermijding van dubbele belasting (hierna: belastingverdragen), welke Nederland met een groot aantal staten heeft afgesloten. Nederland hanteert bij de verdragsonderhandelingen in beginsel het Nederlandse Standaardverdrag uit 1987 (hierna: NSV) als uitgangspunt. Het NSV vertoont op de belangrijkste punten grote gelijkenis met het modelbelastingverdrag over inkomen en vermogen van de OESO, zoals laatstelijk aangepast in 1995 (hierna: OESO-mv). Met name de algemene bepalingen ter zake van de belastingheffing over inkomsten uit dienstbetrekking, zowel in het NSV als in het OESO-mv artikel 15, komen bijna woordelijk overeen. In dit hoofdstuk zal telkens worden uitgegaan van het OESO-mv alsmede het officiële commentaar daarop (hierna: OESO-commentaar); waar relevant zullen afwijkingen ten opzichte van het NSV worden aangegeven.

Alvorens in te gaan op de toepassing van artikel 15 OESO-mv wil ik vooraf een tweetal algemene opmerkingen plaatsen. Ten eerste dient erop te worden gewezen dat belastingverdragen geen belastingplicht creëren, maar bilateraal regels geven voor de toewijzing van heffingsrechten. Met andere woorden: indien een persoon op grond van de nationale wetgeving van twee staten in beide staten aan belastingheffing wordt onderworpen, bepaalt het verdrag tussen deze beide staten welke staat ter vermijding van dubbele belastingheffing afstand moet doen van haar heffingsrecht en op welke wijze.

Dat dergelijke situaties in de praktijk veelvuldig voorkomen laat zich verklaren uit het feit dat vele staten een fiscale wetgeving kennen zoals ook Nederland, waarin inwoners voor hun wereldinkomen worden belast, maar daarnaast ook niet-inwoners aan belastingheffing zijn onderworpen ter zake van hun inkomsten uit binnenlandse bronnen. Indien twee staten een dergelijk systeem gelijktijdig toepassen, bestaat daardoor in principe altijd het risico van dubbele heffing.

Ten tweede dient te worden opgemerkt dat belastingverdragen in beginsel van toepassing zijn op alle belastingen naar het inkomen en naar het vermogen, ongeacht de wijze van heffing. Normaliter wordt de loonbelasting in de belastingverdragen expliciet genoemd als belastingsoort waarop de bepalingen van het verdrag van toepassing zijn. Dit betekent dat voorzover het verdrag het heffingsrecht aan de andere staat toewijst, Nederland geen loonbelasting over de betreffende inkomsten mag heffen. Hoewel de belastingverdragen over het algemeen niet voorzien in separate bepalingen ter zake van de inhoudingsplicht voor de loonbelasting, moet in een dergelijke situatie naar mijn mening reeds op grond van het belastingverdrag worden geconcludeerd dat geen inhoudingsplicht bestaat. De Nederlandse nationale wetgeving bepaalt weliswaar dat de inhoudingsplichtige in dergelijke situaties de inhouding slechts achterwege mag laten indien de werknemer hem een daartoe strekkende verklaring van de inspecteur heeft overlegd.[78] In de jurisprudentie is echter bevestigd dat aan een dergelijke verklaring geen constitutief karakter kan worden toegekend.[79] Ik meen dan ook dat artikel 27, lid 7, Wet LB als een disculpatiemogelijkheid voor de inhoudingsplichtige moet worden opgevat, in die zin dat met een dergelijke verklaring in de hand de inhoudingsplichtige niet kan worden verweten dat hij geen loonbelasting heeft ingehouden.

3.1.1. Toewijzing heffingsrecht

Artikel 15 OESO-mv geeft als hoofdregel dat de inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid mogen worden belast in de woonstaat tenzij de werkzaamheden worden verricht in de andere staat. Dit betekent dat de beloning van de arbeidskracht die door een buitenlandse uitlener dan wel een buitenlandse aannemer in Nederland tewerk wordt gesteld, in beginsel in Nederland mag worden belast voor zover de beloning aan de werkzaamheden in Nederland kan worden toegerekend. Lid 2 van genoemd artikel 15 voorziet in een uitzondering, die bepaalt dat alleen de woonstaat over de inkomsten uit arbeid mag heffen indien:

1. de genieter van de vergoeding (de arbeidskracht) gedurende enige 12-maandsperiode die aanvangt of eindigt in het betreffende belastingjaar niet meer dan 183 dagen in de werkstaat verblijft (zie 3.1.2.);[80] en
2. de vergoeding voor de werkzaamheden niet wordt betaald door of namens een werkgever die inwoner is van de werkstaat (zie 3.1.3.); en

3. de vergoeding voor de werkzaamheden niet ten laste komt van een vaste inrichting of een vast middelpunt van de werkgever in de werkstaat (3.1.4.).

Achtergrond van deze uitzondering is dat het heffingsrecht wordt toegewezen aan de woonstaat indien het verblijf in de werkstaat slechts van korte duur is en de beloning voor de werkzaamheden niet ten laste komt van een onderneming in de werkstaat. De voorwaarden zijn cumulatief gesteld, zodat belastingheffing in de werkstaat reeds aan de orde is indien slechts aan één van de drie voorwaarden niet is voldaan. Uiteraard is de toepassing van artikel 15, lid 2, OESO-mv van groot belang voor de beoordeling of Nederland haar nationale heffingsmogelijkheden zoals beschreven in hoofdstuk 2 ook over de grens kan verwezenlijken. Ondanks dat in het OESO-commentaar een aantal aspecten van de toepassing van artikel 15 wordt toegelicht, treden in de praktijk interpretatieverschillen op, waarvan er hierna een aantal zal worden besproken.

3.1.2. Het begrip 'verblijven'

Voor de toepassing van artikel 15, lid 2, OESO-mv is allereerst van belang hoeveel dagen de betreffende arbeidskracht in de werkstaat verblijft. Tellen alleen hele werkdagen of telt ieder willekeurig dagdeel mee als een hele dag? Hoe moet worden omgegaan met weekends en feestdagen, vakantie- en ziektedagen, korte onderbrekingen, en dergelijke? In 1992 is aan het OESO-commentaar op artikel 15 een paragraaf toegevoegd die uitdrukkelijk bepaalt dat moet worden uitgegaan van de dagen waarop de arbeidskracht fysiek aanwezig is in de werkstaat.[81] Daarbij telt iedere dag mee, ook al wordt slechts een gedeelte van de dag in de werkstaat verbleven, tenzij het verblijf verband houdt met de doorreis van de ene naar een andere staat (beide niet zijnde de werkstaat). In overeenstemming met de letterlijke tekst van artikel 15 OESO-mv speelt evenmin een rol of op de betreffende dag wordt gewerkt of niet. Ook weekenden, nationale feestdagen en vakantiedagen tijdens of aansluitend op de werkzaamheden, dagen van ziekte, waarop in de werkstaat wordt verbleven, tellen mee. Een uitzondering geldt slechts indien de ziekte van de arbeidskracht een vertrek uit de werkstaat in de weg staat.

In de Nederlandse jurisprudentie is voor de toepassing van het artikel 10 van het belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland[82] beslist dat pas van verblijven sprake is indien in de werkstaat wordt gewerkt en overnacht.[83] Hoewel deze uitleg niet strookt met die van de OESO, resulteerde dat in de relatie Nederland–Duitsland niet tot dubbele heffing dan wel een heffingsvacuüm, aangezien in de Duitse jurisprudentie eenzelfde uitleg werd gehanteerd.[84] Desalniettemin hebben beide staten gemeend de verdragsuitleg met het OESO-commentaar in overeenstemming te moeten brengen. Daartoe is een regeling tussen beiden staten getroffen,[85] waarin uitdrukkelijk wordt bepaald dat het fysiek aanwezig zijn voldoende is voor verblijven in de zin van het verdrag. In zijn arrest van 10 juli 1996[86] heeft de Bundesfinanzhof overigens met betrekking tot de toe-

passing van artikel 10 van het verdrag tussen Nederland en Duitsland zijn oude rechtspraak verlaten en is overgestapt naar de OESO-uitleg. Saillant detail is dat ten overvloede wordt opgemerkt dat de regeling met Nederland naar de mening van de Bundesfinanzhof onverbindend is, aangezien zij niet conform de daarvoor geldende regels in de Duitse nationale wet is geïmplementeerd. Opgemerkt wordt dat, indien de Hoge Raad haar oude rechtspraak ondanks de regeling tussen beide staten handhaaft, alsnog dubbele heffing kan ontstaan.

Met betrekking tot de loonbelasting doet zich het bijzondere probleem voor dat deze uiterlijk twee maanden na aanvang van de werkzaamheden voor de eerste keer dient te worden ingehouden en afgedragen.[87] Op dat moment kan derhalve onmogelijk vaststaan of op meer dan 183 dagen in Nederland zal worden verbleven. Onder die omstandigheden neemt de Nederlandse fiscus het standpunt in dat op het inhoudingsmoment de waarschijnlijkheid moet worden ingeschat dat de 183 dagen zullen worden overschreden.[88] Ligt overschrijding in lijn der verwachting, dan zal inhouding vanaf de eerste dag dienen plaats te vinden; bestaat die verwachting niet, dan kan van inhouding worden afgezien. Zodra blijkt dat de situatie niet juist is ingeschat, zal vanaf dat moment van inhouding moeten worden afgezien, dan wel zal vanaf dat moment loonbelasting moeten worden ingehouden. Eventueel te veel of te weinig ingehouden loonbelasting zal via een teruggaaf loonbelasting dan wel via de inkomstenbelasting moeten worden gecorrigeerd.

In situaties van uitlening en onderaanneming door een buitenlandse onderneming zal het verblijf van de individuele arbeidskracht in Nederland vaak enigszins controleerbaar zijn. Indien noodzakelijk kan de situatie dat het verblijf boven de 183 dagen uitkomt, derhalve in principe worden vermeden. Indien ook aan de andere twee voorwaarden wordt voldaan, kan men aldus buiten de belastingheffing in Nederland blijven. Het feit dat het overgrote deel van de Nederlandse belastingverdragen (met name de vóór 1992 gesloten verdragen) uitgaat van 183 dagen binnen een kalenderjaar dan wel een belastingjaar, en niet zoals het OESO-mv binnen een 12-maandsperiode aanvangend in een belastingjaar, biedt bovendien extra planningsmogelijkheden. Zo kunnen in een situatie waarin de arbeidskracht tegen het eind van het jaar dreigt de 183 dagen te overschrijden, diens werkzaamheden wellicht tijdelijk worden stilgelegd om ze met ingang van de nieuwe periode, waarin het 'dagentellen' weer opnieuw begint, voort te zetten. Is een onderbreking niet mogelijk of niet wenselijk dan kan een andere werknemer de werkzaamheden wellicht ter overbrugging waarnemen. Indien bij voorbaat vaststaat dat het verblijf 183 dagen zal overschrijden, maar niet 366 dagen, kan eenzelfde resultaat worden bereikt door het aanvangstijdstip van de werkzaamheden zorgvuldig te plannen en de werkzaamheden over het eind van het kalender- dan wel belastingjaar 'heen te tillen'. Een voorbeeld: in Nederland wonende werknemers van een Nederlands bedrijf voeren een werk uit in Duitsland dat 9 maanden zal duren. Indien de werkzaamheden hun aanvang in het eerste kwartaal van jaar 1 nemen, zullen de werknemers in dat jaar

meer dan 183 dagen in Duitsland verblijven. Begint men echter pas in de tweede helft van jaar 1 in Duitsland te werken, zullen de 183 dagen noch in jaar 1, noch in jaar 2 worden overschreden. Uiteraard zal deze speelruimte in de praktijk lang niet altijd voorhanden zijn.

3.1.3. Het begrip 'werkgever'

De tweede voorwaarde waar aan moet zijn voldaan om aan belastingheffing in de woonstaat toe te komen, is dat de vergoeding voor de werkzaamheden niet wordt betaald door of namens een werkgever die inwoner is van de werkstaat. Het OESO-mv geeft zelf geen definitie van het begrip werkgever; wel is in 1992 ter zake een paragraaf aan het OESO-commentaar toegevoegd.[89] Tegen de achtergrond van het construeren van grensoverschrijdende uitleensituaties ter vermijding van het hebben van een werkgever in de werkstaat, bepaalt genoemd commentaar dat voor de toepassing van het verdrag moet worden uitgegaan van een *substance over form* beginsel. Het gaat dus niet zozeer om de formele werkgever, d.w.z. degene met wie de arbeidskracht een arbeidsovereenkomst heeft gesloten, maar meer om de materiële werkgever, dat wil zeggen "the person having the rights on the work produced and bearing the relative responsability and risks".

Aldus zal bij het internationaal ter beschikking stellen van arbeidskrachten veelal de inlener als werkgever in de zin van artikel 15, lid 2, OESO-mv te kwalificeren zijn. Dat wil zeggen dat het heffingsrecht ter zake van de vergoeding voor werkzaamheden in Nederland door een uit het buitenland ingeleende arbeidskracht aan Nederland is toegewezen indien de inlener voor de toepassing van het belastingverdrag inwoner is van Nederland. Dat is het geval indien de inlener op grond van zijn woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige vergelijkbare omstandigheid in Nederland aan belasting is onderworpen,[90] dat wil zeggen binnenlands belastingplichtig is. De buitenlandse ondernemer die voor zijn Nederlandse vaste inrichting buitenlandse arbeidskrachten inleent, is dus geen werkgever in de zin van artikel 15 OESO-mv. Wel zal in een dergelijk geval onderdeel c van genoemde regeling een rol spelen (zie 3.1.4.).

Niet geheel eenduidig is het antwoord op de vraag of altijd van een materieel werkgeversbegrip uit te gaan is of slechts in misbruiksituaties bij het internationaal ter beschikking stellen van arbeidskrachten. In aantekening 8 van het OESO-commentaar op artikel 15 wordt eigenlijk alleen van deze laatste situaties gesproken. Voor het overige zegt het commentaar echter niet meer of minder dan dat ter bestrijding van dergelijk misbruik "the term 'employer' should be interpreted in the context of paragraph 2". In dat kader wordt, zoals hierboven reeds beschreven, voor de toepassing van het verdrag uitgegaan van een materieel werkgeversbegrip. Mijns inziens is aldus sprake van een algemeen toe te passen interpretatie van het begrip werkgever en niet slechts voor mis-

bruiksituaties van welke aard dan ook.[91] Dit lijkt ook af te leiden uit het feit dat Zwitserland bij aantekening 8 van het OESO-commentaar op artikel 15 uitdrukkelijk het voorbehoud heeft gemaakt deze uitleg alleen in misbruiksituaties toe te passen. Ondanks dat de Nederlandse fiscale autoriteiten een dergelijk voorbehoud niet hebben gemaakt, blijken zij de bepaling wel zo uit te leggen.[92] Hoewel mijns inziens niet in overeenstemming met de OESO-uitleg, past deze interpretatie wel binnen de systematiek van de nationale voorschriften, waarbij misbruik wordt bestreden door de uitlener per wetsfictie als inhoudingsplichtige aan te wijzen. In verdragssituaties wordt van misbruik uitgegaan indien noch in de woonstaat noch in de werkstaat belasting wordt betaald, tenzij de fiscale autoriteiten bekend zijn met de arbeidssituatie en geen belasting verschuldigd is op grond van de nationale wetgeving. In de Nederlandse interpretatie is derhalve in bonafide situaties waarin een Nederlandse ondernemer arbeidskrachten vanuit het buitenland inleent, geen sprake van een "vergoeding (...) betaald door of namens een werkgever die inwoner is van de werkstaat" (zie 3.1.1(2). Aldus komt aan Nederland als werkstaat geen heffingsrecht toe ter zake van de vergoeding voor de werkzaamheden door de ingeleende arbeidskracht. Een en ander leidt tot de consequentie dat aan Nederlandse belastingheffing niet wordt toegekomen, ondanks dat op grond van de onlangs ingevoerde fictieve vaste inrichting naar nationaal recht wel belasting- en inhoudingsplicht bestaat. Ik zou ervoor willen pleiten de nationale wetgeving op de verdragstoepassing af te stemmen door de inlener als werkgever aan te wijzen, al dan niet beperkt tot misbruiksituaties.

In het geval van aanneming van werk zal de toewijzing van het heffingsrecht veelal anders zijn dan in de uitleensituaties: de buitenlandse onderaannemer en niet de binnenlandse hoofdaannemer zal over het algemeen als materiële werkgever te kwalificeren zijn. Aldus is geen sprake van een werkgever met woonplaats in de werkstaat, zodat belastingheffing wordt toegewezen aan de woonstaat van de arbeidskracht. Dit is niet anders indien de buitenlandse onderaannemer zijn werkzaamheden uitoefent middels een Nederlandse vaste inrichting (zie echter 3.1.4.). Aangezien de formele en materiële werkgever in deze situaties dezelfde persoon zijn, leidt de interpretatie van de Nederlandse fiscale autoriteiten in deze niet tot een andere conclusie.

3.1.4. Het begrip 'vaste inrichting'

Voorzover aan de andere twee voorwaarden van artikel 15, lid 2, OESO-mv is voldaan, is belastingheffing in de werkstaat slechts aan de orde indien de vergoeding voor de werkzaamheden ten laste komt van een vaste inrichting die, of vast middelpunt dat de werkgever in de werkstaat heeft. Artikel 5, lid 1, OESO-mv geeft als definitie voor 'vaste inrichting': een vaste bedrijfsinrichting door middel waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend. Als voorbeelden van

een vaste inrichting worden vervolgens genoemd een plaats waar leiding wordt gegeven, een filiaal, een kantoor, een fabriek, een werkplaats en een plaats waar natuurlijke rijkdommen worden gewonnen. Verder wordt een aantal beperkingen gegeven: zo vormt de uitvoering van een bouwwerk dan wel constructie- en montagewerkzaamheden pas een vaste inrichting indien de duur ervan 12 maanden overschrijdt. Verder worden bepaalde activiteiten die slechts een beperkte bijdrage binnen de onderneming als geheel brengen (bijvoorbeeld het aanhouden van een voorraad voor opslag of van een kantoor om goederen aan te kopen), geacht niet voldoende grond te zijn voor toewijzing van het heffingsrecht aan de staat waar die werkzaamheden worden uitgeoefend.

Indien voor toepassing van het verdrag tot een vaste inrichting wordt geconcludeerd, kan ervan worden uitgegaan dat, gezien de eerder ruimere definitie voor toepassing van de Wet LB, tevens sprake is van een vaste inrichting voor de loonbelasting, zodat inhoudingsplicht bestaat.[93] Is voor de toepassing van het belastingverdrag geen sprake van een vaste inrichting, maar krijgt Nederland als werkstaat wel het heffingsrecht over de vergoeding toegewezen omdat aan één van de andere twee voorwaarden van artikel 15, lid 2, OESO-mv niet is voldaan, dan kan desalniettemin sprake zijn van inhoudingsplicht op grond van een vaste inrichting in de zin van Wet LB. In dat geval kan ook de fictieve vaste inrichting voor uitzendwerkzaamheden alsnog ten gelde worden gemaakt.

3.1.5. Samenvatting

Onder de verdragen wordt slechts aan belastingheffing in werkstaat toegekomen indien een fysieke band tussen werkgever en werkstaat bestaat (inwonerschap dan wel vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger), dan wel de werkzaamheden niet slechts van korte duur (minder dan 184 dagen) zijn. Schematisch leidt dit tot het volgende overzicht:

Schema 3: Hoofdregels belastingheffing op grond van belastingverdragen bij werkzaamheden in Nederland

	Nederlandse werkgever	Buitenlandse werkgever
Nederlandse werknemer	IB/LB	IB/LB
Buitenlandse werknemer	IB/LB	geen IB/LB, tenzij: – langer dan 183 dagen – misbruik bij inlening – ten laste van Nederlandse v.i. (in de zin van verdrag)

Ter zake van het dagentellen is af te wachten of de Hoge Raad zijn oude jurisprudentie aan zal passen aan de OESO-uitleg. De nationale wetgeving dient ten aanzien van de begrippen werkgever en inhoudingsplichtige te worden afgestemd op de verdragstoepassing, doordat de inlener wordt aangemerkt als werkgever, al dan niet beperkt tot misbruiksituaties. Indien sprake is van een vaste inrichting voor toepassing van het belastingverdrag, zal dit veelal ook voor toepassing van de nationale wet het geval zijn.

3.2. EG-verordening 1408/71

Ook voor de premieheffing dient in grensoverschrijdende situaties te worden bekeken of er internationale regelingen van toepassing zijn die de Nederlandse regels buiten werking stellen dan wel in hun toepassing beperken. Dit geldt zowel voor de volksverzekeringen, voor de werknemersverzekeringen als voor de WAZ.[94] De veruit belangrijkste regeling waar op dit gebied rekening mee moet worden gehouden is de zogenoemde EG-verordening 1408/71[95] (hierna: Vo. 1408/71 of de verordening). Nederland heeft ook met een reeks van landen bilaterale verdragen met betrekking tot de sociale verzekeringen gesloten.[96] Voor een groot deel betreft dit echter verdragen met EU-lidstaten, die alleen dan een rol spelen als Vo. 1408/71 niet van toepassing is. Aangezien dit laatste doorgaans zal voortvloeien uit de beperkingen in de personele en materiële werkingssfeer van de verordening, zullen de bilaterale verdragen, die over het algemeen een vergelijkbare werkingssfeer kennen, dan ook geen oplossing bieden. Op de werking van de bilaterale verdragen wordt hier niet separaat ingegaan daar zij doorgaans niet wezenlijk verschilt van de werking van Vo. 1408/71.

Vo. 1408/71 heeft de coördinatie van de sociale zekerheidswetgevingen van de EU-lidstaten tot doel. Enerzijds pogen de conflictregels van Titel II van de verordening een dubbele verzekeringsplicht te vermijden, anderzijds dienen deze regels ook te voorkomen dat wegens het ontbreken van een toepasselijke wettelijke regeling geen enkele sociale zekerheidsbescherming wordt genoten.[97] In zoverre werkt de verordening dus anders dan de belastingverdragen: deze laatste leggen regels vast waarmee men tracht dubbele belasting*heffing* te vermijden, een dubbele of geen enkele belasting*plicht* wordt daardoor echter niet uitgesloten. Vanwege de afwijkende systematiek van de sociale zekerheidsstelsels kan in een internationaal kader met een toewijzing van heffingsrechten echter niet worden volstaan. Afgezien van het feit dat het doorgaans als onwenselijk wordt ervaren dat in verschillende staten premies worden betaald en uit meerdere staten een (stukje van een) uitkering wordt ontvangen,[98] stoot men ook op specifieke problemen aan de heffingskant. Hoe dient bijvoorbeeld rekening te worden gehouden met premiemaxima en met bepaalde vrijstellingen (franchises)? Uiteraard kunnen ook vragen ontstaan bij de uitkeringen: in hoeverre dienen gelijksoortige uitkeringen te worden samengenomen en hoe moeten kortingsmechanismen worden toegepast? In het eerste lid van artikel 13 van Vo. 1408/71 wordt aldus bepaald dat in beginsel slechts de wet-

geving van één enkele lidstaat van toepassing is. Men spreekt in dit verband wel van het beginsel van de exclusieve werking.[99] Slechts in een beperkt aantal situaties voorziet de verordening in de gelijktijdige toepassing van de wetgeving van twee lidstaten.[100] Het betreft hier bijna uitsluitend gevallen waarin in één of meer lidstaten werkzaamheden anders dan in loondienst worden uitgeoefend terwijl tevens in een andere lidstaat werkzaamheden in loondienst plaatsvinden.

3.2.1. Toewijzing verzekeringsplicht

Allereerst dient te worden vastgesteld of sprake is van een werknemer of een zelfstandige in de zin van artikel 2, lid 1 jo. artikel 1, letter a, Vo. 1408/71 voor de beoordeling van de vraag of de verordening van toepassing is. Dit is het geval indien de betrokkene op grond van de nationale wetgeving van tenminste één lidstaat als werknemer of zelfstandige verzekerd is. De voorwaarden voor aansluiting bij een nationaal stelsel van sociale zekerheid vormen in beginsel een zaak van de lidstaten zelf. Daarbij dient echter te worden opgemerkt, dat de lidstaten niet het recht hebben de territoriale werking van hun eigen wettelijke regeling te bepalen.[101]

Daarnaast dient te worden beoordeeld of sprake is van een tak van sociale zekerheid die onder de werkingssfeer van de verordening valt. Artikel 4, lid 1, Vo. 1408/71 verklaart de verordening van toepassing op regelingen ter zake van ziekte en arbeidsongeschiktheid, ouderdom en overlijden, werkeloosheid alsmede gezinsbijslagen. De lidstaten dienen zelf aan te geven welke nationale wetten hieronder te rangschikken zijn. Uiteindelijk is dat echter niet doorslaggevend; in voorkomende gevallen zal het Europese Hof van Justitie zelf toetsen of een regeling binnen de materiële werkingssfeer van de verordening valt.[102]

Het feit dat loonbelasting en premies volksverzekering in Nederland tezamen worden geheven, leidt in de praktijk niet tot problemen, aangezien voor beide zelfstandige regels ten aanzien van de beoordeling van belasting- en verzekeringsplicht gelden. Dit is anders indien de sociale verzekeringen worden gefinancierd uit de belastingopbrengst en er geen separate nationale voorschriften zijn op grond waarvan kan worden beoordeeld of men onder de personele en materiële werkingssfeer van de verordening valt.[103] Voor de toepassing van de internationale toewijzingsregels met betrekking tot de sociale verzekeringen, leidt de 'fiscalisering' van sociale zekerheidsstelsels, zoals die ook in het kader van de nota Belastingen in de 21^{e} eeuw in Nederland ter discussie staat, derhalve tot evidente praktische problemen.

Is eenmaal vastgesteld dat de verordening van toepassing is, dan geldt voor degene die in een lidstaat werkzaamheden in loondienst dan wel anders dan in loondienst verricht, als hoofdregel dat hij in die staat verzekerd is, ongeacht het feit of hij in een andere lid-

staat woont dan wel of zijn werkgever in een andere lidstaat woont of gevestigd is.[104] Hierop geldt een belangrijke uitzondering in het geval van detachering. Daarvan is sprake indien de betrokkene door zijn werkgever in een andere lidstaat dan waar hij normaal werkzaam is, tewerk wordt gesteld om daar voor rekening van de werkgever arbeid te verrichten. In dat geval blijft de wetgeving van de staat waar de werkzaamheden normaal worden verricht van toepassing.[105] In beginsel mag de duur van de detachering de 12 maanden niet overschrijden; de lidstaat waar de betrokkene gedetacheerd is, heeft echter de mogelijkheid een verlenging met nogmaals 12 maanden toe te staan. Voor degene die anders dan in loondienst werkzaam is, gelden vergelijkbare regels: indien hij arbeid verricht in een andere lidstaat dan de lidstaat waar hij gewoonlijk zijn werkzaamheden uitoefent, dan is hij in de laatstbedoelde lidstaat verzekerd zolang de arbeid niet meer dan 12 maanden beslaat.[106]

Indien een persoon gewoonlijk in twee of meer lidstaten werkzaamheden pleegt te verrichten, is hij verzekeringsplichtig in zijn woonstaat indien hij daar een deel van zijn werkzaamheden uitoefent. Werkt de betrokkene niet in de lidstaat waar hij woont, dan richt zich de verzekeringsplicht in het geval van werkzaamheden in loondienst naar de wetgeving van de lidstaat waar zijn werkgever woont of gevestigd is; bij werkzaamheden anders dan in loondienst is de betrokkene verzekerd in de staat waar hij zijn hoofdwerkzaamheden verricht.[107]

Tenslotte kunnen de bevoegde autoriteiten van twee lidstaten dan wel de door hun aangewezen instanties op grond van artikel 17 Vo. 1408/71 in onderlinge overeenstemming de verzekeringsplicht afwijkend van bovenstaande regels vastleggen. Een dergelijke situatie mag in principe echter nooit langer dan 5 jaar duren.[108]

Opgemerkt wordt dat de verordening aan de verzekeringsplicht van de werknemer in de werkstaat geen voorwaarden verbindt ten aanzien van een vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger van de werkgever. Voor wat betreft de werknemersverzekeringen sluit de Nederlandse wetgeving hier goed op aan. Door ter zake van de premieheffing volksverzekeringen aan te sluiten bij de loonbelasting, waardoor wel het vereiste van een Nederlandse vaste inrichting of een in Nederland wonende of gevestigde vaste vertegenwoordiger geldt, beperkt Nederland zijn heffingsmogelijkheden eenzijdig.

3.2.2. Sterke werking en verzekeringsplicht

De exclusieve werking van de verordening blijft zonder resultaat indien de nationale wetgeving van de lidstaat, aan wie de verzekeringsplicht is toegewezen, niet daadwerkelijk in een verzekeringsplicht voorziet.[109] De vraag rijst dan of ervan mag worden uitgegaan dat de verordening niet alleen verzekeringsplicht toewijst, maar tevens ook zelf

creëert, ongeacht de nationale wetgeving in de betreffende lidstaat. In dit kader wordt wel gesproken van de sterke werking van de Vo. 1408/71. Deze leidt ertoe dat indien de verzekeringsplicht aan een lidstaat wordt toegewezen, de nationale wetgeving van die staat verzekeringsplicht niet mag verhinderen op grond van de woonplaats (of het verrichten van werkzaamheden) van de betreffende persoon. Dat aan Vo. 1408/71 sterke werking kan worden toegekend, kan worden gebaseerd op de tekst van de verordening: artikel 13, lid 2, letter a, Vo. 1408/71 bepaalt immers uitdrukkelijk dat op degene die in een lidstaat werkt, de wetgeving van die staat van toepassing is, ook indien hij in een andere lidstaat woont. Zou de staat waar wordt gewerkt een woonplaatsvereiste in zijn nationale wetgeving kennen voor toepassing van de daar geldende sociale zekerheidswetgeving, dan zou de betreffende bepaling in de verordening zijn effect volledig verliezen.[110] Daarnaast kan worden verwezen naar doel en strekking van de verordening, in die zin dat beoogd is een sluitend stelsel van toewijzingsregels vast te leggen waardoor in één lidstaat verzekeringsplicht bestaat. Als zodanig liggen de exclusieve en de sterke werking als hier beschreven in elkaars verlengde.[111]

3.2.3. Sterke werking en premieplicht

Indien men vaststelt dat voor de toepassing van de verordening het principe van de sterke werking geldt, rijst de vraag of dit principe voor alle aspecten van het verzekerd zijn geldt. Indien de verzekeringsplicht op grond van de verordening aan een lidstaat wordt toegewezen, werd er tot voor kort algemeen van uitgegaan dat dit zowel voor de verzekeringsplicht als voor de premieplicht diende te gelden. In zijn arrest van 8 juli 1997[112] heeft de Hoge Raad ten aanzien van de premieheffing volksverzekeringen echter anders geoordeeld. Het handelde in deze zaak om een inwoner van België die als zelfstandige uitsluitend werkzaamheden in Nederland verrichtte. Op grond van artikel 13, lid 2, letter b, Vo. 1408/71 geldt dan de sociale zekerheidswetgeving van Nederland. Beoordeeld naar de regels van het Nederlands nationaal recht was de betrokkene voor het onderhavige jaar echter niet verplicht verzekerd en dus ook niet premieplichtig voor de volksverzekeringen. De Hoge Raad besliste dat indien de toewijzingsregels van de verordening de sociale zekerheidswetgeving van een lidstaat van toepassing verklaren, de betrokkene aldaar verzekerd is ongeacht de bepalingen van nationaal recht; premieplicht kan echter alleen bestaan indien de bevoegdheid tot premieheffing uit de betreffende wetgeving voortvloeit. Met andere woorden: de verordening kan wel verzekeringsplicht veroorzaken, maar geen premieplicht. Hoewel de implicaties van het arrest van 8 juli 1997 zich nog niet hebben uitgekristalliseerd, dient hieraan meteen te worden toegevoegd, dat dit arrest waarschijnlijk voornamelijk belang voor het verleden zal hebben. Inmiddels is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend waarmee het door de Hoge Raad veroorzaakte gat in de premieheffing weer wordt gedicht.[113] Overigens wordt in het wetsvoorstel uitgegaan van terugwerkende kracht met als argumentatie dat geen sprake is van een inhoudelijke wijziging, maar als een verduidelijking

van het gevoerde beleid. Hoewel men zich kan voorstellen dat de regering uit budgettaire overwegingen dit standpunt inneemt, ben ik met de annotator in het *Vakstudienieuws* eens dat dit onaanvaardbaar is, mede gezien in het licht van de recent gevoerde discussies omtrent terugwerkende kracht in fiscale regelgeving uitmondend in de Brief van de staatssecretaris van 25 juni 1997.[114]

3.2.4. De begrippen 'werknemer' en 'werkzaamheden in loondienst'

Zoals reeds beschreven onder 3.2.1. is Vo. 1408/71 van toepassing op werknemers en zelfstandigen. Op grond van de tekst van de verordening, en bevestigd in vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie,[115] wordt iemand als werknemer of zelfstandige beschouwd op basis van de nationale sociale zekerheidswetgeving waarbij de betrokkene is aangesloten. Er geldt dus geen uniforme communautaire uitleg van deze begrippen.[116] Staat eenmaal vast dat de verordening van toepassing is, dan moet voor de beoordeling waar verzekeringsplicht bestaat een onderscheid worden gemaakt tussen 'werkzaamheden in loondienst' en 'werkzaamheden anders dan in loondienst'. Ook ter zake van de uitleg van deze begrippen heeft het Europese Hof van Justitie beslist dat moet worden aangesloten bij de betekenis op grond van de toepasselijke sociale zekerheidswetgeving in de lidstaat op het grondgebied waarvan deze werkzaamheden worden uitgeoefend.[117] Daarbij geeft het Europese Hof van Justitie zelf echter reeds aan dat deze begrippen in feite gelijk te stellen zijn met de begrippen 'werknemer' en 'zelfstandige'.[118]

Het feit dat voor de toepassing van de toewijzingsregels van Titel II van de verordening moet worden aangesloten bij de kwalificaties naar nationaal recht, kan uiteraard tot kwalificatieverschillen leiden. Een goed voorbeeld uit de praktijk zijn de zogenaamde 'self-employed' in Engeland. In het kader van nationaal werkgelegenheidsbeleid is het in Engeland relatief makkelijk gemaakt om als zelfstandige te worden geregistreerd. Zonder dat een inhoudelijke beoordeling plaatsvindt, valt men daardoor onder een stelsel op grond waarvan aanzienlijk minder premies voor sociale verzekeringen verschuldigd zijn. Uit Engelse optiek blijft de betrokkene op grond van artikel 14bis Vo. 1408/71 aan de gunstige Engelse regels onderworpen indien hij korter dan 12 maanden elders werkzaam is. Nederland zal de positie van de betrokken self-employed echter afzonderlijk beoordelen. Daarbij zal men in de praktijk veelal tot de conclusie komen dat feitelijk sprake is van een afhankelijke arbeidskracht, die werkzaamheden in loondienst verricht en derhalve op grond van artikel 14, lid 1, Vo. 1408/71 verzekerd is in Nederland.[119] Zo besliste de CRvB in zijn arrest van 21 augustus 1997 dat op een persoon die in Engeland als self-employed was ingeschreven, de Nederlandse sociale zekerheidswetgeving van toepassing was, omdat hij onder het gezag van een Nederlandse werkgever werkzaam was.[120] Een en ander heeft tot gevolg dat in twee staten verzekeringsplicht bestaat, waardoor doel en strekking van de verordening, name-

lijk te komen tot verzekeringsplicht in één lidstaat, niet wordt bereikt. Een en ander kan worden vermeden door voorrang te geven aan de detachering (zie 3.2.5.).

In het arrest-De Jaeck is deze problematiek ook aan de orde: het betrof de directeur-grootaandeelhouder van een Nederlandse BV die in België woonde en daar tevens zelfstandig werkzaam was. De Hoge Raad besliste dat de directeur-grootaandeelhouder voor toepassing van de Nederlandse sociale zekerheidswetgeving werkzaamheden in loondienst verricht.[121] In België wordt de directeur-grootaandeelhouder echter als zelfstandige behandeld. Aldus is artikel 14quater Vo. 1408/71 van toepassing, dat in casu bepaalt dat zowel de wetgeving van Nederland als van België van toepassing is.[122] Ook in een recenter arrest[123] kwam de uitleg van de begrippen 'in loondienst' en 'anders dan in loondienst' voor toepassing van de premieheffing volksverzekeringen aan de orde. In casu was een Nederlands ingezetene anders dan in loondienst als *Geschäftsführer* van een Duitse vennootschap werkzaam in Duitsland. Tevens verhuurde zij de kantoor- en bedrijfsruimte alsmede inventaris van een tandtechnisch laboratorium in Nederland aan de Duitse vennootschap. Ter zake van laatstgenoemde werkzaamheden besliste de Hoge Raad dat deze niet als "werkzaamheden anders dan in loondienst" in de zin van de verordening kwalificeerden, zodat geen sprake was van verzekeringsplicht in Nederland op grond van artikel 14bis, lid 2, Vo. 1408/71, maar van verzekeringsplicht in Duitsland op grond van artikel 13, lid 2, letter b, Vo. 1408/71. Daarbij ontleent hij weliswaar een argument aan de fiscale kwalificatie van de inkomsten uit de werkzaamheden als inkomsten uit vermogen, maar past overigens een afzonderlijke toets toe.

Ook al komt men voor de toepassing van de verordening tot de conclusie dat slechts de wetgeving van Nederland geldt, dan nog kan het feit dat men bij de nationale definities aansluit onder omstandigheden tot de conclusie leiden dat wel premies volks- maar geen premies werknemersverzekeringen (of vice versa) verschuldigd zijn. Immers, zoals hierboven in paragraaf 2.2.2. reeds beschreven, hanteert de CRvB voor de werknemersverzekeringen niet geheel hetzelfde werknemersbegrip als de Hoge Raad voor de volksverzekeringen. Aangezien Vo. 1408/71 regels geeft die op beide verzekeringen van toepassing zijn, gelden door de verschillende kwalificaties ook andere conflictregels. Voor toepassing van de Nederlandse werknemersverzekeringen wordt de directeur-grootaandeelhouder bij gebrek aan een reële gezagsverhouding niet als werknemer beschouwd, zodat de heer De Jaeck niet voor de werknemersverzekeringen verzekerd is.[124] Aangezien de Hoge Raad slechts over de heffing van de premie volksverzekering te beslissen had, blijft deze vraag vooralsnog onbeantwoord.

3.2.5. Detacheringsverklaringen

In het geval van detachering dienen drie situaties te worden onderscheiden. Ten eerste is dat de detachering op grond van artikel 14, lid 1, letter a, Vo. 1408/71: hier gaat het

om de tewerkstelling in een andere lidstaat dan waar men zijn werkzaamheden gewoonlijk uitoefent voor rekening van de werkgever. Hiervoor is geen toestemming van dan wel overeenstemming met de detacheringsstaat vereist. Er dient slechts aan de voorwaarden zoals die worden genoemd in de verordening te worden voldaan; de detachering mag derhalve naar verwachting niet meer dan 12 maanden duren en mag niet dienen ter vervanging van een andere persoon wiens detachering is beëindigd. De tweede situatie wordt geregeld in artikel 14, lid 1, letter b Vo. 1408/71: indien het detacheringstijdvak de periode van 12 maanden door onvoorziene omstandigheden overschrijdt, kan de detacheringsstaat desalniettemin toestaan dat de wetgeving van de oorspronkelijke werkstaat van toepassing blijft. Tenslotte kunnen de detacheringsstaat en de oorspronkelijke werkstaat op grond van artikel 17 Vo. 1408/71 voor een periode van maximaal 5 jaar overeenkomen dat de betrokkene in laatstgenoemde staat verzekerd blijft.

In het geval van detachering van Nederlanders wordt door de bevoegde autoriteit, in Nederland de Sociale Verzekeringsbank (hierna: SVB), een detacheringsverklaring afgegeven. Daarbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen een dergelijke verklaring die betrekking heeft op een eerste detachering enerzijds en verklaringen ter zake van verlengingen anderzijds. In beide laatstgenoemde situaties is de detacheringsverklaring gebaseerd op een rechtshandeling van één der dan wel beide betrokken lidstaten. Er zal ook geen twijfel over bestaan, dat dergelijke verklaringen bindend zijn voor partijen. Met betrekking tot de detacheringsverklaring voor de eerste 12 maanden, het E101-formulier, bestaat echter minder duidelijkheid, omdat deze namelijk eenzijdig wordt afgegeven.[125] In het verleden oordeelde de CRvB dat het aanwezig zijn van een detacheringsverklaring weliswaar niet automatisch betekent dat de verordening van toepassing is, maar dat daar wel een vermoeden van detachering aan kan worden ontleend.[126] Inmiddels hebben zowel de CRvB als de Hoge Raad voor de premieheffing werknemersverzekeringen en volksverzekeringen (het betrof dezelfde zaak) beslist dat indien niet aan de voorwaarden van de verordening is voldaan, er ook geen vertrouwen aan de afgegeven detacheringsverklaring kan worden ontleend.[127] Het kan worden betwijfeld of dit in overeenstemming is met EG-recht.[128] Inmiddels loopt er een procedure voor het Europese Hof van Justitie waarin de vraag welke status aan een detacheringsverklaring moet worden toegekend, expliciet aan de orde is gesteld, zodat mag worden gehoopt dat hierin binnenkort meer duidelijkheid komt.[129]

Wat de uitkomst van de procedure ook is, men kan in ieder geval vaststellen dat ook in casu de van toepassing zijnde regels sterk zijn afgestemd op de malafide ondernemer. In de praktijk is dit uitgangspunt ook merkbaar daar waar het gaat om de acceptatie van buitenlandse detacheringsverklaringen door de Nederlandse sociale zekerheidsinstanties. Niet zelden worden dergelijke verklaringen bij voorbaat terzijde geschoven of worden aanvullende eisen gesteld die niet op de verordening zijn terug te voeren. Onderzoek met betrekking tot detachering heeft echter aangetoond dat de vermeende fraude die met het gebruik van detacheringsbewijzen gepaard zou gaan, eigenlijk niet aan de

orde is.[130] De problemen die in de praktijk bij detachering optreden zijn van een geheel andere orde, zoals het feit dat van hooggekwalificeerde werknemers sneller wordt aangenomen dat sprake is van detachering dan van laaggekwalificeerde werknemers, en het feit dat de kwalificatie als werknemer of zelfstandige nauwelijks eenduidig vast te stellen is. Het is mijns inziens wenselijk dat voor de – bonafide – afnemer van gedetacheerde arbeidskrachten ter zake van de aansprakelijkheid voor de premies sociale verzekeringen een disculpatiemogelijkheid bestaat door middel van detacheringsbewijzen. De afgifte van de detacheringsverklaring zal dan echter moeten worden gekoppeld aan een verscherpte controle op de premieafdracht in de staat van waaruit detachering plaatsvindt, en aan een effectieve uitwisseling van informatie tussen beide staten.[131] Van het feit dat dit laatste mogelijk is, getuigen de regelingen die Nederland recent getroffen heeft met Frankrijk, België en Duitsland (zie 4.1.).

3.2.6. Samenvatting

Anders dan de belastingverdragen wijst Vo. 1408/71 geen heffingsrecht toe, maar bepaalt welk verzekeringsstelsel van toepassing is. In beginsel is dat de staat waarin wordt gewerkt, tenzij sprake is van detachering. Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:

Schema 4: Hoofdregels premieheffing op grond van EG-verordening 1408/71 bij werkzaamheden in Nederland

	Nederlandse werkgever	Buitenlandse werkgever
Nederlandse werknemer	VV/WNV	VV/WNV, tenzij detachering
Buitenlandse werknemer	VV/WNV	VV/WNV, tenzij detachering

Door de verwijzing naar nationaal recht voor wat betreft de begrippen 'werkgever', 'werknemer' en 'werkzaamheden (anders dan) in loondienst' kunnen afwijkingen ontstaan. Het Nederlandse sociale verzekeringsstelsel sluit, in ieder geval na de aangekondigde wetswijziging naar aanleiding van HR 8 juli 1997, op de hoofdregels van de verordening aan. De internationaal aanvaarde inbreuk op het beginsel van verzekerings- en premieplicht in de werkstaat ingeval van detachering, dient echter beter te worden gerespecteerd indien detacheringsverklaringen voorhanden zijn.

4. INVORDERING

Indien eenmaal is vastgesteld dat met toepassing van zowel de nationale als de internationale regelgeving sprake is van een Nederlandse belasting- of premieschuld, rijst vervolgens de vraag of Nederland die vordering ook kan innen. In beginsel zal de schuld zoveel mogelijk worden verhaald op het vermogen van de belasting- of premieschuldige zelf, ook al is een derde mede aansprakelijk voor de voldoening van de schuld.[132] Indien de belasting- of premieschuldige een buitenlander is, zal er veelal geen vermogen in Nederland aanwezig zijn om de schuld op te verhalen. De ontvanger respectievelijk de uitvoeringsinstelling zal dan ook het vermogen buiten Nederland in de invordering moeten betrekken. Daartoe kunnen zij op basis van een aantal internationale regelingen een beroep doen op de buitenlandse belastingadministraties. De Nederlandse autoriteiten hebben daarmee een belangrijk wapen in handen om vermogensobjecten in het buitenland te traceren en zo nodig uit te winnen, alsmede om te controleren of de betrokkenen de juiste informatie verschaffen. Hoewel hiervan in het verleden nauwelijks gebruik werd gemaakt, is in de laatste jaren een duidelijke toename van het aantal internationale invorderingsgevallen waar te nemen. Volgens de jaarverslagen van de belastingdienst bedroeg het aantal door het buitenland afgedane verzoeken van Nederland in 1993 nog maar 81, terwijl dit aantal in 1994 en 1995 reeds was toegenomen tot 254 respectievelijk 191.

De internationale bijstand bij de invordering van belastingen tussen de belastingadministraties ziet op de volgende aspecten:
- het uitwisselen van inlichtingen, die voor de invordering van nut kunnen zijn;
- bijstand bij de invordering;
- bijstand bij het treffen van conservatoire maatregelen; en
- notificatie, ofwel het betekenen of uitreiken van akten en beslissingen met betrekking tot belastingschulden.[133]

Hierna zullen de belangrijkste bilaterale en multilaterale invorderingsregelingen in internationaal verband aan de orde komen.

4.1. Belasting- en sociale zekerheidsverdragen

Nagenoeg alle door Nederland gesloten belastingverdragen kennen een op de leest van artikel 26 OESO-mv[134] geschoeide bepaling met betrekking tot de uitwisseling van inlichtingen in verband de belastingheffing in overeenstemming met het verdrag. Daarenboven heeft Nederland met Frankrijk, België, Duitsland en Canada additionele regelingen gesloten ter zake van de uitwisseling van inlichtingen.[135] Deze regelingen voorzien onder meer in een automatische uitwisseling van informatie met betrekking tot salarissen, lonen en andere, soortgelijke beloningen. Daarnaast is een intensivering van

de spontane uitwisseling ter zake van commissielonen, honoraria, courtages en andere beloningen overeengekomen. De regeling met Duitsland voegt aan die laatste categorie uitdrukkelijk toe "vergoedingen in verband met de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, in het bijzonder met betrekking tot de activiteiten van koppelbazen".

In tegenstelling tot de inlichtingenbepaling zijn er echter slechts weinig belastingverdragen met bepalingen ter zake van de bijstand bij invordering. Een van de oudste verdragen met een dergelijke bepaling was het belastingverdrag met de Verenigde Staten uit 1948,[136] welk inmiddels is vervangen door het verdrag uit 1992 waarin een bijna identieke bepaling is opgenomen.[137] Verder kenden de verdragen met Denemarken[138] en Finland[139] invorderingsbepalingen (inmiddels ook beide vernieuwd met vergelijkbare regelingen)[140] en is in het grensarbeidersprotocol bij het belastingverdrag met Duitsland een invorderingsclausule te vinden[141]. Dat dit punt steeds vaker op de agenda van de verdragsonderhandelingen staat, blijkt uit het feit dat bijna alle verdragen die in de laatste jaren zijn gesloten, een meer of minder uitgebreide bepaling kennen met betrekking tot de invordering van belastingen waar het betreffende verdrag op van toepassing is.[142] Hoewel de betreffende bepalingen in hun omvang sterk kunnen verschillen, kunnen inhoudelijk een aantal duidelijke gemeenschappelijke kenmerken worden onderscheiden:

- van bijstand bij invordering kan veelal eerst sprake zijn indien de belastingvordering definitief vaststaat en de om bijstand verzoekende staat zijn eigen invorderingsmogelijkheden heeft uitgeput;
- de bijstand wordt doorgaans verleend ter zake van de belastingen die onderwerp zijn van het verdrag, alsmede de daarop betrekking hebbende rente, kosten en niet door de strafrechter opgelegde boeten en verhogingen;
- de wijze van executie van de (buitenlandse) vordering wordt beheerst door de wetgeving van de staat waar de executie plaatsvindt; dit gaat echter niet zo ver dat deze laatste staat tot een maatregel zou moeten overgaan die in de verzoekende staat niet is toegestaan; voor Nederland betekent dit doorgaans dat de bepalingen van de Invorderingswet van toepassing zijn;
- bijna alle verdragsbepalingen inzake bijstand bij invordering voorzien tevens in bijstand bij het treffen van conservatoire maatregelen;
- de buitenlandse belastingvordering wordt voor toepassing van de bijstand door de aangezochte staat gelijkgesteld met soortgelijke vorderingen in die staat, met dien verstande dat veelal geen voorrecht geldt voor de buitenlandse belastingvordering;
- veelal wordt de invorderingsbijstand uitgezonderd voor onderdanen (inclusief vennootschappen opgericht naar het recht) van de aangezochte staat.

Voor wat betreft de sociale zekerheidsverdragen, voorziet onder meer het recent gesloten verdrag met Chili[143] in bijstand bij invordering. De bepalingen van dit verdrag voorzien slechts in de tenuitvoerlegging van de invordering en dus niet in de uitwisseling van inlichtingen dan wel notificatie. Ter zake van de tenuitvoerlegging zijn de hierbo-

ven genoemde kenmerken deels te herkennen: bijstand wordt pas verleend indien de vordering onherroepelijk vaststaat, en de procedure wordt beheerst door de wetgeving van de uitvoerende staat.

Tenslotte kan hier nog worden vermeld dat de BRK zowel voorziet in de bijstand bij invordering (art. 36) als de uitwisseling van inlichtingen (art. 37) met betrekking tot belastingen, welke bepalingen op grond van artikel 44 tevens gelden met betrekking tot de invordering van de premies ingevolge sociale zekerheid.

De verdragsbepalingen maken geen onderscheid tussen de invordering van belastingplichtigen en de invordering van aansprakelijkgestelden. Daaruit zou men kunnen afleiden dat de bijstand bij invordering op beide categorieën van toepassing zou moeten zijn.

4.2. EG-verordening 1408/71

Vo. 1408/71 voorziet in een bepaling ten aanzien van de invordering van sociale zekerheidspremies. Daarbij moet echter tegelijkertijd worden opgemerkt dat de betreffende bepaling (art. 92) eigenlijk meer een delegatiebepaling is. Het eerste lid van artikel 92 Vo. 1408/71 bepaalt dat premies verschuldigd in de ene lidstaat kunnen worden geïnd in een andere lidstaat. Daarbij geldt dat de aangezochte lidstaat haar eigen wetgeving toepast op de invordering van premies van de verzoekende lidstaat. De verordening voorziet niet in de mogelijkheid van uitwisseling van inlichtingen en notificatie. Lid 2 van genoemd artikel bepaalt slechts dat door middel van overeenkomsten tussen de lidstaten een nadere uitwerking van de toepassing van lid 1 kan worden gegeven, welke eveneens betrekking kan hebben op de inning met dwangmiddelen. De Administratieve Commissie werkt momenteel aan voorstellen teneinde binnen de staten waarop de verordening van toepassing is, invordering makkelijker te maken.

