

Optie binnenlandse belastingplicht: Nederland als proeftuin voor Europa

Mr. W.J.M. Vennix FB, vennoot De Beer Accountants en Belastingadviseurs te Tilburg

1. Inleiding

Naast het boxenstelsel, de forfaitaire vermogensrendementheffing en de terbeschikkingstellingsregeling vormt de optie voor binnenlandse belastingplicht¹ een van de meest opvallende onderdelen van de Belastingherziening 2001. Zowel in fiscale kringen als bij het grote publiek heeft de nieuwe regeling veel aandacht gekregen. Gelet op het relatief kleine aantal belastingplichtigen die met de regeling te maken hebben, is dat eigenlijk opmerkelijk. De verklaring is waarschijnlijk te vinden in een combinatie van factoren: enerzijds doet het verschijnsel fiscale emigratie het van oudsher goed in de publiciteit en anderzijds is fiscaal-technisch sprake van een gedurfd wetgevingsexperiment. Wat dit laatste betreft, was het commentaar van Kavelaars² op het wetsvoorstel veelzeggend. Hij sprak over een ‘innovatieve noviteit’, die hij ‘vanuit fiscaal experimenteel oogpunt’ van harte onderschreef, om vervolgens te concluderen dat de wetgever de regeling *niet* zou moeten invoeren. Nederland zou met de regeling te ver voor de muziek uitlopen, aldus de – mijns inziens gerechtvaardigde – vrees van Kavelaars.

In dit artikel zal ik allereerst ingaan op de enkele relevante arresten van het EG Hof van Justitie. Vervolgens vergelijk ik art. 2.5 Wet IB 2001 (hierna aan te duiden als ‘art. 2.5’), waarbij ik bijzondere aandacht besteed aan de terugneemregeling. Ik sluit af met een conclusie.

2. Drie Europese arresten

De invoering van art. 2.5 hangt nauw samen met enkele arresten van het Europese Hof van Justitie over het vrije verkeer van werknemers en het verbod op discriminatie naar nationaliteit. Ik behandel de drie belangrijkste uitspraken.

2.1 Schumacker

Begin van alles is het befaamde Schumacker-arrest³. Het arrest betrof een inwoner van België die in Duitsland werkte en daar nagenoeg het gehele gezinsinkomen verdiende. Als buitenlands belastingplichtige had hij in Duitsland geen recht op toepassing van de ‘splittingregeling’ voor gehuwden, waardoor hij aanzienlijk meer belasting betaalde dan inwoners van Duitsland in overigens vergelijkbare omstandigheden.

Allereerst formuleerde het Hof als hoofdregel dat de woonstaat, en niet de werkstaat, rekening moet houden met persoonlijke aftrekposten. Dit is ook een algemeen aanvaard beginsel van

¹ Door de wetgever aangeduid als ‘keuzerecht voor buitenlandse belastingplichtigen’, opgenomen in art. 2.5 Wet IB 2001 en nader uitgewerkt in de artt. 2 t/m 10 Uitvoeringsbesluit IB 2001 en art. 3 Uitvoeringsregeling IB 2001.

² P. Kavelaars, Het keuzerecht voor buitenlanders in de Wet inkomstenbelasting 2001, Weekblad 2000/6395, blz. 1043-1050.

³ HvJ EG 14 februari 1995, C-279/93.

internationaal belastingrecht. Deze hoofdregel leidt tot een verschillende behandeling van binnenlands belastingplichtigen en buitenlands belastingplichtigen, maar het Hof acht dit niet in strijd met art. 39 EG-Verdrag. Dit artikel (toen nog art. 48) ziet op het vrije verkeer van werknemers binnen de Europese Unie en verbiedt zowel directe als indirecte discriminatie naar nationaliteit. In het algemeen ziet het Hof binnenlands en buitenlands belastingplichtigen niet als gelijke gevallen. De verschillende fiscale behandeling vormt op zichzelf geen discriminatie en is dus gerechtvaardigd.

