

EU-recht uit de bocht?

Het EU-recht leidt regelmatig tot verrassende en ingrijpende besluitvorming en rechtspraak. Een voorbeeld van recente besluitvorming is de invoering van de minimumbelasting van 15% per 1 januari van dit jaar. Die minimumbelasting is niet beperkt tot de lidstaten van de EU maar strekt zich ook uit tot de BES en in elk geval is Curaçao voornemens een dergelijke complexe heffing eveneens in te voeren. Een voorbeeld van belangwekkende recente rechtspraak zijn de staatssteunprocedures met betrekking tot de zogenoemde transferpricingzaken. De Europese Commissie beoogde daarmee een zelfstandig zakelijkheids criterium voor transfer pricing mee tot stand te brengen naast de wereldwijd aanvaarde transfer pricing guidelines van de OESO. Hoogst ongelukkig en het is dan ook prettig dat het Hof van Justitie in een aantal arresten heeft geoordeeld dat die vlieger niet op gaat. Het gaat onder andere om zaken betreffende FIAT/Chrysler, Amazone en Starbucks. Er is nog zo'n zaak aanhangig namelijk van Apple. Dat is een grote zaak gelet op het financieel belang: maar liefst € 13 mld. De verwachting is echter dat de Europese Commissie ook in die zaak aan het kortste eind trekt. De EU lijkt echter een slechte verliezer want ondertussen is afgelopen jaar een conceptrichtlijn gepubliceerd met transfer pricingregels. Dat lijkt nogal overbodig, omdat, zoals gezegd, wereldwijd de guidelines van de OESO worden gevolgd. Nieuwe richtlijnen lijken dus niet erg zinvol, zeker ook niet omdat deze sterk vergelijkbaar zijn met die van de OESO. Denkbaar is dat de EU op die manier toch een eigen zakelijkheids criterium wil introduceren. Het is overigens de vraag of het er wel van gaat komen want de verwachting is dat niet alle lidstaten staan te springen om dergelijke nieuwe regels in te voeren. Invoering vereist nog steeds unanimiteit van alle lidstaten en het valt zeer te betwijfelen of dat gaat lukken. Dit jaar komt hier stellig meer duidelijkheid over.

Een geheel andere kwestie waarover het Hof van Justitie zich het afgelopen najaar heeft gebogen betreft een zogenoemde infractieprocedure. Het gaat hier om een door de Europese Commissie tegen Nederland aangespannen zaak, omdat de Nederlandse fiscale wetgeving niet zou voldoen aan het Europese recht. De Europese Commissie houdt de wetgeving van de lidstaten in de gaten en als daarin regels worden opgenomen die naar het oordeel van de Europese Commissie niet in overeenstemming zijn met het EU-recht, verzoekt zij de lidstaat om diens wetgeving aan te passen. Als de lidstaat dat niet doet, sleept de Commissie de lidstaat voor het Europese Hof. Nederland is dat dus overkomen hetgeen recentelijk tot een arrest heeft geleid waar de Commissie aan het langste eind heeft getrokken. Wat mij betreft voor een deel ten onrechte.

Waar gaat het om? Een interessante kwestie over waardeoverdracht van pensioen. Als een werknemer van baan verandert kan hij zijn pensioen meestal meenemen naar de nieuwe functie en dat inbrengen in de aldaar geldende pensioenregeling. De belangrijkste reden daarvoor is dat op die manier een mogelijke pensioenbreuk wordt voorkomen. Dat argument gaat overigens wel steeds minder op, omdat pensioen steeds vaker wordt opgebouwd op basis van een zogenoemde beschikbarepremieregeling. Daarbij kan een pensioenbreuk zich niet voordoen. Een andere reden is dat het onpraktisch is als men van meer pensioenuitvoerders te zijner tijd diverse (kleine) pensioenen ontvangt. Nederland heeft geregeld dat dergelijke waardeoverdrachten mogelijk moeten zijn. Een belangrijk fiscaal punt is dat dit ook zonder belastingheffing moet kunnen. Dat is eveneens geregeld. Maar stel nu dat de werknemer overstapt naar een baan in een ander land: kan hij dan zijn pensioen ook meenemen en kan dat ook onbelast? Wat Nederland betreft is dat het geval. Dat moet EU-echtelijk ook wel want anders zouden grensoverschrijdende waardeoverdrachten slechter worden behandeld dan binnenlandse waardeoverdrachten. In zoverre is er dus niets aan de hand. Maar het is natuurlijk wel zo dat het tot dan toe opgebouwde pensioen fiscaal gefaciliteerd is opgebouwd – in Curaçao is dat niet anders – en dat Nederland dus een fiscale claim heeft op de uitkeringen. Die wil het natuurlijk niet zomaar prijsgeven. Wel dient bedacht te worden dat op grond

van belastingverdragen de pensioenuitkeringen doorgaans ter heffing aan de woonstaat worden toegewezen. Nederland kan dan dus niet meer heffen als de werknemer ook is geëmigreerd, hetgeen in deze gevallen doorgaans het geval is. Niettemin zijn er gevallen waarbij Nederland nog wel heffingsbevoegd is en situaties waarin er geen verdrag is en Nederland ook mag heffen over in Nederland opgebouwd pensioen. Om deze redenen worden bepaalde voorwaarden gesteld aan een grensoverschrijdende waardeoverdracht van het pensioenkapitaal. Een van de voorwaarden is dat de afkoopmogelijkheid in het immigratieland niet ruimer mag zijn dan de afkoopmogelijkheid in Nederland. Deze laatste is heel beperkt. De Europese Commissie meende dat Nederland die voorwaarde niet mag stellen aan de nieuwe buitenlandse pensioenregeling. Het Hof van Justitie is het daarmee eens. Dat is raar: het EU-recht eist wel dat grensoverschrijdende gevallen niet slechter mogen worden behandeld dan binnenlandse situaties, maar het eist niet dat grensoverschrijdende gevallen soepeler moeten worden behandeld en dat Nederland het buitenlandse recht dient te respecteren. Lidstaten hanteren nu eenmaal verschillende regels ook wel dispariteiten genoemd en dat moet worden gerespecteerd. Het Hof ziet dat in deze zaak dus anders hetgeen, mijns inziens, niet juist is. Een tweede kwestie waarin Nederland ook ongelijk kreeg betrof de voorwaarde dat het aan de buitenlandse pensioenuitvoerder bepaalde voorwaarden stelde zoals het aanvaarden van aansprakelijkheid voor de Nederlandse fiscale claim. Ook dat achtte het Hof van Justitie niet juist, terwijl toch binnenlandse verwervende pensioenuitvoerders min of meer aan eenzelfde regel moeten voldoen.

Hoe dan ook moet Nederland diens wetgeving aanpassen. De zaken illustreren maar weer eens dat de het EU-recht ver kan strekken en dat lidstaten een deel van hun autonomie echt kwijt zijn. Daar is niet iedereen even enthousiast over.

Peter Kavelaars is hoogleraar Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en of counsel bij Deloitte Dutch Caribbean.