

De houdbaarheid van de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 nader beschouwd

Instantie: Universiteit van Tilburg
Opleiding: Master Fiscaal Recht

Examencommissie:
Prof. mr. I.F.J.A. van Vijfeijken
drs. C.A.T. Peters

Naam: Maarten van der Steen
ANR: 723324
Datum: 6 juli 2012

Voorwoord

Onder invloed van het in 1995 door het Europese Hof van Justitie gewezen Schumacker-arrest heeft de Nederlandse wetgever bij de intrede van de Wet Inkomstenbelasting 2001 de keuzeregeling van artikel 2.5 in het leven geroepen. Deze keuzeregeling biedt aan buitenlands belastingplichtigen de mogelijkheid om te opteren voor binnenlandse belastingplicht, waardoor zij recht hebben op dezelfde fiscale behandeling als reguliere binnenlandse belastingplichtigen. Hierdoor is bijvoorbeeld de inwoner van België die in Nederland werkzaamheden verricht in loondienst in staat om de door hem betaalde hypotheekrente over zijn Belgische eigen woning ten laste te brengen van zijn Nederlands belastbaar inkomen.

Inmiddels is naar aanleiding van diverse arresten, waaronder de door het Europese Hof van Justitie gewezen arresten Renneberg en Gielen, de positie van de huidige keuzeregeling een onzekere geworden. Op basis van deze arresten is de keuzeregeling wellicht overbodig geworden en/of zijn de anti-misbruikbepalingen van de keuzeregeling strijdig met de Europeesrechtelijke vrijheden, zoals het recht op vrij verkeer van werknemers.

In deze thesis ga ik in op de gevolgen van de rechtspraak thans gewezen en zal worden onderzocht welke invloed deze rechtspraak heeft op de huidige positie van de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet Inkomstenbelasting 2001.

Graag maak ik van deze gelegenheid gebruik om een dankwoord te richten aan mevrouw Prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken en de heer drs. C.A.T. Peters, beiden verbonden aan de Universiteit van Tilburg, voor hun begeleiding en betrokkenheid bij de totstandkoming van deze thesis.

Het manuscript is afgesloten in juli 2012.

M. van der Steen

Inhoudsopgave

<u>Hoofdstuk</u>	<u>Pagina</u>
Voorwoord	2
Inhoudsopgave	3
Afkortingenlijst	7
Hoofdstuk 1: Inleiding	9
1.1 Inleiding van het onderwerp	9
1.1.1 Inleiding	9
1.1.2 Het Schumacker-arrest	9
1.1.3 Artikel 2.5 Wet Inkomstenbelasting 2001	10
1.1.3.1 De terugploegregeling	10
1.1.3.2 De inhaalregeling	10
1.1.3.3 Verschil in behandeling met de feitelijk binnenlands belastingplichtige	11
1.2 Aanleiding voor het onderzoek	11
1.2.1 Inleiding	11
1.2.2 Renneberg-arrest	11
1.2.3 Gielen-arrest	12
1.2.4 Rechtbank Den Haag 4 mei 2011	12
1.2.5 Rechtbank Breda 6 juli 2011	12
1.2.6 Hoge Raad 28 oktober 2011	12
1.2.7 Hof Den Bosch 25 november 2011	13
1.2.8 Rechtbank Breda 30 november 2011	13
1.2.9 Conclusie A-G IJzerman 15 december 2011	13
1.2.10 Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2012	13
1.2.11 Beleidsbesluit Staatssecretaris	13
1.2.12 Grensambtenarenarrest	14
1.3 Houdbaarheid van de keuzeregeling	14
1.4 Probleemstelling	14
1.5 Doelstelling	15
1.6 Verantwoording van de opzet	15
Hoofdstuk 2: De keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 nader beschouwd	16
2.1 Inleiding	16
2.2 De Schumacker-dochtrine	16
2.2.1 Het Schumacker-arrest	16
2.2.2 Het proces	17
2.2.3 Conclusies naar aanleiding van het Schumacker-arrest	19
2.2.4 Het Gschwind-arrest	19
2.2.5 Ritter-Coulais en Lakebrink	19
2.3 De keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001	21

2.3.1 Inleiding	21
2.3.2 Doel en strekking van de keuzeregeling	21
2.3.3 De hoofdregels	22
2.3.3.1 Toegang tot de keuzeregeling	22
2.3.3.2 Keuzeregeling versus belastingverdragen	22
2.3.3.3 Moment van (herziening van) opteren	23
2.3.3.4 Opteren voor een gedeelte van het kalenderjaar	23
2.3.4 De systematiek van de keuzeregeling	24
2.3.4.1 Wijze van betrekking in de heffing	24
2.3.4.2 De terugploegregeling	26
2.3.4.2.1 Kern van de terugploegregeling	26
2.3.4.2.2 Bijkomstige nadelen terugploegregeling	26
2.3.4.3 De aftrek ter voorkoming van dubbele belasting	27
2.3.4.4 De inhaalregeling	29
2.3.4.5 De toekenning van heffingskortingen	30
2.4 Resumé	31
Hoofdstuk 3: De arresten Renneberg en Gielen	33
3.1 Inleiding	33
3.2. Het Renneberg-arrest	33
3.2.1 De casus	33
3.2.2 Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002	34
3.2.3 Beroepschrift in cassatie	35
3.2.3.1 Standpunt Europese Commissie	36
3.2.3.2 Standpunt Staatssecretaris	36
3.2.3.3 Uitspraken Europees Hof van Justitie	36
3.2.3.4 EEG-Verordening 1612/68 van 15 oktober 1965	36
3.2.3.5 Aanbeveling van de commissie van 21 december 1993 (94/79/EG)	36
3.2.3.6 Strijd met IVBPR	36
3.2.3.7 Grieven t.a.v. de uitspraak van het Hof d.d. 31 oktober 2002	37
3.2.4 Conclusie A-G Wattel 21 april 2004	37
3.2.5 Conclusie A-G Wattel 19 april 2006	41
3.2.6 Hoge Raad 22 december 2006	44
3.2.7 Europees Hof van Justitie 16 oktober 2008	45
3.2.7.1 Overwegingen van het HvJ EG	46
3.2.7.2 Beantwoording van de prejudiciële vraag	49
3.2.8 Conclusie A-G Wattel 10 februari 2009	50
3.2.8.1 Dispariteit vs. discriminatie	51
3.2.8.2 Van persoonlijke tegemoetkomingen naar alle draagkrachtfactoren	51
3.2.8.3 Positieve inkomsten en de verhouding tot Marks en Spencer II en Futura	52
3.2.8.4 Twee soorten niet-inwoners; selectieve nationale behandeling; onevenwichtig	52
3.2.8.5 Verhouding tot Futura, Lidl Belgium en Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee	53
3.2.8.5.1 Futura	53
3.2.8.5.2 Lidl Belgium	53
3.2.8.5.3 Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee	54

3.2.8.6 Uitgangspunten onjuist; antwoord onjuist?	54
3.2.9 Het eindarrest: Hoge Raad 26 juni 2009	55
3.3 Het Gielen-arrest	56
3.3.1 De casus	56
3.3.2 Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006	56
3.3.3 Hoge Raad 12 september 2008	58
3.3.3.1 Is er sprake van verboden discriminatie?	59
3.3.3.2 Neemt artikel 2.5 Wet IB 2001 verboden discriminatie weg?	60
3.3.4 Europees Hof van Justitie 18 maart 2010	61
3.3.4.1 Overwegingen van het HvJ EG t.a.v. discriminatie	61
3.3.4.2 Overwegingen van het Hof t.a.v. de keuzeregeling	62
3.3.4.3 Beantwoording van de prejudiciële vraag	62
3.3.5 Het eindarrest: Hoge Raad 29 oktober 2010	62
3.4 Resumé	63
Hoofdstuk 4: De keuzeregeling na Renneberg en Gielen	65
4.1 Inleiding	65
4.2 Besluit Staatssecretaris van Financiën	66
4.2.1 Inhoud van het besluit	66
4.3 Het Renneberg-arrest nader beschouwd	67
4.3.1 De juistheid van het Renneberg-arrest	67
4.3.2 De vraagtekens naar aanleiding van het Renneberg-arrest	69
4.3.3 Het Renneberg-arrest onder de Wet IB 2001	69
4.3.4 Aftrekpost volledig of pro rata?	70
4.3.5 De buitenlands belastingplichtige met partner	71
4.3.5.1 Enkele cruciale vragen bij partners	71
4.3.6 Een uitstapje: Welk inkomen geldt?	72
4.3.7 Jaarlijkse toetsing	73
4.4 Positie van de keuzeregeling	74
4.4.1 Inleiding	74
4.4.2 Opteerplicht tenietgedaan?	75
4.4.3 Volledig jaar?	75
4.4.4 De positie van de inhaalregeling	77
4.4.5 De positie van de terugploegregeling	80
4.4.5.1 Doel van de regeling	80
4.4.5.2 Bijkomstige nadelen	81
4.4.5.3 Afschaffing van de terugploegregeling?	82
4.4.6 De voorkoming van dubbele belasting	84
4.4.6.1 Heffingskortingen	84
4.4.6.1.1 Overdraagbare heffingskorting	85
4.4.6.2 Overall-methode vs. per country-methode	85
4.4.7 Minder dan 90%	86
4.4.8 Praktische uitwerking bij schommeling in inkomenspatroon	86
4.4.9 Wereldinkomen?	88
4.5 De verhouding tot belastingverdragen	90

4.5.1 Inleiding	90
4.5.2 De heffing over onroerend goed	91
4.5.3 De heffing over arbeidsinkomsten	93
4.5.3.1 Grensambtenarenarrest	93
4.6 Niet EU-situaties	96
4.6.1 Verdragslanden	96
4.6.2 Niet-verdragslanden	97
4.7 Alternatieven	97
4.7.1 Compensatieregeling	97
4.7.2 EU-grondslagstelsel	98
4.7.3 Bronbeginsel	98
4.7.4 Herinvoering 90%-regeling	98
4.7.5 Pro rata benadering	98
4.8 Resumé	99
Hoofdstuk 5: Conclusie en aanbevelingen	100
5.1 Inleiding	100
5.2 Conclusie	101
5.2.1 De juiste weg ingeslagen?	101
5.2.2 Een terugblik	101
5.2.3 De positie van de keuzeregeling	102
5.2.3.1 Opteerplicht	102
5.2.3.2 De pijnpunten	103
5.2.3.2.1 De terugploegregeling	103
5.2.3.2.2 De inhaalregeling	103
5.2.3.2.3 De voorkoming van dubbele belasting	104
5.2.3.3 Schommelingen in inkomen	104
5.2.3.4 Heel jaar?	105
5.2.4 Overige aandachtspunten	105
5.2.4.1 Aftrek volledig of pro rata?	105
5.2.4.2 Inkomen volledig of pro rata aangeven	105
5.2.4.3 Partners	106
5.2.4.4 Netto inkomen	106
5.2.4.5 Jaarlijkse toetsing	106
5.2.5 Bilaterale belastingverdragen	107
5.3 Beantwoording van de probleemstelling	108
5.4 Aanbevelingen	109
Literatuurlijst	110
Jurisprudentieregister	113

Afkortingenlijst

In deze scriptie zijn de volgende afkortingen gebruikt:

Afkorting	Betekenis
A-G	Advocaat-generaal
AFP	Directie Algemene Fiscale Politiek
AOW	Algemene Ouderdomswet
Art.	Artikel
Awb	Algemene Wet Bestuursrecht
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BE	België
BES	Bonaire, Sint-Eustatius en Saba
BK	Belastingkamer
blz.	bladzijde
BM	Belasting Magazine
BNB	Beslissingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BV	Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
CPP	Centrum voor proces- en productontwikkeling
COM	Commission
c.q.	casu quo
DB	Directie/afdeling Directe Belastingen
d.d.	de dato
EC	European Court
EG	Europese Gemeenschap
EStG	Einkommensteuergesetz
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EU	Europese Unie
FED	FED Fiscale Studieserie
FIDA	Fiscaal up to Date
Fipb	Fiscaal praktijkblad
FutD	Fiscaal up to Date
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hfdst.	Hoofdstuk
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Europees Hof van Justitie
HvJ EU	Europees Hof van Justitie
IB	Inkomstenbelasting
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten
jo.	Juncto
Jurispr.	Jurisprudentie
LJN	Landelijk jurisprudentienummer

MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
m.i.	mijns inziens
MK	Meervoudige Kamer
MvA	Memorie van Antwoord
MvF	Ministerie van Financiën
MvT	Memorie van Toelichting
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NNV	Nota naar aanleiding van nader verslag
NTRF	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NTRFB	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht Beschouwingen
nr.	nummer
NV	Nota naar aanleiding van het verslag
NvT	Nota van toelichting
o.a.	onder andere
odg	over de grens
p.	pagina
par.	Paragraaf
Rb.	Rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
SDU	Staatsdrukkerij en Uitgeverij
Stb.	Staatsblad
Stc.	Staatscourant
SV	Sociale verzekering
t.a.v.	ten aanzien van
TIEA	Tax Information Exchange Agreement
t/m	tot en met
Trb.	Tractatenblad
Uitv. Besl.	Uitvoeringsbesluit
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
vs.	versus
v.i.	vaste inrichting
Vgl.	Vergelijk(ing)
V-N	Vakstudie-Nieuws
VP	Vermogende particulieren
VvW	Verdrag van Wenen
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet LB 1964	Wet op de Loonbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

1 Inleiding

1.1 Inleiding van het onderwerp

1.1.1 Inleiding

Als gevolg van het openstellen van de Europese landsgrenzen, de totstandkoming van tal van non-discriminatiebeginselen en de ontwikkeling van diverse Europeesrechtelijke vrijheden zoals het recht op vrij verkeer van werknemers¹ is grensoverschrijdende arbeid binnen de Europese Unie een steeds prominentere rol gaan vervullen. Ook in Nederland is het aantal werknemers dat buiten Nederland woonachtig is, maar wel inkomen geniet dat ter heffing aan Nederland is toegewezen, mede als gevolg van bovenstaande ontwikkelingen, sterk toegenomen.²

Grensoverschrijdende arbeid kan een negatieve invloed hebben op iemands fiscale positie. Immers, bij gebrek aan voldoende inkomen in de woonstaat bestaat het risico op verlies van bepaalde fiscale faciliteiten in deze woonstaat. Denk hierbij aan het verlies van hypotheekrenteaftrek of van diverse persoonlijke tegemoetkomingen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de fiscaliteit in dit kader niet heeft stil gestaan.

1.1.2 Het Schumacker-arrest

Op 14 februari 1995 wees het Europees Hof van Justitie het baanbrekende Schumacker-arrest³ waarin het Hof oordeelde dat een inwoner van België (woonstaat) die zijn inkomen geheel of vrijwel geheel in Duitsland verwerft (bronstaat/werkstaat) in Duitsland niet zwaarder belast mag worden dan iemand die in Duitsland woonachtig is.

Met het hierboven genoemde inkomenscriterium ‘geheel of vrijwel geheel’ wordt aangesloten bij een percentage van ten minste 90%.⁴

1.1.3 Artikel 2.5 Wet Inkomstenbelasting 2001

Als reactie op het hierboven aangehaalde Schumacker-arrest heeft de Nederlandse wetgever bij de invoering van de Wet Inkomstenbelasting 2001 artikel 2.5 in het leven geroepen. Deze bepaling biedt (weliswaar onder voorwaarden⁵) aan hen die op grond van artikel 2.1 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 als buitenlands belastingplichtigen worden aangemerkt de mogelijkheid om te kiezen voor

¹ Het huidige artikel 45 VWEU.

² Onder andere getuige de forse toename van het gebruik van de 30% regeling van artikel 15a Wet LB 1964. Verwezen zij in dit kader naar de kamerbrief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 7 september 2011, kenmerk DB/2011/302U (Beter richten van de 30% regeling).

³ HvJ EG 14-2-1995, zaak C279/93, BNB 1995/187.

⁴ In HvJ EU 14 september 1999, C-391/97, BNB 2001/78 c* (Gschwind) heeft het Hof aansluiting gezocht bij dit 90%-criterium.

⁵ Zo geldt deze keuzeregeling slechts voor inwoners van andere EU-lidstaten en voor inwoners van landen waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing heeft gesloten. Daarnaast is opteren in beginsel slechts mogelijk voor een volledig belastingjaar.

behandeling als binnenlands belastingplichtigen. Door deze keuze uit te brengen hebben zij recht op dezelfde aftrekken en tegemoetkomingen als feitelijk binnenlands belastingplichtigen.⁶ Zo kan de inwoner van België die in bezit is van een Belgische eigen woning waarop een hypotheekschuld rust, maar wiens inkomen in Nederland wordt verworven, zijn Belgische hypotheekrente ten laste brengen van zijn belastbare Box 1-inkomen in Nederland.

Met de invoering van artikel 2.5 Wet IB 2001 heeft de Nederlandse wetgever gemeend de Nederlandse inkomstenbelasting 'Schumacker-proof' te maken.

Artikel 2.5 Wet IB 2001, het keuzerecht, geldt niet slechts voor buitenlands belastingplichtigen die hun gehele of nagenoeg gehele inkomen in Nederland hebben verworven. Ook de buitenlands belastingplichtige wiens inkomen voor bijvoorbeeld slechts 30% in Nederland is verworven kan een beroep doen op het keuzerecht. In die zin lijkt het keuzerecht van artikel 2.5 Wet IB 2001 op het eerste gezicht ruimer te zijn dan het Schumacker-arrest. Artikel 2.5 Wet IB 2001 brengt echter ook een aantal nadelen met zich mee. Te denken valt aan de terugploegregeling en de inhaalregeling.

1.1.3.1 De terugploegregeling

De terugploegregeling van artikel 2.5 lid 3 Wet IB 2001 houdt in dat de buitenlands belastingplichtige die opteert voor binnenlandse belastingplicht (de optant) deze keuze dient voort te zetten zolang hij Nederlandse inkomsten geniet. Doet hij dit niet, dan dient hij kortweg de negatieve inkomsten welke hij in de voorafgaande acht jaren ten laste van zijn belastbare inkomen heeft gebracht in het laatste jaar bij zijn belastbaar inkomen op te tellen. Op die manier wordt het eerder, als gevolg van het opteren, genoten voordeel weer teruggenomen.

1.1.3.2 De inhaalregeling

De inhaalregeling⁷ is gerelateerd aan de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting. De buitenlands belastingplichtige die opteert voor binnenlandse belastingplicht is in Nederland belast voor zijn wereldwijde inkomen. Voor dat gedeelte van dit 'wereldinkomen' dat op grond van een bilateraal belastingverdrag tussen Nederland en de woonstaat van de optant aan de belastingheffing van deze woonstaat is toegewezen, dient Nederland een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting te verlenen. Indien het niet aan Nederland toerekenbare deel van het wereldinkomen in jaar 1 negatief is (doordat dit deel bijvoorbeeld slechts bestaat uit het negatief saldo van de Belgische eigen woning) vindt er in jaar 1 per saldo geen aftrek ter voorkoming van dubbele belasting plaats.⁸ Wel is het zo dat dit negatieve inkomen gestald wordt. Mocht de optant in jaar 2 alsnog positief buitenlands inkomen genieten waarvoor Nederland normaliter een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting zou verlenen, dan dient dit positief buitenlands inkomen uit jaar 2 te worden gesaldeerd met het negatieve buitenlandse inkomen uit jaar 1, met een lagere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting in jaar 2 tot gevolg.

⁶ Ofwel, zij die vallen onder toepassing van artikel 2.1 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

⁷ Artikel 6 Uitv.Besl. IB 2001

⁸ Hetgeen logisch is, aangezien je geen aftrek ter voorkoming van dubbele belasting kunt verlenen voor negatief inkomen.

1.1.3.3 Verschil in behandeling met de feitelijk binnenlands belastingplichtige

De keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 biedt aan de buitenlands belastingplichtige de mogelijkheid om te worden behandeld alsof hij binnenlands belastingplichtig is. Ondanks deze fictieve gelijkstelling zijn er bij toepassing van artikel 2.5 Wet IB 2001 enkele verschillen in behandeling te ontdekken tussen de optant en de feitelijk binnenlands belastingplichtige.

Zo geschiedt de aftrek ter voorkoming van dubbele belastingheffing voor feitelijk binnenlands belastingplichtigen conform de 'per country methode', wat erop neerkomt dat een negatief buitenlands inkomen uit bijvoorbeeld België geen invloed heeft op de voorkoming van dubbele belastingheffing voor positief buitenlands inkomen uit Duitsland. De voorkoming van dubbele belastingheffing voor beide landen geschiedt op basis van afzonderlijke voorkomingsbreuken.

Voor de optant daarentegen vormt het totale buitenlandse inkomen (dus zowel het Belgische als het Duitse inkomen) een gezamenlijke teller in een gezamenlijke voorkomingsbreuk.⁹ Deze overall methode werkt vaak nadeliger uit dan de per country methode.

Daarnaast vindt voorkoming van dubbele belasting voor de feitelijk binnenlands belastingplichtige plaats alvorens rekening wordt gehouden met eventuele heffingskortingen. De optant daarentegen krijgt slechts een voorkoming van dubbele belasting over de inkomstenbelasting na rekening te hebben gehouden met deze heffingskortingen, waardoor de heffingskortingen per saldo pro rata aan de optant worden toegekend.

1.2 Aanleiding voor het onderzoek

1.2.1 Inleiding

De hierboven beschreven verschillen in behandeling roepen vraagtekens op over de Europeesrechtelijke en verdragsrechtelijke verenigbaarheid van het huidige keuzerecht.

Recente jurisprudentie van zowel de nationale rechter als van het Europees Hof van Justitie heeft die vraagtekens ten zeerste doen versterken. Enkele cruciale arresten in dit verband zijn het Renneberg-arrest en het Gielen-arrest.

1.2.2 Renneberg-arrest¹⁰

In dit arrest kwam het Europees Hof van Justitie, naar aanleiding van door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen, tot het oordeel dat Nederland als werkstaat hypotheekrenteaftrek dient te verlenen aan de inwoner van België die zijn inkomen geheel of nagenoeg geheel in Nederland verwerft, aangezien deze persoon in dat geval objectief gezien in dezelfde fiscale positie verkeert als een feitelijk binnenlands belastingplichtige van Nederland. Op grond van het Schumacker-arrest mag tussen deze twee personen geen onderscheid worden gemaakt.

De Hoge Raad volgde het oordeel van het Europees Hof van Justitie en concludeerde dat Renneberg zijn Belgische hypotheekrente ten laste van zijn Nederlandse Box 1-inkomen mocht brengen.

⁹ Zowel de per country methode als de overall methode zijn overigens gebaseerd op de vrijstellingsmethode.

¹⁰ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, NTFR 2008/2144.

1.2.3 Gielen-arrest¹¹

In dit arrest betrof het een in Duitsland woonachtige zelfstandige die met zijn wereldwijd bestede uren voldeed aan het urencriterium zoals genoemd in artikel 3.76 Wet IB 2001. Met de uren die hij had besteed aan de Nederlandse vaste inrichting voldeed hij echter niet aan het urencriterium. Door te opteren voor binnenlandse belastingplicht zouden zijn wereldwijde uren meetellen voor het urencriterium en zou Gielen recht hebben op de zelfstandigenaftrek.

Het Europees Hof van Justitie oordeelde dat het niet meetellen van de buitenlandse uren strijdig is met artikel 49 VwEU.¹² De vraag of het keuzerecht van artikel 2.5 Wet IB 2001 voldoende rechtvaardiging biedt om deze strijdig met artikel 49 VwEU weg te nemen beantwoordde het Europees Hof van Justitie ontkennend.

Over eventuele strijdigheden van het keuzerecht zelf heeft het Europees Hof van Justitie zich in dit arrest niet uitgelaten.

Na de arresten Renneberg en Gielen zijn er in Nederland diverse rechterlijke uitspraken gedaan die met deze arresten verband houden.

1.2.4 Rechtbank Den Haag 4 mei 2011¹³

In casu had de Belastingdienst aan belanghebbende een beschikking inhaalregeling afgegeven, aangezien belanghebbende in 2006 opteerde voor binnenlandse belastingplicht en het negatieve saldo eigen woning haar enige buitenlandse inkomen vormde. Aangezien de eventuele negatieve gevolgen van de inhaalregeling zich pas in een later jaar zullen openbaren (namelijk in een jaar waarin belanghebbende positief buitenlands inkomen geniet, terwijl zij opteert) is de fiscale behandeling van belanghebbende ten opzichte van binnenlandse belastingplichtigen in 2006 niet verschillend. Derhalve kon Rechtbank Breda zich in het onderhavige geval niet uitlaten over de strijdigheid van de inhaalregeling met Europees recht.

1.2.5 Rechtbank Breda 6 juli 2011¹⁴

In deze zaak oordeelde Rechtbank Breda dat de inhaalregeling van artikel 6 Uitvoeringsbesluit IB 2001 strijdig is met het Europese recht, mede vanwege het verschil in uitwerking van de overall methode en de per country methode, hetgeen betekent dat de optant ongunstiger wordt behandeld dan de vergelijkbare inwoner van Nederland.

1.2.6 HR 28 oktober 2011¹⁵

In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een inwoner van Costa Rica geen recht had op toepassing van de keuzeregeling, nu er tussen Nederland en Costa Rica geen belastingverdrag is gesloten. Met dit arrest lijkt de Hoge Raad bovendien te beslissen dat het bestaan van een verdrag dat voorziet in de uitwisseling van informatie voldoende is voor toepassing van de keuzeregeling. Een beroep van belanghebbende op artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM faalt.

¹¹ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, NTFR 2010/795.

¹² Het recht op vrijheid van vestiging.

¹³ Rechtbank 's-Gravenhage, 4 mei 2011, nr. 10/01314, NTFR 2011/1321.

¹⁴ Rechtbank Breda 6 juli 2011, nr. 09/1465.

¹⁵ HR 28 oktober 2011, nr. 10/01544, V-N 2011/44.8.

1.2.7 Hof Den Bosch 25 november 2011¹⁶

Hof Den Bosch oordeelde in de onderhavige casus dat een inwoner van België die aan de Schumacker-norm voldoet, niet hoeft te opteren om de door hem betaalde hypotheekrente ten laste van zijn in Nederland belastbare inkomen te brengen.

1.2.8 Rechtbank Breda 30 november 2011¹⁷

Op 30 november 2011 kwam Rechtbank Breda tot het oordeel dat de inhaalregeling van artikel 6 Uitv.Besl. IB 2001 tot gevolg heeft dat binnenlandse belastingplichtigen en 'optanten' ongelijk behandeld worden. Binnenlandse belastingplichtigen worden namelijk niet geconfronteerd met de inhaalregeling, optanten daarentegen wel. Rechtbank Breda heeft op grond van het Renneberg-arrest geoordeeld dat toepassing van de inhaalregeling in strijd is met Europees recht ten aanzien van jaren waarin opererende buitenlandse belastingplichtigen hun inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerven.

1.2.9 Conclusie A-G IJzerman 15 december 2011¹⁸

Recentelijk heeft de A-G conclusie genomen naar aanleiding van een beroep in cassatie. In casu¹⁹ ging het om een inwoner van België die gedurende de jaren 2003 en 2004 opteerde voor binnenlandse belastingplicht om zo het negatieve inkomen van de Belgische woning in Nederland in aftrek te brengen. In 2005 zette hij deze keuze niet voort, als gevolg waarvan de inspecteur op grond van de terugploegregeling van artikel 2.5 lid 3 Wet IB 2001 een navorderingsaanslag 2004 oplegde.²⁰ Belanghebbendes standpunt dat hij op grond van EU-recht hypotheekrenteaftrek kon genieten zonder überhaupt te hoeven opteren werd door de A-G als interessant aangemerkt.

1.2.10 Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2012²¹

In deze zaak, welke voortborduurt op de hierboven aangehaalde uitspraak van Rechtbank Breda van 6 juli 2011, kwam het Hof tot het oordeel dat een inwoner van Duitsland gedurende de eerste drie maanden van 2005 recht heeft op hypotheekrenteaftrek in Nederland, aangezien hij gedurende deze drie maanden het grootste gedeelte van zijn inkomen in Nederland verwerft en hij in het betreffende jaar geen inkomsten van betekenis heeft in zijn woonstaat Duitsland.

1.2.11 Beleidsbesluit staatssecretaris²²

Naar aanleiding van de hierboven genoemde jurisprudentiële ontwikkelingen lijkt de Staatssecretaris in te zien dat de huidige keuzeregeling Europeesrechtelijke vraagtekens oproept. Per nieuwsbericht²³ kondigde hij in februari 2012 een beleidsbesluit aan op grond waarvan buitenlandse belastingplichtigen die 90% of meer van hun inkomen in Nederland verdienen, recht hebben op hypotheekrenteaftrek voor hun buitenlandse eigen woning. Inmiddels heeft de Staatssecretaris het

¹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2011, nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1.

¹⁷ Rechtbank Breda 30 november 2011, nr. 10/2852, V-N Vandaag 2011/3122.

¹⁸ Conclusie A-G IJzerman 15 december 2011, nr. 11/01321, FIDA 20120316.

¹⁹ Rechtbank 's-Gravenhage 2 september 2010, nr. 09/8518 (niet gepubliceerd).

²⁰ Dit op grond van artikel 16 AWR.

²¹ Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2012, nr. 11/00567, V-N 2012/1035.

²² Staatssecretaris van Financiën 2 juni 2012, Nr. DGB 2012/2190M, Stc. Nr. 11800, 14 juni 2012.

²³ MvF 23 februari 2012, FIDA 20121247.

beleidsbesluit uitgevaardigd. Via dit besluit keurt de Staatssecretaris goed dat buitenlandse belastingplichtigen van wie het inkomen voor 90% of meer in Nederland belast is en bij wie op grond van de keuzeregeling de negatieve inkomsten uit eigen woning in Nederland in aftrek zijn gebracht, niet zullen worden geconfronteerd met de terugploegregeling en/of de inhaalregeling. Wel dienen zij nog te opteren voor binnenlandse belastingplicht.

1.2.12 Grensambtenaren-arrest²⁴

Ook op bilateraal verdragenrechtelijk niveau kan men vraagtekens plaatsen bij het huidige keuzerecht.²⁵ De optant wordt voor verdragstoepassing weliswaar niet als inwoner van Nederland aangemerkt, toch wordt hij aanvankelijk voor zijn wereldwijde inkomen in de Nederlandse heffing betrokken. Voorkoming van dubbele belastingheffing in Nederland vindt vervolgens plaats met toepassing van een progressievoorbehoud.²⁶ Reeds in 1980 heeft de Hoge Raad in het Grensambtenaren-arrest gewezen dat Nederland een dergelijk voorbehoud slechts ten aanzien van inwoners van Nederland mag maken. Ook de recente uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch²⁷ verdient in dit verband de aandacht. Het Hof heeft in deze uitspraak geoordeeld dat de optie voor binnenlandse belastingplicht de verdragstoepassing niet beïnvloedt. In casu verbood het belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland dat Nederland het wereldinkomen van een inwoner van Duitsland mocht belasten. Volgens het Hof mag Nederland als bronstaat slechts die inkomsten in de heffing betrekken die op basis van het verdrag aan Nederland ter belastingheffing zijn toegewezen.

1.3 Houdbaarheid van de huidige keuzeregeling

Mede onder invloed van de hierboven aangehaalde nationale en internationale jurisprudentiële ontwikkelingen dringt zich de vraag op in hoeverre artikel 2.5 Wet IB 2001 in zijn huidige vorm houdbaar is, in hoeverre de regeling dient te worden herzien en of de regeling überhaupt nog belang en/of bestaansrecht heeft. Dat is wat ik in deze thesis ga onderzoeken.

1.4 Probleemstelling

Het hierboven geschetste kader brengt mij tot de volgende probleemstelling:

In hoeverre is de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet Inkomstenbelasting 2001 in zijn huidige vorm, gegeven de (inter)nationale jurisprudentiële ontwikkelingen, strijdig met het EG-recht en/of het internationaal belastingrecht en wat zou een passend alternatief zijn voor deze huidige keuzeregeling?

²⁴ HR 12 maart 1980, nr. 19.180, BNB 1980/170.

²⁵ Vgl. Feskens, M.J. en Engelen, F.A., *Internationale aspecten van de Belastingherziening 2001*, WFR 1999/1505.

²⁶ Ook wel grondslagvoorbehoud genoemd.

²⁷ Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2012, nr. 11/00482, FIDA 20122319.

1.5 Doelstelling

Met de hierboven beschreven jurisprudentiële ontwikkelingen en de geluiden die men uit de literatuur kan opvangen, is de positie van de huidige keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB een onzekere.

In deze thesis neem ik de keuzeregeling nader onder de loep om te bezien hoe de keuzeregeling zich verhoudt tot de gewezen jurisprudentie. Tevens ga ik nader in op deze jurisprudentie an sich. Ik ga onderzoeken hoe men deze jurisprudentie dient uit te leggen en of deze jurisprudentie voldoende houvast biedt voor de praktijk.

Mijn doel is om met deze thesis een aanbeveling te doen over de houdbaarheid van artikel 2.5 Wet IB 2001. Bijvoorbeeld, of deze regeling op bepaalde onderdelen dient te worden aangepast om deze in overeenstemming te brengen met EG-recht, dan wel met internationaal belastingrecht, of dat de regeling geheel of gedeeltelijk belang heeft verloren als gevolg van de ontwikkeling van de rechtspraak.

1.6 Verantwoording van de opzet

De thesis zal bestaan uit een aantal hoofdstukken. In Hoofdstuk 2 zal ik ingaan op de huidige keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001. Ik zal daarbij bespreken wat bij invoering van de keuzeregeling het doel van de regeling was. Vanzelfsprekend zal ik daar ook het Schumacker-arrest bespreken, aangezien dit arrest de aanleiding is geweest voor de invoering van de keuzeregeling. Tevens zal ik ingaan op de specifieke onderdelen van de regeling zoals de terugploegregeling, de wijze van voorkoming van dubbele belasting, de inhaalregeling et cetera. Op deze manier schets ik een theoretisch kader dat als achtergrond dient voor de volgende hoofdstukken.

In Hoofdstuk 3 ga ik vervolgens, mede om chronologische redenen, in op het Renneberg-arrest, dat als een baanbrekend arrest geldt en om die reden een prominente rol dient te vervullen in deze thesis. Ik ga daarbij uitvoerig in op het arrest zelf en tevens op de vraag of de huidige keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 überhaupt aan het Renneberg-arrest kan worden getoetst.²⁸ Ook zal ik ingaan op de vraag hoe het arrest in de praktijk dient te worden uitgelegd.

In Hoofdstuk 3 zal ik eveneens ingaan op het Gielen-arrest. Het Gielen-arrest betrof weliswaar een zelfstandig ondernemer en de eventuele strijdigheid met EG-recht richtte zich met name op de toepassing van het urencriterium voor de zelfstandigenaftrek, doch komen er in dit arrest ook enkele belangrijke overwegingen ten aanzien van artikel 2.5 Wet IB 2001 naar voren.

In Hoofdstuk 4 zal ik vervolgens uitgebreid ingaan op de invloed van de arresten Renneberg en Gielen op de huidige keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001. Daarbij zal ik tevens ingaan op diverse uitspraken die de Nederlandse rechter na de Renneberg en Gielen in het kader van artikel 2.5 Wet IB 2001 heeft gedaan. Op die manier werkt Hoofdstuk 4 toe naar een antwoord op de probleemstelling. Dit antwoord zal uiteindelijk in Hoofdstuk 5, tezamen met mijn aanbevelingen worden gegeven.

²⁸ De Renneberg-zaak speelde zich namelijk af onder het regime van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964.

2 De keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 nader beschouwd

2.1 Inleiding

Op 14 februari 1995 wees het Europees Hof van Justitie²⁹ het Schumacker-arrest.³⁰ In dit arrest kwam het HvJ EU kort gezegd tot het oordeel dat een buitenlands belastingplichtige op dezelfde wijze behandeld dient te worden als een binnenlands belastingplichtige waar het gaat om persoonlijke tegemoetkomingen en tegemoetkomingen uit hoofde van de samenstelling van zijn gezin, mits deze buitenlandse belastingplichtige zijn (nagenoeg) gehele inkomen in de werkstaat verdient.

Naar aanleiding van het Schumacker-arrest heeft de Nederlandse wetgever bij het invoeren van de Wet Inkomstenbelasting 2001³¹ een specifieke bepaling³² opgenomen, op grond waarvan buitenlands belastingplichtigen van Nederland kunnen opteren voor een fiscale behandeling als ware zij binnenlands belastingplichtige van Nederland. Zodoende hebben zij recht op dezelfde aftrekken en tegemoetkomingen als binnenlands belastingplichtigen van Nederland.

Met het opnemen van deze bepaling heeft de Nederlandse wetgever gemeend de Nederlandse inkomstenbelasting in lijn te brengen met de zogenaamde Schumacker-doctrine. De vraag dringt zich logischerwijs op of de Nederlandse wetgever hierin geslaagd is.

In dit hoofdstuk ga ik eerst in op het Schumacker-arrest waarna ik de keuzeregeling uitvoerig zal bespreken. Ik zal daarbij ingaan op de parlementaire geschiedenis en de specifieke kenmerken van de regeling.

2.2 De Schumacker-doctrine

2.2.1 Het Schumacker-arrest

Schumacker was - tezamen met zijn niet-verdienende echtgenote - inwoner van België. Hij genoot arbeidsinkomsten uit een in Duitsland vervulde dienstbetrekking. Tussen Schumacker en de Duitse fiscus ontstond een geschil over de fiscale behandeling van Schumacker als buitenlands belastingplichtige³³ van Duitsland.

²⁹ In het vervolg van deze thesis tevens aangeduid als HvJ EU of Hof.

³⁰ HvJ EG 14-2-1995, zaak C279/93, BNB 1995/187.

³¹ Wet van 11 mei 2000, Stb. 215, tot vaststelling van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001).

³² Artikel 2.5 Wet IB 2001.

³³ Aangeduid als beperkt belastingplichtig. Daartegenover staat de onbeperkt belastingplichtige, vergelijkbaar met de binnenlands belastingplichtige zoals wij die in Nederland kennen.

De Duitse inkomstenbelasting maakte namelijk onderscheid tussen onbeperkt belastingplichtigen en beperkt belastingplichtigen, in die zin dat:

- slechts gehuwden die onbeperkt belastingplichtig zijn recht hadden op toepassing van Tariefsgroep III³⁴ en dus op toepassing van het “splitting”-tarief.³⁵ Beperkt belastingplichtigen werden ongeacht hun burgerlijke staat ingedeeld in Tariefsgroep I³⁶ en hadden derhalve geen recht op toepassing van het splitting-tarief³⁷;
- slechts onbeperkt belastingplichtigen om correctie van de over een jaar geheven loonbelasting konden verzoeken.³⁸ Voor beperkt belastingplichtigen stond dit verzoek niet vrij³⁹, waardoor zij eventueel teveel betaalde loonbelasting niet aan het eind van het jaar konden terugkrijgen⁴⁰;
- slechts onbeperkt belastingplichtigen met ingang van het jaar 1990 bij de Duitse Belastingdienst⁴¹ konden verzoeken om correctie van de loonbelasting en de belasting bij wege van aanslag vast te stellen.⁴² Voor beperkt belastingplichtigen stond dit verzoek niet vrij⁴³, waardoor zij eventueel teveel betaalde loonbelasting niet aan het eind van het jaar konden terugkrijgen⁴⁴;
- onbeperkt belastingplichtigen belast werden naar hun totale draagkracht, waarbij rekening werd gehouden met alle overige bestanddelen van het inkomen en de persoonlijke- en gezinssituatie, zoals gezinslasten, uitgaven voor sociale voorzieningen en andere uitgaven die in het algemeen recht geven op belastingaftrek en –vermindering.⁴⁵ Beperkt belastingplichtigen konden hier geen aanspraak op maken.⁴⁶

2.2.2 Het proces

Nadat het Finanzamt het verzoek van Schumacker, om de Duitse loonbelasting uit billijkheidsoverwegingen te berekenen volgens Tariefsgroep III, afwees, wendde Schumacker

³⁴ Paragraaf 26b EStG.

³⁵ Zie Schumacker-arrest, r.o. 7, I-253: ‘De Duitse splitting-regeling is ingevoerd om de progressie van de inkomstenbelasting af te zwakken. Zij houdt in, dat het totale inkomen van beide echtgenoten wordt samengesteld, waarna het fictief aan elk van hen voor de helft wordt toegerekend en vervolgens belast. Heeft de ene echtgenoot een hoog inkomen en de ander een laag inkomen, dan wordt de belastingheffing door de “splitting” genivelleerd en de progressie van de inkomstenbelasting afgezwakt.’

³⁶ Paragraaf 39d EStG.

³⁷ Zie Schumacker-arrest, r.o. 12, I-254.

³⁸ Paragraaf 42b EStG: Zie Schumacker-arrest, r.o. 8, I-253.

³⁹ Paragraaf 50, lid 5, EStG.

⁴⁰ Zie Schumacker-arrest, r.o. 13, I-254.

⁴¹ Finanzamt.

⁴² Paragraaf 46 EStG: Zie Schumacker-arrest, r.o. 9, I-253.

⁴³ Paragraaf 50, lid 5, EStG.

⁴⁴ Zie Schumacker-arrest, r.o. 13, I-254.

⁴⁵ Zie Schumacker-arrest, r.o. 10, I-253.

⁴⁶ Zie Schumacker-arrest, r.o. 14, I-254.

zich tot het Finanzgericht Köln. Het Finanzgericht stelde Schumacker in het gelijk, waarna het Finanzamt beroep instelde bij het Bundesfinanzhof.

Het Bundesfinanzhof besloot om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU over het eventuele discriminatoire karakter van het verschil in behandeling tussen onbeperkt en beperkt belastingplichtigen.

Het HvJ EU kwam – geresumeerd – tot het volgende oordeel⁴⁷:

Voor directe belastingen is de situatie van ingezetenen en die van niet-ingezetenen in het algemeen niet vergelijkbaar.

In beginsel is de woonstaat bevoegd om iemands wereldinkomen te belasten - daarbij rekening houdend met diens persoonlijke- en gezinsomstandigheden - aangezien de woonstaat in het algemeen het best in staat is te beoordelen wat iemands persoonlijke draagkracht is.⁴⁸ Derhalve is de woonstaat in beginsel de staat die rekening houdt met iemands persoonlijke- en gezinssituatie. Het kan de werkstaat dan ook niet worden tegengeworpen hiermee geen rekening te houden voor niet-ingezetenen.

Als uitzondering hierop noemt het HvJ EU echter de situatie waarin de niet-ingezetene geen inkomsten van betekenis geniet in zijn woonstaat, maar het grootste deel van zijn inkomsten geniet door werkzaamheden te verrichten in de werkstaat, waardoor de woonstaat hem niet de voordelen kan toekennen die voortvloeien uit het in aanmerking nemen van zijn persoonlijke- en gezinssituatie. In een dergelijk geval bestaat er volgens het HvJ EU geen objectief verschil dat grond kan opleveren voor een verschillende behandeling ten aanzien van het in aanmerking nemen bij de belastingheffing van de persoonlijke- en gezinssituatie van de belastingplichtige.

Het HvJ EU oordeelt vervolgens dat in het geval van een niet-ingezetene die het grootste deel van zijn inkomen en nagenoeg zijn gehele gezinsinkomen verwerft in een andere lidstaat dan zijn woonstaat, sprake is van discriminatie aangezien met de persoonlijke- en de gezinssituatie van de niet-ingezetene, noch in de woonstaat noch in de werkstaat, rekening wordt gehouden.

