



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs  
Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de  
Tweede Kamer der Staten-Generaal  
**T.a.v. de heer S. Weeber**  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 18 augustus 2020

**Betreft:**      **NOB-commentaar ter zake van het voorstel van wet van het lid Snels tot wijziging van de Wet op de dividendbelasting 1965 en enige andere belastingwetten in verband met de invoering van een conditionele eindafrekening (*Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting*)**

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorstel van wet van het lid Snels tot wijziging van de Wet op de dividendbelasting 1965 en enige andere belastingwetten in verband met de invoering van een conditionele eindafrekening (*Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting*) (hierna: het wetsvoorstel) en de bijbehorende Memorie van Toelichting (hierna: de MvT) en geeft hierbij graag commentaar op het wetsvoorstel.

## INLEIDING

Het wetsvoorstel is op 10 juli 2020 bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt. Met het wetsvoorstel beoogt de initiatiefnemer de latente dividendbelastingclaim op nog niet uitgekeerde winsten (zichtbare en onzichtbare) van in Nederland gevestigde

*De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat*

1

moedermaatschappijen van multinationals zeker te stellen door middel van een eindafrekening. Deze eindafrekening zou verschuldigd zijn bij de volgende vier typen grensoverschrijdende reorganisaties naar een kwalificerende staat: (i) een grensoverschrijdende fiscale zetelverplaatsing, (ii) een grensoverschrijdende juridische fusie, (iii) een grensoverschrijdende (af)splitsing, en (iv) een grensoverschrijdende aandelenfusie ((i) t/m (iv) hierna: de grensoverschrijdende reorganisatie).

Deze brief bevat een samenvatting van de belangrijkste kanttekeningen van de Orde bij dit wetsvoorstel. De Orde stelt grote vraagtekens bij (i) zowel de formele als de materiële terugwerkende kracht van het wetsvoorstel, (ii) de omvang van de feitelijke heffing, weerspiegeld in enerzijds het reguliere dividendbelastingtarief van 15% en anderzijds de brede grondslag, (iii) de verenigbaarheid met EU-recht en met door Nederland gesloten belastingverdragen, (iv) het generieke karakter van de eindafrekening en (v) de eenzijdige uitbreiding van de woonplaatsfictie. Deze generieke bezwaren worden in meer detail uitgewerkt in **bijlage 1** bij deze brief. Het artikelsgewijze technische commentaar op het wetsvoorstel is opgenomen in **bijlage 2**. Het artikelsgewijze technische commentaar, zoals opgenomen in bijlage 2, is met het oog op het geven van een zo volledig mogelijk wetstechnisch commentaar opgenomen, maar laat onverlet dat de Orde een principieel tegenstander van de voorgestelde eindafrekening is en het mogelijk gehoor geven aan het wetstechnisch commentaar neemt de fundamentele bezwaren van de Orde niet weg.

## **SAMENVATTING COMMENTAAR**

Voorafgaand aan het commentaar wenst de Orde uit te spreken dat ook bij haar begrip bestaat voor de onderliggende sentimenten die, zo kan worden opgemaakt uit diverse uitspraken van de initiatiefnemer, kennelijk ten grondslag hebben gelegen aan dit wetsvoorstel. De Nederlandse dividendbelasting kent geen geografische eindheffing. Dit brengt met zich mee dat bij een grensoverschrijdende transactie een latente claim - wat de omvang en waarde daarvan ook moge zijn – vanuit de optiek van de Nederlandse schatkist verloren kan gaan. Dit voorkomt het wetsvoorstel, gedreven door de wens om dubbele non-belasting tegen te gaan.

De Orde meent echter dat deze benadering, hoe aansprekend ook op het eerste gezicht, wellicht onbedoeld juist zal leiden tot (economische) dubbele belasting. Het internationale belastingrecht kent als een van zijn hoekstenen het uitgangspunt dat dividenden, ontvangen door een inwoner van de ene staat, van een lichaam, gevestigd in de andere staat, per saldo belast zijn bij deze aandeelhouder met het hoogste van (i) de over de dividenden geheven

bronbelasting en (ii) de woonstaatheffing over de dividenden vóór verrekening van de geheven bronbelasting.

