

Wetenschappelijke Factsheet

‘Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting’ - EU-rechtelijke aspecten

2 december 2020

prof. dr. Dennis Weber¹

1. Inleiding

De Vaste Commissie voor Financiën van de Tweede Kamer heeft mij gevraagd mijn mening te geven over het GroenLinks initiatiefwetsvoorstel ‘Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting’ (hierna: de Spoedwet) door middel van een wetenschappelijk factsheet, met een nadruk op de internationale en Europese wetsrechtelijke aspecten. In deze factsheet concentreer ik mij met name op het EU-recht.

Door alleen de vetgedrukte delen te lezen kan de lezer snel zijn weg vinden in de conclusies van deze factsheet.

Onder het recht van de Europese Unie en op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) is bestrijding van belastingontwijking mogelijk. Deze anti-belastingontwijkingregels moeten wel voldoen aan de eisen die het EU-recht hieraan stelt². Eerder ben ik met co-auteur Winkenijs in een artikel gepubliceerd in het Weekblad Fiscaal Recht (WFR)³ tot de conclusie gekomen dat de Spoedwet, zoals ingediend op 10 juli 2020, onzes inziens op een aantal punten in strijd is met het recht van de Europese Unie (zie bijlage). In deze factsheet belicht ik een aantal van deze strijdigheden en **ga ik in op de vraag of de wijzigingen die zijn opgenomen in de derde gewijzigde versie van de Spoedwet, zoals ingediend op 9 oktober 2020, de strijd met EU-recht wegneemt.⁴ Mijns inziens is dat niet het geval.**

2. Internationaal en EU belastingrecht

Voordat nader op het EU-recht wordt ingegaan moet worden opgemerkt dat een **algemene exitheffing in de dividendbelasting internationaalrechtelijk een vreemde eend in de bijt is⁵**. De reden is dat een eindafrekeningsverplichting niet past binnen een belastingheffing op dividend⁶. Voor de vennootschapsbelasting, die de ondernemingswinst van een vennootschap tracht te belasten, heeft een

¹ D.M. Weber is als directeur en hoogleraar European Corporate tax law verbonden aan het Amsterdam Centre for Tax Law (ACTL) van de UvA en tevens als of counsel aan Loyens & Loeff. Hij is in 2003 gepromoveerd op het onderwerp ‘Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden’.

² Zie hierover ook: Koen Lenaerts, De Unierechter, pleitbezorger voor de strijd tegen rechtsmisbruik in belastingzaken. TFR (Tijdschrift voor Fiscaal Recht België) 2020/15, no 587.

³ D.M. Weber en L.R.T. Winkenijs, Unierechtelijke knelpunten van de Spoedwet conditionele eindafrekening, *WFR* 2020/148.

⁴ De Spoedwet, zoals oorspronkelijk ingediend op 10 juli 2020, is momenteel reeds tweemaal gewijzigd, de eerste maal op 18 september 2020 en de tweede maal op 9 oktober 2020. De initiatiefnemer heeft aangekondigd dat er nóg een wijziging zal volgen.

⁵ Zie nader: D.M. Weber en L.R.T. Winkenijs, ‘Unierechtelijke knelpunten van de Spoedwet conditionele eindafrekening’, *WFR* 2020/148, para. 3.3: ‘Een eindafrekening in de dividendbelasting wordt internationaal niet onderschreven’.

⁶ Zie ook het commentaar van Vakstudie Nieuws, *V-N* 2020/38.10, p. 40; Kooiman is daarentegen in zijn bespreking in NTFR van het Spoedwetvoorstel van mening dat een eindafrekening past in het systeem van de dividendbelasting, en maakt een vergelijking met de schenk- en erfbelastingen (een tijdstipbelasting met een soort van eindafrekening). Die vergelijking gaat mijns inziens niet op omdat onder die belastingen er wel sprake is van een belastingclaim die aangroeit voor emigratie uit Nederland. Daar is bij een dividendbelasting geen sprake van. Zie NTFR 2020/2270.