Op deze hoofdregel dient evenwel een uitzondering te worden gemaakt in het geval dat de belastingplichtige een zodanig deel van zijn inkomen verdient in de werkstaat dat hij zijn aftrekposten in zijn woonstaat niet meer (in voldoende mate) te gelde kan maken. In die situatie dient de werkstaat de persoonlijke aftrekposten toe te kennen.

Daarmee is het principe gegeven, maar de cijfermatige invulling nog niet. Daarover heeft het Hof onduidelijkheid laten bestaan, onder meer door uit te spreken dat het EG-Verdrag zich verzet 'tegen de toepassing van de regeling van een lidstaat waardoor een werknemer die onderdaan van een andere lidstaat is, waarin hij ook woont, en die in eerstgenoemde staat arbeid in loondienst verricht, zwaarder wordt belast dan een werknemer die in de eerste staat woont en aldaar dezelfde werkzaamheid verricht, wanneer, zoals in casu in het hoofdgeding, de onderdaan van de tweede staat zijn inkomen geheel of vrijwel uitsluitend verwerft door de in de eerste staat verrichte arbeid en in de tweede staat onvoldoende inkomsten geniet om aldaar aan een belastingheffing te worden onderworpen, waarbij rekening kan worden gehouden met zijn persoonlijke en gezinssituatie.'

In deze cruciale overweging lijkt het Hof twee criteria te noemen, zonder echter hun rangorde of onderlinge relatie te duiden. Het eerste criterium is dat (nagenoeg) het gehele inkomen in de werkstaat wordt verdiend. Hoewel het Hof dit – al dan niet bewust – niet cijfermatig heeft uitgewerkt, kan hier naar mijn mening gevoeglijk een grens van 90% uit worden gedestilleerd. 75%, om maar eens een andere denkbare grens te noemen⁴, is immers toch echt iets anders dan '(nagenoeg) geheel'.

Het tweede criterium is dat het inkomen in de woonstaat onvoldoende is om de persoonlijke aftrekposten volledig te kunnen verzilveren. Die overweging is minder eenvoudig tot een algemeen percentage terug te brengen. Afhankelijk van de verhouding tussen het inkomen en de aftrekposten kan deze grens zowel boven de 90% als (ver) daaronder liggen. Ook als in de woonstaat bijvoorbeeld 15% of 25% van het inkomen wordt verdiend, is het immers niet zeker dat de aftrekposten volledig kunnen worden benut.

Dit dubbelcriterium creëert onduidelijkheid. Waar twee grenzen worden getrokken, wordt er immers in feite *geen* getrokken (of ontelbare vele, zo u wil). Voor een wetgever is het een schier onmogelijke opgave deze twee voorwaarden in één, werkbare, wettelijke regeling te laten samenvloeien.

2.2 Gschwind

Het is dan ook niet zo verwonderlijk dat de Duitse wetgever bij de verwerking van het Schumacker-arrest in de nationale wetgeving het 90%-criterium als uitgangspunt heeft genomen. Bijzonderheid daarbij is dat niet het persoonlijke inkomen als maatstaf is genomen,

⁴ Vergelijk de Aanbeveling van de Europese Commissie d.d. 21 december 1993, nr. 94/79.

maar het gezinsinkomen. In het arrest-Gschwind⁵ kwam juist dat aspect aan de orde. Gschwind, woonachtig in Nederland, verdiende meer dan 90% van zijn inkomen in Duitsland. Aangezien zijn echtgenote inkomen uit Nederland genoot, was van het totale gezinsinkomen slechts 58% afkomstig uit Duitsland. Als gevolg daarvan kon Gschwind geen beroep doen op de gelijkstelling met binnenlands belastingplichtigen, waardoor hij met name de toepassing van de splittingregeling misliep.