Het HvJ EU vult dit laatste nader in door te oordelen dat het vrij verkeer van werknemers zich verzet tegen de toepassing van de regeling van een lidstaat, welke regeling tot gevolg heeft dat een werknemer die onderdaan is van een andere lidstaat en die in de eerstgenoemde staat arbeid in loondienst verricht, zwaarder wordt belast dan een werknemer die in de eerste staat woont en aldaar dezelfde werkzaamheden verricht, wanneer, zoals in de casus, de onderdaan van de tweede staat zijn inkomen *geheel of vrijwel uitsluitend* (cursivering MvdS) verwerft door de in de eerste staat verrichte arbeid en in de tweede staat onvoldoende inkomsten geniet om aldaar aan belastingheffing te worden onderworpen, waarbij rekening kan worden gehouden met de persoonlijke- en gezinssituatie.

⁴⁷ Zie Schumacker-arrest, overwegingen 30 t/m 38 en 47, I-259 t/m I-261 en I-263.

⁴⁸ Deze persoonlijke draagkracht bestaat uit inkomen, alsmede de persoonlijke- en gezinssituatie.

2.2.3 Conclusies naar aanleiding van het Schumacker-arrest

Uit het Schumacker-arrest kan men opmaken dat de werkstaat⁴⁹ rekening dient te houden met de persoonlijke- en gezinssituatie van een niet-ingezetene indien:

1. de niet-ingezetene zijn gehele of nagenoeg gehele inkomen⁵⁰ in deze werkstaat verdient; en
2. zijn inkomen in de woonstaat ontoereikend is om de tegemoetkomingen die verband houden met zijn persoonlijke- en gezinssituatie aldaar toe te kunnen passen.

Uit deze tweede voorwaarde blijkt eens te meer dat het in beginsel aan de woonstaat is om rekening dient te houden met iemands persoonlijke- en gezinssituatie.⁵¹

Het Schumacker-arrest beperkt zich tot de persoonlijke- en gezinsomstandigheden van de niet-ingezetene die daarnaast zijn inkomen geheel of nagenoeg geheel verwerft in de werkstaat. Na het Schumacker-arrest zijn door het HvJ EU diverse arresten gewezen die nadere invulling hebben gegeven aan deze criteria.

2.2.4 Het Gschwind-arrest

Zo bracht het HvJ EU in het Gschwind-arrest⁵² nuance aan ten aanzien van het criterium 'geheel of nagenoeg geheel' door aan te sluiten bij een percentage van ten minste 90% op gezinsniveau. In de betreffende casus oordeelde het HvJ EU dat de in Duitsland werkende Gschwind en zijn echtgenote als fiscaal inwoners van Nederland geen recht hadden op toepassing van het Duitse 'splitting-tarief', aangezien hun wereldinkomen op gezinsniveau voor minder dan 90% aan Duitsland ter belastingheffing was toegewezen. Onder deze omstandigheden bleef het voor hen mogelijk om in de woonstaat Nederland rekening te houden met hun persoonlijke- en gezinssituatie.⁵³

2.2.5 Ritter-Coulais en Lakebrink

In de arresten Ritter-Coulais⁵⁴ en Lakebrink⁵⁵ deed zich de vraag voor in hoeverre de Schumacker-doctrine betrekking had op negatief inkomen uit onroerend goed dat gelegen is in de woonstaat.

De heer en mevrouw Ritter-Coulais waren fiscaal inwoner van Frankrijk en waren in Duitsland werkzaam als ambtenaar, waardoor zij op grond van Duits nationale wetgeving werden aangemerkt als onbeperkt belastingplichtigen. Desondanks hield het Duitse Finanzamt bij de bepaling van het belastingtarief geen rekening met de negatieve inkomsten uit de in

⁴⁹ In casu Duitsland.

⁵⁰ Het HvJ EU definieert in dit arrest niet wat dient te worden verstaan onder 'geheel of nagenoeg geheel'.

⁵¹ Vgl. NDFR, artikelsgewijs commentaar 2.5 Wet IB, onderdeel 4.1: De Schumacker-rechtspraak, 1^e alinea.

⁵² HvJ EU 14 september 1999, C-391/97, BNB 2001/78 c* (Gschwind).

⁵³ Zie HvJ EU 14 september 1999, C-391/97, BNB 2001/78 c*, r.o. 32.

⁵⁴ HvJ EU 21 februari 2006, C-152/03, V-N 2006/13.10 (Ritter-Coulais).

⁵⁵ HvJ EU 18 juli 2007, C-182/06, BNB 2008/3 (Lakebrink).

Frankrijk gelegen woning, hetgeen volgens het HvJ EU⁵⁶ in strijd was met het vrije verkeer van werknemers.⁵⁷ In zijn conclusie⁵⁸ bij dit arrest betoogde A-G Léger dat niet alleen bij de vaststelling van het in de werkstaat van toepassing zijnde belastingtarief, maar ook bij de bepaling van het belastbare inkomen in de werkstaat rekening moet worden gehouden met deze negatieve inkomsten.

Aangezien het echtpaar Ritter-Coulais niet had verzocht om aftrek van brongebonden kosten hield het HvJ EU de reikwijdte van dit arrest beperkt tot de beslissing in onderhavige casus.⁵⁹

In het Lakebrink-arrest echter bracht het HvJ EU alle aftrekposten die de fiscale draagkracht bepalen onder de Schumacker-rechtspraak.⁶⁰ Het Lakebrink-arrest handelde om een in Duitsland woonachtig echtpaar dat in loondienst werkzaam was in Luxemburg. Het echtpaar deed een beroep op het Schumacker-arrest, aangezien het in Duitsland een woning bezat die negatief inkomen⁶¹ vormde waarmee Luxemburg geen rekening hield bij de vaststelling van het van toepassing zijnde belastingtarief.

Het HvJ EU oordeelde hieromtrent als volgt:

“Anderzijds heeft de ratio van de discriminatie die het Hof in het arrest Schumacker heeft vastgesteld (...) betrekking op alle belastingvoordelen die verband houden met de fiscale draagkracht van de niet-ingezetene waarmee noch in de woonstaat, noch in de werkstaat rekening is gehouden (...); de fiscale draagkracht kan trouwens worden geacht deel uit te maken van de persoonlijke situatie van de niet-ingezetene in de zin van het arrest Schumacker.”⁶²

Het HvJ EU geeft met deze rechtsoverweging expliciet invulling aan de in het Schumacker-arrest genoemde ‘persoonlijke situatie’, maar beperkt zich in dit arrest tot het in aanmerking nemen van draagkrachtafhankelijke negatieve inkomsten voor de vaststelling van het van toepassing zijnde belastingtarief in de werkstaat. Over de vraag of dit eveneens inhoudt dat negatieve inkomsten uit de woonstaat dienen te worden meegenomen bij de vaststelling van het belastbare inkomen in de werkstaat heeft het HvJ EU zich in het Lakebrink-arrest niet uitgelaten.⁶³

⁵⁶ HvJ EU 21 februari 2006, C-152/03, V-N 2006/13.10 (Ritter-Coulais), r.o. 41.

⁵⁷ De huidige artikelen 45-48 VWEU (voorheen artikelen 39-42 EG-Verdrag).

⁵⁸ Conclusie A-G Léger, 1 maart 2005 bij HvJ EU 21 februari 2006, V-N 2006/13.10.

⁵⁹ Vgl. NDFR, artikelsgewijs commentaar 2.5 Wet IB, onderdeel 4.1: De Schumacker-rechtspraak, 3^e alinea.

⁶⁰ HvJ EU 18 juli 2007, C-182/06, BNB 2008/3 (Lakebrink), r.o. 34.

⁶¹ Het betreft hier negatief inkomen uit verhuur.

⁶² HvJ EU 18 juli 2007, C-182/06 (Lakebrink), r.o. 34, I-6730 en I-6731.

⁶³ Mogelijkerwijs verschaft het Renneberg-arrest (HvJ EU 16 oktober 2008, C-527/06, BNB 2009/50 (Renneberg) hieromtrent meer duidelijkheid. Voor dit arrest zij verwezen naar Hoofdstuk 3.

2.3 De keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001

2.3.1 Inleiding

Zoals is aangegeven in onderdeel 2.1 is de Schumacker-doctrine aanleiding geweest voor de Nederlandse wetgever om artikel 2.5 Wet IB 2001 in het leven te roepen.⁶⁴ Deze bepaling, het keuzerecht of de keuzeregeling genoemd, beoogt eventuele belemmeringen⁶⁵ van de Nederlandse inkomstenbelasting weg te nemen door aan de buitenlands belastingplichtige de mogelijkheid te bieden om te opteren voor behandeling als ware hij binnenlands belastingplichtige, waardoor hij recht heeft op dezelfde fiscale tegemoetkomingen als reguliere inwoners van Nederland. Daarmee heeft de Nederlandse wetgever getracht de inkomstenbelasting op het punt van gelijke behandeling van inwoner en van niet-inwoners die in dezelfde fiscale positie verkeren⁶⁶ 'EU-proof' te maken.

Om in de hierop volgende hoofdstukken te kunnen beoordelen of de keuzeregeling daadwerkelijk EU-proof is, is het noodzakelijk om de keuzeregeling eerst puntsgewijs onder de loep te nemen, hetgeen ik in dit onderdeel doe. Ik ga hierbij in op de ontstaansgeschiedenis (doel en strekking) van de keuzeregeling en de specifieke kenmerken en voorwaarden van de regeling, waaronder de terugploegregeling en de inhaalregeling. Waar nodig zal ik vereenvoudigde voorbeelden gebruiken om de werking van deze specifieke regelingen te verduidelijken.

2.3.2 Doel en strekking van de keuzeregeling

Zoals in deze scriptie reeds meerdere malen is opgenomen, is artikel 2.5 Wet IB 2001 een reactie van de Nederlandse wetgever op de Schumacker-rechtspraak. In tegenstelling tot de Schumacker-rechtspraak echter, staat de keuzeregeling niet slechts open voor hen die aan het inkomenscriterium⁶⁷ voldoen, maar ook voor hen die een minder groot gedeelte van het inkomen in Nederland verwerven, bijvoorbeeld slechts 10%.⁶⁸ In de parlementaire behandeling⁶⁹ is expliciet ingegaan op de vraag of het inkomenscriterium al dan niet diende te worden opgenomen in de keuzeregeling. Uiteindelijk is via een tweeledig argument besloten om dit criterium achterwege te laten⁷⁰:

⁶⁴ Zie tevens: Pötgens, F.P.G., *Over het keuzerecht, Europeesrechtelijke ontwikkelingen en de grensambtenarendoctrine*, MBB 2011/03

⁶⁵ Waar het gaat om het in aanmerking kunnen nemen van persoonsgebonden aftrekposten en overige aftrekposten, zoals hypotheekrenteaftrek.

⁶⁶ Aangezien zij het grootste deel van hun inkomen in Nederland verdienen.

⁶⁷ Het in de werkstaat verwerven van ten minste 90% van het gezinsinkomen.

⁶⁸ Of de regeling in dergelijke gevallen nog steeds aantrekkelijk is valt overigens te betwisten, gelet op het feit dat de optant zijn volledige wereldinkomen dient aan te geven in Nederland en voorkoming van dubbele belasting voor het niet aan Nederland toerekenbare inkomen plaatsvindt tegen het marginale tarief. Op deze systematiek kom ik later in dit hoofdstuk terug.

⁶⁹ NNV, Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17, p. 52.

⁷⁰ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 79–80.

1. De arbitraire werking van de 90%-grens zoals deze naar aanleiding van de jurisprudentie van het HvJ EU in de praktijk is ingevuld;
2. Het zogenaamde progressievoorbehoud⁷¹ op buitenlands belastingplichtigen.

Daarnaast blijkt uit deze parlementaire behandeling dat een keuzeregeling zonder inkomenscriterium leidt tot volledig gelijke behandeling tussen binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen.

2.3.3 De hoofdregels

2.3.3.1 Toegang tot de keuzeregeling

De keuze voor binnenlandse belastingplicht staat op grond van artikel 2.5 lid 1 Wet IB 2001 slechts vrij voor:

- inwoners van een andere lidstaat van de EU;
- inwoners van de BES-eilanden⁷²;
- inwoners van een andere mogendheid⁷³ waarmee Nederland een regeling ter voorkoming van dubbele belasting is overeengekomen die voorziet in de uitwisseling van inlichtingen.

De regeling heeft daarnaast slechts betrekking op degenen die belastingplichtig zijn in Nederland of op een partner⁷⁴ van deze belastingplichtige. Dit wil zeggen dat uitsluitend personen die daadwerkelijk inkomstenbronnen uit Nederland genieten, welke aan Nederlandse belastingheffing zijn onderworpen, gebruik kunnen maken van de keuzeregeling.⁷⁵

2.3.3.2 Keuzeregeling versus belastingverdragen

Overigens heeft toepassing van de keuzeregeling geen invloed op iemands fiscale woonplaats voor verdragstoepassing. Ondanks het opteren voor binnenlandse belastingplicht blijft de optant fiscaal inwoner van zijn woonstaat, alwaar hij doorgaans wordt belast voor zijn wereldinkomen. Nederland belast de optant eveneens voor zijn wereldwijde inkomen, maar treedt terug voor zover het op grond van bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting geen heffingsrecht heeft.⁷⁶

⁷¹ In verband met toepassing van de evenredigheidsmethode. Aan dit progressievoorbehoud besteed ik later in dit hoofdstuk aandacht.

⁷² Voor definitie, zie artikel 2 lid 3 onderdeel d, onder 4o, AWR.

⁷³ Welke bij ministeriële regeling moet zijn aangewezen.

⁷⁴ Voor het fiscaal partnerbegrip zij verwezen naar artikel 5a AWR, voor de inkomstenbelasting nader aangevuld in artikel 1.2 Wet IB 2001.

⁷⁵ Op deze manier wordt voorkomen dat personen die buiten Nederland woonachtig zijn en geen Nederlandse inkomstenbronnen genieten (en dus op geen enkele wijze een fiscale en/of economische band met Nederland hebben), gebruik kunnen maken van de regeling.

⁷⁶ Wel is het zo dat de wijze van terugtreding mogelijk strijdig is met het verdragenrecht en met HR 12 maart 1980, nr. 19.180, BNB 1980/170. Hierop kom ik later in deze scriptie terug.

2.3.3.3 Moment van (herziening van) opteren

Artikel 2.5 Wet IB 2001 regelt niet expliciet wanneer de keuze voor behandeling als binnenlands belastingplichtige dient te worden uitgebracht. Derhalve dient in dit kader aansluiting te worden gezocht bij de parlementaire geschiedenis en de relevante rechtspraak.

In het vraag- en antwoordbesluit⁷⁷ van 30 november 2001 heeft de Staatssecretaris van Financiën aangegeven dat de keuze jaarlijks dient te worden gemaakt bij het doen van aangifte inkomstenbelasting over het betreffende jaar. Op de keuze kan vervolgens worden teruggekomen tot het moment waarop de aanslag over dit jaar onherroepelijk vast komt te staan.⁷⁸

2.3.3.4 Opteren voor gedeelte van kalenderjaar

Artikel 2.5 Wet IB 2001 regelt evenmin expliciet of de keuzeregeling slechts ten aanzien van een volledig kalenderjaar geldt, of dat een buitenlands belastingplichtige tevens voor een gedeelte van het jaar de keuze kan uitbrengen. Op 29 juli 2005 oordeelde Hof 's-Hertogenbosch⁷⁹ in dit verband dat de keuze slechts voor een volledig kalenderjaar kan worden uitgebracht:

“Naar het oordeel van het hof dient uit de tekst van artikel 2.5 van de Wet IB en de wetgeschiedenis daarvan, in samenhang met het bepaalde in artikel 2.3 van de Wet IB, te worden afgeleid dat de keuze voor behandeling als binnenlandse belastingplichtige ingevolge artikel 2.5 van de Wet IB inhoudt dat deze zich uitstrekt tot *alle door de belastingplichtige in het kalenderjaar genoten belastbare inkomsten* (cursivering MvdS). Deze uitleg past binnen het door de wetgever voor de buitenlandse belastingplichtige in artikel 2.5 van de Wet IB neergelegde keuzerecht voor toepassing van de regels van de Wet voor binnenlandse belastingplicht waardoor Nederland het wereldinkomen in de heffing betreft.”

Dat de keuzeregeling geldt voor een volledig kalenderjaar kan daarnaast worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis. In deze parlementaire geschiedenis⁸⁰ wordt aangehaald dat de optant onder andere recht heeft op de heffingskortingen zoals bedoeld in hoofdstuk 8 van de Wet IB. Op deze heffingskortingen hebben binnenlands belastingplichtigen ook recht, mits zij gedurende het gehele kalenderjaar binnenlands belastingplichtig zijn. Wie deze lijn doortrekt komt tot de conclusie dat de keuzeregeling slechts geldt ten aanzien van een volledig kalenderjaar.

⁷⁷ Besluit van 30 november 2001, nr. CPP2001/3035M, V-N 2001/65.2, p. 6.679.

⁷⁸ Vgl. Rechtbank Breda 29 mei 2007, nr. 06/03531, NTFR 2007/1359, waarin de rechtbank belanghebbende adviseert om op zijn keuze voor binnenlandse belastingplicht terug te komen, nu de aanslag over het onderhavige jaar nog niet onherroepelijk vaststond.

⁷⁹ Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2005, nr. 03/02499, NTFR 2005/1453.

⁸⁰ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 80.

2.3.4 De systematiek van de keuzeregeling

2.3.4.1 Wijze van betrekking in de heffing

Buitenlands belastingplichtigen worden in Nederland belast conform de regels van Hoofdstuk 7 Wet IB 2001. De optant daarentegen wordt in Nederland, zoals de reguliere binnenlandse belastingplichtige, voor zijn wereldwijde inkomen in de belastingheffing betrokken, met als voordeel dat hij daardoor recht heeft op onder andere:

- heffingskortingen (Hoofdstuk 8 Wet IB 2001)⁸¹;
- persoonsgebonden aftrek (Hoofdstuk 6 Wet IB 2001);
- hypotheekrenteaftrek (Artikel 3.120 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001);
- heffingsvrij vermogen (Artikel 5.5 Wet IB 2001);
- fiscaal partnerschap, mits de partner eveneens opteert (Artikel 1.2 Wet IB 2001).

Aangezien Nederland op verdragsniveau slechts heffingsrecht heeft over Nederlandse inkomstenbronnen⁸² dient Nederland een voorkoming van dubbele belasting te verlenen voor de niet-Nederlandse inkomstenbronnen.⁸³ Deze voorkoming geschiedt, in tegenstelling tot de voorkoming van dubbele belasting voor de niet-opterende buitenlands belastingplichtige, op basis van de voorkomingsbreuk⁸⁴, welke er als volgt uitziet:

- ❖ Buitenlands inkomen / Wereldinkomen * Inkomstenbelasting over wereldinkomen.

Het navolgende voorbeeld⁸⁵ dient ter verduidelijking van de manier waarop kan worden bepaald of opteren in een bepaald geval zinvol is.

Voorbeeld I⁸⁶:

De heer X (ongehuwd) is inwoner van België en staat in dienstbetrekking tot een Nederlandse firma⁸⁷. De heer X verdient in 2012 uit hoofde van zijn dienstbetrekking een fiscaal inkomen

⁸¹ Volledigheidshalve zij opgemerkt dat heffingskortingen bestaan uit zowel een IB-deel als een SV-deel. Opteren geeft slechts recht op het IB-deel van de heffingskortingen, aangezien toekenning van het SV-deel afhankelijk is van iemands sociale zekerheidspositie en in die zin losstaat van de Wet IB 2001.

⁸² Zoals arbeidsinkomen dat betrekking heeft op feitelijk in Nederland verrichte werkzaamheden.

⁸³ Ofwel, voor het inkomen dat niet in de Nederlandse belastingheffing zou zijn betrokken wanneer de buitenlands belastingplichtige niet zou hebben geopteerd. Denk hierbij aan arbeidsinkomen dat betrekking heeft op buiten Nederland verrichte werkzaamheden en aan de buitenlandse eigen woning.

⁸⁴ Bij invoering van de keuzeregeling is in de literatuur betoogd dat deze methode onbedoelde fiscale voordelen met zich meebrengt voor de optant en dat een voorkoming van dubbele belasting zou moeten worden verleend ter grootte van de daadwerkelijk in het buitenland geheven belasting. Vgl. Houte, C.P.M. van, *Tegemoetkoming wegens dubbele belasting bij fictief binnenlands belastingplichtigen*, WFR 2000/1338. Deze mening deel ik niet.

⁸⁵ De voorbeelden in deze scriptie zijn, tenzij expliciet anders vermeld, gebaseerd op 2012 cijfers en tarieven.

⁸⁶ Geen rekening gehouden met heffingskortingen en eventueel Box III vermogen.

⁸⁷ Voor de eenvoud ga ik er in dit voorbeeld vanuit dat de heer X geen ingekomen werknemer is zoals bedoeld in Hoofdstuk 4A Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965.

van € 100.000, waarvan € 95.000 betrekking heeft op feitelijk in Nederland verrichte werkzaamheden. De resterende € 5.000 heeft betrekking op in België verrichte werkzaamheden, aangezien de heer X op incidentele basis thuis werkt.

De heer X bezit een in België gelegen eigen woning welke gefinancierd is met een hypothecaire geldlening. Het negatief saldo van deze woning bedraagt € 4.000.

Opteert de heer X over 2012 niet voor binnenlandse belastingplicht, dan bedraagt zijn belastbaar inkomen € 95.000, namelijk slechts de looninkomsten over de Nederlandse werkdagen. De verschuldigde inkomstenbelasting bedraagt dan € 31.507.

Opteert de heer X echter wel voor binnenlandse belastingplicht, dan dient hij zijn wereldwijde inkomen aan te geven. Zijn belastbare Box I inkomen bedraagt dan € 100.000, verminderd met het saldo eigen woning van € 4.000 = € 96.000. De hierover verschuldigde inkomstenbelasting bedraagt € 32.027. Daarnaast dient Nederland nog een voorkoming van dubbele belasting te verlenen voor het niet aan Nederland toerekenbare inkomen, bestaande uit € 5.000 looninkomsten minus € 4.000 saldo van de Belgische eigen woning = € 1.000.

De voorkoming van dubbele belasting bedraagt in casu $€ 1.000 / € 96.000 * € 32.027 = € 334$, waardoor de totale inkomstenbelasting $€ 32.027$ minus $€ 334 = € 31.693$ bedraagt, ten opzichte van € 31.507 wanneer de heer X niet opteert.

In dit voorbeeld blijkt opteren voor binnenlandse belastingplicht niet zinvol te zijn. Verricht de heer X echter 100% van zijn werkzaamheden in Nederland, dan blijkt opteren wel zinvol te zijn:

Voorbeeld II:

Het voorbeeld is gelijk aan Voorbeeld I, met als enkel verschil dat de heer X nu 100% van zijn werkzaamheden in Nederland verricht. Opteert de heer X niet, dan bedraagt zijn belastbaar inkomen in Nederland € 100.000 en is hij aan inkomstenbelasting € 34.107 verschuldigd.

Opteert de heer X wel, dan bedraagt zijn belastbaar inkomen in Nederland € 96.000 en is hij aan inkomstenbelasting € 32.027 verschuldigd. De voorkomingsbreuk heeft in dit geval geen verdere invloed op de in 2011 verschuldigde inkomstenbelasting, aangezien de teller (het buitenlands inkomen) negatief is.

Opteren is in dit geval wel zinvol aangezien het een belastingbesparing van € 2.080 oplevert. Mocht de teller (het buitenlands inkomen) in een komend jaar echter positief zijn, dan dient het negatieve saldo van de buitenlandse inkomsten over 2012 in dat komende jaar alsnog mee te worden geteld bij de vaststelling van de voorkoming van dubbele belasting.⁸⁸ Dit wordt de zogenaamde inhaalregeling genoemd.⁸⁹

⁸⁸ Artikel 6 Uitv.Besl IB 2001 en 12 BvdB 2001.

⁸⁹ Aan deze inhaalregeling wordt verderop in dit hoofdstuk nadere aandacht besteed.

2.3.4.2 De terugploegregeling

2.3.4.2.1 Kern van de terugploegregeling

In het hierboven beschreven Voorbeeld 2 blijkt dat de heer X in Nederland een belastingbesparing van € 2.080 kan genieten door te opteren voor binnenlandse belastingplicht. De heer X dient zich er dan wel van bewust te zijn dat hij in de toekomst geconfronteerd kan worden met de terugploegregeling⁹⁰ van artikel 2.5 lid 3 Wet IB 2001.

De terugploegregeling regelt dat de buitenlands belastingplichtige die opteert voor binnenlandse belastingplicht deze keuze dient voort te zetten zolang hij Nederlandse inkomstenbronnen geniet. Indien de buitenlandse belastingplichtige niet langer kiest, dan wordt het negatief inkomen dat hij in de afgelopen (maximaal) 8 jaar ten laste van het belastbaar inkomen heeft gebracht⁹¹, in zijn geheel opgeteld bij zijn belastbaar Box I inkomen in het laatste jaar waarin de buitenlandse belastingplichtige van de keuzeregeling gebruik heeft gemaakt.⁹²

Met de zinsnede ‘indien hij niet langer kiest’ wordt volgens de Staatssecretaris van Financiën⁹³ bedoeld: ‘indien hij niet langer kiest terwijl hij wel kon kiezen’. Indien hij niet meer kiest omdat daarvoor de mogelijkheid ontbreekt, bijvoorbeeld doordat hij geen binnenlands inkomen meer heeft⁹⁴, zodat hij niet langer belastingplichtig is, treedt de sanctie niet in werking.

Door middel van de terugploegregeling neemt Nederland de eerder verleende aftrek weer terug. Achtergrond van deze regeling is het voorkomen van misbruik van de keuzeregeling. Zonder deze bepaling zou de optant namelijk per jaar kunnen bezien of opteren al dan niet profijtelijk is. Verliezen uit een buiten Nederland gedreven onderneming zouden dan ten laste van het Nederlandse inkomen worden gebracht door eenmalig te kiezen voor de regels van inwoners, terwijl latere winsten buiten beschouwing blijven.⁹⁵

2.3.4.2.2 Bijkomstige nadelen terugploegregeling

De sanctiebepaling van artikel 2.5 lid 3 Wet IB 2001, ofwel de terugploegregeling, moge duidelijk zijn. De optant die in enig jaar waarin hij Nederlands inkomen geniet niet langer van de keuzeregeling gebruik wenst te maken, terwijl hij dit in het voorgaande jaar wel deed,

⁹⁰ Ook wel clawback-regeling genoemd.

⁹¹ Met uitzondering van persoonsgebonden aftrekposten zoals bedoeld in Hoofdstuk 6 Wet IB 2001. Zie in dit verband tevens MvT Kamerstukken II 1998/1999, 26.727 nr. 3. p. 81. Daarnaast bestaat een uitzondering voor inkomensbestanddelen die ten laste van het belastbaar inkomen zijn gebracht in jaren waarin de belastingplichtige feitelijk inwoner en dus binnenlands belastingplichtige van Nederland was.

⁹² Het gaat hierbij om negatieve inkomsten die niet onder artikel 7.1 Wet IB 2001 vallen.

⁹³ Besluit van 13 februari 2001, nr., CPP2000/3210M, BNB 2001/87, vraag B.2.2.e.

⁹⁴ Een ander voorbeeld is m.i. de emigratie van de woonstaat van de optant naar een land waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft gesloten dat voorziet in de uitwisseling van inlichtingen.

⁹⁵ Zie Essers en van Kempen.: Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting Studenteneditie 2011-2012, onderdeel 2.2.2.E.

dient de als gevolg van opteren genoten aftrek bij zijn belastbaar inkomen op te tellen in het laatste jaar waarin hij nog geopteerd heeft. Naast dit nadeel heeft de terugploegregeling nog enkele bijkomstige nadelen. Eén daarvan is een mogelijk tariefsnadeel zoals bijvoorbeeld voor de optant die jaarlijks hypotheekrente in aftrek heeft gebracht tegen een belastingtarief van 42% en nu als gevolg van de terugploegregeling deze hypotheekrenteaftrek tegen een belastingtarief van 52% dient terug te betalen.

Daarnaast kan de scheidslijn tussen het wel en niet aanwezig zijn van de terugploegregeling zeer dun zijn. Dit zal ik illustreren aan de hand van een tweetal voorbeelden.

Voorbeeld III:

De heer Y (inwoner van Duitsland, werkzaam in Nederland) heeft gedurende de jaren 2007 tot en met 2010 geopteerd voor binnenlandse belastingplicht en heeft daarbij zijn Duitse hypotheekrente in aftrek gebracht. Zijn looninkomsten vormen zijn enige Nederlands inkomen. Op 30 november 2011 loopt zijn dienstverband bij zijn Nederlandse werkgever af. Zijn in Nederland opgebouwde en nog niet benutte vakantierechten alsmede een bonus over 2011 worden in december 2011 aan de heer Y uitbetaald. Vanaf 2012 heeft de heer Y slechts nog Duits inkomen, hetgeen betekent dat hij in 2012 niet hoeft te opteren om aan de terugploegregeling te ontkomen.

Betaalt de Nederlandse werkgever de vakantierechten en de bonus echter pas in januari 2012 uit aan de heer Y, dan geniet de heer Y daarmee Nederlandse inkomsten in 2012 en dient hij in 2012 te opteren om aan de terugploegregeling te ontkomen.

Voorbeeld IV:

Mevrouw Z, (inwoner van Duitsland) heeft jarenlang in Nederland werkzaamheden verricht in dienstbetrekking en daarbij deelgenomen aan een Nederlands pensioenplan. Daarnaast heeft ze AOW opgebouwd. Ze heeft gedurende haar Nederlandse dienstbetrekking telkens geopteerd voor binnenlandse belastingplicht. In 2010 is haar dienstbetrekking in Nederland beëindigd. In 2011 heeft zij geen Nederlandse inkomsten genoten waardoor zij niet geconfronteerd wordt met de terugploegregeling. In 2012 bereikt mevrouw Z de pensioengerechtigde leeftijd en ontvangt zij pensioenuitkeringen uit Nederland. Mevrouw Z wordt niet geconfronteerd met de terugploegregeling en hoeft dus niet te opteren voor binnenlandse belastingplicht.

Zou mevrouw Z niet in 2012, maar in 2011 de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt, dan zou mevrouw Z wel moeten opteren om aan de terugploegregeling te ontkomen.

2.3.4.3 De aftrek ter voorkoming van dubbele belasting

Indien een inwoner van Nederland inkomsten geniet waarover het heffingsrecht op grond van een bilateraal belastingverdrag is toegekend aan een andere staat, dan verleent Nederland voor dat inkomen een aftrek ter voorkoming van dubbele belastingheffing.⁹⁶

⁹⁶ Artikel 2.5 lid 5 Wet IB 2001 jo. Artikel 2 t/m 10 Uitv.Besl. IB 2001.

Deze aftrek ter voorkoming van dubbele belasting geschiedt voor Box I inkomen op basis van de vrijstellingsmethode⁹⁷ met progressievoorbehoud, ook wel de evenredigheidsmethode⁹⁸ genoemd. Meer specifiek wordt de voorkoming van dubbele belasting verleend conform de 'per country'-methode, welke inhoudt dat Nederland per land afzonderlijk berekent welk bedrag aan inkomstenbelasting dient te worden vrijgesteld.

Voor de optant daarentegen wordt de voorkoming van dubbele belasting verleend volgens de 'overall'-methode, welke methode inhoudt dat het totaal buitenlands inkomen wordt gesaldeerd en vervolgens pas wordt afgezet tegen het wereldwijde inkomen en de over dit wereldwijde inkomen berekende inkomstenbelasting.⁹⁹

Ingeval de belastingplichtige slechts positief inkomen buiten Nederland geniet bestaat er materieel geen verschil tussen de per country- en de overall-methode. Wanneer de belastingplichtige echter ook negatief inkomen heeft in het buitenland, bijvoorbeeld de in het buitenland gelegen eigen woning, kan de overall-methode nadeliger uitwerken dan de per country-methode.

Voorbeeld V¹⁰⁰:

Mevrouw A woont in Duitsland en bezit aldaar een eigen woning welke door middel van een hypotheekschuld gefinancierd is. Het negatieve saldo van de Duitse eigen woning in 2012 bedraagt € 10.000.

Mevrouw A is werkzaam voor een internationaal opererende firma. Zij werkt zowel in Nederland als in België. In 2012 bedragen haar looninkomsten € 100.000. Daarvan heeft een bedrag van € 90.000 betrekking op de in Nederland verrichte werkzaamheden. De resterende € 10.000 zien op haar Belgische functie.

Mevrouw A opteert in Nederland voor binnenlandse belastingplicht om zo haar Duitse hypotheekrente ten laste van het belastbare Box I inkomen te brengen.

Het belastbare Box I inkomen bedraagt door het opteren € 100.000 aan looninkomsten, minus de eigen woning van € 10.000 = € 90.000. De hierover verschuldigde inkomstenbelasting bedraagt € 28.907. De voorkoming van dubbele belasting bedraagt in casu nihil¹⁰¹, aangezien de teller van de voorkomingsbreuk bestaat uit het positieve inkomen uit België van € 10.000 en het negatieve Duitse inkomen van € 10.000 en daarmee nihil bedraagt.

⁹⁷ De zogenaamde voorkomingsbreuk. Reeds besproken in onderdeel 2.3.4.1

⁹⁸ De evenredigheidsmethode is afgeleid van het BvdB 2001. Zie in dit verband tevens NvT, besluit van 20 december 2000, houdende vaststelling van het Uitv.Besl. IB 2001, Stb. 2000, 641, p. 19.

⁹⁹ Zie artikel 3 Uitv.Besl. IB 2001.

¹⁰⁰ Bij dit voorbeeld is geen rekening gehouden met heffingskortingen en Box III vermogen. Daarnaast ervan uitgegaan dat mevrouw A geen ingekomen werknemer is in de zin van Hoofdstuk 4A Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965.

¹⁰¹ Op grond van artikel 3 lid 4 Uitv.Besl. IB 2001 kan de vermindering overigens nooit meer bedragen dan het bedrag aan verschuldigde belasting. De vermindering leidt in andere woorden niet tot een belastingteruggave.

*Wanneer mevrouw A de per country-methode zou mogen toepassen zou de voorkoming van dubbele belasting voor het Duitse en het Belgische inkomen afzonderlijk worden berekend. De voorkoming van dubbele belasting voor de Duitse inkomsten (€ 10.000 negatief) zou dan nihil bedragen.¹⁰² Voor de Belgische inkomsten van € 10.000 positief zou mevrouw A een voorkoming van dubbele belasting krijgen ter grootte van € 10.000 / € 90.000 * de inkomstenbelasting van € 28.907 = € 3.212. Daarmee komt de totale inkomstenbelasting in 2012 uit op € 25.695.*

Uit bovenstaand voorbeeld blijkt dat er een wezenlijk verschil kan optreden tussen toepassing van de overall-methode en de per country-methode. De keuze voor de overall-methode blijkt uit de toelichting¹⁰³ bij het Uitvoeringsbesluit IB 2001:

“Bij de toepassing van de evenredigheidsbreuk geldt de zogenaamde gezamenlijke methode. Dit volgt uit de terminologie ‘het gezamenlijke bedrag van de niet of tegen een beperkt tarief in Nederland te belasten bestanddelen van het noemerinkomen. Hierbij is niet van belang uit welk land de inkomsten komen. Het voorgaande betekent dat bij de aanwezigheid van niet-Nederlandse inkomsten uit verschillende landen, deze inkomsten voor de toepassing van de evenredigheidsbreuk samen moeten worden genomen.”

Het is maar de vraag in hoeverre dit verschil in behandeling tussen binnenlands belastingplichtigen en optanten te rechtvaardigen valt.¹⁰⁴

2.3.4.4 Inhaalregeling

Zoals reeds eerder in dit hoofdstuk is aangegeven maakt de inhaalregeling onderdeel uit van de keuzeregeling. Bij de inhaalregeling gaat het om negatief buitenlands inkomen dat ten laste van het Nederlandse wereldinkomen is gebracht. Dit bedrag wordt via de inhaalregeling naar een later jaar overgebracht. Tot het bedrag dat ten laste van het Nederlandse wereldinkomen is gebracht wordt, indien in een later jaar positief buitenlands inkomen wordt behaald geen voorkoming van dubbele belasting verleend.¹⁰⁵

Onderstaand voorbeeld dient ter nadere illustratie van het effect van de inhaalregeling:

¹⁰² Het bedrag van € 10.000 negatief wordt dan gesteld voor de inhaalregeling van artikel 6 Uitv.Besl. IB 2001.

¹⁰³ NvT, besluit 20 december 2000, houdende vaststelling Uitv.Besl. IB 2001, Stb. 2000, 641, p. 19, 20.

¹⁰⁴ Vgl. Weultjes E.A.E. en Vries, H. de, *Artikel 2.5 Wet IB 2001: een blijvertje of niet?*, MBB 2001/127. De schrijvers geven de voorkeur aan toepassing van de overall-methode om eventuele Europeesrechtelijke strijdigheden op te heffen.

¹⁰⁵ Zie Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting, Aantekening 9.6 Inhaalregeling bij: Wet IB 2001, artikel 2.5.

Voorbeeld VI¹⁰⁶:

De heer X is inwoner van België en is werkzaam in Nederland. Hij bezit een in België gelegen eigen woning op welke woning een hypotheekschuld rust. Zijn fiscaal jaarinkomen bedraagt € 100.000. In 2011 had de heer X louter Nederlandse werkdagen. In 2012 daarentegen verrichtte de heer X 20% van zijn werkzaamheden vanuit België. Het negatief saldo eigen woning bedraagt € 10.000. De heer X opteert voor binnenlandse belastingplicht.

In 2011 bedraagt het belastbare Box I inkomen € 90.000. De hierover verschuldigde inkomstenbelasting bedraagt € 28.907.¹⁰⁷

De voorkomingsbreuk leidt niet tot een nadere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting aangezien de teller € 10.000 negatief is. Deze € 10.000 wordt volgens artikel 6 Uity.Besl. IB 2001 in 2012 in aanmerking genomen bij de bepaling van het over 2012 te voorkomen bedrag aan inkomstenbelasting.

*In 2012 bedragen het belastbaar inkomen en de verschuldigde inkomstenbelasting eveneens € 90.000, respectievelijk € 28.907. Een bedrag aan looninkomsten van € 20.000 is op basis van het belastingverdrag tussen Nederland en België echter aan Belgische heffing toegewezen. Zonder aanwezigheid van de inhaalregeling zou de voorkoming van dubbele belasting in 2012 als volgt worden berekend: $€ 20.000 / € 90.000 * € 28.907 = € 6.424$, waardoor de over 2012 verschuldigde inkomstenbelasting € 22.483 bedraagt.*

*Echter, door toepassing van de inhaalregeling bedraagt de voorkoming van dubbele belasting $€ 10.000 / € 90.000 * € 28.907 = € 3.212$, waardoor de verschuldigde inkomstenbelasting € 25.695 bedraagt in 2012.*

Uit dit voorbeeld blijkt dat de inhaalregeling een nadelig effect heeft op de voorkoming van dubbele belasting over niet aan Nederland toerekenbaar inkomen. Bij deze regeling kunnen Europeesrechtelijke vraagtekens worden gezet.¹⁰⁸

2.3.4.5 De toekenning van heffingskortingen

De inwoner van Nederland heeft recht op de heffingskortingen van Hoofdstuk 8 Wet IB 2001 indien hij gedurende het gehele jaar fiscaal inwoner van Nederland is. Ook de optant komt in aanmerking voor deze heffingskortingen. Daarmee lijkt er op het eerste gezicht geen onderscheid te worden gemaakt tussen de inwoner van Nederland en de optant. Echter, bij het berekenen van een eventuele aftrek ter voorkoming van dubbele belasting worden de inwoner van Nederland en de optant verschillend behandeld, in die zin dat de inwoner van Nederland een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting krijgt over de verschuldigde inkomstenbelasting waarbij geen rekening is gehouden met heffingskortingen, terwijl de optant een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting krijgt over de verschuldigde belasting ná rekening te hebben gehouden met de op de optant van toepassing zijnde

¹⁰⁶ Bij dit voorbeeld is geen rekening gehouden met heffingskortingen en Box III vermogen. Daarnaast ervan uitgegaan dat de heer X geen ingekomen werknemer is in de zin van Hoofdstuk 4A Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965.

¹⁰⁷ Tarieven 2012 toegepast.

¹⁰⁸ Hierop kom ik later in deze scriptie terug.

heffingskortingen.¹⁰⁹ Achtergrond van dit onderscheid is het voorkomen dat de optant zowel in Nederland als in zijn woonstaat profiteert van een heffingskorting of een vergelijkbare faciliteit over buitenlandse inkomsten.¹¹⁰

Ook de verenigbaarheid met Europeesrechtelijke beginselen van dit onderscheid is twijfelachtig.¹¹¹

2.4 Resumé

In dit hoofdstuk is ingegaan op de Schumacker-doctrine en de daaruit voortvloeiende keuzeregeling. Samengevat kan worden geconcludeerd dat de Schumacker-doctrine geldt voor hen wiens inkomen op gezinsniveau geheel of nagenoeg geheel wordt verworven in een andere staat dan de woonstaat. Indien aan deze voorwaarde is voldaan werkt - voor de bepaling van het in de werkstaat van toepassing zijnde belastingtarief - de doctrine eveneens door naar negatieve inkomsten uit onroerende zaken gelegen in de woonstaat, op basis van het Lakebrink-arrest.

Voor toepassing van de keuzeregeling is niet vereist dat de optant zijn gehele of nagenoeg gehele inkomen in Nederland verwerft. In die zin lijkt de keuzeregeling een versoepeling te zijn van de Schumacker-doctrine. Wel is het zo dat gebruik maken van de keuzeregeling gunstiger wordt naarmate de optant een groter gedeelte van zijn inkomen in Nederland verwerft. Dit heeft te maken met het progressievoorbehoud dat wordt veroorzaakt door de evenredigheidsmethode.

Op het eerste gezicht lijkt de keuzeregeling een prima faciliteit te zijn voor buitenlands belastingplichtigen. Echter brengt de keuzeregeling een aantal aspecten met zich mee die zich mogelijk moeilijk of niet verenigen met Europees recht en/of internationale belastingverdragen. Zo:

- betreft Nederland buitenlandse inkomsten in de Nederlandse heffing, terwijl aan Nederland geen heffingsrecht toekomt over deze inkomsten;
- past Nederland een progressievoorbehoud toe over dit niet aan Nederland toerekenbare inkomen, waardoor de optant met een mogelijk progressienadeel wordt geconfronteerd;
- kent de keuzeregeling een terugploegbepaling op grond waarvan eerder genoten voordelen weer kunnen worden teruggenomen, waarbij de scheidslijn tussen het al

¹⁰⁹ Artikel 3 lid 6 Uitv.Besl. IB 2001.

¹¹⁰ Zie Essers, P.H.J. en Kempen, van M.L.M.: *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting Studenteneditie 2011-2012*, onderdeel 2.2.2.E: Tegengaan oneigenlijk gebruik keuzerecht; Druk 1, augustus 2011.