staat wel een claim over de meerwaarde van de bezittingen die zijn aangegroeid in de periode dat deze vennootschap gevestigd is in die staat (winstreserves), maar een dividendbelastingclaim ontstaat pas op het moment dat een aandeelhouder (of andere gerechtigde) een winstuitkering geniet. Vóór het moment van uitkering van de winst bestaat er derhalve geen belastingclaim. **Het internationale belastingrecht kent dan ook in het algemeen geen policy of een verplichting⁷ om een eindafrekening in de dividendbelasting in te voeren.** Zowel in het OECD Base Erosion and Profit Shifting (hierna: BEPS) project als in het geharmoniseerde EU-recht is geen afrekeningsverplichting in de dividendbelasting opgenomen. Dit in tegenstelling tot de *vennootschapsbelasting* waar het EU-recht wel verplicht tot afrekening (zie art. 5 van de EU Antibelastingontwijkingsrichtlijn (ATAD)). De reden dat een dergelijke afrekeningsverplichting niet bestaat in de *dividendbelasting* is dat er naar huidige internationale maatstaven bij vertrek geen dividendbelastingclaim verloren gaat. Het is hierbij ook goed om te realiseren dat een vennootschap voordat die de winst uitkeert al vennootschapsbelasting heeft betaald over zijn winst en voor zover nog geen vennootschapsbelasting is betaald deze vennootschap bij een zetelverplaatsing vennootschapsbelasting verschuldigd is over zijn niet-niet-gerealiseerde reserves. Onder het internationale belastingrecht, zoals ingericht op grond van de OESO en EU beginselen, **creëert de voorgestelde eindafrekening dan ook dubbele belasting;** Het komt **bovenop de vennootschapsbelasting die al is betaald door de vennootschap en** omdat het formeel wordt geheven van de vennootschap en niet van de aandeelhouder bestaat een groot risico dat de belasting **ook niet kan worden verrekend door de aandeelhouder.** Ook de Afdeling advisering van de Raad van State heeft hier nadrukkelijk op gewezen⁸. **De veronderstelling van de initiatiefnemer dat de eindafrekening niet leidt tot een groot risico op dubbele belasting is onjuist.**

De initiatiefnemer meent dat sprake is van een ‘een misvatting’ bij de Afdeling advisering van de Raad van State dat de eindafrekening wordt geheven van de vennootschap en niet van de aandeelhouder. Hij voert hiervoor een verhaalsrecht in waardoor onder het voorstel de eindafrekening zou worden geheven van de aandeelhouder (geadviseerd wordt om dit verhaalsrecht bij overeenkomst of in de statuten nader te regelen). Hiermee wordt getracht te verduidelijken hoe de belasting uiteindelijk neerslaat bij de aandeelhouder. Nog afgezien van de vraag of het verhaalsrecht wel altijd kan worden toegepast (wat bijvoorbeeld als een deel van de aandeelhouders hier niet mee akkoord gaan of als een verhaalsrecht niet mogelijk is onder buitenlands recht?), maakt dit verhaalsrecht de heffing nog geen ‘belasting’ geheven van de aandeelhouder⁹. Een belasting wordt ook niet geheven op grond van een overeenkomst of op grond van de statuten van een vennootschap. Er wordt op de aandeelhouder bij vertrek van de vennootschap op grond van de Spoedwet ook geen enkele aanslag of andere verplichting opgelegd¹⁰. **De bewering van de initiatiefnemer dat de eindafrekening een belasting is die wordt geheven van de aandeelhouder is derhalve onjuist.** Omdat onder de eindafrekening geen sprake is van een belasting geheven van de aandeelhouder is het risico groot dat **de aandeelhouder de belasting niet kan verrekenen.** Overigens: **ook wanneer de eindafrekening wél een belastingheffing van de aandeelhouder is stuit de eindafrekening nog steeds op EU-**

⁷ Zoals bijvoorbeeld de minimum standaarden die voortvloeien uit het OECD BEPS project (ter bestrijding van belastingontwijking). Deze minimum standaarden schrijven geen eindafrekening voor in de dividendbelasting.

⁸ Zie: Kamerstuk, 35 523, nr. 6, Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, blz. 9.

⁹ Zie ook het commentaar in V-N Nieuws op het voorstel: V-N 2020/58.2, blz. 31.

¹⁰ Zie ook het commentaar in V-N Nieuws op het voorstel: V-N 2020/58.2, blz. 16.

rechtelijke problemen en op bezwaren onder belastingverdragen. De problematiek betreffende belastingverdragen is echter geen onderdeel van deze factsheet (die beperkt is tot EU-recht).

In het internationale belastingrecht en in het belastingrecht van de Europese Unie is ter voorkoming van dubbele belasting en ter bestrijding van belastingontwijking het value creation beginsel leidend: dit betekent dat belasting wordt betaald waar de waarde wordt gecreëerd (*value creation*)¹¹, ofwel dat het inkomen daar moet worden belast waar de daadwerkelijke economische activiteit plaatsvindt. Dit fundamentele beginsel ter bestrijding van belastingontwijking is neergelegd in het BEPS project van de OECD en in de EU Antibelastingontwikkingsrichtlijn (de ATAD)¹².