Het Hof besliste dat Duitsland de inkomenstoets per gezin mocht toepassen, in plaats van per individu. Ik denk dat dit terecht is. De gezinsbenadering past weliswaar niet goed bij het Nederlandse, steeds verder geïndividualiseerde, belastingstelsel, maar sluit wel naadloos aan bij het door het Hof van Justitie gehanteerde begrip ‘persoonlijke en gezinssituatie’. Gschwindt verloor vervolgens zijn zaak omdat hij, anders dan Schumacker, niet nagenoeg het gehele gezinsinkomen in de werkstaat verdiende en het gezin een zodanig inkomen in de woonstaat had, dat deze in voldoende mate rekening kon houden met de persoonlijke aftrekposten. Het Hof herhaalde in zijn uitspraak zijn overwegingen uit het Schumacker-arrest. Opvallend is evenwel dat het Hof zich, behalve over de toepassing van de Duitse wetgeving op de voorgelegde casus, daarover ook in meer algemene bewoordingen heeft uitgelaten. In r.o. 32 sprak het Hof namelijk uit dat het EG-Verdrag niet in de weg staat aan toepassing van een regeling die ‘voor de toekenning van dat voordeel (=de splittingregeling, WV) aan niet-ingezeten echtparen als voorwaarde stelt dat ten minste 90% van hun wereldinkomen in die lidstaat aan belasting is onderworpen.’ Ik concludeer hieruit dat het Hof uitdrukkelijk de 90%-grens heeft geaccepteerd. Het vage tweede criterium (‘onvoldoende inkomsten in de woonstaat om aldaar aan een belastingheffing te worden onderworpen, waarbij rekening kan worden gehouden met zijn persoonlijke en gezinssituatie’) is dan feitelijk ondergeschikt gemaakt aan het 90%-criterium of wellicht zelfs daarin opgegaan. Van den Hurk⁶ trekt uit het Gschwind-arrest een andere conclusie. Hij leest in het arrest geen (uitdrukkelijke) acceptatie van de 90%-grens en kent aan het tweede Schumacker-criterium zelfstandige betekenis toe. Als voorbeeld noemt hij een inwoner van Nederland die 88% van zijn inkomen in Duitsland verdient en meer dan 12% buitengewone lastenaftrek heeft. Omdat hij deze aftrekpost in Nederland niet volledig kwijt kan, zou Duitsland hier – ondanks het niet voldoen aan het 90%-criterium – rekening mee moeten houden. Nieuwe jurisprudentie zou hier meer duidelijkheid over moeten brengen.

AG Wattel⁷ interpreteert het arrest naar mijn mening zuiverder: hij leest wél een 90%-grens in de arresten-Schumacker en –Gschwind, overigens zeer tot zijn spijt. Net als Van den Hurk is hij namelijk tegen het hanteren van zo’n vaste grens. Onder de Schumacker-grens bevindt zich volgens Wattel ‘onzeglijk veel leed’ doordat persoonlijke aftrekposten tussen wal (woonstaat) en schip (werkstaat) vallen.

2.3 De Groot

Als derde noem ik het arrest-De Groot⁸. Deze procedure richtte zich, anders dan de twee vorengenoemde, tegen de woonstaat van de belastingplichtige. De Groot verdiende zijn

⁵ HvJ EG 14 september 1999, nr. C-391/97.

⁶ H.T.P.M. van den Hurk, Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen, dissertatie 2001, blz. 100.

⁷ In zijn conclusie bij het arrest HR 18 oktober 2000 over de zaak-De Groot, waarin de Hoge Raad prejudiciële vragen stelde aan het Hof van Justitie, alsmede zijn twee conclusies d.d. 1 april 2003.

