

Tevens per telefax

Vaste commissie voor sociale zaken en werkgelegenheid
Eerste Kamer
T.a.v. Mw. Mr W.A.J.M. van Dooren (griffier)
Postbus 20017
2500 EA Den Haag

Claude Debussylaan 80
Postbus 75084
1070 AB Amsterdam

T +31 20 577 1771
F +31 20 577 1775

Fax: +31 70 312 9390

Datum 22 februari 2011

E.H. Pijnacker Hordijk en X.A. Reintjes

E erik.pijnackerhordijk@debrauw.com

Onze ref. M9871858/5/20276635

T +31 20 577 1352

F +31 20 577 1775

Betreft: Europeesrechtelijke bezwaren tegen wetsvoorstel Mogelijkheid
koopkrachttegemoetkoming oudere belastingplichtigen (32 521)

Geachte Commissie,

1. Middels deze brief willen wij u – namens de Stichting Belangenbehartiging Nederlandse Gepensioneerden in het Buitenland en de daarbij aangesloten gepensioneerden (de "**Stichting**") – wijzen op de strijdigheid met het recht van de Europese Unie van het wetsvoorstel Mogelijkheid koopkrachttegemoetkoming oudere belastingplichtigen¹ ("**wetsvoorstel MKOB**"). Wij willen u dan ook met klem verzoeken om te voorkomen dat een met het Europees recht strijdige situatie zou ontstaan door aanneming van dit wetsvoorstel. Wij lichten de Europeesrechtelijke bezwaren tegen het wetsvoorstel MKOB hieronder toe.
2. Kort gezegd komt het wetsvoorstel MKOB erop neer dat op de bestaande regeling betreffende een tegemoetkoming in aanvulling op het ouderdomspensioen op grond van artikel 33b van de Algemene Ouderdomswet (de "**huidige tegemoetkoming**") wordt bezuinigd ten laste van niet-ingezetenen van Nederland. De huidige tegemoetkoming zal worden afgeschaft. Tegelijkertijd wordt uitsluitend aan in Nederland woonachtige ouderen alsnog eenzelfde tegemoetkoming via een aangepaste regeling ter beschikking gesteld (de "**vervangende tegemoetkoming**"). Daarmee is sprake van (i) een belemmering van het recht op vrij verkeer voor burgers van de Unie, zoals toegekend onder artikel 21 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("**VWEU**") en (ii) een ongeoorloofd onderscheid naar woonplaats in strijd met EU Verordening 883/2004.² In Nederland

¹ TK 2010-2011 32 521.

² Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van sociale zekerheidsstelsels (Pb EU L 166).

De Brauw Blackstone Westbroek N.V. is gevestigd in Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nr. 27171912.

pensioengerechtigde burgers van de Unie die niet meer in Nederland wonen worden namelijk minder gunstig behandeld dan wanneer zij geen gebruik zouden hebben gemaakt van het door het VWEU aan hen toegekende recht op vrij verkeer.³ Bovendien is de aanknopng bij het fiscale stelsel een ongepaste constructie die klaarblijkelijk geen enkel ander doel dient dan (ongeoorloofde) omzeiling van het Europees recht, waarin dit wetsvoorstel MKOB overigens niet slaagt.