¹¹¹ Vgl. Opmeer, B., *De keuzeregeling voor binnenlandse belastingplicht: innovatie of gevaarlijke noviteit?*, MBB 2002/268. De auteur merkt op dat de op heffingskortingen van toepassing zijnde evenredigheidsmethode direct strijdig is met het EG-recht, omdat feitelijk een hoger belastingtarief wordt gegeven van opterende buitenlands belastingplichtigen dan van binnenlands belastingplichtigen. Op de eventuele strijdigheid van deze bepaling ga ik later in deze scriptie nader in.

dan niet geconfronteerd worden met deze terugploegregeling dun is en waarbij bovendien een tariefsnadeel kan ontstaan;

- wordt aan de optant een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting verleend volgens de overall-methode, in tegenstelling tot de per country-methode zoals die voor inwoners van Nederland geldt;
- wordt de optant geconfronteerd met de inhaalregeling indien het vrij te stellen inkomen in enig jaar negatief is en in een volgend jaar het vrij te stellen inkomen positief is;
- worden heffingskortingen slechts pro rata aan de optant toegekend.

De Schumacker-leer, alsook de positie van de keuzeregeling, zijn naar aanleiding van latere arresten verder ontwikkeld. In de navolgende hoofdstukken ga ik in op deze jurisprudentiële ontwikkelingen (met name van het HvJ EU) omtrent de Schumacker-doctrine en de keuzeregeling. In hoofdstuk 3 komen het Renneberg-arrest en het Gielen-arrest aan bod. Deze arresten nemen in deze ontwikkelingen, en daarmee ook in deze scriptie, een prominente rol in.

3 Arresten Renneberg en Gielen

3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 uitvoerig besproken.

Onder invloed van het Renneberg-arrest is de positie van de keuzeregeling (in zijn huidige vorm) in het geding gekomen. In het Renneberg-arrest is namelijk de vraag gerezen in hoeverre Nederland als werkstaat rekening dient te houden met de hypotheekrenteaf trek ten aanzien van een in de woonstaat (in casu België) gelegen eigen woning, dat wil zeggen zonder dat men überhaupt een beroep dient te doen op de keuzeregeling.

In het Gielen-arrest is vervolgens de vraag aan de orde gekomen of de aanwezigheid van de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 eventuele strijdigheid met de Europeesrechtelijke vrijheden kan wegnemen.

In dit hoofdstuk komen de arresten Renneberg en Gielen uitvoerig aan bod. Vervolgens zal ik in hoofdstuk 4 de arresten en de gevolgen ervan nader beschouwen. Daarbij wordt ook stilgestaan bij de drie belangwekkende conclusies van A-G Wattel bij het Renneberg-arrest.

3.2 Het Renneberg-arrest¹¹²

3.2.1 De casus

Renneberg is een ongehuwde grensambtenaar met de Nederlandse nationaliteit. Op 9 december 1993 is hij naar België geëmigreerd, alwaar hij een eigen woning heeft gekocht, welke hij heeft gefinancierd met een hypotheecaire geldlening. Als inwoner van België blijft Renneberg in loondienst werkzaam bij de gemeente Maastricht en verwerft hij zijn gehele arbeidsinkomen in Nederland. Bij het doen van Nederlandse aangifte inkomstenbelasting over de jaren 1996 en 1997 heeft hij verzocht het negatief saldo eigen woning in aanmerking te nemen bij de vaststelling van zijn belastbaar inkomen. Dit verzoek wordt door de inspecteur geweigerd, aangezien het belastingverdrag tussen België en Nederland de heffingsbevoegdheid over in België gelegen onroerende zaken toewijst aan België. Renneberg meent dat hij de hypotheekrente in aftrek kan brengen op grond van het Schumacker-arrest. Hij gaat dan ook in beroep.

¹¹² In dit onderdeel behandel ik de procesgang voor zover deze naar mijn mening relevant is in het kader van deze thesis.

3.2.2 Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002¹¹³

Voor het Hof is tussen partijen in geschil of het saldo van de betaalde hypotheekrente en de huurwaarde eigen woning ten laste van het door Nederland te belasten inkomen kan worden gebracht. Het Hof overweegt¹¹⁴ dat Nederland bij ingezetenen wel rekening houdt met de negatieve inkomsten uit eigen woning en bij niet-ingezetenen niet. Volgens Renneberg leidt dit tot verboden discriminatie. Met verwijzing naar het arrest¹¹⁵ van de Hoge Raad van 20 december 2000 overweegt het Hof dat, voor zover Renneberg doelt op schending van het gemeenschapsrecht, het aan lidstaten vrij staat om in het kader van bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbel belastingheffing de aanknopingspunten ter verdeling van de heffingsbevoegdheden vast te stellen. Volgens het Hof is er in bijzonder geen sprake van zichtbare dan wel verkapte discriminatie op grond van nationaliteit, wanneer Nederland de aftrek van negatieve inkomsten uit de eigen woning van een niet-ingezetene weigert. Volgens het Hof discrimineert Nederland op geoorloofde wijze door alleen voor ingezetenen aftrek toe te laten van negatieve inkomsten uit eigen woning. Daarnaast is er volgens het Hof sprake van een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor het toerekenen van de lasten aan de staat die ook de opbrengst mag belasten (België)¹¹⁶.

Naar oordeel van het Hof slaagt een beroep van Renneberg op de beginselen of op enige vrije verkeersbepaling van het gemeenschapsrecht derhalve niet¹¹⁷. Dat geldt evenzeer voor het beroep van Renneberg op artikel 26 IVBPR. Volgens het Hof is er geen aanleiding om voor het gemeenschapsrecht en het IVBPR verschillende maatstaven te hanteren¹¹⁸.

Renneberg doet daarnaast een beroep op artikel 25 lid 1 en lid 3 van het verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing tussen Nederland en België¹¹⁹. Het beroep van Renneberg op lid 1 strekt zich ertoe dat Nederland onderscheid maakt tussen onderdanen en niet-onderdanen. Het Hof verwerpt dit beroep door te oordelen¹²⁰ dat zowel onderdanen als niet-onderdanen recht hebben op aftrek van de negatieve opbrengst van een in Nederland gelegen eigen woning¹²¹. Ook lid 3 biedt Renneberg geen soelaas, aangezien deze bepaling slechts met zich meebrengt dat Nederland aan inwoners van België dezelfde persoonlijke aftrekken, tegemoetkomingen en verminderingen *uit hoofde van de burgerlijke staat of samenstelling van het gezin* (cursivering MvdS) dient te verlenen. Volgens het Hof mist de

¹¹³ Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002, nr. BK-99/00071 (ten aanzien van belastingjaar 1996) en nr. BK-99/00073 (ten aanzien van belastingjaar 1997). Aangezien beide uitspraken identiek aan elkaar zijn bespreek ik slechts Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002, nr. BK-99/00071.

¹¹⁴ Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002, nr. BK-99/00071, r.o. 4.1.

¹¹⁵ HR 20 december 2000, nr. 35.576 r.o. 3.5.2, BNB 2001/192.

¹¹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002, nr. BK-99/00071, r.o. 4.2.

¹¹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002, nr. BK-99/00071, r.o. 4.3.1.

¹¹⁸ Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002, nr. BK-99/00071, r.o. 4.3.2 met daarin een verwijzing naar HR 2 november 2001, nr. 36.207, BNB 2001/426.

¹¹⁹ Verdrag gesloten te Brussel op 19 oktober 1970, Trb. 1970, nr. 192. Dit verdrag is inmiddels vervangen door het verdrag gesloten te Luxemburg, 5 juni 2001, Trb. 2001, nr. 136, dat op 31 december 2002 in werking is getreden en toepassing vindt per 1 januari 2003.

¹²⁰ Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002, nr. BK-99/00071, r.o. 4.4.

¹²¹ Onder de Wet IB 1964 kon ook de Nederlandse woning van niet-inwoners kwalificeren als eigen woning.

negatieve opbrengst van de eigen woning een dergelijk karakter. Het Hof verwijst daarbij opnieuw naar HR BNB 2001/192. Het Schumacker-arrest, dat expliciet ingaat op aftrekken en tegemoetkomingen die verband houden met de persoonlijke en de gezinssfeer, werkt derhalve niet door naar de negatieve opbrengst van de eigen woning¹²².

Het Hof erkent vervolgens dat de wetgever de aftrek voor de negatieve opbrengst van de eigen woning onder de Wet IB 2001 wel toestaat¹²³, maar oordeelt dat de wetwijziging in 1995 nog niet van kracht was en dat uit niets blijkt dat de wetgever heeft beoogd om aan de wetwijziging terugwerkende kracht toe te kennen. Derhalve is het beroep van Renneberg op schending van behoorlijke wetgeving of van behoorlijk bestuur ongegrond¹²⁴.

Ten slotte doet Renneberg een beroep op artikel 2.2 Wet IB 1964. Volgens Renneberg mogen fictief binnenlands belastingplichtigen niet anders worden behandeld dan echte binnenlands belastingplichtigen. Opnieuw met verwijzing naar HR BNB 2001/192 acht het Hof dit beroep ongegrond, nu sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor het verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen van Nederland.

Het Hof stelt Renneberg derhalve in het ongelijk, als gevolg waarvan Renneberg beroep in cassatie aantekent.

3.2.3 Beroepschrift in cassatie

In zijn beroepschrift in cassatie stelt Renneberg onder andere dat hij als niet-ingezetene beduidend zwaarder wordt belast dan ingezetenen van Nederland die zich, met uitzondering van het woonland (nationaliteit), in een identieke situatie bevinden terwijl het woonland (België, toevoeging MvdS) formeel geen enkele compensatie kan bieden omdat hij daar geen personenbelasting betaalt. Renneberg beroept zich daarbij op:

- strijdigheid met het gemeenschapsrecht, meer in bijzonder de artikelen 39 (48 oud)¹²⁵ en 43 (52 oud)¹²⁶ van het EG-verdrag en het bepaalde in internationale verdragen;
- het ontbreken van eerlijk en onpartijdig proces in beroep bij het Hof. Volgens Renneberg voldeed de bij het Hof gevoerde procedure niet aan het bepaalde in artikel 6 van het EVRM¹²⁷.

Renneberg doet zijn beroep steunen op een aantal toelichtingen, welke ik hierna summier bespreek.

¹²² Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002, nr. BK-99/00071, r.o. 4.5.

¹²³ Artikel 2.5 Wet IB 2001.

¹²⁴ Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002, nr. BK-99/00071, r.o. 4.6.

¹²⁵ Vrij verkeer van werknemers.

¹²⁶ Vrijheid van vestiging.

¹²⁷ Te weten het recht op een eerlijk proces.

3.2.3.1 Standpunt Europese Commissie

Renneberg verwijst naar het door de Europese Commissie ingenomen standpunt¹²⁸ dat het recht van grensarbeiders op gelijke behandeling ook van toepassing is op inkomstenbelasting. De Europese commissie heeft daarbij aangegeven dat een grensarbeider die in de ene lidstaat werkt maar met zijn gezin in de andere lidstaat woont en zijn gezinsinkomen hoofdzakelijk verwerft in de lidstaat waar hij werkt, niet zwaarder mag worden belast dan iemand die woont in de lidstaat waar hij werkt. De Europese Commissie verwijst daarbij tevens naar het Schumacker-arrest.

3.2.3.2 Standpunt Staatssecretaris

Renneberg verwijst daarnaast naar het in het jaar 2000 door de Staatssecretaris van Financiën ingenomen standpunt¹²⁹ over de interpretatie c.q. de uitleg van het Schumacker-arrest uit 1995. Volgens de staatssecretaris zou het Schumacker-arrest met zich meebrengen dat aan inwoners van andere lidstaten van de Europese Unie een onbeperkt recht op het regime van binnenlands belastingplichtigen moet worden geboden indien hun wereldinkomen geheel of nagenoeg geheel in de werkstaat wordt verworven.

3.2.3.3 Uitspraken Europese Hof van Justitie

Renneberg verwijst naar een drietal arresten van het HvJ EU, te weten het Schumacker-arrest, het Gschwind-arrest en het De Groot-arrest, ter motivering van zijn stelling dat in casu sprake is van ongeoorloofde discriminatie.

3.2.3.4 EEG-verordening 1612/68 van 15 oktober 1968

Renneberg verwijst daarnaast naar artikel 7 lid 2 van deze verordening waarin is neergelegd dat een werknemer die onderdaan is van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat dezelfde sociale en fiscale voordelen geniet als nationale werknemers.

3.2.3.5 Aanbeveling van de commissie van 21 december 1993 (94/79/EG)¹³⁰

De commissie overweegt dat het beginsel van gelijke behandeling de lidstaten ertoe verplicht de fiscale voordelen en aftrekposten waarvan ingezetenen gebruik kunnen maken, niet te weigeren aan personen die dergelijke inkomsten verwerven, indien zij deze inkomsten overwegend verwerven in het land waarin zijn werkzaam zijn, hetgeen volgens de commissie het geval is wanneer deze inkomsten ten minste 75% van zijn totale belastbare inkomen vormen.

3.2.3.6 Strijd met het IVBPR

Volgens Renneberg is sprake van strijd met artikel 1 van het twaalfde protocol bij het IVBPR¹³¹, artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie¹³² en artikel 14 EVRM¹³³.

¹²⁸ Europese Commissie 11 december 2002, COM (2002) 694: Communication from the Commission - Free movement of workers : achieving the full benefits and potential.

¹²⁹ Tweede Kamer 2000-2011/27466A.

¹³⁰ Publicatieblad EG 10 februari 1994, nr. L.39/22

¹³¹ Verdrag van 4 november 2000, Trb. 2001/18

3.2.3.7 Grieven t.a.v. uitspraken van het Hof d.d. 31 oktober 2002

Renneberg betoogt dat het Hof geen of onvoldoende aandacht heeft besteed aan de stukken zoals die door hem in de procedure zijn ingebracht met volgens Renneberg als resultaat, een tweetal uitspraken die niet na afweging van alle belangen en stukken tot stand zijn gekomen. Renneberg concludeert dat derhalve geen sprake is van een eerlijk proces zoals bedoeld in artikel 6 EVRM.

3.2.4 Conclusie A-G Wattel 21 april 2004¹³⁴

Naar aanleiding van het beroepschrift in cassatie heeft A-G Wattel op 21 april 2004 conclusie genomen. Hieronder bespreek ik de belangrijkste conclusies van de A-G.

De A-G concludeert dat, op grond van artikel 4 paragraaf 3, sub 1 van het verdrag tussen Nederland en België, Renneberg inwoner is van België en dat het inkomen uit onroerende zaken op grond van artikel 6 van dat verdrag aan België ter belastingheffing is toegewezen. Dat impliceert volgens de A-G dat Nederland het heffingsrecht over de woning kwijtraakt en dat Renneberg in Nederland geen recht heeft op hypotheekrenteaftrek in Nederland, ook onder de Wet IB 2001.¹³⁵

De A-G vervolgt¹³⁶ zijn conclusie door te toetsen in hoeverre de EG-verdragsvrijheden deze systematiek beïnvloeden. Hij geeft daarbij aan dat uit het Gilly-arrest¹³⁷ volgt dat bij gebreke van harmonisatie de EG-lidstaten bevoegd zijn hun heffingsaanknopingspunten en hun verdeling van heffingsbevoegdheid te bepalen, zelfs als zij dat doen op basis van nationaliteit van de belastingplichtige. Daarbij maakt het niet uit of zij dat unilateraal dan wel bilateraal doen. A-G Wattel geeft daarnaast aan dat er twee belangrijke redenen zijn om de onderhavige zaak niet af te doen op basis van artikel 81 RO:¹³⁸

1. Uit het Gilly-arrest blijkt dat de bilaterale verdeling van de heffingsbevoegdheid op zichzelf neutraal werkt en dat deze verdeling er slechts toe leidt dat een belastingplichtige met de verdeelde inkomensbestanddelen ofwel in de ene fiscale jurisdictie terechtkomt ofwel in de andere en dat hij daarbij geluk of pech kan hebben, afhankelijk van de tarieven in de betreffende staten. Uit het Gilly-arrest valt volgens A-G Wattel niet af te leiden dat welke weg het Hof was ingeslagen wanneer hem de vraag zou worden gesteld of de EG-verdragsvrijheden zich ertegen verzetten dat degene die EG-binnengrens overgaat, geconfronteerd wordt met een territoriale compartimentering van niet alleen zijn positieve inkomen maar ook zijn negatieve inkomen, waardoor hij horizontale verliescompensatiemogelijkheden verliest en een

¹³² 7 december 2000, C-364/01

¹³³ Verdrag van 4 november 1950, Trb. 1951/154

¹³⁴ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900.

¹³⁵ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 4.

¹³⁶ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 5.3

¹³⁷ HvJ EG 12 mei 1998, C-336/96 (Gilly), NJ 1999/361.

¹³⁸ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 5.4 en 5.5.

zwaardere (actuele) belastingdruk kan ondervinden dan degene die in overigens dezelfde omstandigheden binnen één lidstaat blijft.

2. Het arrest Marks & Spencer II¹³⁹ en het reeds in deze scriptie besproken Ritter-Coulais-arrest. In beide zaken had de nationale rechter prejudiciële vragen gesteld over de vraag of het ontbreken horizontale grensoverschrijdende verliescompensatie in strijd komt met EG-verdragsvrijheden.

Met name op de verhouding tussen Renneberg en de Ritters wordt door de A-G uitgebreid ingegaan.¹⁴⁰ Het in Frankrijk woonachtige echtpaar Ritter werkte in overheidsdienst in Duitsland en werd om die reden voor Duitse nationale wetgeving aangemerkt als onbeperkt (binnenlands) belastingplichtig. Desalniettemin konden zij hun negatieve saldo uit de Franse eigen woning niet ten laste van hun arbeidsinkomsten brengen, aangezien het belastingverdrag tussen Frankrijk en Duitsland het heffingsrecht over inkomsten uit in Frankrijk gelegen onroerend goed toewijst aan Frankrijk. Daarnaast kent Duitsland een objectvrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting waardoor het negatieve saldo uit de Franse woning niet in de Duitse heffingsgrondslag wordt begrepen. Ten slotte maakt de Franse woning ook geen onderdeel uit van de grondslag ter bepaling van het van toepassing zijnde belastingtarief. Het Duitse Bundesfinanzhof merkt deze verschillen in behandeling aan als een belemmering van de EG-vestigingsvrijheid en van de vrijheid van kapitaalverkeer.¹⁴¹ De A-G plaats zijn vraagtekens bij deze veronderstelling van het BFH, aangezien het echtpaar Ritter moet worden aangemerkt als werknemers, niet als ondernemers of zelfstandigen.¹⁴² Er dient derhalve te worden gekeken naar het vrije werknemersverkeer, maar ook deze vrijheid mist naar het oordeel van de A-G toepassing, aangezien in casu slechts sprake is van het verleggen van de privé-woonstede van de ene naar de andere Lidstaat. De A-G verwijst hierbij naar het Werner-arrest¹⁴³ waarin een Duitse tandarts toegang tot de EG-verdragsvrijheden werd ontzegd aangezien de verhuizing van zijn gezin van Duitsland naar Nederland terwijl hij zijn beroep in Duitsland bleef uitoefenen geen EG-rechtelijk aanknopingspunt van grensoverschrijding bood.

A-G Wattel concludeert¹⁴⁴ vervolgens dat het op 1 november 1993 in werking getreden algemene verblijfsrecht¹⁴⁵ een rol kan spelen in de Renneberg-zaak. De A-G geeft daarbij aan dat interne situaties (ofwel gevallen waarvan alle EG-rechtelijke relevante elementen zich binnen één Lidstaat bevinden) niet onder het bereik van de EG-verdragsvrijheden vallen.¹⁴⁶

¹³⁹ HvJ EU 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72 (Marks & Spencer II)

¹⁴⁰ Zie met name de onderdelen 6 en 7 van Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900.

¹⁴¹ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 6.3.

¹⁴² Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 7.10.

¹⁴³ HvJ EG 26 januari 1993, nr. C-112/91, V-N 1993, blz. 1269 (Werner).

¹⁴⁴ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 7.14.

¹⁴⁵ Verdrag van Maastricht, Trb. 1992, 74.

¹⁴⁶ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 8.1.

Opnieuw met verwijzing naar het Werner-arrest komt de A-G tot de conclusie dat van werknemersverkeer in de zin van het EG-Verdrag geen sprake is nu aan Rennebergs dienstbetrekking en de plaats van de uitoefening van deze dienstbetrekking niets veranderd is.¹⁴⁷ Hij geeft daarbij aan dat in het Gilly-arrest wel sprake was van toegang tot de EG-verdragsvrijheden. De doorslaggevende redenen hiervan zijn dat (hoewel de zaken Werner en Gilly sprekend op elkaar lijken) Gilly een dubbele nationaliteit verwierf en zij daarnaast in tegenstelling tot Werner procedeerde tegen haar woonstaat. In Rennebergs geval zou dat België zijn.¹⁴⁸ Dat brengt A-G Wattel tot de conclusie dat de zaak van Renneberg niet binnen de reikwijdte van het werknemersverkeer valt, althans niet vanuit Nederland gezien.¹⁴⁹

Met de conclusie dat de specifieke EG-verdragsvrijheden niet op Renneberg van toepassing zijn, komt A-G Wattel¹⁵⁰ toe aan bij de vraag of de reikwijdte van het algemene verblijfsrecht van artikel 18 EG-Verdrag van toepassing is. Artikel 18 EG-Verdrag luidt als volgt:

“Iedere burger¹⁵¹ van de Unie heeft het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij dit Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.”

Na bespreking van de arresten Martinez Sala, Baumbast, D’Hoop en Elsen¹⁵² komt de A-G tot de conclusie¹⁵³ dat ook in het kader van het verblijfsrecht gesproken moet worden van een interne situatie: Renneberg heeft voor wat betreft de woning een intern Belgisch probleem. Voor wat betreft zijn ambtenarensalaris heeft hij een intern Nederlands probleem. De A-G merkt daarbij op dat het verblijfsrecht niet wordt belemmerd aangezien noch Nederland, noch België aan Renneberg een strobreed in de weg legt bij het kopen en financieren van zijn Belgische eigen woning, het verhuizen, het in België wonen en overigens verblijven, het forenzen naar zijn werk in Nederland of het gebruik maken van het nachtleven in één van beide landen. Een mogelijk beroep op het discriminatieverbod artikel 12 EG-Verdrag zou falen omdat dit verbod niet geschonden is. België behandelt Renneberg namelijk niet anders dan andere inwoners van België. Nederland op zijn beurt behandelt hem niet anders dan andere niet-inwoners van Nederland.

¹⁴⁷ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 8.2.

¹⁴⁸ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 8.3 en 8.4.

¹⁴⁹ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 8.5 en 8.6.

¹⁵⁰ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 8.14, 9.3. en 9.4. Wattel acht het aannemelijk dat pas aan toetsing van het algemene verblijfsrecht kan worden toegekomen wanneer de toepasselijkheid van de specifieke verdragsvrijheden is uitgesloten. Hij verwijst daarbij naar HvJ EG 29 februari 1996, nr. C-193/94, Jur. 1996, blz. I-929 (Skanavi).

¹⁵¹ Een ieder die de nationaliteit van een Lidstaat bezit (Artikel 17 lid 1 EG-Verdrag).

¹⁵² HvJ EG 12 mei 1998, C-85/96, Jur. 1998, blz. I-02691 (Martinez Sala), HvJ EG 17 september 2002, zaak C-413/99, Jur.blz. I-07091 (Baumbast), HvJ EG 11 juni 2002, zaak C-224/98, Jur.blz. I-06191 (D’Hoop) en HvJ EG 23 november 2000, zaak C-135/99, Jur.blz. I-10409 (Elsen).

¹⁵³ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 9.12

De A-G besluit zijn conclusie volledigheidshalve met het bespreken van de situatie waarin een van de verdragsvrijheden wel van toepassing is. Volgens de A-G is van (in)directe discriminatie geen sprake aangezien het belang van nationaliteit tenietgedaan wordt door het belastingverdrag.¹⁵⁴ Daarnaast is de uitgeoefende dienstbetrekking het enige fiscale aanknopingspunt van Renneberg met Nederland. De Belgische eigen woning valt naar het oordeel van A-G Wattel¹⁵⁵ in alle opzichten buiten de Nederlandse jurisdictie.

Ten aanzien van de tussen Nederland en België afgesproken verdeling van de heffingsbevoegdheid komt A-G Wattel tot het oordeel dat lidstaten de vrijheid hebben hun heffingsbevoegdheden bilateraal te verdelen op basis van de door hen gekozen criteria, zelfs op basis van nationaliteit van een ambtenaar, alsmede dat het ontbreken van een grensarbeidersregeling voor publiekrechtelijke dienstbetrekkingen niet in strijd is met het vrije werknemersverkeer. De toewijzing van het heffingsrecht over onroerend goed aan de situsstaat is dan ook niet in strijd met de EG-vrijheden.¹⁵⁶

Wel is A-G Wattel van mening dat Renneberg nadeel ondervindt als gevolg van het gebruik maken van het recht van verblijf in een andere lidstaat. De vraag is dan ook of Nederland als land van herkomst op zijn ex-inwoners een EU-grondslagstelsel moet blijven toepassen teneinde hen in staat te blijven stellen tot horizontale verliescompensatie.¹⁵⁷

De A-G stelt dat van dispariteit in Rennebergs zaak geen sprake is. Daarnaast is de territoriale compartimentering van inkomen door toepassing van het bronbeginsel evenmin discriminatoir. Dat brengt de A-G bij een derde categorie, te weten dislocatie als gevolg van het zich blootstellen aan meer dan één belastingjurisdictie als gevolg van grensoverschrijding.¹⁵⁸ De A-G vervolgt zijn betoog met de stelling dat de belemmering voor Renneberg gelegen is in de interactie tussen twee belastingjurisdicties. Zo geldt voor inwoners doorgaans het wereldinkomenstelsel terwijl voor niet-inwoners het bronbeginsel geldt. De A-G draagt een tweetal alternatieven aan die deze inconsistentie kunnen opheffen:

1. Het toepassen van het bronbeginsel in door de woonstaat. Deze uitwerking van het territorialiteitsbeginsel met een objectvrijstelling voor buitenlands inkomen (al dan niet met tariefsprogressievoorbehoud) is volgens de A-G nondiscriminatoir, consistent en duidelijk, maar leidt wel tot een versterking van de territoriale compartimentering.
2. Het toepassen van het EU-grondslagstelsel op niet-inwoners. Deze oplossing komt erop neer dat alle Lidstaten EG-buitenlands belastingplichtigen fiscaal hetzelfde behandelen als hun binnenlandse belastingplichtigen. Dit houdt in dat het gehele EU-inkomen in de heffingsgrondslag wordt betrokken en dat een voorkoming van dubbele belasting wordt verleend zoals die ook aan inwoners wordt verleend. Deze uitwerking zou aan Renneberg een oplossing van zijn belemmering kunnen bieden en heeft in zijn

¹⁵⁴ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 10.2.

¹⁵⁵ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 10.3.

¹⁵⁶ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 10.6.

¹⁵⁷ Oftewel verliescompensatie binnen het jaar.

¹⁵⁸ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 10.11.

algemeenheid als voordeel dat sprake is van een woonplaatsneutrale ‘taartpunten’ systeem, aldus de A-G.¹⁵⁹

A-G Wattel besluit zijn conclusie met het standpunt dat onder andere het bronbeginsel zoals het HvJ EG dat heeft goedgekeurd in het Futura-arrest¹⁶⁰, het fiscale onderscheid tussen inwoners en niet-inwoners en het Schumacker-systeem voor de fiscale vergelding van persoonlijke omstandigheden in grensoverschrijdende situaties, in strijd zijn met de EG-verdragsvrijheden omdat aldus de nationale fiscale behandeling van niet-inwoners wordt geweigerd zonder dat objectieve verklarende of rechtvaardigende verschillen in de feitelijke positie kunnen worden aangevoerd. De A-G merkt op dat een EU-grondslagstelsel voornamelijk tijdelijke territoriale verschuiving van belasting meebrengt aangezien het door de bronstaat geïmporteerde woonstaatverlies veelal later wordt gecompenseerd via de inhaalregeling. Voor belastingplichtige wiens grensoverschrijdende situatie van permanente duur is gaat dit echter niet op, zo nuanceert de A-G dit vervolgens.¹⁶¹

Bovenstaande bevindingen brengen de A-G tot het eindoordeel dat Rennebergs beroep ongegrond moet worden verklaard.

3.2.5 Conclusie A-G Wattel 19 april 2006¹⁶²

Op 19 april 2006 heeft A-G Wattel naar aanleiding van de arresten van het HvJ EG in de zaken Ritter-Coulais¹⁶³ en Marks & Spencer II¹⁶⁴ nadere conclusie genomen in de zaak Renneberg. De A-G gaat in deze vervolgcconclusie in de eerste plaats in op het arrest Ritter-Coulais en merkt op¹⁶⁵ dat het HvJ EG in die zaak het volgende voor recht verklaarde:

“Artikel 39 EG moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke natuurlijke personen die in een lidstaat inkomsten uit loondienst genieten en aldaar onbeperkt belastingplichtig zijn, er geen aanspraak op kunnen maken dat bij de bepaling van het belastingtarief (onderlijning MvdS)¹⁶⁶ voor genoemde inkomsten in deze staat rekening wordt gehouden met negatieve inkomsten uit verhuur die betrekking hebben op een woning in een andere lidstaat, die zij persoonlijk als zodanig gebruiken, terwijl positieve inkomsten uit verhuur van een dergelijke woning wel in aanmerking zouden worden genomen.”¹⁶⁷

¹⁵⁹ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 10.13.

¹⁶⁰ HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95, FED 1998/365 (Futura)

¹⁶¹ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 10.14.

¹⁶² Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811.

¹⁶³ HvJ EU 21 februari 2006, C-152/03, V-N 2006/13.10 (Ritter-Coulais).

¹⁶⁴ HvJ EU 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72 (Marks & Spencer II).

¹⁶⁵ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 1.3.

¹⁶⁶ Het gaat hier derhalve niet op de grondslagbepaling, maar om de bepaling van het van toepassing zijnde belastingtarief.

¹⁶⁷ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 1.4.

Tot A-G Wattels spijt is de vraag of deze negatieve inkomsten ook in aftrek mochten worden gebracht voor de bepaling van de grondslag van de heffing in de werkstaat door het HvJ EG onbeantwoord gelaten.¹⁶⁸

Of in de zaak Renneberg de negatieve inkomsten uit de Belgische eigen woning in Nederland in aanmerking moeten worden genomen volgt dus niet expliciet uit het arrest Ritter-Coulais.

Voor de vraag of Renneberg, nu hij slechts zijn woonplaats heeft verlegd en niet zijn economische activiteit, toegang heeft tot het EG-Verdrag kan evenmin aansluiting worden gezocht bij het arrest Ritter-Coulais aangezien Ritter-Coulais in tegenstelling tot Renneberg een dubbele nationaliteit bezit, zo concludeert de A-G.¹⁶⁹

Vervolgens gaat de A-G in op het arrest Marks & Spencer II en geeft hij aan dat de achterliggende gedachte van dat arrest lijkt te zijn dat een belastingplichtige die binnen de EG een interne grens overschrijdt (ofwel gebruik maakt van zijn verdragsvrijheden, zoals Renneberg, indien bij binnen het verblijfsrecht valt) niet daardoor in een fiscaal nadeligere positie mag geraken in vergelijking met binnen één jurisdictie investeren of werken, zodat hij hoe dan ook uiteindelijk steeds ergens in de interne markt zijn aftrekposten et cetera moet kunnen vergelden. Bij voorkeur dient deze vergelding, zo oordeelt A-G Wattel, in de correcte jurisdictie, maar bij onmogelijkheid daarvoor in de territoriaal verkeerde jurisdictie. In wezen wordt aldus de Schumacker-doctrine uitgebreid met zakelijke kosten en verliezen in tweerechtspersonensituaties.¹⁷⁰

Deze ‘altijd-ergens-regel’ op de Renneberg-zaak toepassende lijkt mee te brengen dat indien Renneberg zijn Belgische hypotheekrente definitief niet van zijn aan België toegewezen inkomen kan aftrekken, hij deze hypotheekrente van zijn aan Nederland toegewezen ambtenarensalaris moet kunnen aftrekken.¹⁷¹ A-G Wattel betoogt echter geen voorstander te zijn van deze altijd-ergens-regel, daar de regel volgens hem meer inconsistenties, ongerijmdheden en distorties oproept dan dat de regel oplossingen biedt.¹⁷² Een belangrijk argument van de A-G is dat het altijd-ergens-beginsel veronderstelt dat indien de belanghebbende zijn inkomen niet over twee jurisdicties had verdeeld, hij wel aftrek zou hebben gehad. Dat is echter niet het geval als één van beide jurisdicties de betrokken aftrek helemaal niet kent.¹⁷³

A-G Wattel merkt dergelijke verschillen in belastingwetgeving aan als dispariteiten die slechts met harmonisatie van wetgeving weggenomen kunnen worden. De verschillen zijn volgens de A-G geen discriminaties of unilaterale belemmeringen die aan één jurisdictie verweten kunnen worden en de toepassing van EG-verdragsvrijheden kan dergelijke verschillen niet wegnemen. Hij stelt dat niet het Hof maar de communautaire wetgever moet

¹⁶⁸ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overwegingen 1.5 en 1.8.

¹⁶⁹ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 2.1.

¹⁷⁰ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 3.2.

¹⁷¹ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 3.4.

¹⁷² Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 3.5.

¹⁷³ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, opnieuw overweging 3.5.

bepalen welke van de twee betrokken staten nadelen moet wegnemen die het gevolg zijn van grondslagfragmentering over twee jurisdicties in plaats van één jurisdictie.¹⁷⁴

In onderdeel 4 van zijn conclusie gaat A-G Wattel vervolgens in op de vraag waar zijn bevindingen voor Renneberg toe leiden. Aldus de A-G zijn er twee mogelijkheden:

1. België kende wel een hypotheekrenteaftrek;
2. België kende geen hypotheekrenteaftrek.

In het tweede geval is sprake van een dispariteit en hoeft Nederland niet in te springen voor wat ook in België niet verkregen had kunnen worden als Renneberg zijn loon aldaar had verworven.¹⁷⁵

Renneberg heeft in cassatie gesteld dat in België een aftrek bestaat zoals die ook in Nederland bestaat. Nadere bestudering van het toepasselijke recht in België leidt echter tot de conclusie dat deze stelling van Renneberg slechts gedeeltelijk juist is. De hypotheekrente kan in België in aftrek worden gebracht op positief inkomen uit eigen woning, maar kan niet leiden tot een negatief saldo uit onroerend goed. In die zin is volgens de A-G sprake van een dispariteit tussen de Nederlandse en Belgische wetgeving, hetgeen de A-G tot de conclusie brengt dat Nederland niet gehouden is om aan Renneberg hypotheekrenteaftrek te verlenen.¹⁷⁶

Mocht van dispariteit geen sprake zijn geweest, dan zijn er naar het oordeel van de A-G drie mogelijkheden:¹⁷⁷

1. Toepassen van het altijd-ergens-beginsel;
2. Het respecteren van de fiscale jurisdictieverdeling, mits deze non-discriminatoire geschiedde;
3. De belanghebbende nationale behandeling geven. De A-G maakt hierbij een vergelijking met artikel 2.5 Wet IB 2001.

Gegeven de huidige stand van het gemeenschapsrecht acht A-G Wattel de tweede optie in deze situatie de meest aangewezen omdat Nederland dan geen inkomen in de heffing betreft waarover het heffingsrecht aan België is toegewezen.¹⁷⁸

De A-G sluit zijn conclusie af door te stellen dat Rennebergs beroep ongegrond is omdat geen sprake is van discriminatie of van een eenzijdige belemmering, maar van een dispariteit van wetgeving die niet bestreden kan worden met de EG-verdragsvrijheden. Subsidiair stelt hij

¹⁷⁴ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 3.6.

¹⁷⁵ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 4.1.

¹⁷⁶ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 4.4.

¹⁷⁷ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 4.5.

¹⁷⁸ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 4.8.

dat, mocht dispariteit niet aanwezig worden geacht, prejudiciële vragen zouden moeten worden gesteld aangaande de uitlegging van EG-recht.¹⁷⁹

3.2.6 HR 22 december 2006¹⁸⁰

Naar aanleiding van het hierboven beschreven beroep in cassatie, het verweerschrift van de Staatssecretaris van Financiën en Rennebergs conclusie van repliek buigt de Hoge Raad zich op 22 december 2006 over de door het Hof gedane uitspraken.

De Hoge Raad concludeert¹⁸¹ dat strijd met artikel 43 EG-Verdrag niet aan de orde is, nu Renneberg louter als niet-zelfstandige kan worden aangemerkt. Wel is volgens de Hoge Raad mogelijk strijd met artikel 56 EG-Verdrag, het recht op vrij kapitaalverkeer.

De Hoge Raad overweegt¹⁸² vervolgens dat het HvJ EU in het Schumacker-arrest heeft geoordeeld dat ingezetenen en niet-ingezetenen zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden en dat het om die reden niet discriminerend is dat een lidstaat een niet-ingezetene niet in aanmerking brengt voor bepaalde belastingvoordelen, hetgeen volgens het HvJ EU derhalve niet in strijd is met artikel 39 EG-Verdrag. De Hoge Raad concludeert vervolgens dat het HvJ EU hierop een uitzondering heeft gemaakt, namelijk ingeval de niet-ingezetene geen inkomsten van betekenis geniet in de woonstaat en het grootste deel van zijn belastbare inkomen verwerft door arbeid in een andere lidstaat. In dat geval heeft de niet-ingezetene recht op dezelfde belastingvoordelen uit hoofde van persoonlijke- en gezinssituatie als ingezetenen. Echter valt de negatieve opbrengst van de eigen woning niet onder deze omschrijving, aldus de Hoge Raad¹⁸³.

Op de vraag of Nederland ingezetenen en niet-ingezetenen ongelijk mag behandelen ingeval de inkomenssituatie van deze twee typen belastingplichtigen in verregaande mate vergelijkbaar is, blijft de Hoge Raad het antwoord schuldig. De Hoge Raad constateert dat er in dit kader verschillende opvattingen denkbaar zijn en dat hier een vraag van uitlegging van het gemeenschapsrecht aan de orde is die nog geen beantwoording heeft gevonden in de rechtspraak van het HvJ EU. De Hoge Raad¹⁸⁴ verzoekt derhalve op grond van artikel 234 EG-Verdrag aan het HvJ EU om een prejudiciële beslissing te nemen op de volgende vraagstelling¹⁸⁵:

‘Moeten de artikelen 39 en 56 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd dat één van die artikelen of beide zich ertegen verzetten dat aan een belastingplichtige die (per saldo) negatieve inkomsten heeft uit een door hem bewoonde eigen woning in zijn woonstaat en zijn positieve inkomsten, met name arbeidsinkomsten, volledig verwerft in een andere lidstaat dan waarin

¹⁷⁹ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 5.

¹⁸⁰ Hoge Raad 22 december 2006, nr. 39.258, LJN AX6290, BNB 2007/134.

¹⁸¹ Hoge Raad 22 december 2006, nr. 39.258, LJN AX6290, BNB 2007/134, r.o. 3.8 en 3.9.

¹⁸² Hoge Raad 22 december 2006, nr. 39.258, LJN AX6290, BNB 2007/134, r.o. 3.10.

¹⁸³ Hoge Raad 22 december 2006, nr. 39.258, LJN AX6290, BNB 2007/134, r.o. 3.11.

¹⁸⁴ Hoge Raad 22 december 2006, nr. 39.258, LJN AX6290, BNB 2007/134, r.o. 3.12 t/m 3.14.

¹⁸⁵ Hoge Raad 22 december 2006, nr. 39.258, LJN AX6290, BNB 2007/134, r.o. 4.

hij woont, door die andere lidstaat (werkstaat) niet wordt toegestaan de negatieve inkomsten af te trekken van zijn belastbare arbeidsinkomsten, terwijl de werkstaat een zodanige aftrek wel toestaat aan zijn ingezetenen?’

3.2.7 Europees Hof van Justitie 16 oktober 2008¹⁸⁶

Het HvJ EG concludeert op basis van het belastingverdrag tussen België en Nederland, dat het heffingsrecht over in België gelegen onroerende zaken toekomt aan België en dat Nederland het heffingsrecht heeft over overheidsbeloningen die een persoon geniet uit hoofde van een Nederlandse overheidsfunctie¹⁸⁷.

Het HvJ EG concludeert vervolgens dat de Belgische ingezetene die arbeidsinkomsten verwerft in Nederland in de Nederlandse belastingheffing wordt betrokken voor het door hem genoten binnenlandse onzuivere inkomen, bestaande uit het gezamenlijke bedrag van het zuivere inkomen uit arbeid - voor zover genoten uit een in Nederland vervulde (vroegere) dienstbetrekking - of uit in Nederland gelegen onroerende goederen¹⁸⁸.

Tevens concludeert het HvJ EG dat de niet in Nederland woonachtige Nederlander die in dienstbetrekking staat tot een Nederlandse publiekrechtelijke rechtspersoon, geacht wordt in Nederland te wonen¹⁸⁹, maar dat HR 12 maart 1980, BNB 1980/170 met zich meebrengt dat deze woonplaatsbepaling moet wijken voor de bepalingen van het bilaterale belastingverdrag ten aanzien van inkomstenbronnen die volgens dit belastingverdrag aan België ter belastingheffing zijn toegewezen.

Met betrekking tot het hoofdgeding stelt het HvJ EG vast dat Renneberg in cassatie heeft verwezen naar het Schumacker-arrest. Renneberg stelt dat hij, aangezien hij zijn door artikel 39 EG gewaarborgde recht op vrij verkeer uitoefent, in Nederland de voordelen moet krijgen die aan ingezetenen belastingplichtigen worden toegekend, nu hij zich op het vlak van zijn belastbare inkomsten en de plaats waar deze worden verworven, in een situatie bevindt die in verregaande mate vergelijkbaar is met die van deze belastingplichtigen¹⁹⁰. Volgens het HvJ EG heeft de Hoge Raad opgemerkt dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingvoordeel niet gerelateerd is aan de persoonlijke- en gezinssituatie van de belastingplichtige, anders dan de belastingvoordelen die aan de orde waren in het Schumacker-arrest¹⁹¹.

¹⁸⁶ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50.

¹⁸⁷ Verdrag NL-BE 19-10-1970, Trb. 1970, 192 artikel 6, paragraaf 1, respectievelijk artikel 19 paragraaf 1. Zie HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, r.o. 4 en 5.

¹⁸⁸ Artikelen 48 en 49, sub c, Wet IB 1964. Zie HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 15 t/m 17.

¹⁸⁹ Artikel 2, lid 2 Wet IB 1964.

¹⁹⁰ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 28.

¹⁹¹ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 29.

3.2.7.1 Overwegingen van het HvJ EG

De hierboven genoemde prejudiciële vraag van de Hoge Raad der Nederlanden is door het HvJ EG als volgt geïnterpreteerd¹⁹²:

“Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 39 EG en/of artikel 56 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling als die aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke een gemeenschapsburger, die niet-ingezetene is van een lidstaat waarin hij inkomsten verwerft die zijn volledige of nagenoeg volledige belastbare inkomen vormen, in deze lidstaat voor de vaststelling van de grondslag van de belastingheffing over dat inkomen negatieve inkomsten uit een in een andere lidstaat gelegen woning waarvan hij eigenaar is, niet in aftrek kan brengen, terwijl een ingezetene van eerstgenoemde lidstaat dergelijke negatieve inkomsten voor de vaststelling van de grondslag van de belastingheffing over zijn inkomen wel in mindering kan brengen.”