Het wetsvoorstel maakt een fundamentele inbreuk op dit beginsel. Immers, een niet in Nederland gevestigde aandeelhouder zal in economische zin eerst de last ondervinden van de eindafrekening, berekend aan de hand van de 'zuivere winst' van de bij de grensoverschrijdende reorganisatie betrokken Nederlandse vennootschap, en vervolgens, bij daadwerkelijke ontvangst van dividenden in de toekomst, in zijn woonstaat onderworpen zijn aan de reguliere heffing over dit dividend zonder dat die woonstaat enige tegemoetkoming zal bieden voor de (eerdere) last van de eindafrekening. Zodoende is de fiscale last voor deze aandeelhouder (i) de Nederlandse dividendbelasting in de vorm van de thans voorgestelde eindafrekening plus (ii) de woonstaatheffing over de daadwerkelijk uitgekeerde dividenden zonder enige vorm van verrekening. Dat de thans voorgestelde eindafrekening alleen geldt bij grensoverschrijdende reorganisaties naar landen die geen dividendbelasting heffen, dan wel naar zogenoemde 'step-up'-landen, doet hieraan niet af. Het gaat immers om de heffing (van veelal inkomstenbelasting) over het dividend bij de (buitenlandse) aandeelhouder van het lichaam. Onder huidig internationaal recht worden toekomstige dividenden, betaald na de grensoverschrijdende reorganisatie, al volledig belast in de woonstaat van de aandeelhouder, waarmee volledig recht wordt gedaan aan de uitgangspunten van het internationale belastingrecht, zoals onder meer vastgelegd in de zeer vele door Nederland afgesloten belastingverdragen. Het bestaande stelsel leidt derhalve niet tot non-belasting, maar tot enkelvoudige belasting.

Het wetsontwerp introduceert dus een dubbele belasting voor de aandeelhouders. Enkel en alleen daarom al behoort dit wetsvoorstel naar de mening van de Orde niet ingevoerd te worden.

### Strijd met belastingverdragen

Invoering van het wetsvoorstel levert strijd op met de goede verdragstrouw jegens alle verdragsstaten waar aandeelhouders van de betrokken Nederlandse vennootschap woonachtig of gevestigd zijn. Zoals hiervoor aangegeven, worden deze aandeelhouders geconfronteerd met economische dubbele heffing als gevolg van de eindafrekening die fundamenteel in strijd is met de afbakening van de heffingsbevoegdheid over uitkeringen door deze vennootschap zoals vastgelegd in belastingverdragen van Nederland met de woonstaat of vestigingsstaat van de aandeelhouders.

### Terugwerkende kracht

Het wetsvoorstel heeft formele terugwerkende kracht tot en met 10 juli 2020, 12:00 uur. Uit beleid van de Staatssecretaris van Financiën volgt dat terugwerkende kracht alleen in uitzonderingssituaties, wanneer sprake is van een rechtvaardigingsgrond zal worden toegepast. De formele terugwerkende kracht in het wetsvoorstel is naar de mening van de Orde volledig in strijd met dit beleid.

Het wetsvoorstel heeft daarnaast onbeperkte materiële terugwerkende kracht, al dan niet gerealiseerde winstreserves die veelal gedurende vele tientallen jaren zijn opgebouwd worden in het geval van een grensoverschrijdende reorganisatie integraal aan deze nieuwe heffing onderworpen. De Orde is van mening dat deze formele en materiële terugwerkende kracht een negatieve uitstraling heeft op het Nederlandse vestigingsklimaat, waarbij afbreuk wordt gedaan aan de reputatie van de Nederlandse wetgever als rechtvaardig en voorspelbaar. In dit kader kan worden verwezen naar in het verleden gedane uitspraken van voorgaande kabinetten dat Nederland zich zou onthouden van een eindafrekening als het onderhavige. Zie ook de afsluitende opmerkingen in deze brief.