⁸ HvJ EG 12 december 2002, C-385/00.

inkomen behalve in zijn woonstaat Nederland in drie andere lidstaten. Als gevolg van de Nederlandse vrijstellingsmethode ter voorkoming van dubbele belasting leidde de alimentatieafkoop som die hij zijn ex-echtgenote betaalde tot een lagere belastingbesparing dan het geval was geweest indien hij zijn inkomen volledig uit Nederlandse bron zou hebben ontvangen. Het Hof oordeelde dit systeem in strijd met het Europese recht. In het algemeen moet de woonstaat de aftrekposten namelijk *volledig* in aftrek toelaten op het inkomen en niet slechts voor het gedeelte dat het Nederlandse inkomen uitmaakt van het wereldinkomen. Dit is slechts dan anders, indien door middel van een verdrag is verzekerd dat de werkstaat ook, naar rato van het daar verdiende inkomen, rekening houdt met de persoonlijke aftrekposten.

2.4 Conclusie

Uit deze drie arresten ontstaat een redelijk helder beeld van het systeem dat het Hof van Justitie voor ogen heeft, althans van de hoofdlijnen daarvan. Hoofddregel is dat de woonstaat rekening houdt met de persoonlijke aftrekposten en de werkstaat niet. De woonstaat moet daarbij de volledige aftrekpost toestaan, zodat de belastingplichtige er geen nadeel van ondervindt dat hij een deel van zijn inkomen in het buitenland verdient. Indien de belastingplichtige evenwel 90% of meer van zijn inkomen verdient in een andere lidstaat dan zijn woonstaat, moet de werkstaat dezelfde persoonlijke aftrekposten toekennen als waar binnenlands belastingplichtigen recht op hebben.

Persoonlijk deel ik de voorkeur van het Hof voor een vaste inkomensgrens. Het tweede criterium uit het Schumacker-arrest is veel te vaag en daardoor onbruikbaar. Tegelijkertijd deel ik de kritiek dat 90% eigenlijk te hoog is. Verlaging van de grens tot 75% zou ik dan ook een goede zaak vinden. Ook dan zijn nog steeds situaties denkbaar dat een grensarbeider zijn aftrekposten niet optimaal kwijt kan, maar voor het merendeel van de gevallen zou het een prima werkend en helder criterium zijn.

3. Art. 2.5 vergeleken met de jurisprudentie

3.1 Ruimer en beperkter

Door middel van art. 2.5 geeft Nederland vanaf 1 januari 2001 elke buitenlands belastingplichtige het recht om, indien deze dat wenst, te worden belast als binnenlands belastingplichtige. Vergeleken met de hiervoor beschreven jurisprudentie van het Hof van Justitie is de Nederlandse wettelijke regeling deels ruimer en deels beperkter.

De verruiming zit allereerst in het volledig ontbreken van een inkomensgrens; hier ga ik in onderdeel 3.2 dieper op in. Een tweede verruiming is dat er meer aftrekposten in aanmerking genomen kunnen worden dan alleen die, welke samenhangen met de persoonlijke en gezinssituatie. Ook negatieve buitenlandse inkomensbestanddelen kunnen namelijk in mindering worden gebracht. Concreet zal het vooral gaan om negatieve inkomsten uit een buitenlandse woning en in een enkel geval verlies uit een buitenlandse onderneming of werkzaamheid. Het is vooral ook dit element geweest dat de nieuwe wettelijke regeling in het middelpunt van de belangstelling heeft geplaatst. Op de aftrek van hypotheekrente ga ik in onderdeel 3.4 dieper in. Een derde verruiming is dat art. 2.5 ook geldt voor ondernemers en beleggers, terwijl de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie tot nu toe slechts betrekking had op (het vrije verkeer van) werknemers.

Tegenover deze verruimingen staat als beperking dat de aftrekposten niet volledig in aanmerking worden genomen maar pro rata, en bovendien tegen het gemiddelde tarief en niet tegen het marginale tarief. Onduidelijk is welke consequenties het arrest-De Groot in dit verband heeft voor de Nederlandse regeling; gelet op de beschikbare ruimte ga ik op dat aspect hier niet dieper in. Tot slot kent de regeling enkele sancties, waarvan de terugneembepaling van art. 2.5, lid 3 de opvallendste is; in onderdeel 4 behandel ik een aantal aspecten van deze regeling.