3. Ten eerste houdt het wetsvoorstel MKOB ontegenzeggelijk een verslechtering in van de situatie van burgers van de Unie die gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer en daarom niet meer in Nederland wonen. Dit onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen werd ten tijde van het beschikbaar stellen van de huidige tegemoetkoming (en diens voorganger op basis van de Tijdelijke regeling tegemoetkoming AOW-ers) per 1 januari 2005 nog niet gemaakt. Zowel ingezetenen als niet-ingezetenen hebben de (huidige) tegemoetkoming sindsdien ontvangen. Een later onderscheid naar woonplaats ten aanzien van het recht op de vervangende tegemoetkoming is daarom hoe dan ook in strijd met artikel 21 VWEU.⁴ Deze strijdigheid ligt voor de hand in het licht van de doelstellingen van de Unie verdragen en de systematiek van de Nederlandse wetgeving. Het recht op ouderdomspensioen ontstaat nadat een persoon gedurende zijn werkende leven premies heeft afgedragen en als zodanig dus heeft bijgedragen aan het stelsel van sociale zekerheid in Nederland. Daarmee heeft deze persoon recht op een ouderdomspensioen naar "Nederlandse standaard", ongeacht of hij/zij er later voor kiest dit ouderdomspensioen in een ander land binnen de EU te genieten. Wanneer het enkele feit dat deze persoon naar een andere lidstaat is verhuisd een negatieve invloed zou hebben op de hoogte van het ouderdomspensioen, zou deze persoon kunnen worden belemmerd in zijn/haar recht om vrij te reizen en te verblijven in de EU. Juist deze omstandigheid is de achtergrond van uitgebreide Europese rechtspraak die dit recht om vrij te reizen en te verblijven beschermt.
4. Ten tweede is de koppeling van het recht op de vervangende tegemoetkoming aan de eis dat ten minste 90% van het wereldinkomen in Nederland belast moet zijn een indirect onderscheid naar woonplaats in strijd met Verordening 883/2004. Immers, deze eis zal het overgrote deel van niet-ingezetenen van Nederland uitsluiten van de vervangende tegemoetkoming. Rechthebbende "buitenlands belastingplichtigen" in de zin van het wetsvoorstel MKOB hebben slechts dan recht op de vervangende tegemoetkoming indien ten minste 90% van hun wereldinkomen, *na toepassing van regelingen ter voorkoming van dubbele belasting*, in Nederland aan belastingheffing is onderworpen. Over het algemeen zullen niet-ingezetenen van Nederland *na*

³ Zie bijvoorbeeld het Hof van Justitie van de EU in arresten van 9 november 2006, *Turpeinen*, zaak C-520/04, punt 20, van 29 april 2004, *Pusa*, zaak C-224/02, punt 18 en van 11 juli 2002, *D'Hoop*, zaak C-224/98, punt 30.

⁴ Zie bijvoorbeeld het Hof van Justitie van de EU in het arrest van 14 oktober 2010, *Van Delft e.a.*, zaak C-345/09, punt 131.

toepassing van relevante belastingverdragen en –regelingen onderworpen zijn aan belasting in de woonstaat in plaats van belasting in de bronstaat Nederland. Het wetsvoorstel MKOB is blijkens de wetsgeschiedenis bovendien overduidelijk ingegeven door het streven de huidige tegemoetkoming niet langer “exporteerbaar” te maken (lees: niet uitkeerbaar aan niet-ingezetenen van Nederland).

5. Verordening 883/2004 bepaalt onder andere dat uitkeringen bij ouderdom verkregen op grond van de wetgeving van de lidstaten op generlei wijze mogen worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurd verklaard op grond van het feit dat de rechthebbende op het grondgebied van een andere lidstaat woont dan die waar het orgaan dat deze uitkering verschuldigd is (i.c. de SVB) zich bevindt.⁵ Onder deze Europeesrechtelijke regels wordt geen onderscheid gemaakt tussen "pensioenen" en andere bedragen ten laste van de openbare middelen, daarbij inbegrepen verhogingen in verband met aanpassingen aan het loon- of prijsniveau of aanvullende uitkeringen.⁶ Een dergelijke uitkering bij ouderdom valt onder de materiële werkingssfeer van het Europees recht als zijnde een onderdeel van sociale zekerheid van de lidstaten, ongeacht het etiket dat lidstaten daarop plakken.⁷
6. De strijdigheid met Europees recht was ook al geconstateerd door de Raad van State in zijn advies:
 - het feit dat een prestatie al dan niet door nationale wetgeving als een sociale zekerheidsuitkering wordt aangemerkt is niet van invloed op de beoordeling of deze binnen de werkingssfeer van Verordening 883/2004 (voorheen Verordening 1408/71) valt;
 - de vervangende tegemoetkoming betreft een maatregel die verband houdt met één van de in de Verordening genoemde eventualiteiten, te weten ouderdom;
 - de koppeling aan belastingplichtigheid in Nederland zorgt er niet voor dat de vervangende tegemoetkoming als onderdeel van het fiscale stelsel moet worden gezien in plaats van als een sociale zekerheidsuitkering, omdat:
 - (a) de fiscale positie van de betrokkene geen enkele rol speelt bij de toepassing voor het in aanmerking komen voor de vervangende tegemoetkoming;
 - (b) de toepassing van de vervangende tegemoetkoming niet leidt tot een lagere belastingaanslag, maar een rechtstreekse uitkering van een vast bedrag per gepensioneerde inhoudt; en