4.3. Benelux-invorderingsverdrag

Het enige verdrag dat op dit moment van kracht is en dat uitsluitend ziet op de bijstand bij invordering van belastingen, is het Benelux-invorderingsverdrag.[144] Daar het verdrag alleen van toepassing is op het grondgebied in Europa, geldt het niet voor de Nederlandse Antillen. Voor een belangrijk deel komt de inhoud van het Benelux-invorderingsverdrag overeen met de bepalingen als opgenomen in de bilaterale belastingverdragen. De in paragraaf 4.1.1. genoemde kenmerken zijn derhalve ook in het invorderingsverdrag terug te vinden. Er gelden echter een aantal belangrijke uitbreidingen:

- de werkingssfeer van het invorderingsverdrag is niet beperkt tot directe belastingen, doch voorziet in bijstand met betrekking tot alle door de staten geheven belas-

tingen; er wordt sinds enige tijd gesproken over een verdere uitbreiding tot de gemeentelijke belastingen;[145]
- er wordt geen voorbehoud gemaakt voor de invordering ten aanzien van onderdanen van de staten; en
- om bijstand te kunnen verlenen, is voldoende dat er vermogen op het grondgebied van de aangezochte staat aanwezig is; het is geen vereiste dat de belastingschuldige in die staat woont of gevestigd is.

Uit de jaarverslagen van de belastingdienst blijkt niet alleen dat Nederland steeds vaker betrokken is bij internationale invordering, maar tevens dat een belangrijk deel van die gevallen de onderlinge bijstand tussen Nederland en België betreft.[146] Toch is er slechts weinig jurisprudentie gewezen waarin de toepassing van het Benelux-invorderingsverdrag aan de orde is. In een geval waar de rechters in België en in Nederland zich al geruime tijd mee bezighouden, gaat het ten principale om de vraag of de Nederlandse ontvanger een teruggaaf van Nederlandse belasting op grond van een verzoek om bijstand onder het Benelux-invorderingsverdrag mag 'verrekenen' met een Belgische belastingschuld. Een bijzonderheid daarbij is dat de belastingschuld door de Belgische rechter is vastgesteld in een strafprocedure. Op prejudiciële vragen van de Hoge Raad[147] besliste het Benelux Gerechtshof dat dit laatste de toepassing van het invorderingsverdrag niet verhindert. Voorts oordeelde het gerechtshof dat het invorderingsverdrag niet toestaat dat in casu de Nederlandse rechter de invordering toetst aan eventuele strijd met de openbare orde in zijn land, tenzij bij de vaststelling van de buitenlandse belastingschuld uit Nederlandse optiek fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden.[148] Dit heeft de Hoge Raad aanleiding gegeven de zaak te verwijzen om te onderzoeken of in casu het in Nederland als fundamenteel beschouwde rechtsbeginsel van hoor en wederhoor bij de vaststelling van de Belgische belastingschuld geschonden is.[149] Aan de procedure die reeds begin jaren zeventig een aanvang nam, is daarmee voorlopig nog geen eind gekomen.

In het licht van het arrest van het Benelux Gerechtshof komt het Hof van Beroep Gent in zijn arrest van 27 januari 1997 tot een enigszins verrassende conclusie.[150] In dit arrest gaat het over een Nederlandse landbouwer die zijn bedrijf in Nederland staakt en vervolgens naar België verhuist om daar een nieuw landbouwbedrijf te starten. In dit verband is hem op grond van artikel 16 Wet IB een aanslag inkomstenbelasting opgelegd, die hij in Nederland niet betwist. Aangezien de landbouwer de Nederlandse aanslag niet betaalt, verzoekt de ontvanger de Belgische autoriteiten om bijstand bij de invordering op grond van het Benelux-invorderingsverdrag. Daarbij komt het Hof van Beroep uiteindelijk tot de conclusie dat "de strijdigheid van de ingevorderde aanslag met artikel 52 (van het EG-verdrag, ES) (...) voldoende waarschijnlijk" voorkomt, om te mogen verwachten dat de aanslag uiteindelijk niet in stand zal kunnen blijven, hetgeen voor de toepassing van de Belgische invorderingswetgeving voldoende is om de invordering te schorsen. Hoewel artikel 4, par. 1 van het Benelux-invorderingsverdrag uitdrukkelijk

bepaalt dat invordering geschiedt volgens de in casu Belgische voorschriften, lijkt het Hof van Beroep hiermee toch in strijd te komen met de hierboven genoemde beslissing van het Benelux Gerechtshof. Mijns inziens kan immers nauwelijks worden volgehouden dat strijd met het EG-verdrag een zodanig fundamenteel Belgisch rechtsbeginsel is, dat de Belgische rechter de invordering van een aanslag die is vastgesteld op grond van artikel 16 Wet IB mag toetsen. Een dergelijke strijdigheid dient aan de Nederlandse rechter te worden voorbehouden. Aangezien de landbouwer in dit geval van zijn Nederlandse bezwaar- en beroepsmogelijkheden geen gebruik heeft gemaakt, is de aanslag daarmee onherroepelijk komen vast te staan. Een materiële toetsing kan dan door de Belgische rechter slechts plaatsvinden onder de voorwaarden als bepaald door het Benelux Gerechtshof, waaraan in het onderhavige geval naar mijn mening niet is voldaan. In zijn beslissing van 16 juni 1997 komt de Rechtbank Dordrecht tot de, mijns inziens wel juiste, conclusie dat de hoogte van een door de Belgische fiscus opgelegde aanslag, waarvoor de Nederlandse ontvanger om bijstand bij de invordering is verzocht, niet door de Nederlandse rechter kan worden getoetst.[151]

4.4. Bilaterale invorderingsverdragen

Bilaterale invorderingsverdragen op het gebied van belastingen heeft Nederland tot op heden niet gesloten. Met Duitsland wordt sinds enige tijd onderhandeld over een verdrag inzake bijstand bij invordering. Hoewel naar verluidt de onderhandelingen in de eindfase zijn (er is ambtelijke overeenstemming bereikt over de inhoud van het verdrag),[152] was de tekst bij het ter perse gaan van dit preadvies nog niet bekendgemaakt. Niet ondenkbaar is dat zal worden voortgeborduurd op de bepaling in het grensarbeidersprotocol en de bepalingen die ter zake in het Benelux-invorderingsverdrag zijn opgenomen. Het ligt in de lijn der verwachting dat het invorderingsverdrag uitdrukkelijke regelingen zal bevatten ten aanzien van de op grond van de inleen- en ketenaansprakelijkheid verschuldigde belasting en wellicht ook premies. Daarmee zou in ieder geval in de relatie tussen Nederland en Duitsland een einde komen aan de onduidelijkheid op dit punt.

Wel zijn er een aantal bilaterale invorderingsverdragen met betrekking tot sociale verzekeringen. De betreffende verdragen met België, Luxemburg en Duitsland dateren reeds uit de vijftiger en zestiger jaren.[153] Deze verdragen voorzien in alle vormen van bijstand behalve notificatie: de uitwisseling van inlichtingen, de invordering alsmede het nemen van conservatoire maatregelen. Ook in deze verdragen zijn de kenmerken die hierboven reeds voor de bilaterale belastingverdragen werden beschreven terug te vinden.

4.5. Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken

Met als belangrijkste drijfveer het ontgaan en ontduiken van belasting tegen te gaan is op 25 januari 1988 het Verdrag betreffende de wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (hierna: WABB-verdrag) tot stand gekomen.[154] Het WABB-verdrag geldt tussen alle lidstaten van de Raad van Europa alsmede alle lidstaten van de OESO die het verdrag hebben ondertekend, waaronder Nederland.[155] Het WABB-verdrag voorziet zowel in de uitwisseling van inlichtingen, de bijstand bij invordering inclusief conservatoire maatregelen als in de uitreiking van documenten. Verder is het verdrag in beginsel van toepassing op alle denkbare belastingen behalve douanerechten alsmede op verplichte premies of bijdragen voor de sociale zekerheid. Het is de ondertekenende staten onder omstandigheden echter toegestaan zich bepaalde rechten voor te behouden. In dat kader heeft Nederland een uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt ten aanzien de uitreiking van documenten. Tevens heeft Nederland de werkingssfeer van het WABB-verdrag beperkt tot belastingen geheven ten behoeve van een lidstaat (derhalve geen belastingen geheven door lagere overheden), verplichte sociale zekerheidspremies en successie- en schenkingsrechten (dus geen verbruiksbelastingen zoals de omzetbelasting, geen accijnzen of motorrijtuigenbelastingen of enige andere belasting).[156] Inhoudelijk zijn ook in het WABB-verdrag de kenmerken die voor de invorderingsbepalingen in de belastingverdragen gelden, terug te vinden met dien verstande dat het WABB-verdrag veel gedetailleerdere regels bevat met betrekking tot de uitwerking van de procedures. Tot op heden heeft het WABB-verdrag in de praktijk nauwelijks een rol van betekenis gespeeld, hetgeen waarschijnlijk met name samenhangt met het feit dat het verdrag tot op heden slechts door een beperkt aantal landen geratificeerd is.[157]

4.6. EEG-executieverdrag

Artikel 1 van het EEG-executieverdrag bepaalt dat de werkingssfeer van dit verdrag zich beperkt tot burgerlijke en handelszaken; fiscale zaken worden uitdrukkelijk uitgesloten. Belasting- en premieschulden kunnen derhalve niet met behulp van het EEG-executieverdrag worden ingevorderd. Dat geldt blijkens vaste jurisprudentie eveneens voor schulden op grond van een aansprakelijkstelling: het enkele feit dat krachtens artikel 49, lid 4, IW de burgerlijke rechter heeft te oordelen over de aansprakelijkheidsvraag, brengt nog niet met zich mee dat de procedure daarmee als een burgerlijke of handelszaak moet worden aangemerkt. Ook dat geldt als een fiscale zaak en valt daarmee buiten het toepassingsgebied van het EEG-executieverdrag.[158]

5. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In dit preadvies heb ik een overzicht gegeven van de toepasselijke wetgeving bij de grensoverschrijdende inlening en uitbesteding van werk, waarbij tevens enige aantal knelpunten aan de orde zijn gekomen. Als uitgangspunt geldt zowel op grond van de nationale wet als bij de internationale regelingen, dat de werknemer die in Nederland werkt aldaar aan de belasting- en premieheffing onderworpen is. Indien sprake is van een buitenlandse werkgever gelden zowel voor de loonbelasting als voor de sociale verzekeringen uitzonderingen.

De werknemer die voor een buitenlandse werkgever werkzaamheden verricht is aan de Nederlandse inkomstenbelasting onderworpen. Loonbelasting wordt echter alleen ingehouden indien sprake is van een Nederlandse vaste inrichting dan wel een in Nederland wonende vaste vertegenwoordiger. Dat inhoudingsplicht pas wordt opgelegd indien de werkgever een bepaalde fysieke band met Nederland heeft, kan worden onderschreven. De relevantie van de woonplaats van de vaste vertegenwoordiger echter niet; een heroverweging op dit punt is op zijn plaats. Ook de fictieve vaste inrichting voor uitzendwerkzaamheden, als correctie voor het ontbreken van de fysieke band, past niet in dit kader. Voor het tegengaan van misbruik bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten ligt de aanwijzing van de inlener als inhoudingsplichtige meer voor de hand. In misbruiksituaties zal men via de inlenersaansprakelijkheid veelal toch bij de Nederlandse inlener belanden, aangezien bij de buitenlandse werkgever niks te halen valt. In ieder geval dient de ruime formulering te worden beperkt tot de buitenlandse koppelbazen, waarvoor de regeling oorspronkelijk was bedoeld. Andere argumenten die pleiten voor een heroverweging van de fictieve vaste inrichting zijn het verschil in behandeling van de uitlening van arbeidskrachten jegens de aanneming van werk, alsmede het gebrek aan formele regelgeving ten aanzien van de fictieve vaste inrichting.

Ook in de belastingverdragen worden aan belastingheffing in de werkstaat nadere eisen gesteld. Heffingsrecht wordt pas aan de werkstaat toegewezen, indien de werkzaamheden in de werkstaat een bepaalde minimum duur hebben (langer dan 183 dagen), dan wel een bepaalde fysieke band van de werkgever met de werkstaat bestaat (woonplaats dan wel vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger). Hoewel het beginsel van een minimum duur kan worden onderschreven, leidt het feit dat eerst dagen moeten worden geteld voordat belasting- en dus ook inhoudingsplicht vaststaat tot allerlei uitvoeringstechnische problemen in de loonbelastingsfeer. Voor wat betreft de band van de werkgever met de werkstaat sluiten de verdragsbepalingen en de nationale wet in beginsel op elkaar aan. Indien sprake is van een vaste inrichting vóór de toepassing van het verdrag zal gezien de ruimere toepassing van dat begrip naar nationaal recht, veelal ook sprake zijn vaste inrichting voor de toepassing van de inkomsten- en loonbelasting. Dit is anders in het geval van de fictieve vaste inrichting: in die situatie komt men onder een belastingverdrag slechts aan heffing in Nederland toe indien de Nederlandse fiscale

autoriteiten misbruik constateren en voor de toepassing van het verdrag de inlener als werkgever aanmerken. Hoewel de OESO-uitleg zich niet beperkt tot misbruiksituaties, zou ik er in ieder geval voor willen pleiten de nationale wet op de verdragstoepassing aan te laten sluiten, door aanwijzing van de inlener als inhoudingsplichtige, al dan niet in misbruiksituaties.

Voor de volksverzekeringen wordt in de nationale wetgeving aangesloten bij de bepalingen voor de heffing van loonbelasting. Premie- en inhoudingsplicht in geval van een buitenlandse werkgever bestaat derhalve alleen indien sprake is van een Nederlandse vaste inrichting dan wel een in Nederland wonende vaste vertegenwoordiger. Aldus wordt verwezen naar de overwegingen hiervoor. Voor de werknemersverzekeringen wordt niet gekeken naar de fysieke band maar naar de duur van de activiteiten. Premies worden pas verschuldigd indien de werkzaamheden in Nederland op het moment van aanvang voorzienbaar tenminste 6 maanden zullen duren.

Anders dan voor de belastingheffing speelt de band van de werkgever met de werkstaat bij de beoordeling van de verzekeringsplicht internationaal nauwelijks een rol. Veel meer wordt gekeken naar de duur van de werkzaamheden. Op grond van EG-verordening 1408/71 zal veelal sprake (kunnen) zijn van detachering indien de werkzaamheden de duur van 12 maanden (eventueel te verlengen tot maximaal 5 jaar) niet overschrijden, waardoor geen verzekerings- en premieplicht bestaat in Nederland als werkstaat. Door de sterke werking van de verordening kan een direct beroep op de voorschriften ter bepaling van de verzekeringsplicht worden gedaan. Aan de begrippen 'werkgever', 'werknemer' en 'activiteiten (anders dan in) loondienst', die daarbij een belangrijke rol spelen, komt geen communautaire betekenis toe, aangezien de Verordening de coördinatie en niet de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten tot doel heeft.

Door een uitbreiding van de aansprakelijkstellingen, wordt een steeds grotere groep van werknemers en werkgevers met fiscale en premieverplichtingen geconfronteerd. Daarbij lijkt de aanvankelijke bedoeling van – tenminste een deel van – deze wetgeving, het tegengaan van malafide praktijken, volledig uit het oog te zijn verloren. Met name het gebrek aan afdoende disculpatiemogelijkheden voor de bonafide ondernemer, die steeds vaker gebruik maakt van onderaannemers en ingeleende arbeidskrachten, speelt hier parten. De keuze tussen een Nederlandse of een buitenlandse werkgever kan hierdoor worden beïnvloed in die zin dat de ontvanger en de uitvoeringsinstelling eerder verhaal zullen kunnen halen op de Nederlandse werkgever, al dan niet met behulp van de bestuurdersaansprakelijkheid, dan op de buitenlandse.

Het afschaffen van de uitleenvergunningen, hetgeen tot op heden in combinatie met de meldingsplicht (hoewel voor een beperkte groep inhoudingsplichtigen) een reële vorm van disculpatie mogelijk maakte, is in dit opzicht geen verbetering. Wel is toe te juichen dat wetsvoorstellen zijn ingediend die voorzien in een sterkere werking van de betaling

op de G-rekening. Voor wat betreft de vrijwaringsmogelijkheden bij aansprakelijkstelling zijn daarmee de enigszins arbitraire verschillen tussen inlening en aanneming tevens opgeheven.

Ook op het gebied van de sociale verzekeringen speelt het probleem van een gebrek aan disculpatiemogelijkheden. Vooruitlopend op de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie zou ingeval van detachering kunnen worden nagedacht over een verbetering van de positie van de bonafide inlener/hoofdaannemer door constitutieve werking toe te kennen aan de detacheringsverklaringen. De manier waarop de sociale zekerheidsinstanties in de praktijk met buitenlandse detacheringsbewijzen omspringen, kan met zich meebrengen dat de Nederlandse ondernemer gezien de risico's van aansprakelijkstelling eerder geneigd zal zijn gebruik te maken van Nederlandse arbeidskrachten hetgeen de mobiliteit van personen beperkt.

Ondanks dat de Nederlandse ontvanger en de Nederlandse uitvoeringsinstellingen op een groot aantal internationale regelingen een beroep kunnen doen om een Nederlandse belasting- respectievelijk premievordering te innen, blijkt het in de praktijk veelal onmogelijk of op zijn minst zeer moeilijk te zijn, belastingen of premies van een buitenlander in te vorderen. Het zal derhalve niet verbazen, dat de Nederlandse uitvoeringsinstanties voorzover mogelijk vrij snel overgaan tot aansprakelijkstelling van betrokken binnenlanders bij wie de betreffende schulden eenvoudiger invorderbaar zijn. Wellicht dat de recente ontwikkelingen in de relatie tot de buurlanden België en Duitsland op het gebied van de informatie-uitwisseling en de bijstand bij invordering een aanzet kunnen zijn meer nadruk te leggen op het principe dat de belasting- of premieschuld zoveel mogelijk wordt verhaald op het vermogen van de belasting- of premieschuldige zelf. De onderneming die ter zake van werkzaamheden in Nederland voor de keuze staat gebruik te maken van de diensten van een Nederlandse dan wel een buitenlandse werkgever – de uitgangssituatie van dit preadvies – zal echter vooralsnog met een groter risico van aansprakelijkstelling rekening moeten houden indien hij een buitenlandse ondernemer voor de werkzaamheden inschakelt.

NOTEN

1. Vgl. de regeling eind 1997 tussen de Nederlandse en Belgische sociale partners van de bouwsector, waarin is overeengekomen dat de wetgeving in de vestigingsstaat van de uitvoerende onderneming van toepassing is (*Beloning en Belasting* 6 (1997), blz. 8-11; zie ook R.A.M. Blaakman, 'Voorkoming van dubbele lasten ingevolge cao-regelingen in de bouw', *Expat News* 11 (1997), blz. 3-5). Met de Duitse sociale partners wordt over een vergelijkbare regeling gesproken.
2. Art. 4 Algemene wet inzake rijksbelastingen.
3. De niet in Nederland wonende persoon is tevens onderworpen aan inkomstenbelasting voor inkomsten uit bepaalde niet in Nederland vervulde dienstbetrekkingen (bv. bestuurders van bepaalde Nederlandse lichamen en ambtenaren). Hier wordt in dit preadvies niet nader op ingegaan.
4. Art. 2, lid 3, Wet LB. Ook hier gelden een aantal uitzonderingen (vgl. noot 3).
5. J.P.E. de Kock, 'De heffing van loonbelasting bij terbeschikkingstelling van arbeidskrachten door een buitenlandse intermediair', *WFR* 1994/6102, blz. 673-684; R.W.G. Rouwers, 'Inhoudingsplicht loonbelasting voor buitenlandse uitleners van arbeidskrachten', *FED* 1997/187, blz. 763-772.
6. Hier wordt voorbij gegaan aan bijzondere voorschriften op grond waarvan inhouding achterwege mag blijven (bv. art. 27, lid 7, Wet LB welke bepaalt dat onder bepaalde voorwaarden geen inhouding hoeft plaats te vinden indien Nederland op grond van een belastingverdrag geen heffingsrecht heeft).
7. Vakstudie loonbelasting, art. 6 Wet LB, aant. 74.
8. Zie hierover uitvoerig R.W.G. Rouwers, *Buitenlandse belastingplicht: drie inkomensbestanddelen in historisch perspectief*, blz. 150-184.
9. Art. 2, lid 1, letter e, BRK.
10. Doorgaans gebaseerd op art. 5, lid 1 van het OESO- modelverdrag.
11. R.W.G. Rouwers, t.a.p. (noot 8), blz. 224-225.
12. Ondanks dat de BRK een Rijkswet en als zodanig een nationale regeling is, heeft zij eigenlijk de functie van een bilateraal belastingverdrag tussen Nederland en de Nederlandse Antillen, zodat ik haar gemakshalve in een adem met de belastingverdragen noem.
13. J.P.E. de Kock, t.a.p. (noot 5).
14. Bv. de 12-maandsperiode voor de uitvoering van een werk in art. 2, lid 5, letter a, besluit en art. 5, lid 3, OESO-mv.
15. Hof 's-Hertogenbosch, 17 oktober 1980, *BNB* 1982/60.
16. *V-N* 1997, blz. 2871-2874.
17. J.P.E. de Kock, 'Vaste vertegenwoordiging en inhoudingsplicht', *LoonBrief* 6/7 (1996), blz. 21.
18. Art. 6, lid 3, letter a, Wet LB.
19. Art. 49, lid 2, Wet IB.
20. R.W.G. Rouwers, t.a.p. (noot 5), blz. 766; G.T.K. Meussen, 'Fictieve vaste inrichting in de loonbelasting', *Internationaal belasting bulletin*, oktober 1997, blz. 9; anders: H.J. Noordenbos, 'Buitenlandse koppelbazen', *WFR* 1997/6265, blz. 1516.
21. Noot 16.
22. *Infobulletin* 1997/190.
23. R.W.G. Rouwers, t.a.p. (noot 5), blz. 766.
24. Art. 6 AOW alsmede de vergelijkbare artikelen in de andere volksverzekeringswetten. Formeel gaat het om het van toepassing zijn van de sociale zekerheidswetgeving of om het aangesloten zijn bij het sociale zekerheidsstelsel. In dit preadvies wordt gesproken van 'verzekerd' of 'verzekeringsplichtig'.
25. Besluit van 3 mei 1989, Stb. 164.
26. Art. 10, lid 1, KB 164.
27. Art. 6 AOW alsmede de vergelijkbare artikelen in de andere volksverzekeringswetten.
28. Desalniettemin wordt er in de praktijk veelal van uitgegaan dat verzekeringsplicht ook bij het ontbreken van een inhoudingsplichtige voor de loonbelasting bestaat. Hoewel dit past binnen de systematiek dat men in Nederland verzekerd is als men daar in dienstbetrekking werkt, en ongelijke concurrentieverhoudingen tegengaat is het mijns inziens in strijd met de wettekst.
29. Art. 7 KB 164.
30. *BNB* 1997/310.
31. Nr. 25 873, Verduidelijking verzekerings- en premieplicht, op 4 februari 1998 bij de Tweede Kamer ingediend, *V-N* 1998, blz. 1003-1010.
32. De ZW is per 1 maart 1996 voor een belangrijk deel vervangen door de Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte.

33. Bv. indien zowel de werknemer als de werkgever hun woon- dan wel vestigingsplaats in Nederland hebben. Daarbij wordt de buitenlandse werkgever voorzover hij over een Nederlandse vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger beschikt gelijkgesteld met een in Nederland wonende of gevestigde werkgever (art. 3, lid 2, letter a, ZW/WAO/WW).
34. Art. 3 ZW/WAO/WW.
35. CRvB 24 juni 1996, *RSV* 1996/233.
36. Artt. 4 en 5 ZW/WAO/WW jo. Besluit van 24 december 1986, stb. 655, inzake Aanwijzing van gevallen waarin een arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd (hierna: Besluit Aanwijzing).
37. Art. 3 Besluit Aanwijzing (noot 36).
38. CRvB 10 februari 1955, *AB* 1955, blz. 268.
39. Besluit van 23 augustus 1989, Stb. 402.
40. Wetsvoorstel nr. 25 873 (noot 31).
41. Art. 9 ZW/WAO/WW. Deze definitie komt overeen met de definitie van het begrip 'inhoudingsplichtige' voor toepassing van de loonbelasting.
42. Artt. 11 en 12 CSV.
43. Voorlopig zijn dat GAK Nederland B.V., Cadans, GUO en de SFB-groep.
44. Art. 10, lid 2 jo. art. 11, lid 1, CSV.
45. Art. 10, lid 1, CSV.
46. Zo hoort bv. de overhevelingstoeslag en loon uit vroegere dienstbetrekking niet tot het coördinatieloon.
47. In deze sector is inlening van arbeidskrachten verboden. Momenteel wordt echter wel bij wijze van experiment onderzocht of dit verbod kan worden opgeheven.
48. Voor de vraag wat moet worden verstaan onder normale bedrijfsuitoefening zie J.A. Booij, 'Keten- en inlenersaansprakelijkheid: de stand van zaken', *WFR* 1997/6270, blz. 1722.
49. Art. 35, § 4, lid 1.
50. O.a. Hof 's-Gravenhage, 24 oktober 1996, *V-N* 1997, blz. 4499 inzake het tellen en meten van scheepsladingen en het vastleggen van de resultaten; Hoge Raad 6 december 1996, *V-N* 1996, blz. 4960 inzake het vangen en laden van pluimvee.
51. Nr. 25 035 Uitbreiding ketenaansprakelijkheid confectiesector, op 28 september 1996 bij de Tweede Kamer ingediend, *V-N* 1996, blz 4207.
52. In de praktijk wordt wel uitgegaan van 40-50% van de aanneemsom, welke 50/50 wordt aangewend voor voldoening van belastingen en premies.
53. Artt. 35 t/m 40 Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990.
54. Wet van 24 december 1953, Stb. 577.
55. Art. 16a, lid 2, letter a, CSV jo. art. 90 Arbeidsvoorzieningenwet, nader uitgewerkt in het Besluit van de Sociale Verzekeringsraad van 21 juli 1960, *Stcrt.* 146, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 15 augustus 1991, *Stcrt.* 204.
56. Wet van 4 juni 1981, Stb. 370.
57. Art. 34, § 1, lid 2, Leidraad Invordering 1990.
58. Wet op het ter beschiking stellen van arbeidskrachten van 31 juli 1965, Stb. 379 en Koninklijk Besluit van 10 september 1970, Stb. 410.
59. Vgl. H.J.M. van Riel, 'Rechtstreekse stortingen: einde van de ketenaansprakelijkheid', *Tribuut*, oktober 1995, blz. 23 naar aanleiding van Rechtbank Amsterdam 19 april 1995, *V-N* 1995, blz. 2760.
60. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel nr. 25 035 (noot 51) wordt opgemerkt dat de wenselijkheid en de mogelijkheid van een verbetering van het stelsel van rechtstreeks storten wordt onderzocht.
61. De omzetbelastingproblematiek bij aanneming van werk heeft men gemeend afdoende te hebben geregeld met de invoering van de verleggingsregeling in de sectoren bouw, metaalconstructiebouw, scheepsbouw en confectie (art. 24b Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968). Ondanks dat voor inlening in deze sectoren eveneens de verleggingsregeling geldt, is de inlenersaansprakelijkheid desalniettemin voor de omzetbelasting van toepassing.
62. R.W.G. Rouwers, t.a.p. (noot 5), blz. 766-767; Vakstudie Invorderingswet, art. 34, aant. 12.
63. HR 26 april 1977, *NJ* 1977/435, CRvB 9 februari 1994, *V-N* 1994, blz. 2176.
64. Hof 's-Gravenhage 9 maart 1993, *BNB* 1994/202 en 12 oktober 1993, *V-N* 1994, blz 1245.
65. CRvB 16 januari 1991, *PS* 1991, blz. 567.
66. Zie bv. Rechtbank Breda 11 maart 1997, *V-N* 1997, blz. 1499.
67. Nr. 25 264, op 7 maart 1997 bij de Tweede Kamer ingediend, *V-N* 1997, blz. 2538, bij het ter perse gaan van dit preadvies gevorderd tot de Eerste Kamer.
68. Noot 51.

69. Wet van 21 mei 1986, Stb. 276.
70. Op grond van de huidige wettekst zijn dat de omzetbelasting, de accijns, de verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken en van pruim- en snuiftabak, de grondwaterbelasting, de afvalstoffenbelasting de brandstoffenbelasting, de belasting op uranium-235 en de regulerende energiebelasting.
71. Wet van 16 mei 1986, Stb. 275.
72. Art. 33, lid 1, letter a, IW.
73. Art. 16c, lid 1, letter c, CSV.
74. CRvB 10 juli 1978, *RSV* 1978/334.
75. EHvJ 18 mei 1995, *V-N* 1995, blz. 2777.
76. Wel extraterritoriale werking o.a. Rechtbank Breda 19 december 1995, *V-N* 1996, blz. 567, Hof 's-Hertogenbosch 8 april 1997, *V-N* 1997, blz. 1867. Anders o.a. Rechtbank 's-Hertogenbosch 9 september 1994 (vernietigd door Hof 's-Hertogenbosch hiervoor), Rechtbank Maastricht 1 augustus 1996, *V-N* 1996. blz. 4900.
77. Zie o.a. Memorie van Toelichting, wetsvoorstel nr. 25035 (noot 51), *V-N* 1996, blz. 4219 en Memorie van Toelichting, wetsvoorstel nr. 25264 (noot 67), *V-N* 1997, blz. 2542.
78. Art. 27, lid 7, Wet LB.
79. Hof Amsterdam 3 oktober 1972, *BNB* 1973/168 en Hof Arnhem 15 juni 1973, *BNB* 1974/109.
80. Het NSV hanteert hier de formulering dat de genieter van de inkomsten gedurende "het belastingjaar van de werkstaat" niet meer dan 183 dagen in de werkstaat verblijft. Deze bewoording, die ook in het OESO-mv vóór 1992 en in de meeste Nederlandse belastingverdragen terug te vinden is, heeft als consequentie dat een persoon die van 2 juli in jaar 1 tot 29 juni in jaar 2 in Nederland aanwezig is, per kalenderjaar (het Nederlandse belastingjaar) minder dan 183 dagen in Nederland verblijft. De sinds 1992 gewijzigde formulering van het OESO-mv lijkt in zoverre evenwichtiger.
81. Aantekening 5 op art. 15 OESO-mv.
82. Ondanks dat dit verdrag van voor de publicatie van het eerste OESO-modelverdrag in 1963 dateert, komt de tekst van art. 10 van het verdrag (inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid) grotendeels overeen met die van art. 15 OESO-mv.
83. HR 22 juni 1966, *BNB* 1966/202.
84. Bundesfinanzhof 10 mei 1989, *BStBl.* II, blz. 755.
85. Besluit van 13 juli 1995, nr. IFZ 904M, *V-N* 1995, blz. 2657.
86. *BStBl.* 1997 II, blz. 15.
87. In de praktijk heeft men veelal langer tijd, omdat de toekenning van een loonbelastingnummer langer op zich laat wachten.
88. J.C.A. van Ruiten, 'Beleid belastingdienst met betrekking tot begrip werkgever in de belastingverdragen', *Expat News* 9 (1997), blz 12-15.
89. Aantekening 8 op art. 15 OESO-mv.
90. Art. 4, lid 1 OESO-mw en NSV.
91. K. Vogel, *Doppelbesteuerungsabkommen*, 3e druk, 1997, art. 15, Rn. 27-28, blz. 1151-1153.
92. J.C.A. van Ruiten, t.a.p. (noot 88).
93. Zo impliciet Hof 's-Gravenhage, 28 augustus 1996, *FED* 8.1.1997, blz. 7-11 en 9 januari 1997, *V-N* 1997, blz. 2871-2874.
94. Ondanks dat nationaal voor de heffing van de premie volksverzekeringen wordt aangesloten bij de heffing van de loonbelasting, zijn internationaal niet de belastingverdragen maar de sociale zekerheidsregelingen van toepassing voor het bepalen van de verzekerings- en in het verlengde daarvan de premieplicht.
95. Verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971, betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, *Publikatieblad EG* 1971, L149, laatstelijk gewijzigd bij de Verordeing van 27 juni 1997, nr. 1290/97, *Publikatieblad EG* 1997, L176/1.
96. Nederland heeft binnen de Europese Unie sociale zekerheidsverdragen gesloten met België, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Groot-Britannië, Italië, Luxemburg, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Spanje en Zweden en verder met Australië, Canada, Chili, Israël, voormalig Joegoslavië, Kaapverdië, Marokko, Nieuw-Zeeland, Tunesië, Turkije, de Verenigde Staten en Zwitserland.
97. Zie o.a. de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest EHvJ 13 oktober 1993 (Zinnecker), *BNB* 1994/203 met verdere verwijzingen.
98. Uiteraard speelt de kosten/baten-afweging hierbij een belangrijke rol. Een persoon die per saldo beter af is, zal doorgaans weinig bezwaren hebben tegen het betalen van premies in en het ontvangen van uitkeringen uit verschillende staten.

99. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting ten aanzien van de ontwikkeling van het beginsel van de exclusieve werking: P. Kavelaars, *Toewijzingsregels in het Europees sociaal-verzekeringsrecht*, blz. 97-106; R.C. Cornelissen, *De Europese verordeningen inzake sociale zekerheid*, blz. 144 e.v.
100. Art. 14quater, letter b jo. Bijlage VII Vo. 1408/71.
101. EHvJ 28 juni 1978 (Kenny), *Jur.* 1978, blz. 1489; EHvJ 24 april 1980 (Coonan), *RSV* 1981/2.
102. EHvJ 2 augustus 1993 (Aciarda), *Jur.* 1993, blz. 4567 met betrekking tot de IOAZ, EHvJ 18 mei 1995 (Reinhold & Mahla), *V-N* 1995, blz. 2777, met betrekking tot de CSV.
103. Momenteel is dit binnen de Europese Unie alleen in Denemarken het geval.
104. Art. 13, lid 2, letter a, Vo. 1408/71.
105. Art. 14, lid 1, Vo. 1408/71.
106. Art. 14bis, lid 1, Vo. 1408/71.
107. Art. 14, lid 2, letter b en art. 14bis, lid 2, Vo. 1408/71.
108. De termijn van 5 jaar is weliswaar niet in artikel 7 van de verordening opgenomen, maar wordt op basis van afspraken in de Administratieve Commissie (het orgaan van de Europese Commissie dat zich met de administratie en de uitvoering van de coördinatieregels bezighoudt) gehanteerd door de meeste lidstaten.
109. Zie voor een voorbeeld van een dergelijke situatie HR 3 september 1997, *V-N* 1997, blz. 3408, waarin op een in Nederland wonende directeur-grootaandeelhouder van een Duitse GmbH, die verzekeringsplichtig was op grond van de Nederlandse wetgeving, op grond van Vo. 1408/71 de Duitse wetgeving van toepassing werd verklaard, ongeacht het feit dat hij krachtens die wetgeving noch verplicht, noch vrijwillig verzekerd was.
110. EHvJ 12 juni 1986 (Ten Holder), *RSV* 1987/24; EHvJ 3 mei 1990 (Kits van Heijningen), *RSV* 1990/309; EHvJ 21 februari 1991 (Daalmeijer), *RSV* 1991/200.
111. P.J. Kavelaars, t.a.p. (noot 99), blz. 119.
112. *BNB* 1997/310, met noot van P. Kavelaars.
113. Wetsvoorstel nr. 25 873 (noot 31).
114. *V-N* 1997, blz. 2463.
115. EHvJ 13 oktober 1993 (Zinnecker), *BNB* 1994/203; EHvJ 30 januari 1997 (De Jaeck), *BNB* 1997/308, met noot P. Kavelaars.
116. In het arrest De Jaeck (noot 115) motiveert het EHvJ dit met de vaststelling dat art. 51 van het EG-verdrag, waaraan door Vo. 1408/71 uitvoering wordt gegeven, niet in een harmonisatie, maar in een coördinatie van de nationale wetgevingen voorziet.
117. EHvJ 30 januari 1997 (noot 115), rechtsoverweging 23.
118. EHvJ 30 januari 1997 (noot 115), rechtsoverweging 22.
119. Hetzelfde geldt in de verhouding tussen Engeland enerzijds en België en Duitsland anderzijds; zie in dit verband J.P.E. de Kock, 'Detacheringsregeling in opspraak', *LoonBrief* 1996/5, blz. 14.
120. Uitspraken sociale zekerheid, 1997, afl. 13, nr. 252. Vgl. R.A.M. Blaakman, 'Self-employed persons verzekerd voor werknemersverzekeringen', *Expat News*, nr. 12 (1997), blz. 29.
121. Het feit dat de directeur-grootaandeelhouder geen werknemer is in de zin van de werknemersverzekeringen betekent nog niet dat hij werkzaamheden anders dan in loondienst verricht.
122. Hoge Raad in zijn arrest van 2 juli 1997, *BNB* 1997/309, met noot P. Kavelaars, naar aanleiding van het arrest De Jaeck.
123. HR 3 september 1997, *V-N* 1997, blz. 3411.
124. CRvB 4 oktober 1985, *RSV* 1986/21.
125. Art. 11 van EG-verordening 574/72.
126. CRvB 27 oktober 1981, *RSV* 1982/143 en CRvB 3 december 1986, *RSV* 1987/241.
127. CRvB 26 mei 1993, *V-N* 1993, blz. 3057 en HR 16 augustus 1995, *V-N* 1995, blz. 3163.
128. Vgl. o.a. EHvJ 3 juni 1992 (Paletta), *RSV* 1993/227 en de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij EHvJ 16 februari 1995 (Calle Grenzshop), *BNB* 1996/1.
129. Het betreft prejudiciële vragen van de Arrondissementsrechtbank Amsterdam in de zaak Fitzwilliam Executive Search Ltd., zaak C-202/97, *V-N* 1997, blz. 3093.
130. Vgl. Prospects of social security co-ordination, met name het onderzoek van P. Donders naar de toepassing van de detacheringsregels.
131. Ook Besluit 162 van de Administratieve Commissie (31 mei 1996, *Publicatieblad EG* Nr. L 241, blz. 28-30) roept hiertoe op.
132. Zie § 3 Instructie Invordering Buitenland, Resolutie 15 april 1991, *V-N* 2 mei 1991.
133. Resolutie 28 december 1993, Nederlandse regelingen, III.C., nr. 707.
134. Art. 27 NSV.

135. Regeling tussen Nederland en Frankrijk van 11 juli 1996, *Stcrt.* 7 augustus 1996, Regeling tussen Nederland en België van 25 september 1997, *Stcrt.* 2 december 1997, Regeling tussen Nederland en Duitsland van 16 oktober 1997, *Stcrt.* 5 december 1997, Regeling tussen Nederland en Canada van 17 november 1997, *Stcrt.* 1 december 1997.
136. Art. XXII Verdrag VS 1948.
137. Art. 31 Verdrag VS 1992.
138. Art. 28 Verdrag Denemarken 1957.
139. Art. 29 Verdrag Finland 1970.
140. Art. 28 Verdrag Denemarken 1996; art. 28 Verdrag Finland 1995.
141. Art. 2 Aanvullend protocol 1980.
142. Behalve de reeds genoemde verdragen o.a. art. 29 Verdrag Kazakhstan 1996, art. 28 Verdrag Noorwegen 1990, art. 29 Verdrag Oekraïne 1995, art. 29 Verdrag Zweden 1991.
143. Art. 27 van het Verdrag van 10 januari 1996 met Chili.
144. Verdrag tussen Nederland, België en Luxemburg nopens wederkerige bijstand bij de invordering van belastingwschulden van 5 september 1952, Trb. 137.
145. Kamerstukken II, 1996/97, Aanhangsel nr. 917.
146. In 1993, het laatste jaar dat een uitsplitsing naar land werd gegeven, ging het in 49 van de 81 gevallen waarin door het buitenland verzoeken van Nederland werden afgedaan, om bijstand van België.
147. HR 14 februari 1992, *V-N* 1994, blz. 2892.
148. Benelux Gerechtshof 28 juni 1994, *V-N* 1994, blz. 2892.
149. HR 30 juni 1995, *V-N* 1995, blz. 3461.
150. *V-N*1997, blz.2769.
151. *V-N* 1997, blz. 2769.
152. *Fiscaal up to date*, nr. 98-326.
153. Overeenkomsten van 21 maart 1968, 8 juli 1950 resp. 21 januari 1969 inzake de invordering van de premies voor de sociale zekerheid.
154. Trb. 1991, 4.
155. Nederland heeft het WABB-verdrag op 25 september 1990 getekend; het verdrag is op 1 april 1995 in werking getreden. Het WABB-verdrag is vervolgens goedgekeurd bij wet van 26 juni 1996 (Stb. 382) en daarmee voor Nederland per 1 februari 1997 in werking getreden.
156. Art. 2 van de Goedkeuringswet jo. art. 30 WABB-verdrag.
157. Denemarken, Finland, Nederland, Noorwegen, Polen, de Verenigde Staten, IJsland en Zweden.
158. Hof 's-Hertogenbosch 27 februari 1996, *V-N* 1996, blz. 1310, Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 maart 1996, *V-N* 1996, blz. 1409, Hof 's-Hertogenbosch 8 april 1997, *V-N* 1997, blz. 1867.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Ballegooijen, C.W.M. van, *Loonbelasting*, 3e druk, FED Deventer 1996.

Ballegooijen, C.W.M. van, 'Naar een vergaande vereenvoudiging van de heffingen over het loon', *WFR* 1997/6245, blz. 691-697.

Blaakman, R.A.M., 'Acceptatie van detacheringsbewijzen niet langer nationaal bepaald?', *LoonBrief*, nr. 3, 1997, blz. 3-7.

Blaakman, R.A.M., 'Voorkoming van dubbele lasten ingevolge cao-regelingen in de bouw', *Expat News* 1997, nr. 11, blz. 3-5.

Blaakman, R.A.M., 'Self-employed persons verzekerd voor werknemersverzekeringen', *Expat News* 1997, nr. 12, blz. 29.

Booij, J.A., 'Keten- en inlenersaansprakelijkheid: de stand van zaken', *WFR* 1997/6270, blz. 1721-1730.

Brens, J.L., 'Knelpunten bij de G-rekening', *WFR* 1995/6179, blz. 1933-1940.

Coopers & Lybrand, *Kernboekje Aansprakelijkheid in de loonsfeer*, FED 1993.

Cornelissen, R.C., *De Europese verordeningen inzake sociale zekerheid*, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 1984.

Gennep, C.J.A.M. van, 'Artikel 15 van het OECD-modelverdrag van 1977' ("niet-zelfstandige arbeid"), *WFR* 1989/5883, blz. 1115-1124 en *WFR* 1989/5884, blz. 1173-1181.

Internationale regelingen van Nederlands belastingrecht.

Jansen, P.G.M., 'Ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Hoge Raad (X)', *Forfaitair*, februari 1998, blz. 8-14.

Kavelaars, P., *Toewijzingsregels in het Europees sociaal-verzekeringsrecht*, Kluwer, Deventer, 1992.

Kavelaars, P., 'Bewegelijkheid in het Europees sociaal verzekeringsrecht', *WFR* 1997/6272, blz. 1791-1804.

Kievit, M.J.P.M., 'Gezagsverhouding in de werknemersverzekeringen', *LoonBrief*, nr. 5, 1997, blz. 6-8.

Kock, J.P.E. de, 'De heffing van loonbelasting bij terbeschikkingstelling van arbeidskrachten door een buitenlandse intermediair', *WFR* 1994/6102, blz. 673-684.

Kock, J.P.E. de, 'Detacheringsregeling in opspraak', *LoonBrief*, nr. 5, 1996, blz. 14-17.

Kock, J.P.E. de, 'Vaste vertegenwoordiging en inhoudingsplicht', *LoonBrief*, nr. 6/7, 1996, blz. 18-21.

Kock, J.P.E. de, 'Wijzigingen inhoudingsplicht buitenlandse werkgever', *LoonBrief*, nr. 1/2, 1997, blz. 28-31.

Mertens, A.L., 'Inhoudingsplicht voor buitenlandse werkgevers', *LoonBrief*, nr. 8/9, 1994, blz. 24-27.

Meussen, G.T.K., 'Fictieve vaste inrichting in de loonbelasting', *Internationaal Belasting Bulletin*, oktober 1997, blz. 7-12.

Noordenbos, H.J., 'Buitenlandse koppelbazen', *WFR* 1997/6265, blz. 1514-1518.

Raad, C. van, *Internationaal Belastingrecht,* Cursus Belastingrecht, Gouda Quint, Arnhem.

Regenmortel e.a., A. van, *Internationale detachering*, Die Keure, Brugge, 1993.

Riel, H.J.M. van, 'Rechtstreekse stortingen: einde van de Ketenaansprakelijkheid', *Tribuut*, oktober 1995, blz. 22-23.

Rouwers, R.W.G., *Buitenlandse belastingplicht: drie inkomensbestanddelen in historisch perspectief*, Vermande, Lelystad, 1996.

Rouwers, R.W.G., 'Inhoudingsplicht loonbelasting voor buitenlandse uitleners van arbeidskrachten', *FED* 1997/187, blz. 763-772.

Ruiten, J.C.A. van, 'Beleid belastingdienst met betrekking tot begrip werkgever in de belastingverdragen', *Expat News* 1997, nr. 9, blz. 12-15.

Schoukens e.a., P., *Prospects of social security co-ordination*, Acco, Leuven/ Amersfoort, 1997.

Spierts, E.M.S., 'Driemaal is scheepsrecht: inkomsten uit dienstbetrekking Nederland Duitsland', *Expat News* 1997, nr. 2, blz. 1-3.

Vakstudie Invordering.

Vakstudie Loonbelasting.

Vakstudie Sociale Verzekeringswetten.

Vogel, K., *Doppelbesteuerungsabkommen*, C.H. Beck, München, derde druk, 1997.

Zeben, M.M. van, 'Het karakter en de status van detacheringsverklaringen', *LoonBrief*, nr. 5, 1996, blz. 7-14.

Zeeuw, J.C. de, 'Hoe sterk is de sterke werking van de EEG-Verordening 1408/71?', *WFR* 1987/5763, blz. 240-247.

Zeeuw, J.C. de, 'Verzekeringsplicht bij part-time werken in Nederland', *WFR* 1990/5929, blz. 1330-1333.

II. De concurrentiepositie van Nederland bij grensoverschrijdende werving van hoger kader

*mr M.A. Martin**

1. INLEIDING

Blijkbaar geeft het naderend einde van dit millennium veel stof voor beschouwende notities en rapporten. Een van de onderwerpen die veelvuldig aan de orde komen, is de ontwikkeling van de economische activiteit in de komende jaren. Ook in Nederland en de Europese Unie wordt hierover nagedacht, waarbij veel aandacht wordt besteed aan de huidige en toekomstige concurrentiepositie van Nederland respectievelijk de Europese Unie.
Een van de voornaamste aspecten die bij de zorg voor de concurrentiepositie meespelen, is het veilig stellen van de werkgelegenheid. Uiteraard wordt de werkgelegenheid voor een deel beïnvloed door de belastingheffing: enerzijds door de belastingheffing op ondernemersactiviteiten, anderzijds door de belastingdruk op de productiefactor arbeid.

Recent is er een tweetal rapporten uitgebracht omtrent de invloed van belastingmaatregelen op de internationale concurrentiepositie van Nederland en de Europese Unie: het rapport Monti[1] en de nota Belastingen in de 21^{e} eeuw[2].
Aan het rapport Monti zal in het kader van de Europese ontwikkelingen aandacht worden besteed in paragraaf 2.2., en aan de nota Belastingen in de 21^{e} eeuw in paragraaf 2.3.

In het kader van dit preadvies is in de hiervoor opgenomen bijdrage van E.M.S. Spierts onderzocht in hoeverre maatregelen die de loonkosten beïnvloeden, bij grensover-

* Mr M.A. Martin (1966) studeerde fiscaal recht aan de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg. Sinds november 1997 is hij verbonden aan Ebben • Slaats • De Jonge te Roosendaal.

schrijdende uitbesteding van werk tot concurrentieverstoringen kunnen leiden. In deze tweede bijdrage wordt bekeken in hoeverre maatregelen die de loonkosten beïnvloeden, bij grensoverschrijdende werving van hoger kader (management en specialisten) tot concurrentieverstoringen kunnen leiden.

Anders geformuleerd : er wordt bekeken, wat de internationale concurrentiepositie van Nederland is op het gebied van het werven van hoger kader. In dit verband zal globaal een aantal onderdelen van de heffing van inkomstenbelasting in Nederland, België en Duitsland worden vergeleken.

Zoals reeds in de nota Belastingen in de 21^{e} eeuw wordt aangegeven,[3] wordt een vergelijking van de diverse systemen ten zeerste bemoeilijkt door de uitermate afwijkende opbouw van de verschillende systemen, alsmede door het feit dat in Nederland de heffing van de premies voor de volksverzekeringen in de belastingheffing is geïntegreerd. Dit neemt echter niet weg dat een vergelijking tussen een aantal landen in een specifieke situatie (zoals dat ook in de praktijk frequent voorkomt) desalniettemin interessant kan zijn en informatie kan opleveren omtrent de concurrentiepositie van een land.
Getracht wordt een globaal beeld te schetsen van de bepaling van het belastbare inkomen in Nederland, België en Duitsland en de wijze van belastingheffing hierover (zie 3.). Vervolgens wordt bekeken in hoeverre er, wederom globaal, verschillen bestaan in de heffing op inkomsten uit arbeid (zie 4.), inkomsten uit vermogen (zie 5.) en vermogenswinsten (zie 6.).

De internationale concurrentiepositie van een land op het gebied van de belastingheffing (lees: de effectieve belastingdruk) komt vaak zeer direct aan de orde bij het aantrekken van leden van het hoger kader op de internationale arbeidsmarkt.

Daarom is ervoor gekozen om in de vergelijking met name aandacht te besteden aan de inkomensbestanddelen die bij deze categorie werknemers vaak voorkomen. Gezien deze keuze worden ook mogelijke specifieke faciliteiten voor deze categorie werknemers (de zogeheten expatregelingen) in de vergelijking betrokken.

In hoofdstuk 7 zal een en ander door middel van een rekenvoorbeeld cijfermatig worden toegelicht. Het rekenvoorbeeld is gebaseerd op de brutoloonkosten voor een Nederlandse werkgever die behoren bij een brutoloon van NLG 250.000. Vervolgens is voor zowel Nederland, België en Duitsland berekend wat het beschikbare netto-inkomen van de desbetreffende werknemer is bij een dergelijke brutoloonkost voor de Nederlandse respectievelijk de Belgische of Duitse werkgever.
Daarnaast is bekeken wat de belastingdruk is op een rente-inkomen van NLG 20.000 en een housing allowance van NLG 4.000 per maand.

2. ONTWIKKELINGEN EUROPESE UNIE

2.1. Algemeen

Bij de oprichting van de Europese Unie (destijds nog EEG) in 1957 is in artikel 2 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap opgenomen dat de Europese Unie ondermeer zou moeten leiden tot "harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een gestadige en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit en een toenemende verbetering van de levensstandaard". Het verdrag noemt in artikel 2 tevens twee middelen om dit te realiseren, namelijk "het instellen van een gemeenschappelijke markt en het geleidelijk nader tot elkaar brengen van het economisch beleid van de Lid-staten".

De gedachte achter de gemeenschappelijke markt is het vrije marktmechanisme op EU-schaal te laten werken en niet op het niveau van de lidstaten afzonderlijk, en aldus tot een optimale allocatie van de productiefactoren binnen de Europese Unie te komen.

De gemeenschappelijke markt wordt ondermeer gekenmerkt door de zogeheten vier vrijheden:
- een vrij verkeer van goederen;
- een vrij verkeer van werknemers en ondernemingen;
- een vrij verkeer van diensten; en
- een vrij verkeer van kapitaal.

In artikel 3 van het verdrag wordt een aantal activiteiten genoemd die de Europese Unie zou moeten gaan verrichten om tot ondermeer een gemeenschappelijke markt (en de bovenvermelde vrijheden) te komen, waaronder:
- de verwijdering tussen de lidstaten van hinderpalen voor het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal (letter c);
- de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst (letter f); en
- het nader tot elkaar brengen van nationale wetgevingen in de mate waarin dat voor de werking van de gemeenschappelijke markt noodzakelijk is (letter h).