3.2 Waarom geen inkomensgrens?

Opvallend aspect van art. 2.5 is zoals gezegd het geheel ontbreken van een inkomenscriterium. Ongeacht de relatieve en/of absolute hoogte van het inkomen uit Nederland kan een buitenlands belastingplichtige opteren voor binnenlandse belastingplicht. Deze keuze roept nieuwsgierigheid op naar de motieven. Uit de wetsgeschiedenis zijn die echter nauwelijks op te maken. Naar aanleiding van de oproep van de Raad van State om te motiveren waarom het keuzerecht niet beperkt werd tot het in het Schumacker-arrest beschreven geval, heeft de regering naar eigen zeggen de memorie van toelichting op dit onderdeel ‘aanmerkelijk uitgebreid’. Als dit waar is – en waarom zouden we daar aan twijfelen? – heeft de oorspronkelijke toelichting helemaal niets voorgesteld. Het enige argument dat in de memorie van toelichting valt te lezen is namelijk dat, doordat de aftrekposten tegen het gemiddelde tarief en niet tegen het marginale tarief te gelde worden gemaakt, de optie ‘in de meeste gevallen alleen dan profijtelijk (is) indien een substantieel gedeelte van het wereldinkomen in Nederland wordt verworven.’⁹ Géén inhoudelijke toelichting, alleen de geruststelling dat het effect wel mee zal vallen: dat is een wel erg magere motivering voor een zo principiële keuze!

In het verdere verloop van de parlementaire behandeling is dat niet veel beter geworden. Kritische vragen vanuit de Kamers en suggesties om alsnog een inkomensgrens in te bouwen, zijn door de staatssecretaris vakkundig onschadelijk gemaakt. Een principiële discussie is nauwelijks gevoerd, gesteld is slechts dat een 75%- of 90%-grens arbitrair zou zijn. Dat is overigens absoluut waar. De genoemde percentages zijn evenzeer arbitrair als bijvoorbeeld de 5%-grens in de aanmerkelijkbelangregeling of de deelnemingsvrijstelling. Het had immers ook een procentje meer of minder kunnen zijn, daar zouden we even goed mee kunnen leven. Waar het werkelijk om gaat, is dat deze percentages binnen een bepaalde marge passen, waarvan we wél kunnen verdedigen dat deze tegemoet komt aan ons rechtvaardigheidsgevoel.

3.3 Schumacker naast art. 2.5?

Waar de wetgever zijn keuze zo minimaal heeft beargumenteerd, zal het niet verrassen dat hetzelfde geldt voor het intrekken van de ‘oude’ 90%-regeling. De staatssecretaris zag voor de 90%-regeling geen plaats naast de wettelijke regeling van art. 2.5. Bovendien zou het naast elkaar bestaan van beide regelingen ‘bezwaarlijk’ zijn. Dat moge zo zijn, maar daarmee is nog niet uitgesloten dat belastingplichtigen een rechtstreeks beroep (blijven) doen op het Europese recht, in het bijzonder op de Schumacker-jurisprudentie. Dat art. 2.5 op bepaalde onderdelen

⁹ Het advies van de Raad van State, het Nader rapport en de Memorie van toelichting zijn na te lezen in VN BP21/1.7, blz. 181-184.

ruimhartiger is dan Schumacker voorschrijft, geeft Nederland niet het recht om op andere terreinen minder te doen dan het Hof van Justitie voorschrijft. Zou dat wel het geval zijn, dan kan iedere nationale wetgever naar believen afwijken van de door het Hof van Justitie uitgestippelde weg, mits men voor enige 'positieve compensatie' zorgt.