Met betrekking tot artikel 39 EG (vrij verkeer van werknemers) concludeert het HvJ EG dat iedere gemeenschapsburger die in een andere lidstaat dan zijn woonstaat een werkzaamheid in loondienst uitoefent, binnen de werksfeer van artikel 39 EG valt, ongeacht zijn woonplaats en zijn nationaliteit¹⁹³.

Volgens de Nederlandse regering dient niet Nederland maar België rekening te houden met de negatieve en positieve inkomsten die Renneberg uit zijn Belgische woning heeft gehaald en is het verschil in behandeling tussen inwoners en niet-inwoners uitsluitend het gevolg van de wijze waarop de heffingsbevoegdheid over verdragsniveau tussen Nederland en België is verdeeld. De Nederlandse regering concludeert derhalve dat geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties en dus dat geen sprake is van discriminatie¹⁹⁴.

De Commissie ter terechtzitting concludeert¹⁹⁵ daarentegen dat, vanuit het oogpunt van de werkstaat bezien, de situatie van de ingezetene en die van de niet-ingezetene die beiden hun inkomen (nagenoeg) volledig in deze werkstaat genieten, vergelijkbaar zijn en derhalve dat sprake is van een ongelijke behandeling, louter op grond van woonplaats. De Commissie oordeelt dan ook dat sprake is van een door artikel 39 EG verboden indirecte discriminatie.

Het HvJ EG oordeelt¹⁹⁶ dat de Nederlandse regeling maatregelen betreft die nadelig zouden kunnen zijn voor gemeenschapsburgers die een beroepswerkzaamheid uitoefenen in een andere lidstaat dan hun woonstaat, hetgeen inzonderheid het geval is voor gemeenschapsburgers die in een bepaalde lidstaat economische activiteiten willen blijven uitoefenen nadat zij hun woonplaats naar een andere lidstaat hebben overgebracht.

¹⁹² HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 33.

¹⁹³ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 36, met daarin een verwijzing naar o.a. de arresten Ritter-Coulais, C-152/03, Jurispr. blz. I-1711, punt 31, 18 juli 2007 en Lakebrink, C-182/06, Jurispr. blz. I-6705, punt 15.

¹⁹⁴ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 39 t/m 41.

¹⁹⁵ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 42.

¹⁹⁶ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 44.

Vervolgens overweegt het HvJ EG dat, volgens vaste rechtspraak, lidstaten bevoegd zijn om de criteria voor de belasting van de inkomsten en het vermogen vast te stellen teneinde dubbele belasting te voorkomen. Daarbij staat het lidstaten vrij om in het kader van bilaterale belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting de aanknopingspunten van de verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen¹⁹⁷. Nederland en België hebben van die vrijheid gebruik gemaakt door de vaststelling van artikel 6 en 19 par. 1. Op basis van deze bepalingen heeft België in casu het recht om te heffen over in België gelegen onroerend goed, terwijl Nederland heffingsbevoegd is over de bezoldiging van de ambtenaar van de Nederlandse overheidsdienst, Renneberg¹⁹⁸.

Het HvJ EG oordeelt dat de hierboven genoemde vrijheid in de verdeling van de heffingsbevoegdheid niet betekent dat lidstaten maatregelen mogen treffen die in strijd zijn met de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer¹⁹⁹. Evenmin betekent de hierboven genoemde vrijheid in de verdeling van de heffingsbevoegdheid dat Nederland elke bevoegdheid is ontnomen om bij de vaststelling van de grondslag voor de heffingsbevoegdheid over inkomsten van een niet-ingezetene belastingplichtige die zijn belastbaar inkomen grotendeels of volledig in Nederland verwerft, rekening te houden met de negatieve inkomsten uit een in België gelegen onroerend goed²⁰⁰. Het HvJ EG verwijst²⁰¹ in dit kader eveneens naar de conclusie van de advocaat-generaal²⁰², die in zijn conclusie tot eenzelfde oordeel kwam.

Het HvJ EG overweegt²⁰³ vervolgens dat het belastingverdrag tussen Nederland en België ten aanzien van de berekening van de belasting over het inkomen van een ingezetene belastingplichtige, niet belet dat rekening wordt gehouden met de negatieve inkomsten uit een in België gelegen onroerende zaak. De weigering om deze aftrek te verlenen aan Renneberg is derhalve niet het gevolg van de keuze die in dit verdrag is gemaakt om de heffingsbevoegdheid voor inkomsten uit onroerend goed van binnen de werkingssfeer van dit verdrag vallende belastingplichtigen toe te kennen aan de lidstaat op het grondgebied waarvan het betrokken onroerend goed is gelegen. Het HvJ EG oordeelt²⁰⁴ dan ook dat de vraag of de betrokken negatieve inkomsten al dan niet in aanmerking worden genomen in werkelijkheid afhangt van de vraag of de belastingplichtige Nederlands ingezetene is. Wanneer geen objectief verschil bestaat dat grond kan opleveren voor een verschillende behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen is er bij het onthouden van een fiscaal voordeel aan niet-ingezetenen sprake van discriminatie. Dat is met name het geval wanneer een niet-ingezetene belastingplichtige geen inkomsten van betekenis in zijn woonstaat verwerft en het grootste deel van zijn belastbaar inkomen uit een in de werkstaat uitgeoefende activiteit, zodat de

¹⁹⁷ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 48.

¹⁹⁸ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 49.

¹⁹⁹ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 50.

²⁰⁰ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 52.

²⁰¹ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 53.

²⁰² Conclusie A-G Mengozzi bij HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, overweging 81.

²⁰³ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 57.

²⁰⁴ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 58.

woonstaat hem niet de voordelen kan toekennen die ontstaan wanneer met zijn persoonlijke en gezinssituatie rekening wordt gehouden. In een dergelijke situatie is de discriminatie gelegen in het feit dat in de woonstaat noch in de werkstaat rekening wordt gehouden met de persoonlijke en gezinssituatie van een niet-ingezetene die het grootste deel van zijn inkomsten en nagenoeg zijn volledige gezinsinkomen verwerft in een andere staat dan zijn woonstaat²⁰⁵. Het HvJ EG verwijst naar het Lakebrink-arrest waarin is gewezen dat het Schumacker-arrest zich uitstrekt tot alle belastingvoordelen die verband houden met de fiscale draagkracht van een niet-ingezetene die in de woonstaat noch in de werkstaat worden verleend. Volgens het HvJ EG vallen ook de negatieve inkomsten uit de Belgische eigen woning van Renneberg hieronder²⁰⁶.

Het HvJ EG is van oordeel dat de situatie van Renneberg, voor wat betreft zijn fiscale draagkracht, uit het oogpunt van de werkstaat objectief vergelijkbaar is met de situatie van een ingezetene die ook in deze lidstaat een werkzaamheid in loondienst uitoefent. Aangezien Renneberg in zijn woonstaat enkel de onroerende voorheffing verschuldigd is en hij uit hoofde van zijn inkomsten uit onroerend goed geen personenbelasting²⁰⁷ verschuldigd is, kan Renneberg de negatieve inkomsten uit zijn Belgische eigen woning in België niet in aftrek brengen en kan hij bovendien op geen enkele manier deze negatieve inkomsten doen verrekenen bij de vaststelling van de grondslag voor de belastingheffing over zijn inkomen in de werkstaat, Nederland²⁰⁸. Met verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal²⁰⁹ oordeelt het HvJ EG dat, indien Nederland de aan ingezetenen voorbehouden behandeling²¹⁰ ook zou toepassen op niet-ingezetenen die hun inkomen volledig of nagenoeg volledig in Nederland genieten, de rechten die op grond van het belastingverdrag tussen Nederland en België aan België toekomen niet in het gedrang brengen en aan België geen enkele nieuwe verplichting opleggen²¹¹.

Met betrekking tot de door het Nederlandse regering ingenomen standpunt dat de negatieve fiscale gevolgen die Renneberg ondervindt van de aankoop van zijn woning in België, voortvloeien uit dispariteit²¹² tussen de nationale belastingstelsels van de twee betrokken staten overweegt het HvJ EG²¹³ dat van dispariteit geen sprake is. Het HvJ EG beargumenteert dit oordeel door te stellen dat, zelfs wanneer België aftrek van het negatieve inkomen uit Belgisch onroerend goed van het arbeidsinkomen toestaat, een belastingplichtige

²⁰⁵ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 60 t/m 62.

²⁰⁶ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 63 en 64.

²⁰⁷ Grofweg de Belgische equivalent van de Nederlandse inkomstenbelasting.

²⁰⁸ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 66 t/m 68.

²⁰⁹ Conclusie A-G Mengozzi bij HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, overweging 84.

²¹⁰ Lees: het toestaan van hypotheekrenteafrek over in België gelegen onroerend goed.

²¹¹ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 69.

²¹² De Nederlandse regering stelt dat het Nederlandse belastingstelsel wel hypotheekrenteafrek toestaat op arbeidsinkomsten en dat naar Belgisch belastingrecht hypotheekrenteafrek slechts mogelijk is op positief inkomen uit onroerend goed. Verwezen zij naar HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 73 en 74.

²¹³ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 75.

die zich in de positie bevindt van Renneberg immers in geen geval van een dergelijk voordeel kan profiteren.

Het HvJ EG wijst²¹⁴ op basis van de hierboven beschreven overwegingen dat sprake is van een nationale regeling die een belemmering is van het vrije verkeer van werknemers die in beginsel ingevolge artikel 39 EG is verboden. Wel dient volgens het HvJ EG te worden beoordeeld of deze belemmering toelaatbaar is. Een maatregel waarbij door het Verdrag gewaarborgde vrijheden worden beperkt is slechts toelaatbaar indien deze maatregel een met het Verdrag verenigbaar legitiem doel nastreeft en wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. In dat geval is volgens het HvJ EG echter tevens vereist dat de toepassing van de betrokken maatregel geschikt is het doel te waarborgen en niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is²¹⁵. Volgens het HvJ EG heeft de Nederlandse regering geen opmerkingen ingediend, heeft noch de verwijzende rechter evenwel een mogelijke rechtvaardigingsgrond aangevoerd, waardoor artikel 39 EG zich ertegen verzet dat in een situatie van een niet-ingezetene belastingplichtige als Renneberg, die zijn belastbaar inkomen (nagenoeg) volledig in een lidstaat verwerft, de belastingadministratie van deze lidstaat weigert de negatieve inkomsten uit een andere lidstaat gelegen onroerend goed in aftrek te brengen²¹⁶.

3.2.7.2 Beantwoording van de prejudiciële vraag

Als eindoordeel over de vraag of in casu sprake is van strijd met het vrij verkeer van werknemers van artikel 39 EG wijst het HvJ EG het volgende²¹⁷:

“Gelet op het voorgaande moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 39 EG aldus dient te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling als die aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke een gemeenschapsburger die niet-ingezetene is van de lidstaat waarin hij inkomsten verwerft die zijn volledige of nagenoeg volledige belastbare inkomsten vormen, in deze lidstaat voor de vaststelling van de grondslag van de belastingheffing over dat inkomen negatieve inkomsten uit een in een andere lidstaat gelegen woning waarvan hij eigenaar is, niet in aftrek brengen, terwijl een ingezetene van eerstgenoemde lidstaat dergelijke negatieve inkomsten voor de vaststelling van de grondslag voor de belastingheffing over zijn inkomen wel in aftrek kan brengen.”

Aan beantwoording van de vraag of de Nederlandse regeling ook strijdig is met artikel 56 EG inzake het vrije kapitaalverkeer komt het HvJ EG derhalve niet toe.

²¹⁴ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 79 en 80.

²¹⁵ Dit proportionaliteitsvereiste volgt uit vaste rechtspraak van het HvJ EU. Verwezen zij naar o.a. het Kranemann-arrest, C-109/04, Jurispr. blz. I-2421, punt 33, 17 maart 2005 en het Lyyski-arrest, C-40/05, Jurispr. blz. I-99, punt 38, 11 januari 2007.

²¹⁶ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 80 t/m 83.

²¹⁷ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 84.

3.2.8. Conclusie A-G Wattel 10 februari 2009²¹⁸

Naar aanleiding van bovenstaand arrest van het Hof van Justitie heeft A-G Wattel op 10 februari 2009 nadere conclusie genomen. Hieronder bespreek ik de meest uit het oog springende onderdelen van deze derde en laatste conclusie van de A-G Wattel in de zaak Renneberg.

De A-G geeft aan dat het Hof op de ‘nagenoeg volledig’-grens een alles-of-niets omslagpunt heeft gecreëerd waarbij voor Schumacker-achtigen de werkstaat volledig verantwoordelijk is voor de toekenning van alle in zijn wetgeving voorziene objectieve en subjectieve belastingverminderende factoren die voor inwoner gelden.²¹⁹ Het Hof merkt Renneberg aan als een Schumacker-achtige en stelt hem gelijk met een inwoner die (niet een hoofdverblijf) maar een tweede huis in België heeft. Het Hof constateert volgens de A-G dat voor een dergelijke inwoner een grondslagvoorbehoud geldt in het belastingverdrag met België, waardoor hij de negatieve inkomsten uit een Belgische tweede huis kan aftrekken van Nederlands actief inkomen. Ongeacht dispariteiten moet Nederland dan ook Renneberg die aftrek gunnen, aldus het Hof.²²⁰

De A-G is echter de mening toegedaan dat het Hof zich met dit antwoord baseert op een onjuiste interpretatie van het toepasselijke belastingverdrag. Volgens de A-G verkeert Renneberg niet in dezelfde positie als onbepakt belastingplichtigen van Nederland. Hij concludeert dan ook dat Rennebergs beroep in beginsel afgewezen moet worden omdat hij niet voor dezelfde grondslag als inwoners aan de Nederlandse belastingjurisdictie is onderworpen. Zo is inhaal bij hem, anders dan bij inwoners, niet mogelijk.²²¹

In onderdeel 4 van zijn conclusie geeft A-G Wattel een nadere analyse van het arrest van het HvJ EG in de zaak Renneberg. Hij gaat achtereenvolgens in op de volgende onderwerpen:

- a. Het bestaan van dispariteit doet volgens het HvJ EG niet ter zake, omdat los daarvan sprake is van discriminatie;
- b. Van persoonlijke tegemoetkomingen naar alle draagkrachtfactoren;
- c. Alleen positieve inkomsten tellen mee; consequenties; verhouding tot Marks & Spencer II en Futura Participations;
- d. Twee soorten niet-inwoners; selectieve nationale behandeling; onevenwichtigheden;
- e. De verhouding tot de arresten Futura Participations (territorialiteitsbeginsel, Lidl Belgium (objectvrijstelling) en Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee (inhaalregeling);
- f. Uitgangspunt onjuist; antwoord onjuist?

Hieronder zal ik deze specifieke onderdelen van de A-G-conclusie separaat bespreken.

²¹⁸ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521.

²¹⁹ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 1.7.

²²⁰ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 1.9.

²²¹ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overwegingen 1.10 t/m 1.12.

3.2.8.1 Dispariteit vs. discriminatie

Het Hof oordeelt dat op de jurisdictieverdeling een discriminatoire inbreuk wordt gemaakt ten gunste van inwoners. Voor het Hof doet niet ter zake of sprake is van een dispariteit omdat Renneberg als gevolg van zijn Schumacker-positie gelijk gesteld moet worden met een inwoner en omdat Nederland hem kennelijk minder gunstig behandelt dan inwoners doordat Nederland voor inwoners een grondslagvoorbehoud maakt.²²² De redenering van het Hof strookt met het Lakebrink-arrest, maar dat arrest betrof in tegenstelling tot Renneberg een tariefskwestie, terwijl het Renneberg-arrest, zo concludeert de A-G, gaat om internationale fiscale jurisdictieafbakening en –verdeling, met name om grondslagcompartimentering tussen verschillende belastingjurisdicties (dislocatie).²²³

Volgens de A-G gaat het Hof daarbij voorbij aan drie verschillen tussen inwoners en niet-inwoners:²²⁴

1. Inwoners hebben weliswaar recht op horizontale aftrek van een buitenlands verlies, maar die aftrek wordt vervolgens weer ongedaan gemaakt door toepassing van een inhaalregeling;
2. Bij inwoners oefent Nederland zijn belastingjurisdictie onbeperkt uit over het wereldinkomen, terwijl niet-inwoners beperkt belastingplichtig zijn. Nederland kan dan ook niet zonder zijn bilaterale verplichtingen te schenden eenzijdig heffen over positieve buitenlandse inkomensbestanddelen waarover het heffingsrecht exclusief aan de verdragspartner is toegewezen.
3. Bij inwoners gaat het per definitie niet om een eigen woning/hoofdverblijf maar om een tweede huis, terwijl het bij Schumacker-achtigen niet om een tweede huis maar om het hoofdverblijf gaat.

Bovenstaande verschillen zijn volgens de A-G cruciaal voor wat betreft de fiscale jurisdictieverdeling, nu ook in de Schumacker-jurisprudentie expliciet onderscheid wordt gemaakt tussen de onderworpenheid van inwoners (onbeperkt belastingplichtigen) en niet-inwoners (beperkt belastingplichtigen).²²⁵ Het verschil aangaande hoofdverblijven en tweede huizen is (met name ook onder de Wet IB 2001) ook niet onbelangrijk.²²⁶

3.2.8.2 Van persoonlijke tegemoetkomingen naar alle draagkrachtfactoren

A-G Wattel leidt uit het arrest Renneberg af dat de Schumacker-rechtspraak niet alleen blijkt te gelden voor persoonlijke fiscale tegemoetkomingen, maar voor alle belastingschuldverminderende factoren en dat zij de consequentie van grensoverschrijding van hun woning niet hoeven te aanvaarden. Zij kunnen aanspraak (blijven) maken op

²²² A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.3 en 4.4.

²²³ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.5 t/m 4.7.

²²⁴ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.8.

²²⁵ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.10.

²²⁶ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.9.

inwonersbehandeling in hun exitstaat omdat zij nagenoeg hun gehele positieve inkomen in die exit/werkstaat concentreren en dat inkomen ook aan die staat ter heffing is toegewezen.²²⁷

3.2.8.3 Positieve inkomsten en de verhouding tot Marks & Spencer II en Futura

De A-G merkt op dat voor de Schumacker-status beslissend is dat de territoriale concentratie van positieve inkomsten in de werkstaat. De aanwezigheid van significante inkomsten (zij het negatieve) in de woonstaat is kennelijk niet van belang. De A-G verwijst naar het arrest Lakebrink waarin belanghebbenden een niet-onaanzienlijk verlies leden uit de verhuur van onroerende goederen in hun woonstaat Duitsland. Naar het oordeel van de A-G kan niet worden gezegd dat deze negatieve inkomsten geen inkomsten van betekenis zijn en heeft het HvJ EG met inkomsten waarschijnlijk slechts bedoeld op positieve inkomsten, hetgeen voor de hand ligt gezien de achtergrond van de redeneringen van het Hof, te weten horizontale verliescompensatie voor Schumacker-achtigen.²²⁸

De A-G vervolgt zijn conclusie met de stelling dat het arrest Renneberg moeilijk te verenigen is met de arresten Futura Participations en Marks & Spencer II. Zo oordeelde het Hof in het Marks & Spencer II-arrest dat de moederstaat niet gehouden is om aftrek van buitenlandse dochterverliezen van de moederwinst toe te staan zolang die dochterverliezen nog verrekenbaar zijn in de dochterstaat, ook al levert dat een mogelijk cashflow-nadeel op. In het Renneberg-arrest komt het Hof tot het oordeel dat Nederland wel de volledige verliesimport moet nemen. Dit ligt volgens de A-G niet voor de hand, temeer nu het Hof in het arrest Renneberg niet heeft onderzocht of de Belgische verliezen in België vooruitgewenteld kunnen worden. Het is dan ook onduidelijk waarom het Hof van Renneberg niet eist dat hij aantoont dat het verlies uit de Belgische woning nooit meer in België vergolden zal kunnen worden.²²⁹

3.2.8.4 2 soorten niet-inwoners; selectieve nationale behandeling; onevenwichtig

Door aansluiting te zoeken bij de ‘nagenoeg volledig’-grens bereikt het HvJ EG dat Schumacker-achtigen recht hebben op volledige inwonersbehandeling in de werkstaat, terwijl de niet-Schumacker-achtigen (door de A-G aangeduid als De Groot-achtigen) geen aanspraak op persoonlijke draagkrachtvergoeding waaronder belastingvrije sommen, maar slechts op objectgebonden aftrekposten.²³⁰

Dit leidt tot de situatie waarin, ongeacht de werkelijke procentuele verdeling van de heffingsbevoegdheid, de grensoverschrijdende werknemer 100% of 0% van de werkstaat-tegemoetkomingen krijgt, dat laatste zelf wanneer 85% van zijn inkomen aan de werkstaat ter heffing is toegewezen. Maar ook in de woonstaat geldt een alles-of-niets-principe.

²²⁷ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.11 en 4.12. Het is overigens maar de vraag in hoeverre deze gelijktrekking door het HvJ EU correct is. In hoofdstuk 4 ga ik nader op deze vraag in.

²²⁸ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.13.

²²⁹ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.14.

²³⁰ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.15.

In niet-Schumacker-gevallen moet de woonstaat 100% van zijn persoonlijke tegemoetkomingen verlenen, ook al belast de woonstaat slechts 15% van het wereldinkomen.²³¹

Eén en ander betekent dat de werkstaat ten aanzien van Schumacker-belastingplichtigen niet vrij is om de fiscale jurisdictie beperkter te bepalen dan voor inwoners als dat voor deze Schumacker-buitenlanders een nadeel zou meebrengen.²³² De A-G geeft aan dat dit drie gevolgen heeft:

1. De Renneberg-achtige inwoner van België kan een duurder huis kopen dan zijn De Groot-achtige buurman die geen hypotheekrenteaftrek kan genieten in Nederland;²³³
2. De werkstaat kan draagkrachtvergelding weigeren aan alle buitenlandse belastingplichtigen die de Schumacker-norm niet halen;²³⁴
3. De werkstaat wordt gedwongen om aan Schumacker-buitenlanders onbeperkte belastingplicht op te leggen, ongeacht andersluidende bepalingen in een bilateraal belastingverdrag.

3.2.8.5 Verhouding tot Futura, Lidl Belgium²³⁵ en Krankenhaus²³⁶

3.2.8.5.1 Futura

In casu betrof het de resultaten van een Luxemburgse v.i. van een in Frankrijk gevestigde rechtspersoon waarbij de vraag luidde of Luxemburg zijn belastingjurisdictie mocht beperken tot de winsten en verliezen die economisch toerekenbaar waren aan de binnen zijn territorium ontplooidde activiteiten, zo schets de A-G.²³⁷ Het Hof stond dit toe en overwoog daartoe dat Luxemburg op grond van EG-recht niet kon worden verplicht zijn jurisdictie uit te breiden tot niet aan zijn territorium toerekenbare verliezen, ook al paste Luxemburg wel een wereldwinststelsel toe. De vraag is waarom het Hof in de zaak Renneberg Nederland wel verplicht stelt tot het in aanmerking nemen van negatieve inkomsten uit een Belgische bron.²³⁸

3.2.8.5.2 Lidl Belgium

Deze zaak betrof een Luxemburgs filiaalverlies van een in Duitsland gevestigde rechtspersoon. Duitsland gaf bij belastingverdrag een objectvrijstelling voor buitenlandse winsten, wat tot gevolg had uitsluiting uit de Duitse heffingsgrondslag van buitenlandse resultaten, inclusief buitenlandse verliezen. Binnenlandse filiaalverliezen nam Duitsland wel in aanmerking, hetgeen door het Hof als belemmerd werd bestempeld, maar waarvoor het

²³¹ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.16.

²³² A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.17.

²³³ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.18.

²³⁴ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.19.

²³⁵ HvJ EG 15 mei 2008, C-414/06, BNB 2009/85c* (Lidl Belgium).

²³⁶ HvJ EU 23 oktober 2008, C-157/07, NTFR 2008/2306, (Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee).

²³⁷ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.22.

²³⁸ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, opnieuw overweging 4.22.

tevens een rechtvaardigingsgrond naar voren bracht, te weten de noodzaak van handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het gevaar van dubbele verliesverrekening. De A-G concludeert dat deze rechtvaardigingsgronden door het Hof in de zaak Renneberg niet zijn aanvaard, kennelijk op grond van de omstandigheden dat Nederland verdragenrechtelijk bij inwoners wel rekening houdt met buitenlands negatief inkomen uit onroerend goed en Nederland daarnaast een inhaalregeling heeft waarmee dubbele verliesneming bezworen zou zijn.²³⁹

3.2.8.5.3 **Krankenheim Ruhesitz am Wannsee**

In het Krankenheim-arrest zijn dergelijke argumenten door het Hof echter wel aanvaard. In casu ging het om een Oostenrijks filiaalverlies van een Duitse rechtspersoon, welk verlies in Duitsland in de wereldwinst was begrepen. Naarmate er meer winst werd gemaakt door het Oostenrijkse filiaal nam Duitsland deze verliesneming terug via een inhaalregeling. Het Hof achtte het ongedaan maken van de eerdere verliesaftrek gerechtvaardigd op grond van 'symmetrische logica' en 'de noodzaak om de samenhang van de Duitse fiscale regeling te garanderen'.²⁴⁰

A-G Wattel veronderstelt dat de rechtvaardigingsgronden die in bovenstaande arresten wel werden aanvaard in de zaak Renneberg zijn verworpen omdat Nederland een inhaalregeling heeft die Nederland in staat stelt om Rennebergs aftrek van negatief inkomen uit Belgisch onroerend goed later en 'perfect symmetrisch' ongedaan te maken op dezelfde wijze als bij inwoners die in latere jaren positieve buitenlandse inkomsten uit onroerend goed genieten.²⁴¹

3.2.8.6 **Uitgangspunten onjuist; antwoord onjuist?**

Uit de rechtsoverwegingen 76 en 77 van het arrest Renneberg lijkt het Hof van mening te zijn dat de Nederland de inhaalregeling mag toepassen op Schumacker-achtige niet-inwoners en dus aan België toegewezen positief inkomen in de heffingsgrondslag te begrijpen.²⁴²

Volgens A-G Wattel baseert het Hof zich op een onjuist uitgangspunt ten aanzien van artikel 24 lid 1 van het belastingverdrag tussen België en Nederland. Deze bepaling regelt de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting en ziet uitsluitend op verdragsinwoners, omdat alleen zij voor hun wereldinkomen belast zijn.²⁴³

De A-G komt tot de slotconclusie dat Rennebergs beroep op het EG-personeelverkeer moet worden afgewezen, maar dat wel moet worden onderzocht of bij een inwoner met een hypotheccair gefinancierd tweede huis in België daadwerkelijk inhaal van een eerder afgetrokken negatief saldo plaatsvindt. In de mate waarin bij inwoners feitelijk géén inhaal plaatsvindt, moet aan Renneberg, gezien het arrest van het Hof, wel degelijk aftrek worden toegestaan. Een eigen woning verschilt echter van een tweede woning. Het is naar het oordeel van de A-G terstonds niet duidelijk met welke inwonerspositie de positie van Renneberg moet

²³⁹ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.23.

²⁴⁰ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.24.

²⁴¹ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.25.

²⁴² A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.26

²⁴³ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 4.27.

worden vergeleken, omdat het buitenlandse vastgoed van een inwoner per definitie niet zijn hoofdverblijf is, terwijl het bij Renneberg juist wel om een hoofdverblijf gaat.²⁴⁴ De A-G concludeert dat de te maken vergelijking betreft de buitenlandse eerste woning van een niet-inwoner en de buitenlandse tweede woning van een inwoner.²⁴⁵

Ten slotte gaat de A-G nog in op de Wet IB 2001. Hij geeft aan dat er vier belangrijke wijzigingen²⁴⁶ te ontdekken zijn ten opzichte van de Wet IB 1964:

1. Beperking van de aftrek van de hypotheekrente tot de financiering van één woning, waardoor van discriminatie ten aanzien van een (buitenlandse) tweede woning geen sprake meer is;²⁴⁷
2. Invoering van artikel 2.5 Wet IB 2001. De A-G acht het onnodig om op dit punt nader in te gaan;²⁴⁸
3. Invoering van artikel 3.123a Wet IB 2001 inzake de aftrek wegens geen of geringe eigenwoningschuld, welke regeling erop neerkomt dat het saldo eigen woning niet positief kan zijn.
4. Invoering van de fictieve rendementsheffing van Box III, waaronder ook tweede woningen worden geschaard. De A-G noemt hierbij een zeer uitzonderlijk voorbeeld waarin het Renneberg-arrest ook in Box III situaties toepassing kan vinden. Hij maakt een vergelijking tussen de inwoner van Nederland met een overgefinancierde woning in België en de inwoner van België met een overgefinancierde woning in Nederland.

3.2.9 Het eindarrest: HR 26 juni 2009²⁴⁹

Met de door het Europees Hof van Justitie beantwoorde prejudiciële vragen wijst de Hoge Raad op 26 juni 2009 eindarrest in de zaak Renneberg. De Hoge Raad komt tot het eindoordeel dat de inspecteur de door Renneberg geclaimde hypotheekrenteaftrek over 1996 en 1997 ten onrechte heeft geweigerd, nu de inkomsten van Renneberg nagenoeg geheel bestaat uit in Nederland verworven arbeidsinkomsten. De Hoge Raad overweegt²⁵⁰ daartoe het volgende:

“Belanghebbendes klacht inzake schending van artikel 39 EG is (...) gegrond. Immers, hoewel het belastbare inkomen van belanghebbende, behoudens de negatieve inkomsten uit de eigen woning in België, nagenoeg geheel bestaan uit in Nederland verworven arbeidsinkomsten, leidt de Nederlandse wettelijke regeling ertoe dat bij de berekening van zijn belastbare inkomen geen rekening kan worden gehouden met de negatieve inkomsten uit die woning, terwijl dat wel mogelijk is bij ingezetenen van Nederland die overigens in vergelijkbare omstandigheden verkeren. Een rechtvaardiging voor dit onderscheid is met

²⁴⁴ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 5.4 en 5.5.

²⁴⁵ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 5.8.

²⁴⁶ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 6.3.

²⁴⁷ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 6.4.

²⁴⁸ A-G Wattel 10 februari 2009, nr. 39.258ter, NTFR 2009/521, overweging 6.8.

²⁴⁹ HR 26 juni 2009, nr. 39.258bis, NTFR 2009/1515.

²⁵⁰ HR 26 juni 2009, nr. 39.258bis, NTFR 2009/1515, r.o. 2.4.1.

name ook niet gelegen in de bepalingen van het belastingverdrag Nederland-België van 19 oktober 1970, zo volgt uit de overwegingen 48 tot en met 58 van (...) het arrest van het Hof van Justitie.”

En²⁵¹:

“Om te bereiken dat geen inbreuk wordt gemaakt op het vrije verkeer van werknemers, moet bij de berekening van belanghebbendes belastbare inkomen over de jaren 1996 en 1997 rekening worden gehouden met de negatieve inkomsten uit zijn eigen woning in België op dezelfde wijze als waarop dat gebeurt bij ingezetenen.”

Hieruit blijkt dat Nederland als werkstaat op grond van artikel 39 EG rekening dient te houden met het negatieve inkomen uit eigen woning van een buitenlands belastingplichtige die zijn nagenoeg gehele inkomen in Nederland verwerft. Met het criterium ‘nagenoeg geheel’ hebben het Hof van Justitie, en vervolgens ook de Hoge Raad, aansluiting gezocht bij de Schumacker-doctrine.

3.3 Het Gielen-arrest

3.3.1 De casus

De in Duitsland woonachtige Gielen exploiteert in Duitsland een glastuinbouwbedrijf. In Nederland heeft Gielen een vaste inrichting waar op contractbasis perkplanten worden gekweekt. In het jaar 2001 heeft Gielen in Duitsland meer dan 1.225 uren aan zijn onderneming besteed. Aan de in Nederland gelegen vaste inrichting heeft Gielen echter minder dan 1.225 uren besteed, waardoor hij als buitenlands belastingplichtige niet voldoet aan het urencriterium zoals bedoeld in artikel 3.6 Wet IB 2001 en hij derhalve geen recht heeft op de zelfstandigenaftrek van artikel 3.76 Wet IB 2001. Zou Gielen inwoner van Nederland zijn geweest, dan zouden de wereldwijd verrichte uren meetellen voor de toetsing van het urencriterium, waardoor wel recht zou bestaan op de zelfstandigenaftrek. De Nederlandse Belastingdienst is de mening toegedaan dat Gielen niet aan het urencriterium voldoet. Deze mening wordt door Rechtbank Breda²⁵² gedeeld als gevolg waarvan Gielen in beroep gaat bij Hof 's-Hertogenbosch.

3.3.2 Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006²⁵³

Het Hof concludeert²⁵⁴ dat Gielen als buitenlandse belastingplichtige conform hoofdstuk 7 Wet IB 2001 in de Nederlandse inkomstenbelastingheffing wordt betrokken en dat artikel 7.2 lid 2 Wet IB 2001 regelt dat het belastbaar inkomen in Nederland bestaat uit de belastbare winst uit Nederlandse onderneming. Ingeval van Gielen is dat het bedrag van de gezamenlijke

²⁵¹ HR 26 juni 2009, nr. 39.258bis, NFTR 2009/1515, r.o. 2.4.2.

²⁵² Rechtbank Breda 18 januari 2006, nummer Awb 05/1341, V-N 2006/41.2.5.

²⁵³ Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060.

²⁵⁴ Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060, r.o. 4.1.

voordelen, die worden verkregen uit het gedeelte van zijn onderneming, dat wordt gedreven met behulp van de vaste inrichting in Nederland.

Het Hof leidt vervolgens uit de onderlinge samenhang van de artikelen 3.76, 3.75 en 3.6 Wet IB 2001 af dat voor het vaststellen van het aantal uren dat belanghebbende heeft besteed aan werkzaamheden voor de ondernemingen, ook de uren meetellen die hij heeft besteed aan de Duitse vestiging en dat een uitzondering voor deze laatstgenoemde uren op grond van deze bepalingen niet valt te lezen.²⁵⁵ Het Hof betreft daarbij eveneens de achtergrond van het urencriterium, te weten het elimineren van nevenwerkzaamheden.²⁵⁶

Het Hof overweegt voorts²⁵⁷, dat indien de aangehaalde bepalingen anders zouden worden gelezen dan door het Hof hiervoor uitgelegd, en belanghebbende derhalve voor de vaststelling van het aantal aan de onderneming besteedde uren de uren besteed aan de Duitse onderneming niet zou mogen meetellen, sprake zou zijn van een verboden discriminatie in de zin van het EG-Verdrag. Daarbij overweegt het Hof dat het urencriterium een verschil in behandeling met zich meebrengt tussen binnenlandse- en buitenlandse belastingplichtigen en dat een dergelijke verschillende behandeling betreffende een aftrekpost, hoewel op het eerste gezicht gebaseerd op het schijnbaar objectieve criterium van een minimaal aantal gewerkte uren, het risico in zich houdt in het bijzonder ten nadele van de grensoverschrijdende situatie te werken, temeer omdat van een niet-ingezetene wordt verwacht, dat hij meer dan 30 van de ongeveer 40 werkweken per jaar in Nederland moet werken, hetgeen een activiteit in twee lidstaten zeer bemoeilijkt.²⁵⁸

Met verwijzing naar de arresten Schumacker en Wielockx²⁵⁹ van het HvJ EG concludeert het Hof vervolgens²⁶⁰ dat een niet-ingezetene belastingbetaler in het algemeen niet in een gelijke situatie als een ingezetene belastingbetaler verkeert, behalve indien de niet-ingezetene vrijwel zijn gehele inkomen in de werkstaat verdient.

Ten aanzien van beroepskosten overwoog het HvJ EG in meer recente jurisprudentie²⁶¹ dat de vraag rijst of het - gezien het objectieve verschil tussen de situatie van een dergelijke niet-ingezetene en een ingezetene - gerechtvaardigd is, dat een nationale regelgeving het meetellen van de 'buitenlandse' uren niet toestaat aan de niet-ingezetene, terwijl de ingezetene deze uren wel mag meetellen voor de beoordeling of voldaan is aan het urencriterium.

²⁵⁵ Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060, r.o. 4.2 t/m r.o. 4.4.

²⁵⁶ Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060, r.o. 4.5. Het Hof verwijst daarbij naar MvA, wet van 9 februari 1984, *Stb.* 1984, 27, blz. 5 en NV, Kamerstukken II 1997/98, 25 690, nr. 6, blz. 6 en 7.

²⁵⁷ Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060, r.o. 4.6.

²⁵⁸ Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060, r.o. 4.6.1.

²⁵⁹ HvJ EG 11 augustus 1995, zaak C-80/94, BNB 1995/319.

²⁶⁰ Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060, r.o. 4.6.2.

²⁶¹ HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-234/01, V-N 2003/32.6 (Arnoud Gerritse) en HvJ EG 6 juni 2006, zaak C-346/04, V-N 2006/38.8 (Conijn).

Volgens het Hof²⁶² heeft het HvJ EG in dit kader geoordeeld²⁶³ dat voor uitgaven als beroepskosten die rechtstreeks verband houden met een activiteit in een andere lidstaat, de beperkt belastingplichtige op dezelfde manier moet worden behandeld als de onbeperkt belastingplichtige. Naar het oordeel van het Hof kan de zelfstandigenaftrek als ondernemersaftrek op één lijn worden gesteld met uitgaven als bedoeld in de arresten Gerritse en Conijn aangezien de ondernemersaftrek deel is gaan uitmaken van de onder artikel 3.2 Wet IB 2001 bedoelde belastbare winst.

Bovendien bevindt de niet-ingezeten ondernemer met een Nederlandse vaste inrichting zich volgens het Hof²⁶⁴ in een situatie die vergelijkbaar is met die van de wel ingezeten ondernemer, aangezien de belastbare winst bij beiden volgens dezelfde bepalingen vastgesteld wordt, namelijk conform hoofdstuk 3 Wet IB 2001. Het Hof concludeert dat in een dergelijk geval volgens vaste jurisprudentie²⁶⁵ van het HvJ EG geen onderscheid mag worden gemaakt bij het verlenen van belastingvoordelen.

Het Hof oordeelt ten slotte²⁶⁶ dat ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen zich ook wat betreft de zelfstandigenaftrek in een vergelijkbare situatie bevinden en dat elke nationale bepaling die deze aftrekmogelijkheid aan niet-ingezetenen weigert een verboden beperking in de zin van artikel 52 van het EG-Verdrag oplevert. Daaraan kan volgens het Hof niet worden ontkomen door met een zogenaamd urencriterium te werken, aangezien dat tot indirecte discriminatie leidt. In het onderhavige geval zou, wanneer het standpunt van de Inspecteur zou worden gevolgd, het verrichten van arbeid binnen de onderneming door een ingezetene meer belastingvoordeel opleveren dan het verrichten van arbeid in de onderneming door een niet-ingezetene. De regeling maakt daardoor een door het EG-recht verboden onderscheid.

Hof Hof stelt Gielen dan ook in gelijk als gevolg waarvan de staatssecretaris van Financiën beroep in cassatie aantekent.

3.3.3 HR 12 september 2008²⁶⁷

In dit arrest van de Hoge Raad komen in feite twee evidente vragen aan de orde:

1. Is in casu sprake van een verboden discriminatie?
2. Kan een dergelijke discriminatie worden weggenomen door aanwezigheid van het keuzerecht van artikel 2.5 Wet IB 2001?

²⁶² Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060, r.o. 4.6.3.

²⁶³ HvJ EG 12 juni 2003, zaak C-234/01, V-N 2003/32.6 (Gerritse) punt 27 en HvJ EG 6 juni 2006, zaak C-346/04, V-N 2006/38.8 (Conijn) punt 20.

²⁶⁴ Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060, r.o. 4.6.4.

²⁶⁵ Het Hof verwijst naar HvJ EG 13 juli 1993, zaak 330/91, BNB 1995/333 (Commerzbank AG), HvJ EG 29 april 1999, zaak C-311/97, V-N 1999/37.30 (Royal Bank of Scotland) en HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97, BNB 2000/75 (Saint-Gobain).

²⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006, nr. 06/00060, r.o. 4.6.5.

²⁶⁷ HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22.

In het licht van deze scriptie is met name deze tweede vraag van essentieel belang. Ik zal volledigheidshalve op beide onderdelen van het arrest ingaan.

3.3.3.1 Is sprake van verboden discriminatie?

In afwijking van het oordeel van het Hof oordeelt de Hoge Raad dat bij een wetsuitleg die rekening houdt met de onderlinge samenhang van onder meer de artikelen 7.1 en 7.2 Wet IB 2001 enerzijds en artikel 3.6 lid 1 Wet IB 2001 anderzijds, geen gewicht moet worden toegekend aan de omstandigheid dat in laatstgenoemde bepaling niet uitdrukkelijk een uitzondering is gemaakt voor uren die door een buitenlandse belastingplichtige worden besteed aan werkzaamheden voor een buitenlandse vestiging. Een dergelijke uitzondering kan naar het oordeel van de Hoge Raad, gezien vanuit slechts het oogpunt van Nederlandse belastingheffing, worden geacht te liggen besloten in het systeem van de wet.²⁶⁸

Nu onderhavige casus zich bestrijkt tot artikel 43 EG²⁶⁹ wijst de Hoge Raad vervolgens dat het Hof zich terecht niet heeft beperkt tot beoordeling van het geschil in de context van slechts nationale bepalingen. Lidstaten dienen artikel 43 EG bij het heffen van directe belastingen te eerbiedigen.²⁷⁰

In navolging van het Hof oordeelt²⁷¹ de Hoge Raad dat wanneer aan Gielen aanspraak op de zelfstandigenaftrek wordt ontzegd, dit voor hem leidt tot een nadelig verschil in behandeling ten opzichte van een binnenlandse belastingplichtige ondernemer, hetgeen in beginsel strijdig is met artikel 43 EG. Volgens de Hoge Raad echter kan deze nadelige behandeling vanwege het objectieve verschil tussen de situatie van de ingezetene en die van de niet-ingezetene gerechtvaardigd zijn. Daarbij concludeert de Hoge Raad, met verwijzing naar het Conijn-arrest²⁷², dat de vraag of deze rechtvaardiging in casu toepassing vindt, afhangt van de aard van de fiscale faciliteit en in het bijzonder van het al dan niet bestaan van verband tussen die faciliteit en de persoonlijke situatie van de belastingplichtige.

De Hoge Raad komt daarop tot het oordeel dat de zelfstandigenaftrek niet aanknoopt bij de persoonlijke situatie van de belastingplichtige, aangezien deze faciliteit ertoe strekt de winst uit onderneming voor een lager bedrag te belasten indien voor degene die deze winst geniet, het als ondernemer verrichten van werkzaamheden diens hoofdactiviteit is.²⁷³

Dat brengt de Hoge Raad tot de conclusie²⁷⁴ dat het Hof met juistheid heeft geoordeeld dat het constateren van een onderscheid in artikel 3.6 lid 1 Wet IB 2001 tussen een binnenlandse en buitenlandse belastingplichtige zou leiden tot de gevolgtrekking dat deze bepaling een door artikel 43 EG verboden onderscheid maakt. Aangezien voor een binnenlandse

²⁶⁸ Zie HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22, r.o. 4.5.

²⁶⁹ Het recht van vrije vestiging.

²⁷⁰ HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22, r.o. 4.6.

²⁷¹ HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22, r.o. 4.8.

²⁷² HvJ EG 6 juni 2006, zaak C-346/04, V-N 2006/38.8 (Conijn).

²⁷³ HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22, r.o. 4.9.

²⁷⁴ HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22, eveneens r.o. 4.9.

belastingplichtige alle door hem aan het ondernemerschap bestede uren meetellen, ook de uren die aan werkzaamheden voor een buitenlandse onderneming of buitenlandse vestiging worden besteed, kan de hiervoor bedoelde discriminatie slechts worden vermeden door ook in het geval van een buitenlandse belastingplichtige alle uren mee te tellen.