### Voorgestelde eindafrekening overstijgt in zeer belangrijke mate de economische waarde van Nederlandse dividendbelastingclaim

Op grond van het wetsvoorstel wordt de volledige aanwezige zuivere winst op het moment direct voorafgaand aan de grensoverschrijdende reorganisatie aan een eindafrekening van 15% onderworpen. Deze eindafrekening overstijgt in zeer belangrijke mate de economische waarde van de dividendbelastingclaim van Nederland, aangezien de belastingclaim rust op een potentiële dividenduitkering in de verre toekomst en beursfondsen daarnaast gebruik kunnen maken van de faciliteit van artikel 4c Wet DB 1965. Een simpel rekenvoorbeeld: een beursfonds met een zuivere winst van EUR 50 mrd. dat jaarlijks een dividend van EUR 2 mrd. uitkeert, verhuist naar een kwalificerende staat. O.g.v. het wetsvoorstel zou een eindheffing van 15% van EUR 50 mrd. verschuldigd zijn. Met de jaarlijkse dividenduitkeringen van EUR 2 mrd. had het echter 25 jaar geduurd voordat de zuivere winst van EUR 50 mrd. zou zijn uitgekeerd als de vennootschap in Nederland belastingplichtig was gebleven. Toepassing van een standaard discontovoet van 6% brengt dan mee dat de netto contante waarde van de zuivere winst slechts EUR 22,9 mrd. i.p.v. EUR 50 mrd. is. Bovendien zou deze vennootschap, indien zij een in Nederland gevestigd was gebleven jaarlijks gebruik kunnen maken van de vrijstelling van artikel 4c van de Wet DB, waardoor in het meest gunstige geval slechts 20% van de ten tijde van de migratie aanwezige zuivere winst zonder migratie aan dividendbelasting onderworpen zou zijn geweest. De grondslag zou dus slechts tegen 3% - en niet tegen 15% - in de heffing betrokken moeten worden.

Het voorgaande brengt met zich mee dat de voorgestelde eindafrekening in ieder geval disproportioneel is.

### Strijd met EU-recht

De Orde is voorts van mening dat het wetsvoorstel in strijd is met zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheid van kapitaalverkeer zoals vastgelegd in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). De Orde is van mening dat niet aangesloten kan worden bij de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, zoals neergelegd in het National Grid-arrest van het Hof van Justitie EU, omdat het daar een eindafrekening in de vennootschapsbelasting betrof. Voor de vennootschapsbelasting geldt een andere verdeling van de heffingsbevoegdheid zodat, op die evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond, geen beroep kan worden gedaan.

Verder valt niet in te zien waarom de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden alleen zou gelden bij ondernemingen met een bepaalde minimum geconsolideerde omzet. Overigens kan geen beroep worden gedaan op voorkoming van misbruik als rechtvaardigingsgrond, aangezien het wetsvoorstel niet beperkt is tot kunstmatige constructies zonder zakelijk motief.

Daarnaast is het wetsvoorstel in strijd met artikel 8 van de EU-fusierichtlijn aangezien de eindafrekening wordt gepresenteerd als een heffing van de aandeelhouders. Bovendien is de eindafrekening in strijd met de EU-moederdochterrichtlijn, aangezien ook aandeelhouders die aanspraak zouden hebben op de voordelen van deze richtlijn in economische zin bijdragen aan de eindafrekening.

Dit wetsvoorstel komt mogelijk ook in strijd met het loyaliteitsbeginsel (artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie) op grond waarvan nationale overheden alle maatregelen moeten nemen om de nakoming van de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Dit wetsvoorstel leidt ertoe dat de rechten van ondernemingen, die voortvloeien uit het Unierecht, door Nederland worden ondermijnd. Ook doet zich de vraag voor of dit wetsvoorstel niet als misbruik van recht door Nederland moet worden gekwalificeerd.

Gelet op de belangrijke vraag of het wetsvoorstel in strijd is met het primaire en secundaire EU-recht, beveelt de Orde het kabinet dringend aan om dit voorstel ter beoordeling voor te leggen aan de Europese Commissie.