Concreet ben ik van mening dat een inwoner van een EU-land die 90% of meer van zijn inkomen (afhankelijk van de toepasselijke wetgeving te beoordelen per individu dan wel per gezin) in Nederland verdient, art. 2.5 niet nodig heeft om zijn persoonlijke aftrekposten op zijn Nederlandse inkomsten in mindering te kunnen brengen. In onderdeel 4.3 illustreer ik dit met een voorbeeld. Voor degenen die niet voldoen aan de Schumacker-grens van 90%, kan Nederland mijns inziens wel extra voorwaarden stellen, zij het dat uiteraard ook hier de Europese kaders moeten worden gerespecteerd.

3.4 Hypotheekrente: persoonlijke aftrekpost?

De discussie rondom art. 2.5 wordt 'vervuild' door de hypotheekrenteaf trek. Bijzonderheid bij de hypotheekrenteaf trek (zuiverder geformuleerd: de af trek van het negatieve saldo van eigenwoningforfait en betaalde rente) is dat deze in Nederland veel royaler is dan in de meeste andere lidstaten. Bij deze aftrekpost is dus niet zozeer de vraag hoe deze over de woon- en werkstaat verdeeld moet worden, maar vooral: hoe laat ik deze aftrekpost in Nederland vallen?

Van groot belang hierbij is of de hypotheekrenteaf trek kan worden aangemerkt als een fiscale tegemoetkoming die samenhangt met de persoonlijke en gezinssituatie van de belastingplichtige. Geheel volgens de fiscale traditie heeft de Hoge Raad deze gedachte op 20 december 2000 afgewezen. De eigen woning is een bron van inkomen en is dus qua belastingheffing, net als elke andere onroerende zaak, toegewezen aan het land van ligging. Als fiscalist begrijp ik die redenering, maar ik realiseer me tegelijkertijd dat de (niet fiscaal geschoolde) rest van Nederland de hypotheekrenteaf trek puur ziet als een fiscale faciliteit ofwel subsidie. Niet alleen degenen die er kritiek op hebben, óók de voorstanders! De renteaf trek wordt gezien als een instrument van inkomenspolitiek, vermogensvorming en huisvestingsbeleid, niet als een logisch onderdeel van ons belastingstelsel. De introductie van de 'af trek wegens geen of geringe eigenwoningsschuld' (waardoor het inkomen uit eigen woning nooit meer positief kan worden) en de bijleenregeling (waardoor bronrente onder omstandigheden niet meer aftrekbaar is) maken het nog moeizamer om de eigen woning als bron van inkomen te blijven zien.

Mocht op enig moment de Hoge Raad 'om' gaan of mocht het Hof van Justitie besluiten dat Nederland de hypotheekrente ten onrechte niet aanmerkt als persoonlijke aftrekpost, dan heeft dat grote gevolgen voor de onderhavige regeling. EU-inwoners die 90% of meer van hun inkomen in Nederland verdienen, hebben dan art. 2.5 niet meer nodig om hier renteaf trek te claimen. In het bijzonder de houdbaarheid van de terugneembepaling komt dan extra onder druk te staan.

4. De terugneembepaling

4.1 Strekking en achtergrond

Art. 2.5 kent een aantal anti-misbruikbepalingen. De meest besproken en tevens meest omstreden daarvan is die van lid 3: de terugneembepaling. Lid 3 bepaalt dat, indien een belastingplichtige niet langer opteert, in het laatste jaar van fictieve binnenlandse belastingplicht een deel van de aftrekposten uit de laatste acht jaar bij het inkomen wordt geteld. De regeling geldt niet voor de persoonsgebonden aftrek en kosten kinderopvang en evenmin, zo is in de parlementaire geschiedenis bevestigd, voor negatief inkomen uit Nederlandse bron (bijvoorbeeld verlies uit onderneming). De terugneembepaling geldt wel voor negatieve inkomsten uit de buitenlandse eigen woning (de hypotheekrente derhalve) en verlies uit een buitenlandse onderneming of werkzaamheid.