De eindafrekening is volgens de initiatiefnemer gebaseerd op het beginsel dat *‘in het geval van een (internationale) groep van vennootschappen (...) de staat waarin de topvennootschap, vaak aangeduid als het hoofdkantoor, is gevestigd, internationaal gezien de hoogste aanspraak [heeft] op de heffing van een bronbelasting*¹³. Op grond van dit beginsel verdedigt de initiatiefnemer dat alle (zowel Nederlandse als buitenlandse) winst van een multinational aan de staat van zijn hoofdkantoor kan worden toegerekend. Dit is in strijd met het OECD en EU beginsel betreffende value creation dat bepaalt dat belasting wordt betaald daar waar de waarde wordt gecreëerd ofwel dat inkomen daar moet worden belast waar de daadwerkelijke economische activiteit plaatsvindt. **Doordat de eindafrekening in strijd is met het OECD en EU beginsel betreffende value creation bestrijdt de eindafrekening geen belastingontwijking, maar trekt het heffingsrechten naar zich toe die Nederland (op grond van internationaal belastingrecht en EU-recht) niet heeft en creëert hierdoor een groot risico op dubbele belasting**¹⁴.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft eenzelfde opmerking gemaakt in voetnoot 14 van zijn Advies (onderstreping DW)¹⁵:

”Overigens kan er in dit verband nog op worden gewezen dat de gekozen benadering haaks staat op de inspanningen in internationaal en Europees verband om in het kader van een eerlijker verdeling van heffingsrechten en het tegengaan van belastingontwijking door multinationals te komen tot een belastingheffing waarbij belasting daar wordt betaald waar de economische waarde wordt gecreëerd”.

De initiatiefnemer heeft hierop gereageerd met de opmerking dat het de initiatiefnemer ‘een raadsel is waarop De Afdeling advisering van de Raad van State deze stelling baseert’¹⁶. Ik vind dit een bijzondere opmerking: **wij mogen er toch vanuit gaan dat de initiatiefnemer op de hoogte is van het bestaan van het OECD beginsel betreffende value creation, een fundamenteel beginsel dat ten grondslag ligt aan het BEPS project van de OECD en aan de EU**

¹¹ OECD, Action plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, p. 10 en 14.

¹² Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwikkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

¹³ P. 1 van de Memorie van Toelichting bij de Spoedwet.

¹⁴ Zie ook uitgebreid over het feit dat de eindafrekening tot dubbele belasting leidt: T.J.A. Hendriks en C.E. Verhaeren, ‘Gevolgen van de Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting voor de AB-houder’, *WFR* 2020/204, para. 6.1: Uiteenlopende heffingsgrondslag en timing: dubbele heffing.

¹⁵ Kamerstuk, 35 523, nr. 6, Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, blz. 7.

¹⁶ Kamerstuk, 35 523, nr. 6, Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, blz. 3.

Antibelastingontwikkingsrichtlijn¹⁷. Uit de opmerking kan ik niet anders opmaken dan dat de initiatiefnemer ofwel hier niet van op de hoogte is ofwel hier niet van op de hoogte wil zijn.

Doordat de eindafrekening in strijd is met value creation beginsel komt het ook in strijd met internationaal belastingrecht en het EU-recht dat dit beginsel volgt en/of waarin dit nader is uitgewerkt.

3. Strijd met de Antibelastingontwikkingsrichtlijn (ATAD)

De eindafrekening is mijns inziens in strijd met de verplichte eindafrekening zoals die is opgenomen in art. 5 van de EU Antibelastingontwikkingsrichtlijn (ATAD). In art. 5 ATAD worden exitheffingen bij onder andere zetelverplaatsing van een vennootschap uitputtend geharmoniseerd. Er is dus al in het EU-recht voorzien in een antimisbruikbepaling bij zetelverplaatsing van een vennootschap. In Nederland is deze eindafrekening geïmplementeerd in art. 15c Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De eindafrekening bij de zetelverplaatsing, zoals volgt uit de Spoedwet, komt bovenop de eindheffing in de ATAD (vandaar dat fiscalisten ook wel spreken van vertrek *boete*). Mijns inziens is de eindafrekening niet in lijn met art. 5 ATAD. De maatregel gaat immers verder dan art. 5 ATAD, aangezien Nederland een dergelijke maatregel reeds kent. Hoewel art. 3 ATAD de lidstaten in beginsel de mogelijkheid biedt om striktere bepalingen in te voeren, heeft de Europese Commissie tijdens de onderhandelingen over de ATAD een ‘note on the application of the Minimum Level of protection’ gepubliceerd¹⁸ waarin wordt aangegeven dat met betrekking tot art. 5 ATAD striktere nationale bepalingen op grond van art. 3 ATAD niet mogelijk zijn. In het eerder genoemde WFR artikel ga ik nader in op alle punten waar de eindafrekening in strijd komt met art. 5 ATAD¹⁹.