De activiteit vermeld onder letter h, omvat mede wat men in het spraakgebruik 'harmonisatie van de belastingwetgeving' is gaan noemen. Deze harmonisatie kan op een aantal manieren, die naast elkaar kunnen bestaan, worden verwezenlijkt:
- positieve harmonisatie: het invoeren van regelingen op EU-niveau;
- negatieve harmonisatie: het afdwingen van harmonisatie door het instellen van beperkingen en verboden;
- belastingwedloop: onderlinge strijd tussen de lidstaten om de beste fiscale regelingen.

Positieve harmonisatie
In dit verband kan gedacht worden aan de diverse EU-regelingen op het gebied van de indirecte belastingen (douane en accijnzen, omzetbelasting, kapitaalsbelasting). Ook op het gebied van de directe belastingen zijn inmiddels enige EU-regelingen van kracht geworden (Moeder–Dochter Richtlijn, Fusierichtlijn en het Arbitrageverdrag).

Negatieve harmonisatie
In dit verband dient met name gedacht te worden aan de diverse beperkingen, die het EU-verdrag de lidstaten oplegt voor wat betreft de opzet van de nationale (fiscale) wetgeving van de lidstaten, zoals het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het verbieden van beperkingen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal.

Belasting wedloop
Het verlenen van fiscale faciliteiten door een lidstaat van de Europese Unie ten einde vestiging van ondernemingsactiviteiten in die betreffende lidstaat te bevorderen.

Positieve harmonisatie heeft met name plaats gevonden ten aanzien van de indirecte belastingen. De harmonisatie van de directe belastingen heeft voor een belangrijk deel plaats gevonden op basis van de beperkingen en verboden die door de Europese Unie worden geredigeerd. Waar een lidstaat zich in het verleden weinig aan de EU-beperkingen en -verboden gelegen liet liggen, wordt inmiddels de harmonisatie mede afgedwongen door de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.

Het ontbreken van positieve harmonisatie in de sfeer van de directe belastingen is enerzijds het gevolg van de minder specifieke bepaling van bevoegdheden, die de Europese Unie heeft om harmonisatie van directe belastingen af te dwingen met EU-regelingen, dan die zij heeft om harmonisatie van de indirecte belastingen af te dwingen. Waar het EU-verdrag voor de harmonisatie van de indirecte belastingen specifieke bepalingen als de artikelen 95 tot en met 99 bevat, bevat het verdrag nauwelijks zulke specifieke bepalingen voor de directe belastingen. Dit effect wordt nog versterkt door de, op basis van artikel 100 van het verdrag vereiste unanimiteit bij besluitvorming.[4]
Anderzijds hebben directe belastingen een wat minder zichtbaar en direct voelbaar effect op de vrije marktwerking binnen de Europese Unie dan indirecte belastingen, zodat ook de aandacht voor de harmonisatie van de directe belastingen later op gang is gekomen.

Een derde oorzaak voor het ontbreken van substantiële positieve harmonisatie is dat de lidstaten blijkbaar meer moeite hebben hun soevereiniteit op het gebied van directe belastingen op te geven, dan die op het gebied van de indirecte belastingen.

Met name in het begin van de negentiger jaren is getracht om tot positieve harmonisatie in de sfeer van de directe belastingen te komen, doch dit is nimmer daadwerkelijk van de grond gekomen omdat doorgaans op voorhand geen unanimiteit voor het doorvoeren van de voorgestelde maatregelen aanwezig werd gevonden.

2.2. Het rapport Monti

Het thans door de Europese Commissie onder leiding van Europees Commissaris Monti uitgebrachte rapport (nadrukkelijk aangemerkt als aanbeveling) poogt dan ook niet meer om tot een uniforme Europese belastingheffing te komen, doch doet een aanzet om tot eliminatie van de ongewenste excessen (lees: de allocatie van ondernemingsactiviteiten verstorende belastingfaciliteiten) in de belastingheffing te komen.

Op de Ecofin-bijeenkomst in april 1996 is de aanpak die de Europese Unie op belastinggebied de komende jaren in grote lijnen voorstaat, geïntroduceerd. Deze aanpak behelst dat gecoördineerde actie op EU-niveau nodig is ten einde:

- verstoringen van de (ontwikkeling naar een) gemeenschappelijke markt te verminderen; en
- aanzienlijke verminderingen van de belastingopbrengsten te voorkomen; en
- om te komen tot een meer op de werkgelegenheid gerichte belastingstructuur.

Dit laatste wil men ondermeer bereiken door het doorbreken van de trend van de laatste jaren naar een hogere belastingdruk op de productiefactor arbeid ten opzichte van de belastingdruk op andere productiefactoren.

Binnen de Europese Unie wordt met name met zorg gekeken naar de schadelijke gevolgen van de wedloop in de belastingsfeer, die tussen de lidstaten onderling gaande is. De commissie onder leiding van Europees Commissaris Monti heeft dan ook als eerste een aanbeveling gedaan in de vorm van een aantal maatregelen die deze wedloop moeten tegengaan.
De aanbeveling omvat ondermeer een soort gedragscode voor de belastingheffing van ondernemingsactiviteiten, kortweg aangeduid als *Code of conduct for business taxation.*

Reeds bekend met het feit dat de lidstaten niet graag inbreuken op hun soevereiniteit op het gebied van de directe belastingen zien, heeft de commissie voor de uitwerking en uitvoering van dit proces nadrukkelijk de samenwerking met en tussen de diverse lidstaten gezocht. De maatregelen zijn nadrukkelijk neergelegd in de vorm van een aanbeveling en de lidstaten worden verzocht om zichzelf te committeren tot de naleving van de gedragscode.

De code karakteriseert belastingmaatregelen als schadelijk indien zij een aanzienlijk lagere effectieve belastingdruk tot gevolg hebben dan die normaliter van toepassing zou zijn in de betreffende lidstaat. Omstandigheden die bij de beoordeling hiervan een rol kunnen spelen, zijn de volgende:

- bepaalde voordelen worden uitsluitend toegekend aan buitenlands belastingplichtigen van de betreffende lidstaat of in geval van transacties met niet in de desbetreffende lidstaat woonachtige handelspartners;
- voordelen zijn anderszins afgeschermd van de toepassing op binnenlands belastingplichtigen, zodat zij geen effect hebben op de nationale belastinggrondslag;
- kunnen de voordelen worden verkregen, zonder dat sprake is van enige economische activiteit in de lidstaat in kwestie;
- is de winstbepaling van activiteiten in een internationale groep gebaseerd op internationaal geaccepteerde (OESO) principes;
- de desbetreffende maatregel mist duidelijkheid.

In eerste instantie[5] bepaalde het rapport nadrukkelijk dat de code mede toeziet op speciale (bevoordelende) belastingregimes voor werknemers, die de allocatie van ondernemingsactiviteiten binnen de Europese Unie in aanzienlijke mate kunnen beïnvloeden. In de vergadering van de Ecofin-raad van 1 december 1997 is door Nederland (overigens gesteund door een groot aantal lidstaten) uitdrukkelijk verzocht om de verwijzing naar werknemersregelingen te schrappen, omdat de code uitsluitend toeziet op de belastingheffing op ondernemingsactiviteiten.[6] Gezien de overwegingen rond de Nederlandse inkomstenbelasting in de nota Belastingen in de 21e eeuw,[7] wekt dit verzoek geen verwondering.

Niet alleen dienen de lidstaten zich op basis van de code te onthouden van de invoering van schadelijke belastingmaatregelen, tevens verplichten zij zich door ondertekening van de code ertoe om de in eigen land reeds bestaande belastingmaatregelen te toetsen aan de beginselen zoals die in de code zijn neergelegd en, indien nodig, zodanig aan te passen dat de schadelijke gevolgen zich niet langer zullen voordoen. In beginsel dienen dergelijke aanpassingen binnen 5 jaar te zijn doorgevoerd, doch een langere periode kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn .

In het persbericht waarin dit besluit bekend werd gemaakt, is tevens nadrukkelijk aangegeven dat de uitvoering van de code en het daarmee gepaard gaan van het aanpassen dan wel opheffen van schadelijke belastingmaatregelen niet mag leiden tot een verhoging van de belastingdruk in de Europese Unie.

2.3. De nota Belastingen in de 21e eeuw

Nederland is zich reeds lang bewust van de voordelen van een concurrend belastingregime voor de productiefactor arbeid en heeft in dit verband met de invoering van de 35%-regeling voor buitenlandse, naar Nederland uitgezonden werknemers reeds een geslaagde poging tot verbetering van haar concurrentiepositie gedaan.[8]
Thans is met het uitbrengen van de nota Belastingen in de 21e eeuw een eerste stap gezet om de concurrentiepositie van Nederland in de toekomst niet alleen te waarborgen, maar wellicht zelfs nog te verbeteren.
Een van de hoofdlijnen in de nota wordt gevormd door de vraag hoe het Nederlandse belastingstelsel een bijdrage kan leveren aan de werkgelegenheid in de toekomst.[9]

In de nota wordt aangegeven dat het Ministerie van Financiën voor een aantal ontwikkelingen aandacht vraagt:
- de technologische ontwikkelingen;
- de vergrijzing;
- de belastingharmonisatie; en
- de belastingconcurrentie.

Het nieuwe belastingstelsel zou deze nieuwe ontwikkelingen het hoofd moeten kunnen bieden en in het bijzonder gunstig moeten zijn voor de werkgelegenheid. Dit laatste wordt met name nagestreefd door een verlaging van de belastingheffing op inkomsten uit arbeid en in mindere mate de invoering van een andere heffingssystematiek voor de inkomsten uit vermogen.
Een verlaging van de belastingheffing op inkomsten uit arbeid wordt bereikt door een verschuiving van directe naar indirecte belastingen en door middel van een verbreding van de heffingsgrondslag, zodat het belastingtarief kan dalen.

Volgens de nota is de lastendruk op arbeid in Nederland internationaal bezien hoog, met name als naast de belastingen tevens de sociale lasten in de vergelijking worden meegenomen.[10] In dit verband wordt gesproken over de wig:[11] het verschil in brutoloonkosten voor de werkgever en het netto beschikbare inkomen dat de werknemer overhoudt.

In de volgende hoofdstukken wordt besproken in hoeverre de belastingsystemen van Nederland, België en Duitsland onderling verschillen en dan met name voor de hogere inkomens. In hoofdstuk 7 wordt aan de hand van een cijfermatige uitwerking van een fictieve situatie bekeken in hoeverre er nu daadwerkelijk een verschil tussen de Nederlandse, Belgische en Duitse wig bestaat.

3. BELASTBAAR INKOMEN

3.1. Algemeen

Ten einde belasting te kunnen heffen, dient eerst te worden vastgesteld waarover die belasting geheven dient te worden. Om deze grondslag van de belastingheffing, het belastbaar inkomen, vast te stellen, verdeelt de belastingwetgeving van vrijwel elk land het inkomen in een aantal inkomenscategorieën.
Onderstaand wordt summier aangegeven hoe in Nederland, België en Duitsland de opbouw van het (belastbaar) inkomen tot stand komt. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 wordt vervolgens nader op een aantal van de inkomenscategorieën ingegaan. Hierbij is getracht de diverse systemen enigszins vergelijkbaar te houden, wat ertoe heeft geleid dat somtijds van het door het desbetreffende land gehanteerde systeem van indeling is afgeweken. Voor België en Duitsland wordt volledigheidshalve globaal aangegeven hoe de indeling kan worden vergeleken met de Nederlandse systematiek, doch dit dient uitsluitend ter verduidelijking van de systematiek en kan niet als een gedetailleerde en uitputtende beschrijving worden beschouwd.

3.2. Nederland

In Nederland wordt het inkomen verdeeld in de volgende categorieën (bronnen):
- winst uit onderneming;
- winst uit aanmerkelijk belang;
- inkomsten uit arbeid;
- inkomsten uit vermogen; en
- inkomsten in de vorm van bepaalde periodieke uitkeringen en verstrekkingen.

Iedere belastingplichtige wordt zelfstandig aan belastingheffing onderworpen voor wat betreft zijn persoonlijk inkomen, ook indien de belastingplichtige gehuwd is.

Persoonlijk inkomen bestaat uit de volgende inkomsten:
- winst uit onderneming; en
- inkomsten uit arbeid; en
- inkomsten in de vorm van bepaalde periodieke uitkeringen en verstrekkingen.

De echtgenoot met het hoogste persoonlijke inkomen dient tevens als belastbaar inkomen aan te geven de winst uit aanmerkelijk belang en de inkomsten uit vermogen van hem- of haarzelf en zijn of haar echtgeno(o)te (hierna: zijn echtgenoot).

Ieder van de echtgenoten kan de aftrekposten opvoeren die behoren bij de inkomsten die hij als belastbaar inkomen aangeeft. Vervolgens heeft iedere echtgenoot een basis-

aftrek (NLG 8.207, aangevuld met een bovenbasisaftrek van NLG 410). Onder voorwaarden kan overdracht van de basisaftrek van de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot plaatsvinden.

3.3. België

In België wordt het inkomen verdeeld in de volgende categorieën:
- inkomen van onroerende goederen;
- inkomen van roerende goederen;
- beroepsinkomen; en
- divers inkomen.

Beroepsinkomen omvat wat men in Nederland zou noemen winst uit onderneming (en zelfstandig beroep) en inkomsten uit arbeid in dienstbetrekking (zie ook 4.1.1.). Inkomen van onroerende en roerende goederen omvat wat men in Nederland zou noemen inkomsten uit vermogen.
Divers inkomen omvat hetgeen men in Nederland zou noemen inkomsten uit andere arbeid, winst uit aanmerkelijk belang en bepaalde vermogenswinsten.

Iedere belastingplichtige wordt zelfstandig in de belastingheffing betrokken voor zijn beroepsinkomen. Alle andere inkomsten worden belast bij de echtgenoot met het hoogste beroepsinkomen.

Ieder van de echtgenoten kan de aftrekposten opvoeren die behoren bij de inkomsten die hij als belastbaar inkomen aangeeft.
Indien een van de echtgenoten geen of slechts een gering beroepsinkomen heeft, mag 30% van het beroepsinkomen van de andere echtgenoot aan de eerstgenoemde overgedragen worden met een maximum van BEF 297.000. Het beroepsinkomen van de echtgenoot met het laagste beroepsinkomen mag na de overdracht nooit meer bedragen dan het vermelde maximum.

3.4. Duitsland

In Duitsland wordt het inkomen verdeeld in de volgende categorieën:
- inkomsten uit de land- en bosbouw;
- inkomsten uit onderneming;
- inkomsten uit zelfstandige arbeid;
- inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid;
- inkomsten uit kapitaalvermogen;
- inkomsten uit de verhuur of pachtinkomsten; en
- overige inkomsten.

De eerste drie categorieën komen bij benadering overeen met het Nederlandse begrip 'winst uit onderneming en zelfstandig beroep'. Onder inkomsten uit onderneming wordt tevens begrepen hetgeen men in Nederland kwalificeert als 'winst uit aanmerkelijk belang'.
Inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid komt overeen met wat men in Nederland zou noemen 'inkomsten uit arbeid in dienstbetrekking'. Inkomsten uit kapitaalvermogen en inkomsten uit de verhuur of pachtinkomsten zouden in Nederland onder de noemer 'inkomsten uit vermogen' vallen. De overige inkomsten zijn te vergelijken met de Nederlandse categorie 'inkomsten in de vorm van bepaalde periodieke uitkeringen en verstrekkingen'. Hieronder vallen tevens bepaalde vermogenswinsten.

Iedere belastingplichtige wordt zelfstandig in de belastingheffing betrokken. Voor gehuwden (binnenlands belastingplichtigen) bestaat de mogelijkheid te kiezen voor het splitsingsstelsel. Dit houdt in dat het totale inkomen van de echtgenoten gezamenlijk wordt vastgesteld. Vervolgens wordt de verschuldigde belasting over 50% van het totale inkomen berekend en vermenigvuldigd met 2.

4. INKOMSTEN UIT ARBEID

4.1. Nederland

4.1.1. Algemeen

Arbeidsinkomsten vallen voor Nederlandse belastingdoeleinden uiteen in inkomsten uit dienstbetrekking en inkomsten uit andere arbeid. Daar dit onderscheid voor het onderhavige betoog irrelevant is, zal in het onderstaande steeds uitsluitend worden gesproken over inkomsten uit dienstbetrekking.

Als inkomsten uit dienstbetrekking wordt aangemerkt al hetgeen, in geld of in natura, wordt ontvangen in verband met de huidige of een vroegere dienstbetrekking. De inkomsten in geld worden als zodanig in de belastingheffing betrokken; de waardering van inkomsten in natura (en sommige vergoedingen) dient eerst te worden bepaald.

4.1.2. Inkomsten in natura en vergoedingen

Ten einde de inkomsten in natura te kunnen belasten dient de waarde van deze inkomsten te worden bepaald. De waarde van deze inkomsten wordt in beginsel vastgesteld op de waarde in het economisch verkeer (de verkoopwaarde). Indien het niet mogelijk is om de waarde in het economisch verkeer te bepalen, wordt de waarde vastgesteld op het bedrag van de besparing voor de desbetreffende persoon met inachtneming van zijn of

haar persoonlijke omstandigheden. Dit kan mitsdien tot gevolg hebben dat de besparingswaarde niet altijd voor iedereen gelijk is, zodat de belastingheffing over de beloning in natura niet altijd gelijk is.
Voor sommige inkomsten in natura en naast het salaris toegekende vergoedingen bestaan speciale waarderingsregels. Onderstaand een overzicht van de meer gangbare vormen van loon in natura en vergoedingen in dit verband (met name voor het hoger kader, de groep van werknemers waarover in casu met name wordt gesproken):

Auto van de werkgever

Indien de werknemer een auto van de werkgever tot zijn beschikking krijgt, wordt 20% van de cataloguswaarde van de desbetreffende auto tot zijn belastbaar inkomen gerekend ter dekking van het voordeel dat hij van de auto heeft als hij deze ook in privé gebruikt. Als de werknemer meer dan 30 kilometer van zijn werk woont en tenminste driemaal per week naar zijn werk reist, bedraagt de bijtelling zelfs 24% van de cataloguswaarde van de auto.

De bijtelling kan slechts achterwege blijven indien de werknemer door middel van een sluitende kilometeradministratie kan aantonen dat hij minder dan 1000 kilometer privé met de auto heeft gereden.

Aandelenopties

Oude regeling
Indien de werknemer in verband met zijn dienstbetrekking van de werkgever of een met deze verbonden vennootschap opties op aandelen in de werkgever of een met deze verbonden vennootschap verwerft, is de waarde van de opties belast. Indien de opties betrekking hebben op aandelen die aan de beurs zijn genoteerd, is de waarde van de opties de marktwaarde. Indien de opties betrekking hebben op niet aan de beurs genoteerde aandelen, dient de waarde van de opties op een andere wijze te worden bepaald. De wetgever heeft de waarde van de opties onder voorwaarden dan bepaald op 7,5% van de waarde van de onderliggende aandelen.
Het tijdstip van belastingheffing over de opties hangt af van de voorwaarden die aan het uitoefenen van de opties zijn verbonden.

Zijn er geen of ontbindende voorwaarden aan het uitoefenen van de optierechten verbonden, dan vindt belastingheffing plaats op het moment van toekennen van de optierechten. Zijn de optierechten toegekend onder opschortende voorwaarden, dan vindt belastingheffing plaats op het moment dat de voorwaarden zijn vervuld en de optierechten onvoorwaardelijk zijn geworden.

Voordelen die aan de werknemer toevallen door wijziging van de waarde van de optierechten en/of de onderliggende aandelen tussen het moment van belastingheffing over de toegekende optierechten en de uitoefening van de optierechten zijn niet aan belastingheffing onderworpen.

Nieuwe regeling
Opgemerkt zij dat thans een wetsvoorstel tot wijziging van de aandelenoptieregeling is ingediend. Dit voorstel houdt in dat opties op niet aan de beurs genoteerde aandelen vanaf de ingangsdatum van de wettelijke regeling zullen worden gewaardeerd op de intrinsieke waarde van de optie vermeerderd met de verwachtingswaarde van de optie. De intrinsieke waarde van de optie is het verschil tussen de werkelijke waarde van de aandelen waarop de optie betrekking heeft en de uitoefenkoers van de optie op het genietingsmoment voor de loonbelasting.
De verwachtingswaarde wordt, afhankelijk van de looptijd van de optie, bepaald op een percentage van de waarde van de onderliggende aandelen op het genietingsmoment voor de loonbelasting. De te hanteren percentages zijn de volgende:

looptijd optie in jaren	percentage
1	4
2	8
3	12
4	16
5	20
6	23
7	26
8	29
9	32
10	35
15	45
20 of langer	50

Met betrekking tot deze forfaitaire vaststelling van de waarde van het optierecht is een tegenbewijsregeling opgenomen. Indien de werkgever of de werknemer aannemelijk kan maken dat de werkelijke waarde van het optierecht lager is dan de forfaitair bepaalde waarde, dan is de werkelijke waarde van toepassing.

Indien de toegekende aandelenoptierechten binnen een periode van 3 jaar na toekenning worden uitgeoefend of vervreemd, dan wordt de vermogenswinst die bij het uitoefenen dan wel vervreemden wordt behaald aan de heffing van inkomstenbelasting onderworpen. Op deze vermogenswinst mag in mindering worden gebracht de reeds eerder aan

belastingheffing onderworpen waarde van de optierechten en de eigen bijdrage van de werknemer.
Indien de desbetreffende werknemer binnen de periode van 3 jaar emigreert, stelt de Memorie van Toelichting dat Nederland in principe heffingsbevoegd blijft ten aanzien van de behaalde vermogenswinst binnen de periode van 3 jaar.

Voor aandelenoptieregelingen die reeds zijn overeengekomen voor de dag waarop de wet in werking treedt (de eerste dag na publicatie van de wet in het staatsblad) is een overgangsregeling opgenomen. Op basis van de overgangsregeling blijft voor reeds overeengekomen aandelenoptieregelingen het oude regime van toepassing gedurende een periode van 5 jaar.

Verhuiskostenvergoeding

De werkgever kan de werknemer de kosten van een door zakelijke beweegredenen ingegeven verhuizing belastingvrij vergoeden tot een maximum van 12% van het in het jaar van de verhuizing genoten jaarloon, doch tot maximaal NLG 12.000.

Woonruimte van de werkgever

Indien de werknemer van de werkgever woonruimte tot zijn beschikking krijgt, dan is de waarde hiervan aan belastingheffing onderworpen. De waarde die de woonruimte vertegenwoordigt is de huurwaarde van de desbetreffende woonruimte, tenzij de werknemer kan aantonen dat de besparing voor hem minder bedraagt.
De waarde van woonruimte die de werknemer van de werkgever tot zijn beschikking krijgt, blijft gedurende maximaal 2 jaar buiten de belastingheffing indien de werknemer zijn voormalige eigen woonruimte ook aanhoudt en zijn gezin daarin blijft wonen.

4.1.3. Expatriates

Nederland kent een specifieke belastingfaciliteit, de zogeheten 35%-regeling,[12] voor buitenlandse werknemers die tijdelijk in Nederland werkzaam zijn. De regeling geldt voor de uit een ander land naar een in Nederland gevestigde werkgever uitgezonden werknemer of de uit een ander land door een in Nederland gevestigde werkgever aangeworven werknemer, mits:

- de in Nederland gevestigde werkgever een inhoudingsplichtige is in de zin van artikel 6 van de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB); en
- de werknemer in dienstbetrekking staat tot deze werkgever (niet zijnde een fictieve dienstbetrekking); en

- de in Nederland gevestigde werkgever aannemelijk kan maken dat de buitenlandse werknemer is aangeworven dan wel naar Nederland is uitgezonden omdat de werknemer beschikt over specifieke deskundigheden die op de Nederlandse arbeidsmarkt niet of schaars aanwezig zijn.

Bij de beoordeling of al dan niet sprake is van specifieke deskundigheden kunnen de volgende factoren een rol spelen:
- de werknemer heeft een hoog gekwalificeerde dan wel gespecialiseerde opleiding;
- de werknemer heeft de voor de onderhavige functie benodigde ervaring en/of deskundigheid dan wel opleiding buiten Nederland opgedaan en deze is in Nederland niet of schaars aanwezig;
- de werknemer heeft een specifiek gekwalificeerde functie;
- het netto aan de functie van de werknemer verbonden salaris is in het land van herkomst hoger dan of vergelijkbaar met het salarisniveau in Nederland.

Ter verduidelijking van het deskundigheidscriterium is aangegeven dat van de volgende werknemers mag worden aangenomen dat zij over specifieke deskundigheden beschikken:
- topmanagers van internationale concerns;
- wetenschappers met specifieke kennis;
- zij die knowhow naar Nederland brengen;
- productspecialisten;
- docenten van internationale scholen;
- buitenlandse werknemers van internationale instellingen die verplicht zijn om uit de aangesloten landen werknemers aan te trekken; en
- buitenlandse werknemers van het midden- en hoger kader die ten gevolge van verplichte bedrijfsroulatie worden uitgezonden en die meer dan 2,5 jaar elders in het concern ervaring hebben opgedaan.

Indien aan de voorwaarden voor de toepassing van de regeling wordt voldaan, kan de buitenlandse werknemer voor een periode van maximaal 120 maanden een beroep op de regeling doen. Eventuele eerdere perioden van tewerkstelling en/of verblijf in Nederland worden op de maximale toepassingsduur in mindering gebracht, waarbij een referentieperiode van 10 jaar geldt.

De voordelen van de regeling zijn tweeërlei. Voor eenieder die onder de regeling valt geldt dat de werkgever maximaal 35% van 100/65[13] van het fiscale heffingsloon voor de loonbelasting waarvoor geen recht bestaat op een tegemoetkoming ter voorkoming van dubbele belasting, verminderd met de overhevelingstoeslag, onbelast aan de werknemer mag vergoeden.

Daarnaast bestaat voor de buitenlandse werknemer die daadwerkelijk in Nederland is komen wonen, de mogelijkheid om te opteren voor een fictieve buitenlandse belastingplicht. Dit houdt in dat hij, ondanks het feit dat hij naar de omstandigheden beoordeeld binnenlands belastingplichtige is, toch wordt behandeld alsof hij buitenlands belastingplichtige is. Hiervan uitgezonderd is de (overdracht van de) basisaftrek, het toe te passen tarief, de inkomsten uit arbeid en de inkomenstoerekening (tenzij hij voor wat betreft dit laatste verzoekt om te worden behandeld als buitenlands belastingplichtige). Wel dient de fictief buitenlands belastingplichtige afstand te doen van de mogelijkheid om een beroep te doen op de zogeheten 90%-regeling. Dit houdt in dat een fictief buitenlands belastingplichtige niet de mogelijkheid heeft om, onder voorwaarden, (een deel van) dezelfde aftrekposten toe te passen als een binnenlands belastingplichtige. Deze mogelijkheid is voorbehouden aan de belastingplichtige die daadwerkelijk buitenlands belastingplichtig is (dat wil zeggen buiten Nederland woonachtig).

4.2. België

4.2.1. Algemeen

Als inkomsten uit dienstbetrekking wordt aangemerkt alle vergoedingen, die de werknemer ontvangt, ter zake van zijn dienstbetrekking, ongeacht door wie of in welke vorm (in geld of in natura) de vergoeding wordt betaald.

4.2.2. Inkomsten in natura en vergoedingen

Ook in België gelden voor inkomsten in natura en sommige vergoedingen specifieke waarderingsregels. Onderstaand een overzicht van de meer gangbare vormen van loon in natura en vergoedingen in dit verband:

Auto van de werkgever

Indien de werknemer een auto van de werkgever tot zijn beschikking krijgt, wordt de waarde van de privé met deze auto gereden kilometers tot zijn belastbaar inkomen gerekend. De waarde van deze privé-kilometers wordt vastgesteld aan de hand van een tabel die aan elk model auto een bepaalde fiscale PK(paardenkrachten)-waarde toekent. Aan deze PK-waarde is een bedrag gekoppeld, dat per verreden privé-kilometer bij het belastbaar inkomen dient te worden geteld. Het minimaal aan te geven privé-kilometers bedraagt 5.000.

Aandelenopties

In België bestaan twee systemen waarbij de werknemer aandelen in het bedrijf van de werkgever kan verkrijgen: de aandelenbeloning en de aandelenopties. Daar de aandelenbeloning niet een specifieke optieregeling is, zullen wij daar in dit verband niet verder op ingaan.
Voor wat betreft aandelenoptieregelingen dient voor Belgische belastingdoeleinden onderscheid te worden gemaakt tussen gereglementeerde en niet-gereglementeerde aandelenopties.

Voordelen uit niet-gereglementeerde aandelenoptierechten zijn aan belastingheffing onderworpen. Ook voor Belgische belastingdoeleinden is het moment van heffing afhankelijk van het al dan niet onder voorwaarde toekennen van de optierechten. In dit verband verwijzen wij naar hetgeen hieromtrent onder het Nederlandse stelsel reeds is opgemerkt.
Het te belasten voordeel wordt bepaald als de werkelijke waarde van het onderliggende aandeel vermeerderd met de verwachtingswaarde van het optierecht minus de uitoefenprijs van de aandelenoptie.

De regeling van de gereglementeerde aandelenopties is vastgelegd in artikel 45 van de Wet van 27 december 1984. In dit artikel wordt bepaald dat het verstrekken van aandelenopties door de werkgever aan een werknemer is vrijgesteld van belastingheffing, indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. De belangrijkste voorwaarden zijn de volgende:

- de optieovereenkomst dient schriftelijk te zijn vastgelegd;
- de overeenkomst dient de uitoefenprijs per aandeel en het aantal aandelen per optie te bevatten;
- de overeenkomst moet zijn goedgekeurd door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders en moet verwijzen naar naar de wettelijke bepaling die het stelsel van de aandelenoptie instelt;
- de opgenomen uitoefenprijs dient ook de prijs te zijn die daadwerkelijk door de werknemer moet worden voldaan bij het uitoefenen van de optie;
- de uitoefenprijs mag niet lager zijn dan de beurswaarde van de aandelen;
- de optieovereenkomst mag geen handgeld bedingen;
- de optie dient door de werknemer te worden uitgeoefend tijdens zijn dienstbetrekking bij de vennootschap op wier aandelen de uitgereikte optierechten betrekking hebben, of bij een dochtervennootschap;
- de optie mag op niet meer dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal van de vennootschap betrekking hebben;
- de optie kan geheel of gedeeltelijk worden verplicht;
- de optie dient te worden uitgeoefend ten minste een jaar en ten hoogste 6 jaar na de dagtekening van de optieovereenkomst;

- de door de werknemer betaalde uitoefenprijs mag niet hoger zijn 25% van het salaris dat de desbetreffende werknemer in het voorgaande jaar heeft verdiend. De maximale uitoefenprijs bedraagt in elk geval BEF 500.000;
- de verkregen aandelen kunnen gedurende 2 jaar niet worden vervreemd en dienen te worden neergelegd bij de nationale bank.

Opgemerkt zij dat in België een wijziging van de aandelenoptieregeling op komst is.[14] De nieuwe regeling vertoont overeenkomsten met de huidige Nederlandse regeling (er wordt ondermeer onderscheid gemaakt tussen voorwaardelijke en onvoorwaardelijke optierechten; belastingheffing zal plaatsvinden op het moment dat de optie onvoorwaardelijk wordt). Een forfaitaire waardebepaling van de aandelenoptierechten zal mogen plaatsvinden indien:
- de aandelenoptierechten overdraagbaar zijn;
- ze een looptijd van ten minste 5 jaar en ten hoogste 10 jaar hebben.

Er wordt nog overwogen om als aanvullende voorwaarde toe te voegen dat de optie uitsluitend uitgeoefend mag worden zolang de werknemer in dienst is.

De forfaitaire waardebepaling van de aandelenoptierechten houdt in dat de rechten worden gewaardeerd op 7,5% van de waarde van het onderliggende aandeel op het moment van toekennen van de optierechten, te verhogen met 0,5% per jaar indien en voorzover de looptijd meer dan 5 jaar bedraagt.

Indien de uitoefenprijs van de optierechten lager is dan de waarde van het onderliggende aandeel op het moment van toekennen, dient de forfaitaire waardering van het optierecht ook nog verhoogd te worden met het verschil tussen de uitoefenprijs en de intrinsieke waarde van het onderliggende aandeel op het moment van toekennen van de optierechten.

Verhuiskostenvergoeding

In beginsel is een dergelijke vergoeding integraal aan belastingheffing ondwerworpen. Onder de werking van de kaderregeling kan een dergelijke vergoeding belastingvrij aan de werknemer worden vergoed (de vergoeding wordt alsdan beschouwd als kosten eigen aan de werkgever).

Woonruimte van de werkgever

Indien een werkgever[15] een werknemer een (niet-gemeubileerde) woonruimte ter beschikking stelt, wordt het voordeel hiervan als volgt berekend:

$$\frac{\text{kadastraal inkomen}^{16} \times 100 \times 2}{60}$$

Het uiteindelijk bepaalde voordeel wordt nog verhoogd met:
- vijfderde indien de woonruimte gemeubileerd is; en
- BEF 48.000 voor verwarming en BEF 24.000 voor elektriciteit; deze bedragen worden gehalveerd indien de werknemer niet een bestuurder is.

Voor werknemers die, op grond van een met de werkgever gesloten overeenkomst, verplicht zijn een bepaalde woning te betrekken, omdat zij in verband met hun functie in de directe omgeving van hun werk dienen te verblijven, bedraagt het jaarlijks aan te geven voordeel BEF 144.000. Ook hier geldt dat voor een gemeubileerde woning het voordeel met vijfderde wordt verhoogd.

Volledigheidshalve verdient het opmerking dat over dit voordeel door de werknemer en de werkgever sociale zekerheidspremies verschuldigd zijn.

Zou de werkgever in plaats van een woonruimte ter beschikking te stellen de door de werknemer (aan derden) betaalde huur vergoeden, dan kan de vergoeding belastingvrij plaatsvinden onder het statuut van de kaderregeling.[17]

4.2.3. Expatriates

België kent een specifieke belastingfaciliteit, de zogeheten kaderregeling,[18] voor buitenlandse werknemers die tijdelijk in België werkzaam zijn. De regeling geldt voor diegenen die niet de Belgische nationaliteit bezitten en uitsluitend functies uitoefenen die een bijzondere kennis en verantwoordelijkheid vereisen (met andere woorden, zij die een leidende functie hebben), en die in België verblijven, omdat zij:
- door buitenlandse ondernemingen in België zijn gedetacheerd om er tijdelijk te werken hetzij in een of meer inrichtingen van die ondernemingen, hetzij in een of meer vennootschappen die onder de controle van die ondernemingen staan; of
- door buitenlandse ondernemingen die deel uitmaken van een internationale groep, in België zijn gedetacheerd om er tijdelijk te werken in een of meer Belgische vennootschappen, die van dezelfde groep deel uitmaken of in een controle- of coördinatiekantoor van de ondernemingen dat binnen die groep werkzaam is; of
- rechtstreeks in het buitenland zijn aangeworven door een Belgische vennootschap, dochtermaatschappij van een buitenlandse vennootschap of door een Belgische onderneming die deel uitmaakt van een internationale groep, om tijdelijk te werken in de Belgische vennootschap of onderneming zelf of in een door de international groep in België gevestigd controle- of coördinatiekantoor.

Indien en voorzover de tewerkstelling in België van tijdelijke aard is, komen voor de regeling eveneens in aanmerking:

- buitenlandse bestuurders die in de bovenvermelde vennootschappen of inrichtingen een werkelijke en vaste functie uitoefenen;
- gespecialiseerd buitenlands personeel van de bovenvermelde vennootschappen of inrichtingen (dat wil zeggen zij die geen kaderlid zijn) dat een zodanige specialisatie heeft dat het aantrekken van vergelijkbaar personeel in België uiterst moeilijk dan wel onmogelijk is;
- buitenlandse onderzoekers die vanuit het buitenland zijn gedetacheerd of rechtstreeks in het buitenland zijn aangeworven om in België hun activiteiten uit te oefenen in Belgische of buitenlandse wetenschappelijke onderzoekscentra en -laboratoria.

De kaderregeling geldt echter niet voor:

- buitenlandse kaderleden en onderzoekers die de betreffende functie niet hadden voor zij in België als zodanig tewerk werden gesteld, behoudens wanneer formeel vaststaat dat hun academische opleiding overeenstemt met de functie die zij in België zullen gaan bekleden;
- buitenlands personeel met een lagere of ondergeschikte functie waarvan de werving in het buitenland of de detachering in België niet noodzakelijk is en dat door Belgisch personeel kan worden vervangen.

Het voordeel van de kaderregeling is tweeërlei:

- onder omstandigheden kan een buitenlands werknemer die in België wordt gedetacheerd, als niet-inwoner blijven worden aangemerkt. Hiermee wordt de mogelijkheid geschapen, dat salaris dat is te relateren aan buitenlandse werkdagen van de werknemer, in België niet aan belastingheffing onderworpen is;
- extra uitgaven die de werknemer zich heeft moeten getroosten ten gevolge van de detachering in België, kunnen belastingvrij worden vergoed.

Als extra uitgaven dienen bijvoorbeeld te worden beschouwd de kosten van de verhuizing naar België (inclusief de inrichtingskosten), het verschil in kosten van levensonderhoud tussen België en het land van herkomst van de werknemer, bepaalde kosten voor schoolgande kinderen en een *tax equalisation.*
De extra uitgaven (exclusief de vergoeding voor kosten van schoolgaande kinderen en de eenmalige kosten) mogen tot een maximum van BEF 450.000 belastingvrij worden vergoed. Onder omstandigheden is een belastingvrije vergoeding van maximaal BEF 1.200.000 mogelijk.

4.3. Duitsland

4.3.1. Algemeen

Als inkomsten uit dienstbetrekking wordt aangemerkt al hetgeen, in geld of in natura, wordt ontvangen als vergoeding voor in dienstbetrekking verrichte activiteiten, ongeacht wie de vergoeding betaalt en wanneer de vergoeding wordt betaald.

4.3.2. Inkomsten in natura en vergoedingen

Ook in Duitsland gelden voor inkomsten in natura en sommige vergoedingen specifieke waarderingsregels. Onderstaand een overzicht van de meer gangbare vormen van loon in natura en vergoedingen in dit verband:

Auto van de werkgever

Het voordeel dat de werknemer heeft door de mogelijkheid om de auto van de werkgever ook voor privé-doeleinden te gebruiken, kan voor de heffing van Duitse inkomstenbelasting op twee manieren worden vastgesteld.

Bij toepassing van de eerste methode wordt de verhouding tussen de privé gereden kilometers en het totaal aantal gereden kilometers vastgesteld. Hiertoe dient uiteraard een kilometeradministratie te worden bijgehouden. Vervolgens worden de aan privé toe te rekenen kosten bepaald door allocatie van de totale kosten van de auto op basis van de gevonden verhouding. Het uiteindelijk vastgestelde bedrag vertegenwoordigt de waarde van het voordeel in natura voor de werknemer in privé. Op dit aan te geven voordeel mag dan nog in mindering worden gebracht hetgeen de werknemer zelf in privé in verband met de auto aan kosten heeft gedragen.

Bij toepassing van de tweede methode behoeft geen kilometeradministratie te worden bijgehouden. Het voordeel van de auto van de werkgever wordt forfaitair vastgesteld op 1% van de cataloguswaarde van de verstrekte auto (tot een maximum van de lopende kosten voor de auto) per maand, vermeerderd met 0,03% van de cataloguswaarde van de auto per kilometer woon–werkverkeer (enkele reis) per maand.
De bijtelling van 1% kan achterwege blijven, indien de werknemer kan aantonen dat hij de auto niet voor privé-doeleinden heeft gebruikt.

In tegenstelling tot het Nederlandse systeem, waar deze keuze uitsluitend op jaarbasis kan worden gemaakt, kan in het Duitse systeem van maand tot maand deze keuze worden gemaakt.

Aandelenopties

Indien een werkgever een werknemer een optierecht op aandelen geeft, is het hieruit voor de werknemer voortvloeiende voordeel in beginsel aan belastingheffing onderworpen.[19] Het voordeel voor de werknemer is het verschil tussen de te betalen aankoopprijs van de aandelen en de marktwaarde van de aandelen op het moment van uitoefenen van de optierechten. Het voordeel wordt belast op het moment van uitoefenen van de optierechten.

Het voordeel van de werknemer is vrijgesteld van belastingheffing, indien:
- de aandelen niet mogen worden vervreemd binnen 6 jaar na verkrijging; en
- het verschil tussen de marktwaarde (op het moment van uitoefenen van de optierechten) en de aankoopprijs van de aandelen op basis van de optierechten bedraagt niet meer dan 50% van de marktwaarde van de aandelen (op het moment van uitoefenen van de optierechten); en
- het totale voordeel dat uit de optierechten voortvloeit bedraagt niet meer dan DM 300 per kalenderjaar.

Verhuiskostenvergoeding

De werkgever kan de werknemer de kosten van een door de dienstbetrekking ingegeven verhuizing belastingvrij vergoeden tot maximaal het bedrag dat de Duitse overheid een ambtenaar in deze situatie zou vergoeden op basis van de daarvoor geldende specifieke regelingen.

Daarnaast kan de werkgever de werknemer nog een aantal (aan maxima gebonden) belastingvrije vergoedingen toekennen, zoals vergoedingen voor aanvullende onderwijskosten voor kinderen, aanvullende kledingkosten in verband met een ander klimaat in het land van herkomst, vergoedingen voor kleding en apparatuur en ongespecificeerde onkosten.

Woonruimte van de werkgever

Indien de werknemer van de werkgever woonruimte tot zijn beschikking krijgt, is de waarde hiervan aan belastingheffing onderworpen. De waarde die de woonruimte vertegenwoordigt is de vrije huurwaarde van de desbetreffende woonruimte.
De waarde van de woonruimte die de werknemer van de werkgever tot zijn beschikking krijgt, blijft gedurende maximaal 2 jaar buiten de belastingheffing indien de werknemer zijn voormalige eigen woonruimte ook aanhoudt en zijn gezin daarin blijft wonen.

4.3.3. EXPATRIATES

Duitsland kent geen specifieke faciliteiten voor expatriates. Indien iemand als binnenlands belastingplichtige aangemerkt kan worden (183-dagenregeling), wordt hij volgens de normale regels voor binnenlands belastingplichtigen aan de belastingheffing onderworpen.

5. INKOMSTEN UIT VERMOGEN

5.1. Nederland

5.1.1. ALGEMEEN

Voor Nederlandse belastingdoeleinden dient voor wat betreft de inkomsten uit vermogen onderscheid te worden gemaakt tussen de volgende inkomsten:

1. inkomsten uit roerende zaken:
   a. interest;
   b. dividend;
   c. royalties;
2. inkomsten uit onroerende zaken; en
3. fictief inkomen.

5.1.2. INTEREST

In beginsel is alle interest die wordt ontvangen, aan belastingheffing onderworpen. Er bestaan echter diverse (kleinschalige) vrijstellingen voor interest die privé (dus niet in een onderneming) wordt ontvangen.
Een rentevrijstelling van NLG 1.000 (NLG 2.000 voor gehuwden) is beschikbaar. De vrijstelling is van toepassing op het saldo van de ontvangen en betaalde interest. Uitsluitend de in verband met de eigen woning betaalde hypotheekrente behoeft niet met de ontvangen interest te worden gesaldeerd.
Voor kinderen is tevens een vrijstelling van NLG 500 per kind per jaar toegekend.

Daarnaast is er nog een vrijstelling van NLG 1.000 (NLG 2.000 voor gehuwden) voor interesten ontvangen op tegoeden die zijn opgebouwd met behulp van een bedrijfsspaarregeling.

Verder is er nog een vrijstelling van NLG 5.000 (NLG 10.000 voor gehuwden) voor interest ontvangen op leningen die kwalificeren voor de zogeheten Tante-Agaath-

regeling en voor leningen die zijn verstrekt aan door de wetgever limitatief aangewezen participatiemaatschappijen.

Onder voorwaarden zijn interesten ontvangen op leningen aan bepaalde milieu- en groenprojecten volledig vrijgesteld van belastingheffing.

5.1.3. Dividend

In privé ontvangen dividenden zijn in beginsel belast tegen het progressieve tarief. Voor dividenden waarop dividendbelasting is ingehouden geldt echter een dividendvrijstelling van NLG 1.000 (NLG 2.000 voor gehuwden). Hiervan uitgezonderd zijn dividenden die zijn uitgekeerd op aandelen die behoren tot een aanmerkelijk-belangpakket.

Aandelen behoren tot een aanmerkelijk belang indien de belastingplichtige, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal onmiddellijk of middellijk aandeelhouder is in een vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.

Alle voordelen, reguliere en vervreemdingsvoordelen, die uit een aanmerkelijk-belangpakket voortvloeien, zijn aan belastingheffing onderworpen tegen een tarief van 25% indien en voorzover het belastbare inkomen van de belastingplichtige meer bedraagt dan de eerste tariefschijf (anders is het tarief van de eerste tariefschijf van toepassing, voor het jaar 1998 zijnde 36,35%).

Naast de bovenvermelde dividendvrijstelling is er nog een vrijstelling van NLG 1.000 (NLG 2.000 voor gehuwden) voor dividenden ontvangen op aandelenpakketten die zijn opgebouwd met behulp van een bedrijfsspaarregeling.

Verder is er nog een vrijstelling van NLG 1.000 (NLG 2.000 voor gehuwden) voor dividenden ontvangen op aandelen in door de wetgever limitatief aangewezen participatiemaatschappijen.

Onder voorwaarden zijn dividenden ontvangen op aandelen in bepaalde milieu- en groenprojecten volledig vrijgesteld van belastingheffing.

5.1.4. Inkomsten uit onroerende zaken

Inkomsten uit onroerende zaken omvat al hetgeen de verhuurder ontvangt van de huurder ter zake van het gehuurde.

Verder omvat deze categorie een fictieve huurwaarde met betrekking tot onroerende zaken die door de eigenaar voor eigen gebruik worden aangewend, het zogeheten huurwaardeforfait. Het huurwaardeforfait wordt uitgedrukt in een vast percentage van de door de overheid vastgestelde waarde van de onroerende zaak in kwestie. Voor onroerende zaken die het hoofdverblijf van de belastingplichtige vormen, met een waarde boven de NLG 150.001 bedraagt het te hanteren percentage 1,25.[20] Voor onroerende zaken die niet het hoofdverblijf van de belastingplichtige vormen, met een waarde boven de NLG 15.001, bedraagt het te hanteren percentage 2,05.[21]

5.1.5. Fictief inkomen

Tot de inkomsten uit vermogen worden mede gerekend de volgende fictieve inkomsten:
- een fictief rendement over de bloot eigendom van rechten zoals bedoeld in artikel 25a van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (hierna: Wet IB). Het in aanmerking te nemen fictief rendement bedraagt thans 3,6%;
- de aangroei van een bloot eigendom van een onroerende zaak naar volle eigendom zoals bedoeld in artikel 25b van de Wet IB;
- een fictief rendement over de aandelen in een buitenlandse vennootschap waarvan de bezittingen grotendeels bestaan uit beleggingen zoals bedoeld in artikel 29a van de Wet IB. Het te hanteren percentage is afhankelijk van de aard van de beleggingen;
- een fictieve interestvergoeding/huur voor een houder van een aanmerkelijk belang in een vennootschap, waarop hij schuldvorderingen heeft of waaraan hij zaken ter beschikking stelt en waarvoor hij noch interest- noch huurvergoeding ontvangt.

5.2. België

Voor Belgische belastingdoeleinden worden inkomsten uit vermogen onderscheiden in:
1. inkomsten van kapitalen en roerende goederen:
   a. interest;
   b. dividend;
   c. royalties; en
2. inkomsten van onroerende goederen.

5.2.1. Interest

Voor Belgische belastingdoeleinden valt de interest uiteen in twee groepen: interest die verplicht dient te worden aangegeven (doorgaans die interest waar geen roerende voor-

heffing op is ingehouden) en interest die facultatief kan worden aangegeven (doorgaans die interest waar een roerende voorheffing op is ingehouden).
Interest waarop (een bevrijdende) roerende voorheffing is ingehouden behoeft in beginsel niet tot het belastbaar inkomen te worden gerekend (de voorheffing is dan dus een finale heffing). Indien de belasting volgens het progressieve tarief lager is dan de roerende voorheffing, bestaat de mogelijkheid om de interest vrijwillig aan te geven en aldus (een deel van) de roerende voorheffing terug te krijgen.
Interest waarop geen roerende voorheffing is ingehouden dient verplicht tot het belastbaar inkomen te worden gerekend. Hierop wordt dan belasting geheven tegen een tarief dat gelijk is aan de roerende voorheffing, doch hierbij worden dan wel (in tegenstelling tot de bevrijdende roerende voorheffing) de 6% gemeentebelasting en de 3% crisisbelasting in aanmerking genomen.

Het percentage van de voorheffing bedraagt 15 of 25%. Interest van Belgische oorsprong op vastrentende effecten (effecten die geen periodieke uitkering van interest kennen) die zijn uitgegeven in de periode van 1 december 1962 tot en met 28 februari 1990, alsmede interest van buitenlandse (zijnde niet-Belgische) oorsprong op overeenkomsten die zijn gesloten in de periode van 1 december 1962 tot en met 28 februari 1990 en die wordt geïnd via een Belgische tussenpersoon is onderworpen aan een roerende voorheffing tegen een tarief van 25%.

Het percentage van 15% geldt voor de overige interest van Belgische oorsprong en de overige interest van buitenlandse oorsprong die wordt geïnd via een Belgische tussenpersoon.

De volgende interesten zijn vrijgesteld van belastingheffing:
- interesten op bepaalde vrijgestelde staatsleningen en leningen aan het voormalig Belgisch Kongo; en
- de eerste BEF 55.000 die wordt ontvangen op een normaal bankdepot.

5.2.2. Dividend

Voor dividenden geldt in beginsel (voor wat betreft de relatie tussen de inhouding van roerende voorheffing en het aangeven van de inkomsten) hetzelfde als hetgeen in paragraaf 5.2.1. is aangegeven voor interesten.
De roerende voorheffing op dividenden varieert van 0 tot 25%.

5.2.3. Inkomsten uit onroerende goederen

Inkomsten uit onroerende goederen zijn belast tegen het progressieve tarief.

Inkomsten uit onroerende goederen omvat mede een fictieve huurwaarde met betrekking tot onroerende zaken die in gebruik worden gesteld, het zogeheten kadastraal inkomen. Voor onroerende zaken die door de eigenaar zelf worden gebruikt, geldt een vrijstelling van het aangeven van een kadastraal inkomen van BEF 120.000, verhoogd met BEF 10.000 voor elke persoon die ten laste van de belastingplichtige komt.

5.3. Duitsland

5.3.1. Algemeen

Voor Duitse belastingdoeleinden dient voor wat betreft de inkomsten uit vermogen onderscheid te worden gemaakt tussen de volgende inkomsten:

1. inkomsten uit kapitaalvermogen:
   a. interest;
   b. dividend;
2. inkomsten uit de verhuur of pachtinkomsten:
   a. royalties;
   b. inkomsten uit onroerende zaken; en
3. overige.

5.3.2. Interest

Alle interest die wordt ontvangen, is aan belastingheffing onderworpen. Er geldt echter een aanzienlijke vrijstelling voor interest- en dividendinkomsten van DM 6.000 (DM 12.000 voor gehuwden). tevens is een forfaitaire aftrek van kosten mogelijk tot DM 100 (voor gehuwden DM 200).

5.3.3. Dividend

In privé ontvangen dividenden zijn belast tegen het progressieve tarief. Met betrekking tot dividenden ontvangen van in Duitsland gevestigde vennootschappen, kan een teruggaaf worden geclaimd van de op deze dividenden drukkende Duitse vennootschapsbelasting.

Voor interest- en dividendinkomsten geldt een aanzienlijke vrijstelling (zie 5.3.2.).

5.3.4. Inkomsten uit onroerende zaken

Inkomsten uit onroerende zaken omvat al hetgeen de verhuurder ontvangt van de huurder ter zake van het gehuurde.

