

Weigering fiscale aftrek verplichte pensioenbijdragen aan niet-inwoners strijdig met EU-recht

Citation for published version (APA):

Kramer, S., & Niesten, H. (2019). Weigering fiscale aftrek verplichte pensioenbijdragen aan niet-inwoners strijdig met EU-recht. *Maandblad Belasting Beschouwingen*, (9), 371-382. [34].

Document status and date:

Published: 01/10/2019

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

34. Weigering fiscale aftrek verplichte pensioenbijdragen aan niet-inwoners strijdig met EU-recht

DR. H.M.L. NIESTEN EN MR. S.P.M. KRAMER

Op 6 december 2018 heeft het HvJ in het arrest *Montag* geoordeeld dat de vrijheid van vestiging zich verzet tegen de Duitse regeling op grond waarvan de aftrek van verplichte bijdragen aan een beroepspensioenvoorziening voor een beperkt belastingplichtige wordt uitgesloten. In dit artikel bespreken de auteurs de reikwijdte van het arrest, plaatsen het tegen de achtergrond van eerdere HvJ-zaken en verkennen de consequenties van dit arrest voor vergelijkbare gevallen.

1. Inleiding

In het arrest *Montag* van 6 december 2018 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) zich moeten uitspreken over de vraag of de weigering van aftrek door Duitsland van bijdragen aan een pensioeninstelling voor vrije beroepen en voor een particuliere pensioenverzekering in strijd is met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU).¹ Het HvJ beantwoordt deze vraag bevestigend voor de verplichte pensioenbijdragen. Daarmee veroordeelt het HvJ nogmaals de fiscale obstakels in de Duitse pensioenfiscaliteit die een niet-inwoner weerhoudt van een gelijke behandeling met een inwoner van die staat.² In afwachting van Europese pensioenwetgeving (hoewel betwijfeld kan worden of deze er ooit zal komen gezien het unanimitere vereiste³ en de verschillende lidstatelijke belangen) neemt het HvJ met dit arrest belangrijke stappen op weg naar een eengemaakte Europese interne markt voor grensoverschrijdende pensioenen.

Deze bijdrage bespreekt de reikwijdte van het HvJ-arrest, plaatst het tegen de achtergrond van eerdere jurisprudentie van het HvJ en verkent de consequenties van dit arrest voor vergelijkbare gevallen. Tevens zal worden gezien wat dit arrest betekent voor de aftrek van premies aan Neder-

landse, dan wel Belgische ‘vergelijkbare’ pensioenvoorzieningen.

2. De Duitse regeling inzake de aftrekbaarheid van pensioenpremies

De Duitse wet op de inkomstenbelasting (‘Einkommensteuergesetz’, hierna: ‘EStG’) maakt een onderscheid tussen belastingplichtigen die wel en belastingplichtigen die niet hun woonplaats of gebruikelijke verblijfplaats in Duitsland hebben. Eerstgenoemden zijn onbeperkt aan de inkomstenbelasting onderworpen.⁴ Laatstgenoemden zijn slechts beperkt belastingplichtig voor de inkomstenbelasting, uitsluitend ten aanzien van de in Duitsland verworven inkomsten.⁵ Op verzoek worden natuurlijke personen die noch hun woonplaats, noch hun gewone verblijfplaats in Duitsland hebben, als onbeperkt belastingplichtig behandeld, mits hun inkomsten gedurende het kalenderjaar voor ten minste 90% aan de Duitse inkomstenbelasting zijn onderworpen of wanneer hun niet aan de Duitse inkomstenbelasting onderworpen inkomsten de belastingvrije som⁶ niet overschrijden.⁷ De bijdragen aan pensioeninstellingen voor vrije beroepen en de bijdragen voor de opbouw van een pensioen met kapitaaldekking worden aangemerkt als ‘bijzondere uitgaven’ (‘Sonderausgaben’) wanneer deze niet als bedrijfs- of beroepskosten kunnen worden aangemerkt.⁸ De bijdragen welke in casu worden afgedragen aan de pensioenvoorziening voor advocaten (‘berufsständischen Versorgungseinrichtungen’), worden door het HvJ omschreven als ‘uitgaven voor sociale voorzieningen’, en

1 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, NTFR 2018/2903 (*Montag*) (geen conclusie van advocaat-generaal).

2 Het HvJ heeft Duitsland reeds eerder meerdere malen veroordeeld voor wat betreft de niet-toekenning van fiscale pensioenvoordelen aan niet-inwoners, bijvoorbeeld de procedure HvJ 10 september 2009, nr. C-269/07, ECLI:EU:C:2009:527, NTFR 2009/2275 (*Commissie t. Duitsland*), waarin het Hof, onder meer, oordeelde dat Duitsland in strijd handelde met het vrije verkeer van werknemers door grensarbeiders het recht te ontzeggen de *Altersvorsorge-Eigenheimbetrag* – zoals neergelegd in § 92a EStG – te gebruiken voor de aankoop of de bouw van een niet in Duitsland gelegen voor eigen woondoeleinden dienende woning.

3 Art. 115 VWEU.

4 § 1, lid 1, zin 1 EStG.

5 § 1, lid 1 EStG.

6 Voor periode 2019: € 9.168 (§ 32, lid 1, tweede zin, punt 1 EStG (‘Grundfreibetrag’)).

7 § 1, lid 3, EStG.

8 § 10, lid 1, EStG.

kunnen worden aangemerkt als ‘Sonderausgaben’.⁹ Beperkt belastingplichtigen hebben slechts recht op aftrek van hun bedrijfskosten of verwervingskosten voor zover deze uitgaven economisch verband houden met binnenlandse inkomsten. De beperkt belastingplichtigen kunnen buitengewone uitgaven evenwel niet aftrekken.¹⁰

3. Feiten en prejudiciële vragen

De relevante feiten in het voorliggende arrest, die dateren van 2008, kunnen als volgt worden uiteengezet. De heer Montag, Duits onderdaan die in België woont, is advocaat bij een internationaal advocatenkantoor waar hij venoot is van een personenvenootschap naar Engels recht (een zogenoemde ‘LLP’). Uit zijn activiteiten als ‘equity partner’ verkreeg hij in 2008 inkomsten die toegerekend werden aan verschillende landen. Van het (netto) wereldinkomen verkreeg hij 54% van zijn inkomsten uit Duitsland, 6,3% uit België en de rest uit andere landen. In datzelfde jaar verkreeg hij ook nog andere inkomsten. Voor de Duitse belastingheffing wordt hij niet aangemerkt als onbeperkt belastingplichtige. Zijn totale inkomsten zijn niet voor minstens 90% onderworpen aan de inkomstenbelasting in Duitsland en het bedrag van de in Duitsland onderworpen inkomsten blijft onder het basisbedrag (‘Grundfreibetrag’).¹¹

De heer Montag was in 2008 ingeschreven als Europees advocaat op de E-lijst van de Franse Orde van advocaten bij de Brusselse balie en droeg de titel ‘Rechtsanwalt (Keulen) gevestigd te Brussel’. Om de titel Rechtsanwalt te kunnen dragen, diende hij ingeschreven te zijn bij ‘Rechtsanwaltskammer Köln’, en om die reden diende hij verplicht aangesloten te zijn bij het ‘Versorgungswerk der Rechtsanwälte Nordrhein-Westfalen’ (pensioeninstelling voor advocaten).¹² Ingevolge de Duitse pensioenwetgeving zijn bedienden en zelfstandigen, wanneer ze aangesloten zijn bij een pensioeninstelling voor vrije beroepen, vrijgesteld van de verplichting, die normaliter geldt, om zich aan te sluiten bij een wettelijk pensioenstelsel (i.e. de ‘gesetzlichen Rentenversicherung’) in Duitsland. Op grond van de vrijstellingsbepaling volgt vrijstelling als de beroepsbeoefenaar in kwestie, krachtens wettelijke verplichting, lid is van een ‘berufsständischen Kammer’.¹³

In 2008 betaalde belanghebbende aan de pensioeninstelling voor advocaten € 16.453 aan bijdragen, waarvan het grootste deel verplicht en een deel aanvullend vrijwillig.

Daarenboven betaalde hij in Duitsland € 3.696 voor een particuliere pensioenverzekering. In België, waar Montag als Belgische rijksinwoner onbeperkt onderworpen is aan de inkomstenbelasting, heeft hij geen aftrek gekregen voor de Duitse pensioenbijdragen. Wel heeft hij aftrek gekregen van de verplichte bijdragen aan de Belgische sociale zekerheid. In Duitsland heeft hij in zijn aangifte verzocht om aftrek van de in Duitsland betaalde pensioenbijdragen als verwervingskosten of als bijzondere uitgaven. Deze aftrek werd hem geweigerd omdat deze uitgaven verband houden met de categorie bijzondere uitgaven waar alleen onbeperkt belastingplichtigen recht op hebben.

Het Duitse ‘Finanzgericht’ van Keulen stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. De verwijzende rechter wilde weten of het in strijd is met de vrijheid van vestiging dat een niet-ingezetene beperkt belastingplichtige geen aftrek heeft van de verplichte/vrijwillige bijdragen aan een pensioeninstelling voor vrije beroepen en de bijdragen aan een particuliere pensioenverzekering, terwijl een inwonende (onbeperkt) belastingplichtige dergelijke bedragen wel kan aftrekken.

4. Oordeel van het Hof van Justitie

Het HvJ benadert de voormelde gestelde prejudiciële vraag op een klassieke manier. Vooreerst onderzoekt het HvJ of de betrokken Duitse belastingregeling (namelijk de niet-aftrekbaarheid van de pensioenbijdragen) een beperking betekent voor de vrijheid van vestiging in art. 49 VWEU. Het Hof van Justitie oordeelt dat de aftrek van pensioenbijdragen, die door die wetgeving als bijzondere uitgaven (‘Sonderausgaben’) worden aangemerkt, binnen een bepaalde grens afgetrokken worden van het totaalbedrag van de inkomsten van een ingezetene belastingplichtige die onbeperkt inkomstenbelastingplichtig is. Deze aftrek maakt het dus mogelijk om de belastbare inkomsten te verminderen en vormt dus een fiscaal voordeel (punt 23). Een beperkt belastingplichtige kan geen gebruikmaken van dit belastingvoordeel, en op dit punt wordt de verenigbaarheid van de verschillende bijdragen onderzocht.