4. Strijd met de fiscale EU Fusierichtlijn

Daarnaast is de eindafrekening bij een grensoverschrijdende fusie, splitsing en aandelenruil mijns inziens niet in lijn met de fiscale EU Fusierichtlijn (hierna: de “Fusierichtlijn”). Ik merk op dat de vennootschappen die onder de eindafrekening vallen in de regel ook onder de Nederlandse vennootschapsbelasting zullen vallen. De Fusierichtlijn is derhalve op grond hiervan van toepassing. Vervolgens is van belang dat art. 4 Fusierichtlijn bepaalt dat ‘fusies en splitsingen niet leiden tot enigerlei belastingheffing over de vermogenswinst’ (onderstreping DW). Dit is een ruim begrip en niet beperkt tot een specifieke nationale belasting. Het feit dat de eindafrekening in casu in de Wet op de dividendbelasting 1965 is neergelegd doet hier niet aan af. **De eindafrekening heeft tot gevolg dat belasting wordt geheven in situaties die de Fusierichtlijn beoogt te voorkomen: dat lidstaten belasting heffen over stille reserves nog voordat ze zich hebben verwezenlijkt²⁰. Hierdoor ontstaat strijd met de Fusierichtlijn.** Ingevolge art. 15 Fusierichtlijn mag een lidstaat enkel belasting heffen indien blijkt dat een fusie, (gedeeltelijke) splitsing, inbreng van activa of aandelenruil

¹⁷ Zie nader over dit beginsel: D.M. Weber en L.R.T. Winkenijs, ‘Unierechtelijke knelpunten van de Spoedwet conditionele Eindafrekening’, *WFR* 2020/148, para. 3.1: “Het OESO BEPS-project en para. 4.23. Value creation nexus”.

¹⁸ DG Taxud, Note on the application of the ‘Minimum Level of protection’, Room Document # 4, WPTQ, ATAD, 18 March 2016. De uiteindelijke tekst van art. 3 ATAD is gelijk aan het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie van de ATAD.

¹⁹ Zie: D.M. Weber en L.R.T. Winkenijs, ‘Unierechtelijke knelpunten van de Spoedwet conditionele eindafrekening’, *WFR* 2020/148, para. 4.2.4: ‘exitheffingen in de ATAD’.

²⁰ Zie punt 36 van de conclusie van AG Kokott bij zaak C-321/05, Kofoed.

als hoofddoel of een de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft. De eindafrekening is te algemeen en daarom niet specifiek genoeg om belastingontwijking te kunnen bestrijden en komt daarom in strijd met vaste rechtspraak van het HvJ EU over hoe belastingontwijking dient te worden bestreden. Zie ook hierna. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State betwijfelt of de voorgestelde exit-heffing in de dividendbelasting in overeenstemming is met de Fusierichtlijn. De initiatiefnemer reageert hier als volgt op:

“Het valt de initiatiefnemer op dat de opmerkingen van de Afdeling voor een groot deel zijn gebaseerd op de onjuiste veronderstelling dat de voorgestelde exit-heffing zou worden geheven van de vennootschap in plaats van de aandeelhouders. Deze onjuiste veronderstelling is, zoals eerder opgemerkt, voor de initiatiefnemer aanleiding geweest om in de memorie van toelichting te verduidelijken dat de belasting over de veronderstelde winstuitdeling bij «vertrek» wordt geheven van de aandeelhouders, waarbij de vennootschap - vergelijkbaar met de heffing van dividendbelasting over reguliere dividenden - als hulpontvanger functioneert ten behoeve van de staat. Om te voorkomen dat de belasting over de veronderstelde winstuitdeling bij «vertrek» een last van de vennootschap wordt, is het wetsvoorstel uitgebreid met een verhaalsrecht van de vennootschap op de aandeelhouder”²¹.

