

Oplossing voor geëmigreerde pensioen- of lijfrentegerechtigde

TPV 2018/13

DNB, Ministerie van Financiën, Belastingdienst en Verbond van Verzekeraar geven gemeenschappelijke interpretatie wanneer sprake is van grensoverschrijdende dienstverrichting bij uitkeringen aan geëmigreerde pensioen- of lijfrentegerechtigde.

1. Inleiding

Al meer dan tien jaar discussieert de verzekeringswereld over de vraag of bij het uitvoeren van een pensioen- of lijfrenteclausule sprake is van het aangaan van een nieuwe overeenkomst. Het uitvoeren van een pensioen- of lijfrenteclausule houdt in dat een pensioen- of lijfrentekapitaal uitgekeerd gaat worden in de vorm van een direct ingaande periodieke uitkering.

De vraag of daardoor sprake is van een nieuwe overeenkomst is met name van belang voor de begunstigde voor een pensioen- of lijfrentekapitaal, die op het moment dat dit kapitaal tot uitkering komt niet meer in Nederland wonen. Als bij het uitvoeren van de pensioen- of lijfrenteclausule sprake is van grensoverschrijdende dienstverrichting, mogen in Nederland gevestigde verzekeraars daar veelal niet aan meewerken omdat zij niet zijn genotificeerd in het woonland van de pensioen- of lijfrentegerechtigde. Overdracht naar een buitenlandse pensioenuitvoerder stuit op fiscale blokkades, omdat de Belastingdienst dit in deze situatie beschouwt als een belaste afkoop. Daardoor was jarenlang sprake van een patstelling waar geen beweging in was. Uitvoeren van de pensioen- of lijfrenteclausule bij de verzekeraar waar het pensioen- of lijfrentekapitaal was opgebouwd, zou kunnen leiden tot mogelijk niet toegestane grensoverschrijdende dienstverrichting. Overdracht naar een pensioenuitvoerder in het woonland van de pensioen- of lijfrentegerechtigde wordt in die situatie fiscaal als een belaste afkoop beschouwd.² Daardoor ontstond een groeiend stuwmeer aan tot uitkering gekomen pensioen- en lijfrentekapitalen waarmee niets gebeurde. Als pensioen- of lijfrenteclausules niet binnen een redelijke termijn worden uitgevoerd, is fiscaal op een zeker moment sprake van een belaste afkoop. Ook de Belastingdienst drong dan ook aan op het vinden van een voor alle betrokken partijen aanvaardbare oplossing.

Dankzij vasthoudendheid en – uiteindelijk – een voortvarende en pragmatische houding van alle bij deze discussie betrokken partijen (DNB, MvF, Belastingdienst en Verbond van Verzekeraars) lijkt er een einde gekomen aan deze discussie en daarmee aan deze patstelling. De

betrokken partijen bereikten overeenstemming in welke situaties en onder welke voorwaarden zij de opbouw- en de uitkeringsfase bij eenzelfde verzekeraar als één verzekeringsovereenkomst beschouwen en in welke situaties dat niet het geval is. Het Verbond van Verzekeraars werkte een en ander nader uit in een circulaire van 8 maart 2018.³ Daardoor is nu duidelijk wanneer er wel en wanneer er geen sprake is van grensoverschrijdende dienstverrichting wanneer een geëmigreerde begunstigde voor een lijfrente- of pensioenkapitaal de daarop rustende pensioen- of lijfrenteclausule uitvoert en uit dien hoofde een direct ingaande periodieke uitkering ontvangt.