Deze klassieke manier volgend, herinnert het HvJ eraan dat wanneer niet-inwoners minder gunstig worden behandeld dan inwoners, dit een beperking is die in beginsel verboden is door de vrijheid van vestiging (punt 25). Een dergelijke beperking kan enkel worden aanvaard indien zij betrekking heeft op een niet-objectief vergelijkbare situatie, of een dwingende reden van algemeen belang.¹⁴ De beperking moet ook geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken, en mag niet verder gaan dan nodig voor het bereiken van dat doel.¹⁵ Inwoners en niet-inwoners verkeren in een vergelijkbare situatie voor de uitgaven die rechtstreeks verband houden met een activiteit waarmee in een lidstaat belast-

9 § 10, lid 3, EStG.

10 § 50, lid 1, derde zin EStG.

11 § 1, lid 3, EStG.

12 De advocaat moet ingeschreven blijven bij de bevoegde autoriteit in de herkomststaat, zie twaalfde overweging en art. 3 lid 1 en 2 van richtlijn 98/5/EG van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven (PbEU 1998, L 77, 36), zoals gewijzigd bij richtlijn 2006/100/EG van de Raad van 20 november 2006 (PbEU 2006, L 363, 141).

13 Vrij vertaald als ‘beroepsorganisatie’. Voor advocaten betreft dit de orde van advocaten (ofwel, de ‘balie’). In casu was belanghebbende ingeschreven bij de ‘Rechtsanwaltskammer Köln’.

14 HvJ 17 juli 2014, nr. C-48/13, ECLI:EU:C:2014:2087, NTFR 2014/1808 (Nordea Bank Danmark), punt 23.

15 HvJ 20 december 2017, nr. C-504/16 en nr. C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009, NTFR 2018/47 (Deister Holding en Juhler Holding), punt 91, en aldaar aangehaalde rechtspraak.

bare inkomsten zijn verkregen. Volgens het HvJ is sprake van een rechtstreeks verband wanneer wegens deze activiteit kosten worden gemaakt en die kosten noodzakelijk zijn voor de uitoefening ervan (punt 33).¹⁶ Met voorliggend arrest tracht het HvJ aanwijzingen voor de beoordeling van dit criterium te geven aan de nationale rechter.

Achtereenvolgens beoordeelt het HvJ de bijdragen op de verenigbaarheid met het EU-recht aan de hand van een concrete toetsing van de niet-aftrekbaarheid van (1) de verplichte bijdragen aan de pensioeninstelling voor advocaten, (2) de vrijwillige bijdragen aan de pensioeninstelling voor advocaten, en (3) de bijdragen aan een particuliere pensioenverzekering. Hier wordt volstaan met een korte aanhaling van de overwegingen van het HvJ; voor een uitgebreide analyse van deze overwegingen wordt verwezen naar paragraaf 5.3.

4.1 Verplichte bijdragen aan de pensioeninstelling voor advocaten

Wat de verplichte bijdragen aan de pensioeninstelling voor advocaten betreft, oordeelt het HvJ dat deze verplichte bijdragen rechtstreeks verband houden met de activiteit die de belastbare inkomsten in Duitsland heeft voortgebracht (punt 45). Immers, de verplichte bijdragen moeten worden beschouwd als wegens de activiteit gemaakte kosten, die noodzakelijk zijn voor de uitoefening ervan (punt 37).¹⁷ Dit vereist, volgens het HvJ, overigens niet dat deze uitgaven ‘vermijdbaar’ waren (punt 41).¹⁸ We nemen hierbij aan dat het HvJ ‘onvermijdbaar’ bedoelt.¹⁹ Het HvJ merkt op dat een niet-ingezeten belastingplichtige slechts is onderworpen aan een belastingplicht die beperkt is tot de inkomsten die in de betreffende lidstaat zijn verkregen (punt 48). Hieruit volgt volgens het HvJ dat de vergelijkbaarheid van betrokkene met een inwoner dan ook slechts opgaat voor het gedeelte van de betaalde verplichte bijdragen dat proportioneel overeenstemt met het aandeel van de in Duitsland belastbare inkomsten in het totaal van de inkomsten (punt 49).

Vervolgens gaat het Hof na of deze beperking wat betreft de weigering om de verplichte bijdragen aan de pensioeninstelling in aanmerking te nemen gerechtvaardigd kan worden door een doel van algemeen belang. Duitsland voert het risico aan dat de bijdragen in andere lidstaten dan Duitsland zouden worden afgetrokken. Dit zou aan de belastingplichtige een ongerechtvaardigd meervoudig voordeel verschaffen (punt 60). Dat kan leiden tot een

dubbel voordeel: aftrek bij de betaler van de uitkering in Duitsland, terwijl de bedoelde bijdragen wellicht ook nog in de woonstaat fiscale voordelen met zich kunnen brengen. Het HvJ wijst erop dat het zichzelf niet in staat acht om de strekking van dit argument te beoordelen. Duitsland heeft niet betoogd dat de uitvoering van de Richtlijn 77/799/EEG betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten op het gebied van de directe belasting en heffingen²⁰ niet had volstaan om dit risico af te wenden.²¹

4.2 Vrijwillige bijdragen aan de pensioeninstelling voor advocaten

Wat de vrijwillige bijdragen aan de pensioeninstelling voor advocaten betreft, oordeelt het HvJ dat het niet strijdig is met het EU-recht dat Duitsland de (vrijwillige) aanvullende bijdragen aan een pensioeninstelling en de bijdragen in het kader van een particuliere pensioenverzekering niet in aftrek toelaat. Het HvJ stelt dat deze uitgaven berusten op een vrije keuze om zijn pensioenrechten te verhogen tot het maximaal toegestane bedrag aan bijdragen. In tegenstelling tot de verplichte bijdragen zijn de vrijwillige bijdragen niet noodzakelijk voor de uitoefening van het beroep van advocaat in Duitsland, noch voor het verkrijgen van inkomsten in Duitsland (punt 52). Het HvJ oordeelt dat betrokkene zich dan ook niet in een vergelijkbare situatie bevindt als een inwoner (punt 53). Voor de aftrek van deze vrijwillige pensioenbijdragen zou een beroep op de Schumacker-doctrine overigens niet slagen, aangezien de heer Montag weliswaar het merendeel van zijn inkomsten in Duitsland genereert, maar in België over voldoende inkomsten beschikt om in zijn woonstaat België rekening te kunnen houden met zijn persoonlijke en gezinssituatie (punt 31).

4.3 Bijdragen aan een particuliere pensioenverzekering

Wat de bijdragen in het kader van een particuliere pensioenverzekering betreft, oordeelt het HvJ dat deze uitgaven geen rechtstreeks verband vertonen met de activiteit van advocaat die de inkomsten voortbrengen (punt 55). Volgens het HvJ is een niet-inwoner aldus hiervoor niet vergelijkbaar met een inwoner (punt 57).

5. Analyse van het HvJ-arrest

De zaak *Montag* vertoont in veel opzichten gelijkenissen met eerdere zaken van het HvJ.²² In onderhavig arrest wordt het HvJ de mogelijkheid geboden om te bezien hoe de in deze eerdere zaken vastgelegde beginselen zich hebben ontwikkeld en of deze bijstelling vereisen.

16 Met verwijzing naar HvJ 12 juni 2003, nr. C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340, NTFR 2003/1142 (*Gerritse*), punten 9 en 27; HvJ 15 februari 2007, nr. C-345/04, ECLI:EU:C:2007:96, NTFR 2007/390 (*Centro Equestre da Lesiria Grande*), punt 25; HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, NTFR 2015/987 (*Grünwald*), punt 30.

17 Zoals eerder door het HvJ overwogen in HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, NTFR 2015/987 (*Grünwald*), punt 30 en HvJ 31 maart 2011, nr. C-450/09, ECLI:EU:C:2011:198, NTFR 2011/957 (*Schröder*), punt 44.

18 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, NTFR 2018/2903, punt 41.

19 In de Engelse, Duitse en Franse vertaling van het arrest staat namelijk in punt 41 ‘unavoidable’, ‘unvermeidbar’, respectievelijk ‘inévitabile’.

20 Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen en heffingen op verzekeringspremies (*PbEU* 1977, L 336, p. 15), zoals gewijzigd bij richtlijn 2006/98/EG van de Raad van 20 november 2006 (*PbEU* 2006, L 363, p. 129).

21 Zie ook HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, NTFR 2015/987 (*Grünwald*), punt 52.

22 Zoals de zaken *Bachmann*, *Commissie t. België* en *Danner*.

5.1 Beperking van de vestigingsvrijheid

Montag woont in België en is in Duitsland als zelfstandig advocaat werkzaam.²³ Het is duidelijk dat de diensten van de heer Montag onder de vrijheid van vestiging vallen (art. 49 VWEU). Het HvJ oordeelt nu dat deze bepalingen ook van toepassing zijn op pensioenen ingevolge verplichte pensioenvoorzieningen. De vrijheid van vestiging beoogt de nationale behandeling in de ontvangstlidstaat te garanderen, maar houdt tevens een verbod in voor de herkomstlidstaat om de vestiging van een van zijn onderdanen of van een naar zijn recht opgerichte vennootschap in een andere lidstaat te bemoeilijken.²⁴

Het vertrekpunt voor het HvJ is de vraag of de fiscale bepalingen, hoewel zij een deelnemer aan het economisch verkeer niet verbieden zijn recht op vrij verkeer uit te oefenen, toch de uitoefening van deze vrijheid kunnen beperken, door die deelnemer aan het economisch verkeer af te schrikken zich in een andere lidstaat te gaan vestigen. Ter zake is de constatering belangrijk dat niet-inwoners de lasten voor pensioenvoorziening niet kunnen aftrekken van de inkomsten in Duitsland (punt 24). Daardoor komen zij dus niet in aanmerking voor dit fiscaal voordeel. Aangezien niet-inwoners minder gunstig worden behandeld, kan deze behandeling een inwoner ontmoedigen om zich te vestigen in een andere lidstaat dan Duitsland. Daardoor vormt zij een beperking die in beginsel verboden is door de vrijheid van vestiging.