Nog afgezien van het feit dat met het verhaalsrecht niet kan worden verdedigd, zoals de initiatiefnemer doet, dat hierdoor sprake is van een ‘belastingheffing’ bij de aandeelhouder (een verhaalsrecht opgenomen in statuten van een vennootschap creëert geen belasting) is het **mijns inziens ook niet juist dat zelfs wanneer wel sprake is van een belastingheffing van de aandeelhouder de strijd met de Fusierichtlijn hierdoor zou worden opgeheven. De Fusierichtlijn verbiedt namelijk in het geval van grensoverschrijdende fusie (etc.) zowel belastingheffing bij de vennootschap als bij de aandeelhouders.**

5. Verboden staatssteun

De Spoedwet is enkel van toepassing voor zover de zuivere winst meer dan EUR 50 miljoen bedraagt. Als reden daarvoor wordt de uitvoerbaarheid door de Belastingdienst aangevoerd. De eindafrekening maakt hierdoor een onderscheid tussen ‘grote’ en ‘kleine’ belastingplichtigen. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU is sprake van (verboden) staatssteun in de zin van art. 107 VWEU indien de maatregel onder andere een selectief karakter heeft²². Bij de beoordeling van het selectieve karakter van het voordeel voor de begunstigden van een nationale maatregel dient te worden bepaald of deze nationale maatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling ‘bepaalde ondernemingen of bepaalde producties’ kan begunstigen ten opzichte van anderen die zich, gelet op de doelstelling van die regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden²³. Gelet op de doelstelling van de regeling, namelijk het behouden dan wel zekerstellen van de Nederlandse ‘dividendbelastingclaim’ over (latente) winstreserves van in Nederland gevestigde inhoudingsplichtige bij bepaalde grensoverschrijdende reorganisaties naar kwalificerende staten, bevinden grote en kleine belastingplichtigen zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie.

²¹ Kamerstuk, 35 523, nr. 6, Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en reactie van de initiatiefnemer, blz. 14.

²² Aan de overige voorwaarden van staatssteun wordt bij belastingzaken al snel voldaan.

²³ Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 26 april 2018, C-233/16, ECLI:EU:C:2018:280 (ANGED), punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

Net als bij grote belastingplichtigen zal Nederland immers haar ‘dividendbelastingclaim’ verliezen bij kleine belastingplichtigen in het geval van bepaalde grensoverschrijdende reorganisaties naar kwalificerende staten. **De maatregel heeft derhalve een selectief karakter waardoor sprake lijkt te zijn van verboden staatssteun. De kans bestaat dus dat de Europese Commissie van Nederland zal eisen om ook bij kleine belastingplichtigen (het MKB) een eindafrekening in te voeren, om het voordeel dat het MKB heeft weg te nemen.**

6. Verboden belemmering van het vrije verkeer

De Spoedwet leidt er onder meer toe dat een Nederlandse vennootschap geacht wordt zijn zuivere winst te hebben uitgekeerd bij een fusie naar een kwalificerende (lid)staat. Een dergelijke eindheffing blijft echter achterwege indien de Nederlandse vennootschap binnen Nederland fuseert. Dit verschil in fiscale behandeling is een belemmering van in ieder geval het vrij verkeer van vestiging (art. 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie).

In de Memorie van Toelichting bij de Spoedwet wordt bevestigd dat de eindafrekening een belemmering van de verkeersvrijheden vormt, maar wordt opgemerkt dat deze is gerechtvaardigd op grond van de aan de dividendbelasting ten grondslag liggende ‘basisconceptie’, in combinatie met een territoriale component. Met basisconceptie wordt bedoeld op het feit dat de Nederlandse dividendbelasting alle uitgekeerde winst (dus ook *buitenlandse* winst) belast.

Volgens de initiatiefnemer kan de eindafrekening worden gerechtvaardigd op grond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten en het territorialiteitsbeginsel waarbij wordt verwezen naar onder meer de arresten *National Grid Indus* en *Commissie/Portugal* van het HvJ EU²⁴.

In deze arresten oordeelde het HvJ EU dat een eindheffing bij emigratie voor winstbelastingdoeleinden gerechtvaardigd was op grond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, aangezien de lidstaat van oorsprong haar heffingsrecht verliest over de meerwaarde die vóór de verplaatsing in het kader van zijn fiscale bevoegdheid is ontstaan.

Van belang is dat deze rechtspraak eindafrekeningen alleen toelaat zodat een lidstaat zijn belastingbevoegdheid kan ‘*uit (...) oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden*’ (onderstreping DW). De eindafrekening uit de Spoedwet betreft echter ook *buitenlandse* winstreserves in de heffing (op grond van de basisconceptie) en gaat dus verder dan noodzakelijk en creëert hierdoor ook dubbele internationale belasting omdat het buitenland ook een heffingsrecht over dit deel van de winst kan claimen. **De eindafrekening kan derhalve niet worden gerechtvaardigd door de rechtspraak van het HvJ EU betreffende exitheffingen, zoals de initiatiefnemer veronderstelt. De zogenoemde basisconceptie (waardoor ook buitenlandse winst wordt belast) kan niet worden gerechtvaardigd onder de rechtspraak van het HvJ EU. Het HvJ EU beperkt het heffingsrecht duidelijk in vaste rechtspraak tot *nationale* winst.**