⁵ Zie Artikel 7 Vo. 883/2004.

⁶ Zie Artikel 1 Vo. 883/2004.

⁷ Zie Artikel 3 Vo. 883/2004 evenals vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, bijvoorbeeld in het arrest van 20 januari 2005, *Noteboom*, zaak C-101/04, punten 20-30.

- (c) de regeling niet door de Belastingdienst wordt uitgevoerd maar door de Sociale Verzekeringsbank (SVB), welke instantie ook de pensioenen (AOW) uitkeert.⁸
7. Het op deze wijze proberen aan te sluiten bij het fiscale stelsel is bovendien ongepast. Het criterium van 90% belastingplichtigheid van het wereldinkomen in Nederland is zoals de Memorie van Toelichting vermeldt kennelijk gebaseerd op de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het *Schumacker*-arrest.⁹ Daarin is bepaald dat sprake is van ongeoorloofde discriminatie wanneer, noch in het woonland, noch in de lidstaat waarin de betrokkene werkt, rekening wordt gehouden met de persoonlijke en gezinssituatie van een niet-ingezetene terwijl deze het grootste deel van zijn/haar inkomen en nagenoeg zijn/haar gehele gezinsinkomen verwerft in het werkland. Het criterium wordt daarom toegepast om gevallen te onderscheiden waarin belastingtechnisch rekening gehouden dient te worden met de persoonlijke omstandigheden van een betrokkene. Het leent zich dus in het geheel niet om te worden toegepast in geobjectiveerde situaties zoals de toekenning van de vervangende tegemoetkoming, welke constatering de Raad van State ook al had gedaan en welke onderbouwing hierboven verkort is weergegeven onder (a) t/m (c). In feite beschermt de op *Schumacker* gebaseerde vaste rechtspraak burgers van de Unie tegen een onderscheid op grond van woonplaats en garandeert dat deze dezelfde voordelen genieten als inwoners van een lidstaat indien zij qua inkomenssituatie nagenoeg geheel gelijk te stellen zijn aan de inwoners van die lidstaat. Een afwijkende behandeling op grond van woonplaats zou in dat geval een belemmering van het vrij verkeer van personen inhouden. Juist deze rechtspraak die het vrij verkeer van personen beoogt te beschermen, wordt in dit geval door de wetgever gebruikt om personen die hun recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend uit te sluiten van bepaalde voordelen. Dit is klaarblijkelijk onjuist.
8. Op grond van bovenstaande bezwaren is het wetsvoorstel klaarblijkelijk in strijd met het Europees recht en dient daarom te worden verworpen. Namens de Stichting verzoeken wij de vaste commissie voor sociale zaken en werkgelegenheid van de Eerste Kamer dan ook met klem daarnaar te handelen.

Hoogachtend,
De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

E.H. Pijnacker Hordijk
Advocaat

X.A. Reintjes
Advocaat

⁸ TK 2010-2011, 32 521, nr. 4, p. 3-4.

⁹ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 februari 1995, zaak C-279/93.