De ratio van de terugneembepaling is volgens de wetsgeschiedenis dat buitenlands belastingplichtigen zonder een dergelijke regeling aftrekposten zouden kunnen 'dumpen' in Nederland. Als voorbeeld werd daarbij de buitenlands belastingplichtige met een onderneming in zijn woonland genoemd; deze zou alleen opteren in het jaar met een (groot) verlies en niet in de jaren waarin de winst positief is. Kortom: Nederland vreesde een loterij zonder neten.

4.2. Wanneer van toepassing?

Nadat aanvankelijk onduidelijkheid bestond over de uitleg van de woorden 'indien de belastingplichtige niet langer kiest' is inmiddels duidelijk dat alleen degene die nog wel kán opteren, maar het niet meer doet, onder de terugneembepaling valt. Dit is met name aan de orde indien de buitenlands belastingplichtige een vol kalenderjaar geen enkel inkomen uit Nederlandse bron meer geniet. Hij kan dan niet meer opteren en is dus voorgoed 'verlost' van art. 2.5, ook als hij in een later jaar weer wel inkomen uit Nederland krijgt. In dit verband dient men overigens alert te zijn op de diverse inkomensficties. Als de belastingdienst bijvoorbeeld kan stellen dat de buitenlands belastingplichtige in het jaar in kwestie een salaris had moeten opnemen bij zijn Nederlandse vennootschap, ontkomt hij niet aan de optie. Behalve door een jaar lang geen inkomen uit Nederland te genieten, kan de optie ook straffeloos worden verbroken door een emigratie naar een land waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft (of Zwitserland). Ook een (r)emigratie naar Nederland breekt de ban van lid 3. Mits men minimaal een vol kalenderjaar in Nederland woont, zou men vervolgens opnieuw kunnen emigreren, desgewenst zelfs terug naar vorige woonland!

4.3 Sanctie verenigbaar met Europees recht?

In de arresten van het Hof van Justitie wordt met geen woord gesproken over toegestane anti-misbruikbepalingen. Vraag is daarom of art. 2.5, lid 3, Euro-proof is. In dit verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen de belastingplichtigen die (in mijn visie, zie onderdeel 3.3) een rechtstreeks beroep op de Schumacker-jurisprudentie kunnen doen en zij die dat niet kunnen. Beslissend hiervoor is mijns inziens de 90%-inkomensgrens. Zij die hiervoor kwalificeren hoeven toepassing van de sanctie van art. 2.5, lid 3, mijns inziens niet te accepteren.

Ik illustreer dit aan de hand van X, een inwoner van Frankrijk¹⁰ die zijn volledige salaris in Nederland verdient. X betaalt alimentatie en heeft een negatief inkomen uit eigen woning. Art. 2.5 lijkt X in eerste instantie buitengewoon ruim te bedelen: hij kan niet alleen de alimentatie op zijn Nederlandse inkomen in mindering brengen, maar daar bovenop ook nog eens de hypotheekrente. X is 'très amusé'¹¹, tot hij vijf jaar later met pensioen gaat en – in dit voorbeeld – zowel zijn alimentatieverplichting als hypotheekrentebetaling eindigt. Continuering van de optie heeft tot gevolg dat zijn Nederlandse pensioen dubbel wordt belast. Het verdrag wijst het heffingsrecht immers toe aan woonstaat Frankrijk. Op grond van de inhaalregeling van art. 6 Uitvoeringsbesluit IB 2001 krijgt hij in Nederland pas voorkoming vanaf het moment dat het totaalbedrag aan uitbetaald pensioen de som van de eerder afgetrokken hypotheekrente is overschreden. X heeft dan de keuze uit twee kwaden: de optie voortzetten, met dubbele heffing over het pensioen tot gevolg, of niet langer opteren. Dat laatste zet de terugneembepaling in werking. De alimentatieaftrek wordt, als onderdeel van de persoonsgebonden aftrek, niet teruggenomen, maar de hypotheekrenteaftrek wél. De totale aftrek van vijf jaren wordt ineens bij het inkomen geteld, hetgeen niet alleen een praktische tegenvaller maar tevens veelal een progressienadeel oplevert. X was dus per saldo beter af geweest met een zuivere Schumacker-behandeling: wel aftrek van alimentatie, geen aftrek van hypotheekrente.