De initiatiefnemer veronderstelt dat dit anders is bij belastingheffing van *dividenden* en dat op grond van de basisconceptie en op grond van de verdeling van de heffingsbevoegdheid buitenlandse

²⁴ HvJ 29 november 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 (National Grid Indus) en HvJ 21 december 2016, C-503/14, ECLI:EU:C:2016:979 (Commissie/Portugal).

winst (buitenlands dividend) wel mag worden belast. **Dit is mijns inziens onjuist. Het HvJ EU heeft een beroep op de verdeling van de heffingsbevoegdheid ook in het kader van buitenlandse portfoliodividenden al afgewezen in de zaak *Haribo* (onderstreping en vet DW):**

*“Zoals de advocaat-generaal in punt 120 van haar conclusie heeft benadrukt, gaat het in het hoofdgeding **niet om de heffingsbevoegdheid voor economische activiteiten op het nationale grondgebied**, maar om de belasting van buitenlandse inkomsten.*

Het verschil in behandeling van portfoliodividenden op grond van de binnenlandse dan wel buitenlandse herkomst kan dus niet worden gerechtvaardigd uit hoofde van de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en andere derde staten dan de EER-staten te handhaven”.

Daarnaast gaat de initiatiefnemer ervan uit dat (onderstreping DW):

“Wat betreft een in Nederland gevestigde topvennootschap van een groep van vennootschappen, waarin bij uitstek beleggers aandeelhouders zijn, heeft Nederland een dividendbelastingclaim op (nagenoeg) alle aanwezige (latente) winstreserves. Het maakt hierbij niet uit of die winstreserves oorspronkelijk op Nederlands grondgebied zijn behaald vanuit de optiek van een winstbelasting.”²⁵

Ik begrijp niet waarom Nederland een dividendbelastingclaim zou hebben op alle aanwezige (latente) winstreserves. Het is zo dat de Wet op de dividendbelasting 1965 elke winstuitkering bij daadwerkelijke uitkering belast en hier geen onderscheid maakt tussen in het binnenland en buitenland opgekomen winst (de ‘basisconceptie’/’zuivere winst’), maar dat wil nog niet zeggen dat Nederland een dividendbelastingclaim heeft op *alle* winstreserves. **De initiatiefnemer maakt een conceptueel onjuiste vergelijking tussen belastingheffingen die zien op het belasten van winstreserves (zoals de vennootschapsbelasting (winstbelastingen)) en belastingheffingen die zien op het belasten van uitgekeerde winst (zoals de dividendbelasting).**

Een dividendbelasting is een tijdstipbelasting die wordt geheven bij de aandeelhouder op het moment dat deze aandeelhouder het inkomen geniet. Zolang de aandeelhouder het dividend niet geniet kan mijns inziens niet worden verdedigd dat een dividendbelastingclaim bestaat. Nederland heeft geen heffingsrecht, aangezien niet zeker is dat het veronderstelde heffingsrecht (de uitkering van dividend) zich ooit voor zal doen.

Het is onder het voorstel zelfs zo dat **een vennootschap met een hoge beurswaarde (zoals veel start-ups in de technologie sector), die zelf nooit of bijna geen winst heeft behaald (en dus helemaal geen winst kan uitkeren en dus ook geen Nederlandse dividendbelasting kan ontwijken), bij vertrek uit Nederland de voorgestelde eindafrekening is verschuldigd.** Uit dit voorbeeld blijkt duidelijk de conceptuele onjuistheid en onevenredigheid die in het voorstel schuilt.

De initiatiefnemer gaat er derhalve vanuit dat Nederland een heffingsrecht verliest (heffingslek) dat er niet is (bij geen winst) of onzeker is of dat zich ooit zal voordoen (wordt winst wel uitgekeerd?). Mijns inziens kunnen de belemmeringen van de EU Verdragsvrijheden niet

²⁵ Memorie van Toelichting, p. 2.

worden gerechtvaardigd door maatregelen die belastingclaims proberen te verzilveren waar eigenlijk geen sprake is van een gerechtvaardigde claim.