Er bestaat in Duitsland niet zoiets als een fictieve huurwaarde met betrekking tot onroerende zaken die door de eigenaar voor eigen gebruik worden aangewend.

Er bestaan in Duitsland specifieke aftrek- en vergoedingsregelingen ter bevordering van het huizenbezit.

5.3.5. Overige

Hieronder vallen lijfrentes en andere soortgelijke periodieke uitkeringen. Deze worden belast volgens de saldomethode.

6. VERMOGENSWINSTEN

6.1. Nederland

6.1.1. Algemeen

In beginsel zijn vermogenswinsten niet onderworpen aan belastingheffing. De volgende gevallen zijn hiervan uitgezonderd:
- vermogenswinsten die het (in-)direct gevolg zijn van activiteiten als bedoeld in artikel 22, lid 1, letter b van de Wet IB (inkomsten uit andere arbeid); en
- vermogenswinsten die zijn gerelateerd aan een aanmerkelijk belang.

6.1.2. Inkomsten uit andere arbeid

Vermogenswinsten die voortvloeien uit activiteiten als bedoeld in artikel 22, lid 1, letter b van de Wet IB worden behandeld als inkomsten uit andere arbeid.

6.1.3. Aanmerkelijk belang

Zoals reeds is opgemerkt is met ingang van 1 januari 1997 een nieuw regime van kracht voor aanmerkelijk-belangpakketten. Op basis van dit regime wordt 25% belasting gehe-

ven over een vervreemdingswinst op aandelen die behoren tot een aanmerkelijk-belangpakket. Zie verder paragraaf 5.1.3.

6.2. België

In beginsel zijn vermogenswinsten die worden gemaakt op roerende en onroerende zaken die niet behoren tot een ondernemingsvermogen, niet onderworpen aan belastingheffing. De volgende gevallen zijn hiervan uitgezonderd:

- verkoopwinst die behaald is met de verkoop van onroerende zaken; deze wordt onder voorwaarden aan de belastingheffing onderworpen. Eveneens onder voorwaarden geldt een bijzonder tarief voor de aan belastingheffing onderworpen verkoopwinsten;
- verkoopwinsten behaald met de gehele of gedeeltelijke verkoop van een belangrijke deelneming aan een buitenlandse rechtspersoon. Een deelneming wordt geacht belangrijk te zijn indien de belastingplichtige, zijn echtgenote, zijn (klein-) kinderen, zijn (groot-)ouders en de zijverwanten tot en met de tweede graad alsmede die van de echtgenoot, een belang van ten minste 25% bezitten (rechtstreeks of via een tussenliggende vennootschap) in de rechten van een vennootschap op het moment van de verkoop of in de voorgaande 5 jaar. De verkoopwinst is eveneens belast indien verkoop plaatsvindt aan een buitenlandse rechtspersoon binnen 12 maanden na de eerste (onbelaste) verkoop;
- verkoopwinst op de aandelen in de werkgever van de belastingplichtige, indien de aandelen zijn verkregen door het uitoefenen van optierechten en de verkoop plaatsvindt binnen een bepaalde termijn.

Verder vindt belastingheffing plaats op vermogenswinsten indien sprake is van activiteiten die in Nederland zouden kwalificeren als inkomsten uit andere arbeid.

6.3. Duitsland

In beginsel zijn vermogenswinsten die worden gemaakt op zaken die niet behoren tot een ondernemingsvermogen, vrijgesteld van belastingheffing. De volgende gevallen zijn uitgezonderd:

- vermogenswinsten die het gevolg zijn van speculatieve transacties en meer bedragen dan DM 1.000 per jaar. Als speculatief worden beschouwd transacties van onroerende zaken binnen 2 jaar na aankoop en transacties van roerende zaken binnen 6 maanden na aankoop;
- vermogenswinsten die ontstaan door de verkoop van een aanmerkelijk belang.

Voor Duitse doeleinden wordt een aanmerkelijk belang aanwezig geacht indien de belastingplichtige een belang van tenminste 25% direct of indirect bezit op enig moment in de 5 jaar voorafgaande aan de verkoop van de aandelen.
Indien het totale aandelenkapitaal van de betreffende vennootschap wordt verkocht of de vennootschap wordt geliquideerd en de vermogenswinst bedraagt niet meer dan DM 80.000, dan bestaat er recht op een vrijstelling van DM 20.000. Indien en voorzover de vermogenswinst meer dan DM 80.000 bedraagt, wordt de vrijstelling met het meerdere verminderd.

7. VOORLOPIGE CONCLUSIE

7.1. Samenvatting

Indien we de hoofdstukken 3 tot en met 6 bekijken, kunnen we concluderen dat de verschillende belastingsystemen qua systematiek in grote lijnen redelijk vergelijkbaar zijn. Onderdelen van de diverse systemen die zeer specifiek afwijken van wat de andere systemen kennen, zijn met name de 35%-regeling in het Nederlandse systeem, de kaderregeling in het Belgische systeem en het splitsingsstelsel in het Duitse systeem.

De vraag die zich vervolgens opwerpt is of een van deze afwijkende onderdelen van de respectievelijke systemen nu leidt tot een duidelijk betere concurrentiepositie van het desbetreffende land.

7.2. Berekening belastingdruk

Teneinde het effect van de diverse systemen op de effectieve belastingdruk en de werkgeverslasten (de wig) te bepalen, is in eerste instantie de belastingdruk voor een fictieve situatie in Nederland berekend (bijlage 1 met toepassing van de 35%-vergoedingsregeling en een status van fictief buitenlands belastingplichtige; bijlage 1a zonder toepassing van de 35%-vergoedingsregeling). Vervolgens is bekeken welk bruto- en nettosalaris een Belgische (bijlage 2 met toepassing van de kaderregeling; bijlage 2a zonder toepassing van de kaderregeling) dan wel een Duitse werkgever (bijlage 3) zou kunnen bieden, uitgaande van de totale werkgeverslasten voor de Nederlandse werkgever.

De inkomensbestanddelen in de berekening zijn beperkt gehouden om te voorkomen dat door de keuze voor een bepaald feitencomplex de uitkomst van de berekening te veel wordt vertekend.

De berekeningen hebben betrekking op de volgende situatie:[22]

- een directeur van een internationaal bedrijf (45 jaar) wordt uitgezonden naar een van de onderhavige landen (alwaar hij ook daadwerkelijk tezamen met zijn gezin gaat wonen);
- de man is gehuwd (echtgenote 40 jaar; geen inkomsten) en heeft drie kinderen (respectievelijk 14, 12 en 9 jaar oud);
- de man arriveert per 1 januari van het jaar en blijft minimaal gedetacheerd gedurende het hele kalenderjaar. In Nederland voldoet de man aan de voorwaarden voor toepassing van de 35%-regeling; in België voldoet de man aan de voorwaarden voor toepassing van de kaderregeling en kwalificeert hij tevens als niet-inwoner; in Duitsland wordt de man als binnenlands belastingplichtige beschouwd;
- de man heeft een brutosalaris van NLG 250.000 en een auto van de werkgever (Nederlandse cataloguswaarde NLG 99.990). De afstand naar zijn werk bedraagt 15 kilometer (enkele reis);
- de man werkt ongeveer 45 dagen per jaar in het buitenland. De belastingheffing over het deel van zijn salaris dat aan deze dagen is toe te rekenen, valt toe aan zijn woonstaat (de werkgever beschikt niet over een dochtermaatschappij/vaste inrichting in het buitenland);
- er is geen specifieke pensioenregeling in aanmerking genomen;
- de man heeft een binnenlands bankdeposito in het werkland van NLG 500.000, waarop hij een interestvergoeding van 4% ontvangt;
- hij ontvangt een housing allowance van NLG 4.000 per maand en heeft geen eigen woning aangehouden;
- daar zowel in Nederland als in België en Duitsland nog diverse andere belastingvrije vergoedingen tot de mogelijkheden behoren (in België met name onder de toepassing van de kaderregeling), zijn overigens geen specifieke vergoedingen in de berekeningen meegenomen daar een deels fiscaal vriendelijke beloningsstructuur in dit verband in elk van de landen tot de mogelijkheden behoort;
- de man is onderworpen aan het sociale zekerheidsstelsel van zijn woonstaat. Voor Nederland is uitgegaan van een gemiddeld percentage aan inhoudingen en afdrachten;
- in Duitsland kan voor de kinderbijslag gekozen worden tussen een systeem van uitbetalen van een vergoeding voor kinderbijslag of een aftrek in verband met de kinderbijslag. In casu is het voordeliger om voor de aftrek-variant te kiezen. Om de vergelijking met Nederland en België staande te houden, is mitsdien bij de opstelling van het netto besteedbaar inkomen bij Nederland en België steeds de kinderbijslag bij het inkomen opgeteld;
- de consumentenprijsindexcijfers voor respectievelijk Nederland, België en Duitsland liggen dermate dicht bij elkaar (122,6; 127,8 en 126,8) dat hiermee in de berekeningen geen rekening is gehouden;
- in het geval van de Belgische berekening met toepassing van de kaderregeling is uitgegaan van een maximaal toe te kennen vergoeding van BEF 1.200.000. In het

geval van de Belgische berekening zonder toepassing van de kaderregeling is uitgegaan van een woning met een kadastraal inkomen van BEF 75.000.

7.3. Kanttekeningen

De berekeningen overziend (bijlage 4), van boven naar beneden, valt direct de enorme werkgeversbijdrage voor de sociale zekerheid in België op. Die maakt dat een Belgische werknemer bij een gelijke werkgeverslast ten opzichte van zijn Duitse en Nederlandse collega het met NLG 50.000 respectievelijk NLG 60.000 minder brutoloon moet stellen.
Vervolgens valt op dat op het salaris van de Belgische en Duitse werknemer aanzienlijk meer sociale zekerheidspremies dienen te worden ingehouden respectievelijk afgedragen dan op het salaris van hun Nederlandse collega.[23] Dit effect wordt deels geëlimineerd door het feit dat in Nederland de premies voor de volksverzekeringen zijn geïntegreerd in de belastingheffing (en dus ook niet aftrekbaar zijn). De Duitse werknemersbijdrage voor de sociale zekerheid is overigens ook niet aftrekbaar.[24]

Afdalend naar beneden is de volgende post die we in de Nederlandse (bijlage 1) en de Belgische (bijlage 2) berekening tegenkomen de expatregeling. Deze leidt in Nederland tot een vrijgesteld inkomen van NLG 86.339; in België van NLG 33.208. Duitsland kent een dergelijke regeling niet, maar bij de berekening van de verschuldigde belasting komt duidelijk de werking van het Duitse splitsingsstelsel naar voren. Ondanks een aanzienlijk hoger belastbaar inkomen dan zijn Nederlandse collega, betaalt de Duitse werknemer toch NLG 10.000 minder belasting.
Overigens is het effect van de vrijstelling voor buitenlandse arbeidsdagen onder de kaderregeling beperkt. Om tot een substantiële vrijstelling te komen (in de sfeer van die onder de 35%-vergoedingsregeling) dient een zeer aanzienlijk deel van de arbeidsdagen in het buitenland te worden gemaakt.

De bijtelling voor privégebruik van de auto van de werkgever is in Nederland en Duitsland een stuk hoger dan in België.

De interestinkomsten worden zeer divers belast. In bijlage 1 zijn voor wat betreft Nederland geen rente-inkomsten aan te geven, gezien de status van fictief buitenlands belastingplichtige. In de situatie zonder toepassing van de 35%-vergoedingsregeling wordt in Nederland, na toepassing van de rentevrijstelling, een bedrag van NLG 18.000 aan de progressieve belastingheffing onderworpen en zal mitsdien tot een additionele belastingheffing van NLG 10.800 leiden.
In België is, na vrijstelling, NLG 17.000 aan belastingheffing onderworpen. Indien echter aan de voorwaarden wordt voldaan, vindt er slechts een roerende voorheffing van

15% plaats als eindheffing, zodat per saldo slechts NLG 2.549 belasting verschuldigd is ter zake van de interestinkomsten.
In Duitsland wordt, na vrijstelling, slechts een bedrag van NLG 6.292 aan belastingheffing onderworpen. Over dit bedrag is een additionele inkomstenbelasting van NLG 3.107 verschuldigd.

De door de werkgever ter beschikking gestelde woning leidt in Nederland tot een additionele belastingheffing van NLG 28.800,[25] in België van NLG 7.119 en in Duitsland van NLG 25.096. In België zijn wel sociale zekerheidsbedragen verschuldigd over het aan te geven voordeel van BEF 250.000.

Onder de toepassing van de kaderregeling kan een vergoeding voor huisvestingskosten belastingvrij worden uitbetaald. In dat geval zal de woonruimte niet tot belastingheffing aanleiding geven.[26] In de berekening in bijlage 2a is ervan uitgegaan dat de vergoeding onder het vermelde maximum blijft en mitsdien niet tot additionele belastingheffing aanleiding zal geven.

Op basis van het netto besteedbaar inkomen kan geconcludeerd worden dat in de Nederlandse situatie met toepassing van de 35%-vergoedingsregeling onder de gegeven omstandigheden de wig het kleinste is. Dit wordt met name veroorzaakt door de werking van de 35%-vergoedingsregeling en de relatief lage werknemers- en werkgeversbijdragen voor de sociale zekerheid.
De Nederlandse sociale lasten voor de werkgever en werknemer tezamen, inclusief volksverzekeringen, bedragen NLG 25.723 (waarvan NLG 12.975 niet aftrekbaar voor de werknemer), de Duitse NLG 43.266 (waarvan NLG 21.633 niet aftrekbaar voor de werknemer) en de Belgische NLG 97.790.

Aandacht verdient met name het effect van de 35%-regeling (belastingbesparing NLG 54.000) en de Nederlandse belastingheffing op de secundaire arbeidsvoorwaarden en de interestinkomsten.

8. CONCLUSIE

Zowel in de Europese Unie (rapport Monti) als in Nederland (nota Belastingen in de 21e eeuw) wordt met zorg gekeken naar de belastingdruk op de productiefactor arbeid en de invloed daarvan op de werkgelegenheid.
Een vergelijking van de systemen van belastingheffing van inkomsten uit arbeid, inkomsten uit vermogen en vermogenswinsten in Nederland, België en Duitsland leidt tot de conclusie dat de belastingheffing in deze landen qua systematiek redelijk vergelijkbaar is. Duidelijk afwijkende regelingen zijn de 35%-regeling in Nederland, de kaderregeling in België en het splitsingsstelsel in Duitsland.

Op basis van een gelijkblijvende totale brutoloonkost voor de werkgever is in een fictieve situatie berekend wat het daarbij behorende netto besteedbaar inkomen zou zijn voor een inwoner van Nederland, België respectievelijk Duitsland. De conclusie die zich aan de hand van de berekeningen opdringt is dat Nederland met toepassing van de 35%-vergoedingsregeling een zeer concurrend (netto) salarispakket kan bieden. Wel is de belastingdruk op de secundaire arbeidsvoorwaarden (en zonder de status van fictief buitenlands belastingplichtige onder de toepassing van de 35%-regeling ook op de rente-inkomsten) vergeleken met België en Duitsland ongunstiger.

Zonder toepassing van de 35%-vergoedingsregeling is de concurrentiepositie van Nederland duidelijk ongunstiger ten opzichte van het normale Duitse stelsel (zonder toepassing van specifieke faciliteiten). Mocht een afschaffing van de 35%-vergoedingsregeling (bijvoorbeeld door invoering van een code of conduct voor de inkomstenbelasting) ooit aan de orde komen, dan zal de Nederlandse concurrentiepositie op andere wijze veilig gesteld moeten worden.

Het Belastingplan voor de 21^{e} eeuw bevat reeds suggesties in dit verband en stelt ondermeer diverse varianten voor een tariefsverlaging voor. Echter ook elders (ondermeer in Duitsland) wordt reeds over tariefsverlagingen gesproken.

Wellicht valt de invoering van een splitting-stelsel geschoeid op Duitse leest in dit verband te overwegen, om tot een verdere verlaging van de effectieve belastingdruk te komen. Doch dit zal uiteraard budgettair haalbaar moeten blijven.

9. STELLINGEN

- De Nederlandse concurrentiepositie bij grensoverschrijdende werving van hoger management/specialisten is zonder toepassing van de 35%-vergoedingsregeling niet sterk.

- Harmonisatie van inkomstenbelasting binnen de Europese Unie is nog ver weg nu blijkt dat Nederland een ruime faciliteit nodig heeft om een vergelijking met het normale (zonder specifieke faciliteiten) Duitse stelsel te kunnen doorstaan.

- Nederland zal dan ook maatregelen dienen te nemen indien de invoering van een code of conduct op het gebied van de inkomstenbelasting alsnog aan de orde komt.

- In het Belastingplan voor de 21^{e} eeuw worden reeds diverse varianten voor tariefsverlagingen voorgesteld. Daar ook elders (bijvoorbeeld in Duitsland) al wordt gesproken over tariefsverlagingen, zou wellicht, indien budgettair haalbaar, de invoering van een systeem conform het Duitse splitting-stelsel verder soelaas kunnen bieden.

bijlage 1

NEDERLAND

		NLG
Totale werkgeverslasten		260.802
Premies werknemersvoorzieningen (werkgeversdeel)	-/- 9.432	
Overhevelingstoeslag	-/- 1.370	
		-/- 10.802
Brutoloon		250.000
Premies werknemersverzekeringen (werknemersdeel)	-/- 3.316	
Overhevelingstoeslag	+ 1.370	
		-/- 1.946
		248.054
35%-vergoeding (35% x 246.684)		-/- 86.339
		161.715
Bijtelling auto (20% x 99.900)	+ 19.980	
Arbeidskostenforfait	-/- 3.108	
		+ 16.872
Belastbaar inkomen		178.587
Basisaftrek tariefgroep 3		-/- 16.824
Belastbaar bedrag		161.763

VERSCHULDIGDE BELASTING EN PREMIEHEFFING

Belastbaar bedrag			161.763
eerste schijf:	8,85% x 47.184	4.175	
tweede schijf:	50% x 56.590	28.295	
derde schijf:	50% x 57.989	34.793	
		67.263	
Premies volksverzekeringen	27,5% x 47.184		12.975
			80.238

NETTO BESTEEDBAAR INKOMEN

Brutoloon		250.000
Premies werknemersverzekeringen (werknemersdeel)	-/- 3.316	
Overhevelingstoeslag	+ 1.370	
Verschuldigde inkomstenbelasting/ premies volksverzekeringen	-/- 80.238	
		82.184
		167.816
Kinderbijslag/jaar		
kind 9 jaar	+ 1.831	
kind 12 jaar	+ 2.154	
kind 14 jaar	+ 2.154	
		6.139
		173.955

RENTE

Belastbare rente-inkomsten	nihil

WOONRUIMTE

Belastbare woonruimte van de werkgever (= minder dan aftopping)	48.000
Verschuldigde belasting (60% x 48.000)	28.800

bijlage 1a

NEDERLAND

		NLG
Totale werkgeverslasten		260.802
Premies werknemersvoorzieningen (werkgeversdeel)	-/- 9.432	
Overhevelingstoeslag	-/- 1.370	
		-/- 10.802
Brutoloon		250.000
Premies werknemersverzekeringen (werknemersdeel)	-/- 3.316	
Overhevelingstoeslag	+ 1.370	
		-/- 1.946
		248.054
Bijtelling auto (20% x 99.900)	+ 19.980	
Arbeidskostenforfait	-/- 3.108	
		+ 16.872
Belastbaar inkomen		264.926
Basisaftrek tariefgroep 3		-/- 16.824
Belastbaar bedrag		248.102

VERSCHULDIGDE BELASTING EN PREMIEHEFFING

Belastbaar bedrag				248.102
eerste schijf:	8,85%	x 47.184	4.175	
tweede schijf:	50%	x 56.590	28.295	
derde schijf:	50%	x 144.328	86.596	
			119.066	
Premies volksverzekering	27,5%	x 47.184		12.975
				132.041

NETTO BESTEEDBAAR INKOMEN

Brutoloon		250.000
Premies werknemersverzekeringen (werknemersdeel)	-/- 3.316	
Overhevelingstoeslag	+ 1.370	
Verschuldigde inkomstenbelasting/ premies volksverzekeringen	-/- 132.041	
		133.987
		116.013
Kinderbijslag/jaar		
kind 9 jaar	+ 1.831	
kind 12 jaar	+ 2.154	
kind 14 jaar	+ 2.154	
		6.139
		122.152

RENTE

Rente-inkomsten	20.000
Rentevrijstelling	-/- 2.000
Belastbare rente-inkomsten	18.000
Verschuldigde belasting (60% x 18.000)	10.800
Netto besteedbare rente-inkomsten (20.000 -/- 10.800)	9.200

WOONRUIMTE

Belastbare woonruimte van de werkgever (12 x 4.000)	48.000
Verschuldigde belasting (60% x 48.000)	28.800

bijlage 2

BELGIË

		NLG
Totale werkgeverslasten		260.802
Werkgeversbijdrage		
sociale zekerheid	-/- 67.148	
Solidariteitsbijdrage auto	-/- 1.802	
		-/- 68.950
Brutoloon		191.852
Werknemersbijdrage		
sociale zekerheid		-/- 25.075
		166.777
Vermindering buitenlandse arbeidsdagen		-/- 33.208
		133.569
Wettelijk forfait	-/- 6.010	
Bijtelling auto	+ 5.462	
		-/- 548
Belastbaar inkomen		133.021
Toekenning echtgenoot		-/- 16.229

	ECHTGENOTE	KADERLID
Belastbaar bedrag	16.229	116.792

VERSCHULDIGDE BELASTING

			echtgenote	kaderlid
Belastbaar bedrag			16.229	116.792
eerste schijf:	25%	x 13.825	3.456	3.456
tweede schijf:	30%	x 2.404	721	
	30%	x 4.480		1.344
derde schijf:	40%	x 7.814		3.125
vierde schijf:	45%	x 33.989		15.295
vijfde schijf:	50%	x 30.054		15.027
zesde schijf:	52,5%	x 26.625		13.978
			4.177	52.225
Belastingvermindering vrijgesteld inkomen			-/- 2.185	-/- 2.185
Belastingvermindering drie kinderen ten laste				-/- 4.232
			1.992	45.808
Gezinstotaal				47.800
6% gemeentebelasting				2.868
3% crisisbelasting				1.434
Bijzondere bijdrage sociale zekerheid				1.612
Verschuldigde belasting en premieheffing				53.714

NETTO BESTEEDBAAR INKOMEN

Brutoloon		191.852
Werknemersbijdrage		
sociale zekerheid	-/- 25.075	
Verschuldigde belasting	-/- 52.102	
Bijzondere bijdrage		
sociale zekerheid	-/- 1.612	
		-/- 78.789
		113.063
Kinderbijslag/jaar		
kind 9 jaar	+ 5.518	
kind 12 jaar	+ 4.225	
kind 14 jaar	+ 2.716	
		12.459
		125.522

RENTE

Rente-inkomsten	20.000
Rentevrijstelling	-/- 3.005
Belastbare rente-inkomsten	16.995
Verschuldigde belasting (15% roerende voorheffing)	2.549
Netto besteedbare rente-inkomsten	17.451

WOONRUIMTE

Belastbare woonruimte van de werkgever	nihil

bijlage 2a

BELGIË

		NLG
Totale werkgeverslasten		260.802
Werkgeversbijdrage sociale zekerheid	-/- 67.148	
Solidariteitsbijdrage auto	-/- 1.802	
		-/- 68.950
Brutoloon		191.852
Werknemersbijdrage sociale zekerheid		-/- 25.075
		166.777
Wettelijk forfait	-/- 6.010	
Bijtelling auto	+ 5.462	
		-/- 548
Belastbaar inkomen		166.229
Toekenning echtgenoot		-/- 16.229

	ECHTGENOTE	KADERLID
Belastbaar bedrag	16.229	150.000

VERSCHULDIGDE BELASTING

			echtgenote	kaderlid
Belastbaar bedrag			16.229	150.000
eerste schijf:	25%	x 13.825	3.456	3.456
tweede schijf:	30%	x 2.404	721	
	30%	x 4.480		1.344
derde schijf:	40%	x 7.814		3.125
vierde schijf:	45%	x 33.989		15.295
vijfde schijf:	50%	x 30.054		15.027
zesde schijf:	52,5%	x 42.076		22.090
zevende schijf:	55%	x 17.758		9.767
			4.177	70.104
Belastingvermindering vrijgesteld inkomen			-/- 2.185	-/- 2.185
Belastingvermindering drie kinderen ten laste				-/- 4.232
			1.992	63.687
Gezinstotaal				65.679
6% gemeentebelasting				3.940
3% crisisbelasting				1.970
Bijzondere bijdrage sociale zekerheid				1.612
				73.201

NETTO BESTEEDBAAR INKOMEN

Brutoloon		191.852
Werknemersbijdrage		
sociale zekerheid	-/- 25.075	
Verschuldigde belasting	-/- 71.589	
Bijzondere bijdrage		
sociale zekerheid	-/- 1.612	
		-/- 98.276
		93.576
Kinderbijslag/jaar		
kind 9 jaar	+ 5.518	
kind 12 jaar	+ 4.225	
kind 14 jaar	+ 2.716	
		12.459
		106.035

RENTE

Rente-inkomsten	20.000
Rentevrijstelling	-/- 3.005
Belastbare rente-inkomsten	16.995
Verschuldigde belasting (15% roerende voorheffing)	2.549
Netto besteedbare rente-inkomsten	17.451

WOONRUIMTE

Belastbare woonruimte van de werkgever

Aangegeven dient te worden:
geïndexeerd kadastraal inkomen BEF 75.000 x 100/60 x 2 = BEF 250.000.

Daarop kan nog in aftrek worden gebracht de verschuldigde werknemersbijdrage sociale zekerheid van BEF 32.675.

Per saldo resteert dan een belastbaar bedrag van BEF 217.675, zijnde NLG 11.875.

Verschuldigde belasting: NLG 7.119.

bijlage 3

DUITSLAND

		NLG
Totale werkgeverslasten		260.802
Werkgeversbijdrage sociale zekerheid		-/- 21.633
Brutoloon		239.170
Werknemersbijdrage sociale zekerheid (niet aftrekbaar)		21.633
		239.170
Bijtelling auto	+ 15.249	
Forfaitaire persoonlijke aftrek	-/- 9.040	
Arbeidsforfait	-/- 2.247	
		+ 3.962
Belastbaar inkomen		243.132
Belastingvrije som	-/- 9.040	
Aftrek in verband met drie kinderen	-/- 23.299	
		-/- 23.299
Belastbaar bedrag		219.833

VERSCHULDIGDE BELASTING

Belastbaar bedrag		219.833
eerste schijf:	15.660	
tweede schijf:	17.750	
	33.441	
	2x	
	66.822	
5,5 % solidariteitsheffing	3.675	
	70.497	

NETTO BESTEEDBAAR INKOMEN

Brutoloon		239.170
Werknemersbijdrage sociale zekerheid	-/- 21.633	
Verschuldigde belasting	-/- 70.497	
		92.130
		147.040

RENTE

Rente-inkomsten	20.000
Rentevrijstelling	-/- 13.708
Belastbare rente-inkomsten	6.292
Verschuldigde belasting	3.107
Netto besteedbare rente-inkomsten	17.451

WOONRUIMTE

Belastbare woonruimte van de werkgever (12 x 4.000)	48.000
Verschuldigde belasting	25.096

bijlage 4

	Nederland		België		Duitsland
	met 35%-regeling	zonder 35%-regeling	met kaderregeling	zonder kaderregeling	
Werkgeverslasten	260.802	260.802	260.802	260.802	260.802
Brutoloon	250.000	250.000	191.852	191.852	239.170
Loonheffingen en werknemerspremies	82.184	133.987	78.789	98.276	92.130
Loon na belasting en premies	167.816	116.013	113.063	93.576	147.040
Rente	20.000	20.000	20.000	20.000	20.000
Belasting rente	0 187.816	10.800 125.213	2.549 130.514	2.549 111.027	3.107 163.933
Huurvergoeding	48.000	48.000	48.000	48.000	48.000
Belasting huurvergoeding	28.800 159.016	28.800 96.413	 130.514	8.904 102.123	25.096 138.837
Kinderbijslag	6.139	6.139	12.459	12.459	
Netto besteedbaar inkomen	165.155	102.552	142.973	114.582	138.837

NOTEN

1. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: A package to tackle harmful tax competition in the European Union*, Brussel, 5 november 1997.
2. Nota Belastingen in de 21e eeuw, een verkenning, Ministerie van Financiën, 11 december 1997.
3. Zie para. 2.1 van de nota.
4. Zie o.m. *European Tax Law*, Deventer, 1997, blz. 6 e.v.
5. Rapport van 5 november 1997.
6. Verslag van de Ecofin-raad van 1 december 1997.
7. Zie o.m. de laatste alinea van paragraaf 1.0 van de nota.
8. Zie bv. Kamerstukken II 1992/93, 22800 IX B, nr. 10, blz. 3-4.
9. Zie para. 1.0 van de nota.
10. Zie para. 2.1 van de nota.
11. Zie para. 2.3 van de nota.
12. In de meest recente versie: Besluiten van 29 mei 1995, DB95/1975 en DB95/119M.
13. De vergoeding mag maximaal 35% van het totale loon inclusief de vergoeding bedragen.
14. *Fiskoloog* 641, 10 december 1997.
15. Dit geldt indien de werkgever een rechtspersoon is. Indien de werkgever niet een rechtspersoon is, geldt voor een niet gemeubileerde woonruimte een fiscaal aan te geven voordeel van het kadastraal inkomen, vermenigvuldigd met 100/60. In geval van een gemeubileerde woonruimte dient het gevonden bedrag nog met 5/3 vermenigvuldigd te worden.
16. Zie para. 5.2.3.
17. Hierbij dienen wel de gehanteerde maxima in acht te worden genomen. In beginsel geldt een maximum voor de betaalde vergoedingen (exclusief de vergoeding voor kosten van schoolgaande kinderen en de eenmalige kosten) van BEF 450.000. Onder voorwaarden kan een maximale vergoeding van BEF 1.200.000 worden betaald.
18. Circulaire RH. 264/325.294, 8 augustus 1983, *Bull.Bel.* 620, 1983, 2061, Ministerie van Financiën.
19. Thans is in Duitsland een verwoede discussie gaande over de vraag wanneer het genietingsmoment van een optie is en wat er belast dient te worden. Het alhier verwoorde standpunt is het standpunt dat de Duitse belastingautoriteiten innemen. Zie voor een toelichting ondermeer: 'Taxation of employee stock options', *European Taxation,* december 1996.
20. Maximaal aan te geven huurwaardeforfait: NLG. 16.800.
21. Zie noot 20.
22. Alle bedragen zijn omgerekend in Nederlandse guldens, tenzij nadrukkelijk anders vermeld.
23. In dit verband doet de opmerking in para. 2.1 van de nota Belastingen in de 21e eeuw, dat de lastendruk op arbeid in Nederland internationaal bezien hoog is, met name als naast de belastingen tevens de sociale lasten in de vergelijking worden meegenomen, wat vreemd aan.
24. In de vergelijking wordt geen rekening gehouden met verschillen in de aanspraken die onder de verschillende sociale zekerheidsstelsels bestaan.
25. In beginsel kan onder de werking van de 35%-regeling onder voorwaarden een aftopping van het fiscaal aan te geven voordeel plaatsvinden, doch in het gegeven voordeel is het fiscaal aan te geven voordeel lager dan het met de aftopping gemoeide bedrag.
26. Zie ook noot 17: hierbij dienen wel de gehanteerde maxima in acht te worden genomen. In beginsel geldt een maximum voor de betaalde vergoedingen (exclusief de vergoeding voor kosten van schoolgaande kinderen en de eenmalige kosten) van BEF 450.000. Onder voorwaarden kan een maximale vergoeding van BEF 1.200.000 worden betaald.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Action plan for the single market, Communication of the Commission to the European Council.

A package to tackle harmful tax competition in the European Union, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament.

Arntz, Th. en F. Hey, 'The new 1996 German Tax Act', *Tax planning international review*, March 1996.

Asby, P., 'Taxation of relocation expenses as personal income around Europe', *Tax planning international review*, June 1997.

Belastingen in de 21e eeuw, Kabinetsnota, Ministerie van Financiën, 1997.

Bertram, F., 'Tax planning for expatriate moves to and from Germany', *European taxation* 2 (1993).

Bissell, Th.,'Tax planning for cross-border executive transfers', *Tax planning international review*, August 1990.

Bovenberg, A.L., 'Fiscale behandeling van vermogensinkomsten in de 21e eeuw', *WFR* 1998/6282.

Bredow, G.M., 'Steuergünstige Gestaltung von Aktienoptionen für leitende Angestellte ("stock options")', *DStR*, 51-52/96.

Brierly, T., 'Expatriate tax breaks in the Benelux countries', *Tax planning international review*, June 1990.

Bundessteuerblatt 1994, Teil 1, *Einkommensteuerrechtliche Behandlung von Options- und Finanztermingeschäften an der Deutschen Terminbörste.*

'21st century tax, commemorative jubilee theme issue', *Bulletin for international fiscal documentation* 11/12 (1996).

Circulaire RH. 624/325.294, 8 augustus 1983, Bull.Bel. 620, 1983, 2061, Ministerie van Financiën (België).

Daltry, T., F. Mascre en C. Leffers, 'Employee share schemes in United Kingdom, France and Germany', *European taxation* 10 (1993).
Dillen, L., *Jaarboek Personenbelasting 1997*, Diegem, 1997.

Endres, D. en K. Fleischer, 'New German tax legislation to come', *Tax planning international review*, October 1996.

Geppaart, Ch.P.A., 'Fiscale rechtsvinding in het kader van de Europese Unie', *WFR* 1996/6226.

Goethals, J. en J. Lebersorg, 'De circulaire voor buitenlandse kaderleden: een stand van zaken na 14 jaar praktijk', *AFT* 8/9, 1997.

Goudsweerd, K.P. en K. Caminada, 'Belastingen in de 21e eeuw: veel v's, weinig wol', *WFR* 1998/6277.

Jong, M.G. de, 'Harmonisatie van Europees belastingrecht', *WFR* 1997/6246.

Kavelaars, P., 'Loonheffingen en pensioenen: slechts en goed nieuws', *WFR* 1998/6277.

Lauwaars, R.H. en C.W.A. Timmermans, *Europees Gemeenschapsrecht in kort bestek*, Groningen, 1997.

Lier, A.P., D.G. van Vliet, A.D.G. Heering en G.H. Zevenboom, *Fiscale en juridische aspecten Europa 1992*, Deventer, 1992.

G. Mavraganis, 'Corporate income tax harmonization in the nineties', *Bulletin for international fiscal documentation* 4 (1993).

Michielse, G.M.M., *Inleiding in het Duitse Belastingrecht*, Arnhem, 1995.

Opstal, M. van, 'The Netherlands 35% percent rule: history and new developments', *Tax planning international review*, August 1995.

Portner, R. en A. Bödefeld, 'Taxation of employee stock options', *European Taxation* 12 (1996).

Portner, R. en A. Bödefeld, 'Besteuerung von Arbeitnehmer-Aktien-Optionen', *DStR* 17/95.

Pre-advies nr. 9 NOB, *Europees vennootschapsbelastingrecht*, Amsterdam, 1991.

Pre-advies nr. 11 NOB, *Europa aan de Orde*, Amsterdam, 1993.
Pre-advies nr 13 NOB, *Flexibele arbeidsrelaties en arbeidsbeloningen*, Amsterdam, 1996.

Rainer, A., 'Tax act 1997', *Bulletin for international fiscal documentation* 3 (1997).

Richardson, G. en R. Lanis, 'Apec tax harmonization', *Bulletin for international fiscal documentation* 10 (1996).

Saunders, R., 'What future now for tax harmonisation in Europe?', *Tax planning international review*, December 1992.

Taxation of individuals in Europe, Amsterdam, 1997.

Terra, B.J.M. en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer, 1997.

Tipke, K. en J. Lang, *Steuerrecht*, Köln, 1996.

Vanheeswijck, L., *De belasting van buitenlandse kader leden*, Antwerpen, 1986.

35%-Vergoedingsregeling, Besluit van 29 mei 1995, DB95/1975 en DB95/119M, Ministerie van Financiën, 1995.

Williams, D., 'Trends in social taxation', *Bulletin for international fiscal documentation* 6 (1997).

III. Internationale mobiliteit van personen en toekomstvoorzieningen

*mr R.M. Heerkens**

1. INLEIDING

Nog geen 34 jaar oud en reeds in het bezit van zeven pensioenpolissen; twee Franse, twee Nederlandse en drie Belgische. Deze uit België afkomstige *expatriate* heeft zich bij zijn lot neergelegd. Voor expatriates bestaat immers geen oplossing voor de pensioenbreuk die optreedt als gevolg van het wisselen van werkland. Ook het deelnemen aan een offshore pensioenverzekering biedt volgens zijn[1] belastingadviseur geen goede oplossing. De betalingen in verband met deze producten zouden van elke belastingaftrek zijn uitgesloten.

In de adviespraktijk van internationaal (opererende) belastingadvieskantoren is deze klacht met grote regelmaat te horen. Een internationaal pensioenplan waarin de werknemer ook gedurende zijn uitzending van een belastingfaciliteit (premie aftrekbaar/onbelast) gebruik kan maken, lijkt eenvoudigweg niet te bestaan. Ook in andere Europese landen lijkt de landsgrens een barrière op pensioengebied te vormen.[2] In een tijd waarin steeds meer bedrijven grensoverschrijdend gaan werken, is dit een ongewenst effect.

De grensoverschrijdende werknemer en zijn oudedagsvoorziening vormt het onderwerp van dit gedeelte van het preadvies.

Bij de bestudering van het onderwerp werd al snel duidelijk dat het stormt in pensioenland; bijna dagelijks verschijnen artikelen in dagbladen en tijdschriften. Ook versche-

* Mr R.M. Heerkens studeerde Nederlands recht aan de Katholieke Universiteit van Nijmegen en fiscaal recht aan de Katholieke Universiteit Brabant in Tilburg. Sinds 1994 is hij werkzaam als pensioenspecialist in de Global Human Resources Solutions afdeling van Price Waterhouse te Amsterdam.

nen enkele lijvige rapporten van de Sociaal-Economische Raad en de Stichting van de Arbeid.[3] De terugtredende overheid (privatisering) en de toenemende mobiliteit (globalisering) met de daarmee samenhangende roep om flexibilisering brengen de pensioenproblematiek vol in de aandacht.

Ook de vergrijzing en het effect hiervan op de kosten van de AOW en de aanvullende pensioenen is uitermate actueel. Een groot deel van de Nederlandse pensioenregelingen is gebaseerd op het zogenaamde 'eindloon' systeem (in 1995: 72%).[4] In een dergelijke pensioenregeling lopen de kosten flink op naarmate de werknemer ouder wordt. Hoewel elke prognose over de kosten sterk afhankelijk is van aannames, wordt een verdubbeling van de pensioenkosten in de tweede pijler in de komende dertig jaar als reëel aanvaard.[5] Dit geeft stof tot nadenken.

Dit dynamische geheel van ontwikkelingen wordt in dit preadvies bezien door de ogen van de grensoverschrijdende werknemer. Vanzelfsprekend kunnen hierbij de Europese ontwikkelingen niet onbehandeld blijven. Ondanks het feit dat het directe belastingrecht tot de soevereiniteit van de lidstaten behoort, kan het Europese Hof toetsen of de bepalingen van het directe belastingrecht in overeenstemming zijn met de beginselen van het Europese recht.[6] Het beleid dat de wetgever op fiscaal terrein uitstippelt zal derhalve EU-*proof* moeten zijn.

2. DE OPBOUW VAN EEN PENSIOENVOORZIENING (TWEEDE PIJLER)

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de opbouw van toekomstvoorzieningen in de zogenaamde 'tweede pijler'. Onder de tweede pijler wordt, althans voor dit gedeelte van het preadvies, verstaan de aanvullende pensioenregelingen welke in de relatie werknemer–werkgever zijn ontstaan.

In paragraaf 2.1. wordt de pensioenopbouw bestudeerd van werknemers die vanuit Nederland naar het buitenland worden uitgezonden en van werknemers in een *salary split* situatie. In paragraaf 2.2. wordt de pensioenopbouw bestudeerd van de werknemers die vanuit het buitenland naar Nederland worden uitgezonden. Tenslotte wordt in paragraaf 2.3. enige aandacht besteed aan de grensoverschrijdende waardeoverdracht.

2.1. Uitgaande personen en pensioenopbouw

2.1.1. Pensioenopbouw bij uitzending binnen concernverband

De werknemer die voor een beperkte tijd wordt uitgezonden naar een gelieerde buitenlandse onderneming zal doorgaans de behoefte hebben om gedurende zijn uitzending in de Nederlandse pensioenregeling te blijven deelnemen. Dit betekent dat de werknemer in het buitenland werkt en in Nederland bij zijn Nederlandse werkgever zijn pensioenrechten opbouwt.

De fiscale gevolgen van de voortgezette pensioenopbouw in Nederland tijdens een uitzending naar het buitenland zijn niet geheel duidelijk. Met enige regelmaat wordt de stelling ingenomen dat de Nederlandse pensioenopbouw leidt tot een bovenmatige pensioenaanspraak.[7] Dit standpunt wordt gestoeld op de gedachte dat een pensioenregeling aan de salaris/diensttijdnorm moet voldoen. Zowel het salaris als de diensttijd dienen per werkgever bekeken te worden. Indien men aanneemt dat de buitenlandse werkzaamheden worden verricht voor een buitenlandse werkgever (en dus niet voor de Nederlandse werkgever), mag de Nederlandse werkgever geen pensioen toezeggen over het 'buitenlandse' salaris. In dit verband kan ook worden gewezen op een Uitspraak van het Hof Leeuwarden van 19 februari 1988.[8] In deze uitspraak wordt de tijd die een werknemer bij een buitenlandse vestiging van het concern heeft doorgebracht niet als diensttijd van de Nederlandse werkgever aangemerkt.

Afgezien van korte uitzendingen (enkele maanden) lijkt de stelling dat er sprake is van een buitenlandse werkgever verdedigbaar. Hoewel doorgaans de arbeidsovereenkomst met de Nederlandse werkgever in stand blijft, zal door de arbeidsrelatie met het buitenlandse concernonderdeel gesproken kunnen worden van een buitenlandse werkgever. Dit geldt ook voor situaties dat de uitzending niet met een lokaal arbeidscontract maar met een uitzendbrief wordt geformaliseerd.

De visie van het Ministerie van Financiën over de voortgezette pensioenopbouw is niet geheel duidelijk. In het kader van het rapport Fiscale behandeling pensioenen (hierna: Rapport Witteveen)[9] heeft de staatssecretaris op 12 juni 1996 enkele uitlatingen gedaan die voor meerdere uitleg vatbaar zijn.[10] Het is overigens de vraag welke rechtskracht aan deze uitlatingen kan worden ontleend. Het Ministerie van Financiën heeft op 5 december 1997 te kennen gegeven de aanbevelingen van het Rapport Witteveen middels wetgeving te verwerken.[11]

In het voormelde schrijven van 12 juni 1996 zal de volgende tekst opgenomen worden: "Bij uitzending van werknemers naar het buitenland wordt er soms voor gekozen de pensioenregeling in stand te laten op basis van een schaduwsalaris, met doorberekening aan de werkmaatschappij waar de werknemer werkzaam is en zonder dat de premie ten

laste van de Nederlandse fiscus komt. Het ontmoet geen bezwaar voor de binnenlands belastingplichtige in dat geval deze periode in het buitenland als diensttijd aan te merken."

Dit citaat is niet geheel duidelijk. Het lijkt de voortzetting van de pensioenopbouw in Nederland tijdens de uitzending naar het buitenland toe te staan mits de kosten niet ten laste van de Nederlandse belastingen komen en de werknemer binnenlands belastingplichtig blijft. In de praktijk zal slechts een zeer beperkt aantal uitgezonden werknemers binnenlands belastingplichtig blijven (alleen grensarbeiders). De toezegging lijkt daardoor in grote lijnen krachteloos te worden. Dit is vanzelfsprekend niet de bedoeling geweest.

De tekst lijkt alleen te verklaren indien ervan wordt uitgegaan dat de overheid bij het opstellen van de tekst op twee gedachten hinkte.[12] Het citaat tracht zowel de situatie van de voortgezette pensioenopbouw bij de Nederlandse werkgever als de inkoop van pensioenrechten na afloop van de uitzending te regelen. Dat het citaat ook betrekking heeft op inkoop kan worden afgeleid uit de begrippen 'binnenlands belastingplichtige', 'uitzending' en 'diensttijd'. Met andere woorden: na afloop van de uitzending kan voor een binnenlands belastingplichtige in verband met de buitenlandse diensttijd pensioen worden ingekocht. Dit is in lijn met eerdere toezeggingen.[13]

Deze toezegging heeft voor Nederlandse bedrijven met expatriates in het buitenland een grote praktische betekenis. Het valt in dit kader dan ook uitermate te betreuren dat de langverwachte toezegging veel weg heeft van een cryptogram, zodat ook nu nog alleen geraden kan worden naar de bedoeling van de overheid. Wat gebeurt er bijvoorbeeld indien een buitenlands concernonderdeel ontbreekt en de kosten niet kunnen worden doorbelast, de uitzending langer dan 5 jaar duurt of de werknemer niet langer binnenlands belastingplichtig is.

Men kan zich afvragen of de stelling dat voortzetting van de pensioenopbouw in Nederland tijdens een uitzending naar het buitenland leidt tot een bovenmatig pensioenaanspraak wel terecht is. Deze stelling scharniert op de gedachte dat de buitenlandse werkzaamheden niet voor de Nederlandse maar voor de buitenlandse werkgever worden verricht. In een volledig Nederlandse situatie worden de dienstjaren bij verschillende zelfstandige onderdelen van het concern bij elkaar opgeteld.[14] Stevens merkt op dat zelfs de dienstjaren van niet gelieerde werkgevers bij elkaar kunnen worden opgeteld indien de werkgevers binnen eenzelfde bedrijfstak actief zijn en de pensioenrechten bij hetzelfde bedrijfspensioenfonds zijn verzekerd.[15] Tegen deze achtergrond lijkt het niet rechtvaardig om bij een uitzending binnen concernverband de diensttijd per concernonderdeel te bekijken. De reden voor een dergelijke afwijkende behandeling zou dan gelegen zijn in het feit dat de werknemer voor een *buitenlands* en niet voor een binnenlands concernonderdeel werkt. Zeker gezien het ontbreken van een budgettair

belang voor de overheid, lijkt een dergelijke afwijkende behandeling niet gerechtvaardigd. Ook het voorstel van Kooijmans om de voortgezette pensioenopbouw in Nederland slechts toe te staan voor de (zeer) korte uitzendingen van 1 jaar[16] lijkt op basis van het voorgaande niet rechtvaardig. Daarenboven is de gekozen periode van uitzending (1 jaar) willekeurig en zal in vele praktijksituaties geen oplossing bieden.

Indien een buitenlands concernonderdeel ontbreekt, kan er geen sprake zijn van een buitenlandse werkgever. Er is in deze situatie geen argument voorhanden om de buitenlandse diensttijd of beloning aan een andere werkgever dan de Nederlandse toe te rekenen. In deze situatie worden de kosten van zowel het salaris als het pensioen in Nederland ten laste van de winst gebracht. Daar staat tegenover dat ook de winsten van de buitenlandse activiteiten in Nederland worden belast. Het is onduidelijk op basis van welke argumenten de voortgezette pensioenopbouw in Nederland leidt tot een bovenmatige pensioenaanspraak indien de kosten ten laste van de Nederlandse belastingen worden gebracht. In deze situatie blijft men in dienst van de Nederlandse werkgever. Waar de kosten worden afgetrokken is niet ter vrije keus van de belastingplichtige maar wordt bepaald door regels van internationaal belastingrecht. De eis dat de kosten van de pensioenregeling niet ten laste van de Nederlandse belastingen mogen worden gebracht, kan derhalve in alle redelijkheid niet worden gehandhaafd. In welk land de kosten worden betaald, staat los van de vraag of een pensioenregeling bovenmatig is.

Bij een wisseling van dienstbetrekking (of uitzending) binnen concernverband kan men in zekere mate spreken van een voortgezet dienstverband. Hierin ligt dan ook de rechtvaardiging om de begrippen 'diensttijd' en 'genoten beloning' te bezien per concern en niet per concernonderdeel (werkgever). Voor de bepaling van de bovenmatigheid van een pensioenaanspraak kunnen de begrippen 'diensttijd' en 'genoten beloning' als volgt worden gedefinieerd:

Diensttijd:	de tijd dat een werknemer, waar ook ter wereld, in dienst is bij een onderdeel van het concern.
Genoten beloning:	een door een werknemer ontvangen beloning voor werkzaamheden die hij, waar ook ter wereld, voor het concern heeft verricht.

Het begrip 'uitzending' hoeft in deze opzet niet te worden gedefinieerd. Voor de invulling van het begrip 'concern' zou de definitie 'in een groep verbonden vennootschappen' kunnen worden gehanteerd. Deze band zou bijvoorbeeld kunnen blijken uit de aandelenverhoudingen, organisatorische banden of de wijze waarop het bedrijf zich naar buiten toe presenteert.

2.1.2. Pensioenopbouw bij uitzending buiten concernverband

Men kan zich afvragen of de voortgezette pensioenopbouw leidt tot een bovenmatige pensioenaanspraak indien de werknemer *niet* binnen concernverband wordt uitgezonden. Deze situatie komt in de praktijk veel minder vaak voor dan de hiervoor besproken uitzendingen binnen concernverband.

In uitzendsituaties (wellicht behalve de zeer korte uitzendingen) zal er sprake zijn van een buitenlandse werkgever. Slechts in de situatie dat de uitzending wordt geformaliseerd door een uitzendbrief (en niet door een lokaal arbeidscontract) zou het standpunt verdedigd kunnen worden dat de buitenlandse onderneming niet is aan te merken als een werkgever. Een in Nederland voortgezette pensioenopbouw tijdens de buitenlandse uitzending hoeft dan niet tot een bovenmatige pensioenaanspraak te leiden.

In de meerderheid van de situaties zal men echter moeten concluderen dat een buitenlandse werkgever aanwezig is, zodat de voortgezette pensioenopbouw leidt tot een bovenmatige pensioenaanspraak. Dit is slechts anders indien de buitenlandse werkgever zelfstandig een pensioen toezegt aan de werknemer en er vervolgens voor kiest dit pensioenrecht onder te brengen in de pensioenregeling van de Nederlandse werkgever. De Nederlandse werkgever verricht dan slechts een dienst aan de buitenlandse werkgever. Vanzelfsprekend zal de buitenlandse werkgever voor deze dienst moeten betalen.

Gezien het ontbreken van enig financieel belang voor de Nederlandse overheid en de wenselijkheid de pensioenopbouw in grensoverschrijdende situaties niet onnodig te compliceren, wordt uit praktische overwegingen het volgende voorgesteld.

Voorstel
De voortgezette pensioenopbouw in Nederland tijdens een uitzending buiten concernverband leidt niet tot een bovenmatige pensioenaanspraak indien en voorzover de werknemer in Nederland sociaal verzekerd is gebleven. Hierdoor wordt aangesloten bij het systeem van de EG-verordening 1408/71. Dit betekent dat de voortgezette pensioenopbouw wordt toegestaan bij korte uitzendingen waarbij een sterke band met de uitzendende werkgever blijft bestaan.

2.1.3. Inkoop van buitenlandse diensttijd

In het Rapport Witteveen is in aanbeveling 14 de inkoop van niet of onvoldoende verzekerde dienstjaren geregeld. Inkoop betekent dat de werkgever over dienstjaren die niet meetellen voor de pensioenopbouw achteraf een pensioen toezegt. De Werkgroep Witteveen stelde voor om onder andere inkoop van in het buitenland doorgebrachte dienstjaren toe te staan. Hieraan wordt de voorwaarde verbonden dat de mogelijkheid

tot inkoop wordt beperkt tot de buitenlandse dienstjaren die voor de sociale zekerheidswetgeving worden aangemerkt als detachering.