3.3.3.2 Neemt artikel 2.5 Wet IB 2001 verboden discriminatie weg?

In zijn conclusie²⁷⁵ bij dit arrest stelt A-G Overgaauw voor om prejudiciële vragen te stellen aan het Europees Hof, ware het niet dat de Wet IB 2001 is uitgerust met de keuzeregeling²⁷⁶, waardoor de buitenlandse belastingplichtige een binnenlandse behandeling kan krijgen.²⁷⁷ De Hoge Raad vervolgt zijn arrest met de conclusie dat indien Gielen zou hebben gechoosd voor behandeling als binnenlandse belastingplichtige hij (...) in aanmerking zou zijn gekomen voor de zelfstandigenaftrek.²⁷⁸ De Hoge Raad merkt daarbij wel op dat een dergelijke keuze er eveneens toe zou hebben geleid dat het deel van de winst waarover Nederland op grond van het belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland geen heffingsrecht heeft, in de Nederlandse belastingheffing zou worden betrokken ter bepaling van het tarief over de inkomsten van belanghebbende waarover Nederland volgens dat verdrag wel het heffingsrecht toekomt. De Hoge Raad maakt daarbij een verwijzing naar de door Nederland toe te passen wijze van vrijstelling, te weten vrijstelling met progressievoorbehoud.²⁷⁹

Ondanks het feit dat Gielen geen gebruik heeft gemaakt van het keuzerecht van artikel 2.5 Wet IB 2001 doet zich volgens de Hoge Raad²⁸⁰ de vraag voor of een eventuele discriminatie zoals beschreven in rechtsoverweging 4.9 van onderhavig arrest door de keuzeregeling wordt voorkomen. De Hoge Raad besluit deze vraag²⁸¹ als volgt verwoord voor te leggen aan het Europees Hof:

“Moet artikel 43 EG aldus worden uitgelegd dat dit artikel zich niet verzet tegen toepassing van een bepaling van de belastingwetgeving van een lidstaat op winst die een onderdaan van een andere lidstaat (buitenlandse belastingplichtige) heeft genoten uit een in eerstbedoelde lidstaat gedreven deel van zijn onderneming, indien die bepaling, op een bepaalde wijze uitgelegd, weliswaar een - op zichzelf bezien - met artikel 43 EG strijdig onderscheid maakt tussen binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen, doch de betrokken buitenlandse belastingplichtige de mogelijkheid heeft gehad ervoor te kiezen behandeld te worden als een binnenlandse belastingplichtige, welke mogelijkheid hij om hem moverende redenen niet heeft benut?”

²⁷⁵ Conclusie A-G Overgaauw, 4 oktober 2007, nr. 43.761, V-N 2007/55.14.

²⁷⁶ Door de A-G ook aangeduid als optieregeling.

²⁷⁷ Conclusie A-G Overgaauw, 4 oktober 2007, nr. 43.761, V-N 2007/55.14, r.o. 6.9.16.

²⁷⁸ HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22, r.o. 4.10.

²⁷⁹ HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22, r.o. 4.11.

²⁸⁰ HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22, r.o. 4.12.

²⁸¹ HR 12 september 2008, nr. 43.761, LJN BB6415, BNB 2009/22, r.o. 5.

3.3.4 Europees Hof van Justitie 18 maart 2010²⁸²

Het Europees Hof (hierna Hof) constateert dat Nederland belasting heft van natuurlijke personen die niet in Nederland wonen, maar wel Nederlands inkomen genieten en dat de belastbare winst de winst is die een belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meerdere ondernemingen, verminderd met de ondernemersaftrek. Daarbij constateert het Hof dat de ondernemersaftrek afhankelijk is van de omvang van de winst.²⁸³ Ten aanzien van de zelfstandigenaftrek merkt het Hof op dat het urencriterium van toepassing is, welk criterium op grond van artikel 3.6 Wet IB 2001 inhoudt, het gedurende een kalenderjaar besteden van ten minste 1.225 uren aan werkzaamheden voor een of meer ondernemingen waaruit de belastingplichtige als ondernemer winst geniet. Voor de beoordeling of een buitenlandse belastingplichtige aan dit criterium voldoet, worden alleen de uren in aanmerking genomen die worden besteed aan werkzaamheden van een onderneming dat wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting in Nederland.²⁸⁴

Het Hof merkt vervolgens op dat een buitenlandse belastingplichtige op grond van artikel 2.5 lid 1 Wet IB 2001 kan opteren voor binnenlandse belastingplicht en dat daarvoor niet vereist is dat de buitenlandse belastingplichtige zijn inkomen volledig of nagenoeg volledig in Nederland verkrijgt. Nederland verleent daarbij krachtens de artikelen 2 tot en met 10 Uitv. Besl. IB 2001 een vermindering van de verschuldigde belasting voor de belasting die betrekking heeft op niet of tegen een beperkt tarief in Nederland te belasten inkomstenbestanddelen.²⁸⁵ Artikel 3 Uitv. Besl. IB 2001 bepaalt volgens het Hof dat artikel 49 VWEU verzet zich tegen een nationale regeling die, waar het gaat om de toekenning van een fiscaal voordeel als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde zelfstandigenaftrek, discriminerende gevolgen heeft voor buitenlandse belastingplichtigen, zelfs indien deze belastingplichtigen met betrekking tot dat voordeel kunnen kiezen voor toepassing van de regeling voor binnenlandse belastingplichtigen.²⁸⁶

3.3.4.1 Overwegingen van het HvJ EG ten aanzien van discriminatie

De hierboven genoemde prejudiciële vraag van de Hoge Raad der Nederlanden is door het HvJ EG als volgt geïnterpreteerd²⁸⁷:

“Met zijn vraag, die in twee gedeelten moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 49 VWEU zich verzet tegen een nationale regeling die, waar het gaat om de toekenning van een fiscaal voordeel als de zelfstandigenaftrek, potentieel discriminerende gevolgen heeft voor buitenlandse belastingplichtigen, zelfs indien deze belastingplichtigen met betrekking tot dat voordeel volgens die regeling kunnen kiezen voor de behandeling als binnenlandse belastingplichtige.”

²⁸² HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197.

²⁸³ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 3 t/m 5.

²⁸⁴ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 6 t/m 8.

²⁸⁵ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 9 en 10.

²⁸⁶ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 11.

²⁸⁷ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 34.

Volgens het Hof moet eerst worden nagegaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling inderdaad een met artikel 49 VWEU strijdige discriminatie bevat.

Het Hof overweegt in dit verband onder andere dat slechts sprake is van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties. Het Hof verwijst hierbij naar de arresten Schumacker en Gschwind.²⁸⁸ Volgens het Hof is van een dergelijke verschil in behandeling sprake, nu de in het geding zijnde nationale regeling voor wat betreft de vraag of voldaan is aan het urencriterium, belastingplichtigen verschillend behandelt naar gelang zij al dan niet in Nederland wonen. Het Hof concludeert daarbij dat deze verschillende behandeling in het nadeel kan werken van de niet-ingezetenen.²⁸⁹

Het Hof vervolgt zijn overwegingen door te stellen dat de situatie van ingezetene en die van niet-ingezetene natuurlijke personen in het algemeen niet vergelijkbaar is aangezien die twee situaties, voor wat betreft de bron van inkomsten alsmede de persoonlijke draagkracht van de belastingplichtige of de inaanmerkingneming van de persoonlijke en gezinssituatie, objectief van elkaar verschillen. Ten aanzien van het onthouden van een fiscaal voordeel kan een verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen echter toch als discriminatie worden aangemerkt wanneer er geen objectief verschil bestaat dat grond kan opleveren voor een verschillende behandeling van de twee categorieën belastingplichtigen.²⁹⁰

Het Hof komt tot het oordeel dat de binnenlandse en de buitenlandse belastingplichtigen zich voor de zelfstandigenaftrek in een vergelijkbare situatie bevinden en dat in die omstandigheid moet worden geconcludeerd dat een nationale regeling die met het oog op een fiscaal voordeel als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde zelfstandigenaftrek, gebruikmaakt van een urencriterium waardoor de buitenlandse belastingplichtigen de in een andere lidstaat gewerkte uren niet kunnen meetellen, in het nadeel kan werken van hoofdzakelijk deze belastingplichtigen. Een dergelijke regeling levert naar het oordeel van het Hof een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit in de zin van artikel 49 VWEU op.²⁹¹

3.3.4.2 Overwegingen van het Hof ten aanzien van de keuzeregeling

Nu het Hof heeft gewezen dat in onderhavige situatie sprake is van een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit in de zin van artikel 49 VWEU, staat het Hof nog voor de vraag of de aanwezigheid van de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 deze discriminatie kan wegnemen.

Deze vraag wordt door het Hof ontkennend beantwoord.²⁹² Het Hof hanteert daarbij het argument dat een nationale regeling die de vrijheid van vestiging beperkt, nog steeds in strijd is met het Europees recht, ook al is de toepassing daarvan facultatief.²⁹³

²⁸⁸ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 34 en 38.

²⁸⁹ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 39 t/m 42.

²⁹⁰ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 43 en 44.

²⁹¹ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 47 en 48.

²⁹² HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 49 t/m 51.

3.3.4.3 Beantwoording van de prejudiciële vraag

Op basis van de hierboven besproken overwegingen beantwoordt het Hof de prejudiciële vraag van de Hoge Raad als volgt:

“Artikel 49 VWEU verzet zich tegen een nationale regeling die, waar het gaat om de toekenning van een fiscaal voordeel als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde zelfstandigenaftrek, discriminerende gevolgen heeft voor buitenlandse belastingplichtigen, zelfs indien deze belastingplichtigen met betrekking tot dat voordeel kunnen kiezen voor toepassing van de regeling voor binnenlandse belastingplichtigen.”

3.3.5 Het eindarrest: HR 29 oktober 2010²⁹⁴

Met de door het Europees Hof van Justitie beantwoorde prejudiciële vragen wijst de Hoge Raad op 29 oktober 2010 eindarrest in de zaak Gielen. De Hoge Raad komt tot het eindoordeel dat Gielen, ondanks het feit dat hij niet heeft geopteerd voor binnenlandse belastingplicht, in aanmerking komt voor de zelfstandigenaftrek aangezien de buitenlandse uren meetellen bij de toetsing van het uren criterium. De omstandigheid dat Gielen had kunnen opteren voor binnenlandse belastingplicht om zo aanspraak te maken op deze fiscale faciliteit neemt de verboden discriminatie niet weg.

De Hoge Raad verwoordt zijn eindoordeel als volgt²⁹⁵:

“Blijkens (...) het arrest van het Hof van Justitie verzet laatstvermeld artikel²⁹⁶ zich tegen het in een geval als het onderhavige niet meetellen van uren die worden besteed aan werkzaamheden voor een vestiging in een andere lidstaat, en doet daaraan niet af dat de belastingplichtige op grond van artikel 2.5 lid 1 van de Wet zou hebben kunnen kiezen voor behandeling als binnenlandse belastingplichtige.”

3.4 Resumé

In dit hoofdstuk heb ik uitvoerig aandacht besteed aan de arresten Renneberg (inclusief de belangwekkende conclusies van A-G Wattel) en Gielen. In de zaak Renneberg is gewezen dat een niet-ingezetene die voldoet het inkomenscriterium zoals dat is ontwikkeld onder de Schumacker-leer, in de werkstaat recht heeft op aftrek van het negatieve inkomen van de in zijn woonstaat gelegen eigen woning. Het Renneberg-arrest speelde zich af onder de Wet IB 1964, wat mogelijk anderszins zou kunnen betekenen dat het arrest onder de Wet IB 2001 geen gelding meer heeft, nu in de Wet IB 2001 het keuzerecht is opgenomen. Na het wijzen van het Gielen-arrest echter lijkt het Renneberg-arrest ook onder de Wet IB 2001 toepassing te vinden aangezien in het Gielen-arrest is gewezen dat de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 strijdigheid met Europeesrechtelijke vrijheden niet wegneemt.

²⁹³ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, BNB 2010/197, r.o. 52 en 53, met daarin de verwijzing naar HvJ EU 12 december 2006, C-446/04, Jurispr. blz. I11753, punt 162 (Test Claimants in the FII Group Litigation).

²⁹⁴ HR 29 oktober 2010, nr. 43.761 bis, LJV BN0666, BNB 2011/24.

²⁹⁵ HR 29 oktober 2010, nr. 43.761 bis, LJV BN0666, BNB 2011/24, r.o. 3.

²⁹⁶ Artikel 43 EG, ofwel artikel 49 VWEU.

Hoewel in het Renneberg-arrest, noch in het Gielen-arrest letterlijk is beslist dat de keuzeregeling zelf strijdig is met Europees recht, kan niet zomaar worden gesteld dat deze arresten geen invloed hebben op de keuzeregeling in zijn huidige vorm.

In het volgende hoofdstuk zal ik nader ingaan op de invloed die beide arresten hebben op de huidige keuzeregeling. Ik zal daarbij tevens aandacht besteden aan een aantal uitspraken gedaan door de Nederlandse rechter, waarin de keuzeregeling (of een specifiek onderdeel van deze regeling) centraal staat. In een aantal van deze arresten wordt direct verwezen naar de arresten Renneberg en Gielen.

4 De keuzeregeling na Renneberg en Gielen

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 heb ik de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 besproken. Ik heb onder andere aandacht besteed aan de voorwaarden voor toepassing van deze keuzeregeling en ik heb met behulp van enkele voorbeelden laten zien wat de potentiële voor- en nadelen voor een buitenlands belastingplichtige zijn om van de regeling gebruik te maken.

In hoofdstuk 3 heb ik uitvoerig stilgestaan bij de arresten Renneberg en Gielen. Op basis van het Renneberg-arrest kan de buitenlandse belastingplichtige die voldoet aan het 90%-criterium het negatief saldo van zijn buiten Nederland gelegen eigen woning op basis van Europees recht ten laste brengen van zijn Box 1 inkomen in Nederland. In het Gielen-arrest is daarnaast bepaald dat de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 een eventuele strijdigheid met Europees recht niet kan sauveren.

Met dit in het achterhoofd dringen zich een aantal vragen op omtrent de verhouding tussen het Europees recht en de keuzeregeling. Zo is het maar de vraag of de buitenlandse belastingplichtige die aan het inkomenscriterium voldoet de keuzeregeling nog wel nodig heeft om de aftrek van zijn negatief saldo eigen woning in Nederland ten gelde te kunnen maken? En is artikel 2.5 Wet IB 2001 onder het huidige EU-recht voor de Nederlandse wetgever nog wel de juiste route om te bewandelen of dient deze regeling (op onderdelen of zelfs volledig) te worden aangepast of opgeheven? Een andere vraag luidt of de keuzeregeling moet worden aangepast voor degenen die niet aan het inkomenscriterium voldoen.

Maar er zijn meer vraagtekens te plaatsen naar aanleiding van bovengenoemde arresten. Zo is het de vraag of een buitenlandse belastingplichtige die een partner heeft 100% of 50% van de totale aftrekpost ten laste van zijn in Nederland belastbare Box 1 inkomen kan brengen. En moeten beide partners nog opteren om in aanmerking te komen voor uitbetaling van de overdraagbare heffingskorting of kunnen zij deze uitbetaling rechtstreeks claimen op basis van het EU-recht?

In dit hoofdstuk zal ik de huidige keuzeregeling tegen het Europeesrechtelijk licht houden en zal ik op bovenstaande en andere vragen een antwoord zoeken. Ik zal daarbij tevens ingaan op de positie van de terugploegregeling, de inhaalregeling en de wijze waarop Nederland een voorkoming van dubbele belasting verleent aan optanten.

Na de arresten Renneberg en Gielen heeft de Nederlandse rechter zich herhaaldelijk moeten buigen over de keuzeregeling. De relevante uitspraken en arresten zullen in dit hoofdstuk eveneens de revue passeren. Ik begin dit hoofdstuk echter met het onlangs verschenen beleidsbesluit van de Staatssecretaris van Financiën omtrent de toepassing van de keuzeregeling voor buitenlandse belastingplichtigen die aan het inkomenscriterium voldoen.

Deze belastingplichtigen zullen niet meer worden geconfronteerd met de terugploegregeling en de inhaalregeling, maar moeten volgens het besluit wel blijven opteren om de aftrek te kunnen claimen.

Vervolgens geef ik een nadere beschouwing van het Renneberg-arrest, dat de fiscale praktijk zoals gezegd met een aantal onzekerheden heeft achtergelaten.

In onderdeel 4.4 ga ik nader in op de gevolgen van de EU-rechtspraak voor de keuzeregeling. Met name de positie van de inhaalregeling, de terugploegregeling en de wijze waarop voorkoming van dubbele belasting wordt verleend, zullen aan hier aan bod komen.

In onderdeel 4.5 bespreek in vervolgens de relatie tussen artikel 2.5 Wet IB 2001 en het internationale verdragenrecht.

4.2 Besluit Staatssecretaris van Financiën²⁹⁷

Op 23 februari 2012 heeft Staatssecretaris Weekers via een nieuwsbericht²⁹⁸ een maatregel aangekondigd op grond waarvan buitenlandse belastingplichtigen die ten minste 90% van hun inkomen in Nederland verdienen recht hebben op aftrek van de hypotheekrente over de buitenlandse eigen woning, zonder dat zij met de terugploegregeling en de inhaalregeling worden geconfronteerd. Op 2 juni 2012 heeft hij deze aankondiging in de vorm van een beleidsbesluit luister bijgezet.²⁹⁹ Met de aankondiging en dit besluit lijkt de Staatssecretaris in te zien dat de terugploegregeling en de inhaalregeling op grond van EU-recht niet langer houdbaar zijn wanneer aan het Schumacker-criterium wordt voldaan.

4.2.1 Inhoud van het besluit

Uit het besluit valt af te leiden dat de Belastingdienst de inhaalregeling en de terugploegregeling niet langer zal toepassen voor zover deze regelingen zijn opgekomen vanwege de negatieve inkomsten uit eigen woning, mits in voorafgaande belastingjaren is voldaan aan de 90%-eis. Wanneer in voorafgaande belastingjaren aan deze eis niet is voldaan, blijven de terugploegregeling en de inhaalregeling wel van kracht. Wanneer de belastingplichtige in het verleden zowel wel als niet aan de 90%-eis hebben voldaan, wordt tussen deze jaren een splitsing aangebracht waarbij de belastingplichtige slechts over de jaren waarin hij aan de 90%-eis voldeed wordt gevrijwaard van toepassing van de terugploeg- en inhaalregeling.

Voor de vaststelling van de het 90%-criterium moet volgens de Staatssecretaris worden gekeken naar het verzamelinkomen van de belastingplichtige. Bij fiscaal partnerschap (waarvan volgens de Staatssecretaris pas sprake is wanneer ook de partner opteert voor binnenlandse belastingplicht) dient te worden gekeken naar het gezamenlijke bedrag van de

²⁹⁷ Staatssecretaris van Financiën 2 juni 2012, Nr. DGB 2012/2190M, Stc. Nr. 11800, 14 juni 2012.

²⁹⁸ MvF 23 februari 2012, FIDA 20121247.

²⁹⁹ Daarmee heeft de Staatssecretaris gehoor gegeven aan de roep om duidelijkheid vanuit de fiscale praktijk. Zie o.a. NTFR 2012/546, uitgave 10, 8 maart 2012.

verzamelinkomens³⁰⁰ van de belastingplichtige en zijn partner. De Staatssecretaris merkt daarbij, naar eigen zeggen ten overvloede, op dat mocht de partner niet opteren, de belastingplichtige slechts zijn deel van de hypotheekrente in aftrek kan brengen. Mocht de belastingplichtige in zijn woonland echter eveneens recht hebben op hypotheekrenteaftrek, dan geldt de goedkeuring niet.³⁰¹ Op deze manier tracht de Staatssecretaris te voorkomen dat de belastingplichtige een dubbele aftrek geniet. Onduidelijk is echter of de Staatssecretaris deze voorwaarde op een formele dan wel een materiële wijze uitlegt.³⁰² Met andere woorden moet nog worden verduidelijkt of er überhaupt geen recht mag bestaan op aftrek, of dat recht op hypotheekrenteaftrek wel mag bestaan maar in de woonstaat niet kan worden benut.³⁰³

Het besluit is op 15 juni 2012 in werking getreden en heeft terugwerkende kracht tot 25 november 2011, de datum waarop Hof 's-Hertogenbosch oordeelde³⁰⁴ dat een buitenlandse belastingplichtige die aan de Schumacker-norm voldoet niet hoeft te opteren om in aanmerking te komen voor hypotheekrenteaftrek. Ondanks de verwijzing naar deze Hofuitspraak stelt de Staatssecretaris zich op het standpunt dat de opteerplicht blijft bestaan. Deze plicht acht de Staatssecretaris als tijdelijke maatregel voldoende verdedigbaar, mede omwille van de mogelijkheid voor de Belastingdienst om te kunnen bepalen of een belastingplichtige daadwerkelijk aan de 90%-eis voldoet. Ten slotte geeft de Staatssecretaris in dit besluit aan dat een definitieve beslissing over de toekomst van de keuzeregeling bij het wetsvoorstel waarin de herziening van artikel 2.5 Wet IB 2011 wordt opgenomen.

In het vervolg van dit hoofdstuk zal aan de orde komen of de huidige stand van het Europees recht en het internationaal belastingrecht inderdaad noopt tot de door de Staatssecretaris getroffen maatregel en of deze maatregel en zal ik waar nodig aanbevelingen doen richting de Staatssecretaris.

4.3 Het Renneberg-arrest nader beschouwd

4.3.1 De juistheid van het Renneberg-arrest

Uit het Renneberg-arrest volgt dat Nederland als werkstaat op grond van artikel 39 EG³⁰⁵ rekening dient te houden met het negatieve inkomen uit eigen woning van een buitenlands belastingplichtige die zijn nagenoeg gehele inkomen in Nederland verwerft. Met het criterium 'nagenoeg geheel' dient aansluiting te worden gezocht bij de Schumacker-leer. Het Hof van Justitie heeft gewezen dat de buitenlands belastingplichtige die nagenoeg zijn gehele inkomen in de werkstaat verwerft vanuit het perspectief van fiscale draagkracht, in objectief dezelfde

³⁰⁰ Exclusief het inkomen uit eigen woning.

³⁰¹ Van Kommer en Offermans hebben vorig jaar een schematisch overzicht gepubliceerd van de mate waarin en de wijze waarop diverse EU-lidstaten hypotheekrenteaftrek bieden. Zie Kommer, V. van, en Offermans, R.H.M.J., "*Beperking van de hypotheekrenteaftrek in een Europees perspectief*", WFR 2011/1606.

³⁰² Ook de V-N redactie werpt deze vraag op. Zie aantekening bij V-N 2012/32.11.

³⁰³ Bij gebrek aan voldoende inkomsten in de woonstaat.

³⁰⁴ Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2011, nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1.

³⁰⁵ Inmiddels neergelegd in artikel 45 VWEU.

positie verkeert als de binnenlands belastingplichtige. Uit het Lakebrink-arrest volgde al eerder dat ook de negatieve inkomsten uit onroerende goederen onderdeel uitmaken van deze fiscale draagkracht.³⁰⁶

Eenzijds past het Renneberg-arrest prima binnen de jurisprudentiële weg die met het wijzen van het Schumacker-arrest door het Hof van Justitie is ingeslagen. Anderzijds wordt er in de literatuur kritiek geuit op de juistheid van het arrest, aangezien het arrest van het Hof van Justitie geen absolute duidelijkheid heeft geschapen.³⁰⁷ In de literatuur wordt betoogd dat ingeval van onroerend goed, anders dan bij persoonlijke aftrekposten, sprake is van brongebondenheid en het heffingsrecht over deze bron exclusief toekomt aan de staat waarin de bron gelegen is, in casu België.³⁰⁸ Kemmeren stelt daarnaast dat het HvJ EG een uitgebalanceerde verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten ondermijnt.

Ook Kavelaars is van mening dat het HvJ EG in de zaak Renneberg een onjuiste weg is ingeslagen door de werkstaat verantwoordelijk te maken voor bronnen die op grond van het belastingverdrag toegewezen zijn aan heffing in de woonstaat.³⁰⁹

Een ander punt van kritiek is dat het toelaten van hypotheekrenteafrek voor niet-inwoners kan leiden tot dubbele verliesneming. De inhaalregeling geldt namelijk niet voor Renneberg-situaties. Hierdoor kan zich de situatie voordoen dat het negatieve inkomen in een jaar waarin het merendeel van het inkomen in de werkstaat wordt verworven ten laste van het belastbare inkomen in de werkstaat wordt gebracht, terwijl diezelfde aftrekpost in een ander jaar bij het positief inkomen in de woonstaat ook nog eens in aftrek komt in de woonstaat.³¹⁰

Maar er zijn meer redenen om te twijfelen aan de juistheid van het Renneberg-arrest. In zijn conclusies bij het Renneberg-arrest heeft A-G Wattel een aantal van deze redenen opgeworpen. Zo schrijft de A-G³¹¹ het verlies aan hypotheekrenteafrek toe aan een dispariteit of dislocatie tussen twee belastingjurisdicties, terwijl het Europees Hof tot het oordeel kwam dat Nederland discrimineert door geen hypotheekrenteafrek te verlenen aan een niet-inwoner die zich in dezelfde omstandigheden bevindt als een inwoner van Nederland. Daarnaast heeft het Hof geen rechtvaardigingsgrond naar voren gebracht, terwijl het Hof dit in vergelijkbare arresten wel heeft gedaan.³¹² De door Nederland aangevoerde argumenten betreffende een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het gevaar van dubbele belasting heeft het Hof impliciet verworpen doordat het Hof een onjuist uitgangspunt heeft gehanteerd.

³⁰⁶ HvJ EU 18 juli 2007, C-182/06, BNB 2008/3 (Lakebrink).

³⁰⁷ Kiekebeld, B.J., Eijdsen, J.A.R. van: Nederlands belastingrecht in Europees perspectief, FED Fiscale Brochures, Kluwer, eerste druk, 2009, Hfdst. 2.3, p. 73.

³⁰⁸ Zie o.a. Kemmeren, E.C.C.M., *Renneberg Endangers the Double Tax Convention System or Can a Second Round Bring Recovery?*, EC Tax Review, 2009-1.

³⁰⁹ Kavelaars, P., "Grensoverschrijdende renteaftrek", NTFRB 2008/55.

³¹⁰ Opmeer, B., *Luidt Renneberg het einde van de keuzeregeling in?*, FutD/fipb 2009/0502 en Noordenbos, H.J. in zijn noot bij HR 26 juni 2009, nr. 39.258bis, NFTR 2009/1515.

³¹¹ Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 4.1.

³¹² Ik verwijz in dit kader naar de arresten Futura, Lidl Belgium en Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee.

Hoewel het arrest dus op een aantal terreinen, m.i. terecht, wordt bekritiseerd heeft het Hof van Justitie het arrest wel voor recht verklaard en is het in die zin bindend. In het volgende onderdeel neem ook ik het Renneberg-arrest voor recht aan.

4.3.2 De vraagtekens naar aanleiding van het Renneberg-arrest

Waar ik met name aandacht aan zal besteden is een aantal onzekerheden die het Renneberg-arrest met zich meebrengt. De belangrijkste onzekerheden zijn mijns inziens de volgende:

- Het Renneberg-arrest speelt zich af onder de Wet IB 1964. In hoeverre werkt het Renneberg-arrest door naar de Wet IB 2001?
- Dient de hypotheekrenteaftrek volledig of pro rata te worden toegekend wanneer een buitenlands belastingplichtige niet zijn gehele, maar wel nagenoeg zijn gehele arbeidsinkomsten in Nederland verwerft?
- Renneberg heeft geen partner. Wat zijn de gevolgen ingeval sprake is van een buitenlands belastingplichtige met partner? Dient dan te worden aangesloten bij de eigendomsverhouding van de woning om te bezien welk deel van het negatief saldo eigen woning ten laste van het in Nederland belastbare inkomen kan worden gebracht of kan de werknemer het volledige saldo eigen woning in Nederland in aanmerking nemen?
- Hoe dient het 90%-criterium te worden geïnterpreteerd? Moet worden gekeken naar gezinsniveau en met welke inkomstenbronnen dient rekening te worden gehouden? Dient dit criterium daarnaast jaarlijks te worden getoetst of moet men de hele periode waarover hypotheekrenteaftrek wenst te worden geclaimd samen te nemen?

Deze onduidelijkheden zal ik hieronder puntsgewijs bespreken.

4.3.3 Het Renneberg-arrest onder de Wet IB 2001

Zoals hierboven beschreven speelde het Renneberg-arrest zich af onder de Wet Inkomstenbelasting 1964. Onder die wet kon een in Nederland woonachtige persoon ook hypotheekrenteaftrek claimen voor de (in het buitenland gelegen) woning die niet als hoofdverblijf fungeerde. De Staatssecretaris heeft aanvankelijk, naar aanleiding van Kamervragen van Kamerlid Omtzigt, aangegeven³¹³ dat hij met ingang van 1 januari 2001 niet langer aan het Renneberg-arrest gebonden is, omdat sindsdien de Wet Inkomstenbelasting 2001 van kracht is en deze wet is uitgerust met de keuzeregeling op grond waarvan de buitenlandse belastingplichtige het buitenlandse negatieve saldo eigen woning ten laste van zijn Box 1 inkomen kan brengen door te opteren. In de literatuur is echter betoogd dat het Renneberg-arrest door lijkt te werken naar de Wet IB 2001.³¹⁴

³¹³ Staatssecretaris van Financiën nr. AFP/08/950 U, d.d. 09-12-2008, NTFR 2008/2504. De Staatssecretaris heeft daarbij vermeld dat nog onderzocht wordt of het Renneberg-arrest gevolgen heeft onder de Wet IB 2001.

³¹⁴ Vgl. Froger, R., *Hypotheekrenteaftrek voor niet-ingezetenen van Nederland?*, Nieuwsbrief Internationale Fiscale Actualiteit Maart 2010.

Het Gielen-arrest, waarin is gewezen dat de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 eventuele Europeesrechtelijke strijdigheden met Europees recht niet opheft, heeft in mijn optiek alle onzekerheid weggenomen. Hoewel het Gielen-arrest op een aantal punten afwijkt van het Renneberg-arrest³¹⁵, zijn de overwegingen van het Hof van Justitie dusdanig algemeen geformuleerd dat het Gielen-arrest rechtstreeks doorwerkt naar Schumacker/Renneberg-gevallen.³¹⁶³¹⁷ Dit betekent dat Nederland ook onder de Wet IB 2001 als werkstaat rekening dient te houden met de aftrek van het negatief saldo eigen woning van een buiten Nederland woonachtige belastingplichtige die zijn inkomen geheel of nagenoeg geheel in Nederland verwerft.³¹⁸ Gezien de hierboven genoemde aankondiging lijkt ook de Staatssecretaris het standpunt te hebben ingenomen dat het Renneberg-arrest in samenhang met het Gielen-arrest rechtswerking heeft onder de Wet IB 2001.

4.3.4 Aftrekpost volledig of pro rata?

Met de constatering dat ook onder de Wet IB 2001 hypotheekrenteaftrek kan worden geclaimd in Renneberg-gevallen dient te worden beoordeeld in hoeverre deze aftrek toegekend moet worden. In gevallen waarin een buitenlands belastingplichtige 100% van zijn inkomen in Nederland verwerft, acht ik het zonder meer gerechtvaardigd dat hij het volledige negatieve saldo van zijn buiten Nederland gelegen eigen woning ten laste kan brengen van zijn belastbare Box 1 inkomen. Maar wat nu als de belastingplichtige bijvoorbeeld 91% van zijn inkomen in Nederland verwerft? Kan hij ook dan 100% van het negatieve saldo in aanmerking nemen of mag hij dan slechts 91% van aftrekpost in aanmerking nemen? Mijns inziens dient Nederland op basis van het Renneberg-arrest een aftrek te verlenen voor de volledige aftrekpost, ongeacht de vraag of de buitenlandse belastingplichtige zijn inkomen nu geheel dan wel nagenoeg geheel in Nederland verwerft. Zulks volgt uit de bewoordingen van het arrest Renneberg. Noch het HvJ EU, noch de Hoge Raad heeft in het kader van het toekennen van de aftrekpost immers de woorden ‘voor zover’ of bewoordingen van vergelijkbare strekking gebezigd. Mocht het achterwege laten van deze woordkeuze niet berusten op een bewuste keuze van het HvJ EU en/of de Hoge Raad, dan nog is een andere conclusie dan het toekennen van de volledige aftrekpost moeilijk voorstelbaar. Het Renneberg-arrest borduurt namelijk voort op de Schumacker-doctrine. Uit deze Schumacker-doctrine volgt dat buitenlandse belastingplichtige die hun inkomen geheel of nagenoeg geheel in een andere staat dan hun woonstaat verwerven, zich in een vergelijkbare situatie bevinden als feitelijk inwoners van deze andere staat en dat zij om die reden recht hebben op dezelfde

³¹⁵ Zo speelde het Gielen-arrest zich af in de ondernemerssfeer en is de zelfstandigenaftrek in afwijking van de Schumacker-leer niet subject- maar objectgebonden en voldeed Gielen niet aan het inkomenscriterium van 90%. Daarnaast was bij Gielen eventuele strijd met art. 49 VWEU (vrije vestiging) aan de orde, terwijl het Renneberg-arrest ging om art. 45 VWEU (vrij verkeer van werknemers). Vgl. in dit kader Pötgens, F.P.G., *Over het keuzerecht, Europeesrechtelijke ontwikkelingen en de grensambtenarendoctrine*, MBB 2011/03.

³¹⁶ Deze redentatie vindt bijval in de literatuur. Zie o.a. Reins, D. en Schipper, N.P., *Toepassen keuzeregeling niet langer vereist?*, Loonzaken 2011/08/11.

³¹⁷ Ook Noordenbos is die mening toegedaan. Zie commentaar Noordenbos bij HvJ EU 18 maart 2010, C-440/08, NTFR 2010/795 (Gielen).

³¹⁸ Vgl. tevens Wolff, J., *De keuzeregeling in de inkomstenbelasting is aan revisie toe*, BM 2010/0708/08.

aftrekken en tegemoetkomingen.³¹⁹ Het maken van onderscheid tussen geheel en nagenoeg geheel ligt dan ook niet voor de hand.

4.3.5 De buitenlandse belastingplichtige met partner

4.3.5.1 Enkele cruciale vragen bij partners

Op basis van de Schumacker-doctrine dient toetsing van het inkomenscriterium van 90% op gezinsniveau te geschieden. Renneberg betrof een alleenstaande waardoor in zijn geval slechts zijn eigen inkomen relevant was om te bepalen of hij zijn inkomen nagenoeg geheel in Nederland verwierf. Een interessante en bij mijn weten in de literatuur nog niet opgeworpen vraag luidt wat voor Renneberg de gevolgen zouden zijn wanneer hij wel een partner zou hebben gehad, met name waar het gaat om de verdeling van de aftrekpost.

Wie de Schumacker-doctrine naar het Renneberg-arrest doortrekt komt tot de conclusie dat Renneberg ingeval hij een partner zou hebben gehad, hij slechts hypotheekrenteaftrek zou kunnen genieten in Nederland wanneer zijn partner minder dan 10% van het totale gezinsinkomen verwerft.³²⁰ Deze benadering is onlangs, m.i. terecht, bevestigd door Rechtbank Breda.³²¹ De rechtbank oordeelde dat een in Duitsland woonachtig echtpaar niet aan de Schumacker-norm voldeed aangezien zij op gezinsniveau minder dan 90% van hun inkomen in Nederland verwierven.³²² Volgens de rechtbank wordt met de voorwaarde 'op gezinsniveau' bedoeld, het totaal van de inkomens van de individuele leden van het betrokken gezin.³²³³²⁴

In mijn optiek is daarmee de kous nog niet af. Wie moet er in dit verband immers als partner worden beschouwd? Geldt voor ongehuwd samenwonenden eveneens dat het inkomenscriterium op gezinsniveau wordt getoetst? En speelt de eigendomsverhouding van de woning nog een rol? Ook deze vragen zijn voor zover ik kan beoordelen in de literatuur noch in de rechtspraak beantwoord.

Een andere vraag die nog niet aan de orde is gekomen luidt of de buitenlandse belastingplichtige die tezamen met zijn partner aan het inkomenscriterium voldoet recht heeft op 100% of op 50% van de totale aftrekpost.

Voorbeeld VII:

³¹⁹ Ofwel, op de volledige aftrekpost.

³²⁰ Uiteraard ervan uitgaande dat het heffingsrecht over het inkomen van de partner toekomt aan de woonstaat.

³²¹ Rechtbank Breda 10 juni 2011, nr. 10/03987, NTFR 2011/2383.

³²² De rechtbank verwijst daarbij naar de arresten Schumacker, Lakebrink en Renneberg.

³²³ Rechtbank Breda 10 juni 2011, nr. 10/03987, NTFR 2011/2383, r.o. 2.7.

³²⁴ Of dit betekent dat het inkomen van de (minderjarige) thuiswonende kinderen ook moet worden meegeteld is niet duidelijk. Mijns inziens zou dit inkomen niet moeten worden meegeteld omdat het inkomen van minderjarige kinderen doorgaans geen invloed heeft op de draagkracht van de ouders. Een misschien wel gewichtiger argument is dat het inkomen van de kinderen er niet toe leidt dat de ouders in hun woonstaat aftrekposten en andere fiscale tegemoetkomingen ten gelde kunnen maken.

De heer X en mevrouw Y (gehuwd) zijn woonachtig in België. Zij bezitten aldaar een eigen woning welke hen als hoofdverblijf ter beschikking staat en welke is gefinancierd met een hypothecaire geldlening. Het negatieve saldo eigen woning bedraagt € 5.000 in 2012.

In 2012 verwerft de heer X zijn inkomen van € 90.000 volledig in Nederland. Mevrouw Y werkt in 2012 in België en geniet een inkomen van € 10.000.

In bovenstaand voorbeeld verwerven de heer X en mevrouw Y hun inkomen op gezinsniveau nagenoeg geheel in Nederland, waardoor hypotheekrenteaftrek in Nederland in 2012 op basis van Renneberg mogelijk is. Of dit betekent dat de heer X bij het doen van aangifte inkomstenbelasting 2012 een belastbaar inkomen van € 85.000 mag opgeven is nog niet volledig uitgekristalliseerd. In het algemeen wordt aangenomen dat de heer X inderdaad de volledige aftrekpost van € 5.000 ten laste van zijn belastbare inkomen uit werk en woning mag brengen. Met die opvatting kan ik mij prima verenigen, aangezien ook de buitenlandse belastingplichtige die een beroep doet op toepassing van artikel 2.5 Wet IB 2001 het volledige negatieve saldo van de eigen woning in aftrek kan brengen in Nederland. Expliciet uit de arresten Schumacker en/of Renneberg blijkt dit echter niet. Daarnaast kwalificeren de heer X en mevrouw Y niet als fiscaal partners in de zin van artikel 1.2 Wet IB 2001. Vrije toerekening van gemeenschappelijke inkomsten in de zin van artikel 2.17 is dan in beginsel niet mogelijk.

Met zijn recent uitgevaardigde besluit lijkt de Staatssecretaris zich op het standpunt te stellen dat slechts *fiscale partners*³²⁵ in aanmerking komen voor de volledige hypotheekrenteaftrek. Dit standpunt strookt in mijn beleving niet met de Schumacker-doctrine. Uit die doctrine volgt namelijk dat Nederland als werkstaat gehouden is om rekening te houden met iemand fiscale draagkracht en dat deze draagkracht op gezinsniveau wordt beoordeeld. Indien op gezinsniveau aan het 90%-criterium voldaan is, houdt Nederland mijns inziens onvoldoende rekening met deze fiscale draagkracht door slechts de helft van de op gezinsniveau betaalde hypotheekrente in aftrek toe te laten.

In gevallen waarin voldaan is aan het 90%-criterium is dan ook niet de vraag of belastingplichtigen als fiscaal partner worden aangemerkt, maar of zij als zodanig zouden worden aangemerkt wanneer zij beiden inwoners van Nederland zouden zijn.³²⁶

4.3.6 Een uitstapje: welk inkomen geldt?

Tot besluit van deze paragraaf wil ik nog een ander punt aankaarten aangaande de toetsing van het 90%-criterium. Bij de toetsing hiervan lijkt men doorgaans aan te sluiten bij het fiscaal loon.³²⁷ Daarbij doen zich een aantal pijnpunten voor die leiden tot een onzuivere vergelijking tussen het Nederlandse en het niet-Nederlandse inkomen:

³²⁵ Ofwel, beide partners dienen te opteren voor binnenlandse belastingplicht.

³²⁶ In dat kader verdient het gewijzigde partnerbegrip van artikel 1.2 Wet IB 2001 de aandacht.

³²⁷ Ofwel, er wordt aangesloten bij de jaaropgave van de betreffende belastingplichtige.

1. In verschillende landen wordt het fiscaal loon op basis van verschillende maatstaven vastgesteld.³²⁸
2. Wanneer in Nederland de 30% regeling van toepassing is³²⁹ geeft aansluiting bij het fiscaal loon een onjuist beeld, aangezien het fiscaal loon dan slechts 70% van het feitelijk genoten loon omvat. Voor de toetsing van het inkomenscriterium dient derhalve ook de 30% vrije kostenvergoeding te worden meegenomen.
3. Nettoloelementen: Met grote regelmaat komen werkgever en werknemer een gehele dan wel gedeeltelijk nettoloonafpraak overeen. Zo'n afspraak houdt in dat de werknemer recht heeft op een gegarandeerd netto inkomen. Denk bijvoorbeeld aan een netto bonus. Om te bewerkstelligen dat de werknemer dit netto bedrag daadwerkelijk in zijn geheel ontvangt, dient de werkgever het loon van de werknemer te bruteren en neemt de werkgever zelf de bruteringskosten voor rekening.³³⁰ Deze bruteringskosten maken onderdeel uit van het fiscaal loon van de werknemer, maar zeggen in feite niets over het feitelijk door de werknemer genoten loon.

Om bovenstaande pijnpunten te elimineren pleit ik bij toetsing van het inkomenscriterium voor een aansluiting bij het nettoloon van de werknemer en zijn partner om zo het effect van tariefsverschillen af te zwakken. Wanneer op gezinsniveau ten minste 90% van het netto inkomen in Nederland wordt verworven, dient Nederland hypotheekrenteaftrek te verlenen. Ik besef mij echter dat het aansluiten bij het netto inkomen ter toetsing van het inkomenscriterium een tijdrovende en lastenverzwarende exercitie is.

4.3.7 Jaarlijkse toetsing

Een laatste onduidelijkheid die het Renneberg-arrest met zich meebrengt heeft eveneens betrekking op het inkomenscriterium. Meer specifiek vraag ik mij af of het 90%-criterium een jaarlijkse toets is, of dat deze toets over de gehele tijdsperiode moet worden verdeeld.³³¹

Voorbeeld VIII:

Een inwoner van België bezit een Belgische eigen woning waarop een hypotheekschuld rust. In de jaren 2009 tot en met 2012 werkt hij voor een Nederlandse werkgever. In 2009 en 2011 verricht hij 20% van zijn totale werkzaamheden vanuit zijn woning in België. De resterende

³²⁸ Neem bijvoorbeeld de auto van de zaak. Waar in Nederland een fiscale bijtelling geldt van 25% van de cataloguswaarde is het denkbaar dat voor exact dezelfde auto in België een totaal andere bijtelling geldt.