2. Wanneer is sprake van grensoverschrijdende dienstverrichting?

Als er een contract wordt afgesloten met een in het buitenland wonende verzekeringnemer is er sprake van grensoverschrijdende dienstverrichting.⁴ Dat is in de EU alleen toegestaan indien de desbetreffende verzekeraar is genotificeerd in het woonland van de verzekeringnemer.⁵ Bij een levensverzekering is in beginsel het recht van toepassing van de lidstaat waarvan de polishouder onderdaan is.⁶ Gezien de consequenties van het afsluiten van een verzekeringsovereenkomst met een in het buitenland woonachtige verzekeringnemer zijn verzekeraars zeer terughoudend met het aangaan van dergelijke overeenkomsten en zijn er maar heel weinig verzekeraars genotificeerd in alle EU-lidstaten. Overeenkomsten aangaan op basis van een notificatie in een andere EU-lidstaat betekent dus dat de desbetreffende verzekeraar wordt geconfronteerd met het recht van het woonland van de verzekeringnemer dat op de overeenkomst van toepassing is, dat de communicatie en informatie in de taal van het woonland moet worden verstrekt en dat eventuele juridische procedures gevoerd moeten worden in het woonland.

2.1 Is het uitvoeren van een pensioen- of lijfrenteclausule een nieuwe overeenkomst?

DNB stelde zich op het standpunt dat bij het uitvoeren van een pensioen- of lijfrenteclausule sprake is van het aangaan van een nieuwe overeenkomst door de begunstigde voor het pensioen- of lijfrentekapitaal. De begun-

³ www.verzekeraars.nl/publicaties/actueel/oplossing-voor-geëmigreerdeklanten.

⁴ Zie de definitie van 'verrichten van diensten' in art. 1:1 Wft, onderdeel b: "2° het door een levensverzekeraar sluiten van een levensverzekering vanuit een vestiging, gelegen in een andere staat dan die waarin de verzekeringnemer zijn gewone verblijfplaats heeft, of waar zich, indien de verzekeringnemer een rechtspersoon is, de vestiging van deze rechtspersoon bevindt waarop deze verzekering betrekking heeft."

⁵ Zie voor de situatie waarin sprake is van grensoverschrijdende dienstverrichting naar Nederland art. 2:34 Wft. Dienstverlening vanuit Nederland naar een andere lidstaat wordt beheerst door soortgelijke bepalingen in die andere lidstaat. Zie ook art. 2:117 Wft.

⁶ Art. 7 lid 3 onderdeel c EG-Verordening 593/2008 (Rome 1).

¹ Prof. mr. H.M. Kappelle is bijzonder hoogleraar Fiscaal Pensioenrecht aan de VU Amsterdam en directeur Aegon Adfis.

² Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze spagaat H.M. Kappelle, 'Geëmigreerde pensioengerechtigde kan geen kant uit!', *WFR* 2012/6941.

stigde voor het pensioen- of lijfrentekapitaal wordt dan verzekeringnemer van de direct ingaande periodieke uitkering. DNB baseerde dit standpunt op art. 6:227 BW dat inhoudt dat verbintenissen die partijen op zich nemen voldoende bepaalbaar moeten zijn. Omdat in het algemeen geldt dat bij het aangaan van de kapitaalverzekering met lijfrenteclausule de voorwaarden van de toekomstige lijfrentetermijnen, zoals de tariefgrondslagen (rente en overlevingstafels), duur (tijdelijk of levenslang) en soort lijfrente (met of zonder nabestaandenlijfrente) nog niet vastliggen, is er volgens DNB sprake van een nieuwe overeenkomst indien op de expiratedatum het pensioen- of lijfrentekapitaal wordt gebruikt voor een direct ingaand pensioen of een direct ingaande lijfrente. In 2009 stelde het toenmalige Kamerlid Blok (VVD) naar aanleiding van een publicatie van prof. dr. Gerry Dietvorst⁷ hierover vragen aan de Minister van Financiën.⁸ Deze bevestigde dat DNB dit standpunt innam en gaf aan dat hij het hier mee eens was.⁹