In het hiervoor vermelde citaat van het Ministerie van Financiën lijkt de inkoop van buitenlandse dienstjaren na afloop van de uitzending te worden toegestaan. Deze toezegging is behoorlijk genereus te noemen. De kosten van een pensioenregeling welke verband houden met de buitenlandse pensioenregeling worden in Nederland ten laste van het belastbaar inkomen gebracht. Deze mogelijkheid lijkt uitermate geschikt om in zogenaamde 'achteraf'-situaties pensioenbreuken te repareren, bijvoorbeeld in situaties waarin tijdens de uitzending geen pensioen is opgebouwd. De hiermee verband houdende pensioenbreuk kan middels de inkoop van de diensttijd na afloop van de detachering worden geheeld.

Als algemene oplossing voor de pensioenproblematiek van uitgezonden werknemers lijkt deze oplossing minder geschikt. Hiervoor zijn de volgende argumenten voorhanden:

- Risico dekking ten tijde van uitzending: doordat de pensioenopbouw tijdens de uitzending wordt gestaakt, is de werknemer niet meer verzekerd tegen arbeidsongeschiktheid en voor overlijden. Dit betekent dat bij het overlijden van de werknemer tijdens de uitzending geen nabestaandenrisico is verzekerd.
- Verbreking dienstverband: indien de dienstbetrekking tijdens de uitzending wordt verbroken, zal de werknemer in een zwakke juridische positie verkeren om de inkoop van dienstjaren alsnog af te dwingen. De werknemer kan dan een pensioenrecht mislopen.
- Allocatie van kosten: de kosten van de inkoop van pensioenrechten komen in Nederland terecht terwijl de kosten in wezen verband houden met buitenlandse werkzaamheden die doorgaans voor rekening van de buitenlandse vestiging dienen te komen. Dit is vanuit bedrijfseconomisch oogpunt niet wenselijk.

2.1.4. Pensioenopbouw en salary split

In de praktijk wordt het standpunt verdedigd dat de voortgezette pensioenopbouw in Nederland op basis van het wereldwijde salaris en diensttijd in een salary split[17] situatie leidt tot een bovenmatige pensioenaanspraak.

Een werknemer met een salary split is een werknemer die zijn werkzaamheden voor twee of meer vestigingen in twee of meer landen uitoefent. De belastingheffing wordt door de toepasselijke belastingverdragen aan de verschillende (werk)landen toegewezen. In de praktijk wordt er veelal voor gekozen om de pensioenopbouw in één land (veelal het woonland) voort te zetten op basis van het wereldsalaris. De salary split zal veelal worden geëffectueerd door de werknemer een arbeidscontract met de buiten-

landse werkgever te laten tekenen. Hierin vindt Kooijmans de rechtvaardiging om in een salary split situatie een voortgezette pensioenopbouw in Nederland op basis van het wereldinkomen/diensttijd niet toe te staan terwijl een dergelijke voortgezette pensioenopbouw in geval van uitzending (onder voorwaarden) wel mogelijk zou moeten zijn.[18] In de praktijk zal in het geval van een uitzending veelal ook een buitenlandse werkgever aanwezig zijn. Dit geldt zeker in situaties dat de uitzending wordt geformaliseerd door een lokaal arbeidscontract (hetgeen in de praktijk met grote regelmaat gebeurt).

Hierdoor lijkt het rechtvaardig om op basis van dezelfde argumenten als genoemd in paragraaf 2.1.1. de voorgestelde definities van de begrippen 'diensttijd' en 'genoten beloning' ook in salary split situaties te hanteren. Indien de betrokken werkgevers in concern zijn verbonden, leidt een voortgezette pensioenopbouw in Nederland niet tot een bovenmatige pensioenaanspraak. De buitenlandse activiteiten kunnen worden gezien als een voortgezet dienstverband voor hetzelfde concern. De overheid heeft overigens geen budgettair belang om een dergelijke voortgezette pensioenopbouw te verhinderen. De kosten zullen doorgaans aan het buitenlandse kantoor worden doorbelast en niet ten laste van de Nederlandse belastingen komen. In het buitenland zullen, in het merendeel van de gevallen, de premies tot het belastbaar inkomen moeten worden gerekend.

Leeflang acht het standpunt dat de voortgezette pensioenopbouw in een salary split situatie leidt tot een bovenmatige pensioenaanspraak in strijd met de toezeggingen van de staatssecretaris en volslagen irreëel.[19] Blijkbaar beschouwt Leeflang een salary split als een 'deeltijd uitzending'. Ter onderbouwing van dit standpunt kunnen argumenten worden aangedragen. In de praktijk zal een werknemer na beëindiging van de buitenlandse activiteiten in bijna alle gevallen weer fulltime in Nederland gaan werken. De werknemer ervaart een dienstverband met het concern en niet met een van de vestigingen. Hoewel in de praktijk een salary split veel overeenkomsten met een deeltijduitzending kan vertonen, blijft het theoretisch onjuist ze als gelijk te beschouwen. De uitzending heeft nu eenmaal een tijdelijk karakter en een salary split niet. Nu het Ministerie van Financiën de salary split niet met zoveel woorden heeft genoemd, lijkt de stelling dat de toezeggingen van het Ministerie van Financiën ten aanzien van uitzendingen ook op een salary split situatie van toepassing zijn, minder goed verdedigbaar.

Indien men de gedachte aanvaardt dat diensttijd en genoten beloning niet vestiging- maar concerngerelateerde begrippen zijn, levert de salary split binnen concernverband geen problemen op voor de voortzetting van de pensioenopbouw op basis van de wereldsalaris/diensttijdnorm.

Voor een salary split buiten concernverband liggen de zaken anders. In deze situatie lijkt het verdedigbaar dat de in Nederland voortgezette pensioenopbouw leidt tot een bovenmatige pensioenaanspraak. Zoals ook bij uitzendingen buiten concernverband

kan de buitenlandse werkgever zelfstandig een pensioen toezeggen dat wordt verzekerd bij de Nederlandse werkgever. De bovenmatigheid kan op deze wijze worden voorkomen.

2.2. Inkomende personen en pensioenopbouw

2.2.1. Pensioenopbouw bij uitzending naar Nederland

Indien een buitenlandse werknemer naar Nederland wordt uitgezonden, zal hij overwegen de deelname in de buitenlandse pensioenregeling waarin hij deelnam in de periode voorafgaand aan zijn uitzending, te continueren. Hierbij rijst vanzelfsprekend de vraag of de betaling van de pensioenpremies vanuit Nederland aan de buitenlandse pensioenregeling in Nederland aftrekbaar ofwel onbelast zijn. Om te kwalificeren voor deze belastingfaciliteit dient de buitenlandse pensioenregeling aan de wettelijke voorwaarden te voldoen.[20] Deze voorwaarden zijn opgenomen in de Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB) en hebben betrekking op:

1. de omvang van de pensioenaanspraak (salaris/diensttijdnorm); en
2. de kring van begunstigden (grofweg werknemer, partner en kinderen tot 30 jaar); en
3. de pensioenuitvoerder.

In de Nederlandse belastingwetten is een speciale bepaling opgenomen voor buitenlandse pensioenuitvoerders.[21] De buitenlandse verzekeraar kan worden aangemerkt als een kwalificerende pensioenverzekeraar indien de werknemer reeds in de periode voorafgaand aan zijn komst naar Nederland deelnam in de buitenlandse pensioenregeling. Dit zal in de meeste situaties het geval zijn. Hoewel deze bepaling in eerste instantie heel genereus lijkt, blijkt de praktische toepasbaarheid tegen te vallen. De buitenlandse pensioenverzekering zal ook aan de overige voorwaarden moeten voldoen. Dit betekent onder andere dat de buitenlandse pensioenregeling aan de salaris/diensttijdnorm zal moeten voldoen,[22] de pensioenregeling niet afkoopbaar mag zijn[23] en de kring van gerechtigden beperkt dient te zijn. In de praktijk blijken de buitenlandse pensioenregelingen slechts zelden aan deze voorwaarden te voldoen. Het genereuze gebaar om ook buitenlandse verzekeraars toe te laten, is hierdoor een min of meer dode letter.[24]

Het voorgaande heeft tot gevolg dat de pensioenpremies die worden betaald aan een buitenlandse pensioenregeling niet aftrekbaar ofwel onbelast zijn. Zeker in situaties dat werknemers binnen concernverband naar Nederland worden uitgezonden, is de voortzetting van de deelname in de buitenlandse pensioenregeling gewenst. Het wisselen van pensioenregeling per uitzending resulteert in een versnippering van de pensioenrechten en veelal ook in een pensioenbreuk. Men kan zich afvragen of de regelgeving jegens

expatriates wel geheel consistent is. Denk aan de redelijk genereuze 35%-regeling voor buitenlandse expatriates enerzijds en de obstakels op pensioengebied anderzijds.

2.2.2. Aanwijzing van de buitenlandse pensioenregeling

In het Nederlandse belastingrecht is het mogelijk om de buitenlandse pensioenregeling te laten aanwijzen.[25] De aanwijzing heeft tot gevolg dat de buitenlandse pensioenregeling voor Nederlandse belastingdoeleinden wordt aangemerkt als een kwalificerende pensioenregeling waarvan de premies aftrekbaar ofwel onbelast zijn. Het Ministerie van Financiën is bevoegd te besluiten op een verzoek tot aanwijzing. De voorwaarden waaraan moet worden voldaan, zijn opgenomen in het besluit van 22 mei 1996[26] en in de beleidsregels van de verzekeringskamer[27].

De meest in het oog springende fiscale voorwaarden zijn:

1. De zogenaamde dubbele plafondtoets. De in Nederland verleende belastingfaciliteit mag door de aanwijzing niet gunstiger zijn dan een faciliteit op basis van een Nederlandse pensioenregeling. In andere woorden, de pensioenpremie is slechts aftrekbaar ofwel onbelast indien en voorzover deze de maximale premie, berekend op basis van de salaris/diensttijdnorm, niet overtreft. Daarnaast mag de Nederlandse faciliteit niet gunstiger zijn dan de belastingfaciliteit zou zijn geweest in een zuiver buitenlandse situatie. Dit betekent dat de pensioenpremie slechts aftrekbaar ofwel onbelast is, indien en voorzover dergelijke pensioenpremies in het land van herkomst ook aftrekbaar ofwel onbelast zouden zijn geweest.
2. Nederland heeft met het nieuwe woonland een belastingverdrag waarin bepalingen zijn opgenomen omtrent het uitwisselen van informatie. Landen van de Europese Unie kwalificeren ook.
3. De werknemer dient reeds voorafgaand aan de uitzending deel te nemen in de buitenlandse pensioenregeling.
4. De werknemer wordt niet voor een periode langer dan 5 jaar uitgezonden.
5. De werknemer vestigt zich in Nederland.
6. De werknemer is niet in Nederland geworteld.
7. De Nederlandse werkgever zegt het pensioen toe.

De verzekeringskamer eist dat er sprake moet zijn van een tijdelijke detachering binnen concernverband. De goedkeuring wordt voor een periode van 5 jaar gegeven.

De voorwaarden zijn stringent. De praktische waarde van de mogelijkheid van aanwijzing zal afhangen van de wijze waarop in de praktijk met de voorwaarden wordt omgesprongen. Indien bijvoorbeeld de eerste en de zesde voorwaarde streng worden uitgelegd, kan het werkingsgebied van de aanwijzingsprocedure fors worden beperkt. Het

lijkt redelijk de voorwaarden slechts te gebruiken om misbruik of ongewenste bevoordeling te voorkomen.

Een redelijke toepassing van de dubbele plafondtoets zou resulteren in een marginale controle. In Nederland zou gecontroleerd kunnen worden of het bedrag van de aftrek niet substantieel hoger is dan gezien de salaris/diensttijdnorm is toegestaan. In het buitenland controleert men slechts of de premies aan deze regeling in het buitenland aftrekbaar ofwel onbelast zouden zijn geweest. In de praktijk lijkt het ministerie deze toets strenger uit te leggen. Het ministerie vraagt bijvoorbeeld een vergelijking tussen de omvang van de pensioenpremies van de betreffende expatriate en de omvang van de pensioenpremies die worden betaald ten behoeve van Nederlandse werknemers in vergelijkbare functies binnen het bedrijf. De meeste expatriates worden naar Nederland gehaald vanwege hun gespecialiseerde deskundigheid dan wel ervaring. Een Nederlandse werknemer in een vergelijkbare functie is hierdoor vaak niet te vinden. Stel de buitenlandse pensioenregeling is gunstiger dan de pensioenregeling van de Nederlandse vestiging. Indien het Ministerie van Financiën hieraan de consequentie zou verbinden dat de buitenlandse regeling niet kan worden aangewezen, worden de antimisbruikvoorwaarden van het besluit 'opgerekt'. Overigens is er ook geen sprake van misbruik. Indien de totale omvang van de pensioenpremies op basis van de salaris/diensttijdnorm niet bovenmatig is, zijn er geen argumenten voorhanden om in deze situatie aanwijzing te weigeren.

De hiervoor als zesde genoemde voorwaarde eist dat de werknemer niet in Nederland geworteld mag zijn. Een verdere toelichting wordt in het besluit van 22 mei 1996 niet gegeven. De term 'geworteld' kennen we ook van de oude 35%-aftrekregelingen (onder de nieuwe 35%-regeling wordt de term 'geworteld' niet meer gebruikt). Hierbij was onder andere de duur van het eerder verblijf in Nederland van belang. Gezien de vragen welke het ministerie in aanwijzingsprocedures stelt, lijkt het ministerie voor aanwijzingen een vergelijkbare invulling aan het begrip 'geworteld' te geven als onder de oude 35%-aftrekregelingen. Het is volstrekt legitiem dat het ministerie enige informatie wenst over het verleden van de betreffende werknemer. Deze informatie is noodzakelijk om de misbruiksituaties te identificeren. Het lijkt echter niet in lijn met de bedoeling van de aanwijzingsprocedure om de aanwijzing te weigeren enkel op basis van redenen van eerder verblijf. Stel een Nederlander heeft tot zijn 15e levensjaar in Nederland gewoond. Daarna is hij met zijn ouders geëmigreerd. In zijn nieuwe woonland heeft hij gestudeerd en vervolgens een baan gevonden. Indien hij wordt uitgezonden naar Nederland zou zijn pensioenregeling van aanwijzing zijn uitgesloten op basis van zijn eerdere verblijf in Nederland. In hoeverre het ministerie voornemens om deze voorwaarde op deze wijze uit te leggen is niet bekend.

De verzekeringskamer eist dat detachering binnen concernverband plaatsvindt. Deze voorwaarde vormt een beperking van de aanwijzingsprocedures. De reden waarom een

aanwijzing beperkt zou moeten worden tot uitzendingen binnen concernverband is onduidelijk. Het verdient de voorkeur om de concern-eis te vervangen door de eis dat de werknemer in het land van herkomst sociaal verzekerd is gebleven. Hiermee zou worden aangesloten bij de regeling op basis van de verordening 1408/71 (zie ook 2.2.4.).

Overigens leidt de voorwaarde dat de verzekeringskamer ontheffing moet verlenen tot de merkwaardige situatie dat Europese verzekeringsmaatschappijen voor de aanwijzing een ontheffing van de verzekeringskamer nodig hebben terwijl op basis van de Pensioen- en spaarfondsenwet (hierna: PSW) geen ontheffing is vereist (derde verzekeringsrichtlijnen). Met andere woorden: in verband met de aanwijzing dient een belastingplichtige de verzekeringskamer om toestemming te vragen zodat de verzekeringsmaatschappij niet aan de voorwaarden van artikel 2 PSW hoeft te voldoen als de verzekeringsmaatschappij al aan deze voorwaarden voldoet. Enige afstemming van de verschillende regelingen lijkt gewenst.

De buitenlandse pensioenregeling wordt slechts per werknemer aangewezen en is uitermate tijdrovend (doorgaans langer dan een jaar). Vanzelfsprekend zijn de kosten van de (belasting)adviseur voor een dergelijke arbeidsintensieve procedure navenant. Hierdoor is de aanwijzing van de buitenlandse pensioenregeling slechts voor de beter betaalde expatriate een reëel alternatief.

Tenslotte moet er sprake zijn van een Nederlandse werkgever die het pensioen toezegt. In situaties waarin een werknemer wordt uitgezonden is de kans reëel dat het pensioen wordt toegezegd door de buitenlandse werkgever.

Concluderend kan men stellen dat de mogelijkheid tot aanwijzing een goed initiatief is. Helaas wordt de werking van de aanwijzingen beperkt door de omvang van de administratieve procedure. Daarnaast is een aanwijzing slechts mogelijk voor de korte uitzendingen binnen concernverband. Tenslotte is de praktische waarde van de mogelijkheid tot aanwijzing sterk afhankelijk van de wijze waarop de voorwaarden in de praktijk worden toegepast. De aanwijzing vormt derhalve nog geen sluitende oplossing voor de problemen rondom de voortzetting van de deelname in de buitenlandse pensioenregeling, maar biedt wel een oplossing voor een deel van de problematiek.

2.2.3. Non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen

Nederland heeft in enkele belastingverdragen non-discriminatiebepalingen opgenomen met betrekking tot de fiscale behandeling van pensioenpremies die worden betaald aan een kwalificerende pensioenregeling van de andere staat.[28] Deze bepalingen moeten erin resulteren dat de pensioenpremies die door een uitgezonden werknemer worden betaald aan de pensioenregeling in het land van waaruit hij wordt uitgezonden aftrek-

baar zijn in het (nieuwe) woon- en/of werkland. Een dergelijke bepaling is opgenomen in bijvoorbeeld artikel 28, lid 5 van het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten. In het OESO-modelverdrag is een dergelijke bepaling overigens niet opgenomen. Overigens wordt een dergelijke bepaling wel aanbevolen in de toelichting.[29]

Deze verdragsbepalingen bevatten doorgaans ook een 'ontsnappingsclausule' voor het woon- en/of werkland. Een staat is niet verplicht om een belastingfaciliteit te verlenen voor pensioenpremies die aan een buitenlandse pensioenregeling zijn betaald, indien de pensioenregeling niet overeenkomt met een door die staat voor belastingheffing erkende pensioenregeling. Doorgaans zal een buitenlandse pensioenregeling niet voldoen aan de voorwaarden welke het Nederlandse belastingrecht aan een kwalificerende pensioenregeling stelt. Het beleid van de Nederlandse overheid ten aanzien van de wijze waarop met de 'ontsnappingsclausule' zal worden omgegaan, is niet bekend. Indien het Ministerie van Financiën de buitenlandse pensioenregeling toetst aan de voorwaarden van de Wet LB, verwordt deze verdragsbepaling in veel gevallen tot een dode letter. Het werkingsgebied van deze non-disciminatiebepaling komt derhalve overeen met het werkingsgebied van artikel 11b, lid 1, letter c, Wet LB (de buitenlandse pensioenverzekeraar). In wiskundige termen wel aangeduid als de 'lege verzameling'. Dit resultaat lijkt zeer slecht te rijmen met het verdragsbeleid van de Nederlandse overheid waarin wordt gesteld dat tijdelijk in Nederland tewerkgestelde werknemers, op dit punt, nu juist tegemoet moet worden gekomen.[30]

De non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen bieden op basis van het voorgaande geen oplossing voor de problemen ten aanzien van de voortzetting van een buitenlandse pensioenregeling. Een soepeler interpretatie van de tekst zou de bepalingen enige (weliswaar beperkte) praktische waarde kunnen geven

2.2.4. De ontwerprichtlijn

Sinds enkele jaren wordt op Europees niveau hard gewerkt aan een oplossing voor de in paragraaf 2.2.1. vermelde pensioenproblematiek van uitgezonden werknemers.[31] Deze inspanningen hebben in oktober 1997 geresulteerd in een ontwerprichtlijn van de Europese Commissie.[32] De ontwerprichtlijn bevat een regeling welke betrekking heeft op de voortgezette pensioenopbouw in het land van herkomst tijdens een uitzending naar een andere lidstaat. Artikel 7 van deze ontwerprichtlijn bepaalt dat het werkland de pensioenpremies die gedurende de uitzending worden betaald aan een kwalificerende pensioenregeling in het land van herkomst, op een gelijke fiscale wijze dient te behandelen als binnenlandse pensioenpremies. Dit is een vorm van *home country control.* De pensioenregeling hoeft slechts te voldoen aan de eisen van het land van herkomst.

In de ontwerprichtlijn wordt aansluiting gezocht bij het systeem van de EG-verordening 1408/71. Deze EG-verordening regelt de sociale zekerheid in internationale situaties. De voortzetting van de pensioenopbouw zoals bedoeld in de ontwerprichtlijn is slechts mogelijk indien de werknemer in het land van herkomst sociaal verzekerd is gebleven. Dit betekent dat er sprake moet zijn van een detachering in de zin van de EG-verordening.[33] Van detachering is slechts sprake indien de organische band met de uitzendende werkgever in stand is gebleven en de detachering in tijd beperkt is. In de praktijk betekent dit dat het arbeidscontract met de uitzendende instantie in stand blijft. Uitzendingen tot een duur van 5 jaar zijn overigens geen uitzondering.[34]

De ontwerprichtlijn bevat een oplossing voor de in dit hoofdstuk gesignaleerde fiscale problematiek. Bij een detachering naar Nederland zou op basis van de ontwerprichtlijn de pensioenopbouw in het land van herkomst kunnen worden voortgezet. De gedetacheerde werknemer heeft in dat geval geen pensioenbreuk. Vanzelfsprekend is de werking van de ontwerprichtlijn beperkt tot de Europese Unie. Het biedt een soort *single licence* systeem voor buitenlandse pensioenregelingen in geval van uitzending. Met andere woorden: het werkland dient voor wat betreft de fiscale faciliëring de regeling ook te erkennen indien de pensioenregeling kwalificeert voor belastingaftrek op grond van de belastingwetgeving van het land van vestiging. Het voorstel kan worden gezien als een belangrijke stap vooruit.

De ontwerprichtlijn sluit aan bij de derde verzekeringsrichtlijnen.[35] Deze verzekeringsrichtlijnen hadden tot doel om door middel van coördinatie te bereiken dat lidstaten vergunningen en regels met betrekking tot bedrijfseconomisch toezicht op het directe verzekeringsbedrijf van de andere lidstaten erkennen. De verzekeringsmaatschappijen met een vergunning in de lidstaat van vestiging kunnen aldus in een andere lidstaat verzekeringsproducten aanbieden.

Stel een werknemer wordt vanuit Spanje naar Nederland uitgezonden en wenst de pensioenopbouw in zijn Spaanse pensioenregeling voort te zetten. Op basis van de voorgestelde fiscale richtlijn, dient Nederland de betaalde pensioenpremies in aftrek toe te laten. Daarnaast is op deze pensioentoezegging in beginsel de PSW van toepassing zodat aan de eis van een kwalificerende verzekeraar moet worden voldaan. Dit is echter geen probleem omdat de Spaanse verzekeraar valt onder het toezicht van de Spaanse overheid (derde levenrichtlijnen). Hiermee zijn zowel de civielrechtelijke (regels van toezicht) als de fiscaalrechtelijke barrières op pensioengebied voor een gedetacheerde werknemer weggenomen.

Opmerkelijk is dat de coördinatie van het directe verzekeringsbedrijf geen betrekking heeft op pensioenfondsen. Indien de tijdelijk naar Nederland uitgezonden werknemer deelneemt in een pensioenregeling welke wordt verzekerd bij een in het buitenland gevestigde pensioenfonds en de deelname wordt gedurende de uitzending gecontinu-

eerd, zal de verzekeringskamer toestemming moeten geven. Deze toestemming wordt verleend indien er sprake is van tijdelijke detachering binnen concernverband en de werknemer instemt met de ontheffing. De ontheffing geldt voor een periode van 5 jaar. De ontwerprichtlijn ziet ook op pensioenregelingen die zijn verzekerd bij pensioenfondsen. De civielrechtelijke barrière (toestemming verzekeringskamer) ondermijnt vanzelfsprekend de home country control gedachte. Deze situatie is eenduidig in strijd met de bedoeling van de ontwerprichtlijn.

Tenslotte dient te worden opgemerkt dat de ontwerprichtlijn nog niet is aangenomen. De ontwerprichtlijn is gebaseerd op de artikelen 51 en 235 van het EG-verdrag. Dit betekent dat de ontwerprichtlijn slechts kan worden aangenomen indien de Europese Raad unaniem voorstemt. Gezien de complexiteit en de diversiteit van de pensioenregelgeving in de diverse lidstaten, wordt niet verwacht dat de ontwerprichtlijn op korte termijn wordt aangenomen.

Aanbevolen wordt om dit initiatief van de Europese Commissie te ondersteunen. Het zou de pensioensituatie van gedetacheerde werknemers aanzienlijk vereenvoudigen. Daarbij kan worden gesteld dat de ontwerprichtlijn past binnen het Nederlandse beleid jegens expatriates (vergelijk de 35%-regeling).

2.2.5. Pensioenopbouw bij immigratie

De werknemers die binnen het concern vanuit het buitenland worden overgeplaatst naar een Nederlandse vestiging en in Nederland zich op min of meer permanente basis vestigen, zullen minder de behoefte hebben om de buitenlandse pensioenregeling voort te zetten. Indien deze werknemer in Nederland zijn pensioen gaat opbouwen in een eindloonregeling, zal een toekomstige salarisstijging resulteren in een pensioenbreuk. Deze werknemer kan immers inzake de salarisstijging geen pensioen opbouwen over de buitenlandse dienstjaren. Met andere woorden: hij kan geen back service vormen voor de dienstjaren welke hij voorafgaand aan zijn komst naar Nederland bij het buitenlandse vestiging heeft doorgebracht.

Indien de in paragraaf 2.1.1. voorgestelde definities van de begrippen 'diensttijd' en 'genoten beloning' worden gehanteerd, zou het mogelijk moeten zijn ook voor de buitenlandse dienstjaren een back service te vormen. Hiervan zou men kunnen stellen dat Nederland een belastingaftrek verleent voor premies die in zekere zin verband houden met buitenlandse diensttijd. Daar staat tegenover dat de buitenlandse diensttijd slechts een element is van de berekening van de omvang van het toegezegde pensioen. Juridisch wordt het pensioen enkel en alleen door de Nederlandse werkgever toegezegd.

2.3. Waardeoverdrachten

2.3.1. De belastingvrije grensoverschrijdende waardeoverdrachten

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de personen die Nederland verlaten en zich op min of meer permanente basis in het buitenland vestigen. Deze personen zullen doorgaans niet of in mindere mate de behoefte hebben om de pensioenopbouw in Nederland voort te zetten. Men zal er veelal voor kiezen om na emigratie in het nieuwe woonland een pensioen op te bouwen. In dit verband kan de wens ontstaan om het in Nederland opgebouwde pensioenkapitaal over te dragen naar de pensioenregeling in het nieuwe woonland. Een dergelijke grensoverschrijdende waardeoverdracht kan leiden tot een belastingheffing. De Europese Commissie ziet deze afrekening aan de grens als een belemmering voor het vrij verkeer van personen (vergelijk *greenpaper-Supplementary Pensions in the Single Market*)[36].

In Nederlandse verhoudingen is waardeoverdracht een wettelijk recht dat is neergelegd in artikel 32b PSW).[37] Naast dit wettelijk recht is in artikel 32a PSW de vrijwillige overdracht van pensioenkapitaal geregeld.[38] Beide hebben tot doel een pensioenbreuk bij wisseling van dienstbetrekking te voorkomen of te verkleinen. Daarnaast heeft de waardeoverdracht tot doel versnippering van het pensioenkapitaal tegen te gaan. Indien het pensioenkapitaal naar een eindloonregeling wordt overgedragen, dient het ontvangen pensioenkapitaal in de nieuwe regeling te worden omgerekend in dienstjaren.[39] Dit betekent dat een salarisverhogingen bij de nieuwe werkgever zal leiden tot een back service verplichting in verband met de overgedragen dienstjaren. Deze financiering van het zogenaamde 'achterbalkon' verkleint de pensioenbreuk.

Indien de overdracht van het pensioenkapitaal voldoet aan de voorwaarden van de PSW en het kapitaal wordt overgedragen aan een niet-buitenlandse kwalificerende verzekeraar,[40] kan de overdracht onbelast worden uitgevoerd.

Daarnaast is ook een onbelaste waardeoverdracht naar een buitenlandse verzekeraar mogelijk. Om deze onbelast te laten plaatsvinden, dient aan alle voorwaarden van het Besluit van 2 december 1996 te worden voldaan.[41]

Deze voorwaarden zijn:

1. in het buitenland wordt een substantiële dienstbetrekking aanvaard;[42]
2. Nederland heeft met het nieuwe woonland een belastingverdrag waarin bepalingen zijn opgenomen omtrent het uitwisselen van informatie; landen van de Europese Unie kwalificeren ook;
3. het pensioenkapitaal wordt rechtstreeks overgedragen naar pensioenfonds van de nieuwe werkgever of de professionele verzekeringsmaatschappij;
4. de verzekeringskamer geeft ontheffing van de in de PSW gestelde voorwaarden;

5. de bevoegde inspecteur gaat akkoord met de hoogte van het over te dragen kapitaal;
6. enkele administratieve voorwaarden, waaronder een verklaring waaruit blijkt dat het achterwege blijven van de overdracht leidt tot een substantieel pensioentekort.

Deze voorwaarden lijken alleszins redelijk. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat onder andere de vijfde en de zesde voorwaarde in alle redelijkheid zullen worden beoordeeld. Overigens is er geen reden om aan te nemen dat dit niet het geval zal zijn.

In voorwaarde 2 wordt geëist dat Nederland met het nieuwe woonland een belastingverdrag heeft waarin een bepaling is opgenomen over het uitwisselen van informatie. In ongeveer 19 belastingverdragen ontbreekt een dergelijke bepaling.[43] Dit betekent dat een belastingvrije waardeoverdracht op basis van het besluit naar één van deze 19 landen en naar alle landen waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft gesloten, niet mogelijk is. Dit is een forse inperking van de reikwijdte van het besluit.

Ook in de derde voorwaarde zit enig venijn. Een geruisloze overdracht is slechts mogelijk als de verzekeringskamer haar toestemming heeft verleend. Deze bevoegdheid van de verzekeringskamer is neergelegd in het eerste lid van artikel 29 PSW. Het artikel voorziet (onder andere) in een bevoegdheid om toestemming te verlenen het pensioenkapitaal aan een *niet* in de PSW genoemde verzekeraar over te dragen. Hierbij is het interessant te vermelden dat als gevolg van de derde Verzekeringsrichtlijnen in de PSW ook een waardeoverdracht aan een Europese verzekeringsmaatschappij wordt toegestaan indien de verzekeringsmaatschappij een vergunning van een lidstaat heeft en het een 'dienstverrichting naar Nederland betreft' (vergelijk ook 2.2.2.). Voor een waardeoverdracht aan een dergelijke verzekeringsmaatschappij is derhalve geen ontheffing van de verzekeringskamer nodig. Als gevolg van de voorwaarde dat er sprake moet zijn van een 'dienstverrichting naar Nederland' dient de werknemer ten tijde van de overdracht in Nederland te wonen. Dit zal bij een fiscaal geruisloze waardeoverdracht niet snel het geval zijn. Immers, het Ministerie van Financiën maakt in haar besluit melding van het 'nieuwe woonland'. Hierbij wordt er kennelijk van uitgegaan dat de werknemer voorafgaand aan de overdracht verhuist naar zijn nieuwe woonland. Voor een fiscaal geruisloze waardeoverdracht is derhalve altijd een ontheffing van de verzekeringskamer nodig.
De bevoegdheid van de verzekeringskamer om ontheffing te verlenen ziet slechts op de zogenaamde vrijwillige waardeoverdrachten (art. 32a PSW). Een grensoverschrijdende waardeoverdracht op basis van het wettelijk recht op waardeoverdracht (art. 32b PSW) is derhalve niet fiscaal geruisloos mogelijk. Een vrijwillige waardeoverdracht is slechts mogelijk indien de pensioenregeling daartoe de mogelijkheid biedt. Dit betekent dat in grensoverschrijdende situaties de werknemer afhankelijk is van de medewerking van de pensioenuitvoerder. Terwijl een werknemer in een binnenlandse situatie het recht op waardeoverdracht kan afdwingen.

De voorwaarden waaraan moet worden voldaan om ontheffing van de verzekeringskamer te krijgen, zijn opgenomen in de beleidsregels ontheffingen Pensioen- en spaarfondsenwet.[44] De voorwaarden komen op het volgende neer:

Voor een in Europa gevestigde verzekeringsmaatschappij
De verzekeringskamer stelt geen additionele eisen aan de in Europa gevestigde verzekeringsmaatschappijen. Men gaat ervan uit dat door het land van vestiging voldoende controle wordt uitgeoefend zodat het pensioenkapitaal veilig kan worden overgedragen (vergelijk de derde richtlijn levensverzekeringen). Let wel, dit geldt slechts voor de verzekeringsmaatschappijen en niet voor de pensioenfondsen.

Voor alle overige pensioenuitvoerders
Onder deze categorie vallen zowel de verzekeringsmaatschappijen die buiten Europa zijn gevestigd als de pensioenfondsen die waar ook ter wereld buiten Nederland zijn gevestigd. Een overdracht aan een van deze pensioenuitvoerders is slechts toegestaan indien aan de volgende drie voorwaarden wordt voldaan:
- de werknemer wordt binnen het concern overgeplaatst;
- de verzekeraar/het fonds trad reeds voorafgaand aan de uitzending op als verzekeraar van de pensioenregeling; en
- de afkoopbepalingen blijven van toepassing.

Uit het bovenstaande blijkt dat een fiscaal gefacilieerde grensoverschrijdende waardeoverdracht slechts in beperkte mate mogelijk is. Een grensoverschrijdende overdracht op basis van het wettelijk recht op waardeoverdracht kan niet onbelast plaatsvinden. Dit betekent dat in grensoverschrijdende situaties de werknemer de verzekeraar niet kan dwingen om aan de waardeoverdracht mee te werken. Terwijl een werknemer dit in een binnenlandse situatie wel kan. Verder is een waardeoverdracht aan een pensioenfonds dat buiten Nederland is gevestigd of een verzekeringsmaatschappij die buiten Europa is gevestigd slechts mogelijk binnen concernverband. In geval van een waardeoverdracht naar een Europees pensioenfonds zal derhalve aan strengere eisen moeten worden voldaan dan bij een waardeoverdracht naar een Europese verzekeringsmaatschappij. Het verschil in behandeling vloeit voort uit het feit dat binnen Europa het toezicht voor pensioenfondsen nog niet is gecoördineerd. Tenslotte is voor vele landen geen fiscaal geruisloze waardeoverdracht mogelijk omdat een verdrag met een inlichtingenartikel ontbreekt.

De overheid heeft er een groot belang bij om oneigenlijk gebruik van de onbelaste grensoverschrijdende waardeoverdracht te voorkomen. In dit kader zijn de beperkende voorwaarden begrijpelijk en noodzakelijk. De beperking van de onbelaste grensoverschrijdende waardeoverdrachten tot de vrijwillige waardeoverdrachten is echter niet noodzakelijk en wellicht zelfs niet bedoeld. De fiscale voorwaarden en de voorwaarden van de verzekeringskamer zouden beter op elkaar afgestemd kunnen worden. De verze-

keringskamer zou in de gelegenheid gesteld moeten worden om ontheffing te verlenen in geval van een grensoverschrijdende waardeoverdracht op basis van het wettelijk recht (32b PSW). Daarnaast zou de behandeling van Europese verzekeringsbedrijven en pensioenfondsen gelijk getrokken kunnen worden. De concern-eis voor Europese pensioenfondsen kan derhalve komen te vervallen.

3. DE OPBOUW VAN EEN LIJFRENTE (DERDE PIJLER)

In dit hoofdstuk komen de lijfrenteverzekering aan de orde. In paragraaf 3.1. wordt kort enige aandacht besteed aan de personen die Nederland metterwoon verlaten en personen die Nederland niet-metterwoon verlaten maar wel in het buitenland (gaan) werken. In paragraaf 3.2. wordt de situatie bestudeerd van personen die vanuit het buitenland naar Nederland komen. Ook hier wordt onderscheid gemaakt tussen de personen die in Nederland komen wonen en werken en de personen die in Nederland komen werken maar in het buitenland blijven wonen.

3.1. Uitgaande personen en de opbouw van een lijfrente

3.1.1. Uitzending met verplaatsing van de fiscale woonplaats

De werknemer die vanuit Nederland wordt uitgezonden naar het buitenland en Nederland metterwoon verlaat, zal in Nederland zijn lijfrentepremies niet meer in aftrek kunnen brengen. De aftrek van lijfrentepremies wordt slechts aan binnenlands belastingplichtigen toegestaan. Daarnaast bestaat de kans dat ook het buitenland geen aftrek voor de betaalde lijfrentepremies toestaat omdat de premies niet worden betaald aan een binnenlandse verzekeringsmaatschappij. Een lijfrenteverzekering zou in een dergelijke situatie (tijdelijk) premievrij gemaakt kunnen worden. Hieraan zijn doorgaans kosten verbonden die de.waarde van de polis verminderen. Als alternatief kan de opbouw worden voortgezet zonder dat in verband met de premiebetaling een belastingaftrek wordt genoten.

3.1.2. Uitzending zonder verplaatsing fiscale woonplaats

Naast de werknemer die wordt uitgezonden en Nederland metterwoon verlaat, bestaat er de werknemer die wordt uitgezonden naar het buitenland en in Nederland blijft wonen. Die werknemer is in Nederland binnenlands belastingplichtig en kan de betaalde lijfrentepremies aftrekken. Toch zal deze aftrek veelal niet tot een belastingvermindering leiden omdat Nederland in de meeste gevallen een voorkoming van dubbele belasting zal geven voor het gehele bedrag aan verschuldigde belasting (dit geldt

niet voor werknemers onder de grensarbeidersregeling met België). Weliswaar kan in sommige situaties door middel van de stallingsregeling in een van de toekomstige jaren alsnog een belastingvermindering worden verkregen; door de techniek van de stallingsregeling zal echter een deel van de aftrek verloren gaan.

3.2. Inkomende personen en de opbouw van een lijfrente

3.2.1. Uitzending naar Nederland met verplaatsing fiscale woonplaats naar Nederland

Indien een werknemer naar Nederland wordt uitgezonden en metterwoon naar Nederland verhuist, zal de werknemer in beginsel in aanmerking komen voor de aftrek van lijfrentepremies. De werknemer zal echter de wens hebben zijn buitenlandse lijfrenteverzekering tijdens zijn uitzending naar Nederland voort te zetten. Dit blijkt in de praktijk een probleem te zijn. In de Wet IB zijn de voorwaarden opgenomen waaraan een lijfrenteverzekering moet voldoen wil een belastingplichtige de premies ten laste van zijn belastbaar inkomen kunnen brengen.[45] Hierbij valt op dat in beginsel slechts de 'Nederlandse' verzekeraar kwalificeert. De professionele verzekeringsmaatschappij en de pensioenfondsen dienen de aangegane lijfrenteverplichting te rekenen tot het binnenlandse ondernemingsvermogen.[46] In de Wet IB wordt één uitzondering gemaakt: een buitenlandse verzekeraar is toegestaan indien de premie wordt voldaan ter vrijwillige voortzetting van een lijfrenteverzekering die gedurende tenminste 3 jaren voorafgaand aan het ontstaan van de binnenlandse belastingplichtige reeds was verzekerd bij de verzekeraar.[47] Overigens blijven alle overige voorwaarden die aan een kwalificerende lijfrenteverzekering worden gesteld onverminderd van kracht. Dit betekent dat de buitenlandse lijfrenteverzekering zowel aan één van de zes lijfrentevormen zal moeten voldoen als aan de algemene wettelijke definitie van een lijfrente.[48] De lijfrente mag bijvoorbeeld niet afkoopbaar zijn. In de praktijk zal het merendeel van de buitenlandse lijfrentes niet aan deze voorwaarden voldoen zodat Nederland geen belastingaftrek in verband met de betaalde premies verleent. Ook niet indien al 3 jaar voorafgaand aan de emigratie naar Nederland premies zijn voldaan. Dit vormt een belemmering van de mobiliteit van personen die naar Nederland worden uitgezonden. Doorgaans zal de lijfrenteverzekering premievrij gemaakt worden (definitief dan wel tijdelijk). Dit zal in veel situaties gepaard gaan met kosten welke de waarde van de verzekeringspolis verminderen.

Anticiperend op de 'oudedagsparaplu' (vgl. 4.1.1.) zou onderzocht kunnen worden of het mogelijk is om in internationaal verband het regime voor lijfrenteverzekeringen meer te laten aansluiten bij het fiscale regime voor pensioenen. Hierbij kan worden gedacht aan een aanwijzingsprocedure voor lijfrenteverzekeringen. Zodat de naar Nederland uitgezonden werknemers de premiebetalingen in verband met een buiten-

landse lijfrenteverzekering kunnen voortzetten. Tevens zou men kunnen overwegen om op Europees niveau de aandacht te vestigen op oudedagsvoorzieningen in de derde pijler en gedetacheerde werknemers. Zodat in de discussies over de ontwerprichtlijn van de Europese Commissie ook de lijfrenteverzekeringen worden betrokken (vgl. 2.2.4.).

3.2.2. Europese ontwikkelingen

In het Nederlandse belastingrecht wordt voor de aftrekbaarheid van premies voor een lijfrenteverzekeringen de eis gesteld dat de verzekeringsmaatschappij in Nederland is gevestigd.[49] Het is al enige tijd de vraag hoe dergelijke vestigingseisen zich verhouden met het Europese recht. Enkele jaren geleden is hierover een vraag voorgelegd aan de Europese Commissie. Volgens de heer Monti (namens de commissie) is de vestigingseis slechts dan niet in strijd met het EG-verdrag indien de fiscale vestigingseis onmiskenbaar noodzakelijk is om een doelstelling van algemeen belang te bereiken. De commissie onderzoekt momenteel de vestigingseis in de Nederlandse belastingwetgeving in het licht van de jurisprudentie van het Europese Hof (Bachmann).[50] De commissie heeft, voorzover bekend, nog geen oordeel gevormd over dit punt.

In de Bachmann-zaak[51] oordeelde het Europese Hof dat de weigering van een belastingaftrek voor premies inzake een ziekte-, invaliditeit en levensverzekering die bij een buitenlandse verzekeringsmaatschappij waren gesloten in strijd met het discriminatieverbod. In onderhavige casus was echter een objectieve rechtvaardigingsgrond, de coherentie van het belastingstelsel, aanwezig. Het hof achtte in deze casus de discriminerende maatregel gerechtvaardigd op grond van het algemeen belang. Schonis merkte hier in 1992 reeds over op dat er voor het hof, naarmate de formele en informele harmonisatie voortschrijdt, steeds minder aanleiding zal zijn discriminerende maatregelen op grond van het algemeen belang aanvaardbaar te achten.[52] Sinds Bachmann zijn er geen uitspraken geweest die de uitgezette lijn hebben gewijzigd. In enkele uitspraken (Wielockx en Svensson) wordt nader invulling gegeven aan het begrip coherentie, waarbij in de Wielockx zaak de werking van de rechtvaardigingsgrond wordt ingeperkt door de coherentie op verdragsniveau te beoordelen (vgl. 3.2.2.).

Inmiddels zijn ook de derde verzekeringsrichtlijnen in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd. Zou men nu kunnen stellen dat na de invoering van de verzekeringsrichtlijnen de fiscale vestigingseis in het Nederlandse belastingrecht in strijd is met het Europees recht?

De invoering van de verzekeringsrichtlijnen hadden tot doel een wederzijdse erkenning van vergunningen en bedrijfseconomisch toezicht op verzekeraars binnen de Europese Unie tot stand te brengen. Hierbij werd een systeem voorgestaan waarbij één en dezelfde vergunning geldig is in de gehele Europese Unie (single licence systeem) en

het toezicht wordt uitgeoefend door de lidstaat van vestiging. De richtlijnen hebben vele civielrechtelijke obstakels weggenomen bij het aanbieden van diensten en verzekeringsproducten in een andere lidstaat. Doordat Nederland de belastingaftrek afhankelijk stelt van een vaste inrichting ofwel vestiging in Nederland, wordt de nagestreefde vrijheid van dienstverrichting flink uitgehold. Dit staat op gespannen voet met de bedoeling van de verzekeringsrichtlijnen:
"... de Lid-Staat (...) er derhalve op moet toezien dat alle in de Gemeenschap aangeboden verzekeringsproducten zonder enige belemmering op zijn grondgebied op de markt kunnen worden gebracht..."[53]

Daar staat tegenover dat een lidstaat soeverein is op het gebied van de directe belastingen. De steeds verdergaande eenwording van de Europese Unie zal de druk op deze soevereiniteit van de lidstaten opvoeren.[54] Hierdoor lijkt het een kwestie van tijd voordat de lidstaten de fiscale vestigingseisen uit de belastingwetgeving moeten schrappen.

3.2.3. Uitzending naar Nederland zonder woonplaats in Nederland

Indien een werknemer naar Nederland wordt uitgezonden maar besluit om in het land van herkomst te blijven wonen, bestaat de kans dat de werknemer de woonplaats gebonden aftrekposten niet kan effectueren. Hetzelfde geldt vanzelfsprekend voor de personen die buiten de sfeer van een uitzending in een ander land wonen dan waar zij hun inkomen genereren (behalve de grensarbeiders met België).

Doordat de naar Nederland uitgezonden werknemer niet binnenlands belastingplichtig wordt, kan hij geen belastingaftrek claimen. Dit betekent dat deze gedetacheerde werknemer geen gefacilieerde oudedagsvoorziening kan opbouwen middels een lijfrenteverzekering. Indien (nagenoeg) het gehele inkomen in Nederland wordt verdiend, zal ook in het woonland doorgaans geen aftrek geëffectueerd kunnen worden (vgl. 3.1.2.). De zogenaamde 90%-resolutie biedt in deze situatie geen oplossing.[55]

In dit kader kan melding worden gemaakt van de volgende uitspraken van het Europese Hof:

Schumacker [56]
Schumacker woont in België en werkt in Duitsland. De vraag was aan de orde of Duitsland Schumacker als niet inwoner het splitting-tarief mocht onthouden. In het splitting-tarief wordt de belasting berekend nadat de inkomens van beide echtgenoten zijn samengevoegd en vervolgens fictief voor de helft aan ieder der echtgenoten wordt toegerekend. Het splitting-tarief is slechts van toepassing op inwoners van Duitsland. Schumacker achtte dit in strijd met het vrij verkeer van personen. Het hof was het hier in beginsel mee oneens. Uit het EG-verdrag vloeit geen verplichting voort om ingeze-

tenen en niet-ingezetenen gelijk te belasten. Indien echter een niet-ingezetene nagenoeg zijn gehele (gezins)inkomen genereert in een andere lidstaat dan waar hij ingezetene is, is er sprake van discriminatie. Met de persoonlijke situatie van de belastingplichtige wordt per saldo noch in de woonstaat noch in de werkstaat rekening gehouden.

Wielockx[57]
Wielockx is een Belgische fysiotherapeut die inwoner van België is. Hij oefent zijn fysiotherapeutische praktijk uit in Nederland. Hij wenste gebruik te maken van de jaarlijkse FOR-dotaties. Doordat Wielockx (nagenoeg) zijn gehele inkomen in Nederland verdiende, mag hij als niet-ingezetene niet worden gediscrimineerd ten opzichte van ingezetene. Als gevolg hiervan was het niet toestaan van de FOR-dotaties in strijd met de vrijheid van vestiging. Een rechtvaardigingsgrond in de zin van 'coherentie' werd niet aanwezig geacht. De coherentie werd niet op nationale niveau (zoals in Bachman[58]) maar op verdragsniveau bekeken. Nederland heeft de heffing over pensioenuitkeringen (de FOR wordt door het hof klaarblijkelijk gelijk gesteld met pensioen?) in het belastingverdrag met België aan het woonland toegewezen. Nu het aannemelijk is dat Wielockx als Belg in België zal blijven wonen is de coherentie van de aftrek en de heffing (op internationaal niveau) gewaarborgd.

Op basis van deze jurisprudentie kan worden verdedigd dat Nederland niet langer de aftrek van lijfrentepremies aan een buitenlands belastingplichtige kan weigeren indien aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:
- de niet-ingezetene verkeert voor de inkomstenbelasting in een gelijke situatie als de ingezetene omdat hij (nagenoeg) zijn gehele inkomen in Nederland verdient; en
- een objectieve rechtvaardiging voor indirecte discriminatie ontbreekt. Dit betekent dat in de betreffende situatie Nederland zich niet op de coherentie van haar belastingstelsel kan beroepen. Deze rechtvaardigingsgrond zal bijvoorbeeld ontbreken in de situatie dat de belastingplichtige ten tijde van de uitkeringen naar verwachting (mede gezien zijn nationaliteit) in het land zal wonen waaraan het belastingverdrag de heffing over de uitkeringen toewijst.

In veel situaties zal de heffing over de lijfrenteuitkeringen in een belastingverdrag aan het woonland zijn toegewezen. Het is derhalve niet ondenkbaar dat een rechtvaardigingsgrond voor het weigeren van een aftrek voor de lijfrentepremies van personen die in Nederland werken en in het buitenland wonen, niet aanwezig is. Op grond hiervan lijkt de eis dat de lijfrentepremie slechts aftrekbaar is voor binnenlands belastingplichtigen in veel situaties in strijd met het EG-verdrag.

Nederland zou deze situatie moeten aangrijpen om duidelijkheid te scheppen over de situatie wanneer buitenlands belastingplichtigen wel en wanneer buitenlands belastingplichtigen geen lijfrentepremies in aftrek kunnen brengen. Dit zou bijvoorbeeld gerealiseerd kunnen worden door de 90%-resolutie aan te passen.

3.3. De opbouw van een lijfrente bij een salary split

In een salary split situatie kan zich tevens een probleem voordoen in de lijfrentesfeer. Stel dat een inwoner van Nederland in dienst is bij zowel een buitenlandse als een Nederlandse werkgever. Het inkomen van de buitenlandse werkgever wordt in het buitenland belast en Nederland geeft een voorkoming van dubbele belasting. In de praktijk zal in een dergelijke situatie de lijfrenteaftrek resulteren in een belastingbesparing welke aanzienlijk lager ligt dan het in dat jaar betaalde toptarief. Een en ander is het gevolg van de werking van de voorkomingsbreuk. Immers, de lijfrentepremie maakt geen onderdeel uit van het onzuiver inkomen en wel van het wereldinkomen. De formule waarmee de voorkomingsbreuk wordt berekend, leidt ertoe dat een pro rata gedeelte van de lijfrentepremie aftrek in de voorkoming valt. Bij een toptarief van 60% en een split van 75% (buitenlands inkomen : onzuiver wereldinkomen) is de belastingbesparing 15% van de betaalde lijfrentepremie.

Men zou kunnen stellen dat een gedeelte van de lijfrente aftrek wordt toegerekend aan het buitenland.[59] In het buitenland wordt vanzelfsprekend geen rekening gehouden met de lijfrentepremie. Ondanks dat voor dit gedeelte van de lijfrentepremie per saldo geen premieaftrek is genoten, worden de uitkeringen belast alsof het gehele bedrag van de premies aftrekbaar is geweest.

Deze onevenwichtigheid zou voorkomen kunnen worden door de voorkomingsbreuk aan te passen. In de voorkomingsbreuk wordt de noemer verlaagd met de daadwerkelijk afgetrokken lijfrentepremies. Hierdoor worden lijfrentepremies in voornoemde internationale situaties weer volledig aftrekbaar.

Rekenvoorbeeld:[60]

Situatie I: Geen lijfrentepremie en geen pensioenpremie

	NLG	NLG
Brutoloon Nederland	50.000	
Brutoloon buitenland	50.000	
Onzuiver inkomen	100.000	
Belastingdruk 50%		50.000
Voorkoming 50.000/100.000 x 50.000		-/-25.000
Verschuldigde belasting in Nederland		25.000

Situatie II: Lijfrentepremieaftrek

	NLG	NLG
Brutoloon Nederland	50.000	
Brutoloon buitenland	50.000	
Onzuiver inkomen	100.000	
AF: lijfrenteaftrek	-/- 10.000	
Belastbaar inkomen	90.000	
Belastingdruk 50%		45.000
Voorkoming 50.000/100.000 x 45.000		-/- 22.500
Verschuldigde belasting in Nederland		22.500

Uit de berekening in situatie II blijkt dat een lijfrentepremie van NLG 10.000 bij een belastingdruk van 50% in de geschetste salary split situatie een belastingbesparing geeft van NLG 2.500. Als gevolg van de voorkomingsbreuk is een deel van het belastingvoordeel van de aftrek aan het buitenland 'toegerekend'. Hiervoor wordt per saldo geen aftrek genoten. Bij de belastingheffing over de uitkeringen wordt hiermee geen rekening gehouden.

