

MR. DR. B. STARINK¹

Over de jas, de koffer, pensioenfondsen en Vpb

1. Inleiding

Mijn eerste herinnering aan Jan van der Geld² is niet zozeer zijn persoon, als wel zijn gevleugelde uitspraken.³ Toen ik in 2004 bij PricewaterhouseCoopers (het huidige PwC) kwam werken, werd ik na mijn studie Fiscaal Recht aan de Universiteit van Tilburg (het huidige Tilburg University) nogmaals geconfronteerd met zijn gevleugelde uitspraken door middel van de zogenoemde 'Jan van der Geld-redenering'. Conclusies van fiscale breinbrekers werden vaak aan deze redenering getoetst alvorens werd vastgesteld of een conclusie definitief houdbaar was of dat bijstelling nodig was. Mijn bijdrage aan deze vriendenbundel staat in het teken van een uitleg van deze redenering. Om toch enige fiscale inhoud aan deze bijdrage te geven, ga ik tevens in op de vennootschapsbelastingvrijstelling voor pensioenfondsen. Tot slot sluit ik af met een persoonlijke boodschap aan mijn gewaardeerde promotor.

2. De 'Jan van der Geld-redenering'

Wat houdt de 'Jan van der Geld-redenering' in?

Fiscale problemen en uitdagingen vragen om een oplossing. Niet zelden wordt die oplossing gevonden door stap voor stap op basis van de wet, de kennelijke en kenbare bedoeling van die wet, de jurisprudentie, rechtsbeginselen, ervaring, logica, boerenverstand, *Fingerspitzengefühl*, *Ying Yang* en *Reiki* toe te redeneren naar een uitkomst. Zo'n redenering gaat in kleine stapjes waarbij elk stapje leidt tot een logische conclusie en wordt opgevolgd door een volgend stapje. Een proces van deductie zou je kunnen zeggen. Ik citeer een voorbeeld uit Wikipedia:

1. Bastiaan Starink is werkzaam bij het *CompetenceCentre for Pension Research*, het Fiscaal Instituut Tilburg, Tilburg University en bij PwC. Daarnaast is hij *Research Fellow* bij Netspar.
2. Binnen het FIT ook wel *Johnny Cash* of *Jean de l'Argent* genoemd.
3. De bijdrage van Nicole Gubbels en Mascha Hoogeveen in deze bundel, 'Als ik zou willen dat je het begreep, had ik het wel beter uitgelegd', illustreert dit onnavolgbaar.

“De algemene regel luidt: *Als het regent, wordt alles wat buiten staat nat.* Verder is bekend: *Het regent en de auto staat buiten.* De logisch onontkoombare conclusie luidt dan: *De auto wordt nat.*”

Lijkt te sluiten als een bus toch? Nu is het zo dat de fiscale wetenschap geen exacte wetenschap is, maar een gammawetenschap waardoor het vinden van oplossing via een proces van deductie niet geschikt is. Want hoe logisch en consequent elke tussenconclusie ook mag zijn, het betekent niet dat de einduitkomst ook juist is. En om dit te bewijzen wordt tot op de dag van vandaag de ‘Jan van der Geld-redenering’ gebruikt. Die luidt als volgt:

“Ik pas in mijn jas.
Mijn jas past in mijn koffer.
Dus ik pas in mijn koffer.”

De conclusies zijn logisch maar toch is de einduitkomst onjuist. Deze redenering wordt dan ook gebruikt om aan het eind te toetsen of een einduitkomst nu wel zo logisch is of niet. Is de einduitkomst eigenlijk onjuist als we alle tussenstappen weglaten, dan moet de oplossing worden verworpen omdat de ‘Jan van der Geld-redenering’ toepassing vindt. De onderliggende boodschap van Jan is dan ook om bij fiscale rechtsvinding niet blind te staren op exacte logica, kansberekeningen et cetera, maar om altijd je boerenverstand te blijven gebruiken. Een wijze les die wat mij betreft onbeperkt herhaald moet worden om te voorkomen dat besluitvorming en rechtsvinding te veel wordt gebaseerd op rekenkundige en exacte logica. Hierna ga ik in op de Vpb-vrijstelling voor pensioenfondsen. Die vrijstelling heeft niets te maken met de ‘Jan van der Geld-redenering’, maar ik wilde nu eenmaal een pensioengerelateerd Vpb-onderwerp bespreken in deze bundel.

3. **Vpb-vrijstelling voor pensioenfondsen**

Als pensioenfiscalist is het logisch om in de vriendenbundel van een Vpb-hoogleraar over één van de weinige onderwerpen te schrijven waar Vpb en pensioen elkaar ontmoeten: de Vpb-vrijstelling voor pensioenfondsen. In artikel 5, lid 1, onderdeel b Wet Vpb 1969 is deze vrijstelling, die niet geldt voor eigen beheer pensioenlichamen, opgenomen. Voorwaarde voor de vrijstelling is, kort gezegd, dat het lichaam zich uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ten doel stelt om de pensioenregeling van (gewezen) werknemers uit te voeren.