5.2 Vergelijkbaarheid tussen inwoners en niet-inwoners

Alvorens dieper in te gaan op het oordeel van het HvJ, is het van belang een uiteenzetting te geven van het ruimere kader voor de fiscale behandeling van niet-inwoners in de EU, dat de juridische achtergrond van de zaak vormt. In het licht van deze jurisprudentiële beginselen kan worden bepaald of de situatie van een niet-inwoner als Montag, die bijdragen betaalt aan een pensioeninstelling voor vrije beroepen en een particuliere pensioenverzekering, vergelijkbaar is met die van een inwoner van Duitsland.

5.2.1 Basisregel: inwoners en niet-inwoners zijn niet vergelijkbaar, tenzij...

Wat directe belastingen betreft, is het klassieke uitgangspunt van het HvJ dat de situatie van inwoners en niet-in-

woners in beginsel niet vergelijkbaar is.²⁵ Het inkomen van een niet-inwoner vormt meestal slechts een deel van zijn totale inkomen, waarvan het zwaartepunt is geconcentreerd in de woonstaat. De persoonlijke draagkracht van de niet-inwoner, die wordt gevormd door zijn totale inkomen en zijn persoonlijke en familiale situatie, kan gemakkelijker worden beoordeeld op de plaats waar hij het centrum van zijn persoonlijke en vermogensrechtelijke belangen heeft (zijnde zijn woonstaat).²⁶ Wanneer een lidstaat niet-inwoners niet in aanmerking laat komen voor bepaalde belastingvoordelen die hij aan inwoners verleent, is dat dan ook in de regel niet discriminerend, gelet op de objectieve verschillen tussen de situatie van inwoners en niet-inwoners, zowel wat de inkomstenbron als wat de persoonlijke draagkracht of de persoonlijke en familiale situatie betreft.²⁷

Het onderhavig uitgangspunt dat inwoners en niet-inwoners in beginsel niet vergelijkbaar zijn is echter in twee gevallen anders, namelijk:

1. voor de uitgaven die verband houden met de persoonlijke en familiale situatie: indien een niet-inwoner in een jaar het grootste deel van zijn totale inkomen in dat tijdvak in de werkstaat heeft verdiend en geen inkomsten van betekenis geniet in de woonstaat (Schumacker-doctrine),²⁸ of
2. voor inkomensgerelateerde voordelen: indien een rechtstreeks verband bestaat tussen de betrokken activiteit en de wegens die activiteit gemaakte kosten die voor de uitoefening van die activiteit noodzakelijk zijn.

Belanghebbende in casu bevindt zich klaarblijkelijk niet in het eerste geval, aangezien hij in België over voldoende inkomsten beschikt om daar rekening te kunnen houden met zijn persoonlijke en gezinssituatie.²⁹

Ingevolge deze voormelde twee benaderingen, onderworpen aan andere voorwaarden en andere consequenties, zijn lidstaten toch verplicht tot een gelijke behandeling van inwoners en niet-inwoners. Voor een goed begrip van het arrest moet het oordeel van het HvJ binnen voormelde benaderingen gekaderd worden.

23 Zie in dit verband ook HvJ 12 december 2013, nr. C-303/12, ECLI:EU:C:2013:822, NTFR 2013/1555 en NTFR 2014/496 (*Imfeld en Garcet*), punt 39.

24 HvJ 13 april 2000, nr. C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*), punt 28, en aldaar aangehaalde rechtspraak; HvJ 11 maart 2004, nr. C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*de Lasteyrie du Saillant*), punt 42; HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785, NTFR 2012/11 (*National Grid Indus*), punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak, .

25 Deze stelling fungeert als uitgangspunt in, onder meer, de volgende zaken: HvJ 14 februari 1995, nr. C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 (*Schumacker*), punt 31; HvJ 11 augustus 1995, nr. C-80/94, ECLI:EU:C:1995:271 (*Wielockx*), punt 18; HvJ 27 juni 1996, nr. C-107/94, ECLI:EU:C:1996:251 (*Asscher*), punt 41; HvJ 14 september 1999, nr. C-391/97, ECLI:EU:C:1999:409 (*Gschwind*) punt 22; HvJ 16 mei 2000, nr. C-87/99, ECLI:EU:C:2000:251, NTFR 2000/890 (*Zurstrassen*), punt 21; HvJ 12 juni 2003, nr. C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340, NTFR 2003/1142 (*Gerritse*), punt 43.

26 HvJ 31 maart 2011, nr. C-450/09, ECLI:EU:C:2011:198, NTFR 2011/957 (*Schröder*), punt 37; HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, NTFR 2015/987 (*Grünwald*), punt 25.

27 Zie onder meer HvJ 31 maart 2011, nr. C-450/09, ECLI:EU:C:2011:198, NTFR 2011/957 (*Schröder*), punt 38, en HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, NTFR 2015/987 (*Grünwald*), punt 26.

28 HvJ 14 februari 1995, nr. C-279/93, ECLI:EU:C:1995:331 (*Schumacker*), punt 36; HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, NTFR 2015/987 (*Grünwald*), punt 27.

29 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, NTFR 2018/2903 (*Montag*), punt 31.

5.2.2 Schumacker-doctrine: persoonlijke en familiale belastingvoordelen

Ingevolge vaste rechtspraak van het HvJ met betrekking tot de toekenning van persoonlijke en familiale belastingvoordelen in een grensoverschrijdende context³⁰ (de zogenoemde Schumacker-doctrine) is het in beginsel de woonstaat die de persoonlijke en familiale belastingvoordelen moet toekennen. De woonstaat kan de persoonlijke draagkracht het beste beoordelen aangezien hij daar het centrum van zijn persoonlijke en vermogensrechtelijke belangen heeft. De verplichting om de persoonlijke en familiale gezinssituatie in aanmerking te nemen rust slechts op de werkstaat wanneer de belastingplichtige geheel of nagenoeg geheel zijn belastbaar inkomen in de werkstaat ontvangt en in zijn woonstaat geen inkomsten van betekenis verkrijgt. Onder deze omstandigheden kan de woonstaat de voordelen niet toekennen die voortvloeien uit de inaanmerkingneming van zijn persoonlijke en familiale situatie.³¹ Het is onder deze omstandigheden dat de werkstaat aan de beperkte belastingplichtige toch de persoonlijke en familiale belastingvoordelen moet toestaan. Hetzelfde geldt wanneer sprake is van meerdere werkstaten, althans indien de woonstaat niet in staat is fiscaal rekening te houden met de persoonlijke aftrekposten. In dat geval moeten de werkstaten daar rekening mee houden, naar verhouding van het verdiende deel van het wereldinkomen.³² Onduidelijkheid blijft echter bestaan over wat precies onder de noemer ‘het grootste deel’ van het inkomen moet worden verstaan. De implementatie van deze voorwaarde in de wetgeving van de EU-lidstaten verschilt. Zo is in Nederland en Duitsland de aan het Schumacker-arrest ontleende norm uitgelegd als een 90%-criterium; in België is dit een 75%-grens.³³

In onderhavig geval leidt het HvJ uit de opmerkingen van de verwijzende rechter af dat het niet om een Schumacker-kwestie gaat omdat betrokkene in zijn woonstaat België over voldoende inkomsten beschikt om er zijn persoonlijke situatie in aanmerking te nemen (punt 31). Het HvJ erkent weliswaar dat de (verplichte en vrijwillige) bijdragen als voornaamste doelstelling niet zozeer de activiteit als advocaat in Duitsland hebben, maar stelt vast dat het verwerven van rechten met het oog op het voorzien in levensonderhoud bij ouderdom – hetgeen bewijst dat zij verband houden met de persoonlijke en familiale situatie van de belastingplichtige – niet resulteert in een andere kwalificatie van het verband dat er bestaat tussen de gedane uitgaven en

de inkomsten, aangezien deze uitgaven objectief noodzakelijk zijn voor het verwerven van deze inkomsten (punt 43). Hiermee is antwoord gegeven op de vraag van de verwijzende rechter die de prejudiciële vraag stelde of de uitgaven voor sociale voorzieningen (pensioenbijdragen) in het Unierecht kunnen worden aangemerkt als uitgaven die verband houden met de persoonlijke en gezinssituatie van de belastingplichtige, dan wel als uitgaven die verband houden met inkomsten verworven in Duitsland (punt 17 en 18).

Het moet ook worden opgemerkt dat de situatie in het onderhavig arrest verschilt van de situatie in het arrest *Bechtel*.³⁴ In deze zaak woont het echtpaar in Duitsland. De heer Bechtel werkt in Duitsland, en mevrouw Bechtel als belastingambtenaar in Frankrijk. Het Franse inkomen is vrijgesteld in Duitsland. Het brutoloon van mevrouw Bechtel wordt wel in aanmerking genomen bij de berekening van een bijzonder belastingtarief. In geschil is of de premies voor de aanvullende ziektekostenverzekering van belastingambtenaren, voor de aanvullende invaliditeitsverzekering en de nabestaandenverzekering van belastingambtenaren, voor het aanvullend pensioen voor de openbare dienst en de werknemerspremie voor de ziektekostenverzekering in aftrek op het brutoloon kunnen worden gebracht. Het HvJ oordeelt dat de woonstaat Duitsland strijdig met het EU-recht handelt door geen aftrek toe te staan van de Franse pensioen- en ziektekostenverzekeringpremies, terwijl het loon wel het toe te passen belastingtarief verhoogt. Het HvJ wijst er hierbij op dat Duitsland wel rekening houdt met premies voor sociale voorzieningen die uit Duitse bron zijn ontvangen. Volgens het HvJ is er dan sprake van een verboden beperking van het vrije verkeer van werknemers.