Indien de voorkomingsbreuk wordt gecorrigeerd op de voorgestelde wijze dan ziet de berekening er als volgt uit:

Situatie III: Lijfrentepremieaftrek en gecorrigeerde voorkomingsbreuk

	NLG	NLG
Brutoloon Nederland	50.000	
Bruto loon buitenland	50.000	
Onzuiver inkomen	100.000	
AF: lijfrenteaftrek	-/- 10.000	
Belastbaar inkomen	90.000	
Belastingdruk 50%		45.000
Voorkoming 50.000/(100.000 -/- 10.000) x 45.000		-/- 25.000
Verschuldigde belasting in Nederland		20.000

4. DE UITKERING VAN EEN OUDEDAGSVOORZIENING

In voorgaande hoofdstukken kwam de opbouwfase van de oudedagvoorziening aan de orde. In dit hoofdstuk zal het tweede gedeelte van de levensloop van een oudedagsvoorziening worden bestudeerd: de uitkeringsfase. Vanzelfsprekend gaat de aandacht weer uit naar de grensoverschrijdende situaties.

4.1. Na emigratie

4.1.1. Pensioenuitkering na emigratie

In zowel het OESO-modelverdrag als het Nederlands Standaardverdrag wordt de heffing over particuliere pensioenuitkeringen aan de woonstaat toegewezen. De heffing over de afkoopsom wordt door het OESO-modelverdrag aan het woonland toegewezen en door het Nederlands Standaardverdrag aan het bronland.[61] In de recent afgesloten of gewijzigde belastingverdragen wordt de heffing over de afkoopsom veelal aan het bronland toegewezen.[62]

In veel belastingverdragen wordt de heffingsbevoegdheid over een pensioenuitkering dan wel afkoopsom overeenkomstig het OESO-modelverdrag aan het woonland toegewezen. Emigratie gevolgd door een afkoop vormde in het verleden dan ook een grote zorg van de Nederlandse overheid. Inmiddels is het afkoopverbod in de PSW opgenomen zodat deze zorg gedeeltelijk is weggenomen. Toch is hiermee het systeem nog niet waterdicht gemaakt.

Het eerste lek is te vinden in de situatie dat de pensioengerechtigde reguliere uitkeringen ontvangt die in het woonland niet of tegen een laag tarief worden belast.

Het tweede lek zijn de onbelaste grensoverschrijdende waardeoverdrachten. Na een fiscaal geruisloze waardeoverdracht is Nederland zijn status als bronland kwijt. Hierdoor is Nederland zowel zijn verdragsbescherming (afkoopsom belast in bronland) als de bescherming van het Nederlandse afkoopverbod van de PSW kwijt.[63]

Tenslotte kan worden gewezen op de belaste grensoverschrijdende waardeoverdrachten. Een niet gefacilieerde waardeoverdracht wordt bij fictie aangemerkt als een afkoop van de pensioenaanspraak (artikel 11c, lid 2, Wet LB) welke veelal aan het woonland wordt toegewezen. Hierdoor is de kans reëel dat Nederland de heffing over de fictieve afkoopsom bij een niet-gefacilieerde grensoverschrijdende waardeoverdracht niet kan effectueren.

In de nota Belastingen in de 21e eeuw, een verkenning[64] wordt aandacht besteed aan deze problematiek. Hiertoe worden enkele denkrichtingen voorgesteld.

Europese verordening

Deze verordening zou een rechtsbasis moeten scheppen die het mogelijk maakt om uitkeringen te belasten indien door belastinguitstel nog een claim van een lidstaat op de uitkering rust. Hoewel de nota aanvankelijk in het midden laat welk land de claim kan

effectueren (pag. 22) wordt verderop in de nota (pag. 55) aangestuurd op een heffingsrecht voor het bronland. Een goede informatie-uitwisseling wordt noodzakelijk geacht.

Indien de verordening erin zou resulteren dat de heffing altijd wordt toegewezen aan het bronland, wordt afgeweken van het huidige Nederlandse verdragsbeleid[65] en de modelverdragen. Hierdoor zou het politieke draagvlak wel eens klein kunnen zijn. Een verordening waarin wordt getracht de heffingsrechten toe te wijzen in overeenstemming met de modelverdragen en waarin tevens de heffing, de invordering en de verrekening in het woonland worden geregeld, lijkt de voorkeur te genieten. De grote diversiteit van de belastingstelsels van de lidstaten op het gebied van oudedagsvoorzieningen zal de totstandkoming van de verordening compliceren. Toch lijkt een Europese aanpak, gezien het internationale karakter van het probleem, de juiste. Hierbij zal men zich rekenschap moeten geven van de gevaren van een eenzijdige aanpak. In de meeste lidstaten geldt een met de omkeerregel vergelijkbaar systeem. Dit betekent dat de belastingfaciliteit voor de premies en de belastingheffing over de uitkeringen een 'gesloten' systeem vormen. De faciliteit en de heffing zijn op elkaar afgestemd en in zekere mate met elkaar in balans. Elke lidstaat heeft op eigen wijze hierin een balans gevonden.

Het veiligstellen van een redelijke heffing in situaties van waardeoverdracht zou onderwerp van de verordening kunnen zijn. De verordening lijkt hiervoor zelfs de enig aangewezen weg.

Bilaterale belastingverdragen

In belastingverdragen zouden aanpassingen aangebracht moeten worden. Hierbij wordt gedacht aan het invoeren van een verrekenbare voorheffing, het invoeren van een heffingsrecht op naar het buitenland stromende pensioenuitkeringen of aan het toewijzen van het heffingsrecht in het belastingverdrag aan het bronland indien het woonland niet of tegen een zeer mild tarief heft. Dit laatste komt overeen met het Nederlandse verdragsbeleid.[66]

In dit kader is het interessant om op te merken dat het systeem van waardeoverdracht de effectuering van (bron)heffing door het bronland kan frustreren. Het wijzigen van de belastingverdragen zonder aandacht te besteden aan de grensoverschrijdende waardeoverdracht, lijkt weinig effectief.

De wijziging van de belastingverdragen zal naar verwachting een lange periode in beslag nemen. Dit wordt door Kavelaars enigszins gerelativeerd.[67] Volgens Kavelaars hebben alle landen min of meer identieke belangen (de meeste landen kennen de omkeerregel en krijgen te maken met toenemende mobiliteit van de factor arbeid). In dit verband kan worden opgemerkt dat Nederland vooral de belastingverdragen met landen

waar pensioenuitkeringen niet of laag belast worden, zal willen wijzigen. Dit zijn vanzelfsprekend ook de landen die weinig baat bij een snelle wijziging van het belastingverdrag zullen hebben. Een en ander zal de onderhandelingen niet bespoedigen. Aan de andere kant zou men kunnen redeneren dat de belastingverdragen pas gewijzigd hoeven te zijn zodra de mensen van de naoorlogse geboortegolf met pensioen gaan (ongeveer 2010).

Het wijzigen van belastingverdragen, hoewel tijdrovend en zeker niet eenvoudig, lijkt een effectieve methode om de Nederlandse heffingsrechten veilig te stellen. Hierbij vormt de internationale waardeoverdracht een probleem dat, naar verwachting, op Europees niveau zal moeten worden geregeld.

Voorwaardelijke pensioen- en lijfrentepremieaftrek

De aftrek en vrijstelling wordt teruggenomen op het moment dat de (toekomstige) pensioenuitkering het Nederlandse belastingregime verlaat. Eventueel wordt de belastingplichtige van begin af aan de keuze geboden om voor de omkeerregel of de hoofdregel te kiezen. Naar verwachting zal een dergelijk systeem de karakteristieken van de emigratieheffing bij lijfrenteverzekeringen vertonen. In de binnenlandse periode wordt dan een belast moment gecreëerd. In de nota wordt voorgesteld om over het idee van een heffing bij emigratie eerst overleg met de Europese Commissie te voeren. Deze heffing aan de grens lijkt op gespannen voet te staan met de mobiliteit van personen. Hetgeen voor een plan voor de volgende eeuw een minder geschikt uitgangspunt lijkt. Tevens zou een dergelijk keuzerecht wel eens moeilijk uitvoerbaar kunnen zijn.

Indien de belastingclaim niet veiliggesteld kan worden, zou men kunnen overwegen de omkeerregel af te schaffen. In de nota is hieraan enige aandacht besteedt.

Van Wijnbergen bepleit de afschaffing van de omkeerregel.[68] Zoals ook in de nota wordt door Van Wijnbergen een verbreding van de belastinggrondslag voorgestaan. Dit zou voor grensoverschrijdende situaties een vereenvoudiging betekenen. De hiervoor genoemde denkrichtingen om de belastingclaim veilig te stellen (verordening, verdragen aanpassen en voorwaardelijke aftrek) kunnen in één klap overboord worden gegooid. Ook in de opbouwfase zou de afschaffing van de omkeerregel korte metten maken met de in hoofdstuk 2 en 3 gesignaleerde problemen.

Het afschaffen van de omkeerregel zou resulteren in een extra belastingopbrengst van NLG 15 miljard.[69] Hier staat vanzelfsprekend tegenover dat in de toekomst minder belasting zal worden geheven over de uitkeringen. In de nota wordt het idee uitgewerkt om deze toekomstige vermindering van de belastingopbrengsten te compenseren met de invoering van een rendementsbelasting voor pensioenfondsen. Dit betekent dat pen-

sioenfondsen voor een jaarlijks forfaitair vastgesteld rendement in de belastingheffing worden betrokken. In de nota worden de volgende voordelen van dit systeem opgesomd: de fiscale neutraliteit ten aanzien van de verschillende typen van besparingen, de verbreding van de belastinggrondslag en het vervroegen van de belastingheffing. Daartegenover worden in de nota onder andere de volgende nadelen gesteld, de uitvoeringstechnische problemen, het verlies van een instrument om de inkomensverdeling te sturen, en de verhoging van de druk op lonen als de aanspraak niet wordt verlaagd.

Wellicht kan als grootste bezwaar tegen de afschaffing van de omkeerregel worden aangevoerd dat Nederland zich in een internationaal isolement manoeuvreert. Deze situatie lijkt, in een tijd van Europese eenwording, niet echt wenselijk. De afschaffing van de omkeerregel is overigens wel een initiatief dat prima op Europees niveau verder uitgewerkt zou kunnen worden.

In de nota wordt voorgesteld om in de opbouwfase een zogenaamde 'oudedagsparaplu' te introduceren. Dit wil zeggen dat één oudedagsplafond ten behoeve van alle vormen van oudedagsvoorzieningen wordt geïntroduceerd. De oudedagsparaplu omvat niet de hypotheekrente. Men zou zich kunnen afvragen of de hypotheekrente niet ook onder de oudedagsparaplu zou moeten worden gebracht. Het kopen van een huis gevolgd door het aflossen van de hypothecaire lening is een lange termijn vermogensvorming die door veel Nederlanders zal worden ervaren als een stuk 'zekerheid voor later'. Daarenboven is de hypotheekrente de op één na grootste aftrekpost in Nederland (de pensioenpremies vormen de grootste aftrekpost)[70] die niet wordt gecompenseerd door een toekomstige belastingheffing.

Wellicht zou de oudedagsparaplu in combinatie met een gedeeltelijke afschaffing van de omkeerregel het goede uit de verschillende alternatieven kunnen halen.

Voorstel: De totale oudedagsparaplu

Voorgesteld wordt een systeem waarin de premies voor de oudedagsvoorziening aftrekbaar en de uitkeringen onbelast zijn.

In dit systeem wordt de hypotheekrente in de oudedagsparaplu verwerkt. De overheid stelt jaarlijks een bedrag vast dat in dat betreffende jaar maximaal mag worden afgetrokken (onbelast worden betaald) in verband met een oudedagsvoorziening. Onder de oudedagsvoorzieningen vallen alle in de nota voorgestelde oudedagsvoorzieningen (zoals lijfrenteverzekeringen, pensioenen en spaarrekeningen) uitgebreid met de hypotheekrenteaftrek en de kapitaalverzekeringen. De betreffende belastingplichtige is vrij in de wijze waarop de jaarlijkse aftrekruimte wordt gebruikt. Het jaarlijks maximum wordt uitgedrukt als een percentage van de grondslag en wordt zodanig vastgesteld dat

de aftrekruimte gelijk is aan bijvoorbeeld 50% van de in 1997 afgetrokken lijfrente- en pensioenpremies, en hypotheekrente. Dit resulteert in een substantiële grondslagverbreding.
De uitkeringen worden vrijgesteld van enige belastingheffing. Als alternatief zou overwogen kunnen worden de uitkeringen tegen een vast tarief van bijvoorbeeld 10% te belasten. Tevens zou een combinatie met een rendementsheffing kunnen worden overwogen.

Nederland zal zich geen zorgen meer hoeven te maken over de vlucht van beclaimd pensioen- en lijfrentekapitaal. Doordat de belastingheffing over de uitkeringen wordt prijsgegeven, zal ook de opbouwfase in grensoverschrijdende situaties minder complex hoeven te zijn. Nederland heeft haar positie ten aanzien van de hypotheekrenteaftrek meer in lijn gebracht met het buitenland.[71]

4.1.2. Lijfrenteuitkering na emigratie

In de nota Belastingen in de 21e eeuw wordt geen aandacht aan de bescherming van de vlucht van beclaimd lijfrentekapitaal. Dit is echter wel begrijpelijk. De grensoverschrijdende waardeoverdrachten zijn niet mogelijk en de Nederlandse grip op het lijfrentekapitaal is sterker dan die op het pensioenkapitaal.

In dit kader is het systeem van de negatieve persoonlijke verplichtingen en de emigratieheffing interessant.

Indien een lijfrenteverzekering wordt afgekocht, treedt het systeem van de negatieve persoonlijke verplichtingen in werking. De in het verleden verleende belastingaftrek wordt teruggenomen en bij het binnenlands onzuiver inkomen bijgeteld (vgl. art. 48 Wet IB). Vervolgens wordt het overige gedeelte van de afkoopsom middels artikel 49 Wet IB in de heffing betrokken. Het lijkt verdedigbaar dat de negatieve persoonlijke verplichtingen buiten de bescherming van het belastingverdrag vallen. De negatieve persoonlijke verplichtingen vormen in wezen een correctie op het verleden. Het belastingverdrag ziet slechts op belastingen naar het inkomen. Hiervan is geen sprake. Dit kan overigens eenvoudig leiden tot een dubbele heffing indien het woonland de volledige afkoopsom in de heffing betrekt.

Voor lijfrentepolissen welke onder het nieuwe regime vallen (afgesloten na 1 januari 1992) en waarvoor meer dan NLG 100.000 aan premies is afgetrokken, geldt dat bij emigratie de premieaftrek wordt teruggenomen.[72] Dit betekent dat de lijfrentepremies als negatieve persoonlijke verplichtingen in het belastbaar inkomen worden betrokken. Tevens wordt een revisierente in rekening gebracht. De revisierente bedraagt 20% van de waarde van de aanspraak en vormt een benadering van de rente die de fiscus heeft

gederfd doordat ten onrechte belastinguitstel is verleend.[73] De belastingplichtige kan voor beide bedragen (negatieve persoonlijke verplichtingen en revisierente) om uitstel van betaling verzoeken.[74] Uitstel wordt voor een periode van 5 jaar verleend. Na afloop van deze periode van 5 jaar komt het recht de conserverende aanslag in te vorderen te vervallen. Het uitstel wordt beëindigd indien de belastingplichtige een van de handelingen van het tweede lid van artikel 45c Wet IB (zoals afkoop, vervreemding, ter zekerheid stellen) verricht. De wetgever heeft ervoor gekozen oneigenlijk gebruik van een lijfrenteverzekering tegen te gaan door in de binnenlandse periode een heffingsmoment te creëren. Hiermee wordt voorkomen dat met behulp van belastingverdragen een reële heffing wordt vermeden.

De emigratieheffing kent een zekere overkill. Indien een lijfrenteverzekering na emigratie wordt afgekocht en het belastingverdrag wijst de heffing over de afkoopsom aan het woonland toe, zal Nederland uitstel van betaling van de conserverende aanslag (emigratieheffing) beëindigen. Daarnaast zal het woonland de afkoopsom in de belastingheffing betrekken. Hierdoor ontstaat een dubbele belastingheffing.

Indien alle oudedagsvoorzieningen in de volgende eeuw een uniforme fiscale behandeling moeten krijgen, lijkt het zinvol de lijfrenteverzekeringen ook onder de Europese Verordening te brengen.

4.2. Na immigratie

4.2.1. Pensioenuitkering na immigratie

De pensioenuitkeringen welke vanuit het buitenland aan een inwoner van Nederland worden betaald, worden in Nederland in de belastingheffing betrokken. Indien de buitenlandse pensioenregeling niet is aan te merken als een zuivere pensioenregeling in de zin van de Wet LB (hetgeen doorgaans het geval zal zijn) worden de uitkeringen belast op basis van de saldomethode als inkomsten uit vermogen. Onder de werking van belastingverdragen zal Nederland doorgaans de heffingsbevoegdheid krijgen toegewezen. Indien een belastingverdrag ontbreekt, zal het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989 de heffing veelal aan het bronland toewijzen. De toewijzing van de heffingsbevoegdheid op basis van het besluit wijkt af van de verdragspolitiek.

Tot voor kort vloeide een fiscale barrière direct voort uit het systeem van de wet. Indien een buitenlandse pensioenregeling voldoet aan de eisen van de Wet LB, wordt de uitkering volledig belast zonder rekening te houden met de premies waarvoor nooit een belastingfaciliteit is genoten (de saldomethode is niet van toepassing op kwalificerende pensioenregelingen). Hierdoor kon een dubbele belastingheffing ontstaan.[75] Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien een werknemer gedurende zijn uitzending naar

het buitenland de pensioenopbouw in de Nederlandse pensioenregeling voortzet. In het buitenland zal deze werknemer naar alle waarschijnlijkheid geen belastingfaciliteit in verband met de betaalde premies genieten. Deze barrière heeft de staatssecretaris recent weggenomen door op deze pensioenuitkeringen uit dergelijke regelingen een met de saldomethode vergelijkbaar systeem toe te passen.[76]

4.2.2. Lijfrenteuitkering na immigratie

Indien een inwoner van Nederland uitkeringen uit een buitenlandse lijfrenteverzekering ontvangt, worden de uitkeringen belast op basis van de saldomethode. De belastingverdragen wijzen de heffing veelal aan het woonland (Nederland) toe.
In tegenstelling tot de particuliere pensioenen worden de uitkeringen en afkoopsommen in verband met een lijfrenteverzekering, indien een belastingverdrag ontbreekt, niet gedekt door het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989.[77] Dit betekent dat een inwoner van Nederland geen voorkoming van dubbele belasting kan claimen voor uit het buitenland ontvangen uitkeringen of afkoopsommen in verband met een buitenlandse lijfrenteverzekering.

5. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

De conclusies uit de voorgaande hoofdstukken worden in dit hoofdstuk samengevat. De indeling komt overeen met de hoofdstukindeling. Daar waar mogelijk worden de conclusies voorzien van een concrete aanbeveling.

1. Uitgaande personen en pensioenopbouw (2.1.)

In het kader van het Rapport Witteveen heeft het Ministerie van Financiën toegezegd dat de voortzetting van de pensioenopbouw in Nederland tijdens een uitzending naar het buitenland niet leidt tot een bovenmatige pensioenaanspraak. De tekst van de toezegging is echter dermate onduidelijk dat vele vragen onbeantwoord zijn gebleven. Aanbevolen wordt om de begrippen 'diensttijd' en 'genoten beloning', althans voor de bovenmatigheidstoets, te relateren aan het wereldwijde, binnen het concern verdiende inkomen en de doorgebrachte diensttijd. Dit heeft tot gevolg dat de voortgezette pensioenopbouw in Nederland tijdens een uitzending naar een buitenlandse vestiging van hetzelfde concern, in Nederland niet tot een bovenmatige pensioenaanspraak leidt.

Indien een werknemer wordt uitgezonden naar een buitenlandse vestiging die geen onderdeel van het concern uitmaakt, zou een in Nederland voortgezette pensioenopbouw tot een bovenmatige pensioenaanspraak kunnen leiden. Doordat een budgettair

belang ontbreekt en het onnodig compliceren van de grensoverschrijdende pensioenopbouw ongewenst is, wordt uit praktische overwegingen voorgesteld de voortgezette pensioenopbouw in Nederland toe te staan indien en zolang de werknemer in Nederland sociaal verzekerd blijft.

De voorgestelde definities van 'diensttijd' en 'genoten beloning' voorkomen dat in een salary split situatie binnen concernverband de voortgezette pensioenopbouw leidt tot een bovenmatige pensioenaanspraak. In een salary split binnen concernverband zou derhalve de pensioenopbouw in Nederland kunnen worden voortgezet op basis van het wereldsalaris en de werelddiensttijd.

Aanbeveling 1: Definitie van de begrippen diensttijd en genoten beloning

Voor de bepaling van de bovenmatigheid van een pensioenregeling kunnen de begrippen diensttijd en genoten beloning als volgt worden gedefinieerd:

Diensttijd:	de tijd dat een werknemer, waar ook ter wereld, in dienst is bij een onderdeel van het concern.
Genoten beloning:	een door een werknemer ontvangen beloning voor werkzaamheden die hij, waar ook ter wereld, voor het concern heeft verricht.

Aanbeveling 2: Uitzending buiten concernverband en voortgezette pensioenopbouw

Indien een werknemer buiten concernverband wordt uitgezonden leidt de voortzetting van de pensioenopbouw in Nederland niet tot een bovenmatige pensioenaanspraak indien en voorzover de werknemer in Nederland sociaal verzekerd is gebleven.

2. Inkomende personen en pensioenopbouw (2.2.)

Indien werknemers vanuit het buitenland naar Nederland worden uitgezonden, zal veelal de behoefte bestaan de pensioenopbouw in de pensioenregeling in het land van herkomst voort te zetten. Deze pensioenpremies zijn in Nederland echter niet onbelast/aftrekbaar.
In Nederland wordt de mogelijkheid geboden om de buitenlandse pensioenregeling te laten aanwijzen. De premies die worden betaald aan een aangewezen pensioenregeling zijn onbelast/aftrekbaar. De procedure om een buitenlandse pensioenregeling te laten aanwijzen is uitermate omvangrijk en zou vereenvoudigd moeten worden. Een procedure die enkele jaren in beslag neemt is niet praktisch, niet noodzakelijk en veel te duur. In aanbeveling 3 wordt hiertoe een voorstel uitgewerkt.

De Europese Commissie heeft in een ontwerprichtlijn een home country control systeem uitgewerkt voor pensioenregelingen van uitgezonden werknemers. Dit betekent dat in een situatie waarin een werknemer wordt uitgezonden het werkland de pensioen-

regeling in het land van herkomst voor fiscale doeleinden erkent. Deze ontwerprichtlijn biedt een uitkomst voor de pensioenpositie van uitgezonden werknemers. In aanbeveling 4 wordt aangeraden deze ontwerprichtlijn, in ieder geval met betrekking tot dit onderdeel, te ondersteunen.

Werknemers die naar Nederland verhuizen om zich op min of meer permanente basis in Nederland te vestigen, kunnen worden geconfronteerd met een pensioenbreuk. Voor de situaties dat de werknemer zowel in het buitenland als in Nederland voor het zelfde concern werkzaam is, wordt voorgesteld om toe te staan dat bij salarisstijgingen een backservice wordt gevormd over de buitenlandse dienstjaren. De in aanbeveling 1 gehanteerde definities voor de begrippen salaris en genoten beloning worden ook hier gehanteerd.

Aanbeveling 3: Vereenvoudiging van de aanwijzingsprocedure

- De buitenlandse regeling wordt als zodanig aangewezen en niet meer per werknemer. Eventuele bovenmatigheid blijkt reeds uit de regeling zelf. Voor de werknemers wordt slechts marginaal de overige voorwaarden gecontroleerd (duur uitzending, voorafgaande deelname).
- De vergelijking met andere Nederlandse werknemers in vergelijkbare posities binnen het bedrijf dient geen enkel doel en kan komen te vervallen. Indien de betreffende buitenlandse regeling in het land van vestiging een kwalificerende (premies aftrekbaar dan wel onbelast) regeling is en de premies in Nederland niet bovenmatig zijn, is aan de dubbele plafondtoets voldaan.
- De voorwaarde dat de werknemer in Nederland gevestigd maar niet geworteld moet zijn, kan worden vervangen door een algemene antimisbruikregeling. Daar waar niet de voortzetting van een reguliere pensioenregeling wordt voorgestaan, kan de overheid het verzoek om aanwijzing weigeren.
- De voorwaarde dat de Nederlandse werkgever het pensioen moet toezeggen, kan komen te vervallen.
- De voorwaarde dat de werknemer binnen concernverband moet worden uitgezonden, kan worden vervangen door de voorwaarde dat de werknemer in het land van herkomst sociaal verzekerd moet blijven.

Aanbeveling 4: Ondersteunen van de ontwerprichtlijn van de Europese Commissie

Aanbevolen wordt om de ontwerprichtlijn *Safeguarding the supplementary pension rights of employed and self-employed persons moving within the European Union* van de Europese Commissie in ieder geval ten aanzien van de voorgestelde home country control te ondersteunen.

3. Waardeoverdrachten (2.3.)

De belastingvrije internationale waardeoverdracht is slechts in een beperkt aantal situaties mogelijk. De meeste voorwaarden worden gesteld om oneigenlijk gebruik te voorkomen. Gezien het budgettair belang van de overheid is het merendeel van de gestelde voorwaarden gerechtvaardigd en noodzakelijk.

De belastingfaciliteit wordt slechts toegestaan indien ontheffing van de verzekeringskamer is verkregen. Op basis van het ontheffingsbeleid van de verzekeringskamer wordt geen ontheffing verleend voor het wettelijk recht op waardeoverdracht. Dit betekent dat in grensoverschrijdende situaties de werknemer voor een belastingvrije waardeoverdracht altijd afhankelijk is van de medewerking van de pensioenuitvoerder. Hiervoor is geen rechtvaardiging aan te voeren. Daarnaast verleent de verzekeringskamer slechts een ontheffing voor een waardeoverdracht naar een buitenlands pensioenfonds indien de overdracht binnen concernverband plaatsvindt. Deze voorwaarde wordt niet gesteld indien het pensioenkapitaal wordt overgedragen naar een binnen de Europese Unie gevestigde verzekeringsmaatschappij. De concern-eis biedt overigens weinig garanties. Het lijkt rechtvaardig om de concern-eis in Europese situaties te laten vervallen.

Het beleid van het Ministerie van Financiën en de verzekeringskamer dienen meer op elkaar afgestemd te worden.

Aanbeveling 5: Grensoverschrijdende waardeoverdrachten

Voorgesteld wordt om de bevoegdheid van de verzekeringskamer om ontheffing te verlenen uit te breiden tot de grensoverschrijdende waardeoverdrachten op basis van artikel 32b PSW (het wettelijk recht). Hiervoor dient artikel 29 PSW aangepast te worden. Tevens wordt voorgesteld om de concern-eis voor de Europese pensioenfondsen te laten vervallen.

4. Opbouw van een lijfrente (3.1. en 3.2.)

De oudedagsvoorzieningen in de derde pijler van uitgezonden werknemer vormen een onderbelicht gebied. Naar Nederland uitgezonden werknemers zullen doorgaans niet in de gelegenheid zijn hun buitenlandse lijfrenteverzekering voort te zetten. Anticiperend op de oudedagsparaplu zou de mogelijkheid om in internationaal verband het regime voor lijfrenteverzekeringen meer te laten aansluiten bij het fiscale regime voor pensioenen onderzocht kunnen worden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een aanwijzingsprocedure voor lijfrenteverzekeringen. Zodat de naar Nederland uitgezonden werknemers de premiebetalingen in verband met een buitenlandse lijfrenteverzekering

tijdens de uitzending kunnen voortzetten. Tevens zou men kunnen overwegen om op Europees niveau de aandacht te vestigen op oudedagsvoorzieningen in de derde pijler en gedetacheerde werknemers. Zodat bij de discussies over de ontwerprichtlijn van de Europese Commissie ook de lijfrenteverzekeringen worden betrokken.

De aftrekbaarheid van lijfrentepremies is beperkt tot binnenlands belastingplichtigen. Iemand die (nagenoeg) zijn gehele inkomen in Nederland verdient en niet in Nederland woont, zal veelal geen aftrekbare bijdragen aan een lijfrenteverzekering kunnen betalen. De Europese jurisprudentie leidt tot de conclusie dat het weigeren van de aftrek van lijfrentepremies aan een buitenlandse belastingplichtige die nagenoeg zijn gehele inkomen in Nederland verdient, strijdig is met het Europees recht. Onder omstandigheden kan een rechtvaardigingsgrond op basis van coherentie aanwezig worden geacht. Nederland zou er goed aan doen haar belastingregels aan te passen aan de Europese ontwikkelingen en duidelijkheid te scheppen over de situaties waarin aftrek wel en wanneer aftrek niet mogelijk is. Dit zou de rechtszekerheid ten goede komen.

Aanbeveling 6: Aftrek lijfrentepremies voor buitenlands belastingplichtige

Nederland zal voor een buitenlands belastingplichtige die nagenoeg zijn gehele inkomen in Nederland verdient, een mogelijkheid moeten scheppen lijfrentepremies in aftrek te kunnen brengen. Hiertoe zou de 90%-resolutie aangepast kunnen worden.

5. De opbouw van een lijfrente bij een salary split (3.3.)

In de situatie dat een binnenlands belastingplichtige zijn inkomen geheel dan wel gedeeltelijk in het buitenland verdient, wordt de aftrek van de lijfrentepremies door de werking van de voorkomingsbreuk aan het buitenland toegewezen. Bij de belastingheffing over de uitkeringen wordt met het gedeeltelijk dan wel geheel ontbreken van de aftrek als gevolg van de werking van de voorkomingsbreuk geen rekening gehouden.

De voorkomingsbreuk drukt het buitenlandse inkomen uit als een percentage van het onzuiver wereldinkomen waarbij *geen* rekening wordt gehouden met de betaalde lijfrentepremies. Vervolgens wordt de voorkoming berekend door dit percentage te vermenigvuldigen met de daadwerkelijk verschuldigde belastingen waarbij *wel* rekening wordt gehouden met de aftrek van de lijfrentepremies.

Aanbeveling 7: Aanpassen voorkomingsbreuk

Voorgesteld wordt de voorkomingsbreuk te wijzigen door de noemer van de voorkomingsbreuk te verlagen met de daadwerkelijk afgetrokken lijfrentepremies. Hierdoor worden lijfrentepremies in voornoemde internationale situaties weer volledig aftrekbaar.

6. Pensioen- en lijfrente uitkeringen na emigratie (4.1. en 4.2.)

In internationale verhoudingen vormt de belastingheffingen over afkoopsommen en pensioenuitkeringen een knelpunt. De lage heffingen in het buitenland en de grensoverschrijdende waardeoverdrachten vormen hierbij een punt van aandacht. In de nota Belastingen in de 21e eeuw worden enkele denkrichtingen uitgewerkt waarvan de Europese Verordening de meest effectieve lijkt. Het lijkt raadzaam om in het kader van de Europese Verordening ook aandacht te besteden aan de grensoverschrijdende waardeoverdrachten. Tevens zouden ook de lijfrenteverzekeringen in de Europese Verordening ondergebracht kunnen worden.

In de nota wordt de afschaffing van de omkeerregel besproken. In reactie hierop wordt in dit gedeelte van het preadvies een systeem voorgesteld waarin de premie aftrekbaar is en de uitkeringen onbelast blijven. Dit wordt gefinancierd door onder de oudedagsparaplu (zoals voorgesteld in de nota) ook de hypotheekrente te brengen. Het totale niveau van de toegestane jaarlijkse aftrek wordt vastgesteld op bijvoorbeeld 50% van de in 1997 afgetrokken hypotheekrente, pensioen- en lijfrentepremies..

7. Pensioenuitkeringen na immigratie

Indien een buitenlandse pensioenregeling voldoet aan de eisen van de Wet LB wordt de uitkering volledig belast zonder rekening te houden met de premies waarvoor nooit een belastingfaciliteit is genoten (de saldomethode is niet van toepassing op kwalificerende pensioenregelingen). Deze barrière heeft de staatssecretaris recent weggenomen door op deze pensioenuitkeringen een met de saldomethode vergelijkbaar systeem toe te passen.

NOTEN

1. Met het oog op de leesbaarheid wordt telkens de mannelijke vorm gebruikt.
2. Vgl. 'Supplementary Pensions in the Single Market – A Green paper', *COM*(97)283, 10 juni 1997.
3. Vgl. Sociaal Economische Raad, *Werken aan zekerheid II, deel 4: Toekomst oudedagsvoorzieningen,* 97/05, Den Haag, 1997, en Stichting van de Arbeid, *Aanbevelingen gericht op vernieuwing van pensioenregelingen,* 20 mei 1997, nr. 6/97.
4. Vgl. Sociaal Economische Raad, t.a.p., blz 357.
5. Vergelijk de prognoses van Commissie Drees, de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Jansweijer en Zwiers, alle opgenomen in B. de Vries en R.A.J. Dur, *Verzilverend Vergrijzen*, Sdu Uitgevers, Den Haag, 1996.
6. Voor een beschouwing over de bevoegdheden van het Hof van Justitie en de wijze van rechtspreken, vgl. C.H.P.A. Geppaart, 'Fiscale rechtsvinding in het kader van de Europese Unie', *WFR* 1996/6226.
7. Vgl. J.P.M. Kooijmans, 'Salarissplitsing en pensioenopbouw', *WFR* 1998/6280.
8. Vgl. Hof Leeuwarden 1 februari 1988, *BNB* 1989/92.
9. Vgl. voor een uitgebreide behandeling van de aanbevelingen J.Th.L. Brouwer, 'Rapport werkgroep fiscale behandeling pensioenen: begin of einde van de flexibilisering?', *Tijdschrift voor pensioenvraagstukken*, oktober 1995, blz 82.
10. Vgl. het schrijven van het Ministerie van Financiën aan de voorzitter van de Vaste Commissie voor Financiën, 12 juni 1996, *WDB*96/184m.
11. Vgl. het schrijven van het Ministerie van Financiën, *WDB*97/505U, 5 december 1997.
12. Dit zou verklaard kunnen worden op basis van het schrijven van de Stichting van de Arbeid van 16 april 1996 aan de betreffende staatssecretarissen. In dit schrijven wordt naar aanleiding van het schrijven van de staatssecretarissen van 16 januari 1996 een vraag gesteld over de continuatie van deelname aan de pensioenregeling tijdens de uitzending op basis van een 'schaduw-salaris'. Het schrijven van de Stichting van de Arbeid is als bijlage bij het rapport van de Sociaal Economische Raad, Werken aan zekerheid II, 97/05, 20 juni 1997 gevoegd.
13. Vgl. het schrijven van het Ministerie van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *WDB*95/290M, 1 september 1995, en het schrijven van het Ministerie van Financiën, *WDB*96/11M, 16 januari 1996 en *WDB*96/184M, 12 juni 1996.
14. Vgl. Pensioen en andere toekomstvoorzieningen, onderdeel VII.F.2.4.d.
15. L.G.M. Stevens, 'Pensioen in de loonsfeer', *fiscale brochures*, 1995, blz 93.
16. Vgl. J.P.M. Kooijmans, t.a.p. (noot 7).
17. Een salary split wordt ook wel *split employment* of 'salarissplitsing' genoemd.
18. Vgl. J.P.M. Kooijmans, t.a.p. (noot 7).
19. Vgl. K.W.H. Leeflang, 'Werken over de grens: to split or not to split?', *WFR* 1997/212. In dit artikel wordt tevens een vergelijking gemaakt met de jurisprudentie inzake de auto van de zaak. Leeflang vindt in de besproken jurisprudentie een argument om ook de bovenmatigheid te voorkomen. Deze visie kan ik niet onderschrijven. De arresten handelen over de wijze waarop de voorkomingsbreuk moet worden geïnterpreteerd. Het vraagstuk van de bovenmatigheid staat daar volledig los van. Een pensioenaanspraak is bovenmatig indien niet aan de diensttijd/salarisnorm wordt voldaan.
20. De voorwaarden zijn opgenomen in de definitie van een pensioenregeling, art. 11 Wet op de loonbelasting 1964.
21. Vgl. art 11b, lid 1, onderdeel c, Wet LB.
22. Vgl. in dit kader N.R.M. Nelissen, 'Brede Herwaardering II en de pensioenopbouw van een Nederlandse expatriate, een reactie', *Fiskaal*, jaargang 22, nr. 1995-7, blz. 236.
23. Het afkoopverbod vloeit voort uit de verzorgingsgedachte. Vgl. L.G.M. Stevens, t.a.p. (noot 15), blz. 72. De pensioenregelingen van de landen om ons heen (België, Duitsland en Engeland) maar ook van bv. de Verenigde Staten bieden doorgaans mogelijkheden tot afkoop of eenmalige betalingen.
24. J. Los, *Internationale aspecten van pensioenen*, Serie Pensioenactualiteiten nr. 3, Amsterdam, 1997, blz. 17, lijkt positiever en kent wel enige praktische waarde aan art. 11b, lid 1, letter c, Wet LB toe. C.L.J.R. Douven, 'Aanwijzing buitenlandse pensioenregelingen – (on)mogelijk?', *Pensioen & Praktijk* 1996/10 (oktober), blz. 3, deelt mijn mening en schrijft "Voor zover bekend, kent geen enkel land een met Nederland vergelijkbare pensioenregeling. In de praktijk leidt dat ertoe dat de mogelijkheid die art. 11b, eerste lid, onderdeel c, Wet LB biedt, nauwelijks toegepast wordt..."
25. De wettelijke grondslag is te vinden in art. 11, lid 5, Wet LB.
26. Vgl. Besluit van 22 mei 1996, nr. *DB*96/841 M.

27. Vgl. Beleidsregels ontheffingen Pensioen- en spaarfondsenwet, 1 juli 1996, nr. 3.251/94-2099.
28. Vgl. de belastingverdragen met onder andere Canada, de Verenigde Staten, Zweden, Mexico en Venezuela.
29. Vgl. de toelichting bij artikel 18 OESO.
30. Vgl. Notitie algemeen fiscaal verdragsbeleid, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 20.365, nr. 2 en de tweede notitie Internationaal Fiscaal (Verdrags)beleid, nr. IFZ96/741, 25.087.
31. Grensoverschrijdende deelneming aan bedrijfspensioenregelingen voor migrerende werknemers, (XV/2040-1/92). Vgl. voor een overzicht: I.C.M. van der Klauw en J. Los, *Pensioen in een internationaal kader*, Kluwer, Deventer 1998.
32. Vgl. de artikelen 4 tot en met 8 in *Proposal for a Council Directive on safeguarding the supplementary pension rights of employed and self-employed persons moving within the Europea Union*, COM (97)486/4; J. Verlinden, 'EU Cross-Border Pension Membership: The Procession of Echternach?', *Benefits & Compensation International*, November 1997. De richtlijn is mede gebaseerd op een rapport van november 1996 van de *High level group on free movements of persons* (onder leiding van mevrouw Veil).
33. Vgl. de artt. 14 tot en met 14quinquies Verordening (EEG) 1408/71.
34. Vgl. P. Kavelaars, 'Ontwikkelingen in het Europees sociaal verzekeringsrecht', *Pensioen & Praktijk*, 1995/9, blz 8.
35. Richtlijn 92/49/EEG, 10 november 1992, PBEG 92, L 228/1, en de richtlijn 92/96/EEG, 10 november 1992, PBEG 92, L 360/1.
36. Zie noot 2.
37. Vgl. ook artt. 16a en 20 Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet.
38. Door de invoering van art. 32b PSW is het werkingsgebied van art. 32a PSW verkleind. In geval van overdracht van een premievrije aanspraak van voor 8 juli 1994 en in geval van een collectieve waardeoverdracht is art. 32b PSW niet van toepassing en kan slechts gebruik worden gemaakt van art. 32a PSW.
39. Vergelijk art. 13 Besluit reken- en procedureregels recht op waardeoverdracht.
40. Vgl. art. 11c, lid 2, Wet LB.
41. Vgl. Besluit van 2 december 1996, nr. DB96/113M. De wettelijke basis is te vinden in art. 11c, lid 4, Wet LB.
42. Deze voorwaarde staat in art. 11c, lid 4, Wet LB.
43. Zie voor een overzicht van de belastingverdragen (19 stuks) waarin geen artikel inzake het uitwisselen van inlichtingen is opgenomen, C.L.J.R. Douven, t.a.p. (noot 24), blz. 3.
44. Vgl. Beleidsregels ontheffingen Pensioen- en spaarfondsenwet, 1 juli 1996/nr. 3.251/94-2099.
45. Vgl. art 45, lid 1, letter g, Wet IB, en art. 45, lid 6 en 7, Wet IB.
46. Vgl. art. 45, Wet IB voor professionele verzekeringsmaatschappijen.
47. Vgl. art. 45, lid 7, letter c, Wet IB.
48. Vgl. art. 45, lid 6, Wet IB.
49. Vgl. art. 45, lid 7, Wet IB.
50. Vgl. de vraag van Gijs de Vries, 'Uit het parlement', *WFR* 1995/6152.
51. Bachman, HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90.
52. Vgl. H.M.N. Schonis, 'Europese dimensies in het Nederlandse belastingrecht', *WFR* 1992/5997.
53. Richtlijn 92/96/EEG, PB L360. 09/12/1992.
54. Vgl. bv. Schumacker (HvJ EG 14, februari 1995, C-279/319), Wielockx (HvJ EG, 11 augustus 1995, C-80/94) en Asscher (HvJ EG, 27 juni 1996, C-107/94).
55. Vgl. Resolutie van 11 maart 1991, nr. DB91/481, *BNB* 1991/172.
56. Schumacker, HvJ EG, 14 februari 1995, C-279/319.
57. HvJ EG, 11 augustus 1995, C-80/94.
58. Zie noot 51.
59. Kooijmans beweert het tegendeel. Hij onderbouwt zijn stelling vervolgens met een berekening die naar mijn mening niet juist is. In zijn berekening II wordt een voorkomingsbreuk gehanteerd die ten onrechte op 45/90 is gesteld. Hierbij gaat hij ervan uit dat het buitenlandse inkomen wordt verminderd met in het buitenland betaalde pensioenpremies. In andere woorden: de buitenlandse pensioenopbouw kwalificeert naar Nederlands belastingrecht. In de praktijk komt deze situatie alleen maar voor indien de pensioenopbouw in Nederland wordt voortgezet. Dit was echter volgens Kooijmans nu net niet toegestaan. Waarom hij zijn berekening er vervolgens op baseert, is onduidelijk. Tenslotte is de vergelijking niet eerlijk. Bij de pensioenuitkeringen zal rekening worden gehouden met het feit dat in het buitenland geen belastingaftrek is genoten terwijl de lijfrenteuitkeringen volledig zullen worden belast. J.P.M. Kooijmans, t.a.p. (noot 7), blz. 280.
60. Ten behoeve van de duidelijkheid is het rekenvoorbeeld een vereenvoudigde weergave van de realiteit.

61. Vgl. HR van 13 mei 1987, *BNB* 1987/207 en Hof s-Gravenhage, 26 maart 1984, *BNB* 1984/249. Indien ten tijde van de afkoop de dienstbetrekking nog in stand is, is volgens het Ministerie van Financiën het artikel van de niet-zelfstandige arbeid van toepassing (of het bestuurdersartikel Resoluties van 17 juni 1987, nr. 087-1354, *V-N* 1987/1360 en 2 november 1987, nr. 087-2683, *V-N* 1987/2367.

62. In de volgende belastingverdragen wordt de heffing over de afkoopsom aan het woonland toegewezen: België, Duitsland, Frankrijk, Israël, Japan, Luxemburg, Marokko, Oostenrijk, Polen, Roemenië, Spanje en Zwitserland. In de volgende belastingverdragen wordt de heffing (mede) aan het bronland toegewezen met Argentinië, Bangladesh, Bulgarije, Denemarken, Finland, India, Kazakstan, Letland, Mexico, Nigeria, Noorwegen, Oekraïne, Tunesië, Venezuela, Vietnam en Zweden.

63. In hoeverre het afkoopverbod grensoverschrijdende (theoretische) werking heeft staat ter discussie; vgl. Ph. van Huizen, 'Afkoopverbod: grensoverschrijdend?', *Pensioen & Praktijk*, 1994/10, blz. 10; W.M.A. Kalkman, 'Afkoopverbod: grensoverschrijdend!', *Pensioen & Praktijk*, 1994/12, blz. 17. In de praktijk lijkt mij een grensoverschrijdend afkoopverbod nauwelijks uitvoerbaar.

64. Belastingen in de 21^{e} eeuw, een verkenning, Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1997-1998, nr. 25810.

65. Brief van 14 augustus 1997, nr. IFZ97/791, blz. 3140.

66. Fiscaal verdragsbeleid, *Pensioen & Praktijk*, 1997/10, blz 13.

67. P. Kavelaars, 'Loonheffingen en pensioenen: slecht en goed nieuws', *WFR* 1998/6277.

68. S.J.G. van Wijnbergen, 'Nederland weer aan het werk', *ESB*, 7 januari 1998.

69. Vgl. de nota Belastingen in de 21^{e} eeuw, t.a.p. (noot 64).

70. Vgl. de nota Belastingen in de 21^{e} eeuw, t.a.p. (noot 64), blz. 37.

71. Vgl. de nota Belastingen in de 21^{e} eeuw, t.a.p. (noot 64), blz. 42.

72. Vgl. art. 45c, lid 3, Wet IB.

73. Vgl. art 30i AWR.

74. Uitstel van betaling wordt verleend op basis van art. 25, lid 4, Invorderingswet 1990 en art. 5a Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990.

75. Een buitenlandse pensioenregeling welke niet aan alle voorwaarden van de Wet LB voldoet, is aan te merken als een 'onzuivere' pensioenregeling. Uitkeringen uit een onzuivere pensioenregeling worden belast op basis van de saldomethode. Dit betekent dat de uitkeringen worden belast voorzover zij de niet- afgetrokken premies overtreffen (art. 25, lid 1, letter g, Wet IB en art. 25, lid 11, Wet IB). Indien de buitenlandse pensioenregeling is aan te merken als een zuivere pensioenregeling in de zin van de Wet op de LB, is de saldomethode niet van toepassing. De uitkeringen worden belast op basis van het eerste lid van art.10 Wet LB. Stel een werknemer wordt vanuit Nederland uitgezonden naar het buitenland en continueert gedurende zijn uitzending de deelname in de Nederlandse pensioenregeling. Gedurende zijn verblijf in het buitenland heeft de werknemer, naar alle waarschijnlijkheid, geen belastingaftrek in verband met de betaalde pensioenpremies genoten. Doordat de pensioenregeling een zuivere pensioenregeling is, worden de uitkeringen volledig belast. Zonder nadere regelgeving zou hier een dubbele belastingheffing optreden.

76. Vgl. het Besluit van de staatssecretaris van 26 maart 1997, nr. DB97/596.

77. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat de lijfrenteverzekering geen verband houdt met een in het buitenland uitgeoefende dienstbetrekking.

IV. Internationale mobiliteit van personen: successierechtelijke aspecten

*drs W. Pot**

1. INLEIDING

1.1. Aanknopingspunten voor de heffing van successierecht

Het object van het successierecht krachtens de Successiewet 1956 (hierna: SW) is de verkrijging krachtens erfrecht. De SW beperkt de belaste verkrijgingen tot verkrijgingen door het overlijden van een erflater die ten tijde van het overlijden binnen het rijk woonde. De Nederlandse SW is daarmee gebaseerd op het woonplaatsbeginsel. Op grond van dit beginsel ontstaat een heffingsrecht dat aanknoopt bij de woonplaats van de erflater. Diens nationaliteit en de vraag naar de ligging van het object zijn irrelevant.

Naast het woonplaatsbeginsel onderscheiden we het territorialiteitsbeginsel, het nationaliteitsbeginsel alsmede het situsbeginsel. De beginselen worden hieronder nader verklaard.

Belastingheffing op grond van het territorialiteitsbeginsel knoopt uitsluitend aan bij de ligging van het object. Indien die ligging is binnen het territoir, ontstaat een heffingsrecht, onafhankelijk van de woonplaats en de nationaliteit van het subject. Belastingheffing op grond van het nationaliteitsbeginsel knoopt aan bij de nationaliteit van het subject waarbij noch diens woonplaats noch de ligging van het object relevant is. Belastingheffing op grond van het situsbeginsel knoopt aan bij de ligging van het object, waarbij het belastingsubject zijn woonplaats heeft buiten de betreffende staat, en/of niet de nationaliteit heeft van de staat.

* Drs W. Pot (1965) studeerde fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Sedert 1991 is hij werkzaam als belastingadviseur, thans verbonden aan de nationale adviespraktijk van Arthur Andersen Belastingadviseurs te Rotterdam.

Nederland beperkt haar heffingen op grond van het woonplaatsbeginsel tot de verkrijgingen van een erflater die zijn woonplaats in Nederland heeft. Heffing van successie- en/of schenkingsrecht op grond van de woonplaats van de verkrijgers in Nederland vindt niet plaats.

De Nederlandse heffingen zijn niet uitsluitend gebaseerd op het woonplaatsbeginsel. Elementen uit de SW zijn terug te voeren op het nationaliteitsbeginsel en het situsbeginsel. Voor wat betreft het nationaliteitsbeginsel kan worden gedacht aan het bepaalde in artikel 3, lid 1, SW. Problemen rond dubbele heffing doen zich juist voor op dit vlak. Aan twee specifieke problemen besteed ik in mijn bijdrage aandacht, te weten de mogelijke strijdigheid van de tien-jarenregeling met het EG-verdrag alsmede dubbele heffing in het kader van een internationale ouderlijke boedelverdeling.
De uitwerking van het woonplaatsbeginsel in de Nederlandse SW maakt dat allen die in Nederland hun woonplaats hebben, latent subject zijn voor de heffingen onder de SW. De toegenomen mobiliteit van personen is er de oorzaak van dat veel meer dan in het verleden de internationale aspecten van de SW een rol spelen.

In hoofdstuk 2 bespreek ik de toewijzingsregels bij de bepaling van huwelijksvermogensrecht en erfrecht op een in Nederland openvallende nalatenschap. Met name wordt ingegaan op de strekking en werking van het Haags Huwelijksvermogensverdrag van 1978 alsmede van het Haags Erfrechtverdrag van 1 augustus 1989.

In hoofdstuk 3 bespreek ik de voorkomingproblematiek die in internationale nalatenschappen kan ontstaan indien sprake is van een zogenaamde ouderlijke boedelverdeling. Tevens wordt aandacht besteed aan het nieuwe Nederlandse versterferfrecht. Voor inwoners van Nederland waarvan de nalatenschap vererft volgens het nieuwe versterferfrecht, ontstaat het risico van dubbele successiebelasting die door de regelingen ter voorkoming van dubbele belasting niet of onvoldoende wordt weggenomen. Met name voor buitenlanders die zich voor een wat langere tijd in Nederland vestigen, wordt deze problematiek van belang.

In hoofdstuk 4 ga ik in op de woonplaatsfictie die is vastgelegd in artikel 3, lid 1 van de SW. Met name toets ik de regeling aan de non-discriminatiebepalingen van het EG-verdrag. Ik concludeer dat de woonplaatsfictie mogelijk strijdig is met artikel 6 van het EG-verdrag. Voorts bespreek ik een alternatieve regeling, waarbij ik voor de toekenning van heffingsrechten regels ontleen aan de toewijzingsregels van het Haags Erfrechtverdrag.