### Reikwijdte wetsvoorstel

De Orde memoreert dat de indiener van het wetsvoorstel in diverse uitlatingen voorafgaand aan de indiening van dit wetsvoorstel steeds sprak over het beperken van een nieuwe eindheffing bij de dividendbelasting tot misbruiksituaties. In dit kader valt het de Orde op dat het wetsvoorstel een generiek karakter heeft en niet slechts van toepassing is in situaties van misbruik. Ook grensoverschrijdende reorganisaties die volstrekt door zakelijke motieven gedreven zijn en die op geen enkele wijze gericht zijn op het ontgaan van de Nederlandse dividendbelasting, vallen onder het bereik van het wetsvoorstel. Elk Nederlands beursfonds van voldoende omvang dat een grensoverschrijdende reorganisatie doet, is de eindafrekening verschuldigd. Dit betekent dat in die situaties de waarde van Nederlandse beursfondsen voor een potentiële overnemer die is gevestigd in een kwalificerende staat, tot 15% van het verschil tussen het fiscaal erkend kapitaal en de beurswaarde zou kunnen verminderen. Met name bij een overname door een in de Verenigde Staten gevestigde vennootschap lijkt dit een reëel risico te vormen. Hiermee wordt potentieel een nieuwe 'Dutch discount' geïntroduceerd. Het lijkt ons zeer onwenselijk dat fiscale wetgeving op die manier van invloed is op de waardering van ondernemingen.

### Eenzijdige uitbreiding woonplaatsfictie

Het wetsvoorstel bevat naast de invoering van de eindafrekening een ander opmerkelijk onderdeel. De fiscale vestigingsplaatsficties voor lichamen van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 en artikel 1, lid 3, Wet DB 1965 worden beide uitgebreid naar de situatie, waarin een lichaam, dat is opgericht naar het recht van een andere staat en gedurende ten minste twee jaar in Nederland gevestigd is geweest en vervolgens zijn werkelijke leiding verplaatst uit Nederland, nog gedurende een periode van tien kalenderjaren geacht wordt voor toepassing van de Wet VPB 1969 respectievelijk Wet DB 1965 in Nederland gevestigd te zijn. De Orde is van mening dat de onderbouwing van beide voorgestelde uitbreidingen weinig solide is en ziet dan ook geen overtuigende aanleiding deze door te voeren. Ook de termijn van twee jaar is naar de mening van de Orde erg kort om aan te nemen dat een vennootschap voldoende 'geworteld' is in Nederland om die vennootschap na verplaatsing van hun werkelijke leiding uit Nederland nog gedurende tien jaren 'te volgen'. Deze beide termijnen – twee jaar versus maar liefst tien jaar – staan niet in verhouding tot elkaar. De Orde beveelt aan om deze tweejaarstermijn op te rekken naar vijf jaar, op dezelfde wijze als thans het geval is in de vestigingsplaatsfictie van art. 7.5 lid 6 Wet IB 2001.

Daarnaast rijst de vraag waarom voor naar Nederlands recht opgerichte lichamen de huidige onbeperkte vestigingsplaatsfictie onverkort moet worden gehandhaafd. Als voor vreemdrechtelijke lichamen het kennelijk voldoende is om die lichamen (na ten minste twee

jaren feitelijk in Nederland gevestigd te zijn geweest) na verplaatsing van hun werkelijke leiding uit Nederland nog gedurende tien jaren ‘te volgen’, waarom zou dit voor naar Nederlands recht opgerichte lichamen dan niet eveneens voldoende zijn? Waarom moeten naar Nederlands recht opgerichte lichamen eeuwigdurend ‘gevolgd’ blijven worden door Nederland? De Orde meent dat, nu voor vreemdrechtelijke entiteiten een vestigingsplaatsfictie wordt geïntroduceerd met een beperkte duur, handhaving van de huidige onbeperkte vestigingsplaatsfictie voor naar Nederlands recht opgerichte lichamen nadere onderbouwing behoeft.