7. De eindafrekening kan niet worden gerechtvaardigd door belastingontwijking

GroenLinks presenteerde de Spoedwet met een persbericht met als titel ‘*GroenLinks lanceert wet tegen belastingontwijking*’²⁶. **Mijns inziens kan de eindafrekening niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de bestrijding van belastingontwijking.** Op grond van de rechtspraak van het HvJ EU kan belastingontwijking alleen als rechtvaardigingsgrond voor een belemmering worden geaccepteerd wanneer de eindheffing specifiek tot doel heeft gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om ten onrechte een belastingvoordeel te verkrijgen²⁷. **De Spoedwet voldoet niet aan de rechtspraak van het HvJ EU, aangezien zij niet enkel van toepassing is op situaties waarbij sprake is van een kunstmatige constructie.** Zetelverplaatsing, juridische fusie, splitsing of aandelenruil zijn als zodanig geen ‘kunstmatige constructies’.

In de Memorie van Toelichting bij de Spoedwet wordt opgemerkt dat ‘De conditionele eindafrekeningsverplichting (...) een tweeledig doel [heeft], namelijk (1) het behouden van de opgebouwde dividendbelastingclaim én (2) het tegengaan van reorganisaties waarbij die dividendbelastingclaim wordt afgeschud zonder dat daarvoor een buitenlandse dividendbelastingclaim in de plaats komt’²⁸. Met betrekking tot punt (1) heb ik hiervoor al in paragraaf 6 opgemerkt dat Nederland geen opgebouwde dividendbelastingclaim heeft. Met betrekking tot punt (2) is van belang dat de Spoedwet een voordeel dat voortvloeit uit verschillen tussen lidstaten (het feit dat Nederland wel een dividendbelasting kent en het Verenigd Koninkrijk niet) als belastingontwijking bestempeld²⁹. In mijn WFR-artikel heb ik uitgelegd dat profiteren van verschillen tussen lidstaten geen belastingontwijking inhoudt³⁰. In een op 1 oktober 2020 gepubliceerd artikel heeft **Koen Lenaerts**³¹ (president van het Hof van justitie van de Europese Unie) opgemerkt dat het ‘inzake directe belastingen’ ‘cruciaal’ is om een ‘conceptueel onderscheid’ te maken tussen ‘belastingoptimalisatie’ enerzijds en ‘misbruik’ anderzijds, aangezien dat ‘onderscheid essentieel is om grenzen te stellen aan de uitoefening van de nationale belastingbevoegdheden’. **Belastingoptimalisatie** wordt mogelijk gemaakt door **regelgevingsconcurrentie** tussen nationale belastingstelsels, aldus Lenaerts (dus het feit dat Nederland wel en het VK geen dividendbelasting kent). **Hij merkt dit nadrukkelijk niet aan als misbruik, in de woorden van Lenaerts: ‘Kortom, de lidstaten kunnen belastingoptimalisatie niet verhinderen, maar het recht van de Europese Unie biedt geen enkele bescherming voor belastingfraude en misbruiken’.** Misbruik kan alleen worden bestreden als sprake is van volstrekt

²⁶ Persbericht GroenLinks van 10 juli 2020.

²⁷ HvJ 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

²⁸ Memorie van Toelichting, p. 3.

²⁹ Namelijk alleen bij een grensoverschrijdende reorganisatie naar een ‘kwalificerende staat’, te weten een staat die geen dividendbelasting kent of geen step-up hanteert.

³⁰ Zie: D.M. Weber en L.R.T. Winkenius, ‘Unierechtelijke knelpunten van de Spoedwet conditionele Eindafrekening’, *WFR* 2020/148, para. 4.5.1.

³¹ Koen Lenaerts, De Unierechter, pleitbezorger voor de strijd tegen rechtsmisbruik in belastingzaken. *TFR* (Tijdschrift voor Fiscaal Recht België) 2020/15, no 587.

kunstmatige constructies, aldus ook Lenaerts. De Spoedwet probeert regelgevingsconcurrentie te bestrijden en niet kunstmatige constructies en is derhalve niet in overeenstemming met EU-recht.

In het *Hughes de Lasteyrie du Saillant*-arrest³² was ook een belemmerende exitheffing aan de orde (opgelegd aan een emigrerende aandeelhouder) en is een beroep op de bestrijding van belastingontwijking afgewezen omdat die exitheffing een te algemeen vermoeden van belastingfraude of -ontwijking hanteerde. De eindafrekening in de Spoedwet hanteert eveneens een algemeen vermoeden van belastingontwijking en biedt geen mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs dat geen sprake is van misbruik. Tot slot merk ik op dat de Spoedwet belastingontwijking ook niet consistent bestrijdt aangezien de Spoedwet enkel van toepassing is op ‘grotere’ belastingplichtigen (een eindafrekeningswinst van meer dan € 50 miljoen), en dus ‘kleine’ belastingplichtigen wel de belasting mogen ontwijken. Niet-consistente antimisbruikwetgeving, die niet alle misbruikgevallen hetzelfde behandelt, wordt door het HvJ EU niet toegestaan. Dit blijkt duidelijk uit het ‘per element benadering’-arrest, *X BV en X NV*³³.