2. DE OMVANG VAN DE BELASTE VERKRIJGING: TOEWIJZINGSREGELS VOOR HUWELIJKSVERMOGENSRECHT EN ERFRECHT

2.1. Verschillende soorten successiebelastingen

De literatuur[1] maakt onderscheid tussen enerzijds de successiebelastingen die het karakter dragen van een nalatenschapsbelasting en anderzijds die met het karakter van een verkrijgingsbelasting.

Nalatenschapsbelastingen zijn belastingen die terzake van het overlijden van een persoon worden geheven over diens nalatenschap als zodanig. De hoogte van de te heffen belasting is in het algemeen slechts afhankelijk van de grootte van de nalatenschap. De grootte van de verkrijgingen van de afzonderlijke gerechtigden tot de nalatenschap en/of de graad van verwantschap tussen dezen spelen daarbij geen rol.

Verkrijgingsbelastingen zijn belastingen die terzake van het overlijden van een persoon worden geheven over hetgeen iedere erfgenaam, legataris, lastbevoordeelde of anderszins gerechtigde tot de nalatenschap uit de nalatenschap verkrijgt.

OESO 1982[2] geeft een nog verder verfijnde onderverdeling. In het rapport worden vier soorten successiebelastingen onderscheiden:
A death tax is a tax on a capital transfer at death whether estate tax, inheritance tax or succession tax.
An estate tax is a tax levied on a capital transfer as a result of a death where the tax base and the rate of the tax are governed by the amount tranferred by the deceased (donor).
An inheritance tax is a tax levied on a capital transfer as a result of a death where the tax base and the rate of the tax are governed by the amount received by the beneficiary (donee) from anyone's estate.
A succession tax is an inheritance-based tax, where the tax base and the rate of tax are governed by the total amount received in legacies (and gifts) from all donors.

Artikel 5 SW bepaalt dat iedere verkrijging afzonderlijk in de heffing wordt betrokken. Belast wordt het saldo van iedere verkrijging, dus na aftrek van ieders aandeel in de schulden, legaten en lasten. Het in Nederland verschuldigde successierecht kwalificeert daarmee als een *inheritance tax* in de zin van OESO 1982.

2.2. De omvang van de individuele verkrijging

Alvorens de omvang van de individuele verkrijgingen kan worden bepaald, dient allereerst de omvang van de nalatenschap te worden vastgesteld. Indien de erflater ten tijde van zijn overlijden gehuwd was, moet worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen behoren tot het gemeenschappelijk vermogen, en derhalve op grond van huwelijksgoederenrecht toekomen aan de langstlevende echtgenoot. Voor het Nederlandse recht zijn hier van belang de bepalingen Boek 1, titel 7 en 8 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

2.3. Internationale aspecten

Het internationaal privaatrecht (hierna: IPR) kent als aanknopingspunten: de nationaliteit, de laatste gewone verblijfplaats van erflater en de ligging van onroerende zaken. Als deze drie aanknopingspunten niet samenvallen is sprake van een internationale nalatenschap. Indien sprake is van een internationale nalatenschap doen zich bijzondere vragen voor.

Een belangrijk probleem bij de afwikkeling van een internationale nalatenschap ontstaat indien de verwijzingsregels van de betrokken landen verschillend erfrecht aanwijzen. Een voorbeeld.

Een Belg verhuist met zijn gezin naar Nederland en overlijdt hier met achterlating van zijn echtgenote en een kind. Erflater heeft geen testament gemaakt. De weduwe gaat naar een Nederlandse notaris en verzoekt om een verklaring van erfrecht. De Nederlandse notaris oordeelt dat Belgisch erfrecht van toepassing is; hij vermeldt dat het kind enig erfgenaam is en dat de weduwe het vruchtgebruik van de nalatenschap krijgt. De weduwe informeert ook bij een Belgische notaris naar diens visie op de omvang van hetgeen ieder verkrijgt. De Belgische notaris meent dat de weduwe en het kind ieder erfgenaam zijn voor de helft van de nalatenschap.
Hoewel de antwoorden elkaar lijken uit te sluiten hebben beide notarissen gelijk. Volgens het Nederlands IPR bepaalt de nationaliteit van de erflater welk erfrecht van toepassing is. Aangezien de erflater de Belgische nationaliteit bezat, is volgens het Nederlands IPR het Belgische erfrecht van toepassing. Volgens het Belgische IPR wordt de nalatenschap in twee of meer nalatenschappen gesplitst. Met betrekking tot onroerende zaken is het erfrecht van toepassing van het land van ligging van de onroerende zaak. Met betrekking tot de overige vermogensbestanddelen is het erfrecht van de laatste gewone verblijfplaats van de erflater van toepassing. Volgens het Nederlandse en Belgische erfrecht zijn in het voorbeeld verschillende personen erfgenaam en ook voor verschillende breukdelen. Een gevolg is dat de dubbele heffing van successierecht niet of niet geheel verrekend kan worden. Een eerste mogelijkheid om aan die proble-

matiek te ontkomen ligt in de aanwijzing/keuze van een toepasselijk erfrecht (en huwelijksvermogensrecht).

Onderstaand ga ik in op enige rechtsregels die voor het bepalen van de omvang van ieders verkrijging in een internationale nalatenschap van belang zijn. Het gaat daarbij met name om toewijzingsregels die onevenwichtige uitkomsten zoals in het voorbeeld kunnen voorkomen.

2.4. Toepasselijk huwelijksvermogensrecht

2.4.1. Rechtsbronnen

Indien de echtgenoten ten tijde van het overlijden van erflater in Nederland woonden maar niet de Nederlandse nationaliteit bezaten, komt de vraag op welk huwelijksgoederenrecht van toepassing is. Bij beantwoording van die vraag kan worden geput uit drie bronnen te weten het Haags Huwelijksgevolgenverdrag van 1905, het ongeschreven Nederlandse IPR en het Huwelijksvermogensverdrag 1978 (met als uitvoeringswet de Wet Conflictenrecht Huwelijksvermogensregime).

Aan het Haags Huwelijksgevolgenverdrag van 1905 kan als hoofdregel worden ontleend dat het nationale recht van toepassing is van het land waarvan de man ten tijde van de huwelijkssluiting de nationaliteit bezat. Het verdrag is alleen van toepassing indien het aldus aangewezen recht het recht is van een verdragsluitende staat. Het toepassingsgebied blijft daarmee beperkt tot Nederland, Duitsland Italië, Portugal en Roemenië. Op 23 augustus 1977 is het Haags Huwelijksgevolgenverdrag voor Nederland buiten werking getreden, zodat daaraan bovendien voor huwelijken gesloten na 23 augustus 1977 geen toewijzingsregels kunnen worden ontleend.

Alle andere huwelijken, tot aan de inwerkingtreding van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 vallen onder de ongeschreven regels van Nederlands IPR, zoals door de Hoge Raad samengevat en genuanceerd in het Sabah-arrest.[3]

2.4.2. Haags huwelijksvermogensverdrag 1978

Het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 moet worden toegepast op alle huwelijken die na 1 september 1992 zijn gesloten, ongeacht de nationaliteit of de woonplaats van de echtgenoten.

2.4.2.1. *Rechtskeuze*

Het verdrag respecteert een eventuele rechtskeuze van de echtgenoten indien die heeft plaatsgehad voor de huwelijkssluiting. Echtgenoten kunnen daarbij kiezen uit de volgende stelsels:

- het recht van het land waarvan een van hen (of beiden) ten tijde van de rechtskeuze de nationaliteit bezat;
- het recht van het land waar een van hen (of beiden) ten tijde van de rechtskeuze zijn of haar gewone verblijfplaats had;
- het recht van het land waar een van hen (of beiden) na de huwelijkssluiting zijn of haar nieuwe gewone verblijfplaats vestigt; of
- het recht van de plaats van ligging van een onroerende zaak die tot het vermogen van een van hen (of van beiden) behoort of gaat behoren.

De rechtskeuze dient tenminste te blijken uit een gedagtekend en door de beide echtgenoten ondertekend schriftelijk stuk. Bovendien moet de rechtskeuze voldoen aan de vormvereisten die – hetzij naar het recht van het land waar de akte wordt opgemaakt, hetzij naar het door de echtgenoten gekozen recht – gelden voor huwelijkse voorwaarden.

2.4.2.2. *Toewijzingsregels*

Het verdrag biedt zoals gezegd verwijzingsregels voor alle gevallen waarin de echtgenoten geen geldige rechtskeuze hebben gedaan.

Indien de echtgenoten een gemeenschappelijke nationaliteit hebben (en een gemeenschappelijk eerste huwelijksdomicilie), gelden verschillende toewijzingsregels voor onderdanen van landen die het verdrag (volledig) hebben geratificeerd en voor de onderdanen van overige landen. Binnen de groep van de overige landen dient nog onderscheid te worden gemaakt tussen landen waarvan IPR de toepassing van het nationale recht van de echtgenoten voorschrijft en landen waarvan IPR toepassing van het woonplaatsrecht voorschrijft.

Voor onderdanen van landen die het verdrag hebben geratificeerd geldt het nationale recht van de echtgenoten als het toepasselijke huwelijksgoederenrecht. De enige uitzondering geldt voor het geval de eerste huwelijksdomicilie ligt in een land waarvan IPR het woonplaatsrecht voorschrijft; indien de echtgenoten in een zodanig land waren ingeburgerd ten tijde van het aangaan van het huwelijk (lees aldaar langer dan 5 jaar wonen) geldt het huwelijksvermogensrecht van dat land.

Voor onderdanen van niet-verdragsluitende landen waarvan IPR de toepassing van het nationale recht van de echtgenoten voorschrijft laten zich twee situaties voorstellen. Indien het eerste huwelijksdomicilie ligt in een verdragsluitend land of een land waarvan IPR de toepassing van het nationale recht van de echtgenoten voorschrijft, is het nationale huwelijksgoederenrecht van de echtgenoten van toepassing. Indien het eerste huwelijksdomicilie ligt in een land waarvan IPR toepassing van het woonplaatsrecht voorschrijft, geldt het huwelijksgoederenrecht van dat land.

Tenslotte kan aan de orde komen de toewijzing ten behoeve van onderdanen van niet-verdragsluitende landen waarvan IPR de toepassing van het woonplaatsrecht voorschrijft. In deze gevallen is het woonplaatsrecht van toepassing.

Indien geen rechtskeuze is gedaan, en de echtgenoten hebben een verschillende nationaliteit, dan is het recht van het eerste huwelijksdomicilie toepasselijk.

Het op grond van het verdrag aangewezen 'basisrecht' blijft het huwelijksvermogensregime beheersen, ook nadat de echtgenoten nadien van nationaliteit of woonplaats veranderen. Het verdrag maakt evenwel een drietal belangrijke uitzonderingen op dit beginsel van onveranderlijkheid. Het tot dan toe geldende recht van het eerste huwelijksdomicilie, respectievelijk van de gezamenlijke nationaliteit van de echtgenoten wordt vervangen door het recht van de (nieuwe) gemeenschappelijke gewone verblijfplaats:

1. (a) indien zij beiden de nationaliteit van die staat bezitten: vanaf het moment waarop zij zich aldaar vestigen;
   (b) indien zij beiden de nationaliteit van die staat verkrijgen: vanaf het moment dat zij die nationaliteit verkrijgen; of:
2. zodra zij aldaar meer dan 10 jaar hun gewonen verblijfplaats hebben gehad; of
3. indien tevoren tussen hen het gemeenschappelijke nationale recht gold op de enkele grond dat zij in verschillende landen hun gewone verblijfplaats hadden: vanaf het moment dat zij hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land vestigen.

2.5. Toepasselijk erfrecht

2.5.1. Erfrecht: algemeen

Na beantwoording van de vraag welk huwelijksgoederenregime van toepassing is, dient zich de vraag aan welk erfrecht van toepassing is. Buiten Nederland komt het voor dat een nalatenschap waaraan internationale aspecten zijn verbonden wordt opgesplitst. Op verschillende vermogensbestanddelen van de nalatenschap zijn dan verschillende stelsels van erfrecht (binnenlandse en buitenlandse) van toepassing. Een dergelijke opde-

ling doet zich in Nederland niet voor: in Nederland vererft de gehele nalatenschap volgens de regels van een en hetzelfde recht.

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat Nederlands IPR voor wat betreft het huwelijksvermogensrecht aansluit bij de nationaliteit van de echtgenoten. Ook voor de bepaling van het toepasselijk erfrecht knoopt Nederlands IPR aan bij de nationaliteit (het nationale recht) van de erflater. De nationaliteit als criterium voor de toepasselijkheid van een bepaald erfrecht staat de laatste jaren nogal onder druk, vooral omdat zich meer en meer gevallen van staatloosheid en dubbele nationaliteit voordoen. Ook speelt inburgering een rol. Door de toenemende mobiliteit van personen en het grotere gemak waarmee personen ingeburgerd raken, wordt de nationaliteit in mindere mate reëel als enig criterium.

2.5.2. Haags erfrechtverdrag van 1 augustus 1989

De toewijzingsregels van het toepasselijk erfrecht zijn vastgelegd in het Haags Erfrechtverdrag van 1 augustus 1989 (hierna: het erfrechtverdrag).

Het erfrechtverdrag gaat uit van het domiciliebeginsel. Artikel 1 bepaalt dat het recht van de staat van de gewone verblijfplaats ten tijde van het overlijden de erfopvolging beheerst als erflater bij zijn overlijden de nationaliteit van die staat had. Daarmee aanvaardt het erfrechtverdrag bovendien het eenheidsstelsel. In de hoofdregel ligt een dubbele voorwaarde besloten, namelijk die van het aanhouden van een gewone verblijfplaats alsmede het bezit van de nationaliteit. Indien aan de voorwaarde van nationaliteit niet is voldaan, is het desondanks mogelijk dat het recht van de staat van de gewone verblijfplaats ten tijde van het overlijden van toepassing is. Voorwaarde daartoe is dat erflater gedurende tenminste 5 jaar voor zijn overlijden reeds zijn verblijfplaats had in die staat (en geen kennelijk nauwere banden met zijn vaderland onderhield).

Het erfrechtverdrag bevat voorts een regeling omtrent rechtskeuze door de erflater. Die rechtskeuze is evenwel niet onbeperkt. Artikel 5, lid 1 van het erfrechtverdrag bepaalt dat een persoon de wet van een bepaald land kan aanwijzen die zijn gehele nalatenschap beheerst. Deze aanwijzing heeft slechts effect indien deze persoon, op het moment van aanwijzing of op het moment van overlijden, van dat land de nationaliteit bezat of aldaar zijn gewoonlijke verblijfplaats had.

Voor buitenlanders die zich in Nederland vestigen zonder de Nederlandse nationaliteit aan te nemen, blijft op grond van het erfrechtverdrag het erfrecht van het land waarvan zij de nationaliteit bezitten gedurende de eerste 5 jaren van hun (gewoonlijk) verblijf in Nederland van kracht. Indien daarna geen nauwere banden met het vaderland worden onderhouden, wordt Nederlands erfrecht van kracht. De toewijzingsregels worden ter-

zijde gesteld indien erflater een uitdrukkelijke keuze heeft gedaan voor de toepasselijkheid van het erfrecht van zijn vaderland dan wel van het land van zijn gewone verblijf.

2.6. Conclusie

Toepassing van het IPR, en in het bijzonder van het Haagse huwelijksvermogensrechtverdrag en van het erfrechtverdrag, wordt wel vergeleken met het gebruik van een verjaardagskalender. Het van buiten leren van de toewijzingsregels is derhalve aan civilisten noch aan fiscalisten aan te bevelen. Een zodanig gebruik leidt (zeker voor fiscalisten) slechts tot frustraties. In dit hoofdstuk schetste ik de hoofdlijnen van het in Nederland toepasselijke recht voorzover het betreft de toewijzingsregels. Kennis daarvan is ook voor fiscalisten van belang aangezien de omvang en samenstelling van met successierecht te belasten verkrijgingen in hoge mate worden beïnvloed door het toepasselijke huwelijksvermogensrecht, respectievelijk erfrecht.

Voorafgaand aan de successierechtelijke fiscale advisering dient de civielrechtelijke toetsing plaats te vinden. Zowel ten aanzien van huwelijkse voorwaarden als ten aanzien van testamenten is het raadzaam een rechtskeuze vast te leggen.

Het verdient nader onderzoek of en in hoeverre de toewijzingsregels van het Haags Erfrechtverdrag bruikbaar zijn in het kader van de harmonisatie en coördinatie van successiebelastingen. Een aanzet daartoe wordt in hoofdstuk 4 gegeven.

3. INTERNATIONALE NALATENSCHAPPEN, OUDERLIJKE BOEDELVERDELING EN DUBBEL SUCCESSIERECHT

3.1. Huidige wettelijk stelsel van erfrecht

Het wettelijk erfrecht bepaalt wie de erfgenamen van een overledene zijn in het geval een testament ontbreekt. Op grond van het huidige Nederlandse wettelijk erfrecht zijn in eerste instantie de kinderen van erflater en de echtgenoot erfgenamen. De kinderen en de echtgenoot zijn ieder voor gelijke delen gerechtigd tot de nalatenschap.

Het Burgerlijk Wetboek kent groepen van erfgenamen die in een rangorde tot elkaar staan. Als gevolg van de door de wet voorgeschreven rangorde komen leden van de volgend groep als erfgenaam pas aan de orde als in de vorige groep geen erfgenamen opkomen. De groepsindeling luidt als volgt:

- bloedverwanten in de rechte neerdalende lijn en de echtgenoot;
- ouders, broers, zusters en hun afstammelingen;
- grootouders;
- de niet tot groep 2 behorende zijverwanten.

Zoals gezegd is het erfdeel van de echtgenoot en de kinderen op grond van het wettelijk erfrecht gelijk. In de praktijk blijkt dat onder die omstandigheden de langstlevende echtgenoot niet altijd de bescherming krijgt die maatschappelijk wordt verlangd. Indien de kinderen hun erfdeel in geld wensen te ontvangen, dan kan dat aanleiding geven tot een gedwongen verkoop van activa (denk aan de echtelijke woning) ofwel tot ongewenste financieringsverplichtingen.

Onder invloed van de wens om de langstlevende echtgenoot verzorgd achter te laten, en voorts om te voorkomen dat ten aanzien van de verdeling van de activa en passiva uit de nalatenschap twist ontstaat, is in de notariële praktijk de testamentvorm van de ouderlijke boedelverdeling ontwikkeld.

3.2. Ouderlijke boedelverdeling

Op grond van de wet is het toegestaan dat reeds in een testament de verdeling tussen de afstammelingen en de langstlevende echtgenoot wordt gemaakt. Zolang degene die het testament heeft gemaakt nog in leven is, is sprake van een herroepelijke beschikking. Vanaf het moment van overlijden van de erflater is sprake van een voltooide verdeling. Dit houdt in dat de erfgenamen geen nadere handelingen behoeven te verrichten om de verdeling tot stand te brengen. De verdeling zoals in het testament vastgelegd, wordt aan de erfgenamen toegerekend alsof zij de nalatenschap zelf hebben verdeeld.

De verdeling kan zo worden voorgeschreven dat de langstlevende echtgenoot eigenaar wordt van alle zaken die tot de nalatenschap behoren. Aan de overige erfgenamen komt in dat geval slechts een vordering toe op de langstlevende echtgenoot. De erfgenamen kunnen de verdeling niet aantasten met een beroep op schending van hun legitieme portie in natura; wel is het mogelijk dat de legitieme portie in waarde is geschonden.
De mogelijkheid van schending van de legitieme portie in waarde houdt verband met bepalingen betreffende de opeisbaarheid van de vordering in geld alsmede de door de langstlevende echtgenoot verschuldigde rente.

Zoals gezegd geldt de ouderlijke boedelverdeling voor de erfgenamen als een door de erflater voltooide en tussen hen onmiddellijk werkende, zakelijk werkende verdeling, waardoor zij als op grond van het wettelijk erfrecht het hun toebedeelde verkrijgen.

3.3. Voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling

Jarenlang werd in de praktijk getwijfeld aan de mogelijkheid om aan de ouderlijke boedelverdeling een voorwaarde te verbinden. De Hoge Raad heeft op 17 januari 1996 een arrest gewezen ten gunste van de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling.

In de berechte casus had erflater, gebruik makend van de door artikel 4:1167 BW toegekende bevoegdheid, een ouderlijke boedelverdeling gemaakt op grond waarvan alle activa en passiva waren toebedeeld aan de echtgenote, die in verband met de overbedeling aan haar kinderen een schuld kreeg. In het testament was bovendien een zogenaamde 'tenzij-clausule' overeengekomen. Op grond van die clausule zou de door erflater gemaakte boedelverdeling niet geldig zijn indien de kinderen en de langstlevende echtgenote binnen 6 maanden na het overlijden van erflater te kennen zouden geven in onderling overleg tot een andere verdeling te komen. De erfgenamen maakten gebruik van de mogelijkheid om in afwijking van de ouderlijke boedelverdeling de nalatenschap te verdelen. Bij de uiteindelijke verdeling werd een onroerende zaak aan een van de kinderen in eigendom toegedeeld, zulks onder de verplichting om een bedrag in contanten in de nalatenschap te brengen.

De erfgenamen stelden zich op het standpunt dat de ouderlijke boedelverdeling zoals door erflater gewenst niet tot stand was gekomen. Zij meenden dat op grond van het wettelijk erfrecht de gehele nalatenschap onverdeelde eigendom was geworden van de gezamenlijke erfgenamen.

Het belang van de casus betrof de overdrachtsbelasting. De erfgenamen stelden zich op het standpunt dat de verkrijging van de onroerende zaak plaatshad in het kader van een (voor de overdrachtsbelasting vrijgestelde) verdeling van een nalatenschap. De inspecteur wenste voorbij te gaan aan de tenzij-clausule, en oordeelde dat de verdeling van de nalatenschap had plaatsgehad overeenkomstig de ouderlijke boedelverdeling; de latere transactie waarbij een van de kinderen eigendom verkreeg van een onroerende zaak vond niet plaats in het kader van een vrijgestelde verdeling van een nalatenschap.

De Hoge Raad volgde Hof Amsterdam in zijn oordeel dat de omstandigheid dat de erfgenamen hadden gekozen voor een andere verdeling van erflaters nalatenschap, betekent dat de ouderlijke boedelverdeling geen gevolgen heeft. Daarmee waren de erfgenamen als rechtverkrijgenden onder algemene titel tot de nalatenschap en de daartoe behorende onroerende zaak gerechtigd geworden.

3.4. Dubbele successiebelasting in samenhang met een ouderlijke boedelverdeling

3.4.1. Algemeen

Indien sprake is van een internationale ouderlijke boedelverdeling doen zich problemen voor rond dubbele heffing van successierecht. Ik bespreek die problemen aan de hand van een voorbeeld. Ik veronderstel daarbij het overlijden van een in Nederland wonende erflater. Overeenkomstig het bepaalde in de Nederlandse SW wordt op grond van het

woonlandbeginsel successierecht verschuldigd over het saldo van de verkrijgingen. Voorts veronderstel ik dat tot de nalatenschap in het buitenland gelegen onroerende zaken behoren. Verdeling van de nalatenschap tussen langstlevende echtgenoot en kinderen vindt plaats op grond van een door erflater opgestelde ouderlijke boedelverdeling. Op grond van de ouderlijke boedelverdeling wordt de langstlevende echtgenoot eigenaar van alle activa en passiva die deel uitmaken van de nalatenschap; de kinderen krijgen een vordering wegens onderbedeling op de langstlevende echtgenoot.

Op grond van de ligging van de onroerende zaak wordt in het buitenland in veel gevallen successierecht verschuldigd. Een dergelijk heffingsrecht wordt erkend door het OESO-successiemodelverdrag 1982. In artikel 5 van het verdrag wordt heffing van onroerende zaken en ondernemingsvermogen toegewezen aan de staat waar dit vermogen zich bevindt. Het verdrag bepaalt voorts dat voor de invulling van het begrip onroerende vermogensbestanddelen moet worden aangeknoopt bij de nationale wetgeving van de staat waar het object ligt.

Nederland heeft met zes staten een successieverdrag gesloten. De heffingsbevoegdheid met betrekking tot onroerende zaken is in de verdragen zonder belangrijke uitzonderingen geregeld overeenkomstig het bepaalde in het OESO-successiemodelverdrag 1982.

Voor de gevallen waarin geen verdrag van toepassing is kan terzake van de optredende dubbele belasting een beroep worden gedaan op Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989. Het besluit sluit aan bij de in het OESO-successiemodelverdrag 1982 aanvaarde internationale opvatting dat het heffingsrecht van de situsstaat voorgaat boven het heffingsrecht van de woonstaat.

De werkingssfeer van het OESO-successiemodelverdrag 1982 en de door Nederland op basis van het model gesloten verdragen is ruim. Dat geldt eveneens voor de werkingssfeer van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989. Blijkens het commentaar bij het OESO-model moet onder successiebelastingen worden verstaan de belastingen die worden geheven ter zake van het overlijden in de vorm van belastingen van nalatenschappen en verkrijgingen krachtens erfrecht. In de verschillende successieverdragen worden de belastingen waarop het verdrag ziet steeds vermeld. Het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989 komt belastingplichtigen (onder meer) tegemoet in situaties waarin twee staten situsgoederen aan een soortgelijke belasting onderwerpen. Belangrijk daarbij is dat de heffing aansluit bij dezelfde oorzaak, te weten het overlijden, en hetzelfde object, de overgang van het vermogen.

3.4.2. VOORKOMING: VERSCHILLENDE BEHANDELING ERFGENAMEN ONDER HET BESLUIT VOORKOMING DUBBELE BELASTING 1989

In het hierna uit te werken voorbeeld verkrijgt de langstlevende echtgenoot volle eigendom van alle goederen, de kinderen verkrijgen een vordering die haar waarde (onder meer) ontleent aan de in het buitenland gelegen onroerende zaak. In het buitenland wordt successierecht geheven op grond van de ligging van de onroerende zaak.

Artikel 11 van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989

Voor de toepassing van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989 ten aanzien van buitenlandse situsgoederen is de Resolutie van 24 augustus 1983[4] van belang. De resolutie bepaalt dat (onder meer) voor de toepassing van artikel 11 van het besluit een vordering die haar waarde ontleent aan een onroerende zaak, niet met die zaak gelijk kan worden gesteld.

In het geval van een ouderlijke boedelverdeling waarbij de langstlevende echtgenoot eigendom, en de kinderen een vordering op de langstlevende ouder verkrijgen, kunnen de kinderen aldus geen aanspraak maken op belastingverrekening volgens artikel 11 van het besluit.

Ik werk het onderstaand voorbeeld cijfermatig uit zodat de onevenwichtige uitwerking van de Resolutie van 24 augustus 1983 duidelijk wordt.

Voorbeeld: Nederlands versterferfrecht

Erflater A. A woont ten tijde van zijn overlijden in Nederland. A heeft geen testament opgesteld zodat de nalatenschap vererft volgens Nederlands versterferfrecht. Erfgenamen zijn echtgenote B en kind X, ieder voor de helft.

De nalatenschap van A bestaat uit:

onroerende zaken in het buitenland	400
saldo overige bezittingen	300
saldo nalatenschap	700

In het buitenland wordt over de verkrijging door B en X over de aldaar verkregen onroerende zaken een met het successierecht vergelijkbare verkrijgingsbelasting geheven: (tweemaal) 10% van 200 = 40.

In Nederland is over de verkrijging van B, groot 350, zonder toepassing van het besluit, 25 verschuldigd. X is over zijn verkrijging, groot 350, 35 verschuldigd. Het door echt-

genote B verschuldigde recht is minder hoog vanwege de in Nederland toepasselijke vrijstelling voor echtgenoten.

Van het door B en X in Nederland verschuldigde recht is aan de in het buitenland gelegen onroerende zaken toe te rekenen:
voor B: 200/350 x 25 = 14,28
voor X: 200/350 x 35 = 20

Op het successierecht van B en X komt op grond van artikel 11 van het besluit in mindering een bedrag ter grootte van het aan de buitenlandse onroerende zaken toe te rekenen Nederlandse successierecht, voorzover dit bedrag lager is dan de buitenlandse gelijksoortige belasting.

In Nederland wordt uiteindelijk aan successierecht geheven:
van B: 25 -/- 14,28 = 10,72
van X: 35 -/- 20 = 15

In totaal wordt in het buitenland en in Nederland 65,72 verschuldigd.

Voorbeeld: ouderlijke boedelverdeling/buitenlandse verkrijgingsbelasting
(inheritance tax)

Erflater A. A woont ten tijde van zijn overlijden in Nederland. Erfgenamen zijn echtgenote B en kind X. A heeft over zijn nalatenschap beschikt door een ouderlijke boedelverdeling waarin bepaald dat B eigendom verkrijgt van alle activa en passiva van de nalatenschap. X erft wegens onderbedeling een vordering op B.

De nalatenschap van A bestaat uit:

onroerende zaken in het buitenland	400
saldo overige bezittingen	300
saldo nalatenschap	700

In het buitenland wordt over de verkrijging door B over de aldaar verkregen onroerende zaken een met het successierecht vergelijkbare verkrijgingsbelasting geheven: 10% van 400 = 40.

In Nederland is over de verkrijging van B, groot 350, zonder toepassing van het besluit, 25 verschuldigd. X is over zijn verkrijging (groot 350) 35 verschuldigd.

Van het door B in Nederland verschuldigde recht is aan de in het buitenland gelegen onroerende zaken toe te rekenen: $400/400^5 \times 25 = 25$.

Op het successierecht van X komt niets in mindering. Immers, ter zake van diens verkrijging is overeenkomstig de Resolutie van 24 augustus 1983 naar het oordeel van de staatssecretaris geen sprake van dubbele belasting.

Op het successierecht van B komt op grond van artikel 11 van het besluit in mindering een bedrag ter grootte van het aan de buitenlandse onroerende zaken toe te rekenen Nederlandse successierecht. Dit bedrag is lager dan de daadwerkelijk betaalde buitenlandse gelijksoortige belasting.

In Nederland wordt uiteindelijk aan successierecht geheven:
van B: 25 -/- 25 = nihil
van X: 35

In totaal wordt in het buitenland en in Nederland 75 verschuldigd.

Voorbeeld: ouderlijke boedelverdeling/buitenlandse nalatenschapsbelasting
(estate tax)

Erflater A. A woont ten tijde van zijn overlijden in Nederland. Erfgenamen zijn echtgenote B en kind X. A heeft over zijn nalatenschap beschikt door een ouderlijke boedelverdeling waarin bepaald dat B eigendom verkrijgt van alle activa en passiva van de nalatenschap. X erft wegens onderbedeling een vordering op B.

De nalatenschap van A bestaat uit:

onroerende zaken in het buitenland	400
saldo overige bezittingen	300
saldo nalatenschap	700

In het buitenland wordt over de verkrijging door B over de aldaar verkregen onroerende zaken een met het successierecht vergelijkbare nalatenschapsbelasting geheven: 10% van 400 = 40.

In Nederland is over de verkrijging van B, groot 350, zonder toepassing van het besluit, 25 verschuldigd. X is over zijn verkrijging (groot 350) 35 verschuldigd.

Van het door B in Nederland verschuldigde recht is aan de in het buitenland gelegen onroerende zaken toe te rekenen: $400/400 \times 25 = 25$.

Op het successierecht van B komt op grond van artikel 11 van het besluit in mindering een bedrag ter grootte van het aan de buitenlandse onroerende zaken toe te rekenen Nederlandse successierecht. Dit bedrag is in dit voorbeeld hoger dan de buitenlandse gelijksoortige belasting. De Leidraad Besluit voorkoming dubbele belasting 1989 par. 4.8, PW 20583, geeft een regeling voor het geval dat de in het buitenland verschuldigde belasting niet per verkrijger is gespecificeerd. Dit is het geval bij nalatenschapsbelastingen. De leidraad schrijft in dat geval voor de belasting aan de erfgenamen toe te rekenen overeenkomstig hun erfportie. De erfportie van B bedraagt 350/700. B wordt verondersteld in het buitenland 20 belasting te hebben voldaan.

In Nederland wordt uiteindelijk aan successierecht geheven:
van B: 25 -/- 20 = 5
van X: 35

In totaal wordt in Nederland en in het buitenland 80 verschuldigd.

Voorbeeld: ouderlijke boedelverdeling/buitenlandse nalatenschapsbelasting (maar nu met meer dan twee erfgenamen)

Erflater A. A woont ten tijde van zijn overlijden in Nederland. Erfgenamen zijn echtgenote B en kinderen X, Y en Z. A heeft over zijn nalatenschap beschikt door een ouderlijke boedelverdeling waarin bepaald dat B eigendom verkrijgt van alle activa en passiva van de nalatenschap. X, Y en Z erven wegens onderbedeling een vordering op B.

De nalatenschap van A bestaat uit:

onroerende zaken in het buitenland	400
saldo overige bezittingen	300
saldo nalatenschap	700

In het buitenland wordt over de verkrijging door B over de aldaar verkregen onroerende zaken een met het successierecht vergelijkbare nalatenschapsbelasting geheven: 10% van 400 = 40.

In Nederland is – in verband met de omvangrijke vrijstelling die de SW kent voor langstlevende echtgenoten –, over de verkrijging van B, groot 175, zonder toepassing van het besluit, 12,5 verschuldigd. X, Y en Z zijn over hun verkrijgingen (ieder groot 175) 17,5 (ofwel gezamenlijk 52,5), verschuldigd.

Van het door B in Nederland verschuldigde recht is aan de in het buitenland gelegen onroerende zaken toe te rekenen: $400/400^6 \times 12{,}5 = 12{,}5$.

Op het successierecht van X, Y en Z komt niets in mindering.

Op het successierecht van B komt op grond van artikel 11 van het besluit in mindering een bedrag ter grootte van het aan de buitenlandse onroerende zaken toe te rekenen Nederlandse successierecht. B wordt verondersteld in het buitenland 10 belasting te hebben voldaan.

In Nederland wordt uiteindelijk aan successierecht geheven:
van B: 12,5 -/- 10 = 2,5
van X, Y en Z: 3 x 17,5 = 52,5

In totaal wordt in Nederland en in het buitenland 95 verschuldigd.

	buitenland	Nederland	vermindering	totaal
Nederland versterferfrecht	40	60	34,28	65,72
ouderlijke boedelverdeling/ buitenlandse verkrijgingsbelasting	40	60	25	75
ouderlijke boedelverdeling/ buitenlandse nalatenschapsbelasting	40	60	20	80
ouderlijke boedelverdeling/ buitenlandse nalatenschapsbelasting (meerdere erfgenamen)	40	65	10	95

Bovenstaande uitkomsten acht ik niet in overeenstemming met de bedoelingen van het besluit. De effectieve druk van het successierecht per verkrijger sluit immers niet aan bij de waarde van ieders verkrijging. Voorts wordt de omvang van de Nederlandse vermindering onbedoeld beïnvloed door het karakter van de in het buitenland geheven successiebelasting. De verschillende uitkomsten van de voorbeelden 'buitenlandse inheritance tax' en 'buitenlandse estate tax' ontstaan omdat in het geval van een verkrijgingsbelasting de voorkoming slechts gemaximeerd wordt door het in Nederland, zonder toepassing van het besluit, verschuldigde recht, terwijl in het geval van een nalatenschapsbelasting maximaal buitenlandse belasting overeenkomstig de erfportie van de verkrijger voor verrekening in aanmerking komt. Indien meer dan twee erfgenamen delen in de nalatenschap laat zich deze onevenwichtigheid nog veel sterker voelen.

Ik pleit voor intrekking van de Resolutie van 24 augustus 1983. Ik acht het in overeenstemming met de bedoelingen van het besluit om (voor het corresponderende gedeelte) de vorderingen van de kinderen in het geval van een ouderlijke boedelverdeling onder de rechtstreekse werking van artikel 11 te brengen.

Ik werk de voorbeelden die de ouderlijke boedelverdeling betreffen nogmaals uit, maar nu onder de veronderstelling dat de kinderen terzake van hun vordering wegens onderbedeling een beroep kunnen doen op artikel 11 van het besluit.

•

Voorbeeld: ouderlijke boedelverdeling/buitenlandse verkrijgingsbelasting
(inheritance tax)

Erflater A. A woont ten tijde van zijn overlijden in Nederland. Erfgenamen zijn echtgenote B en kind X. A heeft over zijn nalatenschap beschikt door een ouderlijke boedelverdeling waarin bepaald dat B eigendom verkrijgt van alle activa en passiva van de nalatenschap. X erft wegens onderbedeling een vordering op B.

De nalatenschap van A bestaat uit:

onroerende zaken in het buitenland	400
saldo overige bezittingen	300
saldo nalatenschap	700

In het buitenland wordt over de verkrijging door B over de aldaar verkregen onroerende zaken een met het successierecht vergelijkbare verkrijgingsbelasting geheven: (tweemaal) 10% van 200 = 40.

In Nederland is over de verkrijging van B, groot 350, zonder toepassing van het besluit, 25 verschuldigd. X is over zijn verkrijging, groot 350, 35 verschuldigd.

Van het door B en X in Nederland verschuldigde recht is aan de in het buitenland gelegen onroerende zaken toe te rekenen:
voor B: 200/350 x 25 = 14,28
voor X: 200/350 x 35 = 20

In Nederland wordt uiteindelijk aan successierecht geheven:
van B: 25 -/- 14,28 = 10,72
van X: 35 -/- 20 = 15

In totaal wordt in het buitenland en in Nederland 65,72 verschuldigd.

Voorbeeld: ouderlijke boedelverdeling/buitenlandse nalatenschapsbelasting
(estate tax)

Erflater A. A woont ten tijde van zijn overlijden in Nederland. Erfgenamen zijn echtgenote B en kind X. A heeft over zijn nalatenschap beschikt door een ouderlijke boedelverdeling waarin bepaald dat B eigendom verkrijgt van alle activa en passiva van de nalatenschap. X erft wegens onderbedeling een vordering op B.

De nalatenschap van A bestaat uit:

onroerende zaken in het buitenland	400
saldo overige bezittingen	300
saldo nalatenschap	700

In het buitenland wordt over de verkrijging door B over de aldaar verkregen onroerende zaken een met het successierecht vergelijkbare nalatenschapsbelasting geheven: 10% van 400 = 40.

In Nederland is over de verkrijging van B, groot 350, zonder toepassing van het besluit, 25 verschuldigd. X is over zijn verkrijging, groot 350, 35 verschuldigd.

Van het door B en X in Nederland verschuldigde recht is aan de in het buitenland gelegen onroerende zaken toe te rekenen:
voor B: 200/350 x 25 = 14,28
voor X: 200/350 x 35 = 20

In Nederland wordt uiteindelijk aan successierecht geheven:
van B: 25 -/- 14,28 = 10,72
van X: 35 -/- 20 = 15

In totaal wordt in het buitenland en in Nederland 65,72 verschuldigd.

Voorbeeld: ouderlijke boedelverdeling/buitenlandse nalatenschapsbelasting
(maar nu met meer dan twee erfgenamen)

Erflater A. A woont ten tijde van zijn overlijden in Nederland. Erfgenamen zijn echtgenote B en kinderen X, Y en Z. A heeft over zijn nalatenschap beschikt door een ouderlijke boedelverdeling waarin bepaald dat B eigendom verkrijgt van alle activa en passiva van de nalatenschap. X, Y en Z erven wegens onderbedeling een vordering op B.

De nalatenschap van A bestaat uit:

onroerende zaken in het buitenland	400
saldo overige bezittingen	300
saldo nalatenschap	700

In het buitenland wordt over de verkrijging door B over de aldaar verkregen onroerende zaken een met het successierecht vergelijkbare nalatenschapsbelasting geheven: 10% van 400 = 40.

In Nederland is, vanwege de omvangrijke vrijstelling die de SW voor langstlevende echtgenoten kent, over de verkrijging van B, groot 175, zonder toepassing van het besluit, 12,5 verschuldigd. X, Y en Z zijn over hun verkrijgingen, ieder groot 175, 17,5 (ofwel gezamenlijk 52,5), verschuldigd.

Van het door B, X, Y en X in Nederland verschuldigde recht is aan de in het buitenland gelegen onroerende zaken toe te rekenen:
voor B: 100/175 x 12,5 = 7,14
voor X, Y en Z: 100/175 x 17,5 = 10

In Nederland wordt uiteindelijk aan successierecht geheven:
van B: 12,5 -/- 7,14 = 5,36
van X, Y en Z: 3 x (17,5 -/- 10) = 22,5

In totaal wordt in Nederland en in het buitenland 67,86 verschuldigd.

	buitenland	Nederland	vermindering	totaal
Nederland versterferfrecht	40	60	34,28	65,72
ouderlijke boedelverdeling/ buitenlandse verkrijgingsbelasting	40	60	34,28	65,72
ouderlijke boedelverdeling/ buitenlandse nalatenschapsbelasting	40	60	34,28	65,72
ouderlijke boedelverdeling/ buitenlandse nalatenschapsbelasting (meerdere erfgenamen)	40	65	37,14	67,86

Uit de voorbeelden blijkt dat bij toepasselijkheid van de faciliteit van artikel 11 van het besluit op vorderingen wegens overbedeling, de tegemoetkoming meer in overeenstemming komt met de bedoelingen van het besluit. Het verschuldigde Nederlandse en buitenlandse successierecht wordt over de erfgenamen verdeeld in overeenstemming met de door hen gevoelde druk. Voorts maakt het voor de berekening van de Nederlandse vermindering onder de door mij voorgestelde uitwerking niet meer uit of in het buitenland een belasting is geheven met het karakter van een nalatenschapsbelasting, dan wel met het karakter van een verkrijgingsbelasting.

Artikel 14 van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989

Naast de specifieke voorkomingbepaling terzake van onroerende zaken van artikel 11 van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989 kent het besluit een algemene tegemoetkoming in artikel 14. Artikel 14 bepaalt:
"Indien een verkrijging van een erflater die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde, bezittingen omvat welke zich binnen het gebied van een andere mogendheid bevinden en niet op grond van de artikelen 11 of 13 aanspraak bestaat op een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting, wordt bij het bepalen van de waarde van die verkrijging een vanwege een andere Mogendheid over deze bezittingen geheven gelijksoortige belasting in mindering gebracht op die verkrijging."

Deze tegemoetkoming behelst de zogenaamde aftrekmethode: het buitenlandse recht komt als schuld in mindering op de verkrijging.

Aan de toepasselijkheid van artikel 14 van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989 zijn vier voorwaarden verbonden. In de hiervoor besproken voorbeelden wordt aan de voorwaarden betreffende de woonplaats van de erflater, de heffing op grond van het situsbeginsel, en de heffing ten behoeve van de andere mogendheid voldaan. Het vereiste van onderworpenheid aan een soortgelijke belasting geeft naar mijn mening aanleiding tot twijfel. In de literatuur[7] wordt voor wat betreft de inhoud van de onderworpenheidseis verwezen naar de inhoud van dat vereiste in artikel 11. Zoals hiervoor aan de orde kwam wordt als een gelijksoortige belasting aangemerkt die belasting die dezelfde oorzaak, namelijk het overlijden, en hetzelfde object, de overgang van het nagelaten vermogen, heeft. Daarmee is aan de onderworpenheidseis voldaan.

In de Resolutie van 24 augustus 1983 oordeelt de staatssecretaris: "Ten aanzien van de kinderen van de erflater, die slechts een vordering op de langstlevende erven kan immers niet gezegd worden dat zij in het buitenland gelegen vermogensbestanddelen erven, als zijn bedoeld in artikel 5, lid 2 van de Successiewet 1956."

Ik lees in de resolutie niet dat de werking ervan zich zou beperken tot de toepassing van artikel 11 van het besluit.

Ik acht het niet in overeenstemming met de bedoeling van het besluit dat op grond van de Resolutie van 24 augustus 1983 aan erfgenamen die in het kader van een ouderlijke boedelverdeling een vordering erven, de tegemoetkoming van artikel 14 van het besluit wordt onthouden. Voorzover er redenen zijn om artikel 11 niet van toepassing te achten, dient de buitenlandse belasting ten minste als schuld in aftrek te komen.

3.4.3. Voorkoming: verschillende behandeling erfgenamen onder de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting

De positie van erfgenamen in een ouderlijke boedelverdeling met buitenlandse activa voor de toepassing van de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting is naar mijn oordeel eveneens onzeker. Opnieuw komt de vraag op in hoeverre de kinderen in het buitenland gelegen vermogensbestanddelen hebben geërfd. De ruime wijze waarop de Resolutie van 24 augustus 1983 is geformuleerd, leidt ook hier tot de conclusie dat de kinderen in de ogen van de staatssecretaris geen verdragsbescherming toekomt terzake van het gedeelte van hun vorderingen waarvan de waarde samenhangt met buiten Nederland gelegen situsgoederen.

Nu de kinderen geen verdragsbescherming genieten ten aanzien van het gedeelte van hun vordering dat samenhangt met het buitenlandse situsgoed, komt de vraag op of wellicht een beroep kan worden gedaan op het besluit. In het algemeen heeft het besluit een aanvullende werking indien een verdrag voor een bepaalde verkrijging geen regeling bevat. De verdragen bevatten evenwel een specifieke regeling, zodat een zelfstandig beroep op het besluit zonder resultaat blijft.

Voorzover in verdragssituaties de verrekeningsmogelijkheden van de langstlevende echtgenoot geen of onvoldoende soelaas bieden, acht ik ook deze uitkomst niet in overeenstemming met de bedoeling van de successieverdragen, en om die reden ongewenst. Opnieuw ben ik van oordeel dat gewenst is om voor de uitvoering van de successieverdragen de (corresponderende waarde van) de vordering van de kinderen onder de werking van artikel 5 van het OESO-successiemodelverdrag 1982, respectievelijk de specifieke verdragsbepalingen van de zes door Nederland gesloten verdragen, te brengen.

Bovenbesproken verrekeningsproblematiek kan in het geval van een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling worden voorkomen. Voorzover de erfgenamen immers gebruik maken van de door erflater aan hen geboden mogelijkheid om gezamenlijk een andere verdeling overeen te komen, heeft de ouderlijke boedelverdeling geen werking. De in onderling overleg tot stand te brengen verdeling tussen de deelgenoten kan dan

zodanig plaatsvinden dat van de verrekeningsmogelijkheden optimaal gebruik wordt gemaakt. Indien maar enigszins in afwijking van de ouderlijke boedelverdeling wordt verdeeld, verliest de door de erflater gemaakte verdeling daarmee reeds haar directe werking. De erfgenamen zijn dan ieder voor hun aandeel in de nalatenschap eigenaar van eventueel tot de nalatenschap behorende buitenlandse situsgoederen. Nederlandse successierecht en de eventuele vermindering daarvan worden dan berekend op basis van ieders aandeel in de onverdeeldheid.

3.5. Voorstel nieuw wettelijk erfrecht

De hierboven besproken onevenwichtigheden in de voorkoming zullen naar mijn oordeel in de toekomst in meer internationale nalatenschappen optreden. Die vrees houdt verband met de voorgenomen invoering van een nieuwe wettelijke regeling voor het erfrecht.

De wens om de langstlevende echtgenoot verzorgd achter te laten, alsmede om twist tussen de erfgenamen te voorkomen, zijn uitgangspunten geweest bij de nieuwe wettelijke regeling. Beoogd is een evenwicht tussen enerzijds de belangen van de langstlevende echtgenoot, en anderzijds de belangen van de kinderen. Zo acht de wetgever het wenselijk dat de kinderen uitzicht behouden op het verkrijgen van de eigendom van de goederen van de overleden eigen ouder. Voorts moet aflossing van een eventuele vordering wegens onderbedeling zoveel mogelijk zijn zekergesteld.

De hoofdregels van het nieuwe stelsel komen op het volgende neer. Indien na de dood van de erflater zijn echtgenoot en kinderen overblijven, zijn zij tezamen de erfgenamen. De echtgenoot verkrijgt de goederen van de nalatenschap, onder de last de schulden van de nalatenschap te betalen en de door de kinderen verschuldigde successierechten voor te schieten. De kinderen krijgen een geldvordering ter grootte van hun erfdeel, die behalve in geval van faillissement, pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot. Om aan het stelsel het gewenste evenwicht te geven worden de volgende aanvullende voorzieningen voorgesteld.

1. Als een langstlevende echtgenoot overblijft, tezamen met kinderen van de erflater die niet de eigen kinderen zijn van de langstlevende echtgenoot, heeft elk van die kinderen het wilsrecht zich de eigendom te laten overdragen van goederen tot aan het bedrag van hun geldvordering, terwijl de langstlevende echtgenoot (door vestiging) het vruchtgebruik verkrijgt.

2. Als een langstlevende echtgenoot overblijft, tezamen met de gemeenschappelijke kinderen van hem en de erflater, en deze langstlevende opnieuw in het huwelijk treedt, heeft elk van de kinderen het wilsrecht zich de eigendom te laten overdragen

van goederen tot aan het bedrag van hun geldvordering, terwijl die langstlevende echtgenoot (door vestiging) het vruchtgebruik verkrijgt.

3. Als een langstlevende echtgenoot, die was overgebleven met kinderen die niet zijn eigen kinderen zijn, komt te overlijden, heeft elk van die kinderen het wilsrecht voldoening van zijn geldvordering in goederen te vragen. Eenzelfde wilsrecht voor de kinderen acht de wetgever denkbaar ingeval een langstlevende echtgenoot, die was overgebleven met gemeenschappelijke kinderen van hem en van erflater, opnieuw in het huwelijk is getreden, en voor de nieuwe echtgenoot komt te overlijden. In dat geval heeft het wilsrecht betrekking op de geldvordering ten aanzien van de nalatenschap van hun eerstoverleden ouder, die bij het overlijden van de langstlevende eigen ouder opeisbaar wordt.

Het voorstel houdt rekening met de mogelijkheid dat de langstlevende echtgenoot de wettelijke verdeling zoals hiervoor beschreven om hem moverende redenen niet gewenst acht. De langstlevende echtgenoot kan dan de wettelijke regeling ongedaan maken. Hij zal daartoe een verklaring bij notariële akte moeten afleggen binnen 3 maanden na het openvallen van de nalatenschap.

De door de langstlevende echtgenoot afgelegde verklaring werkt terug tot het moment van het openvallen van de nalatenschap. Door het afleggen van de verklaring door de langstlevende blijkt dus achteraf dat de nalatenschap van erflater nooit verdeeld is geweest. Er was achteraf bezien en is nog steeds een gemeenschap tussen de kinderen en de langstlevende echtgenoot.

Het bovenstaande bezie ik in het licht van de voorkomingsproblematiek zoals hierboven onder paragraaf 3.4. uiteengezet. Het nieuwe wettelijk stelsel vertoont grote gelijkenissen met de ouderlijke boedelverdeling waarin opgenomen een tenzij-clausule ten behoeve van de langstlevende echtgenoot. Toch is de verkrijging van de kinderen nog sterker verbonden met de eigendom van de goederen die tot de nalatenschap behoren dan in het geval van de huidige testamentaire ouderlijke boedelverdeling; het verschil wordt gevormd door de wilsrechten.

Ik ben van mening dat voor de combinatie van vordering en wilsrechten het bepaalde in de Resolutie van 24 augustus 1983 niet van toepassing dient te zijn. Weliswaar kan niet gezegd worden dat ten aanzien van de kinderen sprake is van dubbele heffing terzake van hetzelfde object, maar door de wilsrechten ontstaat een concreet uitzicht op verkrijging van eigendom.

Ik acht het in overeenstemming met de bedoeling van zowel de verdragen tot voorkoming van dubbel successierecht als het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting

1989 om aan de kinderen voorkoming te verlenen alsof rechtstreeks eigendom van onroerende zaken werd verkregen.

3.6. Conclusie

Ik acht het niet in overeenstemming met de bedoeling van het besluit dat op grond van de Resolutie van 24 augustus 1983 aan erfgenamen die in het kader van een ouderlijke boedelverdeling een vordering erven, de tegemoetkomingen van het besluit wordt onthouden. Voorzover er redenen zijn om artikel 11 niet van toepassing te achten, dient de buitenlandse belasting ten minste als schuld in aftrek te komen.