Op grond van het derde lid van het genoemde artikel moet sprake zijn van een pensioenregeling in de zin van de Pensioenwet of de Wet LB 1964, dan wel een buitenlandse regeling die daarmee naar aard en strekking overeenkomt. Deze pensioenfondsenvrijstelling is ingevoerd omdat een pensioenfonds een sociale doelstelling heeft en een winstoogmerk

ontbreekt. De overrendementen worden geacht te worden gebruikt voor de verhoging van de pensioenrechten.⁴ Het is voor een pensioenfonds vanwege de strenge voorwaarden uit de Pensioenwet ook vrijwel onmogelijk om winst uit te keren. Ondanks het feit dat pensioenfondsen gedurende lange periodes tot honderden miljarden 'overwinst' kunnen maken en reserveren, dienen deze reserves uiteindelijk ten goede aan de deelnemers te komen zodat een pensioenfonds vanuit de totaalwinstgedachte geen winst maakt.⁵

Overigens geldt de genoemde vrijstelling niet slechts voor pensioenfondsen; ook pensioenverzekeraars kunnen ervoor opteren als ze dat zouden willen. Dat zou dan wel betekenen dat zij geen winstoogmerk mogen hebben omdat aan de vrijstelling de voorwaarde is verbonden dat de winst vrijwel uitsluitend moet worden aangewend ten bate van de verzekerden. Een commerciële verzekeraar zal juist vanwege deze beperking niet willen opteren voor de Vpb-vrijstelling. Van een concurrentievervalsende wettelijke bepaling of staatssteun is naar mijn mening dan ook geen sprake.⁶ Overigens hebben verzekeraars zonder winstoogmerk in het verleden succesvol een beroep gedaan op de Vpb-vrijstelling voor pensioenfondsen.⁷

4. Teruggave dividendbelasting

Nu staat de Vpb-vrijstelling voor pensioenfondsen niet dagelijks in grote belangstelling maar door de koppeling met artikel 10 Wet DivBel 1965 is de relevantie ervan voor de praktijk groot. Omdat de dividendbelasting een voorheffing op de Vpb is, geldt een recht op teruggave van ingehouden dividendbelasting voor pensioenlichamen die een Vpb-vrijstelling genieten. Dit betekent dat Nederlandse pensioenfondsen zoveel mogelijk proberen de op buitenlandse beleggingen ingehouden bronbelasting terug te vorderen. Binnen de EU en de EER zou dat per definitie mogelijk moeten zijn. Voor investeringen in andere landen geldt dat het bilaterale belastingverdrag de teruggave mogelijk moet maken.

Hetzelfde geldt voor buitenlandse pensioenlichamen die investeren in Nederland. Op grond van het tweede lid van artikel 10 Wet DivBel 1965 kunnen buitenlandse pensioenlichamen (EU- of EER-ingezetenen) die aldaar niet aan een winstbelasting onderhevig zijn en, ware het pensioenlichaam in Nederland gevestigd, alhier vrijgesteld van Vpb zouden zijn,

4. *Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 3, blz. 23.*

5. Korthedshalve zal ik verder geen aandacht besteden aan de dreigende werking die het voorstel 'Wet op de heffing over vermogensoverschotten van pensioenfondsen' gedurende vele jaren heeft gehad. Daarvoor verwijs ik naar L.G.M. Stevens, 'Het pensioenregime in de herwaardering', *WFR 1989/1077* en N. van Beelen, 'De vennootschapsbelasting en de belasting op pensioenfondsen', *WFR 1989/1092*.

6. Anders: P. Kavelaars, 'Pensioenfondsen, API's en staatssteun', *PensioenMagazine 2008/2*.

7. Bijvoorbeeld het jaarverslag van De Eendragt Pensioen NV, 26 juni 2014. De Eendragt Pensioen NV is per 17 juli 2015 overgenomen door ASR Nederland NV.

eveneens ingehouden dividendbelasting terugvragen. Nu zijn er dus twee criteria die van belang zijn voor de teruggave van dividendbelasting aan buitenlandse vrijgestelde pensioenuitvoerders welke in de praktijk tot veel discussie leiden:

1. Er moet sprake zijn van een pensioenuitvoerder die, ware hij in Nederland gevestigd geweest, alhier vrijgesteld zou zijn van vennootschapsbelasting.⁸
2. Er moet sprake zijn van een buitenlandse pensioenregeling welke naar aard en strekking overeenkomt met een pensioenregeling in de zin van de Pensioen respectievelijk de Wet LB.

Het eerste criterium leidt in de praktijk regelmatig tot discussie. Immers, van een buitenlandse pensioenuitvoerder moet vastgesteld worden of hij voor een Vpb-vrijstelling in aanmerking zou zijn gekomen indien hij in Nederland zou zijn gevestigd. Dat is een toets die ruim of eng kan worden toegepast.