Met verwijzing naar het arrest *Bechtel* merkt het HvJ in voorliggende zaak op dat de overwegingen met betrekking tot de inaanmerkingneming van de persoonlijke en familiale situatie, in de vorm van een aftrek van aanvullende bijdragen voor een ziekteverzekering en ouderdomsverzekering die werden betaald in de werkstaat, echter niet transposeerbaar zijn op onderhavige zaak die betrekking heeft op de kwestie van de inaanmerkingneming in de werkstaat van de verplichte bijdragen aan een pensioeninstelling voor vrije beroepen.³⁵ In de zaak *Bechtel* zou de woonstaat, vanwege de gezamenlijke belastingheffing bij verzoekers, in staat zijn om belanghebbende de voordelen voortvloeiend uit het in aanmerking nemen van haar persoonlijke en gezinssituatie toe te kennen, zoals de aftrek van de premies, zelfs ingeval mevrouw Bechtel in die lidstaat niet over inkomsten van betekenis zou beschikken.³⁶ In de zaak *Bechtel* behoefde de kwestie van een rechtstreeks verband tussen de uitgaven in de vorm van bijdragen voor sociale voorzieningen en de activiteit die de inkomsten voortbracht, derhalve niet

30 Zie hierover uitgebreid: H. Niesten, *Belastingvoordelen van de grensoverschrijdende economisch actieve EU-persoon*, Mechelen: Kluwer 2018, p. 1490.

31 Zie o.m. HvJ 14 februari 1995, nr. C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 (*Schumacker*), punt 36; 16 oktober 2008, nr. C-527/06, ECLI:EU:C:2008:566, NTFR 2008/2144 (*Renneberg*), punt 61 en 18 juni 2015, nr. C-9/14, ECLI:EU:C:2015:406 (*Kieback*), punt 25.

32 HvJ 9 februari 2017, nr. C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102, NTFR 2016/2344 (X).

33 België interpreteert de rechtspraak van het HvJ in die zin dat het criterium ‘geheel of nagenoeg geheel’ verkrijgen van het inkomen in de andere staat wordt uitgelegd als het verkrijgen van 75% van het beroepsinkomen in de andere staat. Vanuit dit oogpunt kan worden gezegd dat België een ruimhartig(er) standpunt inneemt dan de meeste andere lidstaten (onder meer Nederland en Duitsland).

34 HvJ 22 juni 2017, nr. C-20/16, ECLI:EU:C:2017:488, NTFR 2017/1918 (*Bechtel*).

35 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, NTFR 2018/2903 (*Montag*), punt 44.

36 HvJ 22 juni 2017, nr. C-20/16, ECLI:EU:C:2017:488, NTFR 2017/1918 (*Bechtel*), punt 58.

te worden onderzocht.³⁷ Ten aanzien van de ouderdomsverzekering waarvoor premies werden afgedragen, zou het echter een welkome verduidelijking zijn geweest van het vereiste rechtstreekse verband tussen de uitgaven en de activiteiten die de inkomsten hebben voortgebracht.

5.2.3 Inkomensgerelateerde belastingvoordelen

Tegenover de persoonlijke en familiale belastingvoordelen staan de uitgaven die samenhangen met de verwerving van de in de heffing te betrekken inkomsten, ofwel de inkomensgerelateerde belastingvoordelen. Uit de rechtspraak van het HvJ volgt dat, wat betreft uitgaven die rechtstreeks verband houden met een activiteit waardoor in een lidstaat belastbare inkomsten zijn verworven, inwoners van deze lidstaat en niet-inwoners in een vergelijkbare situatie verkeren.³⁸ Een rechtstreeks verband bestaat tussen de betrokken activiteit en de wegens deze activiteit gemaakte kosten, die dus voor de uitoefening van deze activiteit noodzakelijk zijn.³⁹ Een rechtstreeks verband werd aanvaard voor bedrijfskosten,⁴⁰ voor aftrek van onderhoudsuitkeringen in ruil voor onroerend goed,⁴¹ de ondernemingsaftrek,⁴² kosten van belastingadvies die zijn gemaakt om een belastingaangifte op te stellen aangezien de verplichting om een belastingaangifte in te dienen voortvloeit uit het feit dat in de betrokken lidstaat inkomsten zijn verworven,⁴³ enzovoort. Deze inkomensgerelateerde uitgaven volgen de inkomsten. Dat betekent dat ze in aftrek komen in het land waar de samenhangende inkomsten opkomen. Dat is een logische benadering aangezien het in feite negatieve inkomsten betreft. Immers, zonder de kosten geniet men in theorie geen of minder inkomsten.

Voor uitgaven die verband houden met de beroepsactiviteit geldt traditioneel eerder een alles-of-niets-benadering. Als kosten die rechtstreeks verband houden met de verdiende inkomsten in de werkstaat aftrekbaar zijn voor een binnenlands belastingplichtige, dan moet de aftrek in beginsel ook worden toegekend aan de buitenlandse belas-

tingplichtige. Volgens vaste rechtspraak geldt deze aftrek dan voor het volledige bedrag en is, in tegenstelling tot de Schumacker-doctrine⁴⁴ niet beperkt tot het gedeelte evenredig aan het in die lidstaat verdiende deel van het wereldinkomen (zie onder andere arresten *Conijn* en *Gerritse*).⁴⁵ Met andere woorden, de omvang van het inkomen dat de niet-inwoner in de werkstaat verdient, is irrelevant. Het fiscaal voordeel hangt samen met het inkomen(sbestanddeel) en ter zake daarvan verkeren zij in dezelfde positie als inwoners. Inkomensgebonden belastingvoordelen kunnen territoriaal worden verdeeld over, of toegewezen aan, hetzij werkstaatinkomen, hetzij woonstaatinkomen.

Het HvJ beoordeelt de pensioenbijdragen in het arrest *Montag* tegen de achtergrond van de benadering inzake inkomensgerelateerde voordelen.⁴⁶ Het HvJ stelt vast dat wat de inaanmerkingneming van de uitgaven voor sociale voorzieningen in Duitsland betreft, een niet-inwoner zich slechts in een vergelijkbare situatie als een inwoner zou bevinden indien, ondanks de kwalificatie in nationaal recht als bijzondere uitgaven, deze uitgaven voor sociale voorzieningen beschouwd kunnen worden als uitgaven die rechtstreeks verband houden met een activiteit die in Duitsland belastbare inkomsten heeft voortgebracht (punt 30).⁴⁷ Het HvJ doet bovendien de constatering dat uit de opmerkingen van de verwijzende rechter volgt dat de heer Montag weliswaar het merendeel van zijn inkomsten in Duitsland verkrijgt, maar dat hij in België over voldoende inkomsten beschikt om daar rekening te kunnen houden met zijn persoonlijke en familiale situatie (punt 31).

Het HvJ brengt in herinnering dat het uiteindelijk aan de nationale rechter staat om te bepalen of dit in casu het geval is. Hierna wordt ingegaan op de aanwijzingen die het HvJ geeft aan de verwijzende rechter om deze in staat te stellen uitspraak te doen over de vraag of een rechtstreeks verband bestaat tussen de bijdragen en de activiteit waardoor belastbare inkomsten zijn verworven.⁴⁸

5.3 Concrete toepassing op onderhavige kwalificatie van pensioenbijdragen

Deze zaak betreft een precisering van hogergenoemde criteria, in het bijzonder de vraag hoe de pensioenbijdragen aangemerkt moeten worden. Kunnen de uitgaven voor

37 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, *NTRF* 2018/2903 (*Montag*), punt 44.

38 HvJ 31 maart 2011, nr. C-450/09, ECLI:EU:C:2011:198, *NTRF* 2011/957 (*Schröder*), punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak en HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, *NTRF* 2015/987 (*Grünwald*), punt 29.

39 Zie in die zin arresten HvJ 12 juni 2003, nr. C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340, *NTRF* 2003/1142 (*Gerritse*), punten 9 en 27 en HvJ 15 februari 2007, nr. C-345/04, ECLI:EU:C:2007:96, *NTRF* 2007/390 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*), punt 25. Zie ook: HvJ 12 juni 2003, nr. C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340, *NTRF* 2003/1142 (*Gerritse*), punten 9 en 27; HvJ 15 februari 2007, nr. C-345/04, ECLI:EU:C:2007:96 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*), punt 25, en HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, *NTRF* 2015/987 (*Grünwald*), punt 30.

40 HvJ 15 februari 2007, nr. C-345/04, ECLI:EU:C:2007:96, *NTRF* 2007/390 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*).

41 HvJ 31 maart 2011, nr. C-450/09, ECLI:EU:C:2011:198, *NTRF* 2011/957 (*Schröder*).

42 HvJ 10 maart 2010, nr. C-440/08, ECLI:EU:C:2010:148, *NTRF* 2009/2350 (*Gielen*), punten 44-48.

43 HvJ 6 juli 2006, nr. C-346/04, ECLI:EU:C:2006:445, *NTRF* 2006/972 (*Conijn*), *Fisc.Act.* 2006, afl. 27, p. 6-7, besproken door T. Jansen, 'Inkomensgebonden aftrekken en verminderingsen voor alle niet-inwoners', *Fisc.Act.* 2007, afl. 27, p. 5.

44 Zie onder meer de pro rata toepassing van de persoonlijke en familiale belastingvoordelen ingevolge de zaak *X* van het HvJ (nr. C-283/15).

45 P. Wattel, 'Het buitenlandertarief binnen de EG', *WFR* 1996, 1747; S. van Thiel, *Free movement of persons and income tax law: the European Court in search of principles*, Amsterdam: IBFD 2002, p. 424; A. Cordewener, *Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, Kohärenz der direkten Steuern in der Rechtsprechung des EuGH*, Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag 2002, p. 922.

46 Zie ook commentaar J. Korving, 'Duitsland moet op grond van EU-recht aan een niet-ingezetene beperkt belastingplichtige aftrek geven van verplichte pensioenbijdragen, maar geen aftrek van aanvullende pensioenbijdragen', *NTRF* 2018/51.