8. Conclusie

Het Unierecht heeft met de Antibelastingontwijkingsrichtlijn (ATAD), de Fusierichtlijn en de Moeder-dochterrichtlijn (voor dividenden) inmiddels een raamwerk geïntroduceerd voor belastingheffing over de winsten van vennootschappen. Het object van heffing en welk subject belastingplichtig is, is in het algemeen nog niet geharmoniseerd³⁴. In de ATAD zijn verplichte exitheffingen neergelegd en een verplichte algemene antimisbruikbepaling (de GAAR). Belastingheffing over juridische fusies, splitsingen en aandelenruilen wordt uitgesteld binnen de EU, tenzij sprake is van belastingontwijking (de Fusierichtlijn). Grensoverschrijdend dividend kan binnen concern belastingvrij de EU doorstromen, tenzij sprake is van misbruik (de GAAR in de Moeder-dochterrichtlijn). Binnen de EU is derhalve een gemeenschappelijk stelsel van toepassing dat het heffingsrecht van een lidstaat respecteert in het geval een belastingplichtige de belastingjurisdicties van een lidstaat verlaat, juist in de situaties die de Spoedwet bestrijkt. **De initiatiefnemer heeft mijns inziens onvoldoende rekening gehouden met dit op EU-niveau van toepassing zijnde gemeenschappelijke stelsel.** De initiatiefnemer heeft het daarentegen nodig gevonden om bovenop dit gemeenschappelijke stelsel een extra eindafrekening te introduceren. Op het moment dat binnen de EU voor een gemeenschapsrechtelijke regeling is gekozen is voor dergelijke unilaterale heffingen van een lidstaat echter geen plaats meer. **De eindafrekening komt in strijd met de goede werking van de interne markt, leidt tot marktverstoringen en is in strijd zijn met de rechtszekerheid voor de belastingplichtige.**

Daarnaast wordt het **vrije verkeer binnen de interne markt onnodig en ongerechtvaardigd belemmerd, omdat de eindafrekening te algemeen is (de zuivere winst/basisconceptie belast zowel binnenlandse als buitenlandse winst) en probeert belastingontwijking te bestrijden dat i) EU-rechtelijk geen belastingontwijking is (maar een verschil tussen belastingstelsels) en ii) treft situaties waar geen Nederlandse belastingclaim is. De eindafrekening is hierdoor niet geschikt en onevenredig.**

³² HvJ 11 maart 2014, C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*), r.o. 51.

³³ HvJ 22 februari 2018, gevoegde zaken C-398/16 en C-399/16 (*X BV en X NV*), r.o. 50.

³⁴ Maar in specifieke situaties wel, met name in de ATAD.

De eindafrekening leidt ook tot verboden staatssteun aan het MKB. Het risico bestaat dat de Europese Commissie dit voordeel zal terugvorderen bij het MKB of zal eisen dat de eindafrekening ook wordt ingevoerd voor het MKB.

Het is belangrijk dat de politiek zijn verantwoording neemt en belastingontwijking door multinationals bestrijdt, maar zoals Afdeling advisering van de Raad van State in zijn Advies ook heeft opgemerkt:

“dan moet wetgeving wel voldoen aan beginselen zoals zorgvuldigheid en rechtszekerheid, en mag deze niet in strijd zijn met hogere regels als verdragen of het Unierecht”.

Mijn advies aan de Tweede Kamer is om dit Advies van de Afdeling serieus te nemen en niet, zoals de initiatiefnemer doet, af te serveren met opmerkingen dat het gebaseerd is op een ‘misvatting’ of dat het een ‘raadsel’ is waar de Afdeling zich op baseert.

Mijn advies aan de Tweede Kamer is om dit initiatiefwetsvoorstel niet aan te nemen omdat het in strijd is met diverse regels van het recht van de Unie en in strijd is met beginselen van internationaal belastingrecht.

Ik merk nadrukkelijk op dat ik in deze factsheet niet ben ingaan op andere bezwaren die tegen het voorstel kunnen worden geuit zoals de onuitvoerbaarheid, strijd met mensenrechtenverdragen (EVRM) (met betrekking tot de terugwerkende kracht), strijd met belastingverdragen, nadelige invloed op de concurrentiepositie van Nederlandse ondernemingen en eventuele economische schade voor Nederland als vestigingsland.