Naar mijn mening lijdt het geen twijfel dat X uit het voorbeeld zich in elk geval geen progressienadeel hoeft te laten welgevalen. De vraag of de terugneembepaling helemaal terzijde kan worden geschoven, beantwoord ik eveneens positief, zij het minder stellig. Een terugneembepaling die 'slechts' de belastingbesparing van de afgelopen jaren terugneemt (zonder progressienadeel), zou mogelijk nog nét aanvaardbaar zijn. Nederland heeft daar echter niet voor gekozen en wordt daarom afgerekend op de regeling die in de wet staat. En die regeling is strijdig met het Europese recht.

Dat dus voor de buitenlands belastingplichtigen die hier 90% of meer van hun inkomen verdienen. Voor degenen die onder de Schumacker-grens zitten, is de strijd met het Europese recht minder evident. Toch zie ik ook hier een vreemd onderscheid tussen binnenlands en buitenlands belastingplichtigen. Een inwoner van Nederland die emigreert, wordt namelijk niet afgerekend op zijn aftrekposten in de afgelopen jaren. Vanwege dit onderscheid en de magere argumentatie in de wetsgeschiedenis ('dumpen' van aftrekposten voorkomen) zou het me dan ook niet verbazen dat de terugneembepaling ook in deze gevallen als strijdig met het Europese recht wordt aangemerkt.

5. Conclusie

Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie moet de woonstaat als hoofdregel de persoonlijke aftrekposten volledig toekennen. Indien de grensarbeider evenwel 90% of meer van zijn (gezins)inkomen in een ander land verdient, moet de werkstaat deze aftrekposten toestaan. Dit systeem heeft als voordeel de duidelijkheid en rechtszekerheid. Daar staat als nadeel tegenover dat het Hof met de 90%-grens de lat wel erg hoog heeft gelegd.

¹⁰ Ik noem hier bewust niet België of Duitsland, omdat onze verdragen met die landen een royale anti-discriminatiebepaling respectievelijk een 90%-regeling bevatten. Een inwoner uit die landen heeft daardoor in Nederland in veel gevallen ook zonder te opteren voor binnenlandse belastingplicht al recht op aftrekposten (andere dan hypotheekrente).

¹¹ En zijn adviseur is zeer verbaasd over deze genereuze regeling, zo is mijn ervaring.

In art. 2.5 is Nederland aanzienlijk verder gegaan dan op grond van de Europese jurisprudentie noodzakelijk was. De wetgever heeft daarmee een aanzienlijk risico genomen. Enerzijds is de regeling door het ontbreken van een inkomenscriterium te ruim. Anderzijds bevat art. 2.5 diverse beperkingen (zoals de terugneembepaling) die op gespannen voet staan met het Europese recht. Het wachten is op de eerste uitspraak van het Hof van Justitie die Nederland in dit verband terugfluit.

De Nederlandse wetgever had er daarom beter aan gedaan dichter bij 'Schumacker' te blijven en vast te houden aan een 90%- of eventueel 75%-inkomensgrens. Vervolgens had men in Europees verband moeten streven naar EU-brede regelgeving in deze zin. Daarvoor is het uiteraard nog niet te laat. Nederland kan als geen ander de discussie hierover aanslingeren, gebruikmakend van de eigen ervaringen op dit punt. Levert dit wetgevingsexperiment toch nog een mooi resultaat op!