³²⁹ Het voormalige artikel 15a lid 1 onderdeel j Wet LB 1964.

³³⁰ Stel een werknemer werkt in Nederland en heeft recht op een netto bonus van € 15.000. Ervan uitgaande dat hij met deze bonus in het hoogste belastingtarief van 52% valt, dient de werkgever een bruto bonus toe te kennen van € 31.250. Stel daarnaast dat de partner van deze werknemer in België werkt en dat aan deze partner eveneens een netto bonus in zou worden uitbetaald en het toepasselijke tarief in België 50% bedraagt. Dan dient de werkgever in België een bruto bonus toe te kennen van € 30.000. De werknemer en zijn partner genieten exact hetzelfde netto inkomen, maar er ontstaat een onzuivere vergelijking bij de bepaling of aan het 90%-criterium voldaan is.

³³¹ Eerder al kwam Van Bragt tot dezelfde vraag. Zie Bragt, I. van, "Wonen in het buitenland en het keuzerecht: het einde in zicht!", VP Bulletin 2012/15.

80% van zijn werkzaamheden verricht hij op kantoor in Nederland. In 2010 en 2012 verricht hij louter werkzaamheden in Nederland.

Het negatieve saldo eigen woning bedraagt jaarlijks € 10.000.

In bovenstaand voorbeeld leidt jaarlijkse toetsing tot de conclusie dat deze belastingplichtige slechts in de jaren 2010 en 2012 recht heeft op hypotheekrenteaftrek in Nederland. Toetsing over de gehele looptijd zou leiden tot de conclusie dat hij over alle vier de jaren hypotheekrenteaftrek kan claimen in Nederland.

Om diverse redenen geniet jaarlijkse toetsing in mijn optiek de voorkeur, ook al zou dat voor de belastingplichtige uit bovenstaand voorbeeld minder gunstig zijn. In de eerste plaats komt jaarlijkse toetsing de rechtszekerheid ten goede. Een in jaar 1 genoten aftrek kan bij jaarlijkse toetsing van het inkomenscriterium niet alsnog worden teruggenomen indien de belastingplichtige in jaar 2 een minder groot gedeelte van zijn inkomen in Nederland verwerft. Niet alleen omwille van de rechtszekerheid, maar ook vanuit praktisch oogpunt prevaleert jaarlijkse toetsing boven een ‘overall’-toets. Men weet vaak op voorhand niet hoe zijn of haar inkomstenpatroon eruit komt te zien. Daarnaast is het lastig te bepalen hoe en op welk moment de hypotheekrenteaftrek moet worden geclaimd. Bovendien zou de definitie van ‘totale looptijd’ tot onnodige interpretatieverschillen kunnen leiden en zou in theorie sprake kunnen zijn van ‘double-dipping’.

Als laatste, maar zeker niet het minst belangrijke, argument voor jaarlijkse toetsing geldt de EU-rechtspraak. Op basis van de Schumacker-doctrine³³² blijft als hoofdregel gelden dat de woonstaat in beginsel gehouden is rekening te houden met iemands fiscale draagkracht, tenzij het inkomen in de woonstaat daartoe ontoereikend is. Daarvan is in elk geval sprake wanneer de belastingplichtige zijn inkomen geheel of nagenoeg geheel in de werkstaat verwerft. Ten aanzien van jaren waarin een belastingplichtige zijn inkomen niet geheel of niet nagenoeg geheel in de werkstaat verdient, wordt het inkomen in de woonstaat geacht toereikend te zijn om met de fiscale draagkracht van de belastingplichtige rekening te houden.

4.4 Positie van de keuzeregeling

4.4.1 Inleiding

Met de constatering dat ook onder de Wet IB 2001 hypotheekrenteaftrek kan worden genoten door buitenlandse belastingplichtigen die voldoen aan het Schumacker-criterium doen zich een aantal vragen voor omtrent de exacte invloed van de arresten Renneberg en Gielen op de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001. Deze punten zal ik in dit onderdeel bespreken.

4.4.2 Opteerplicht tenietgedaan?

Uit het Renneberg-arrest volgt dat een buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen geheel of nagenoeg geheel in Nederland verwerft in Nederland recht heeft op hypotheekrenteaftrek voor de buiten Nederland gelegen eigen woning. Dit betekent naar mijn

³³² Nader vormgegeven in de arresten Gschwind, Lakebrink en Renneberg.

mening dat buitenlandse belastingplichtigen die zich in zo'n Renneberg-situatie bevinden een onvoorwaardelijk recht hebben op aftrek van het negatieve saldo van de buitenlandse eigen woning. Zij kunnen rechtstreeks een beroep doen op de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Het uitbrengen van de keuze voor binnenlandse belastingplicht kan in mijn optiek achterwege blijven.

Desalniettemin heeft de Staatssecretaris in zijn hierboven besproken besluit aangegeven dat deze belastingplichtigen moeten blijven opteren voor binnenlandse belastingplicht om voor hypotheekrenteaftrek in aanmerking te komen. Volgens Van Bragt³³³ heeft dit te maken met de werking van de artikelen 2 tot en met 10 Uitv. Besl. IB 2001, maar hij geeft vervolgens te kennen dat kiezen niet nodig is wanneer een belastingplichtige minimaal 90% van zijn inkomen in Nederland verdient. Ook Wolff³³⁴ is – door de samenhang van het arrest Gielen met het arrest Renneberg – van mening dat de keuzeregeling niet meer nodig is om de hypotheekrenteaftrek te kunnen genieten voor zover het inkomen nagenoeg geheel in Nederland wordt verdiend. Met de uitspraak van 25 november 2011 heeft Hof 's-Hertogenbosch dit standpunt bevestigd.³³⁵ Op het betoog van de inspecteur dat vermindering van het belastbare inkomen uit werk en woning met het 'eigenwoningsaldo' geen sprake kan zijn nu belanghebbende niet heeft geopteerd voor binnenlandse belastingplicht overwoog het Hof het volgende³³⁶:

“(...) Het Hof verwerpt dit betoog, aangezien het geen steun vindt in het recht. Het Hof verwijst naar het arrest van het HvJ in de zaak-Gielen.”

4.4.3 Volledig jaar?

In hoofdstuk 2 heb ik beschreven dat de keuze voor binnenlandse belastingplicht slechts ten aanzien van een volledig belastingjaar kan worden gemaakt.³³⁷ Die conclusie is gebaseerd op de uitspraak³³⁸ van Hof 's-Hertogenbosch van 29 juli 2005, alsmede op de parlementaire geschiedenis³³⁹ bij artikel 2.5 Wet IB 2001. Betekent dit dat de buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerft en dus niet hoeft te opteren voor binnenlandse belastingplicht om recht te hebben op hypotheekrenteaftrek, ook op basis van een heel jaar aan het 90% criterium moet voldoen?

Voorbeeld IX:

Mevrouw Y is woonachtig in Duitsland. Ze bezit aldaar een eigen woning waarop een hypotheekschuld rust. Zij heeft een arbeidsovereenkomst met een Duitse werkgever, X GmbH. Gedurende de periode 1 januari 2009 tot en met 31 oktober 2012 wordt zij door haar Duitse

³³³ Bragt, I. van, “Wonen in het buitenland en het keuzerecht: het einde in zicht!”, VP Bulletin 2012/15, onderdeel 3.1.

³³⁴ Zie Wolff, J., *De keuzeregeling in de inkomstenbelasting is aan revisie toe*, BM 2010/0708/08.

³³⁵ Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2011, nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1.

³³⁶ Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2011, nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1, r.o. 4.1.

³³⁷ Uiteraard met uitzondering van de migrant. Deze hoeft slechts te opteren voor de periode dat hij buitenlands belastingplichtig is.

³³⁸ Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2005, nr. 03/02499, NTFR 2005/1453.

³³⁹ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 80.

werkgever uitgezonden naar de Nederlandse zustermaatschappij X BV. Op basis van het belastingverdrag tussen Duitsland en Nederland zijn haar arbeidsinkomsten van € 50.000 per jaar (tevens haar enige inkomsten) volledig in Nederland belast. Op 1 november 2012 hervat zij haar lokale dienstbetrekking in Duitsland. Tijdens de uitzending blijft zij fiscaal inwoner van Duitsland.

Op basis van de arresten Renneberg en Gielen heeft mevrouw Y over de jaren 2009 tot en met 2011 recht op aftrek van het negatieve saldo van de Duitse eigen woning. Zij voldoet in deze jaren namelijk aan het inkomenscriterium van 90%. In 2012 echter verwerft zij slechts 83,33%³⁴⁰ van haar inkomen in Nederland. Wanneer echter louter wordt gekeken naar de periode 1 januari 2012 tot en met 31 oktober 2012 verwerft zij 100% van haar inkomen in Nederland. Wie deze redenering volgt komt tot het oordeel dat mevrouw Y het negatieve saldo eigen woning dat op deze periode betrekking heeft ten laste van haar belastbare inkomen mag brengen in Nederland.

Opnieuw met verwijzing naar de gedachte achter de Schumacker-doctrine kom ik tot de conclusie dat Nederland geen hypotheekrenteaftrek hoeft te verlenen aan de buitenlandse belastingplichtigen die voldoende³⁴¹ inkomen geniet in zijn woonstaat om in deze woonstaat aftrekken en tegemoetkomingen ten gelde te kunnen maken.

Ondanks het feit dat Hof 's-Hertogenbosch recentelijk oordeelde³⁴² dat belanghebbende over de eerste drie maanden van het jaar aan de Schumacker-norm voldeed³⁴³ en dat hij derhalve over deze eerste drie maanden recht had op hypotheekrenteaftrek in Nederland, lijkt het Hof deze mening met mij te delen. In casu betrof het een inwoner van Duitsland die gedurende het eerste kwartaal van het jaar in Nederland werkte en vervolgens op 1 april van het betreffende jaar naar de Verenigde Staten emigreerde om aldaar werkzaamheden te gaan verrichten. Het Hof oordeelde dat belanghebbende, ware hij na de beëindiging van zijn Nederlandse dienstbetrekking weer in zijn woonstaat Duitsland gaan werken, hij in het betreffende kalenderjaar in Duitsland voldoende inkomen zou hebben genoten om Duitsland in staat te stellen met zijn persoonlijke- en gezinsomstandigheden rekening te houden. Nu belanghebbende naar de Verenigde Staten is geëmigreerd moet hij volgens het Hof worden gelijkgesteld met een inwoner van Nederland van wie de belastingplicht door emigratie naar de Verenigde Staten eindigt.

Deze redenering van het Hof betekent dat de voorwaarden uit het Schumacker-arrest, namelijk dat de niet-ingezetene zijn gehele of nagenoeg gehele inkomen in de werkstaat moet verdienen en dat zijn inkomen in de woonstaat ontoereikend is om de tegemoetkomingen die verband houden met zijn persoonlijke- en gezinssituatie aldaar toe te kunnen passen,

³⁴⁰ $10/12^{\circ} * € 50.000 = € 41.667$.

³⁴¹ Ten minste 10%.

³⁴² Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2012, nr. 11/00567, V-N 2012/1035.

³⁴³ Hij woonde gedurende dit kwartaal in Duitsland en verwierf zijn inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland.

afzonderlijk van elkaar getoetst dienen te worden.³⁴⁴ Evenals Steijn³⁴⁵ ben ik van mening dat het Hof terecht heeft geconcludeerd dat Nederland onder deze omstandigheden hypotheekrenteaftrek dient te verlenen over de eerste drie maanden van 2005.

4.4.4 De positie van de inhaalregeling

In hoofdstuk 2 heb ik beschreven dat de inhaalregeling van artikel 6 Uitv.Besl. IB 2001 in bepaalde gevallen als nadelig element van de keuzeregeling moet worden beschouwd en dat deze inhaalregeling zich om die reden mogelijkerwijs niet (geheel) verhoudt tot de thans gewezen jurisprudentie van het HvJ EU. De inhaalregeling bewerkstelligt namelijk dat een optant die in jaar 1 negatief buitenlands inkomen geniet³⁴⁶ dit negatieve inkomen in mindering dient te brengen op het positieve 'te voorkomen' inkomen uit een volgend jaar, met een lagere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting in dat volgend jaar tot gevolg.

Om te beoordelen of de inhaalregeling daadwerkelijk strijd oplevert met EU-recht dient in de eerste plaats te worden geëvalueerd in hoeverre de inhaalregeling voor optanten afwijkt van de inhaalregeling zoals die geldt voor feitelijk binnenlands belastingplichtigen.³⁴⁷ Ook deze inhaalregeling voorziet namelijk in het verlagen van een in de toekomst vrij te stellen positief buitenlands inkomen met een bedrag ter hoogte van het negatieve saldo van de buitenlandse inkomsten uit het huidige jaar. De beide inhaalregelingen wijken in zoverre van elkaar af dat de inhaalregeling voor de optant ook het negatieve saldo van de (in zijn geval buitenlandse) eigen woning omvat, terwijl de inhaalregeling voor de binnenlands belastingplichtige geen eigen woning bevat.³⁴⁸³⁴⁹

De Staatssecretaris van Financiën aangegeven dat de inhaalregeling niet meer van toepassing zal zijn in gevallen waarin voldaan is aan het 90%-criterium. Kennelijk acht de Staatssecretaris de inhaalregeling niet in lijn met het EU-recht.

Opmeer³⁵⁰ daarentegen stelt zich op het standpunt dat de inhaalregeling niet strijdig is met EU-recht zolang deze niet afwijkt van de inhaalregeling voor de binnenlandse belastingplichtige.

De Vries³⁵¹ lijkt eenzelfde mening te zijn toegedaan als Opmeer door te stellen dat de inhaalregeling met name strijd kan opleveren met Europees recht vanwege het feit dat deze

³⁴⁴ Bij de invoering van de Wet IB 2001 werd nog de opvatting gehuldigd dat aan deze tweede eis automatisch is voldaan wanneer het inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland wordt verdiend.

³⁴⁵ Zie commentaar Steijn bij Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2012, nr. 11/00567, NTFR 2012/1019.

³⁴⁶ En derhalve per saldo geen aftrek ter voorkoming van dubbele belasting kan claimen.

³⁴⁷ Ook voor deze groep belastingplichtigen bestaat een inhaalregeling, neergelegd in artikel 12 BvdB 2001.

³⁴⁸ Vgl. Vries, H. de, *Wijziging van de keuzeregeling artikel 2.5 Wet IB 2001 hard nodig!*, WFR 2009/996.

³⁴⁹ Het heffingsrecht over deze Nederlandse eigen woning is per slot van rekening aan Nederland toegewezen.

De inhaalregeling van artikel 12 BvdB 2001 is met name gericht op buitenlandse verliezen uit onderneming, bijvoorbeeld een buitenlandse vaste inrichting van een Nederlandse vennootschap.

³⁵⁰ Opmeer, B., *Luidt Renneberg het einde van de keuzeregeling in?*, FutD/Fipb 2009/0502.

³⁵¹ Vries, H. de., *Wijziging van de keuzeregeling artikel 2.5 Wet IB 2001 hard nodig!*, WFR 2009/996.

inhaalregeling voor de buitenlandse belastingplichtigen wordt gekenmerkt door de ‘overall-methode’, terwijl de inhaalregeling van artikel 12 BvdB 2001 gebaseerd is op een ‘per country-benadering’.

Ook Kiekebeld en Van Eijdsden³⁵² komen tot het aanvankelijke oordeel dat de inhaalregeling gerechtvaardigd is, maar nuanceren die opvatting ten aanzien van Schumacker-gevallen. In dergelijke gevallen dient de inhaalregeling volgens hen achterwege te blijven. Zij zetten dit standpunt luister bij met het voorbeeld van een inwoner van België die gedurende een aantal jaren volledig in Nederland heeft gewerkt en gedurende deze jaren zijn hypotheekrente in aftrek heeft gebracht in Nederland door te opteren voor binnenlandse belastingplicht. Na zijn pensioen zal deze belastingplichtige worden geconfronteerd met de inhaalregeling³⁵³ aangezien zijn pensioeninkomsten in België belast inkomen vormen. Kiekebeld en Van Eijdsden achten een dergelijke uitkomst niet bevredigend in het licht van het Renneberg-arrest en concluderen dat de inhaalregeling in Schumacker-situaties in strijd lijkt te zijn met EU-recht.

In de uitspraak van 30 november 2011 constateerde ook de Rechtbank Breda³⁵⁴ dat een dergelijke uitkomst niet tot een bevredigend resultaat leidt. Het onderhavige geval was vergelijkbaar met het door Kiekebeld en Van Eijdsden geschetste voorbeeld. In casu betrof het een belanghebbende die in 2001 geëmigreerd was van Nederland naar België. In de jaren 2002 tot en met 2005 bestond het inkomen van hem en zijn echtgenote tezamen nagenoeg geheel uit Nederlandse inkomsten. Het Belgische inkomen bestond louter uit het negatieve saldo van de Belgische eigen woning. In 2007 ontvangt belanghebbende een arbeidsongeschiktheidsuitkering, waarover het heffingsrecht op grond van het belastingverdrag tussen Nederland en België³⁵⁵ aan België is toegewezen.

Met verwijzing naar het Renneberg-arrest preciseert de Rechtbank dat, in tegenstelling tot hetgeen de inspecteur betoogt, de negatieve saldi eigen woning over de jaren 2002 tot en met 2005 niet via de inhaalregeling dienen te worden gesaldeerd met de positieve Belgische inkomsten uit 2007. De Rechtbank overweegt³⁵⁶ daartoe dat belanghebbende dient te worden vergeleken met een ingezetene van Nederland die in vergelijkbare omstandigheden verkeert. Volgens de Rechtbank moet in dit verband een vergelijking worden gemaakt met de in Nederland wonende persoon met Nederlands inkomen en een in Nederland gelegen eigen woning. Deze persoon heeft een onvoorwaardelijk recht op aftrek en zal niet worden getroffen door enige vorm van inhaal van de in het verleden ter zake van zijn in Nederland gelegen eigen woning terecht in aftrek gebrachte hypotheekrente als die persoon in een later jaar inkomsten zou gaan genieten die zijn toegewezen aan het buitenland. De Rechtbank concludeert dat sprake is van een schending van het discriminatieverbod waarvoor geen

³⁵² Kiekebeld, B.J. en Eijdsden, J.A.R. van., Nederlands belastingrecht in Europees perspectief, FED Fiscale Brochures, Kluwer 1^e druk, 2009, blz. 78.

³⁵³ Ervan uitgaande dat hij blijft opteren voor binnenlandse belastingplicht om de terugploegregeling te omzeilen.

³⁵⁴ Rechtbank Breda 30 november 2011, nr. 10/2852, V-N Vandaag 2011/3122.

³⁵⁵ De uitkering viel onder het restartikel van dit verdrag, te weten artikel 21.

³⁵⁶ Rechtbank Breda 30 november 2011, nr. 10/2852, V-N Vandaag 2011/3122, r.o. 4.16.

objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat en dat belanghebbende om die reden recht heeft op een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting voor de arbeidsongeschiktheidsuitkering, zonder toepassing van de inhaalregeling.

In zijn commentaar³⁵⁷ bij deze rechtbank-uitspraak stelt Hofman echter ter discussie of belanghebbende inderdaad dient te worden vergeleken met de inwoner van Nederland met een Nederlandse eigen woning. Volgens Hofman zijn er twee vergelijkingsmaatstaven denkbaar:

1. Het Renneberg-arrest dient aldus te worden uitgelegd dat een vergelijking moet worden gemaakt tussen een inwoner van België met een Belgische woning en een inwoner van Nederland met een Belgische woning. Deze uitleg leidt tot de mogelijk conclusie dat de inhaalregeling geen Europeesrechtelijke strijdigheden oplevert³⁵⁸;
2. Het Renneberg-arrest dient aldus te worden uitgelegd dat een vergelijking moet worden gemaakt tussen een inwoner van België met een Belgische woning en een inwoner van Nederland met een Nederlandse woning. In dat geval kan geen inhaalregeling worden toegepast. Hierbij verwijst Hofman eveneens naar Rechtbank Breda 18 april 2011, nr. 10/02769, NTFR 2011/1377.

Naar mijn mening dient de buitenlandse belastingplichtige die aan het 90%-criterium voldoet te worden vergeleken met de inwoner van Nederland die een in Nederland gelegen woning bezit. Ik sluit mij dan ook aan bij de hierboven vermelde uitspraak van de Rechtbank Breda. De inhaalregeling van artikel 6 Uitv.Besl. IB 2001 doorkruist namelijk het principe van een onvoorwaardelijk recht op hypotheekrenteaftrek over Schumacker-jaren en is om die reden strijdig met EU-recht. Ik ben met Opmeer³⁵⁹ van mening dat de inhaalregeling van artikel 6 Uitv.Besl. IB 2001 dient te worden geconformeerd aan de inhaalregeling van artikel 12 BvdB 2001 ten aanzien van jaren waarin een belastingplichtige zich in een Schumacker- of Renneberg-situatie bevindt.

Het hierboven genoemde standpunt van De Vries³⁶⁰ dat eventuele strijdigheid van de inhaalregeling met name is gelegen in het verschil tussen toepassing van de overall-methode

³⁵⁷ Rechtbank Breda 30 november 2011, nr. 10/2852, NTFR 2012/498.

³⁵⁸ Volgens Hofman is de inhaalregeling alsdan in overeenstemming met HvJ EU 23 oktober 2008, zaak C-157/07, NTFR 2008/2306 (Krankenheim Ruhesitz am Wannsee). Krankenheim Ruhesitz was in Duitsland gevestigd en dreef in Oostenrijk een onderneming door middel van een vaste inrichting. Deze Oostenrijkse v.i. had in het verleden verliezen geleden die in Duitsland in aanmerking waren genomen. Later behaalde de v.i. een winst waarover het HvJ EU heeft geoordeeld dat de Duitse regeling die het eerder genomen verlies weer bijtelde weliswaar een belemmering vormde in de zin van artikel 49 VwEU, maar dat deze belemmering gerechtvaardigd (en daarnaast geschikt en evenredig) was om samenhang van de Duitse fiscale regeling te garanderen. Samenvatting ontleend aan Kiekebeld, B.J., Eijdsen, J.A.R. van: Nederlands belastingrecht in Europees perspectief, FED Fiscale Brochures, Kluwer, eerste druk, 2009, Hfdst. 2.3, p. 77. Ook Thomas acht de inhaalregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 in lijn met het Krankenheim Ruhesitz-arrest aangezien samenhang bestaat tussen verrekening en de inhaal van het verlies. Zie aantekening Thomas bij C-175/07, FED2008/124.

³⁵⁹ Opmeer, B., *Luidt Renneberg het einde van de keuzeregeling in?*, FutD/Fipb 2009/0502.

³⁶⁰ Vries, H. de., *Wijziging van de keuzeregeling artikel 2.5 Wet IB 2001 hard nodig!*, WFR 2009/996.

en de per country-methode snijdt weliswaar hout, maar acht ik onvolledig. Naar mijn mening is er per definitie sprake van strijdigheid met EU-recht wanneer eerder verleende hypotheekrenteaftrek over Schumacker-jaren wordt ingehaald. Deze inhaal kan zich ook voordoen wanneer de buitenlandse belastingplichtige de overall-methode mag toepassen.

In mijn optiek dient de inhaalregeling achterwege te blijven in jaren waarin is voldaan aan het inkomenscriterium. Hoewel de inhaalregeling vaak pas effect krijgt in een jaar waarin niet aan het inkomenscriterium is voldaan³⁶¹, ziet de in te halen aftrekpost wel degelijk op een jaar waarin wel aan dit inkomenscriterium werd voldaan. Het Renneberg-arrest noopt dan tot een onvoorwaardelijke aftrek, zonder dan men daartoe de keuze voor behandeling als binnenlands belastingplichtige moet uitbrengen. Met uitzondering van deze laatste zinsnede is ook de Staatssecretaris tot die conclusie gekomen.

Nu de Staatssecretaris heeft goedgekeurd dat buitenlandse belastingplichtigen die zich in een Renneberg-situatie bevinden niet langer worden geconfronteerd met de inhaalregeling, is daarmee de kans verkleind dat het HvJ EU zich over de inhaalregeling moet buigen.

4.4.5 De positie van de terugploegregeling

4.4.5.1 Doel van de regeling

De terugploegregeling van artikel 2.5 lid 3 Wet IB 2001 is een sanctiebepaling die als doel heeft te voorkomen dat buitenlandse belastingplichtigen slechts van de keuzeregeling gebruik maken in jaren waarin dat voor hen profijtelijk is.³⁶² Kort gezegd komt de terugploegregeling erop neer dat de buitenlandse belastingplichtige de in de afgelopen 8 jaar genoten hypotheekrenteaftrek bij zijn belastbare inkomen dient op te tellen indien:

- hij in het afgelopen jaar heeft geopteerd voor binnenlandse belastingplicht; en

³⁶¹ Zie ook Rechtbank 's-Gravenhage, 4 mei 2011, nr. 10/01314, NTFR 2011/1321 met commentaar Feijen. In het jaar waarin het in te halen inkomen werd vastgesteld (via een door de inspecteur afgegeven beschikking) leidde, vond logischerwijs nog geen inhaal plaats, waardoor de belastingschuld in dat jaar gelijk was aan die van een binnenlandse belastingplichtige. De Rechtbank kon derhalve geen oordeel geven over de vraag of de inhaalregeling strijdig was met het Europese recht. In de literatuur wordt overigens de vraag gesteld of de beschikking inhaalregeling een beschikking met zelfstandige rechtsingang is, of dat deze moet worden gezien als een integraal onderdeel van de hoogte van het belastbare inkomen en de verschuldigde inkomstenbelasting in het betreffende jaar (Zie <http://www.nl.pwc.com/extweb/bn/taxnews.nsf/public/RU20384>). Op deze vraag ga ik in het kader van deze thesis niet verder in.

³⁶² Zie o.a. Essers, P.H.J., Kempen, van M.L.M.: Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting Studenteneditie 2011-2012, onderdeel 2.2.2.E: Tegengaan oneigenlijk gebruik keuzerecht; Druk 1, augustus 2011 en Kasteren, W. van., *Aanpassing optie binnenlandse belastingplicht*, FutD-balans 2012/0270. Kemmeren en Vries, H. de., wijzen op het risico dat Nederland een dumpplaats voor verliezen wordt. Zie Kemmeren, E.C.C.M., *Renneberg Endangers the Double Tax Convention System or Can a Second Round Bring Recovery?*, EC Tax Review, 2009-1, respectievelijk Vries, H. de., *Wijziging van de keuzeregeling artikel 2.5 Wet IB 2001 hard nodig!*, WFR 2009/996.

- hij in het huidige jaar niet wenst te opteren terwijl hij wel nog in Nederland belastbaar inkomen geniet.

Deze terugname van de aftrekpost vindt plaats in het laatste jaar waarin de buitenlandse belastingplichtige nog heeft geopteerd.

4.4.5.2 Bijkomstige nadelen

In Hoofdstuk 2 heb ik een tweetal bijkomstige nadelen van deze terugploegregeling weergegeven. In de eerste plaats kan de terugname volgens de huidige regeling worden teruggenomen tegen een hoger belastingtarief dan het belastingtarief waartegen de aftrek aanvankelijk is verleend. Ten tweede is terugploegregeling behoorlijk willekeurig. Als voorbeelden heb ik in dit verband genoemd de buitenlandse werknemer die tijdelijk in Nederland heeft gewerkt en die na het einde van zijn Nederlandse dienstverband nog een nabetaling ontvangt en situaties rondom pensionering. De scheidslijn tussen het al dan niet geconfronteerd worden met de terugploegregeling kan in dergelijke gevallen flinterdun zijn.

Alvorens ik overga tot het bespreken van de strijdigheid van de terugploegregeling met Europees recht stel ik (los van de in deze scriptie besproken jurisprudentiële ontwikkelingen en los van de vraag of een belastingplichtige voldoet aan het 90%-criterium) op voorhand vast dat de terugname van een genoten aftrekpost nooit hoger mag zijn dan de aanvankelijk genoten aftrek. Ik zal mijn standpunt aan de hand van een vereenvoudigd voorbeeld verduidelijken.

Voorbeeld X:

Mevrouw Y is fiscaal inwoner van België en werkt in de jaren 2005 tot en met 2011 volledig in Nederland. Haar inkomen bedraagt in deze jaren telkens € 50.000. Het negatieve saldo van de Belgische eigen woning bedraagt jaarlijks € 5.000. Aftrek van dit negatieve saldo eigen woning vindt derhalve plaats tegen een belastingtarief van 42%. Wanneer mevrouw Y in 2012 niet langer opteert terwijl zij nog wel in Nederland belastbaar inkomen geniet wordt zij geconfronteerd met de terugploegregeling. Haar belastbaar inkomen in 2011 wordt hierdoor verhoogd met de negatieve saldi eigen woning van de jaren 2005 tot en met 2011, wat neerkomt op een belastbaar inkomen in 2011 ter grootte van € 85.000. Dit betekent dat het grootste gedeelte van de terugname plaatsvindt tegen 52%, terwijl de initiële aftrek in de jaren 2005 tot en met 2011 telkens plaatsvond tegen 42%.

Een dergelijk anti-misbruikregeling acht ik disproportioneel en ik pleit er dan ook voor dat de keuzeregeling op dit punt wordt aangepast, in die zin dat de aanvankelijk genoten aftrek en het belastingvoordeel dat via terugploegregeling ongedaan wordt gemaakt aan elkaar gelijk zijn.³⁶³

Een ander punt dat op voorhand als onwenselijk moet worden beschouwd is de mogelijke samenloop van de terugploegregeling met de inhaalregeling. Momenteel kan een optant in

³⁶³ Aangezien de terugname van eerder genoten aftrekposten geschiedt via een navorderingsaanslag moet dit in de praktijk eenvoudig uitvoerbaar zijn.

bepaalde gevallen ten aanzien van dezelfde aftrekpost eerst geconfronteerd worden met de inhaalregeling (wanneer hij bijvoorbeeld in jaar 1 100% van zijn inkomen in Nederland verwerft en in jaar 2 slechts 90%) en vervolgens met de terugploegregeling (indien hij in jaar 3 niet meer opteert, terwijl hij hiertoe wel de mogelijkheid heeft). In mijn optiek is dit een ongewenste cumulatie van sanctiebepalingen.³⁶⁴ Zoals in het voorgaande onderdeel beschreven moet de inhaalregeling achterwege blijven wanneer aan het inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland wordt verworven. In Renneberg-gevallen treedt deze cumulatie van de inhaalregeling en de terugploegregeling derhalve niet op. In gevallen waarin minder dan 90% van het inkomen in Nederland wordt verworven, kan de samenloop van beide regelingen echter nog steeds plaatsvinden.³⁶⁵

4.4.5.3 Afschaffing terugploegregeling?

Naast de hierboven genoemde wijzigingen is het de vraag in hoeverre de terugploegregeling achterwege moet blijven op basis van het Renneberg-arrest. Uit het arrest Renneberg volgt dat de buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen in een bepaald jaar (nagenoeg geheel) in Nederland verwerft, recht heeft op hypotheekrenteaftrek van de buitenlandse eigen woning. Deze aftrek dient m.i. onvoorwaardelijk te zijn. Een regeling die ertoe leidt dat een genoten voordeel mogelijk wordt teruggenomen, terwijl de belastingplichtige op het moment dat hij het voordeel genoot in een Renneberg-positie verkeerde, kan dan ook niet door de Europeesrechtelijke beugel. Deze opvatting vindt veelvuldig bijval in de literatuur.

Zo stelt Opmeer³⁶⁶ dat de terugploegregeling in strijd is met Europees recht omdat ingeval de aftrek van de eigen woning wordt teruggenomen niet meer is voldaan aan de eis dat Nederland rekening houdt met de fiscale draagkracht van de niet-inwoner.

Ook Yeh lijkt deze mening te zijn toegedaan. Hij merkt op dat de terugploegregeling een inbreuk maakt op een onvoorwaardelijk recht van de hypotheekrenteaftrek in de jaren waarin aan de Schumacker-norm is voldaan.³⁶⁷ Volgens Van Doesum, Dusarduijn, Hoogeveen, Van Mourik, Rijkers, Van Roij en Wisman moet men aannemen dat de terugploegregeling met het Renneberg-arrest aan de kant is gezet.³⁶⁸

³⁶⁴ Ook De Vries heeft deze mogelijke samenloop aan de kaak gesteld. Zie Vries, H. de, *Wijziging van de keuzeregeling artikel 2.5 Wet IB 2001 hard nodig!*, WFR 2009/996. Hij geeft echter aan dat er in de praktijk op beroep kan worden gedaan op artikel 63 AWR (hardheidsclausule).

³⁶⁵ Op dit punt kom ik later in dit hoofdstuk nog terug.

³⁶⁶ Vries, H. de, *Wijziging van de keuzeregeling artikel 2.5 Wet IB 2001 hard nodig!*, WFR 2009/996.

³⁶⁷ Yeh, F., *Inhaalregeling in strijd met Europese wetgeving?*, Loonzaken 2012/02/10

³⁶⁸ Doesum, A.J. van, Dusarduijn, S.M.H., Hoogeveen, M.J., Mourik, M.J.J.R. van, Rijkers, A.C., Roij, W.A.P. van, Wisman, C.: *Inleiding belastingheffing ondernemingen en particulieren*, 12^e herziene druk, SDU, p. 425.

Eerder al kwamen Heithuis, Kavelaars en Schuver tot het oordeel dat de terugploegregeling (vermoedelijk) in strijd is met EU-recht indien de niet-inwoner voldoet aan de Schumacker-eis.³⁶⁹

Ook Korving³⁷⁰ beschouwt de terugploegregeling als onverenigbaar met EU-recht voor zover deze betrekking heeft op het terugnemen van voordelen waar de belastingplichtige op grond van EU-recht recht op heeft. Daarbij verwijst hij naar de uitspraak van Rechtbank Breda van 18 april 2011.³⁷¹ In die zaak betrof het een inwoner van België die werkzaam was voor een Nederlandse werkgever en zijn Belgische negatieve saldo eigen woning ten laste van zijn belastbaar inkomen wilde brengen zonder te opteren voor binnenlandse belastingplicht. Ten aanzien van de terugploegregeling kwam de Rechtbank tot het oordeel dat deze regeling de niet-ingezetene niet alleen dwingt om te kiezen voor binnenlandse belastingplicht, maar ook om deze keuze, op straffe van veelal aanzienlijke kosten, ook in de toekomst voort te zetten, hetgeen volgens de Rechtbank strijdig is indien de belanghebbende aan de Schumacker-norm voldoet. Op 25 november 2011 heeft Hof 's-Hertogenbosch deze uitspraak van Rechtbank Breda bevestigd.³⁷²

Onlangs heeft A-G IJzerman conclusie³⁷³ genomen naar aanleiding van een beroep in cassatie. In casu³⁷⁴ ging het om een inwoner van België die gedurende de jaren 2003 en 2004 had geopteerd voor binnenlandse belastingplicht om zo het negatieve inkomen van de Belgische woning in Nederland in aftrek te brengen. In 2005 zette hij deze keuze niet voort, als gevolg waarvan de inspecteur op grond van de terugploegregeling van artikel 2.5 lid 3 Wet IB 2001 een navorderingsaanslag 2004 oplegde.³⁷⁵ De inspecteur verminderde de navorderingsaanslag vervolgens wegens het ontbreken van een nieuw feit. Desondanks ging belanghebbende in cassatie. Belanghebbende stelde zich op het standpunt dat hij op grond van EU-recht hypotheekrenteafrek kon genieten zonder überhaupt te hoeven opteren. In zijn conclusie geeft de A-G aan dat hij dit een interessant standpunt vindt dat mogelijk kan leiden tot het stellen van prejudiciële vragen. Doch, bij gebrek aan procesbelang, adviseert hij de Hoge Raad het beroep in cassatie niet-ontvankelijk te verklaren.

Ten tijde van het afronden van deze thesis heeft de Hoge Raad zich nog niet over deze kwestie uitgelaten. Mijn vermoeden is dat de Hoge Raad het advies van de A-G zal volgen en geen prejudiciële vragen stelt aan het HvJ EU, hetgeen in het kader van de rechtszekerheid jammer is. Een definitief antwoord uit Luxemburg over de houdbaarheid van de

³⁶⁹ Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P., en Schuver, B.F.: *Inkomstenbelasting, alsmede hoofdzaken loonbelasting*, Fiscale Studieresie nr. 35, zevende herziene druk, Deventer 2011, onderdeel 2.3. Tevens bevestigd in Kavelaars, P., *Grensoverschrijdende renteaftrek*, NTFR 2008/55, p. 3.

³⁷⁰ Korving, J.J.A.M., *Fiscale Praktijkreeks*, Europees Belastingrecht, SDU Uitgevers, 2011, p. 64.

³⁷¹ Rechtbank Breda 18 april 2011, nr. 10/2769, NTFR 2011/1377.

³⁷² Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2011, nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1. Zie tevens onderdeel 4.4.2: 'Opteerplicht tenietgedaan?'

³⁷³ Conclusie A-G IJzerman 15 december 2011, nr. 11/01321, FIDA 201220316.

³⁷⁴ Rechtbank 's-Gravenhage 2 september 2010, nr. 09/8518 (niet gepubliceerd).

³⁷⁵ Dit op grond van artikel 16 AWR.

terugploegregeling zal namelijk nog langer uitblijven. Ik ben echter van mening dat, gegeven de door het HvJ EU ingeslagen weg (Schumacker, Renneberg, Gielen), onvoorwaardelijk recht bestaat op hypotheekrenteaftrek indien een buitenlandse belastingplichtige zich begeeft in een Renneberg-situatie en dat regelingen die dit onvoorwaardelijke recht bedreigen achterwege dienen te blijven.

4.4.6 De voorkoming van dubbele belasting

In hoofdstuk 2 heb ik beschreven dat Nederland aan de optant een voorkoming van dubbele belasting verleent op basis van de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud, ook wel de evenredigheidsmethode genoemd. Deze methode houdt in dat Nederland het volledige wereldinkomen van de optant in de heffing betreft om vervolgens een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting te verlenen voor het inkomen waarover de belastingheffing niet aan Nederland is toegerekend. Deze aftrek geschiedt conform de volgende voorkomingsbreuk:

- ❖ Buitenlands inkomen / Wereldinkomen * Inkomstenbelasting over wereldinkomen.

4.4.6.1 Heffingskortingen

Voor de optant wordt met ‘inkomstenbelasting over wereldinkomen’ bedoeld, de verschuldigde inkomstenbelasting over het wereldinkomen, na aftrek de op de optant van toepassing zijnde heffingskortingen. Op die manier leidt de vrijstellingsmethode er voor de optant toe dat de heffingskortingen slechts op een pro rata basis aan hem worden toegekend.

Waarom de wetgever de heffingskortingen op deze manier deels terugneemt heb ik nooit begrepen. Met het terugnemen van een deel van de heffingskortingen wordt m.i. een ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt tussen de optant en de feitelijk binnenlands belastingplichtige. Opmeer heeft al eerder het standpunt verdedigd dat de evenredigheidsmethode rechtstreeks in strijd is met EU-recht, omdat deze tot gevolg heeft dat er feitelijk een hoger belastingtarief wordt geheven van opterende buitenlandse belastingplichtigen dan van binnenlandse belastingplichtigen.³⁷⁶

Uit het Renneberg-arrest volgt dat een niet-inwoner die zijn (nagenoeg) gehele inkomen in Nederland verwerft en daarmee, objectief bezien, in dezelfde positie verkeert als een binnenlandse belastingplichtige, recht heeft op dezelfde tegemoetkomingen en aftrekposten. In mijn optiek geldt dit mede voor de heffingskortingen en dienen de heffingskortingen om die reden onverkort te worden toegekend aan de belastingplichtige die aan het inkomenscriterium voldoet, zonder dat hij daarvoor de keuze voor binnenlandse belastingplicht hoeft uit te brengen. Op 24 februari 2012 heeft de Rechtbank Breda³⁷⁷, zij het indirect, dit standpunt bevestigd, door te stellen dat de belanghebbende geen recht had op het inkomstenbelastingdeel van de heffingskorting omdat hij niet voldeed aan de Schumackernorm.

³⁷⁶ Opmeer, B., *De keuzeregeling voor binnenlandse belastingplicht: innovatie of gevaarlijke noviteit?*, MBB 2002/268

³⁷⁷ Rechtbank Breda 24 februari 2012, nr. 10/2038, V-N Vandaag 2012/824.

4.4.6.1.1 Overdraagbare heffingskorting

Op basis van artikel 8.9 in combinatie met artikel 8.9a Wet IB 2001 heeft de niet of minst verdienende partner recht op uitbetaling van de overdraagbare algemene heffingskorting en kan deze uitbetaling worden verhoogd met een bedrag ter grootte van het sv-deel van deze algemene heffingskorting. De uitbetaling aan de niet of minst verdienende partner is echter nooit hoger dan de door de meest verdienende partner verschuldigde inkomstenbelasting.

Zoals hierboven aangegeven heeft de buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerft recht op de op hem van toepassing zijnde heffingskortingen. Aangezien dit inkomenscriterium op gezinsniveau moet worden getoetst moet naar mijn oordeel ook op gezinsniveau worden beoordeeld op welke heffingskortingen recht bestaat. Dit impliceert dat, wanneer de buitenlandse belastingplichtige en zijn partner hun inkomen gezamenlijk nagenoeg geheel in Nederland verdienen en zij voldoen aan de regels van artikel 8.9 en 8.9a, zij tevens recht hebben op de uitbetaling van de overdraagbare heffingskorting. Momenteel dient de partner daartoe nog te opteren. Die opteerplicht dient te vervallen. Het recht op uitbetaling van de algemene heffingskorting aan de niet- of minst verdienende partner vloeit rechtstreeks voort uit het EU-recht.

4.4.6.2 Overall-methode vs. per country-methode

Een ander opzienbarend verschil in behandeling tussen de optant en de feitelijk binnenlandse belastingplichtige is het feit dat de optant een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting krijgt op basis van de overall-methode. De inwoner van Nederland daarentegen heeft recht op een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting conform de per country-methode.³⁷⁸ Deze laatste methode is doorgaans voordeliger omdat, gechargeerd uitgedrukt, negatief inkomen uit België aan een voorkoming van dubbele belasting over positief inkomen uit Duitsland niet in de weg staat. Weultjes en De Vries³⁷⁹ alsook Kiekebeld en Van Eijsden³⁸⁰ betwisten de juistheid van dit verschil in behandeling en ook ikzelf zie niet in waarom voor de optant een afwijkende voorkomingsmethode geldt. Toepassing van de overall-methode kan ertoe leiden dat de buitenlandse belastingplichtige nadeliger wordt behandeld dan de inwoner van Nederland, hetgeen een belemmering oplevert. Ik ben van mening dat de overall-methode, ongeacht de vraag of aan het inkomenscriterium wordt voldaan, plaats dient te maken voor de per country-methode

4.4.7 Minder dan 90%

In de voorgaande paragrafen heb ik besproken dat de buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerft recht heeft op hypotheekrenteafrek in Nederland en dat hij niet geconfronteerd mag worden met bepalingen die de onvoorwaardelijkheid van deze aftrek aantasten. De inhaalregeling en de terugploegregeling moeten derhalve achterwege blijven. Daarnaast heeft deze belastingplichtige recht op de op hem van toepassing zijnde heffingskortingen en mogen deze heffingskortingen niet (deels)

³⁷⁸ Artikel 10 lid 2 BvdB 2001.