Dit zorgde met name voor geëmigreerde pensioengerechtigden voor problemen. De begunstigde voor een lijfrentekapitaal kon volgens DNB voorkomen dat het uitvoeren van de lijfrenteclausule tot een nieuwe overeenkomst leidt door vóór de expiratedatum een aantekening op de polis te (laten) plaatsen dat hij verplicht was de lijfrente bij dezelfde verzekeraar onder te brengen als waar hij het lijfrentekapitaal opbouwde. Voor pensioenen is een dergelijk beding echter niet mogelijk.¹⁰ Overdracht naar een pensioenuitvoerder in het woonland van de geëmigreerde gepensioneerde is vanwege fiscale bepalingen vrijwel onmogelijk. De Staatssecretaris van Financiën stelt zich op het standpunt dat waardeoverdracht naar een pensioenuitvoerder in het woonland alleen is toegestaan naar een aangewezen verzekeraar, of in het kader van het aanvaarden van een nieuwe dienstbetrekking.¹¹ Als het gaat om een tot uitkering komend pensioenkapitaal voldoet de gepensioneerde per definitie niet aan deze tweede fiscale voorwaarde. Een gepensioneerde heeft immers geen dienstbetrekking meer. Daarnaast heeft de geëmigreerde gepensioneerde geen invloed op de vraag of er in zijn woonland verzekeraars zijn die zich hebben laten aanwijken en is het aantal aangewezen verzekeraars overigens zeer beperkt. Het betreft volgens de meest recente bekendmaking van het Ministerie van Financiën zeventien buitenlandse pensioenuitvoerders en drie buitenlandse lijfrenteverzekeraars. Daarvan zijn er twaalf afkomstig uit België, zeven uit Luxemburg en een uit Malta.¹²

3. Komst van PPI zorgde voor een extra probleem

Met de komst van de PPI werd het probleem nog eens extra prangend. Een PPI mag geen biometrisch risico lopen. De uitvoerder van een ingegaan ouderdomspensioen loopt het verzekeringstechnische langlevensrisico. Reden waarom een PPI dergelijke uitkeringen niet mag doen en de begunstigde voor het bij de PPI opgebouwde pensioenkapitaal zijn direct ingaande pensioen moet onderbrengen bij een verzekeraar, of onder voorwaarden bij een pensioenfonds.¹³ Het standpunt van DNB dat het uitvoeren van een pensioenclausule het afsluiten van een nieuwe overeenkomst inhoudt, stamt van vóór de introductie van de PPI. Als een te pensioneren deelnemer uit een contract bij een PPI op zijn pensioeningangsdatum niet meer in Nederland woont, leidt dit ertoe dat de desbetreffende deelnemer zijn pensioenkapitaal in het geheel niet kan omzetten in een direct ingaand ouderdomspensioen. Niet bij de PPI, niet bij de Nederlandse verzekeraar waarmee de PPI een samenwerkingsverband heeft, niet bij een andere Nederlandse verzekeraar en niet bij een pensioenuitvoerder in het woonland van de pensioengerechtigde. Er is door tegenstrijdige juridische en fiscale bepalingen sprake van een klassieke Catch 22,¹⁴ waardoor de pensioengerechtigde niet in staat is zijn pensioenuitkeringen te ontvangen zonder dat, ofwel volgens DNB sprake is van niet toegestane grensoverschrijdende dienstverrichting, ofwel volgens de Nederlandse Belastingdienst sprake is van een niet toegestane waardeoverdracht naar een buitenlandse pensioenuitvoerder en dus in fiscale zin van een afkoop.¹⁵

4. Partijen komen tot gemeenschappelijke interpretatie

Door de onzekerheid of het uitvoeren van een pensioen- of lijfrenteclausule tot grensoverschrijdende dienstverrichting kon leiden als de begunstigde niet meer in Nederland woont, waren verzekeraars niet bereid om direct ingaande pensioenen en lijfrenten aan te bieden aan pensioen- of lijfrentegerechtigden die in een EU-lidstaat wonen waar de verzekeraar niet is genotificeerd. Zij liepen daardoor immers het risico dat zij verzekeringsovereenkomsten afsloten zonder daarvoor de benodigde vergunning te hebben. Daardoor ontstond het reeds gememoreerde, steeds groter wordende, stuwmeer aan pensioen- en lijfrentekapitalen waarmee niets gebeurde. De Belastingdienst drong dan ook aan op het vinden van een voor alle betrokken partijen aanvaardbare oplossing. Blijkens de door het Verbond van Verzekeraars gepubliceerde circulaire is die er nu. Het Verbond geeft in de circulaire aan dat het de afgelopen tijd meerdere malen goed en constructief overleg voerde met