Bij een enge uitleg zal vrijwel nooit sprake zijn van een vrijstelling omdat een buitenlandse pensioenuitvoerder vrijwel nooit aan de specifieke Nederlandse criteria voldoet. Al is het maar omdat pensioenuitvoeringsmodellen van land tot land sterk verschillen. Korthedshalve refereer ik slechts aan Denemarken. Pensioenfondsen zijn daar een vrij onbekend fenomeen. De door sociale partners overeengekomen pensioenregelingen worden veelal uitgevoerd door sectorale pensioenverzekeraars zonder winstoogmerk. Of ze vrijgesteld zijn van winstbelasting in Denemarken weet ik niet, maar dat is naar mijn mening ook niet relevant. Ze hebben immers geen winstoogmerk en slechts tot doel om de pensioenen van deelnemers uit te voeren. Dergelijke pensioenverzekeraars zouden wat mij betreft zonder meer in aanmerking moeten komen voor teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting. Toch blijkt in de praktijk dat de inspecteur vaak een enge toets aanlegt en eigenlijk tevergeefs op zoek gaat naar een buitenlandse kopie van het Nederlandse pensioenfonds waardoor veel Nederlandse dividendbelasting onterecht niet wordt teruggegeven aan buitenlandse pensioenuitvoerders.

Hetzelfde geldt uiteraard andersom. Veel Nederlandse pensioenfondsen krijgen nog steeds niet alle binnen de EU en EER ingehouden bronbelasting terug. Gezien de achtergrond van het per 1 januari 2007 ingevoerde derde lid van artikel 10 Wet DivBel 1965, namelijk de mogelijke strijd met Europese verdragsvrijheden indien dividendbelasting aan 'pensioenfondsen' uit de EU of EER niet wordt teruggegeven, zouden belastingdiensten in de hele EU en EER slechts een summiere toets moeten uitvoeren: houdt de buitenlandse rechtspersoon zich vrijwel uitsluitend zonder winstoogmerk bezig met het verzorgen van pensioenregelingen en komen behaalde winsten altijd direct of indirect ten goede aan de deelnemer? Dan zou teruggave van buitenlandse bronbelasting standaard moeten volgen. De

8. Artikel 10, lid 2, Wet DivBel 1965.

Nederlandse wetgever zou die summiere toets moeten voorschrijven of anders de Staatssecretaris van Financiën in een beleidsbesluit.

De tweede voorwaarde betreft het naar aard en strekking overeenkomen met een Nederlandse pensioenregeling. Ook hiervoor geldt dat wat mij betreft een ruimhartige uitleg wenselijk is. Nu is de Nederlandse uitvoerder als het gaat om de acceptatie van een in het buitenland gebruikelijke pensioenregeling voor de toepassing van de omkeerregel voor expats in Nederland zeer coulant. De Staatssecretaris van Financiën toont zich een ware kosmopoliet door in Nederland premieaftrek toe te staan voor bijdragen aan een buitenlandse pensioenregeling (in de EU of EER), zelfs als deze buitenlandse regeling niet (geheel) voldoet aan de Nederlandse wet- en regelgeving. Er wordt slechts gesteld dat de buitenlandse wetten de buitenlandse regeling als een pensioenregeling dienen te beschouwen en dat het buitenlandse pensioen verzekerd moet zijn bij een uitvoerder die volgens de wetten van die staat een in die staat toegelaten uitvoerder van collectieve pensioenregelingen is.⁹ Deze uitleg zou naar mijn mening eveneens leidend moeten zijn voor de teruggaaf van dividendbelasting aan buitenlandse pensioenuitvoerders. De Nederlandse wetgever zou dit moeten voorschrijven of anders zou de Staatssecretaris van Financiën in een beleidsbesluit voor de dividendbelasting dezelfde kosmopolitische houding moeten aannemen als hij voor de loonbelasting doet.

5. Tot slot

Zoals in de inleiding gezegd ken ik Jan sinds het begin van dit millennium. Ik volgde toen zijn colleges vennootschapsbelasting. Toen ik in 2004 student-assistent werd leerde ik hem beter kennen, maar een goede band met hem heb ik pas ontwikkeld toen hij samen met Gerry Dietvorst mijn promotor werd.

Tijdens die begeleiding heb ik een aantal belangrijke zaken van hem geleerd. De eerste is dat helaas veel fiscalisten en juristen ten onrechte menen jurisprudentie woordelijk tot op het bot te moeten fileren om op basis daarvan gezaghebbende uitspraken te kunnen doen over de betekenis die de rechter kennelijk geeft aan wettelijke bepalingen. Daarbij wordt vergeten dat de rechter een rechtsregel veelal casuïstisch toepast en de bruikbaarheid van jurisprudentie voor het doen van gezaghebbende uitspraken over de kennelijke uitleg van de wet gerelativeerd moet worden. De tweede belangrijke les was: het recht is nu eenmaal geen wiskunde dus je kunt er altijd verschillend over denken zolang je je standpunt maar fatsoenlijk onderbouwt. Deze twee lessen helpen mij nog dagelijks het vakgebied te relativieren; er is immers nooit één waarheid.

Beste Jan, ik zal je missen op het FIT maar ik zal nog vaak met plezier aan jou, je wijze lessen en de 'Jan van der Geld-redenering' terugdenken.

9. Zie bijlage 1 van het Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M.