³⁷⁹ Weultjes E.A.E. en Vries, H. de, *Artikel 2.5 Wet IB 2001: een blijvertje of niet?*, MBB 2001/127. De schrijvers geven de voorkeur aan toepassing van de overall-methode om eventuele Europeesrechtelijke strijdigheden op te heffen.

³⁸⁰ Kiekebeld, B.J., Eijsden, J.A.R. van: *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, FED Fiscale Brochures, Kluwer, eerste druk, 2009, Hfdst. 2.3, p. 78 en 79.

door middel van een voorkoming van dubbele belasting worden teruggenomen. Verder moet op hem de per country-methode van toepassing zijn.

Maar hoe zit het nu met de persoon die minder dan 90% van zijn inkomen in Nederland verwerft? Wolff³⁸¹ vindt dat de keuzeregeling voor deze groep belastingplichtigen nog wel interessant kan zijn en dat het aan de Staatssecretaris is om te bepalen of de keuzeregeling voor hen in stand moet blijven. Wat mij betreft kan de keuzeregeling voor deze groep belastingplichtigen prima in stand blijven, zij het dat de regeling dan als volgt moet worden vormgegeven:

1. De terugploegregeling kan in stand blijven. Er is geen (Europeesrechtelijke) aanleiding om deze anti-misbruikbepaling te beperken.
2. De inhaalregeling dient te worden geconformeerd aan de inhaalregeling van artikel 12 BvdB 2001, wat inhoudt dat de (buitenlandse) eigen woning uit de teller van de voorkomingsbreuk verdwijnt. Met deze ingreep wordt tevens bewerkstelligd dat eventuele samenloop van de terugploegregeling en de inhaalregeling wordt vermeden.
3. De heffingskortingen mogen niet gedeeltelijk worden teruggenomen via de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting.
4. De aftrek ter voorkoming van dubbele belasting dient te geschieden volgens de per country-methode.

Overigens zijn Schipper en Reins³⁸² van mening dat ook aan het inkomenscriterium voldaan is wanneer minder dan 90% van het inkomen in de werkstaat wordt verworven, bijvoorbeeld 80%. Naar mijn mening is het echter vaste jurisprudentie dat met het inkomenscriterium moet worden aangesloten bij een percentage van 90%.

4.4.8 Praktische uitwerking bij schommeling in inkomenspatroon

Een nog niet besproken onduidelijkheid is hoe moet worden omgegaan met de situatie waarin een buitenlandse belastingplichtige het ene jaar wel en het andere jaar niet voldoet aan de Schumacker-norm. Ik zal deze onduidelijkheid aan de hand van een voorbeeld illustreren.

Voorbeeld XI:

De heer X is inwoner van België (met een eigen woning aldaar) en is werkzaam voor een Belgische werkgever. Gedurende de periode 1 januari 2009 tot en met 31 december 2012 wordt hij uitgezonden naar de Nederlandse zustermaatschappij van zijn werkgever. In de jaren 2010 en 2012 verricht hij zijn werkzaamheden louter in Nederland. In de jaren 2009 en 2011 echter werkt hij structureel 1 dag per week thuis in België.

De huidige stand van het EU-recht en van artikel 2.5 Wet IB 2001 leidt in dit voorbeeld tot de volgende uitkomst. In 2009 voldoet de heer X niet aan de Schumacker-norm. Wil hij zijn Belgische hypotheekrente in Nederland in aftrek brengen, dan dient hij te opteren voor binnenlandse belastingplicht. In 2010 voldoet hij wel aan de Schumacker-norm en hoeft hij

³⁸¹ Wolff, J., *De keuzeregeling in de inkomstenbelasting is aan revisie toe*, BM 2010/0708/08.

³⁸² Schipper, N.P. en Reins, D. "De Schumacker-criteria nader beschouwd", WFR 2012/703.

wellicht geen beroep te doen op de keuzeregeling om in aanmerking te komen voor hypotheekrenteaftrek.³⁸³ Dat zou er echter toe leiden dat hij de over 2009 in aftrek gebrachte hypotheekrente via de terugploegregeling moet terugbetalen. In 2009 voldeed de heer X namelijk niet aan de Schumacker-norm, hetgeen betekent dat het terugploegen van de renteaftrek over 2009 niet strijdig is met Europees recht. Deze uitwerking herhaalt zich in de jaren 2011 en 2012.

Ik beschouw deze uitwerking als onwenselijk en ik draag daarom de volgende 2 potentiële oplossingen aan:

1. De belastingplichtige die in het ene jaar niet voldoet aan de Schumacker-norm en het volgende jaar wel, wordt in dat volgende jaar bij wijze van fictie geacht te hebben geopteerd voor binnenlandse belastingplicht, om op die manier de terugploegregeling te omzeilen.
2. De opteerplicht blijft ondanks de omstandigheid dat aan de Schumacker-norm is voldaan bestaan, maar de sanctiebepalingen blijven buiten boord waardoor het opteren geen nadeel oplevert, maar slechts een methode is om hetgeen het HvJ EU in het arrest Renneberg heeft gewezen in de praktijk mogelijk te maken.

Een andere oplossing zou kunnen zijn dat wanneer een belastingplichtige in enig jaar aan de Schumacker-norm voldoet, hij volledig gevrijwaard is van de terugploegregeling, dus ook over eerdere jaren waarin niet aan de Schumacker-norm is voldaan. Deze oplossing acht ik echter niet gewenst, aangezien dat zou betekenen dat een buitenlandse belastingplichtige die gedurende 7 achtereenvolgende jaren heeft geopteerd voor binnenlandse belastingplicht en die in deze jaren 80% van zijn inkomen in Nederland verwierf, door eenmalig (in jaar 8) te voldoen aan de Schumacker-norm de werking van de terugploegregeling over de eerste 7 jaren doorbreekt, terwijl zoals hierboven aangegeven, de terugploegregeling over 'niet-Schumackerjaren' geen strijd oplevert met het EU-recht.

Ik ben van mening (en Wolff met mij³⁸⁴) dat de buitenlandse belastingplichtige die de afgelopen jaren wel aan de Schumacker-norm voldeed, en die gedurende deze jaren heeft geopteerd voor binnenlandse belastingplicht, over deze jaren gevrijwaard wordt van de terugploegregeling.

4.4.9 Wereldinkomen?

Eerder in dit hoofdstuk heb ik aangegeven dat Nederland mijns inziens aftrek dient te verlenen over het volledige negatieve saldo uit eigen woning, ook ingeval de buitenlandse belastingplichtige slechts 91% van zijn inkomen in Nederland verwerft. Reden hiervoor is dat de Schumacker-doctrine voorschrijft dat de buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerft zich objectief gezien in vergelijkbare omstandigheden bevindt als een feitelijk binnenlandse belastingplichtige en daarom recht

³⁸³ Dat is althans wat Hof 's-Hertogenbosch voorschrijft: Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2011, nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1.

³⁸⁴ Wolff, J., *De keuzeregeling in de inkomstenbelasting is aan revisie toe*, BM 2010/0708/08.

heeft op dezelfde aftrekken en tegemoetkomingen als deze binnenlandse belastingplichtige. Daarbij vindt geen nadere nuancering plaats omtrent de vraag of de belastingplichtige zijn inkomen nu geheel, dan wel nagenoeg geheel in Nederland verwerft. De aftrek wordt in beide gevallen volledig toegekend.

Zegt bovenstaande redenering omtrent de inaanmerkingneming van de aftrekpost ook iets over het in de Nederlandse belastingheffing te betrekken (arbeids)inkomen? Zo geldt/gold voor de optant dat hij zijn wereldwijd genoten inkomen dient aan te geven, ook al verricht hij slechts 91% van zijn werkzaamheden in Nederland.³⁸⁵ Geldt dit ook voor de buitenlandse belastingplichtige die een beroep kan doen op het Renneberg-arrest omdat hij aan de Schumacker-norm voldoet, of kan deze belastingplichtige volstaan met het aangeven van 91% van zijn genoten inkomen, terwijl hij wel de volledige aftrekpost in aftrek brengt?

Om de buitenlandse belastingplichtige in dezelfde positie te laten verkeren als de inwoner van Nederland wiens inkomen voor 91% aan Nederland ter belastingheffing is toegewezen zou de buitenlandse belastingplichtige zijn wereldinkomen dienen aan te geven bij het doen van Nederlandse aangifte inkomstenbelasting. Vervolgens wordt aan hem een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting verleend over de 9% van het inkomen dat niet aan Nederland is toe te rekenen. De vraag is in hoeverre dit zich verhoudt tot de bilaterale belastingverdragen die Nederland heeft gesloten.³⁸⁶

Ook de Staatssecretaris van Financiën is van mening³⁸⁷ dat de buitenlandse belastingplichtige zijn wereldinkomen dient aan te geven, nu hij heeft laten aantekenen dat degene die zijn inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerft moet blijven opteren om aanspraak te maken op hypotheekrenteaftrek in Nederland. Deze opteerplicht impliceert volgens de Staatssecretaris dat het wereldwijd genoten inkomen moet worden aangegeven.

De uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch³⁸⁸ lijkt echter in de richting te wijzen dat, wanneer een buitenlandse belastingplichtige zijn inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerft en daarom niet hoeft te opteren, deze belastingplichtige ook niet verplicht is om meer inkomen aan te geven in Nederland dan het inkomen waarover Nederland heffingsrecht heeft.

Nu de Staatssecretaris daadwerkelijk de mening is toegedaan dat het wereldinkomen dient te worden aangegeven, dient de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting over het niet aan Nederland toerekenbare inkomen te worden gelijkgesteld aan de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting zoals die geldt voor de inwoner van Nederland. In concreto komt dit erop neer dat de (buitenlandse) eigen woning geen onderdeel mag uitmaken van het vrij te stellen inkomen.³⁸⁹ Dit saldo eigen woning zorgt immers voor een verlaging van de te verlenen aftrek

³⁸⁵ Zoals reeds meerdere malen besproken heeft hij wel recht op een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting voor het inkomen dat niet aan Nederlandse belastingheffing is toe te rekenen.

³⁸⁶ Op deze vraag ga ik in de navolgende paragraaf nader in.

³⁸⁷ MvF 23 februari 2012, FIDA 20121247.

³⁸⁸ Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2011, nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1.

³⁸⁹ Ofwel van het tellerinkomen.

ter voorkoming van dubbele belasting waardoor de buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerft nog steeds niet geheel gelijk wordt behandeld als een inwoner van Nederland. Dit zal ik toelichten aan de hand van onderstaand voorbeeld.

Voorbeeld XII:

De heer X is inwoner van België en verdient in 2012 een inkomen uit Nederlandse dienstbetrekking van € 100.000. Hij heeft 91% van zijn werkzaamheden in 2012 in Nederland verricht, het restant in zijn woonstaat België. De heer X heeft in 2012 een negatief saldo uit (Belgische) eigen woning van € 7.000.

De heer Y is inwoner van Nederland en verdient in 2012 een inkomen uit Nederlandse dienstbetrekking van € 100.000. Hij heeft 91% van zijn werkzaamheden in 2012 in zijn woonstaat Nederland verricht, het restant in België. De heer Y heeft in 2012 een negatief saldo uit (Nederlandse) eigen woning van € 7.000.

Indien de heer X zijn wereldinkomen moet aangeven heeft hij een belastbaar inkomen van € 93.000. De hierover verschuldigde inkomstenbelasting bedraagt € 30.467. Vervolgens heeft de heer X recht op een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting van € 656 ($(€ 9.000 - € 7.000) / € 93.000 * € 30.467$) waardoor de door hem verschuldigde belasting uiteindelijk neerkomt op een bedrag van € 29.811.

De heer Y dient als binnenlands belastingplichtige van Nederland sowieso zijn wereldinkomen aan te geven (eveneens € 93.000). De hierover verschuldigde inkomstenbelasting bedraagt € 30.467. Vervolgens heeft de heer Y recht op een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting³⁹⁰ van € 2.949 ($€ 9.000 / € 93.000 * € 30.467$) waardoor de door hem verschuldigde belasting uiteindelijk neerkomt op € 27.518.

Hieruit volgt dat de heer X als buitenlandse belastingplichtige, ondanks het feit dat hij objectief gezien in dezelfde omstandigheden verkeert als de heer Y, minder gunstig wordt behandeld dan de heer Y.

Kan de heer X echter volstaan met het aangeven van 91% van zijn wereldinkomen, dan bedraagt zijn belastbaar inkomen € 84.000.³⁹¹ De hierover verschuldigde inkomstenbelasting bedraagt dan € 25.787, waardoor hij per saldo gunstiger wordt behandeld dan de heer Y. Die gunstigere behandeling wordt kleiner naarmate een groter deel van het inkomen in Nederland wordt verworven.

Hoewel deze gunstigere behandeling ten opzichte van een fiscaal inwoner van Nederland wellicht wat teveel van het goede is, acht ik deze uitwerking om een aantal redenen het meest geschikt:

³⁹⁰ Ervan uitgaande dat het heffingsrecht over het inkomen dat betrekking heeft op de door de heer Y in België verrichte werkzaamheden, toekomt aan België op grond van artikel 15 lid 2 Verdrag Nederland-België.

³⁹¹ Te weten $91% * 100.000$ minus het volledige saldo eigen woning van € 7.000.

- Vanuit praktisch oogpunt: Voor de betreffende belastingplichtige bestaat op voorhand duidelijkheid over de vraag hoe hij in Nederland in de inkomensheffing wordt betrokken.
- Geen risico op een foutieve interpretatie van het Renneberg-arrest, in die zin dat Nederland niet de deksel op de neus krijgt omdat het in onvoldoende mate de gevolgen van het arrest heeft geïmplementeerd.
- Het HvJ EU heeft in het verleden al gestipuleerd dat een lidstaat niet-inwoners gunstiger mag behandelen dan inwoners. Daarbij komt dat de bevoordeling van de niet-inwoner, zoals in bovenstaand voorbeeld, enigszins beperkt blijft.
- Nederland houdt op deze wijze eventuele strijdigheden ten aanzien van de onderlinge toedeling tussen verdragslanden van het heffingsrecht over arbeidsinkomsten buiten de deur.³⁹²

Mocht de Staatssecretaris de bevoordeling van een niet-inwoner onwenselijk achten, dan zou hij er in mijn optiek bij wijze van alternatief voor kunnen kiezen om de hypotheekrenteaftrek pro rata toe te kennen. Een buitenlandse belastingplichtige die 91% van zijn inkomen in Nederland verwerft heeft dan recht op aftrek over 91% van zijn negatieve saldo eigen woning. Gelet op hetgeen ik heb geschreven in onderdeel 4.3.3 gaat mijn voorkeur echter uit naar het verlenen van aftrek over 100% van de aftrekpost.

4.5 De verhouding tot belastingverdragen

4.5.1 Inleiding

Tot dusverre heb ik de positie van de keuzeregeling met name vanuit een Europeesrechtelijke invalshoek bekeken. De verplichting van de werkstaat om rekening te houden met het negatieve saldo eigen woning roept daarnaast in het licht van de tussen staten gesloten belastingverdragen twee belangrijke vragen op.

In de eerste plaats is het de vraag hoe de door het HvJ EU opgelegde verplichting aan de werkstaat zich verhoudt tot de belastingverdragen die lidstaten onderling op bilateraal niveau hebben gesloten? In de arresten Lakebrink³⁹³ en Renneberg heeft het HvJ EU de eigen woning onder de Schumacker-doctrine gebracht door onroerend goed aan te merken als een draagkrachtverlagende inkomstenbron. Anders dan bij de aftrekken en tegemoetkomingen die oorspronkelijk onder de Schumacker-doctrine vielen³⁹⁴, is bij onroerend goed sprake van brongebondenheid. Belastingverdragen wijzen het heffingsrecht over onroerend goed doorgaans exclusief toe aan de staat waarin het betreffende onroerende goed gelegen is (situsstaat).

³⁹² Hierop ga ik in de volgende paragraaf nader in.

³⁹³ HvJ EU 18 juli 2007, C-182/06, BNB 2008/3 (Lakebrink)

³⁹⁴ Denk aan persoonsgebonden aftrekposten zoals bedoeld in Hoofdstuk 6 Wet IB 2001. Over deze posten zijn op bilateraal niveau geen afspraken gemaakt omtrent de verdeling van het heffingsrecht.

Een tweede punt dat in dit onderdeel aan bod komt is de heffing over het door een niet-inwoner van Nederland genoten arbeidsinkomen. Buitenlandse belastingplichtigen die via artikel 2.5 Wet IB 2001 opteren voor binnenlandse belastingplicht dienen in Nederland hun wereldwijd genoten inkomen aan te geven, maar te betwisten valt of Nederland wel inkomsten in de heffing mag betrekken waarover het op grond van een bilateraal belastingverdrag geen heffingsrecht heeft en eveneens of Nederland dan een progressievoorbehoud mag opnemen in de wijze waarop dit inkomen vervolgens weer wordt vrijgesteld?³⁹⁵

4.5.2 De heffing over onroerend goed

Artikel 6 lid 1 van het belastingverdrag tussen Nederland en België wijst de heffingsbevoegdheid over onroerend goed exclusief toe aan de staat waarin het onroerend goed is gelegen. Ingeval van een buitenlandse belastingplichtige die in België woont, betekent dit dat België heffingsbevoegd is over de (negatieve) inkomsten uit diens eigen woning. Aan Nederland komt geen enkel heffingsrecht toe. Sterker nog, uitgaande van de gedachte dat er, wil een belastingverdrag toepassing vinden, dan moet er sprake moet zijn van een belastingplichtige in de ene staat met een bron van inkomen in de andere staat³⁹⁶. Vanuit dit perspectief kan worden gesteld dat het verdrag tussen Nederland en België überhaupt geen toepassing vindt. De keuze voor binnenlandse belastingplicht doet hieraan niets af.³⁹⁷

Onder andere Kemmeren³⁹⁸ en Kavelaars³⁹⁹ stellen zich op het standpunt dat het HvJ EU een verkeerde weg is ingeslagen door onroerend goed onder de Schumacker-leer te brengen. Kemmeren betoogt dat het HvJ EU op deze wijze het systeem van wetten en verdragen doorbreekt. Kavelaars gaat in op de brongebondenheid van onroerende goederen en stelt dat de staat waarin het onroerend goed is gelegen op basis van het belastingverdrag ter heffing aan deze staat is toegewezen. Ik deel deze mening. Het HvJ EU doorbreekt met de ‘nieuwe’ Schumacker-leer inderdaad het systeem van wetten en verdragen.

Het feit dat Nederland geen rekening houdt met inkomsten uit buiten Nederland gelegen onroerend goed kan Nederland niet worden verweten, maar is, zoals A-G Wattel⁴⁰⁰ ook concludeerde, een gevolg van een gebrek aan harmonisatie tussen verschillende belastingjurisdicties, door A-G Wattel aangeduid als dispariteit. Terra en Wattel beschrijven deze dispariteit als volgt (vertaling MvdS):⁴⁰¹

³⁹⁵ In dit hoofdstuk neem ik het belastingverdrag tussen Nederland en België als uitgangspunt.

³⁹⁶ Ofwel van een grensoverschrijdende omstandigheid.

³⁹⁷ Recentelijk (m.i. terecht) bevestigd door Hof 's-Hertogenbosch. Zie Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2012, nr. 11/00482, FIDA 20122319.

³⁹⁸ Kemmeren, E.C.C.M., *Renneberg Endangers the Double Tax Convention System of Can a Second Round Bring Recovery?*, EC Tax Review 2009-1

³⁹⁹ Kavelaars, P., “*Grensoverschrijdende renteaftrek*”, NTFRB 2008/55.

⁴⁰⁰ Ik verwijs naar Hoofdstuk 3.2 van deze scriptie.

⁴⁰¹ Terra, B.J.M. en Wattel, P.J.: *European Tax Law, Fiscale Handboeken 10*, 2^e druk, Kluwer, p.47.

“Dispariteiten zijn obstakels bij inter-gemeenschappelijk economische activiteit, veroorzaakt door een verschil van tussen de rechtssystemen van twee of meerdere lidstaten.”

In mijn optiek is van een dergelijke dispariteit sprake bij de wijze waarop België en Nederland hypotheekrenteaftrek verlenen. In België kunnen verliezen uit onroerend goed slechts ten laste van positieve inkomsten uit eigen woning worden gebracht. Deze verliezen verlagen het belastbare inkomen niet. In Nederland kan wel een negatief saldo uit onroerend goed ten laste van het belastbare inkomen worden gebracht.⁴⁰²

Wie stelt dat een verschil in rechtssysteem niet aan de orde is, komt tot de conclusie dat sprake is van dislocatie. Terra en Wattel beschrijven deze (vertaling MvdS) dislocatie als volgt:⁴⁰³

“Naast discriminatie, restricties en dispariteiten bestaat er een vierde categorie belemmeringen binnen de interne markt. Dat deze vierde categorie bestaat is het gevolg van het Hof's acceptatie dat inwoners en niet-inwoners zich als hoofdregel niet in vergelijkbare omstandigheden bevinden. Het gaat hierbij om nadelige belastinggevolgen die ontstaan als gevolg van grensoverschrijdende activiteiten van een belastingplichtige, maar waarvan niet kan worden gesteld dat dit nadeel wordt te wijten is aan één specifieke jurisdictie (waardoor van discriminatie of belemmering geen sprake is) en waarbij evenmin sprake is van dispariteit omdat beide staten hetzelfde belastingsysteem hanteren.”

Naar mijn mening heeft Nederland op grond van het belastingverdrag geen heffingrecht over (negatieve) inkomsten uit een in België gelegen eigen woning en is het nadeel dat Renneberg hieruit ondervindt gevolg van een dispariteit tussen de Nederlandse en Belgische belastingjurisdictie. Van strijd met artikel 39 EG/45 VwEU is mijns inziens geen sprake.

Dit betekent dat het HvJ EU een onjuiste rechtsopvatting heeft gehanteerd en het Renneberg-arrest onjuist is. Desalniettemin vormt het Renneberg-arrest wel het recht en is fiscaal Europa in die zin aan het Renneberg-arrest gebonden. Derhalve neem ik de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie wel als recht aan, vanwege het simpele feit dat deze rechtspraak nu eenmaal bindend is. Ik neem als uitgangspunt dat wel sprake is van een verboden discriminatie door Nederland. Dat brengt mij tot de conclusie dat, nu het HvJ EU heeft gewezen dat Nederland rekening dient te houden met het saldo eigen woning van een niet-inwoner die zijn inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerft, het belastingverdrag buitenspel is komen te staan.

4.5.3 De heffing over arbeidsinkomsten

Op grond van artikel 15 van het belastingverdrag tussen Nederland en België is de woonstaat heffingsbevoegd over arbeidsinkomsten, tenzij de arbeid die met deze inkomsten samenhangt,

⁴⁰² A-G Wattel kwam tot eenzelfde conclusie. Zie Conclusie A-G Wattel 19 april 2006, Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811, overweging 4.4.

⁴⁰³ Terra, B.J.M. en Wattel, P.J.: European Tax Law, Fiscale Handboeken 10, 2^e druk, Kluwer, p. 48.

is verricht in de andere staat dan de woonstaat. In dat geval is de werkstaat heffingsbevoegd.⁴⁰⁴

Voor een inwoner van België die 91% van zijn werkzaamheden in Nederland verricht betekent dit dat Nederland heffingsbevoegd is over 91% van het genoten arbeidsinkomen. Desalniettemin dient/diende de optant voor binnenlandse belastingplicht 100% van het arbeidsinkomen in Nederland aan te geven. Dit betekent op haar beurt dat Nederland 9% van de genoten arbeidsinkomsten ten onrechte in de heffing betreft. Over deze 9% wordt vervolgens weliswaar een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting verleend, maar deze aftrek vindt plaats met een progressievoorbehoud waardoor er per saldo toch inkomstenbelasting aan de Nederlandse strijkstok blijft hangen.⁴⁰⁵

4.5.3.1 Grensambtenarenarrest⁴⁰⁶

In deze scriptie heb ik reeds enkele malen (zij het summier) aandacht besteed aan het Grensambtenarenarrest. In hoofdlijnen komt dit arrest van de Hoge Raad erop neer dat Nederland geen progressievoorbehoud mag maken ten aanzien van niet-inwoners.

Het Grensambtenarenarrest stamt uit de periode dat de Wet IB 1964 van toepassing was en de logische vraag is dan ook in hoeverre het arrest gelding heeft onder de Wet IB 2001. De Cursus Belastingrecht⁴⁰⁷ betoogt dat het arrest in zoverre is achterhaald door de Wet IB 2001, omdat de wijze waarop Nederland het inkomen waarover feitelijk geen heffingsrecht bestaat belast en vervolgens vrijstelt slechts een manier is om het in Nederland van toepassing zijnde belastingtarief vast te stellen.

Pötgens wijst erop dat tijdens het wetgevingsproces van de Wet IB 2001 weliswaar is gewezen op het Grensambtenarenarrest bij de invoering van artikel 2.5 Wet IB 2001, maar dat er aan de eventuele gevolgen van dit arrest van de zijde van de regering in feite aan voorbij is gegaan.⁴⁰⁸ Pötgens verwijst naar kamerstukken⁴⁰⁹ waaruit blijkt dat enkel wordt opgemerkt dat er geen strijdigheid is met het Grensambtenarenarrest omdat dat arrest zag op een beperkt binnenlandse belastingplichtige, welke categorie belastingplichtige in de Wet IB 2001 niet meer voorkomt en dat de Nederlandse belastingverdragen niet in de weg staan aan het toepassen van het progressievoorbehoud bij het berekenen van de in Nederland verschuldigde inkomstenbelasting van niet-inwoners.

⁴⁰⁴ Mits het inkomen ten laste van een werkgever in de werkstaat komt, of het inkomen ten laste van een in de werkstaat gelegen v.i. komt, of de belastingplichtige in een 12-maandenperiode meer dan 183 dagen in de werkstaat verblijft. Zie artikel 15 lid 2 Verdrag Nederland-België.

⁴⁰⁵ Een voorbeeld hiervan heb ik in hoofdstuk 2 gegeven.

⁴⁰⁶ Hoge Raad 12 maart 1980, nr. 19.180, BNB 1980/170.

⁴⁰⁷ Zie Essers en van Kempen.: Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting Studenteneditie 2011-2012, onderdeel 2.2.2.F.

⁴⁰⁸ Pötgens, F.P.G., *Over het keuzerecht, Europeesrechtelijke ontwikkelingen en de grensambtenaren-doctrine*, MBB 2011/03.

⁴⁰⁹ NNV: Kamerstukken II 1999-2000 26727 nr. 17, p. 34.

Ik ben van mening dat het in de heffing betrekken van inkomsten waarover geen heffingsrecht bestaat per definitie onjuist is, los van de vraag of het Grensambtenarenarrest nu wel of niet van toepassing is. Mede om die reden heb ik in de voorgaande paragraaf geopperd dat de buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen nagenoeg geheel in Nederland verwerft niet meer inkomsten hoeft aan te geven dan de inkomsten waarover Nederland feitelijk heffingsrecht bezit. Hof 's-Hertogenbosch lijkt met de uitspraak van 16 maart 2012⁴¹⁰ tot dezelfde conclusie te komen. In casu betrof het een inwoner van Duitsland die in voorgaande jaren had geopteerd en die naast een in Duitsland belast pensioen een in Nederland belaste UWV-uitkering ontving. Om aan de terugploegregeling te ontkomen had belanghebbende opnieuw geopteerd, waarna de inspecteur het wereldinkomen in de Nederlandse heffing betrok om vervolgens een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting te verlenen voor het niet in Nederland belaste inkomen. Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat de optie voor binnenlandse belastingplicht de verdragstoepassing niet opzij kan zetten. Het Hof doet daarbij een beroep op artikel 20 lid 1 van het belastingverdrag tussen Duitsland en Nederland, welke bepaling de andere staat (Nederland) verbiedt belasting te heffen indien de woonstaat dat heffingsrecht heeft. Dit komt er naar mijn mening op neer dat inkomsten waarover Nederland op grond van het belastingverdrag geen heffingsrecht heeft, niet in de Nederlandse belastinggrondslag mogen worden begrepen, niet ter bepaling van het van toepassing zijnde belastingtarief en evenmin voor de vaststelling van het in Nederland belastbare inkomen.⁴¹¹⁴¹²

Ten aanzien van de eigen woning heeft het HvJ EU het systeem van wetten en verdragen doorbroken om op die manier het vrije verkeer van werknemers te waarborgen. Deze rechtspraak van het HvJ EU moet dan ook nog steeds worden gezien als een uitzondering op de hoofdregel dat de woonstaat in beginsel de staat is die rekening dient te houden met iemands fiscale draagkracht. Ten aanzien van de heffing van arbeidsinkomsten heeft het HvJ EU een dergelijke uitzondering niet gemaakt. Nederland handelt dus in strijd met de bilaterale belastingverdragen die het heeft gesloten met andere landen door eenzijdig het heffingsrecht

⁴¹⁰ Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2012, nr. 11/00482, FIDA 20122319.

⁴¹¹ In zijn recente publicatie geeft Wolvers aan dat niet geheel duidelijk is in hoeverre de overwegingen omtrent artikel 20 lid 1 Verdrag Nederland-Duitsland in de onderhavige uitspraak van doorslaggevend belang zijn geweest en dat daarom niet zeker is of de uitspraak ook geldt voor andere belastingverdragen. Artikel 20 lid 1 van het verdrag is namelijk niet geheel OESO-conform. Zie Wolvers, S. "Exit art. 2.5 Wet IB 2001?", NTFR 2012/1276. Schipper en Reins daarentegen stellen dat de uitspraak ook geldt voor andere belastingverdragen. Zie Schipper, N.P. en Reins, D., "De keuzeregeling voor de behandeling als beperkt binnenlandse belastingplichtige," SDU MBB 2012/05/02.

⁴¹² Er bestaat overigens ook voldoende ruimte voor andersluidende opvattingen, zoals de opvatting dat het wereldinkomen (mede uit praktische overwegingen) wel moet worden aangegeven in Nederland, om op die manier Nederland als faciliteit verlenende Staat in staat te stellen te beoordelen of de belastingplichtige aan de 90%-eis heeft voldaan.

over arbeidsinkomsten naar zich toe te trekken.⁴¹³ Dit acht ik in strijd met de goede verdragstrouw.⁴¹⁴

Schipper en Reins⁴¹⁵ lijken mijn opvatting te delen door te stellen dat in Schumacker-situaties de woonstaat de fiscale draagkracht van de belastingplichtige niet in aanmerking kan nemen en dat daarom de werkstaat hiertoe gehouden is op basis van Europees recht. In zoverre overrulet de Schumacker-doctrine het Grensambtenarenarrest, aldus Schipper en Reins. Volgens Schipper en Reins heeft de Hof-uitspraak het ontstaan van een soort beperkte binnenlandse belastingplicht tot gevolg bij de keuze voor toepassing van artikel 2.5 Wet IB 2001. Deze heringetreden beperkt binnenlandse belastingplichtige⁴¹⁶ moet naar mijn mening worden vergeleken met de Amerikaan die in Nederland woonachtig en werkzaam is en op wie de 30% regeling van toepassing is. Hoewel hij op basis van Nederlandse nationale wetgeving als inwoner van Nederland wordt aangemerkt, wordt hij voor verdragstoepassing als inwoner van de Verenigde Staten aangemerkt.⁴¹⁷ Nederland heft zijn arbeidsinkomsten slechts voor zover het daadwerkelijk heffingsrecht heeft.⁴¹⁸ Persoonsgebonden aftrekposten en een Nederlandse eigen woning worden wel volledig in aanmerking genomen in Nederland.

Korving⁴¹⁹ echter is van mening dat het wereldinkomen in dergelijke gevallen in de Nederlandse heffing moet worden betrokken en dat Nederland een voorkoming van dubbele belasting verleent. Het nadelige progressie-effect is volgens Korving eerder gevolg van een dispariteit tussen rechtssystemen door een gebrek aan harmonisatie.

Deze verschillen in inzicht duiden er eens te meer op dat we te maken hebben met een niet ideaal systeem.

Met de hierboven beschreven verhouding tussen het Grensambtenarenarrest en de Schumacker-doctrine in het achterhoofd kom ik tot de conclusie dat Nederland hypotheekrenteaftrek moet verlenen aan de niet-inwoner die aan de Schumacker-norm voldoet en dat Nederland het niet aan Nederland toerekenbare arbeidsinkomen buiten de heffing dient te laten. Het is aan de Hoge Raad om deze zienswijze te bevestigen wanneer hij zich buigt over het naar aanleiding van Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2012 nr. 11/00482, FIDA 20122319 ingesteld beroep in cassatie.

⁴¹³ Het gaat dan met name om de buitenlandse belastingplichtigen die niet aan de Schumacker-norm voldoen. Degenen die wel aan deze norm voldoen hoeven naar mijn inzicht het niet aan Nederland toerekenbare arbeidsinkomen aan te geven (zie voorgaande paragraaf).

⁴¹⁴ Artikel 31 VvW.

⁴¹⁵ Schipper, N.P. en Reins, D., *“De keuzeregeling voor de behandeling als beperkt binnenlandse belastingplichtige,”* SDU MBB 2012/05/02.

⁴¹⁶ Dit type belastingplicht bestond al onder de Wet IB 1964.

⁴¹⁷ Dit mede op grond van het vraag-en-antwoordbesluit van 21 oktober 2005, nr. CPP2005/2378M, vraag 4, er daarbij van uitgaande dat hij kiest voor partiële buitenlandse belastingplicht, zoals bedoeld in artikel 2.6 Wet IB 2001.

⁴¹⁸ Dit betreft doorgaans het inkomen dat betrekking heeft op feitelijk in Nederland verrichte werkzaamheden.

⁴¹⁹ Zie commentaar Korving bij Rechtbank Breda, 10 juni 2011, nr. 10/02971, NTFR 2011/2134.

Wanneer de Hoge Raad de uitspraak van het Hof volgt lijkt dat ook voor buitenlandse belastingplichtigen die niet voldoen aan de Schumacker-norm het einde van de keuzeregeling in te luiden, althans voor wat betreft brongebonden aftrekposten zoals onroerende goederen. Immers concludeerde het Hof in casu dat Nederland geen recht heeft op belastingheffing over de in Duitsland gelegen woning. Ten aanzien van persoonsgebonden aftrekposten zijn in mijn optiek twee oplossingen denkbaar:

1. De keuzeregeling vervalt. Dit heft strijdigheden met belastingverdragen direct op en betekent bovendien een flinke vereenvoudiging.
2. De keuzeregeling blijft bestaan voor persoonsgebonden aftrekposten, maar deze worden slechts op pro rata basis toegekend, met een ondergrens van bijvoorbeeld 75%. Indien minder dan 75% van het inkomen in Nederland wordt verworven kan meestal met enige mate van zekerheid worden gesteld dat de woonstaat van de buitenlandse belastingplichtige rekening kan houden met de draagkrachtbeïnvloedende aftrekposten en tegemoetkomingen. Aanwezigheid van de keuzeregeling is dan overbodig.

4.6 Niet EU-situaties

4.6.1 Verdragslanden

Op grond van artikel 2.5 lid 1 Wet IB 2001 komen naast inwoners van EU-lidstaten inwoners van een andere mogendheid⁴²⁰ waarmee Nederland een regeling ter voorkoming van dubbele belasting is overeengekomen die voorziet in de uitwisseling van inlichtingen in aanmerking voor het keuzerecht. De Schumacker-doctrine heeft op hen logischerwijs geen invloed. Wel speelt bij hen de eventuele strijdigheid van de keuzeregeling met belastingverdragen. Zoals gezegd wijzen belastingverdragen de heffingsbevoegdheid over het inkomen uit onroerend goed doorgaans toe aan de staat waarin het onroerend goed is gelegen en heeft Nederland als werkstaat daarnaast slechts heffingsbevoegdheid over inkomsten die samenhangen met in Nederland verrichte werkzaamheden.

Ik ben van mening dat in niet-EU situaties, los van de vraag of aan het inkomenscriterium van 90% is voldaan, Nederland de keuzeregeling dusdanig moet aanpassen dat aftrekposten op pro rata basis worden verleend aan inwoners van niet EU-lidstaten, opnieuw met een ondergrens van bijvoorbeeld 75%. Nederland hoeft dan geen inkomen te belasten waarover het in feite geen heffingsbevoegdheid heeft en daarnaast wordt op deze manier voorkomen dat de niet-inwoner wiens inkomen voor 5% in Nederland is verworven 5% van zijn hypotheekrente in aftrek brengt. Mocht de Hoge Raad in navolging van Hof 's-Hertogenbosch concluderen dat Nederland geen heffingsrecht heeft over buiten Nederland gelegen onroerend goed, dan heeft deze oplossing slechts betrekking op de persoonsgebonden aftrekposten.

4.6.2 Niet-verdragslanden

⁴²⁰ Welke bij ministeriële regeling moet zijn aangewezen.

Inwoners van landen waarmee Nederland geen verdrag heeft gesloten dat voorziet in de uitwisseling van informatie hebben geen toegang tot de keuzeregeling. De Hoge Raad heeft dit in 2011 bevestigd⁴²¹ in een zaak waarbij een inwoner van Costa Rica toegang tot artikel 2.5 Wet IB 2001 wordt ontzegd, aangezien Nederland met Costa Rica een dergelijk verdrag niet gesloten heeft.⁴²²

4.7 Alternatieven

4.7.1 Compensatieregeling

Uit het arrest Schumacker volgt dat de woonstaat in beginsel bevoegd is om iemands wereldinkomen te belasten - daarbij rekening houdend met diens persoonlijke- en gezinsomstandigheden - aangezien de woonstaat in het algemeen het best in staat is te beoordelen wat iemands persoonlijke draagkracht is. Derhalve is de woonstaat in beginsel de staat die rekening houdt met iemands persoonlijke- en gezinssituatie. Uitzondering op deze hoofdregel is de situatie dat de iemand zijn inkomen nagenoeg geheel in een andere staat dan de woonstaat verwerft. Deze uitzondering leidt tot een moeilijke verhouding met op bilateraal niveau gesloten belastingverdragen.

De Vries heeft met zijn wenkbrauwen gefronst bij de door het HvJ EU ingeslagen weg die voorschrijft dat de verplichting om met iemands persoonlijke- en gezinssituatie rekening te houden onder deze omstandigheden overgaat op de werkstaat. De Vries⁴²³ heeft als alternatief gepleit voor een algehele compensatieregeling op Europees niveau. Zo'n compensatieregeling houdt in dat, mocht een inwoner een fiscaal nadeel ondervinden als gevolg van het feit dat hij grensoverschrijdende werkzaamheden verricht, dit nadeel door zijn woonstaat wordt gecompenseerd. Een dergelijke compensatieregeling bestaat momenteel al tussen Nederland en België⁴²⁴ en vanaf 2014⁴²⁵ zal ook het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland worden uitgerust met een compensatieregeling.

De Vries geeft aan dat met het invoeren van een compensatieregeling op Europees niveau iedere lidstaat aan haar inwoners kan garanderen dat de fiscale draagkracht niet wordt aangetast doordat het inkomen in meerdere staten wordt belast. Volgens De Vries valt een compensatieregeling enigszins eenvoudig te realiseren en heeft Nederland bovendien al ervaring met de regeling. Wel geeft De Vries aan dat het realiseren van een compensatieregeling de nodige tijd zal vergen. Daarnaast geldt voor lang niet alle lidstaten dat er al ervaring is opgedaan met de compensatieregeling.

Hoewel de gedachte dat de woonstaat rekening houdt met iemands fiscale draagkracht mij aanspreekt, geniet het invoeren van een compensatieregeling momenteel niet mijn voorkeur. Het verwezenlijken en implementeren van een compensatieregeling op Europees niveau zal

⁴²¹ HR 28 oktober 2011, nr. 10/01544, V-N 2011/44.8.

⁴²² Althans, op het moment dat de Hoge Raad dit arrest wees was deze TIEA nog niet in werking getreden.

⁴²³ Vries, H. de, *Wijziging van de keuzeregeling artikel 2.5 Wet IB 2001 hard nodig!*, WFR 2009/996.

⁴²⁴ Zie artikel 27 van het belastingverdrag tussen Nederland en België.

⁴²⁵ Streefdatum 1 januari 2014. Zie nieuwsbericht 12 april 2012, Ministerie van Financiën.

een nogal tijdrovende exercitie zijn⁴²⁶, terwijl het EU-recht vraagt om een snelle en adequate oplossing.

4.7.2 EU-grondslagstelsel

Om dezelfde reden gaat mijn voorkeur niet uit naar het door A-G Wattel aangedragen EU-grondslagstelsel. Het toepassen van het EU-grondslagstelsel op niet-inwoners. Deze oplossing komt erop neer dat alle Lidstaten EG-buitenlands belastingplichtigen fiscaal hetzelfde behandelen als hun binnenlandse belastingplichtigen. Dit houdt in dat het gehele EU-inkomen in de heffingsgrondslag wordt betrokken en dat een voorkoming van dubbele belasting wordt verleend zoals die ook aan inwoners wordt verleend. Deze uitwerking als voordeel dat sprake is van een woonplaatsneutrale 'taartpunten'systeem, aldus de A-G.⁴²⁷ Als nadelen echter gelden de ingrijpendheid en de eveneens door Wattel beschreven verschillen in uitwerking bij het al dan niet van toepassing zijn van een inhaalregeling.

4.7.3 Bronbeginsel

Als ander alternatief kan worden gedacht aan het eveneens door A-G Wattel aangedragen bronbeginsel. Dit bronbeginsel is een uitwerking van het territorialiteitsbeginsel met een objectvrijstelling voor buitenlands inkomen (al dan niet met tariefsprogressievoorbehoud) en is volgens de A-G nondiscriminatoir, consistent en duidelijk, maar leidt wel tot een versterking van de territoriale compartimentering.

4.7.4 Herinvoering 90%-regeling

Wie de Renneberg-rechtspraak voor recht aanneemt, concludeert dat de twee hierboven genoemde alternatieven overbodig zijn. Als mogelijk alternatief voor de huidige regeling zou dan kunnen worden gedacht aan de herinvoering van een 90%-regeling, zoals door onder andere Kavelaars is geopperd.⁴²⁸ Daarbij kan volgens Kavelaars ook worden gedacht aan een 75%-regeling.

4.7.5 Pro rata benadering

Als laatste alternatief kan worden gedacht aan een pro rata benadering waarbij zowel de woonstaat als de werkstaat op pro rata basis rekening houdt met de fiscale draagkrachtbepalende factoren. Wanneer een buitenlandse belastingplichtige 91% van zijn werkzaamheden in Nederland verricht verleent Nederland een aftrek van 91% van de op hem van toepassing zijnde aftrekposten. Daar staat tegenover dat de buitenlandse belastingplichtige slechts 91% van zijn inkomen in Nederland hoeft te rapporteren. Deze pro rata toekenning van aftrekposten valt te rechtvaardigen met de stelling dat de buitenlandse belastingplichtige een tariefvoordeel behaalt door slechts belast te zijn over 91% van zijn inkomen.⁴²⁹ Ook op elementair niveau kan worden beargumenteerd dat Nederland als

⁴²⁶ Mijn inschatting is dat hier enkele jaren over heen zullen gaan.

⁴²⁷ Conclusie A-G Wattel 21 april 2004, Nr. 39.258, NTFR 2004/900, overweging 10.13.

⁴²⁸ Kavelaars, P., "*Grensoverschrijdende renteaftrek*", NTFRB 2008/55.