7 'Raar maar waar', *FD Selections* 21 december 2009.

8 Voor een uitgebreide behandeling van deze Kamervragen zie H.M. Kappelle, 'Uitvoeren van lijfrente- of pensioenclausule (altijd) nieuwe overeenkomst?', *Pe&P* 2010, nr. 4.

9 Brief van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 10 februari 2010, FM/2010/299 M.

10 Art. 81 PW verplicht de verzekeraar mee te werken aan waardeoverdracht bij het bereiken van de pensioendatum. Elk beding strijdig met dit artikel is nietig.

11 Besluit van 9 oktober 2015, nr. DGB2015/7010M, par. 3.3.

12 Bekendmaking van het directoraat-generaal Belastingdienst/Cluster Fiscaliteit van 21 maart 2018, nr. 2018-5799.

13 Art. 81a PW.

14 Een Catch 22 is een paradoxale situatie waarin het onmogelijk is om een gewenste uitkomst te bereiken doordat de 'regels' dat vanwege tegenstrijdigheden niet toelaten. De term is afkomstig uit de roman *Catch 22* van Joseph Heller, waarin een algemene situatie wordt beschreven waarin een individu twee acties dient te verwezenlijken die wederzijds afhankelijk zijn van de andere actie, die als eerste dient te zijn voltooid.

15 Zie voor een uitgebreide beschrijving Fai Cheung & Jan Meijer, 'De PPI en de buitenlandse pensionado', *PensioenMagazine* 2017/69.

vertegenwoordigers van DNB, het Ministerie van Financiën en de Belastingdienst. Dit overleg resulteerde in 'gedeelde inzichten' over de situaties waarin geen sprake is van een nieuwe overeenkomst en de situaties waarin dit nu juist wél het geval is.

5. Omzetten of aankopen?

Op grond van deze door alle partijen gedeelde inzichten is voor de vraag of bij het uitvoeren van de pensioen- of lijfrenteclausule sprake is van het tot stand komen van een nieuwe overeenkomst cruciaal of het pensioen- of lijfrentekapitaal wordt *omgezet* in een direct ingaand pensioen of een direct ingaande lijfrente, of dat het pensioen- of lijfrentekapitaal wordt gebruikt voor het *aankopen* van een dergelijke periodieke uitkering. Bij het hierna onder 5.1 t/m 5.4 beschreven omzetten is geen sprake van een nieuwe overeenkomst en (dus) ook niet van grensoverschrijdende dienstverrichting. Bij het met het pensioen- of lijfrentekapitaal aankopen van een periodieke uitkering is dat wel het geval. Kort door de bocht geformuleerd is sprake van aankopen in alle gevallen waarin geen sprake is van omzetten.

5.1 Omzetten van een gericht lijfrentekapitaal bij dezelfde verzekeraar

Bij een gerichte lijfrente is sprake van een lijfrentekapitaal dat niet in contanten wordt uitgekeerd, maar uitsluitend dient als rekgrootheid en op de lijfrente-ingangsdatum wordt uitgekeerd in de vorm van een lijfrente als bedoeld in art. 3.125 Wet IB 2001. Bij de omzetting van het lijfrentekapitaal in een direct ingaande lijfrente bij dezelfde verzekeraar is geen sprake van een nieuwe overeenkomst, maar van uitvoering van de gerichte lijfrenteclausule op de bestaande overeenkomst, mits uit de polisvoorwaarden blijkt dat sprake is van een gerichte lijfrente waarvan de premies aftrekbaar waren als uitgaven voor inkomensvoorzieningen als bedoeld in art. 3.124 Wet IB 2001.