47 Met verwijzing naar HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, *NTRF* 2015/987 (*Grünwald*), punt 31.

48 Het HvJ verwijst ter zake naar HvJ 16 mei 2013, nr. C-191/12, ECLI:EU:C:2013:315, *NTRF* 2013/1142 (*Alakor Gabonatermelo és Forgalmazó*), punt 31, en aldaar aangehaalde rechtspraak en HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, *NTRF* 2015/987 (*Grünwald*), punt 32.

sociale voorzieningen in het EU-recht worden aangemerkt als uitgaven die verband houden met de persoonlijke en familiale situatie van de belastingplichtige, dan wel als uitgaven die verband houden met inkomsten verworven in Duitsland? Achtereenvolgens wordt de kwalificatie onderzocht voor wat betreft (1) de verplichte pensioenbijdragen, (2) de aanvullende pensioenbijdragen en (3) de bijdragen aan een particuliere pensioenverzekering.

5.3.1 Verplichte pensioenbijdragen

Voor de beoordeling van het verband tussen de verplichte bijdragen en de activiteiten van betrokkene, hecht het HvJ doorslaggevend belang aan het feit dat de verplichte bijdragen nodig zijn voor de kwalificatie als ‘Rechtsanwalt’, en dit niet alleen in Duitsland, maar ook in België.⁴⁹ De noodzaak om de verplichte bijdragen aan de pensioeninstelling voor advocaten te betalen vloeit voort uit het lidmaatschap van de orde van advocaten, dat zelf noodzakelijk is voor de uitoefening van de activiteiten die belastbare inkomsten heeft voortgebracht (punt 37).

Het HvJ herinnert eraan dat sprake is van een rechtstreeks verband tussen de betrokken activiteit en de wegens deze activiteit gemaakte kosten, wanneer wegens de activiteit kosten worden gemaakt, die dus voor de uitoefening van deze activiteit noodzakelijk zijn.⁵⁰ De vraag rijst of de term ‘wegens’ impliceert dat een bepaalde causaliteit tussen de activiteit en de gemaakte kosten moet bestaan; worden de kosten veroorzaakt door de activiteit? Hierbij rijst de vraag hoe strikt deze causaliteit moet worden uitgelegd. Anderzijds verwijst de term ‘noodzakelijk’ naar het feit dat zonder het doen van deze uitgaven, het uitvoeren van de inkomensverwervende activiteit niet mogelijk is. De bijdragen waren noodzakelijk aangezien de heer Montag zich moest aansluiten bij de ‘Rechtsanwaltskammer Köln’, en om die reden hij pensioenbijdragen diende af te dragen aan het ‘Versorgungswerk der Rechtsanwälte Nordrhein-Westfalen’. Zou hij niet zijn ingeschreven bij de orde van advocaten te Keulen, dan zou hij de inkomensverwervende activiteit, in de hoedanigheid van advocaat, niet kunnen uitoefenen.⁵¹ Tevens worden de kosten gemaakt ‘wegens’ deze activiteit, aangezien hij verplicht bijdragen diende te storten aan het

‘Versorgungswerk der Rechtsanwälte Nordrhein-Westfalen’.⁵²

Het belang van het onderhavig arrest bestaat met name in de nadere inzichten die het HvJ verschafft in de eis van een ‘rechtstreeks verband’. Vooreerst overweegt het HvJ dat het bestaan van een rechtstreeks verband tussen de uitgaven en de activiteiten die de inkomsten voortbracht niet op losse schroeven wordt gezet door de omstandigheid dat overeenkomstig de statuten van de pensioeninstelling voor advocaten een mogelijkheid bestaat om, onder bepaalde voorwaarden, een ontheffing te verkrijgen van de verplichte aansluiting bij de instelling, en dat de heer Montag niet om deze ontheffing heeft verzocht (punt 39). Een eventuele mogelijkheid tot ‘opting-out’ leidt, in casu, dus niet tot de conclusie dat geen sprake is van een rechtstreeks verband. Ook deze redenering moet in context worden geplaatst. Daarbij geeft het HvJ aanwijzingen die aantonen dat de activiteit als advocaat dergelijke uitgaven met zich brengt. Ten eerste wijst de omstandigheid dat de heer Montag specifieke stappen had moeten ondernemen om de betaling van de bijdragen aan de genoemde instelling te vermijden er veeleer op dat de activiteit als advocaat normaliter dergelijke uitgaven met zich brengt (indien dit al mogelijk was) (punt 40). Ten tweede heeft de omstandigheid dat de heer Montag die uitgaven eventueel had kunnen vermijden geen invloed op de kwalificatie ervan. Het bestaan van een rechtstreeks verband vereist, volgens het HvJ, niet dat de uitgave ‘onvermijdbaar’⁵³ is (punt 41). De mogelijkheid voor belanghebbende om, onder voorwaarden, een ontheffing te krijgen van de verplichte aansluiting bij het ‘Versorgungswerk der Rechtsanwälte Nordrhein-Westfalen’ betekent aldus niet dat de uitgave onvermijdbaar dient te zijn. De causaliteit tussen uitgaven en activiteit hoeft dus niet dusdanig eng te zijn dat sprake is van ‘conditio sine qua non’. Zo werd, bijvoorbeeld, een rechtstreeks verband aanvaard voor de kosten van belastingadvies voor de indiening van een belastingaangifte, aangezien de verplichting om een belastingaangifte in te dienen voortvloeit uit het feit dat in de betrokken lidstaat inkomsten zijn verworven (punt 41).⁵⁴ Het feit dat belanghebbende de uitgaven eventueel had kunnen vermijden, leidt er dus niet toe dat geen sprake is van een rechtstreeks verband.

Bovendien wijst voor het aannemen van het verband tussen de gedane uitgaven en de inkomsten het HvJ erop dat in casu de kosten ‘objectief noodzakelijk’ zijn voor het verwerven van deze inkomsten. Volgens het HvJ resulteert het feit dat de bijdragen primair het verwerven van rechten met het oog op het voorzien in levensonderhoud bij ouderdom beogen (en niet zozeer de activiteit als advocaat in Duitsland) niet in een andere kwalificatie, hetgeen volgens

49 Art. 3 van richtlijn 98/5.

50 Zie in die zin arresten HvJ 12 juni 2003, nr. C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340, NTFR 2003/1142 (*Gerritse*), punten 9 en 27 en HvJ 15 februari 2007, nr. C-345/04, ECLI:EU:C:2007:96, NTFR 2007/390 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*), punt 25. Zie ook: HvJ 12 juni 2003, nr. C-234/01, ECLI:EU:C:2003:340, NTFR 2003/1142 (*Gerritse*), punten 9 en 27; HvJ 15 februari 2007, nr. C-345/04, ECLI:EU:C:2007:96, NTFR 2007/390 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*), punt 25 en HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, NTFR 2015/987 (*Grünewald*), punt 30.

51 Op grond van twaalfde overweging en art. 3 lid 1 en 2 van richtlijn 98/5/EG van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven (*PbEU* 1998, L 77, 36), zoals gewijzigd bij richtlijn 2006/100/EG van de Raad van 20 november 2006 (*PbEU* 2006, L 363, 141).

52 Zie HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, NTFR 2018/2903 (*Montag*), punt 42.

53 In de Nederlandse vertaling wordt ‘vermijdbaar’ vermeld. Nochtans leidt de context van de betreffende overweging en een lezing van het arrest in andere talen (Engels, Frans en Duits) niet tot een andere conclusie dat het HvJ ‘onvermijdbaar’ bedoelt.

54 HvJ 6 juli 2006, nr. C-346/04, ECLI:EU:C:2006:445, NTFR 2006/972 (*Conijn*), punt 22.

het HvJ ‘bewijst dat de bijdragen verband houden met de persoonlijke en familiale situatie van de belastingplichtige’ (punt 43). Opmerkelijk is dat het Hof hier concludeert dat de doelstelling van het verwerven van rechten met het oog op het voorzien in levensonderhoud bij ouderdom bewijst dat de uitgaven verband houden met de persoonlijke en familiale situatie van de belastingplichtige (benadering 1; persoonlijke en familiale belastingvoordelen), terwijl het Hof juist probeert vast te stellen dat de uitgaven verband houden met inkomsten verworven in Duitsland (benadering 2; inkomensgerelateerde voordelen). Van benadering 1 is evenwel in het geding geen sprake aangezien betrokkene in België over voldoende inkomsten beschikt om daar rekening te kunnen houden met zijn persoonlijke en gezinssituatie.⁵⁵ We nemen aan dat de voormelde zinsnede louter ter verduidelijking is opgenomen.

Bij dit gehanteerde criterium van ‘objectief noodzakelijk zijn voor het verwerven van deze inkomsten’ (punt 43) lijkt, klaarblijkelijk, uitgesloten dat het oogmerk/de intentie van de belastingplichtige waarmee hij deze uitgaven doet, een rol speelt. In casu zou deze intentie gelegen zijn in het verwerven van rechten met het oog op het voorzien in levensonderhoud bij ouderdom. Verder kan de vraag worden gesteld hoe eng, dan wel hoe ruim, dit ‘objectief noodzakelijk’ mag worden uitgelegd.⁵⁶ Het bestaan van een rechtstreeks verband volgt uit het feit dat de uitgave onlosmakelijk verbonden is met de activiteit waardoor deze inkomsten werden verkregen.⁵⁷ In onderhavige casus wordt aan deze voorwaarde voldaan doordat belanghebbende, als ‘Rechtsanwalt’, gehouden is, ingeschreven te blijven bij de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst (Duitsland), teneinde zijn beroep van advocaat in België te kunnen uitoefenen.⁵⁸ Daarnaast moest hij, om die reden, verplicht aangesloten zijn bij het ‘Versorgungswerk der Rechtsanwälte Nordrhein-Westfalen’. Zoals hiervoor reeds aangegeven, leidt verzekeringsplicht onder dit ‘Versorgungswerk’ tot vrijstelling van de verzekeringsplicht voor de wettelijke ‘gesetzlichen Rentenversicherung’.⁵⁹ Vrijstelling volgt alleen dan als de beroepsbeoefenaar in kwestie, krachtens wettelijke verplichting, lid is van een ‘berufsständ-

ischen Kammer’,⁶⁰ zoals, in casu, de orde van advocaten te Keulen. Derhalve zijn de onderhavige kosten ‘objectief noodzakelijk’ voor het verwerven van de inkomsten.⁶¹

5.3.2 *Vrijwillige bijdragen aan de pensioeninstelling voor advocaten*

Uit het verwijzingsarrest stelt het HvJ vast dat deze uitgaven berusten op een vrije keuze om de pensioenrechten te verhogen tot het maximaal toegestane bedrag aan bijdragen (punt 51). Ofschoon deze bijdragen eveneens voortvloeien uit de aansluiting bij de orde van advocaten zijn zij, in tegenstelling tot de verplichte bijdragen, niet noodzakelijk voor een dergelijke aansluiting. Zij zijn derhalve niet noodzakelijk voor de uitoefening van het beroep van advocaat in Duitsland, noch voor het verkrijgen van belastbare inkomsten in Duitsland (punt 52). Voor de aanvullende bijdragen aan de pensioeninstelling voor advocaten bevindt een niet-inwoner zich dan ook niet in een vergelijkbare situatie als een inwoner (punt 53).

Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door het argument dat de pensioenuitkeringen van de pensioeninstelling voor advocaten later belastbaar zullen zijn in Duitsland. Nog afgezien van het onzekere karakter van een dergelijke toekomstige belasting, volstaat het in herinnering te brengen dat de zaak betrekking heeft op de belasting van de inkomsten die voortkomen uit de uitoefening in Duitsland van de activiteit van advocaat, en dat, om in aanmerking te worden genomen in het kader van deze belasting, de uitgaven in rechtstreeks verband moeten staan met de activiteit die de inkomsten heeft voortgebracht. Het eventuele verband met andere toekomstige inkomsten is niet relevant voor onderzoek naar het bestaan van een dergelijk rechtstreeks verband (punt 54).

5.3.3 *Bijdragen in het kader van een particuliere pensioenverzekering*

Tussen de gestorte bijdragen in het kader van een particuliere pensioenverzekering en de activiteit van advocaat die de belastbare inkomsten heeft voortgebracht, valt volgens het HvJ geen rechtstreeks verband vast te stellen (punt 55). Het eerdergenoemde onzekere karakter van een toekomstige belasting en het eventuele verband met andere toekomstige inkomsten is niet relevant om te beoordelen of tussen de in het kader van een particuliere pensioenverzekering betaalde bijdragen en de inkomsten die in Duitsland door de activiteit zijn voortgebracht, een rechtstreeks verband bestaat (punt 56). Derhalve dient te worden vastgesteld dat wat de bijdragen in het kader van een particuliere pensioenverzekering betreft, een niet-inwoner zich niet in een vergelijkbare situatie bevindt als een inwoner (punt 57). Wat betreft de beperking die voortvloeit uit de weigering om de aan de pensioeninstelling voor advocaten

55 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, NTFR 2018/2903 (Montag), punt 31.

56 Andere vertalingen van het arrest verduidelijken deze zinsnede niet verder. In de Duitse vertaling van het arrest wordt in r.o. 43 namelijk verwezen naar ‘da diese Aufwendungen objectiv für die Erzielung dieser Einkünfte notwendig sind’. In de Engelse vertaling van het arrest wordt diezelfde rechtsoverweging verwezen naar ‘objectively speaking, the expenses are necessary in order to receive that income’ en de Franse vertaling verwijst naar ‘objectivement, lesdites dépenses sont nécessaires à l’acquisition de ces revenus’. De vertalingen sluiten nauw op elkaar aan.

57 HvJ 31 maart 2011, nr. C-450/09, ECLI:EU:C:2011:198, NTFR 2011/123 (Schrüder), punt 43 en HvJ 24 februari 2015, nr. C-559/13, ECLI:EU:C:2015:109, NTFR 2015/987 (Grünewald), punt 36.

58 Zie twaalfde overweging en art. 3 lid 1 en 2 van Richtlijn 98/5/EG van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven (PbEU 1998, L 77, 36), zoals gewijzigd bij Richtlijn 2006/100/EG van de Raad van 20 november 2006 (PbEU 2006, L 363, 141).

59 Op grond van § 6, lid 1, nr. 1 SGB (‘Sozialgesetzbuch’) VI.

60 Vrij vertaald als ‘beroepsorganisatie’. Voor advocaten betreft dit de orde van advocaten (ofwel, de ‘balie’). In casu was belanghebbende ingeschreven bij de ‘Rechtsanwaltskammer Köln’.

61 Zoals ook opgenomen in de prejudiciële vragen in punt 19, onder 1 van de uitspraak.

betaalde aanvullende bijdragen en de bijdragen in het kader van een particuliere pensioenverzekering in aanmerking te nemen, kan worden verdedigd dat de situatie van inwoners verschilt van die van niet-inwoners.

5.4 Coherentie als impliciete rechtvaardigingsgrond

De door de verwijzende rechter tweede gestelde vraag ziet impliciet op de rechtvaardigingsgronden, in het bijzonder de rechtvaardiging door de coherentie van het Duitse fiscale stelsel (punt 19). Deze rechtvaardigingsgrond hanteert als uitgangspunt dat wanneer een pensioenbijdrage aftrekbaar is, de pensioenuitkering nadien wordt belast, terwijl wanneer de pensioenbijdrage niet aftrekbaar is, de uitkering ook niet wordt belast.

Voor de eerste keer werd deze rechtvaardigingsgrond ingeroepen in de bekende zaak *Bachmann* inzake de niet-aftrekbaarheid van individuele levensverzekeringspremies die gestort worden aan buitenlandse verzekeringsmaatschappijen.⁶² Door de Europese Commissie werd een inbreukprocedure opgestart tegen België waar ook de niet-aftrekbaarheid van de werknemersbijdragen voor groepsverzekeringen gestort aan buitenlandse verzekeraars in het geding werd betrokken.⁶³ Vermits het EG-verdrag niet voorziet in de mogelijkheid om een prejudicieel geschil en een inbreukprocedure samen te voegen, deed het HvJ twee uitspraken in dezelfde materie.⁶⁴ In tegenstelling tot de advocaat-generaal, stelde het HvJ dat de voorwaarde die België hanteert voor de aftrekbaarheid van levensverzekeringspremies (nl. de beperking tot premies gestort in België) gerechtvaardigd is aangezien de coherentie van het Belgisch fiscaal stelsel wordt gegarandeerd.⁶⁵ In navolgende zaken werd het coherentie-argument veelal – tevergeefs – ingeroepen in elke zaak. In het arrest *Wielockx* heeft het HvJ de rechtvaardigingsgrond van de coherentie van een nationaal fiscaal stelsel ingeperkt door zijn overweging dat deze rechtvaardigingsgrond niet geldt indien een staat, op grond van het bilaterale belastingverdrag, alle door zijn ingezetenen ontvangen pensioenen belast, ongeacht in welke staat de premies zijn betaald, maar daartegenover afziet van belastingheffing over in het buitenland ontvangen pensioenen, ook wanneer deze berusten op in het binnenland betaalde en als aftrekbaar beschouwde premies. Met het prijsgeven van dit heffingsrecht laat deze staat, volgens het

HvJ, blijken dat de coherentie tussen aftrek van premies en belastingheffing over uitkeringen niet dwingend is.⁶⁶

In het arrest *Svensson* werd verduidelijkt dat de ingeroepen coherentie reëel moet zijn en een voldoende rechtstreekse band vereist tussen het toegekende belastingvoordeel en de niet-belastbaarheid van de uitkering.⁶⁷ In de arresten *Danner*⁶⁸ en *Ramstedt*⁶⁹ werd dit oordeel bevestigd. Met het arrest *Commissie t. België* werd het coherentieargument, ontleend aan het arrest *Bachmann*, definitief terzijde geschoven.⁷⁰ Het coherentieargument moet eng worden uitgelegd.

In voorliggend arrest benadert het HvJ de vergelijkbaarheid vanuit het coherentie-argument. Het HvJ benadrukt dat een niet-inwoner in Duitsland slechts onderworpen is aan een belastingplicht die beperkt is tot de verkregen inkomsten. Een inwoner wordt voor de verplichte pensioenbijdragen geacht vergelijkbaar te zijn met die van een inwoner, wat het gedeelte van de betaalde bijdragen betreft dat proportioneel overeenstemt met het aandeel van de in Duitsland belastbare inkomsten die door de betrokken activiteit zijn voortgebracht.⁷¹

Wat daarentegen de aanvullende bijdragen en bijdragen aan de particuliere pensioenverzekering betreft, wordt aan de niet-vergelijkbaarheid van inwoners en niet-inwoners niet afgedaan door het argument dat de pensioenuitkeringen van de pensioeninstelling voor advocaten later belastbaar zullen zijn in Duitsland.⁷² In zoverre geldt het coherentie-argument dus niet. Nog afgezien van het onzekere karakter van een dergelijke toekomstige belasting, volstaat het volgens het HvJ in herinnering te brengen dat de zaak betrekking heeft op de belasting van de inkomsten die voortkomen uit de uitoefening in Duitsland. Om in aanmerking te worden genomen in het kader van de belasting, moeten de uitgaven in rechtstreeks verband staan met de activiteit die de inkomsten heeft voortgebracht. Het eventuele verband met andere toekomstige inkomsten is irrelevant voor het onderzoek naar het bestaan van een rechtstreeks verband.⁷³

5.5 Van een alles-of-niets naar pro rata nationale behandeling van niet-inwoners

Het niet in aftrek toelaten van de verplichte bijdrage voor beperkt belastingplichtigen, terwijl onbeperkt belastingplichtigen voor de volledige aftrek in aanmerking komen, is volgens het HvJ een inbreuk op de vrijheid van vestiging.

62 HvJ 28 januari 1992, nr. C-204/90 (*Bachmann/Belgische Staat*). België weigerde de aftrek van in het buitenland betaalde levensverzekeringspremies in tegenstelling tot in België betaalde premies. Dit werd verantwoord door de samenhang tussen de aftrek van de premies en de belastbaarheid van latere uitkeringen.

63 HvJ 28 januari 1992, nr. C-300/90, ECLI:EU:C:1992:37 (*Commissie t. België*).

64 P. te Boekhorst, 'Tax discrimination permitted for reasons of coherence of tax system', *European Taxation* 1992, (284) 284.