⁴²⁹ Vergelijk in dit verband de conclusie van A-G Wattel, nr. 34.7812, V-N 2000/8.11 bij Hof Amsterdam, MK III, 16 september 1998, nr. 96/2897, V-N 1998/59.1.5.

werkstaat op deze wijze ruim voldoende gehoor geeft aan de verplichting rekening te houden met de fiscale draagkracht van niet-inwoners.

4.8 Resumé

In dit hoofdstuk heb ik de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 tegen het licht gehouden. Dit met name naar aanleiding van de arresten Schumacker, Renneberg en Gielen en het onlangs door de Staatssecretaris van Financiën uitgevaardigde beleidsbesluit inzake de keuzeregeling. Waar nodig heb ik besproken hoe deze arresten moeten worden geïnterpreteerd in het kader van artikel 2.5 Wet IB 2001. Tevens heb ik enkele suggesties gedaan om de regeling EU-proof te maken. Ook heb ik de verhouding tussen het EU-recht en bilaterale belastingverdragen besproken. Ten slotte heb ik kort aandacht besteed aan een viertal in de literatuur aangedragen alternatieven voor de keuzeregeling. In het volgende hoofdstuk zal ik deze bevindingen enigszins summier samenvatten in de vorm van een conclusie en tevens zal ik daar antwoord geven op de probleemstelling van deze scriptie.

5 Conclusie en Aanbevelingen

5.1 Inleiding

In deze scriptie heb ik de positie van artikel 2.5 Wet IB 2001 besproken. Deze regeling, welke in het leven is geroepen als reactie op het Schumacker-arrest, biedt aan bepaalde groepen buitenlandse belastingplichtigen de mogelijkheid om te worden behandeld als ware zij inwoner van Nederland. Door de keuze voor binnenlandse belastingplicht uit te brengen hebben zij recht op dezelfde fiscale behandeling als inwoners van Nederland. Op die manier kan bijvoorbeeld de inwoner van België die in België een eigen woning bezit waarop een hypotheekschuld rust, het negatieve saldo eigen woning ten laste van zijn in Nederland belastbare inkomen brengen.

Onder invloed van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie is de positie van de keuzeregeling in opspraak gekomen. Aan de keuzeregeling zijn namelijk een aantal nadelen (waaronder de terugploegregeling en de inhaalregeling) verbonden die zich moeilijk verhouden tot het recht op vrij verkeer van werknemers. Daarnaast volgt uit de rechtspraak van het Europees Hof dat Nederland als werkstaat rekening dient te houden met de aftrekposten van niet-inwoners, indien deze niet-inwoners hun inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerven. Daarenboven zijn er ook vanuit het perspectief van bilaterale belastingverdragen vraagtekens te zetten bij de keuzeregeling, aangezien de optant bij toepassing van de keuzeregeling zijn wereldinkomen dient aan te geven in Nederland, terwijl aan Nederland slechts heffingsbevoegdheid toekomt over specifiek aangewezen inkomstenbronnen.⁴³⁰ Daarnaast wordt in de werkstaat rekening gehouden met buiten Nederland gelegen onroerend goed. Ook dit strookt niet met hetgeen belastingverdragen doorgaans voorschrijven.

In de hoofdstukken 2 en 3 heb ik een relaas gegeven over de keuzeregeling, respectievelijk de twee evidente arresten van het HvJ EU (Renneberg en Gielen). In hoofdstuk 4 heb ik in kleine partjes toegewerkt naar een antwoord op de probleemstelling van deze scriptie, welke probleemstelling als volgt luidt:

In hoeverre is de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet Inkomstenbelasting 2001 in zijn huidige vorm, gegeven de (inter)nationale jurisprudentiële ontwikkelingen, strijdig met het EG-recht en/of het internationaal belastingrecht en wat zou een passend alternatief zijn voor deze huidige keuzeregeling?

In dit hoofdstuk zal ik mijn bevindingen van de voorgaande hoofdstukken samenvatten om zo tot een concreet antwoord op deze probleemstelling te komen. Ik zal daarbij tevens aangeven hoe de keuzeregeling mijns inziens moet worden vormgegeven. Waar nodig en/of mogelijk zal ik de Staatssecretaris van Financiën aanreikingen doen. Dit met het oog op het door hem uitgevaardigde beleidsbesluit aangaande de keuzeregeling.

⁴³⁰ Hoofdstuk 7 Wet IB 2001.

5.2 Conclusie

5.2.1 De juiste weg ingeslagen?

Op basis van het Renneberg-arrest dient Nederland als werkstaat rekening te houden met het negatieve saldo eigen woning van een niet-inwoner. Het HvJ EU is met deze benadering een verkeerde weg ingeslagen. In de eerste plaats wijzen belastingverdragen het heffingsrecht over onroerend goed veelal toe aan de situsstaat. Daarnaast kan niet worden gesteld dat sprake is van een verboden discriminatie. Het feit dat Nederland geen rekening houdt met de fiscale draagkracht van een niet-inwoner moet worden verweten aan een gebrek aan harmonisatie tussen diverse belastingjurisdicties.

Hoewel het Renneberg-arrest zwaar is bekritiseerd vormt het arrest momenteel wel het recht waaraan fiscaal Europa gebonden is. Ik heb het arrest derhalve als uitgangspunt genomen bij de beoordeling of de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 op de schopstoel zit. Deze beoordeling wordt hieronder samengevat.

5.2.2 Een terugblik

De keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 biedt zoals gezegd aan de buitenlandse belastingplichtige de mogelijkheid om te worden behandeld als binnenlandse belastingplichtige en is een rechtstreekse reactie van de Nederlandse wetgever op het Schumacker-arrest⁴³¹ van het HvJ EU. In dit arrest heeft het Hof van Justitie gewezen dat de werkstaat rekening dient te houden met de persoonlijke- en gezinssituatie van een niet-ingezetene indien:

1. de niet-ingezetene zijn gehele of nagenoeg gehele inkomen⁴³² in deze werkstaat verdient; en
2. zijn inkomen in de woonstaat ontoereikend is om de tegemoetkomingen die verband houden met zijn persoonlijke- en gezinssituatie aldaar toe te kunnen passen.

Uit het Schumacker-arrest blijkt dat het in beginsel aan de woonstaat is om rekening te houden met iemands persoonlijke- en gezinssituatie en dat deze verplichting naar de werkstaat schuift indien de belastingplichtige zich objectief gezien in dezelfde positie bevindt als de inwoner van die werkstaat.

Het Schumacker-arrest beperkte zich tot de persoonlijke- en gezinsomstandigheden⁴³³ van de niet-ingezetene, maar met de arresten Lakebrink⁴³⁴ en Renneberg⁴³⁵ is ook de eigen woning onder deze fiscale draagkracht geschaard. Gevolg is dat de werkstaat rekening dient te houden

⁴³¹ HvJ EG 14-2-1995, zaak C-279/93, BNB 1995/187.

⁴³² Het HvJ EU definieert in dit arrest niet wat dient te worden verstaan onder 'geheel of nagenoeg geheel', maar deze invulling is heeft later plaatsgevonden via het Gschwind-arrest, waarin werd aangesloten bij een percentage van ten minste 90%. Zie HvJ EU 14 september 1999, C-391/97, BNB 2001/78 c*.

⁴³³ Te vergelijken met de persoonsgebonden aftrekposten van Hoofdstuk 6 Wet IB 2001.

⁴³⁴ HvJ EU 18 juli 2007, C-182/06, BNB 2008/3 (Lakebrink).

⁴³⁵ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, NTFR 2008/2144.

met het (negatieve) inkomen uit eigen woning van een niet-ingezetene. Dit terwijl de eigen woning veelal als een brongebonden inkomstenbron wordt aangemerkt. Overigens kon men op grond van artikel 2.5 Wet IB 2001 ook al het negatieve saldo eigen woning ten laste van zijn in Nederland belastbare inkomen brengen.

Met name het Renneberg-arrest is van groot belang. In dit arrest ging het om een inwoner van België die zijn arbeidsinkomsten volledig in Nederland verwierf en in België een eigen woning bezat. Hij wenste het saldo eigen woning ten laste van zijn in Nederland belastbare inkomen te brengen. Het HvJ EU beantwoordde de door de Hoge Raad gestelde vraag of artikel 39 EG inzake het vrij verkeer van werknemers daartoe noopt als volgt:

“Gelet op het voorgaande moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 39 EG aldus dient te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling als die aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke een gemeenschapsburger die niet-ingezetene is van de lidstaat waarin hij inkomsten verwerft die zijn volledige of nagenoeg volledige belastbare inkomen vormen, in deze lidstaat voor de vaststelling van de grondslag van de belastingheffing over dat inkomen negatieve inkomsten uit een in een andere lidstaat gelegen woning waarvan hij eigenaar is, niet in aftrek brengen, terwijl een ingezetene van eerstgenoemde lidstaat dergelijke negatieve inkomsten voor de vaststelling van de grondslag voor de belastingheffing over zijn inkomen wel in aftrek kan brengen.”⁴³⁶

In de literatuur zijn veelvuldig vraagtekens geplaatst over de juistheid van het arrest Renneberg. In de gegeven kritiek kan ik mij vinden, maar in het kader van de positie van de keuzeregeling heb ik het arrest voor recht aangenomen.

Het Renneberg-arrest speelde zich af onder de Wet IB 1964. De Staatssecretaris betoogde daarom dat het arrest is achterhaald door de invoering van de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001. In het belangrijke Gielen-arrest⁴³⁷ heeft het HvJ EU echter geoordeeld dat de keuzeregeling eventuele strijd met Europeesrechtelijke vrijheden niet kan sauveren, waardoor het arrest Renneberg ook nog gelding heeft onder de Wet IB 2001.

5.2.3 De positie van de keuzeregeling

5.2.3.1 Opteerplicht

Ik ben van mening dat de buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen nagenoeg geheel in Nederland verwerft niet langer verplicht is om gebruik te maken van de keuzeregeling om zijn hypotheekrente in aftrek te brengen. Deze aftrekmogelijkheid vloeit namelijk rechtstreeks voort uit het Renneberg-arrest. Hof 's-Hertogenbosch heeft dit standpunt onlangs bevestigd.⁴³⁸

⁴³⁶ HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50, r.o. 84.

⁴³⁷ HvJ EU 18 maart 2010, zaak C-440/08, NTFR 2010/795.

⁴³⁸ Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2011, nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1.

5.2.3.2 De pijnpunten

De keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 bevat momenteel een aantal pijnpunten. Ik som deze pijnpunten hieronder op:

- de terugploegregeling van artikel 2.5 lid 3 Wet IB 2001;
- de inhaalregeling van artikel 6 Uitv.Besl. IB 2001;
- de wijze waarop een voorkoming van dubbele belasting wordt verleend (artikel 2 t/m 10 Uitv.Besl. IB 2001).

5.2.3.2.1 De terugploegregeling

De terugploegregeling is een sanctiebepaling welke ten doel heeft te voorkomen dat Nederland als dumpplaats voor verliezen wordt aangewend.⁴³⁹ Voor buitenlandse belastingplichtigen die hun inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerven is de terugploegregeling op grond van het Renneberg-arrest direct in strijd met het vrij verkeer van werknemers.⁴⁴⁰ De regeling dient voor deze groep belastingplichtigen buiten werking te blijven, aangezien zij op basis van het Renneberg-arrest een onvoorwaardelijk recht op hypotheekrenteaf trek hebben. De terugploegregeling brengt deze onvoorwaardelijkheid in het geding.

Maar ook voor buitenlandse belastingplichtigen die hun inkomen niet nagenoeg geheel in Nederland verwerven is de terugploegregeling niet geheel juist. Dit heeft te maken met het feit dat de terugname vaak plaatsvindt tegen een hoger tarief dan het tarief waartegen de aftrek aanvankelijk heeft plaatsgevonden. Ik pleit er dan ook voor dat de terugname voor deze groep belastingplichtigen maximaal het bedrag is dat aanvankelijk aan aftrek is verleend. Na die reparatie is er geen Europeesrechtelijke reden om de terugploegregeling nog verder in te perken.

5.2.3.2.2 De inhaalregeling

De inhaalregeling van artikel 6 Uitv.Besl. IB 2001 heeft anders dan de terugploegregeling niet zozeer het karakter van antimisbruik maar kan desalniettemin een nadelig effect sorteren dat zich niet verhoudt met het Renneberg-arrest.

In mijn optiek dient de inhaalregeling, evenals de terugploegregeling, achterwege te blijven in jaren waarin het inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland is verworven. In jaren waarin niet aan dit inkomenscriterium voldaan is dient de inhaalregeling te worden geconformeerd aan die van artikel 12 BvdB, zodat de (buitenlandse) eigen woning geen onderdeel uitmaakt van het tellerinkomen. Op deze manier vindt namelijk een zuiverdere vergelijking met de feitelijke binnenlands belastingplichtige plaats en bovendien wordt een ongewenste samenloop van de inhaalregeling met de terugploegregeling vermeden.

⁴³⁹ Zie o.a. Kemmeren, E.C.C.M., *Renneberg Endangers the Double Tax Convention System or Can a Second Round Bring Recovery?*, EC Tax Review, 2009-1 voor een bevestiging.

⁴⁴⁰ Artikel 45 VwEU.

5.2.3.2.3 De voorkoming van dubbele belasting

De voorkoming van dubbele belasting geschiedt volgende evenredigheidsmethode en is voor buitenlandse belastingplichtigen gebaseerd op de overall-methode, hetgeen betekent het vrij te stellen inkomen uit verschillende landen met elkaar wordt gesaldeerd en pas dan wordt afgezet tegen het wereldwijde genoten inkomen. Deze methode wijkt af van de methode zoals die geldt voor binnenlandse belastingplichtigen⁴⁴¹ en kan op die manier een belemmering vormen waarvoor naar mijn mening geen rechtvaardigingsgrond bestaat. Ik ben van mening dat de overall-methode plaats moet maken voor de per country-methode, zowel voor buitenlandse belastingplichtigen die wel aan het inkomenscriterium voldoen, als voor hen die niet aan het inkomenscriterium voldoen.

Daarnaast dient Nederland de heffingskortingen van Hoofdstuk 8 Wet IB 2001 volledig toe te kennen. Momenteel worden de heffingskortingen nog verwerkt in de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting, waardoor deze per saldo slechts pro rata worden toegekend.

Ook op de overdraagbare heffingskorting voor de minstverdienende partner bestaat recht. De uitbetaling van deze heffingskorting dient plaats te vinden zonder dat daarvoor hoeft te worden geopteerd indien de belastingplichtige en zijn partner aan het inkomenscriterium voldoen.

5.2.3.3 Schommelingen in inkomen

Buitenlandse belastingplichtigen worden naar mijn inzicht niet geconfronteerd met de terugploegregeling ten aanzien van jaren waarin zijn aan het inkomenscriterium voldoen. In het voorgaande hoofdstuk heb ik laten zien dat zich enkele ongewenste situaties kunnen voordoen bij een wisselend inkomenspatroon. Wie in jaar 1 80% van zijn inkomen in Nederland verdient en in jaar 2 100% hoeft in jaar 2 niet te opteren voor binnenlandse belastingplicht. Niet langer opteren terwijl daartoe wel de mogelijkheid bestaat leidt echter tot het terugploegen van de renteaftrek over jaar 1, aangezien in jaar 1 niet aan het inkomenscriterium werd voldaan. Om dit te voorkomen is een tweetal oplossingen denkbaar:

1. De belastingplichtige die in het ene jaar niet voldoet aan de Schumacker-norm en het volgende jaar wel, wordt in dat volgende jaar bij wijze van fictie geacht te hebben geopteerd voor binnenlandse belastingplicht, om op die manier de terugploegregeling te omzeilen.
2. De opteerplicht blijft bestaan, ondanks het feit dat aan de Schumacker-norm is voldaan, maar de sanctiebepalingen blijven buiten boord waardoor het opteren geen nadeel oplevert, maar slechts een methode is om hetgeen het HvJ EU in het arrest Renneberg heeft gewezen in de praktijk tot uitvoering te kunnen brengen.

Met het oog op Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2011, nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1 geniet de eerste optie de voorkeur.

⁴⁴¹ Per country-methode.

Optie 2 is echter ook niet problematisch, omdat er geen nadelige gevolgen aan kleven.⁴⁴²

5.2.3.4 Heel jaar?

Opteren is slechts mogelijk voor een heel jaar.⁴⁴³ Dient ook het Renneberg-arrest over een heel jaar te worden gezien? Of kan een buitenlandse belastingplichtige die gedurende een deel van het jaar aan het inkomenscriterium voldoet over dit deel van het jaar hypotheekrenteaftrek claimen? Uit Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2012, nr. 11/00567, V-N 2012/1035 kan worden afgeleid dat in beginsel op jaarbasis dient te worden gezien of aan het inkomenscriterium voldaan is, tenzij de woonstaat van de belastingplichtige in dat jaar nog steeds niet de mogelijkheid heeft om rekening te houden met de fiscale draagkracht van de belastingplichtige, bijvoorbeeld door emigratie naar een derde land.

5.2.4 Overige aandachtspunten

Hoewel het Renneberg-arrest⁴⁴⁴ voor de nodige duidelijkheid heeft gezorgd omtrent de fiscale behandeling van aftrekposten in de werkstaat, zijn er ook nog een aantal onduidelijkheden te ontdekken. Ik heb deze onduidelijkheden in hoofdstuk 4 beschreven en zal ze hier opnieuw kort aanstippen en daarbij, vooruitlopend op het onderdeel aanbeveling, aangeven hoe er m.i. met de onduidelijkheden moet worden omgegaan.

5.2.4.1 Aftrekpost volledig of pro rata?

Nog niet geheel duidelijk is of een buitenlandse belastingplichtige zijn saldo eigen woning op basis van het arrest Renneberg volledig in aftrek mag brengen terwijl hij bijvoorbeeld slechts 91% van zijn inkomen in Nederland verwerft. Uit de relevante rechtspraak valt in dit kader geen nader onderscheid af te leiden tussen het 'geheel' of het 'nagenoeg geheel' verwerven van het inkomen in Nederland. Dat brengt mij tot de conclusie dat ook de persoon die zijn inkomen nagenoeg geheel in Nederland verwerft, recht heeft op aftrek van zijn volledige saldo eigen woning.

5.2.4.2 Inkomen volledig of pro rata aangeven?

Dezelfde vraag kan worden gesteld ten aanzien van het aan te geven inkomen. In mijn beleving hoeft de buitenlandse belastingplichtige die zijn inkomen nagenoeg geheel in Nederland verwerft slechts het inkomen aan te geven dat daadwerkelijk aan Nederland ter heffing is toegewezen (variërend dus tussen de 90% en 100%). De uitspraak⁴⁴⁵ van Hof 's-Hertogenbosch van 16 maart 2012 lijkt dit standpunt te bevestigen. Een andersluidende conclusie is echter eveneens verdedigbaar. Immers dient Nederland iemands wereldinkomen te weten om te kunnen beoordelen of aan het inkomenscriterium voldaan is.

⁴⁴² Opteren is dan slechts een kwestie van het zetten van een vinkje bij het doen van aangifte inkomstenbelasting.

⁴⁴³ Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2005, nr. 03/02499, NTFR 2005/1453 alsmede de parlementaire geschiedenis. Zie MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 80.

⁴⁴⁴ In combinatie met het Gielen-arrest.

⁴⁴⁵ Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2012, nr. 11/00482, FIDA 20122319.

5.2.4.3 Partners

Bij partners luidt de vraag in hoeverre de aftrekpost onderling moet worden verdeeld. Buitenlandse belastingplichtigen kwalificeren immers niet als fiscaal partners in de zin van artikel 1.2 Wet IB 2001. Met het oog op doel en strekking van de besproken EU-rechtspraak, te weten het kunnen effectueren van fiscale tegemoetkomingen in de werkstaat wanneer daartoe in de woonstaat geen mogelijkheid bestaat wegens gebrek aan inkomen aldaar, lijkt het me voor de hand te liggen dat ook in deze gevallen volledige aftrek wordt verleend, mits volledige aftrek ook mogelijk zou zijn indien zij binnenlandse belastingplichtigen van Nederland waren.⁴⁴⁶

Voor de toetsing van het inkomenscriterium staat in elk geval vast dat dit op gezinsniveau dient te geschieden. Ik heb betoogd dat het inkomen van minderjarige kinderen niet dient te worden meegeteld aangezien dit inkomen normaliter niet draagkrachtbeïnvloedend is of in elk geval niet als zodanig wordt beschouwd.

5.2.4.4 Netto inkomen

Naar welk inkomen wordt gekeken voor de toetsing van het inkomenscriterium? In de regel wordt aangesloten bij het fiscaal loon van de belastingplichtige. Echter zou aansluiting bij het netto inkomen een zuiverdere vergelijking bieden, omdat daarmee het gevolg van eventuele tariefsverschillen en van afwijkende maatstaven wordt afgezwakt.⁴⁴⁷

5.2.4.5 Jaarlijkse toetsing

Ten slotte heb ik in aangehaald dat de toetsing van het inkomenscriterium op jaarbasis dient te geschieden. Een in jaar 1 genoten aftrek kan bij jaarlijkse toetsing van het inkomenscriterium niet alsnog worden teruggenomen indien de belastingplichtige in jaar 2 een minder groot gedeelte van zijn inkomen in Nederland verwerft.⁴⁴⁸ De eerder besproken onvoorwaardelijke aftrek over Schumacker-jaren blijft daarmee gewaarborgd.

Daarnaast blijft op basis van de Schumacker-doctrine⁴⁴⁹ als hoofdregel gelden dat de woonstaat in beginsel gehouden is rekening te houden met iemands fiscale draagkracht, tenzij het inkomen in de woonstaat daartoe ontoereikend is. Daarvan is volgens de Schumacker-leer in elk geval sprake wanneer de belastingplichtige zijn inkomen geheel of nagenoeg geheel in de werkstaat verwerft. Ten aanzien van jaren waarin een belastingplichtige zijn inkomen niet geheel of niet nagenoeg geheel in de werkstaat verdient, wordt het inkomen in de woonstaat geacht toereikend te zijn om met de fiscale draagkracht van de belastingplichtige rekening te houden. Het door de werkstaat rekening laten houden met deze fiscale draagkracht omdat de belastingplichtige over de totale looptijd toevallig wel aan het inkomenscriterium voldoet acht ik dan niet geheel in lijn van de rechtspraak van het HvJ EU.

⁴⁴⁶ Ik heb daarbij gewezen op het per 1-1-2011 gewijzigde partnerbegrip.

⁴⁴⁷ In zijn beleidsbesluit heeft de Staatssecretaris aangegeven dat moet worden gekeken naar het verzamelinkomen. Staatssecretaris van Financiën 2 juni 2012, Nr. DGB 2012/2190M, Stc. Nr. 11800.

⁴⁴⁸ In hoofdstuk 4 heb ik nog een aantal andere argumenten voor jaarlijkse toetsing aangedragen.

⁴⁴⁹ Nader vormgegeven in de arresten Gschwind, Lakebrink en Renneberg.

5.2.5 Bilaterale belastingverdragen

In deze scriptie heb ik besproken dat de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 zich op 2 punten niet goed verhoudt tot bilaterale belastingverdragen:

1. Het heffingsrecht over onroerend goed komt doorgaans toe aan de staat waarin het onroerend goed is gelegen;
2. Nederland betreft het wereldwijde genoten inkomen in de belastingheffing, terwijl het slechts heffingsrecht heeft over inkomsten voor zover die aan Nederland ter heffing zijn toegewezen.

Voor wat betreft het onroerend goed heeft het HvJ EU gewezen dat een werkstaat verplicht is hiermee rekening te houden ingeval aan het inkomenscriterium voldaan is. In die zin heeft het HvJ EU de onderlinge afspraken tussen staten omtrent verdeling van het heffingsrecht over onroerend goed overruled. Aangezien het Renneberg-arrest is gebaseerd op onjuiste veronderstellingen vind ik dit niet terecht. Voor wat betreft het arbeidsinkomen ben ik, zoals hierboven geschetst, van mening dat in Schumacker-gevallen in Nederland slechts het inkomen aangegeven hoeft te worden dat feitelijk aan Nederland ter belastingheffing is toe te wijzen. Hof 's-Hertogenbosch lijkt zich op hetzelfde standpunt te stellen.⁴⁵⁰

De gevallen waarin niet aan het inkomenscriterium voldaan is vormen echter een probleem. EU-recht noopt dan niet tot het in aanmerking nemen van onroerend goed in de werkstaat en evenmin tot het buiten beschouwing laten van arbeidsinkomsten waarover geen heffingsrecht bestaat. In mijn optiek kan Nederland voor buitenlandse belastingplichtigen die niet aan de Schumacker-norm voldoen twee oplossingen bedenken:

1. De keuzeregeling vervalt voor hen. Dit heft strijdigheden met belastingverdragen direct op en betekent bovendien een flinke vereenvoudiging. Buitenlandse belastingplichtigen die wel aan het inkomenscriterium voldoen claimen hun hypotheekrenteaftrek op basis van EU-recht en hebben de keuzeregeling ook zo niet nodig.
2. De keuzeregeling blijft bestaan maar aftrekposten worden slechts op pro rata basis toegekend, met een ondergrens van bijvoorbeeld 75%. Indien minder dan 75% van het inkomen in Nederland wordt verworven kan meestal met enige mate van zekerheid worden gesteld dat de woonstaat van de buitenlandse belastingplichtige rekening kan houden met de draagkrachtbeïnvloedende aftrekposten en tegemoetkomingen. Of in elk geval kan dan worden gesteld dat de buitenlandse belastingplichtige zich niet in dezelfde situatie bevindt als de inwoner van Nederland. Mogelijkerwijs wijst de Hoge Raad in navolging van de uitspraak van de Hof 's-Hertogenbosch van 16 maart 2012 dat aan Nederland geen heffingsrecht toekomt over buiten Nederland gelegen onroerend goed. In dat geval heeft deze oplossing slechts betrekking op persoonsgebonden aftrekposten.

⁴⁵⁰ Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2012, nr. 11/00482, FIDA 20122319.

Deze tweede oplossing zou ook kunnen worden toegepast bij inwoners van landen buiten de EU waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten. Zij worden niet geconfronteerd met de Schumacker-leer, maar wel met de strijd van de keuzeregeling met bilaterale belastingverdragen. Deze strijd wordt (deels) opgeheven door slechts het inkomen dat daadwerkelijk in Nederland belast is in de heffing te betrekken en door een pro rata aftrek te verlenen.

5.3 Beantwoording van de probleemstelling

De probleemstelling van deze scriptie luidt:

In hoeverre is de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet Inkomstenbelasting 2001 in zijn huidige vorm, gegeven de (inter)nationale jurisprudentiële ontwikkelingen, strijdig met het EG-recht en/of het internationaal belastingrecht en wat zou een passend alternatief zijn voor deze huidige keuzeregeling?

Deze probleemstelling kan als volgt worden beantwoord:

Op basis van de arresten Renneberg en Gielen is de keuzeregeling in zijn huidige vorm strijdig met artikel 45 VwEU voor buitenlandse belastingplichtigen die hun inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerven. Dit heeft met name te maken met de aanwezigheid van de terugploegregeling, de inhaalregeling en de wijze waarop Nederland momenteel een voorkoming van dubbele belasting verleent. Daarnaast is de regeling in strijd met de door Nederland gesloten belastingverdragen omdat deze verdragen het heffingsrecht over buiten Nederland gelegen onroerend goed aan de staat waarin het onroerend goed is gelegen toewijzen. Het Europees recht moet echter worden gezien als een verwerping van het belastingverdrag omdat landen geen onderlinge afspraken mogen maken met een discriminerend karakter.

Voor buitenlandse belastingplichtigen die hun inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland verwerven kan de keuzeregeling komen te vervallen. Zij claimen hun hypotheekrenteaftrek rechtstreeks op basis van het EU-recht en worden niet geconfronteerd met de terugploegregeling, de inhaalregeling en de voorkoming van dubbele belasting.

Voor buitenlandse belastingplichtigen die hun inkomen niet (nagenoeg) geheel in Nederland verwerven ligt het iets gecompliceerder. EU-recht verplicht de werkstaat in deze gevallen niet om de hypotheekrente in aftrek toe te staan. Om belemmeringen van de regeling voor hen te voorkomen, zou de regeling dan als volgt moeten worden ingekleed. De terugploegregeling kan in stand blijven, de inhaalregeling dient te worden geconformeerd aan de inhaalregeling van artikel 12 BvdB 2001, wat inhoudt dat de (buitenlandse) eigen woning uit de teller van de voorkomingsbreuk verdwijnt, de heffingskortingen mogen niet gedeeltelijk worden teruggenomen via de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting en de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting dient te geschieden volgens de per country-methode.

Bilaterale belastingverdragen vormen echter een probleem waardoor het wellicht een betere optie is om de keuzeregeling voor buitenlandse belastingplichtigen die niet aan de Schumacker-norm voldoen volledig af te schaffen, dan wel om aftrekposten slechts op pro rata basis toe te laten, met een ondergrens van bijvoorbeeld 75% met inachtneming van de in de vorige alinea weergegeven aanpassingen. De ondergrens voorkomt dat iemand die bijvoorbeeld 20% van zijn inkomen in Nederland verwerft 20% van zijn aftrekposten in Nederland ten gelde kan maken.

Als ander alternatief voor de keuzeregeling zou kunnen worden gedacht aan een algehele compensatieregeling op Europees niveau, op basis waarvan de plicht om rekening te houden met aftrekposten en tegemoetkomingen die iemands fiscale draagkracht bepalen blijft rusten op de woonstaat. De invoering van een dergelijke regeling vergt echter tijd, terwijl er behoefte is aan een spoedig antwoord. Datzelfde geldt voor een eventuele invoering van een EU-grondslagstelsel en een bronbeginsel. Mede om die reden genieten de hierboven door mij aangedragen aanpassingen de voorkeur.

5.4 Aanbevelingen

In deze scriptie is naar voren gekomen dat de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 op een aantal onderdelen strijd oplevert met Europees recht en het met internationale belastingrecht. Inmiddels heeft de Staatssecretaris van Financiën een beleidsbesluit omtrent de keuzeregeling uitgevaardigd. Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om de Staatssecretaris te wijzen op de in deze scriptie aangedragen aanpassingen van de keuzeregeling. Ik verwijs in dit kader naar de hoofdstuk 4 en de onderdelen 5.1 tot en met 5.3 van deze scriptie. Daarnaast roep ik de Staatssecretaris op om duidelijkheid te verschaffen omtrent een aantal onduidelijkheden naar aanleiding van het arrest Renneberg, zoals de vaststelling van het 90%-criterium. Ik verwijs met name naar onderdeel 4.3, alsook onderdeel 4.4 van deze scriptie.

Ik zou daarbij graag zien dat de Staatssecretaris alnog één of meer van de in deze scriptie aangedragen aanbevelingen in zijn besluitvorming betreft en zijn beleidsbesluit actualiseert, dan wel dat deze aanbevelingen worden betrokken bij de parlementaire behandeling van de aanstaande wetswijziging van artikel 2.5 Wet IB 2001.

Literatuurlijst

Boeken

Kiekebeld, B.J., Eijdsen, J.A.R. van: Nederlands belastingrecht in Europees perspectief, FED Fiscale Brochures, Kluwer, eerste druk, 2009, Hfdst. 2.3 p. 72 t/m 80.

Essers, P.H.J., Kempen, van M.L.M.: Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting Studenteneditie 2011-2012, onderdeel 2.2.2.E: Tegengaan oneigenlijk gebruik keuzerecht; Druk 1, augustus 2011.

Heithuis, E.J.W., Kavelaars, P., en Schuver, B.F.: Inkomstenbelasting, alsmede hoofdzaken loonbelasting, Fiscale Studieserie nr. 35, zevende herziene druk, Deventer 2011, onderdeel 2.3.

Korving, J.J.A.M., Fiscale Praktijkreeks, Europees Belastingrecht, SDU Uitgevers, 2011.

Doesum, A.J. van, Dusarduijn, S.M.H., Hoogeveen, M.J., Mourik, M.J.J.R. van, Rijkers, A.C., Roij, W.A.P. van, Wisman, C.: Inleiding belastingheffing ondernemingen en particulieren, 12^e herziene druk, SDU.

Terra, B.J.M. en Wattel, P.J.: European Tax Law, Fiscale Handboeken 10, 2^e druk, Kluwer, hoofdstukken 3 en 14.

Tijdschriften

Feskens, M.J. en Engelen, F.A., “Internationale aspecten van de Belastingherziening 2001”, WFR 1999/1505.

Houte, C.P.M. van, “Tegemoetkoming wegens dubbele belasting bij fictief binnenlands belastingplichtigen”, WFR 2000/1338.

Kavelaars, P., “Het keuzerecht voor buitenlanders in de Wet Inkomstenbelasting 2001”, WFR 2000/1043.

Weultjes, E.A.E. en Vries, H. de, “Artikel 2.5 Wet IB 2001: een blijvertje of niet?”, 31-5-2001, MBB 2001/127.

Opmeer, B., “De keuzeregeling voor binnenlandse belastingplicht: innovatie of gevaarlijke noviteit?”, 1-10-2002, MBB 2002/268.

Opmeer, B., “De keuzeregeling voor binnenlandse belastingplicht: facelift noodzakelijk?”, 1-11-2005, SDU MBB 2005/11/03.

Kavelaars, P., “Grensoverschrijdende renteaftrek”, NTFRB 2008/55.

Kemmeren, E.C.C.M., “Renneberg Endangers the Double Tax Convention System of Can a Second Round Bring Recovery?”, EC Tax Review 2009-1.

Oude Smeijers, H.J.C. en Westerhoff, R., “Renneberg, een alternatief voor de keuzeregeling?”, VP Bulletin, januari/februari 2009, nummer 1/2.

Opmeer, B., “Zwaar weer voor de keuzeregeling voor binnenlandse belastingplicht?”, MBB 2009/02/02.

Schapers, M.G.H., “De zaak Renneberg: return to sender?”, MBB 2009/02/02.

Vries, H. de, “Wijziging van de keuzeregeling artikel 2.5 Wet IB 2001 hard nodig!”, WFR 2009/996.

Opmeer, B., “Luidt Renneberg het einde van de keuzeregeling in?”, FutD/Fipb 2009/0502.

Froger, R., “Hypotheekrenteaftrek voor niet-ingezetenen van Nederland?”, Nieuwsbrief Internationale Fiscale Actualiteit Maart 2010.

Bokum, L. ten, en Oude Smeijers, H.J.C., “Gielen – Renneberg en de mogelijkheden voor de aangiftepraktijk”, FutD-odg 2010/0064.

Wolff, J., “De keuzeregeling in de inkomstenbelasting is aan revisie toe”, BM 2010/0708/08.

Lambooi, M.V., “Het eindarrest in Gielen: echt het einde?”, NTFRB 2011/3.

Pötgens, F.P.G., “Over het keuzerecht, Europeesrechtelijke ontwikkelingen en de grensambtenarendoctrine”, MBB 2011/03, maart 2011.

Reins, D. en Schipper, N., “Toepassing keuzeregeling niet langer vereist?”, Loonzaken 2011/08/11.

Kommer, V. van, en Offermans, R.H.M.J., “Beperking van de hypotheekrenteaftrek in een Europees perspectief”, WFR 2011/1606.

Opmeer, B., “De grensoverschrijdende IB-ondernemer na Gielen: over cherry picking en andere ondernemersgenuchten”, MBB 2012/01/02.

Dubut, T., “The Court of Justice and the OECD Model Tax Conventions or the Uncertainties of the Distinction between Hard Law, Soft law and No Law in the European Case law”, Intertax 2012/01/01.

Yeh, F. “Inhaalregeling in strijd met Europese wetgeving?”, Loonzaken 2012/02/10.

Kasteren, W. van, “Aanpassing optie binnenlandse belastingplicht”, FutD-Balans 2012/0270.

Bragt, I. van, “Wonen in het buitenland en het keuzerecht: het einde in zicht!”, VP Bulletin 2012/15.

Schipper, N.P. en Reins, D. “De keuzeregeling voor de behandeling als beperkt binnenlandse belastingplichtige, SDU MBB 2012/05/02.

Wolters, S. “Exit art. 2.5 Wet IB 2001?”, NTFR 2012/1276.

Schipper, N.P. en Reins, D. “De Schumacker-criteria nader beschouwd”, WFR 2012/703.

Wetteksten

Bundel Internationaal Belastingrecht, editie 2010/2011, Licent Academy

Bundel Internationaal Belastingrecht, editie 2011/2012, Licent Academy

Bundel Europees Belastingrecht, editie 2010/2011, Licent Academy

Bundel Europees Belastingrecht, editie 2011/2012, Licent Academy

Belastingwetten 2011, Kluwer

Belastingwetten 2012, Kluwer

Internet

<http://www.ndfr.nl>

<http://www.belastingdienst.nl>

<http://www.minfin.nl>

<http://www.europa-nu.nl>

<http://www.rijksoverheid.nl>

<http://www.nl.pwc.com/extweb/bn/taxnews.nsf/public/RU20384>

<https://www.officielebekendmakingen.nl/>

Beleidsbesluiten

Besluit van 30 november 2001, nr. CPP2001/3035M, V-N 2001/65.2, p. 6.679.

Besluit van 13 februari 2001, nr. CPP2000/3210M, BNB 2001/87, vraag B.2.2.e.

Kamerstukken

NV, Kamerstukken II 1997/98, 25 690, nr. 6, blz. 6 en 7.

MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 79–81.

NNV, Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17, p. 34 en 52.

Tweede Kamer 2000-2011/27466A.

NvT besluit 20-12-2000, houdende vastst. van het Uitv.Besl. IB 2001, Stb. 2000, 641, p. 19.

Vraag-en-antwoordbesluit, 21 oktober 2005, nr. CPP2005/2378M, vraag 4.

Staatssecretaris van Financiën nr. AFP/08/950 U, d.d. 09-12-2008, NTFR 2008/2504.

Staatssecretaris van Financiën d.d. 7 september 2011, kenmerk DB/2011/302U.

MvF 23 februari 2012, FIDA 20121247.

Staatssecretaris van Financiën 2 juni 2012, Nr. DGB 2012/2190M, Stc. Nr. 11800

Jurisprudentieregister

Instantie/Datum	Vindplaats
HvJ EG 26 januari 1993	C-112/91, V-N 1993, blz. 1269 (Werner)
HvJ EU 13 juli 1993	C-330/91, BNB 1995/333 (Commerzbank AG)
HvJ EU 14 februari 1995	C-279/93, BNB 1995/187 (Schumacker)
HvJ EU 11 augustus 1995	C-80/94, BNB 1995/319 (Wielockx)
HvJ EG 29 februari 1996	C-193/94, Jur. 1996, blz. I-929 (Skanavi)
HvJ EG 15 mei 1997	C-250/95, FED 1998/365 (Futura)
HvJ EG 12 mei 1998	C-336/96, NJ 1999/361 (Gilly)
HvJ EG 12 mei 1998	C-85/96, Jur. 1998, blz. I-02691 (Martinez Sala)
HvJ EU 29 april 1999	C-311/97, V-N 1999/37.30 (Royal Bank of Scotland)
HvJ EU 14 september 1999	C-391/97, BNB 2001/78 c* (Gschwind)
HvJ EU 21 september 1999	C-307/97, BNB 2000/75 (Saint-Gobain)
HvJ EG 23 november 2000	C-135/99, Jur.blz. I-10409 (Elsen)
HvJ EG 11 juni 2002	C-224/98, Jur.blz. I-06191 (D'Hoop)
HvJ EG 17 september 2002	C-413/99, Jur.blz. I-07091 (Baumbast)
HvJ EU 12 juni 2003	C-234/01, V-N 2003/32.6 (Arnoud Gerritse)
HvJ EU 17 maart 2005	C-109/04, Jurispr. blz. I-2421 (Kranemann)
HvJ EU 13 december 2005	C-466/03, BNB 2006/72 (Marks & Spencer II)
HvJ EU 21 februari 2006	C-152/03, V-N 2006/13.10 (Ritter-Coulais)
HvJ EU 6 juni 2006	C-346/04, V-N 2006/38.8 (Conijn)
HvJ EU 12 december 2006	C-446/04, Jurispr. blz. I11753 (Test Claimants in the FII Group Litigation).
HvJ EU 11 januari 2007	C-40/05, Jurispr. blz. I-99 (Lyyski)
HvJ EU 18 juli 2007	C-182/06, BNB 2008/3 (Lakebrink)
HvJ EG 15 mei 2008	C-414/06, BNB 2009/85c* (Lidl Belgium)
HvJ EU 16 oktober 2008	C-527/06, NTFR 2008/2144 (Renneberg)
HvJ EU 23 oktober 2008	C-157/07, NTFR 2008/2306 (Krankenheim Ruhesitz am Wannsee)
HvJ EU 18 maart 2010	C-440/08, NTFR 2010/795 (Gielen)
Hoge Raad 12 maart 1980	Nr. 19.180, BNB 1980/170 (Grensambtenarenarrest)
Hoge Raad 20 december 2000	Nr. 35.576, BNB 2001/192
Hoge Raad 2 november 2001	Nr. 36.207, BNB 2001/426
Hoge Raad 22 december 2006	Nr. 39.258, BNB 2007/134
Hoge Raad 12 september 2008	Nr. 43.761, BNB 2009/22
Hoge Raad 26 juni 2009	Nr. 39.258bis, NTFR 2009/1515
Hoge Raad 29 oktober 2010	Nr. 43.761 bis, BNB 2011/24
Hoge Raad 28 oktober 2011	Nr. 10/01544, V-N 2011/44.8

A-G Wattel 29 december 1999	Nr. 34.782, V-N 2000/8.11
A-G Wattel 21 april 2004	Nr. 39.258, NTFR 2004/900
A-G Léger 1 maart 2005	bij HvJ EU 21 februari 2006, V-N 2006/13.10
A-G Wattel 19 april 2006	Nr. 39.258bis, NTFR 2006/811
A-G Overgaauw 4 oktober 2007	Nr. 43.761, V-N 2007/55.14
A-G Mengozzi	HvJ EU 16 oktober 2008, zaak C-527/06, BNB 2009/50
A-G Wattel 10 februari 2009	Nr. 39.258ter, NTFR 2009/521
A-G IJzerman 15 december 2011	Nr. 11/01321, FIDA 20120316
Hof Amsterdam 16 september 1998	Nr. 96/2897, V-N 1998/59.1.5
Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002	Nr. BK-99/00071
Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2002	Nr. BK-99/00073
Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2005	Nr. 03/02499, NTFR 2005/1453
Hof 's-Hertogenbosch 9 november 2006	Nr. 06/00060
Hof 's-Hertogenbosch 25 nov. 2011	Nr. 11/00340, V-N 2012/17.2.1
Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2012	Nr. 11/00482, FIDA 20122319
Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2012	Nr. 11/00567, V-N 2012/1035
Rb Breda 18 januari 2006	Nr. 05/1341, V-N 2006/41.2.5
Rb Breda 29 mei 2007	Nr. 06/03531, NTFR 2007/1359
Rb 's-Gravenhage 2 september 2010	Nr. 09/8518
Rb Breda 18 april 2011	Nr. 10/2769, NTFR 2011/1377
Rb 's-Gravenhage, 4 mei 2011	Nr. 10/01314, NTFR 2011/1321
Rb Breda 10 juni 2011	Nr. 10/03987, NTFR 2011/2383
Rb Breda 6 juli 2011	Nr. 09/1465
Rb Breda 30 november 2011	Nr. 10/2852, V-N Vandaag 2011/3122
Rb Breda 24 februari 2012	Nr. 10/2038, V-N Vandaag 2012/824