5.2 Uitvoeren van een lijfrenteclausule bij dezelfde verzekeraar

Bij een kapitaalverzekering met lijfrenteclausule is sprake van een verzekerd kapitaal dat niet in contanten wordt uitgekeerd, maar op de lijfrente-ingangsdatum wordt omgezet in een lijfrente. Deze voorwaarde is opgenomen in de lijfrenteclausule, die bepaalt dat het kapitaal moet worden gebruikt voor een fiscaal toegestane lijfrente op basis van de op de lijfrente-ingangsdatum bij de verzekeraar geldende tariefgrondslagen. Als het verzekerde kapitaal wordt omgezet in een lijfrente bij dezelfde verzekeraar is sprake van het uitvoeren van de lijfrenteclausule op de bestaande overeenkomst. Er is in dat geval geen sprake van een nieuwe overeenkomst, mits de rechten en verplichtingen van de verzekering vanaf aanvang voldoende bepaalbaar zijn. Dit is het geval indien de lijfrenteclausule zodanig is geformuleerd dat deze 1. tot gevolg heeft dat het lijfrentekapitaal op de lijfrente-ingangsdatum wordt omgezet in een fiscaal toegestane lijfrente; en 2. dat dit gebeurt op basis van de op dat moment gelden-

de tariefgrondslagen van de verzekeraar, waarop de begunstigde geen enkele invloed heeft.

Hoewel de circulaire hier geen uitsluitel over geeft, geldt dit naar mijn mening op dezelfde wijze voor het uitvoeren van een pensioenclausule voor de zogenoemde C-polissen uit het tijdperk van de Pensioen- en spaarfondsenwet.

5.3 Pensioenkapitaal wordt omgezet in een direct ingaand pensioen bij dezelfde verzekeraar

Uit de parlementaire historie van de Pensioenwet blijkt dat als een deelnemer zijn ingegane pensioen ontvangt van dezelfde pensioenuitvoerder als waar hij zijn pensioenkapitaal opbouwde er geen sprake is van een wijziging van het verzekeringnemerschap.¹⁶ Met andere woorden: de werkgever blijft contractant en er is daarom geen sprake van grensoverschrijdende dienstverrichting als de begunstigde op dat moment in het buitenland woont. Met de circulaire is elk mogelijk misverstand hierover uit de wereld.

5.4 Pensioenkapitaal dat is opgebouwd bij een PPI wordt omgezet in een direct ingaand pensioen bij de verzekeraar die contractpartij is bij de uitvoeringsovereenkomst voor de desbetreffende pensioenregeling

Als een bij een PPI opgebouwd pensioenkapitaal wordt omgezet in een direct ingaand pensioen bij een Nederlandse verzekeraar is geen sprake van grensoverschrijdende dienstverrichting als in de uitvoeringsovereenkomst voor de desbetreffende pensioenregeling is bepaald dat de PPI en de verzekeraar waarmee de PPI een samenwerkingsverband heeft, gezamenlijk contractpartij – en dus dé pensioenuitvoerder – van de werkgever zijn. Er is dan sprake van één pensioenregeling waarin de elementen zonder verzekeringstechnisch risico (de opbouw van het pensioenkapitaal) door de PPI worden uitgevoerd en de elementen met verzekeringstechnisch risico (nabestaandenpensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen en ingegane pensioenen) worden uitgevoerd door de verzekeraar. De deelnemer moet dan wel bij aanvang van zijn deelname in beginsel er al voor kiezen dat het pensioenkapitaal op zijn pensioeningangsdatum wordt omgezet in een ouderdompensioen bij de verzekeraar die contractpartij is bij de uitvoeringsovereenkomst voor de betreffende pensioenregeling, tenzij de deelnemer op een vooraf vastgelegd en vóór de pensioendatum gelegen tijdstip aangeeft dat en bij welke andere pensioenuitvoerder hij het pensioen wil aankopen.