De onevenwichtigheid die van het voorgaande het gevolg is zal zich in de toekomst regelmatiger dan voorheen voordoen. Die verwachting wordt ingegeven door het komend recht waarin de ouderlijke boedelverdeling de basis vormt voor het wettelijk erfrecht.

4. WOONPLAATSFICTIE: DE TIEN-JARENREGELING VAN ARTIKEL 3, LID 1, SUCCESSIEWET 1956

4.1. Woonplaats

Artikel 1 SW bepaalt dat uitsluitend de verkrijgingen van een erflater die ten tijde van zijn overlijden zijn woonplaats in Nederland had met successierecht zijn belast. Ook voor het recht van schenking wordt aangeknoopt bij de woonplaats van de schenker. Het begrip woonplaats moet hier worden geïnterpreteerd overeenkomstig het bepaalde in artikel 4 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR). Voor de bepaling van de woonplaats is doorslaggevend de plaats waar een duurzaam middelpunt van iemands persoonlijk leven is gelegen.

4.2. Uitbreiding van het woonplaatsbegrip: ficties

4.2.1. Algemeen

Artikel 3 SW breidt het woonplaatsbegrip uit door toevoeging van twee ficties.

In artikel 3, lid 1, SW is de zogenaamde tien-jarenregeling opgenomen: personen met de Nederlandse nationaliteit die in Nederland hebben gewoond en binnen 10 jaar na het metterwoon verlaten van Nederland overlijden of een schenking doen, worden geacht ten tijde van het overlijden of het doen van een schenking in Nederland te wonen. De

bepaling is slechts van toepassing indien de erflater respectievelijk schenker zowel ten tijde van het metterwoon verlaten van Nederland als ten tijde van het overlijden, respectievelijk ten tijde van het doen van de schenking de Nederlandse nationaliteit had. De tien-jarenregeling heeft zowel betrekking op het schenkingsrecht als op het successierecht.

De 1-jaarregeling van artikel 3, lid 2, SW ziet uitsluitend op het recht van schenking. In het kader van deze bepaling wordt ieder die in Nederland heeft gewoond en binnen 1 jaar na het metterwoon verlaten van Nederland een schenking doet, geacht ten tijde van de schenking in Nederland te wonen. De nationaliteit van de schenker is hier niet van belang; de wet spreekt van 'een ieder'.

Door toepassing van het woonplaatsbeginsel in artikel 1 SW knoopt de Nederlandse wetgever voor het successierecht en het recht van schenking aan bij de woonplaats van de erflater, respectievelijk bij de woonplaats van de schenker. De heffingsmogelijkheden zijn naderhand uitgebreid door toevoegingen aan het woonplaatsbeginsel zoals vastgelegd in artikel 3 SW. De wetgever heeft daarmee de mogelijkheid tot het ontgaan van belasting willen beperken.

Zowel op de tien-jarenregeling als op de een-jaarregeling is in de literatuur kritiek geuit.[8]

Voor wat betreft de een-jaarregeling richt de kritiek zich op de redelijkheid van het fictief oproepen van Nederlandse belastingplicht en voorts op de praktische mogelijkheden om op grond van de fictie ook daadwerkelijk tot heffing te kunnen overgaan. De 1-jaarsfictie stelt geen beperkingen aan de duurzaamheid van het verblijf van schenker in Nederland.
Ook indien maar zeer beperkt een band met Nederland is opgebouwd, is de fictie van toepassing. Werknemers die in het kader van hun dienstbetrekking voor betrekkelijk korte tijd in Nederland verblijven, maar in Nederland wel hun woonplaats hebben in de zin van artikel 4 AWR, worden ook na hun vertrek uit Nederland mogelijk nog geconfronteerd met de verschuldigdheid van Nederlands schenkingsrecht. Indien het verblijf in Nederland van betrekkelijk korte duur was, en bovendien geen bedoeling aanwezig is opnieuw Nederland als woonland te kiezen schiet de regeling wellicht haar doel voorbij.

De Memorie van toelichting vermeldt in verband met de invoering van de een-jaarsfictie: "Dit artikel is nodig om te voorkomen, dat personen, die belangrijke schenkingen willen doen, hunne woonplaats voor korten tijd overbrengen naar een rijk, waar schenkingen niet of met een veel lager recht belast zijn." Van Mens is van oordeel dat, gelet op de hardheid van de regeling in gevallen zoals in het voorbeeld aangehaald, een beroep kan worden gedaan op artikel 63 AWR.

4.2.2. De rechtsgrond van de tien-jarenregeling

Ook bij de invoering van de tien-jarenregeling had de wetgever de bedoeling ontgaansmogelijkheden van successie- en schenkingsrecht te beperken.

De Memorie van toelichting op de wet waarbij de tien-jarenregeling werd ingevoerd vermeldt:
"... dat onder de regeling van het ontwerp ook zullen vallen de nalatenschappen van personen, die het rijk om andere redenen dan belastingbesparing hebben verlaten, acht de ondergetekende geen bezwaar; voor hen toch die en Nederlander zijn, en het Rijk nog niet lang geleden hebben verlaten, bestaat nog een zoodanige band met het vaderland, dat de belastingheffing ook hier gerechtvaardigd is."

Tijdens de parlementaire behandeling merken verscheidene leden op dat zij het allerminst onredelijk achten dat Nederlanders die in het buitenland gevestigd zijn en niettemin de aan het Nederlanderschap verbonden voordelen – zoals het bezit van een Nederlands paspoort alsook het recht op hulp en steun van Nederlandse diplomatieke en consulaire ambtenaren – genieten op de wijze zoals in het wetsvoorstel wordt bedoeld, bijdragen in de kosten der vaderlandse huishouding.

4.3. Toetsing van de woonplaatsfictie aan de discriminatieverboden uit het EG-verdrag

4.3.1. Algemeen

Artikel 6 van het EG-verdrag verbiedt discriminatie op grond van nationaliteit. De tekst van artikel 6 luidt:
"Binnen de werkingssfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.
De Raad kan, volgens de procedure van artikel 189C, regelingen treffen met het oog op het verbod van bedoelde discriminaties."

Naast het algemene en ruim geformuleerde discriminatieverbod van artikel 6 EG zijn specifieke regelingen vastgelegd in titel III van het verdrag. Het verbod op discriminatie is niet een doel op zichzelf, maar moet worden beschouwd tegen de achtergrond van de wens van de lidstaten om te komen tot een binnenmarkt en tot een economische en monetaire unie. Zo richten de artikelen 48 tot en met 51 van het verdrag zich op het waarborgen van het vrije verkeer van werknemers, terwijl de artikelen 52 tot en met 58 van het verdrag het vrije verkeer van ondernemers betreffen. Afgezien van de vrije vestiging en verkeer van personen waarborgt titel III het vrije verkeer van diensten en het vrije verkeer van kapitaal.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie (onder meer EHvJ Zaak 270 83 en EHvJ Zaak 305 87) kan worden geconcludeerd dat fiscale wetgeving van de lidstaten valt onder de reikwijdte van artikel 6 en van titel III van het verdrag.

Uit de jurisprudentie blijkt dat artikel 6 zowel van toepassing is op echte, als op verkapte discriminatie terzake van nationaliteit. Voorwaarden zijn dat het betrokken geval deel uitmaakt van de werkingssfeer van het verdrag, en dat geen bijzondere bepalingen rechtstreeks van toepassing zijn.

4.3.2. Discriminatie: definitie en bijzondere vormen

Van discriminatie is in het algemeen sprake indien:
- vergelijkbare gevallen op verschillend wijze worden behandeld; en
- niet vergelijkbare gevallen op gelijke wijze worden behandeld.

Bovenstaande definitie kan worden ontleend aan het Koelkasten-arrest, Zaak 13 63.

Objectieve rechtvaardigingen voor discriminatie op grond van nationaliteit zijn moeilijk voorstelbaar, en – zo blijkt uit de literatuur[9] – in de praktijk nog nooit aanvaard.

Door de tien-jarenregeling behandelt Nederland eigen onderdanen slechter dan onderdanen uit andere lidstaten. Deze vorm van discriminatie wordt[10] aangeduid als 'omgekeerde discriminatie'. Uit de literatuur[11] blijkt de opvatting dat toepassing van artikel 6 van het verdrag op gevallen van omgekeerde discriminatie niet in overeenstemming is met de aan het Koelkasten-arrest ontleende definitie van discriminatie. Toepassing van artikel 6 in geval van omgekeerde discriminatie lijkt, zo blijkt opnieuw uit de literatuur, in ieder geval voorstelbaar "wanneer een in een andere Lid-Staat gevestigde onderdaan van een Lid-Staat op een niet door bijzondere verdragsbepalingen bestreken gebied bij terugkeer naar die Lid-Staat of bij handelingen of tijdelijk verblijf in die Lid-Staat daardoor op grond van zijn nationaliteit slechter wordt behandeld dan onderdanen van andere Lid-Staten".

Het vraagstuk van de omgekeerde discriminatie wordt in de literatuur[12] in een adem genoemd met de niet-toepassing van gemeenschapsrecht in zuiver interne situaties. Discriminatie in zuiver interne situaties blijft buiten de werking van artikel 6 van het EG-verdrag. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het Werner-arrest.[13] De Duitser Werner oefende zelfstandig een tandartsenpraktijk uit in Duitsland; hij woonde evenwel in Nederland. Op grond van zijn woonplaats werd hij niet langer als binnenlands belastingplichtige aangemerkt voor de Duitse inkomstenbelasting en vermogensbelasting. Als buitenlands belastingplichtige kwam Werner niet meer in aanmerking voor het splitting-tarief (matiging van het progressieve tarief) in de inkomstenbelasting alsmede niet voor

enkele faciliteiten in de vermogensbelasting. In het kader van het bezwaar van Werner werden drie prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Het hof moest oordelen over de vraag of een lidstaat zijn onderdanen die beroepsactiviteiten op zijn grondgebied uitoefenen en die (nagenoeg) uitsluitend aldaar inkomen verwerven (respectievelijk (nagenoeg) geheel aldaar hun vermogen bezitten) zwaarder mag belasten waneer zij niet in deze staat wonen dan wanneer zij daar wel wonen. Het hof toetst de vraag aan artikel 52 van het verdrag. Volgens het hof verbiedt artikel 52 een lidstaat niet om eigen onderdanen zwaarder te belasten wanner zij niet in deze staat wonen dan wanneer zij daar wel wonen. In de literatuur[14] wordt opgemerkt dat de betekenis van het Werner-arrest beperkt is in die zin dat men er niet uit mag afleiden dat een verschillende behandeling van binnenlandse belastingplichtigen tegenover buitenlandse belastingplichtigen nooit in strijd komt met een EG non-discriminatieregeling. De essentie van het arrest is dat het Hof een non-discriminatiebepaling uit het EG-verdrag niet toepast indien het voorgelegde geval een intracommunautair aspect ontbeert.

De discriminatieverboden gelden binnen de werkingssfeer van het verdrag. Daarbij wordt beoogd het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal tussen de lidstaten. De toelaatbaarheid van omgekeerde discriminatie is door het hof begrensd in het Daily Mail-arrest.[15]

In het Daily Mail-arrest ging het om het vestigingsrecht van artikel 52. Hoewel de bepalingen inzake het vestigingsrecht met name beogen te verzekeren dat buitenlandse onderdanen en vennootschappen in de lidstaat van ontvangst op dezelfde wijze worden behandeld als de onderdanen van die lidstaat, verbieden zij aldus het hof de lidstaat van oorsprong ook de vestiging in een andere lidstaat te bemoeilijken van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap. Ook uit andere jurisprudentie[16] blijkt dat het feit dat een onderdaan jegens zijn eigen autoriteiten een beroep doet op de non-discriminatiebepalingen uit het verdrag, de toepasselijkheid van die bepalingen niet uitsluit.

Op grond van het bovenstaande ben ik van oordeel dat met betrekking tot de tien-jarenregeling een beroep op schending van artikel 6 van het verdrag niet is uitgesloten vanwege het feit dat sprake is van omgekeerde discriminatie.

4.4. Toetsing aan bijzondere regelingen, dan wel aan het algemene verbod op discriminatie

4.4.1. Toepasselijk verdragsartikel

Bij een toetsing van de Nederlandse tien-jarenregeling aan het EG-verdrag komt de vraag op bij welk specifiek artikel aansluiting moet worden gezocht. Als uitgangspunt daarbij geldt dat het algemene beginsel van non-discriminatie uit artikel 6 van het verdrag alleen dan autonoom van toepassing is indien niet de bijzondere discriminatieverboden van toepassing zijn.

Artikel 48, lid 2 van het EG-verdrag luidt:
"Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers der Lid-Staten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden."

Een beroep op de discriminatieverbod van artikel 48 van het verdrag ligt naar mijn inzicht niet voor de hand. Weliswaar is voorstelbaar dat de tien-jarenregeling werknemers en ondernemers voor het successie- en schenkingsrecht fictief inwoner van Nederland maakt, maar het discriminatieverbod van artikel 48 betreft met name genoemd "de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden".

Aan artikel 52 van het EG-verdrag ontleen ik:
"Deze geleidelijke opheffing zal eveneens betrekking hebben op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen en dochterondernemingen door de onderdanen van een Lid-Staat die op het grondgebied van een Lid-Staat zijn gevestigd. De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen..."

Voor toetsing aan het discriminatieverbod van artikel 52 geldt naar mijn oordeel hetzelfde als voor artikel 48 van het verdrag. Opnieuw is voorstelbaar dat ondernemers voor het successie- en schenkingsrecht fictief inwoner van Nederland blijven op grond van hun nationaliteit. Het discriminatieverbod van artikel 52 betreft evenwel "... de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen..." Daarmee faalt naar mijn oordeel een beroep op de strijdigheid van artikel 3, lid 1, SW met artikel 52 EG-verdrag.

In de artikelen 73B tot en met 73G van het verdrag zijn bepalingen vastgelegd die tot doel hebben het vrije verkeer van kapitaal in de Europese Unie te bevorderen. De mogelijke strijdigheid van de tien-jarenregeling met artikel 73B is nooit getoetst door het Hof van Justitie.

De verhouding komt wel aan de orde in de conclusie van A.G. Moltmaker bij het arrest BNB 1992/258. Uit dat arrest blijkt dat artikel 73B ziet op kapitaalbewegingen, te weten financiële operaties die in wezen op belegging of investering van het betrokken bedrag zijn gericht. De ratio van artikel 73B vormt de wenselijkheid van optimale allocatie van productiefactoren binnen de gemeenschappelijke markt, en wel zodanig dat iedere marktdeelnemer zonder discriminatie naar nationaliteit of andere vervalsing van de mededinging door de lidstaten of de andere marktdeelnemers vrij is te investeren waar de economische voorwaarden het gunstigst zijn.

Naar het oordeel van A.G. Moltmaker is duidelijk dat de tien-jarenregeling aan de aldus beschreven vrijheid van kapitaalverkeer niet afdoet en derhalve buiten het bereik van artikel 73B van het verdrag valt.

Sedert de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht per 1 november 1993 zijn het EU-burgerschap en algemene verblijfsrecht toegevoegd aan het verdrag in artikel 8 en 8A. In artikel 8A van het verdrag is vastgelegd dat reizen en verblijven op het grondgebied van de lidstaten aan alle onderdanen van de gemeenschap is toegestaan. Ik ben van oordeel dat de tien-jarenregeling niet afdoet aan de in artikel 8A vastgelegde vrijheden tot reizen en verblijf. Toetsing van artikel 3, lid 1, SW aan dit artikel ligt om die reden niet voor de hand.

De vraag naar toetsing ofwel aan artikel 6 van het verdrag, dan wel aan de discriminatieverboden van titel III van het verdrag is in een niet-fiscale casus aan de orde geweest en wel in HvJ EG C-29 95, E. Pastoors en Trans-Cap GmbH tegen België. In dat geval ging het om de discriminatoire wijze waarop België uitvoering had gegeven aan een EG-verordening. Zo was aan niet-ingezetenen bij overtreding van een bepaald vervoersvoorschrift een zwaardere sanctie opgelegd dan aan ingezetenen. De specifieke bepalingen betreffende vrij vervoer van goederen en het verbod op discriminatie in dat verband zijn neergelegd in de artikelen 30, 36, 59 en 66 van het EG-verdrag.

De vraag die aan de orde was had niet zozeer betrekking op het wegvervoer maar was veel meer van procesrechtelijke aard. Uit de jurisprudentie betreffende de artikelen 30, 36, 59 en 66 van het EG-verdrag blijkt dat nationale wettelijke bepalingen met gevolgen voor de intracommunautaire handel in goederen en diensten onderworpen zijn aan het algemene discriminatieverbod van artikel 6. De advocaat-generaal concludeert overeenkomstig. In het arrest maakt het hof overigens geen opmerkingen over een afbakening van artikel 6 ten opzichte van de specifieke bepalingen, terwijl ook een verwijzing naar de voorgaande jurisprudentie (HvJ EG C-92 92 en C-326 92) achterwege blijft.

Voor het fiscale recht blijkt de positie van artikel 6 ten opzichte van de bepalingen van titel III onder meer uit het Van Ameyde-arrest uit 1977 (HvJ EG C-90 76). Hierin over-

weegt het hof dat de specifieke rechten die zijn vastgelegd in titel III een toepassing vormen van het in artikel 6 EG neergelegde beginsel. In de literatuur[17] treft men wel de stelling aan dat artikel 6 werkt als een vangnet en voorts als een minimumregel in het verdrag.

Artikel 6 is niet toepasselijk indien de voorgelegde casus valt onder, maar niet strijdig is met, een andere specifieke non-discriminatieregeling uit het verdrag.

Op basis van het voorgaande concludeer ik dat de tien-jarenregeling niet direct valt onder de toepassing van artikel 8A, 48, 52 of 73B van het verdrag. De enige toetsingsmogelijkheid die resteert is een beoordeling van de regeling aan het algemene discriminatieverbod van artikel 6. Een rechtstreekse toets aan artikel 6 EG-verdrag is ook logisch in het licht van de opvatting dat het artikel het karakter van een vangnetbepaling draagt.

4.4.2. Werkingssfeer van het EG-verdrag

Het bepaalde in artikel 6 van het EG-verdrag geldt blijkens de tekst uitsluitend "binnen de werkingssfeer" van het verdrag. Tot aan de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht werd algemeen aangenomen dat de werkingssfeer van het verdrag zich uitsluitend beperkte tot economische aangelegenheden. Door de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht per 1 november 1993 is ook een aantal niet economische onderwerpen in het verdrag geregeld.

Artikel 8A verschaft iedere EU-burger het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, zij het "onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij dit Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld". In artikel 8B is vastgelegd dat iedere EU-burger actief en passief stemrecht voor gemeenteraadsverkiezingen toekomt in de lidstaat waar hij verblijft. Artikel 8C bepaalt dat iedere EU-burger op het gebied van derde landen waar de lidstaat waarvan hij onderdaan is niet vertegenwoordigd is, de bescherming van de diplomatieke en consulaire instanties van iedere andere lidstaat geniet, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die lidstaat. Artikel 8D brengt in samenhang met artikel 138D van het verdrag een wijziging in het al bestaande en gehandhaafde petitierecht van burgers.

De rechten die in de artikelen 8A tot en met 8D van het verdrag aan gemeenschapsonderdanen worden toegekend, staan los van elke economische activiteit. Ook in de jurisprudentie valt op dat de eis dat sprake is van een economische activiteit minder van belang lijkt. Dat het HvJ in mindere mate economische activiteiten vereist komt onder meer naar voren in het arrest Commissie/Frankrijk,[18] waarin het HvJ de toegang tot de in een lidstaat geboden vrijetijdsbesteding, dus niet een economische activiteit, als een uitvloeisel van de vrijheid van vestiging beschouwt.

Ook in de literatuur[19] wordt de invoering van de artikelen 8-8E met betrekking tot het burgerschap van de Europese Unie, beschouwd als een aanzet om de burger in de Europese Unie een positie verschaffen die uitgaat boven die van marktburger alleen.

Op grond van het bovenstaande kan worden betoogd dat de verwijzing van artikel 6 naar "de werkingssfeer van dit verdrag" niet meer strikt beperkt blijft tot economische activiteiten.

4.4.3. UITZONDERINGSGRONDEN

Artikel 6 van het EG-verdrag is als zelfstandige bepaling met betrekking tot de Nederlandse fiscale wetgeving tot heden niet aan het Hof van Justitie voorgelegd. Ten opzichte van de discriminatieverboden zoals opgenomen in titel III van het verdrag, is sprake van een belangrijk verschil op het gebied van de uitzonderingsgronden. Zo is het aan de lidstaten toegestaan op artikel 48 uitzonderingen te maken in verband met openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Voorts geldt een uitzondering voor overheidsbetrekkingen. In artikel 55, 56 en 73D van het verdrag zijn op het bepaalde in artikel 52 respectievelijk 73B soortgelijke uitzonderingsgronden opgenomen. Artikel 6 EG kent dergelijke uitzonderingsgronden niet.

In de literatuur[20] wordt een onderscheid gemaakt tussen (1) aanvaarde rechtvaardigingen voor fiscale belemmering, (2) in abstracto aanvaarde, maar in concreto nog niet toegepaste rechtvaardigingsgronden, alsmede (3) de door het hof verworpen rechtvaardigingspogingen.

4.4.3.1. *Doeltreffende fiscale controle*

Tot de aanvaarde rechtvaardigingen behoort het argument van de doeltreffende fiscale controle. In het Bachmann-arrest[21] acht het Hof van Justitie op grond van het fiscale controlebelang een onderscheid gerechtvaardigd tussen belastingplichtigen die een binnenlandse betaling doen (een betaling die binnenlands bij de ontvanger controleerbaar is) en belastingplichtigen die een buitenlandse betaling doen (die niet bij een binnenlandse ontvanger controleerbaar is). Ook in het arrest Futura Participations[22] erkent het hof het fiscale controlebelang van de filiaalstaat bij vaststelling van lokale compensabele verliezen volgens lokale fiscale jaarrekeningregels en volgens lokale fiscale bewijsregels. Het hof verwerpt als disproportioneel de eis dat de grootte van het verlies slechts geleverd kan worden met behulp van een lokale boekhouding die al in Luxemburg werd gevoerd en bewaard in het jaar waarin het verlies werd geleden.

Uit de jurisprudentie blijkt dat het hof deze rechtvaardigingsgrond slechts aanvaardt als het niet anders kan; het hof laat weinig ruimte om een afweging te maken tussen gelijkheid tot achter de komma en doelmatigheid. Het hof eist maatwerk (strikte subsidiariteit en proportionaliteit, vrij ver toegespitst op het individuele geval).[23]

Op grond van het bovenstaande ben ik van oordeel dat bij toetsing van de Nederlandse tien-jarenregeling aan artikel 6 van het EG-verdrag het argument van doeltreffende fiscale controle niet zal worden gehonoreerd.

4.4.3.2. *Fiscale coherentie*

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat eveneens een uitzonderingsgrond wordt gevonden in de fiscale coherentie van een stelsel.

Die uitzonderingsgrond komt aan de orde in het Bachmann-arrest. Het Hof van Justitie beoordeelde in dat arrest de door de Belgische belastingautoriteiten geweigerde premieaftrek.
Onder de Belgische wetgeving was aftrek uitsluitend toegestaan indien werd betaald aan een in België gevestigde verzekeringsmaatschappij. De Duitser Bachmann ging in België wonen en werken. De betrokken verzekeringspremies bleef hij evenwel betalen aan een in Duitsland gevestigde verzekeraar. Het Hof van Justitie oordeelde dat de voorwaarden die België aan de premieaftrek had verbonden discriminatoir waren. Desondanks aanvaardde het Hof van Justitie de Belgische regeling. Daarbij werd een afweging gemaakt tussen enerzijds de strijdigheid met de antidiscriminatiebepalingen in het EG-verdrag en anderzijds de noodzaak om de samenhang in het Belgische belastingstelsel te handhaven. Die samenhang bestond uit het verband tussen aftrekbaarheid van premies en belastbaarheid van uitkeringen enerzijds, en niet aftrekbaarheid van premies en onbelastbaarheid van latere uitkeringen anderzijds. Het Hof van Justitie geeft aan de te beschermen fiscale samenhang de naam fiscale coherentie.

Op de rechtvaardigingsgrond van de fiscale coherentie is in de literatuur de nodige kritiek geleverd.[24]

In het Bachmann-arrest honoreerde het Hof van Justitie een beroep op de rechtvaardigingsgrond van de fiscale coherentie op het niveau van de belastingplichtige. Het hof houdt geen rekening met de mogelijkheid dat de fiscale coherentie op het niveau van door België afgesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting wordt hersteld. Door het aangaan van belastingverdragen regelt België immers de heffingsbevoegdheid terzake van de uitkeringen.

Het vraagstuk van fiscale coherentie, rekening houdend met door de lidstaat gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, komt aan de orde in de zaak-Wielockx. In dit arrest nuanceert het Hof van Justitie de rechtvaardigingsgrond zoals gehonoreerd in het Bachmann-arrest. Het hof oordeelde dat indien een lidstaat in een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting zijn heffingsrecht heeft prijsgegeven, een beroep op de rechtvaardigingsgrond van de fiscale coherentie niet meer mogelijk is.

Bij invoering van de Nederlandse tien-jarenregeling zijn door de wetgever geen argumenten gebruikt die duiden op het invoeren van een fiscaal coherent systeem in de zin van het Bachmann-arrest. De rechtvaardigingsgrond werd veeleer gezocht in het beperken van de mogelijkheden tot ontgaan van de Nederlandse successiebelastingen en de redelijkheid van een heffing vanwege de voorgezette band met Nederland door behoud van de Nederlandse nationaliteit. Naar mijn oordeel zijn die rechtvaardigingsgronden voor handhaving van de tien-jarenregeling niet aan te merken als een beroep op handhaving van de fiscale coherentie.

4.4.3.3. *Overige rechtvaardigingsgronden*

Van de in abstracto aanvaarde maar in concreto (nog) niet toegepaste rechtvaardigingsgronden noem ik:
- doeltreffende fiscale controle;
- bewaring van samenhang binnen het nationale belastingstelsel;
- bestrijding van misbruik;
- voorkoming van rechtsvacua; en
- de noodzaak tot bewaring van uitvoerbaarheid van belastingwetgeving.

De rechtvaardigingsgrond "noodzaak tot bewaring van uitvoerbaarheid van belastingwetgeving" is wellicht van toepassing op de Nederlandse tien-jarenregeling. Daarbij kan worden gedacht aan het feit dat ook andere landen dan Nederland op grond van een *extended domicile* successie- en/of schenkingsrecht heffen. Zoals blijkt uit het commentaar op het OESO-successiemodelverdrag 1982 worden een dergelijk heffingsrecht wel erkend, maar wordt het ondergeschikt gemaakt aan de heffingsbevoegdheid van de feitelijke woonstaat.

Het enkele feit dat een regeling ook door nadere landen wordt gehanteerd is op zichzelf niet voldoende redengevend. Dit blijkt onder meer uit het Biehl-arrest.[25] Het feit dat Nederland een soortgelijke regeling hanteerde als de gewraakte Luxemburgse regeling was niet van belang.

Uit het Bosman-arrest[26] blijkt dat regels die het vrije verkeer van werknemers belemmeren slechts geoorloofd zijn, indien zij een rechtmatig met het verdrag verenigbaar

doel nastreven en hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang. De beperkingen mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. De wens van Nederland om het gemakkelijk ontgaan van heffing van successie- en schenkingsrecht tegen te gaan acht ik een doel dat verenigbaar is met de inhoud en strekking van het verdrag. Naar mijn oordeel is eveneens sprake van een dwingende reden, namelijk het veiligstellen van de Nederlandse belastingopbrengsten. In hoeverre echter voldaan wordt aan het vereiste dat de beperkingen niet verder gaan dan nodig is voor het realiseren van het doel, betwijfel ik. Met name kan worden gedacht aan de lange termijn die in de tien-jarenregeling wordt gehanteerd. Daarbij komt de vraag op of niet op een andere, niet met het verdrag strijdige, wijze de doelstellingen van de Nederlandse overheid kunnen worden gerealiseerd.

De 10-jarenregeling is door de Nederlandse wetgever ingevoerd om eenvoudige ontgaansmogelijkheden voor schenkings- en successierecht te beperken. Voor het constateren van een fictieve woonplaats in Nederland is de nationaliteit van schenker, respectievelijk van erflater het doorslaggevende criterium. Een dergelijke bepaling kan worden aangemerkt als een geval van directe omgekeerde discriminatie.

In de literatuur wordt in het algemeen aangenomen dat de non-discriminatiebepalingen uit het EG-verdrag niet van toepassing zijn op gevallen van omgekeerde discriminatie. In het specifieke geval van de tien-jarenregeling behoeft het omgekeerd discriminatoire karakter van de regeling niet aan de toepasselijkheid van het verdrag in de weg te staan. Toetsing dient plaats te vinden aan artikel 6 van het verdrag. De voor de overige non-discriminatieregelingen aanvaarde rechtvaardigingsgrond van de fiscale coherentie is voor de tien-jarenregeling niet van toepassing.

Andere objectieve rechtvaardigingsgronden zijn voor wat betreft artikel 6 nog nooit aanvaard.

Ik acht het wenselijk dat in een procedure betreffende het discriminatoire karakter van de tien-jarenregeling aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag wordt voorgelegd naar de strijdigheid van de regeling met artikel 6 van het EG-verdrag.

Bij de toetsing zijn naar mijn oordeel drie elementen cruciaal: de mogelijke toelaatbaarheid van omgekeerde discriminatie, de (beperkte) werkingssfeer van het verdrag, alsmede de mogelijke aanwezigheid van uitzonderingsgronden. Ik acht het voorstelbaar dat van strijdigheid sprake is.

4.5. Alternatief voor de tien-jarenregeling

Ik ben van oordeel dat nationaliteit in steeds mindere mate een bruikbaar criterium vormt voor het heffen van successierecht. De rechtsgronden die door de wetgever naar voren werden gebracht ten tijde van de invoering van de tien-jarenregeling zijn in de huidige maatschappij minder dan voorheen valide. In dit verband kan worden gedacht aan het bepaalde in artikel 8C van het EG-verdrag op grond waarvan Nederlandse onderdanen ook een beroep kunnen doen op de diplomatieke en consulaire vertegenwoordiging van andere lidstaten. Bovendien is voorstelbaar, zo blijkt uit het voorgaande, dat de Nederlandse regeling strijdig is met het EG-verdrag.

Afgezien van bovenstaande theoretische argumenten die tegen de tien-jarenregeling naar voren kunnen worden gebracht, is het gevaar aanwezig dat daadwerkelijk dubbel successierecht verschuldigd wordt. In situaties waarin Nederland successierecht heft op grond van het bepaalde in artikel 3, lid 1, SW voorzien de belastingverdragen respectievelijk artikel 13 van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting in een tegemoetkoming. Verrekening vindt door Nederland plaats volgens de *ordinary credit* methode. Naar internationale maatstaven wordt een dergelijke verrekening geacht voldoende soelaas te bieden.

Voor onderdanen van landen waarmee Nederland geen verdrag heeft gesloten en waar voorts geen eenzijdige regeling geldt met daarin opgenomen een bepaling die min of meer gelijk is aan het bepaalde in artikel 13 van het besluit, kan daadwerkelijk dubbele heffing ontstaan. Indien een belastingplichtige zich in Nederland vestigt en overlijdt in de periode dat sprake is van een woonplaats in Nederland, is Nederland op grond van het woonplaatsbeginsel gerechtigd tot het heffen van successierecht over de nalatenschap. Indien de erflater niet de Nederlandse nationaliteit had, is voorstelbaar dat zijn vaderland op grond van de behouden nationaliteit heffingsrechten claimt. Bij afwezigheid van een bepaling zoals artikel 13 van het besluit ontstaat dan daadwerkelijk dubbele heffing. De verantwoordelijkheid daarvoor ligt overigens bij het land dat heffingsrechten claimt op grond van de nationaliteit.

Als alternatief voor de tien-jarenregeling pleit ik voor een voortgezet heffingsrecht dat onafhankelijk is van de nationaliteit van de erflater. Uitgangspunten voor een alternatieve regeling ontleen ik aan het Haags Erfrechtverdrag van 20 oktober 1988. In het bijzonder baseer ik mij op het bepaalde in artikel 3 van het verdrag.

"Artikel 3

- De erfopvolging wordt beheerst door het recht van de Staat waar de erflater zijn gewone verblijfplaats had op het tijdstip van zijn overlijden, indien hij op dat tijdstip de nationaliteit van die Staat bezat.

- De erfopvolging wordt eveneens beheerst door het recht van de Staat waar de erflater zijn gewone verblijfplaats had op het tijdstip van zijn overlijden, indien hij daar gedurende een tijdvak van ten minste vijf jaren onmiddellijk voorafgaande aan zijn overlijden zijn verblijfplaats had. Echter, in uitzonderlijke omstandigheden, indien de erflater op het tijdstip van zijn overlijden kennelijk nauwere banden had met de Staat waarvan hij op dat tijdstip de nationaliteit bezat, is het recht van die Staat van toepassing.
- Voor het overige wordt de erfopvolging beheerst door het recht van de Staat waarvan de erflater op het tijdstip van zijn overlijden de nationaliteit bezat, tenzij hij op dat tijdstip nauwere banden had met een andere Staat, in welk geval het recht van laatstgenoemde Staat van toepassing is."

Bovenstaande regels kunnen naar mijn oordeel worden toegepast op een voortgezet heffingsrecht (zoals nu vastgelegd in de tien-jarenregeling) voor het successierecht. Lid 1 is voor ons vanzelfsprekend.

Lid 2 van artikel 3 is een uitzondering ten gunste van het nationaliteitsbeginsel. De hoofdregel van dit lid, betrokken op de heffing van successierecht, zou zijn dat de staat van de gewone verblijfplaats successierecht heft, ongeacht de nationaliteit van de erflater, als de erflater daar gedurende tenminste 5 jaar voor zijn overlijden zijn verblijfplaats had. Dan volgt de uitzondering: de staat waarvan erflater de nationaliteit bezat is heffingsbevoegd in de uitzonderlijke omstandigheden dat erflater ten tijde van zijn overlijden kennelijk nauwere banden had met zijn vaderland.

De kennelijk nauwere banden van lid 2 vormen een vage norm. Voorstelbaar is dat iedereen die daarbij belang heeft zal trachten aan te tonen dat de omstandigheden waaronder erflater leefde uitzonderlijk waren en de banden met zijn vaderland kennelijk nauwer dan die met zijn woonplaats.

Twee voorbeelden:
1. Een Nederlander met een 8-jarig contract werkzaam in Saoedi-Arabië sterft na 6 jaar sterft; en
2. Een Nederlander werkzaam in de Verenigde Staten met het duidelijke voornemen om na pensionering naar Nederland terug te keren, overlijdt na meer dan 5 jaar in de Verenigde Staten te hebben gewoond.

In de literatuur[27] wordt aangenomen dat in het eerste voorbeeld de uitzondering van lid 2, slotzin, toepasselijk is, en in het tweede voorbeeld niet. Een dergelijke uitleg van het criterium "kennelijk nauwere banden" onderschrijf ik. Een Nederlander zal moeilijk nauwere banden krijgen met Saoedi-Arabië; die nauwere banden zullen eerder ontstaan met de Verenigde Staten. Daardoor zijn in het eerste voorbeeld de kennelijk nauwere banden met Nederland eerder aannemelijk dan in het tweede.

Van de groep van Nederlanders die om fiscale redenen in het buitenland woont kan niet op voorhand gezegd worden dat deze groep in het algemeen kennelijk nauwere banden aanhoudt met Nederland dan met het woonland. Het (mede) om fiscale redenen verhuizen is immers geen uitzonderlijk verschijnsel. Nederlandse heffing zal dus in de regel (na 5 jaar) niet meer aan de orde zijn. Individuele uitzonderlijke gevallen blijven daarnaast mogelijk.

Op grond van lid 3 blijft Nederland successierecht heffen zolang erflater niet 5 jaar voor zijn dood zijn verblijfsplaats buiten zijn vaderland had, tenzij hij bij zijn dood nauwere banden had met een andere staat, in welk geval Nederland de heffing overlaat aan die staat.

Toepassing op de SW zou kunnen bestaan door aanpassing van artikel 3 SW en wel als volgt:

1. Ieder, die binnen het Rijk heeft gewoond en binnen vijf jaren, nadat hij het Rijk metterwoon heeft verlaten, is overleden of een schenking heeft gedaan, wordt geacht ten tijde van zijn overlijden of van het doen van de schenking binnen het Rijk te hebben gewoond.

Door aanpassing van artikel 3 SW wordt een oplossing gevonden voor de (mogelijke) huidige strijdigheid met het EG-verdrag. Andere problemen die samenhangen met mobiliteit van personen en de heffing van Nederlands successierecht zijn daarmee allerminst voorkomen. Voor wat betreft buitenlanders die zich in Nederland vestigen, geldt vanaf het moment dat zij hun woonplaats in Nederland hebben een latente verschuldigdheid van Nederlands successierecht. Met name indien het verblijf in Nederland niet langdurig is, vraag ik mij af of een zo strikte toepassing van het territorialiteitsbeginsel in de heffing nog wel passend is. Naar mijn oordeel zou het een evenwichtige heffing ten goede komen indien de Nederlandse heffing niet terstond aanvangt bij vestiging in Nederland.

Een verdergaande alternatieve regeling zou als volgt kunnen luiden:
Artikel 1, lid 1, SW wordt aangepast:

- Recht van successie van de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand, die ten tijde van dat overlijden binnen het Rijk woonde, indien hij op dat tijdstip de Nederlandse nationaliteit bezat.
- Recht van successie van de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand, die ten tijde van dat overlijden binnen het Rijk woonde, indien hij daar gedurende een tijdvak van ten minste vijf jaren onmiddellijk voorafgaand aan zijn overlijden zijn verblijfplaats had. Echter, in uitzonderlijke omstandigheden, indien de erflater op het tijdstip van zijn overlijden kennelijk nauwere banden had met de Staat waarvan hij op dat tijdstip de nationaliteit bezat, blijft heffing achterwege.

- Recht van successie van de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten minste vijf jaren binnen het Rijk heeft gewoond en binnen vijf jaren nadat hij het Rijk metterwoon heeft verlaten, is overleden.

Artikel 3 SW zou kunnen vervallen.

Indien de vage norm van de uitzondering op lid 2 en lid 3 niet aanvaardbaar mochten zijn, kan aan de volgende formulering van artikel 1, lid 1, SW worden gedacht:
- Recht van successie van de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand, die ten tijde van dat overlijden binnen het Rijk woonde, indien hij op dat tijdstip de Nederlandse nationaliteit bezat.
- Recht van successie van de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die, die ten tijde van dat overlijden binnen het Rijk woonde, indien hij daar gedurende een tijdvak van ten minste vijf jaren onmiddellijk voorafgaand aan zijn overlijden zijn verblijfplaats had.
- Recht van successie van de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten minste vijf jaren binnen het Rijk heeft gewoond en binnen vijf jaren na dat hij het Rijk metterwoon heeft verlaten, is overleden.

4.6. Internationale verhoudingen: Duitsland en België

De voortgezette heffing die Nederland kent op grond van de tien-jarenregeling is internationaal niet onbekend. In het kader van de onderzoeken van de andere preadviseurs wordt met name een vergelijking gemaakt met de buurlanden Duitsland en België.

Duitsland

In Duitsland geldt als bijzonderheid dat het successierecht niet slechts wordt geheven ter zake van een verkrijging door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Duitsland woonde, maar bovendien over alle verkrijgingen door inwoners van Duitsland, ook al woonde erflater ten tijde van het overlijden niet in Duitsland.

De Duitse successiewet kent geen onderscheid voor erflaters (of verkrijgers) die nog maar kort of al langer Duitsland als woonland hebben. In dit opzicht bestaat geen verschil met de Nederlandse regeling.

Indien geen Duitse woonplaats meer aanwezig is, behoudt ook Duitsland zich ten aanzien van erflaters met de Duitse nationaliteit nog heffingsrechten voor. De Duitse rege-

ling is vergelijkbaar met de Nederlandse bepaling van artikel 3 SW, zij het dat de Duitse woonplaatsfictie beperkt blijft tot een periode van 5 jaar. Van inwoners van Duitsland die niet de Duitse nationaliteit hebben, wordt na vertrek uit Duitsland na overlijden geen Duits successierecht geheven.

Overigens kent Duitsland voor deze situaties een regeling die vergelijkbaar is met de Nederlandse bepaling van artikel 13 van het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989. Indien een belastingplichtige met de Duitse nationaliteit zich metterwoon in Nederland zou vestigen, en alhier overlijdt binnen de 5-jaarsperiode die de Duitse wet kent, treedt in beginsel dubbele heffing op. Immers, Nederland wenst over de gehele nalatenschap successierecht te heffen op grond van de woonplaats van de erflater. Slechts ten aanzien van buiten Nederland gelegen situsgoederen wordt aan de heffingsrechten van andere mogendheden voorrang gegeven door het toestaan van een verrekening van in het buitenland betaalde gelijksoortige belasting. Duitsland wenst tot heffing over te gaan op grond van haar voortgezette heffingsrechten in samenhang met de nationaliteit van erflater. In overeenstemming met de bepalingen zoals opgenomen in de OESO-successiemodelverdragen geeft Duitsland voorrang aan de Nederlandse heffingsrechten die zijn gebaseerd op de feitelijke woonplaats van erflater. Duitsland verleent in verband met het voorgaande een tax credit.

Ondanks het feit dat de Duitse regelgeving bepalingen bevat die dubbele heffing voorkomen, concludeer ik dat de Duitse regeling evenals de Nederlandse regeling van artikel 3, lid 1, SW mogelijk in strijd is met artikel 6 EG-verdrag.

In de vergelijking tussen de beide regelingen valt op dat de termijn die Duitsland hanteert, overeenkomt met de termijn waarvoor ook in de Nederlandse literatuur wordt gepleit waar het gaat om aanpassing van artikel 3 SW.[28]

België

Belgisch successierecht wordt geheven over de nettowaarde van alle goederen die worden verkregen uit de nalatenschap van een inwoner van België, ongeacht de duur van het inwonerschap.

Indien geen Belgische woonplaats meer aanwezig is, ontbreken eveneens aanknopingspunten voor heffing van Belgisch successierecht. België maakt daarin geen onderscheid voor erflaters met de Belgische nationaliteit en erflaters met een andere nationaliteit. Een met het Nederlandse artikel 3 SW vergelijkbare regeling ontbreekt derhalve in België.
Indien de Nederlandse successiewet zou worden aangepast overeenkomstig de alternatieve teksten op basis van het Haags Erfrechtverdrag ontstaat een opmerkelijk heffings-

vacuüm. Immers de Belgische wetgeving kent geen voortgezette heffing op basis van nationaliteit, zodat bij overlijden in de eerste jaren na vestiging in Nederland, in het geheel geen successierecht verschuldigd wordt. Hieruit blijkt dat vergaande aanpassing van de Nederlandse wet uitsluitend voorstelbaar is in het kader van internationale harmonisatie van regelingen.

4.7. Conclusie

Ik acht het wenselijk dat in een procedure betreffende het discriminatoire karakter van de tien-jarenregeling aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag wordt voorgelegd naar de strijdigheid van de regeling met artikel 6 van het EG-verdrag. Ik acht het voorstelbaar dat van zodanige strijdigheid sprake is.

Als alternatief voor de tekst van artikel 3 SW draag ik aan:

1. Ieder, die binnen het Rijk heeft gewoond en binnen vijf jaren, nadat hij het Rijk metterwoon heeft verlaten, is overleden of een schenking heeft gedaan, wordt geacht ten tijde van zijn overlijden of van het doen van de schenking binnen het Rijk te hebben gewoond.

Daarmee verandert de regeling op twee belangrijke punten. In de eerste plaats verdwijnt de nationaliteit als criterium. Voorts pleit ik voor verkorting van de termijn waarbinnen Nederland kan overgaan tot heffing van successierecht.

Een verdergaande alternatieve regeling, gebaseerd op het Haags Erfrechtverdrag, zou de Nederlandse wetgeving meer in evenwicht brengen met enige maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van mobiliteit van personen. Een spoedige invoering van een dergelijke wettelijke regeling mag evenwel niet worden verwacht. Het gevaar van internationale onevenwichtigheden is daarvoor nog te groot. Ieder Europees initiatief om te komen tot coördinatie van nationale successieregelingen ontbreekt tot op heden.

NOTEN

1. Fiscale encyclopedie De Vakstudie, Internat. reg. Inleiding, aantekening 3.
2. Op het terrein van de voorkoming van dubbele belasting terzake van nalatenschaps- en verkrijgingsbelasting publiceerde de OESO in 1966 de *Draft Double Taxation Convention for the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Estates and Inheritances*. Dit OESO-successiemodelverdrag 1966 is in 1982 herzien.
3. HR 7 april 1989, *NJ* 1990/347.
4. *V-N* 1984, blz. 271.
5. Het totaal van de door b verkregen bezittingen (noemer) is in dit geval gelijk aan de door B verkregen bezittingen als bedoeld in de teller; zie daarvoor Fiscale encyclopedie De vakstudie, Internat. Reg. D, aantekening 5, voorbeeld 4.
6. Zie noot 5.
7. Fiscale encyclopedie De vakstudie, Internat. reg. D, aantekening 5.
8. K.L.H. van Mens, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, 1995, blz. 192; F. Sonneveldt, 'Tienjaarstermijn Successiewet onder vuur', *Tribuut*, augustus 1991, blz. 19.
9. M. Zuleeg, *Betrachtungen zum Gleichheitssatz im europaischen Gemeinschaftsrecht*, 1992, blz. 473.
10. Kapteyn, P.J.G. en P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 1995, blz. 107.
11. Kapteijn/VerLoren van Themaat, t.a.p., blz. 108.
12. R. van Dam, *MBB* juli/augustus 1995; P. Kavelaars, *Intertax* 1993/12.
13. HvJ EG 26 januari 1993, C-112 91.
14. R. van Dam, t.a.p. (zie noot 12).
15. HvJ EG 27 september 1988, C-81 87.
16. HvJ EG 27 september 1978, Van der Bijl, C-130 88 en HvJ EG 31 maart 1993, Kraus, C-19 92.
17. S.R.A. van Eyck, 'Directe belastingwetgeving in strijd met artikel 7 EEG-Verdrag', *WFR* 1991/5970.
18. HvJ EG 7 maart 1996, C-334 94.
19. L.J. Brinkhorst en R. Barents, *Grondlijnen van Europees Recht*, Alphen a/d Rijn 1996, blz. 325.
20. P.J. Wattel, Rechtvaardigheidsgronden voor fiscale inbreuk op EG-Verdragsvrijheden, *SEW* 12(1997).
21. HvJ EG C-204 90.
22. HvJ EG 15 mei 1997, C-250 95.
23. Zie noot 21.
24. B. Knobbe-Keuk, 'Restrictions on the fundamental Freedoms enshrined in the EC Treaty by discriminatory tax provisions – ban and justification, *EC Tax Review* 3(1994), blz. 80 en 81; H.J. Kamphuis en F.P.G. Potgens, 'Schumacker ofwel onder welke omstandigheden wordt de buitenlands belastingplichtige behandeld als een binnenlands belastingplichtige?' *WFR* 1995, blz. 654; L. Hinnekens en D. Schelpe, 'The Tax Arbitration Convention. Its significance for the EC based enterprise, the EC itself, and for Belgian and international tax law', *EC Tax Review* 1(1992), blz. 58.
25. HvJ EG, C-175 88.
26. HvJ EG, C-415 93.
27. E. Cohen Henriquez, 'Twee Haagse Verdragen', *WPNR* 1990/5972.
28. S.R.A. van Eijck, *WFR* 1991/5970.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Asser C., e.a., *Erfrecht*, Zwolle 1996.

Boer de, Th.M., 'Het Haags huwelijksvermogensverdrag 1978: een verdrag met gebruiksaanwijzing', *WPNR* 1996/6092.

Bouwsma, J., *Voorkoming van dubbele belasting*, Deventer 1982.

Burght, Gr. van der, *Erfrecht*, Arnhem 1997.

Buys, E.A., *Met het EG-recht strijdige belastingstelsels en de rechtsbescherming van de burger*, Arnhem 1994.

Cohen Henriquez, E., 'Twee Haagse Verdragen', *WPNR* 1990/5972.

Ebben, E.W.J., *Inleiding huwelijksvermogensrecht*, Deventer 1994.

Heithuis, E.J.W., 'Europees belastingrecht in relatie tot bilaterale belastingverdragen vanuit Nederlands perspectief', *WFR* 1993/6077.

Holdert L.M., e.a., Fiscale encyclopedie De Vakstudie, deel 7.

Hoogeveen, M.J., 'Nieuwe erfrechtelijke positie langstlevende echtgenoot en kinderen', *VP-Bulletin*, november 1997.

Hund D., e.a., *Belastingen en sociale zekerheid in internationaal perspectief*, Deventer 1987.

Hund, D., *Belastingverdragen*, Deventer 1983.

Huijgen, W.G., 'Kroniek Erfrecht', *NTBR* 1996/9.

Kamphuis, H.J. en Potgens, F.P.G., 'Wielockx en de coherentie op verdragsniveau', *MBB* maart 1996.

Kamphuis, H.J., 'Vrij verkeer van werknemers', *MB* maart 1996.

Kamphuis, H.J., ‚Het recht van vestiging', *MB* mei en juni 1996.

Kamphuis, H.J., 'Buitenlandertarief ontoelaatbaar', *MB* september 1996.

Kapteyn, P.J.G. en P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer 1995.

Kort, J.W. de, 'De emigratieheffing in de voorgestelde aanmerkelijk belangregeling en de niet-strijdigheid met het Europees verdrag', *WFR* 1996/6219.

Luijten, E.A.A., 'De OBV "si (non) voluero"', *WPNR* 1996/6231.

Maan, A.R. en R.F. Trijsburg, Gaat er een heen, vechten er twee om het been: internationaal dubbele successiebelasting, *WFR* 1986/5745.

Maan, A.R. en R.F. Trijsburg, 'De regels ter voorkoming van internationaal dubbele successiebelasting: nu in vrede (be)rusten?', *WFR* 1988/5840.

Mahler, R., 'Indirecte discriminatie en vervoer', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, mei 1997.

Mostermans, P.M.M., 'Rechtskeuze in het internationale erfrecht', *WPNR* 1988/5898.

Mourik, M.J.A. van, *Erfrecht*, Zwolle 1997.

Mourik, M.J.A. van, 'Ouderlijke boedelverdeling vormt basis voor het nieuwe erfrecht', *WPNR* 1996/6218.

Perrick, S., 'Een erflater mag aan een ouderlijke boedelverdeling een voorwaarde verbinden', *WPNR* 1996/6214.

Potgens, F.P.G. en J.C. Bol, 'De zaak Svensson; wederom de coherentie', *MBB* juni 1996.

Reuvers, M.R. *Internationale dubbele belasting*, Deventer 1972.

Roelen, A.W.M., 'Aan de ouderlijke boedelverdeling kan een "tenzij-clausule" worden verbonden', /6202/1996.

Schuttevaer, H., *Erven schenken en de fiscus*, Deventer 1996.

Soeten, H.G. de, 'De internationale dimensie van het wetsvoorstel ter zake van winst uit aanmerkelijk belang', *WFR* 1996/6207.

Sonneveldt, F., *De Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht*, Deventer 1990.

Sonneveldt, F. en J.C.L. Zuiderwijk, *Internationale aspecten van schenkings- en successierecht,* FED 1990.

Struycken, A.V.M., 'Het Haagse Erfrechtverdrag komt eraan!', *WPNR* 1993/6092.

Tweede Kamer der Staten Generaal, brief van de Minister van Justitie, 24 665, vergaderjaar 1995-1996.

Verstraaten, R.T.G., *De Nederlandse successiebelastingen*, Arnhem 1995.

Wattel, P.J., 'Het buitenlandertarief binnen de EG', *WFR* 1996/6223.

Water, R.L. van de en A.H. Boekhoudt, *De eenzijdige regeling*, Deventer 1991.

Weber, D.M. 'Toepasselijkheid EG-Verdrag als grens aan non-discriminatie', *WFR* 1996/6210.