65 A. Huyghe, 'Levensverzekeringspremies: België glipt door de mazen van het Europese net', *Fiscoloog* 1992, afl. 369, (2) 2. Voor een zeer kritische beschouwing hiervan, zie: F. Vanistendael, 'De Europese bom', *AFT* 1992, 79; L. Hinnekens & D. Schelpe, 'Is belastingdiscriminatie in de E.E.G. geoorloofd omwille van de coherentie van het nationaal belastingstelsel?', *AFT* 1992, (225) p. 226-229.

66 HvJ 11 augustus 1995, nr. C-80/94, ECLI:EU:C:1995:271 (*Wielockx*), punt 24.

67 HvJ 14 november 1995, nr. C-484/93, ECLI:EU:C:1995:379 (*Svensson*).

68 HvJ 3 oktober 2002, nr. C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558, *NTFR* 2002/1588 (*Danner*).

69 HvJ 26 juni 2003, nr. C-422/01, ECLI:EU:C:2003:380, *NTFR* 2003/1328 (*Skandia/Ramstedt*).

70 F. Vanistendael, 'De Europese bom', *AFT* 1992, 79.

71 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, *NTFR* 2018/2903 (*Montag*), punt 49.

72 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, *NTFR* 2018/2903 (*Montag*), punt 54 en 56.

73 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, *NTFR* 2018/2903 (*Montag*), punt 54.

Ook de heer Montag dient de verplichte pensioenbijdragen daarom in aftrek te kunnen brengen. Wat deze verplichte pensioenbijdragen betreft, stelt het HvJ vast dat betrokkene vergelijkbaar is met inwoners voor wat betreft 'het gedeelte van betaalde bijdragen dat proportioneel overeenstemt met het aandeel van de in Duitsland belastbare inkomsten in het totaal van de inkomsten die door de betrokken activiteit zijn voortgebracht' (punt 49). Volgens het HvJ is de aftrek van de verplichte pensioenbijdragen dus wel beperkt naar evenredigheid met zijn in Duitsland belaste inkomsten. Er is immers sprake van een rechtstreeks verband tussen de verplichte bijdrage en de economische activiteit. Aangezien echter de economische activiteit ook wordt uitgeoefend in België en andere landen, hoeft in Duitsland alleen het aan Duitsland te relateren gedeelte in aftrek te worden toegestaan. Deze evenredigheidsbenadering is een nieuwigheid voor de beroepskostenbenadering. Tot op heden gold immers een alles-of-niets-benadering. Binnen de Schumacker-doctrine zagen we dit wel al eerder in het arrest X met betrekking tot een meerstaten-situatie.⁷⁴ Omdat de vrijwillige bijdragen niet rechtstreeks verband hielden met het kunnen uitoefenen van het beroep van 'Rechtsanwalt' hoefde de aftrekmogelijkheid niet tot die betaling te worden uitgebreid.

6. Relevantie voor Belgische en Nederlandse rechtspraak: analogieën

Het geschil in het arrest *Montag* betrof de vraag in hoeverre een niet-inwoner, als beperkt belastingplichtige, de bijdragen aan een binnenlandse pensioenvoorziening in aftrek kan brengen op zijn binnenlands inkomen. Hoewel interessant, is het derhalve niet relevant te bezien in hoeverre bijdragen aan buitenlandse pensioenvoorzieningen in aftrek kunnen worden gebracht.⁷⁵ Kwalificatieverschillen tussen buitenlandse en binnenlandse pensioenvoorzieningen leiden in de praktijk echter vaak tot een weigering van aftrek. Aangezien iedere lidstaat zelf de verantwoordelijkheid draagt voor de inrichting van het pensioensysteem en harmonisatie van fiscale wetgeving onwaarschijnlijk is gezien het unanimitateitsvereiste, blijven grensoverschrijdende dispariteiten bestaan. Hieronder wordt één verschil eruit genomen en nader bezien, namelijk de nationale kwalificatie van pensioenbijdragen.

6.1 Rechtstreeks verband: nationale kwalificatie pensioenbijdragen irrelevant

De nationale kwalificatie van de verplichte pensioenbijdragen is volgens het HvJ van geen belang voor de beoordeling of belanghebbende als niet-ingezetene in dezelfde situatie verkeert als een ingezetene. Belanghebbende heeft in Duitsland in zijn aangifte namelijk verzocht om aftrek van de in Duitsland betaalde pensioenbijdragen als verwervingskosten of als bijzondere uitgaven ('Werbungskosten')

of, subsidiair, als bijzondere uitgaven ('Sonderausgaben'). Op grond van Duits recht kwalificeren de bijdragen aan de 'Versorgungswerk der Rechtsanwälte Nordrhein-Westfalen' namelijk als 'Sonderausgaben'.⁷⁶ Belanghebbende kon als beperkt belastingplichtige de buitengewone uitgaven evenwel niet aftrekken.⁷⁷ Overigens had een kwalificatie – op grond van nationaal Duits recht – als bedrijfskosten of verwervingskosten ('Werbungskosten') belanghebbende niet verder geholpen, aangezien een beperkte belastingplichtige deze kosten slechts in aftrek mag brengen voor zover deze uitgaven economisch verband houden met binnenlandse inkomsten.⁷⁸ Overigens is deze kwalificatie als bijzondere uitgaven volgens het Duits constitutioneel hof ('Bundesverfassungsgericht') niet vatbaar voor kritiek vanuit grondwettelijk oogpunt.⁷⁹

Zoals eerder reeds opgemerkt, bevindt belanghebbende zich in casu niet in een Schumacker-situatie, aangezien hij in België over voldoende inkomsten beschikt om daar rekening te kunnen houden met zijn persoonlijke en gezinsituatie.⁸⁰ De indruk zou echter kunnen ontstaan dat een nationaalrechtelijke kwalificatie als 'Werbungskosten'⁸¹ – uitgaven ter verwerving, zekerstelling, of behoud van inkomsten – eerder leidt tot een kwalificatie als 'de wegens die activiteit gemaakte kosten die voor de uitoefening van die activiteit noodzakelijk zijn', en eerder tot een vergelijkbaarheid zou voeren tussen niet-ingezetenen en ingezetenen, dan ingeval deze kosten kwalificeren als 'Sonderausgaben', welke omschreven worden als uitgaven, die noch als bedrijfskosten noch als verwervingskosten ('Werbungskosten') worden aangemerkt.⁸² Bij de beoordeling in hoeverre belanghebbende, als niet-ingezetene, zich in een vergelijkbare situatie als een ingezetene bevindt, stapt het HvJ echter terecht over deze nationale kwalificatie als 'Sonderausgaben' heen. Het Hof overweegt immers dat de verplichte bijdragen, ondanks hun kwalificatie als bijzondere uitgaven, beschouwd kunnen worden als uitgaven die rechtstreeks verband houden met een activiteit die in Duitsland belastbare inkomsten heeft voortgebracht.⁸³ Dit lijkt niet meer dan een wenselijke verduidelijking van zijn standpunt ten aanzien van het belang van de nationale kwalificatie van de kosten. Anders zou, op zichzelf bezien, de uiteindelijke conclusie ten aanzien van de vergelijkbaarheid tussen ingezetene en niet-ingezetene – strikt genomen – worden bepaald door de nationaalrechtelijke kwalifi-

76 § 10, lid 1 en 3 EStG.

77 § 50, lid 1, derde zin EStG.

78 § 9 jo. § 50, lid 1, eerste zin EStG.

79 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, NTFR 2018/2903 (*Montag*), punt 16. Dit betreft BFH 21 december 1982, VIII R 215/78, BStBl. II 1983, 410 (411).

80 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, NTFR 2018/2903 (*Montag*), punt 31.

81 In § 9, lid 1 EStG omschreven als 'Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen'.

82 In § 10, lid 1 EStG omschreven als 'Aufwendungen, wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind, oder wie Betriebsausgaben oder Werbungskosten behandelt werden'.

83 HvJ 6 december 2018, nr. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, NTFR 2018/2903 (*Montag*), punt 32.

74 HvJ 9 februari 2017, nr. C-283/15, ECLI:EU:C:2017:102, NTFR 2016/2344 (X).

75 Vgl. C. Douven, 'Welke bijdragen oudedagsvoorzieningen zijn aftrekbaar in het werkland?', *Vakblad Grensoverschrijdend Werken*, 2019, nr. 20.

catie van de pensioenbijdragen. Dit zou immers leiden tot catch-22-achtige situaties, waarbij een gewenste uitkomst (vergelijkbaarheid tussen niet-ingezetenen en ingezetenen en uiteindelijk een gelijke behandeling) niet zou kunnen worden verwezenlijkt doordat de pensioenbijdrage, hoewel feitelijk hetzelfde, juridisch anders wordt gekwalificeerd op grond van nationaal recht.

Naar Belgisch recht heeft evenmin de nationaalrechtelijke kwalificatie van de pensioenbijdragen relevantie voor de beoordeling of een niet-inwoner recht heeft op de belastingvoordelen naar Belgisch fiscaal recht. Of een niet-inwoner in België recht heeft op de voordelen voor de persoonlijke bijdragen betaald voor een tweede pijler aanvullend pensioen, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de vraag of de uitgaven beschouwd kunnen worden als uitgaven die rechtstreeks verband houden met een activiteit die in België belastbare inkomsten heeft voortgebracht. Sinds aanslagjaar 2018 gelden immers voor de verminderingen van de persoonlijke bijdragen voor een aanvullend pensioen beperkingen in functie van het in België belastbaar inkomen.⁸⁴ De persoonlijke bijdragen geven maar recht op vermindering in de mate dat ze betrekking hebben op beroepsinkomsten die als belastbare inkomsten zijn opgenomen in de BNI-aangifte.⁸⁵ Indien er dus ook beroepsinkomsten werden verkregen die niet in de BNI belastbaar zijn (bijvoorbeeld buitenlandse inkomsten) dan moet de belastingplichtige de persoonlijke bijdrage voor zijn aanvullend pensioen naar verhouding beperken. Hetzelfde geldt voor de bijdragen betaald in het kader van de individuele voortzetting en voor de bijdragen van het aanvullend pensioen voor zelfstandigen. De verminderingen worden dus enkel verleend voor zover er een link is met beroepsinkomsten die belastbaar zijn in België en als belastbare inkomsten zijn opgenomen in de aangifte in de belasting van niet-inwoners. België hanteert hierbij dus, evenals het HvJ in het arrest *Montag*, een evenredigheidsbenadering.