Uiteraard heeft de deelnemer op pensioeningangsdatum het recht om zijn pensioen bij een andere verzekeraar onder te brengen dan de verzekeraar die contractpartij is bij de uitvoeringsovereenkomst voor de pensioenregeling.¹⁷ In dat geval is echter wel sprake van een nieuwe overeenkomst. Als de begunstigde op dat moment niet meer in Nederland woont maar elders in de EU, moet de ontvan-

¹⁶ Kamerstukken I 2006/07, 30413 en 30655, F.

¹⁷ Art. 81a lid 2 PW.

gende verzekeraar derhalve genotificeerd zijn in diens woonland.

6. Wel nieuwe overeenkomst bij aankopen van bancaire lijfrente vanuit lijfrentekapitaal

Het is juridisch niet haalbaar om de situatie waarin het bij een verzekeraar opgebouwd (gericht) lijfrentekapitaal gebruikt wordt voor een bancaire 'lijfrente' (bankspaar-product) in de uitkeringsfase op zodanige wijze vorm te geven dat er sprake is van dezelfde verzekering. In die situatie is steeds sprake van een nieuwe overeenkomst en moet, ongeacht of de begunstigde op dat moment nog wel of niet meer in Nederland woont, de bank dus voldoen aan de voorwaarden die gelden voor een dergelijke (bancaire) dienstverlening.

7. Conclusie

Na jarenlange (theoretische) discussie over de (academische) vraag of het uitvoeren van een pensioen- of lijfrenteclausule ertoe leidt dat sprake is van een nieuwe overeenkomst, is er nu een pragmatische en uitvoerbare oplossing. De toevoegingen 'theoretisch' en 'academisch' geven al aan dat voor beide standpunten (wel of geen nieuwe overeenkomst) wat te zeggen viel. De argumenten van DNB waren valide, die van de tegenstanders echter ook. Pensioenuitvoerders willen graag zekerheid voordat zij tot een dergelijke transactie overgaan. Die zekerheid was er niet en dus ontstond in de uitvoeringspraktijk een patstelling, die allerminst theoretisch en academisch was en waarvan met name de klanten van deze pensioenuitvoerders de dupe waren.

Door het nu geformuleerde onderscheid tussen 'omzetten' en 'aankopen' en het feit dat de circulaire van het Verbond is afgestemd met DNB, het Ministerie van Financiën en de Belastingdienst is er voldoende comfort voor de pensioenverzekeraars om, in de circulaire beschreven situaties, direct ingaande periodieke uitkeringen te kunnen aanbieden aan in het buitenland wonende pensioen- en lijfrentegerechtigden. In de in de circulaire opgenomen situaties is immers sprake van 'gedeelde inzichten' bij alle betrokken partijen dat sprake is van 'om-

zetten' en dus niet van een nieuwe overeenkomst. Op de pensioenverzekeraars rust uiteraard de plicht om ervoor te zorgen dat de verzekeringsvoorwaarden zodanig vorm worden gegeven dat aan de in de circulaire genoemde bepalingen om te kunnen spreken van een omzetting wordt voldaan. In de situaties waarin sprake is van het aankopen van een pensioen- of lijfrente-uitkering met het pensioen- of lijfrentekapitaal is wel sprake van een nieuwe overeenkomst.

VU LAW ACADEMY

Prof. dr. Erik Lutjens, cursusleider en docent bij de leergangen en actualiteitenlezingen

Dé specialist in pensioenrecht opleidingen

- Leergang pensioenrecht (start: 18 september 2018)
- Leergang fiscaal pensioenrecht (start: maart 2019)
- Actualiteitenlezingen pensioenrecht (4x per jaar)

Meer informatie & inschrijven: www.vulaw.nl

VU VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM

IS VERDER KIJKEN