Naar Nederlands recht maakt de omstandigheid of een pensioenbijdrage voor een aanvullend pensioen aftrekbaar is op grond van de Nederlandse ‘omkeerregel’,⁸⁶ en of de premies voor een lijfrentepremie aftrekbaar zijn onder de jaarruimte,⁸⁷ geen verschil. Beide pensioenbijdragen zouden uitgaven kunnen zijn die rechtstreeks verband houden met de activiteit die de inkomsten heeft voortgebracht. Evenwel wijst een pensioenbijdrage onder de omkeerregel eerder op een dergelijk rechtstreeks verband, aangezien art. 11 Wet LB 1964 spreekt over ‘tot het loon behoren niet; bijdragen die worden ingehouden als bijdrage ingevolge een pensioenregeling’. Dit artikel verplicht overigens niet tot een bijdrage aan het aanvullend pensioen; het regelt slechts de

fiscale facilitering. Het feit dat dit van het loon wordt uitgezonderd, wijst, in tegenstelling tot een lijfrentepremie, op een verband met de activiteit welke de belastbare inkomsten heeft voortgebracht. Toch gaat het HvJ, in de zaak *Montag*, terecht voorbij aan het belang van deze nationale kwalificatie op zichzelf.

7. ‘Bundesministerium der Finanzen’ geeft gehoor aan oordeel *Montag*-arrest: tegemoetkoming

In afwachting van een wetswijziging heeft het Duitse Ministerie van Financiën (‘Bundesministerium der Finanzen’) op 26 juni jl. als reactie op het arrest *Montag* een zogenoemd ‘BMF-Schreiben’ gepubliceerd.⁸⁸ Een dergelijke goedkeuring heeft niet de status van formele wetgeving maar dient ertoe de interpretatie en toepassing van de Duitse fiscale wetgeving te verduidelijken. Hiermee wordt gehoor gegeven aan het oordeel van het HvJ en wordt de toepassing van de Duitse wetgeving meer in lijn gebracht met de Europeesrechtelijke verkeersvrijheden. Deze tegemoetkoming is van toepassing op alle lopende zaken.

Vooruitlopend op een wijziging van § 50 lid 1 EStG regelt het document een goedkeuring voor beperkt belastingplichtigen welke verplichte bijdragen afdragen aan een pensioenvoorziening in de vorm van ‘berufständische Versorgungseinrichtungen’, zoals de heer Montag. Deze belastingplichtigen mogen deze bijdragen, onder voorwaarden, in aftrek brengen als ‘Sonderausgaben’. De goedkeuring geldt louter voor beperkt belastingplichtigen die onderdaan zijn van een EU-lidstaat, een andere lidstaat waarop de Overeenkomst betreffende Europese Economische Ruimte van toepassing is, dan wel Zwitserland, en op het grondgebied van een van deze staten hun woonplaats, dan wel gewoonlijke verblijfplaats hebben. Een nadere voorwaarde is dat de deelname aan de pensioenvoorziening in de vorm van de ‘berufsständischen Versorgungseinrichtung’ gebaseerd is op een voor de binnenlandse beroepsuitoefening vereiste toelating (bijvoorbeeld de inschrijving bij de Duitse orde van advocaten). Met het vereiste van deze toelating wordt invulling gegeven aan de door het HvJ gestelde eis van het rechtstreekse verband tussen de verplichte bijdragen en de activiteit die de belastbare inkomsten in Duitsland heeft voortgebracht. Voor de heer Montag werd aan deze eis voldaan aangezien hij verplicht ingeschreven diende te zijn om zijn beroep als advocaat, ook in België, te kunnen oefenen. Uit dien hoofde was hij verplicht bij te dragen aan de pensioenvoorziening voor advocaten. Derhalve waren de uitgaven objectief noodzakelijk voor het verwerven van deze inkomsten.

84 Art. 123-125 van de Programmawet van 25 december 2017, *BS 29* december 2017. Zie art. 243/1, 1°bis en 2°bis en art. 244, 1°bis en 2°bis WIB 1992. Zie hierover: K. Janssens, ‘Niet-inwoners boeten fiscale voordelen in’, *Intern.Fisc.Act.* 2018, afl. 4, p. 2-6.

85 Art. 145/1, 1° WIB 1992.

86 Art. 11 lid 1 sub j onder 1 Wet op de loonbelasting 1964.

87 Aftrekbaar als uitgaven voor inkomensvoorzieningen op grond van art. 3.1 lid 2 sub i jo. art. 3.124 lid 1 sub a jo. art. 3.126 jo. art. 3.127 Wet inkomstenbelasting 2001.

88 Te raadplegen via: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Einkommensteuer/2019-06-26-sonderausgabenabzug-bei-beschaenkt-steuerpflichtigen-fuer-pflichtbeitraege-an-berufsstaendische-versorgungseinrichtungen.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (laatst bezocht: 5 september 2019).

In lijn met het arrest *Montag* geldt de aftrek slechts voor het aandeel van de verplichte bijdragen dat overeenstemt met het gedeelte van de in Duitsland belaste inkomsten – welke voortgebracht zijn door de beroepsactiviteit waarvoor de toelating vereist is – in het totaalbedrag van de binnen- en buitenlandse inkomsten welke verkregen zijn uit de, op grond van de toelating toegestane, beroepsactiviteit. Ter vermijding van dubbele aftrek van deze verplichte bijdragen als bijzondere uitgaven is de aftrek van deze bijdragen uitgesloten voor zover ze reeds bij de belastingheffing in de woonstaat daadwerkelijk in aftrek zijn gebracht. Naast de wettelijke mogelijkheid om deze bedragen in aftrek te kunnen brengen in de woonstaat, dienen deze dus ook daadwerkelijk in aftrek te zijn gebracht. Met deze tegemoetkoming interpreteert het Duitse ministerie het oordeel van het HvJ in het *Montag*-arrest op een juiste en consistente wijze, en komt het de beperkt belastingplichtige niet ruimhartiger tegemoet dan door het oordeel van het HvJ vereist is.

8. Conclusie

Met dit geannoteerde arrest wordt nogmaals duidelijk dat de fiscale behandeling van grensoverschrijdende pensioenvoorzieningen in de verschillende EU-lidstaten op zeer uiteenlopende wijze is geregeld. Bij internationale mobiliteit moet worden toegewerkt naar een minimalisatie van de fiscale belemmeringen die de interne pensioenmarkt verstoren. Onderhavig arrest vormt een mooie ‘step forward’ naar een verdere minimalisatie van de pensioenproblematiek.⁸⁹ Het arrest concretiseert verder de toepassing van de ‘beroepskosten-leer’, waarbij een rechtstreeks verband is vereist tussen de uitgave en de activiteit welke de belastbare inkomsten voortbrengt. Hoewel dit niet vereist dat de uitgave onvermijdbaar dient te zijn, dienen de kosten echter objectief noodzakelijk te zijn voor het verwerven van deze inkomsten. Daarnaast is het Hof, ten aanzien van deze leer, overgestapt van een alles-of-niets-benadering naar een evenredigheidsbenadering. De niet-ingezetene verkeert,

wat de verplichte pensioenbijdragen betreft, slechts in een vergelijkbare situatie met een ingezetene voor het gedeelte van de betaalde bijdragen dat proportioneel overeenstemt met het aandeel van de in Duitsland belastbare inkomsten in het totaal van de inkomsten die door de betrokken activiteit zijn voortgebracht. Volgens het HvJ is de aftrek van de verplichte pensioenbijdragen dus beperkt naar evenredigheid van de in Duitsland belaste inkomsten.

Ten slotte illustreert dit artikel dat de nationale kwalificatie van pensioenen, de nationale inrichting van pensioenvoorzieningen en de nationale fiscale kwalificatie van pensioenbijdragen verschillen – en naar verwachting blijven verschillen – tussen lidstaten. Het Hof verduidelijkt echter dat de nationale fiscale kwalificatie van pensioenbijdragen, op zichzelf, geen invloed heeft op de beoordeling in hoeverre niet-ingezetenen en ingezetenen zich in vergelijkbare situaties bevinden, en dus in hoeverre sprake zou dienen te zijn van een gelijke behandeling. Dit is een verduidelijking in het proces van verdere vervolmaking van de Europese interne markt op het gebied van de grensoverschrijdende pensioenfiscaliteit. Immers, een verdere integratie van de grensoverschrijdende pensioenfiscaliteit door middel van de rechtspraak van het HvJ kan niet op zichzelf leiden tot een afname van het aantal grensoverschrijdende dispariteiten. Uiteindelijk zal het aan de nationale wetgevers zijn om stap voor stap een verdere afstemming tussen de nationale pensioenfiscaliteit te bereiken. Duitsland heeft hier, in reactie op het oordeel in het *Montag*-arrest, via een tegemoetkoming gehoor aan gegeven.

Over de auteurs

Dr. H.M.L. Niesten

Advocaat bij Stibbe, doctor-Navor Hasselt University en ITEM/UM (financiering provincie (Belgisch) Limburg).

Mr. S.P.M. Kramer

Promovendus bij het Maastricht Centre for Taxation, Maastricht University en ITEM.

⁸⁹ Een meer recent arrest in deze context is HvJ 14 maart 2019, nr. C-174/18, ECLI:EU:C:2019:205, NTFR 2019/830 (*Jacob*). In deze zaak geniet de heer Jacob, woonachtig in België, zowel een Belgisch als Luxemburgs pensioen. Het Luxemburgse pensioen is echter vrijgesteld van belastingheffing in België. Bij de berekening van allerlei belastingvoordelen houdt België echter wel rekening met het vrijgestelde Luxemburgse pensioen. Het HvJ oordeelt dat de vrijheid van werknemers (art. 45 VWEU) zich ertegen verzet dat België rekening houdt met het vrijgestelde Luxemburgse pensioen bij de vaststelling van belastingvoordelen. Dit leidt er namelijk toe dat belanghebbende een deel van deze belastingvoordelen wordt onttrokken, hetgeen kan leiden tot een belemmering van het vrije verkeer van werknemers.