### *Gevolgen voor het vestigingsklimaat*

Naast alle fiscaaltechnische bezwaren is de Orde van mening dat het wetsvoorstel in verschillende opzichten schade toebrengt aan het Nederlandse vestigingsklimaat, met name voor beursgenoteerde moedermaatschappijen van multinationals. Het beleid van de diverse Nederlandse kabinetten is er steeds op gericht geweest om hoofdkantoren van buitenlandse multinationals naar Nederland ‘te halen’. Na aanneming van dit wetsvoorstel zullen buitenlandse multinationals zich wel drie keer bedenken alvorens zij hun hoofdkantoor in Nederland zullen vestigen, nu de winsten ontstaan op Nederlandse bodem nimmer meer zonder heffing van Nederlandse dividendbelasting kunnen worden uitgekeerd aan haar aandeelhouders. Dit beperkt de handelingsvrijheid van het internationale bedrijfsleven in zeer ernstige mate. Het eindresultaat zal zijn dat geen buitenlandse multinational zich meer in Nederland zal willen vestigen en reeds in Nederland gevestigde multinationals in Nederland gevangen zitten en er niet meer uit kunnen. Voor een kleine open economie als de Nederlandse die erg afhankelijk is van buitenlandse investeringen, is dat zeer ongewenst. Om deze reden beveelt de Orde dringend aan om dit wetsvoorstel niet aan te nemen.

Een ander belangrijk punt hierbij is de (materiële en formele) terugwerkende kracht die afbreuk doet aan de reputatie van Nederland als een voorspelbare en rechtvaardige wetgever. De uiteindelijke inhoud van het wetsvoorstel heeft belastingplichtigen/inhoudingsplichtigen volledig bij verrassing getroffen en heeft hen voor het voldongen feit geplaatst van een heffing bij een grensoverschrijdende reorganisatie waarvan in het verleden door verschillende kabinetten altijd gezegd is dat de invoering daarvan niet opportuun zou zijn. De kennelijke specifieke gerichtheid op twee belastingplichtigen en de heffingsgrondslag (alle zuivere winst) doet ernstig afbreuk aan het gevoel van de rechtvaardigheid van de heffing.

Daarnaast introduceert het wetsvoorstel een heffing die maar zeer weinig landen kennen. Nederland komt daarmee internationaal op achterstand in vergelijking met andere jurisdicties. Voorspelbaarheid en rechtvaardigheid van wetgeven zijn belangrijke onderdelen van het

Nederlandse vestigingsklimaat. Het verspelen van de goede reputatie die Nederland op deze onderdelen heeft, zal tot in lengte van jaren van invloed zijn op de beslissing van ondernemingen om zich hier te vestigen of om hier gevestigd te blijven.

## **SLOT**

Voor een nadere uitwerking van de hierboven beschreven van de Orde en het technische commentaar op het wetsvoorstel verwijzen wij naar de bijlagen 1 en 2 bij deze brief. De Orde is graag bereid bovenstaande reactie nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden.

Hoogachtend,  
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. R.A. van der Jagt  
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

## BIJLAGE I

### ALGEMEEN COMMENTAAR

#### *1. Strijdigheid met door Nederland gesloten belastingverdragen*

Nederland heeft met een groot aantal staten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting gesloten. Verreweg de meeste van deze verdragen zijn opgesteld conform de tijdens het sluiten van het verdrag geldende versie van het OESO Modelverdrag. Op zich bevatten deze verdragen geen bepaling die Nederland verbieden een belasting te heffen op basis van een wetsfictie. De MvT wijst terecht op de jurisprudentie van de Hoge Raad dat ficties en forfaits in beginsel doorwerken naar een belastingverdrag,<sup>1</sup> tenzij de context van het verdrag (in de zin van art. 3 lid 2 van de op het OESO-Modelverdrag gebaseerde belastingverdragen) en de daarin vervatte goede trouw die jegens de andere verdragspartner in acht moet worden genomen, hiertegen een dam opwerpen. In het geval van de arresten inzake fictief loon en fictieve rente waar de MvT naar verwijst, hadden deze ficties geen effect op het desbetreffende belastingverdrag (het voormalige belastingverdrag met België) vanwege de goede verdragstrouw.<sup>2</sup> Dit klemmt volgens de Orde, indien aandeelhouders in een derde staat wonen waarin de vanuit de kwalificerende staat uitgekeerde dividenden in de inkomstenbelasting worden betrokken, nadat een grensoverschrijdende reorganisatie heeft plaatsgevonden. Dan is niet alleen sprake van dubbele belasting maar ook van strijdigheid met art. 10, lid 5, van het op het OESO-Modelverdrag gebaseerde belastingverdrag met de kwalificerende staat<sup>3</sup> en met de verdeling van de heffingsrechten onder het belastingverdrag met de derde staat.<sup>4</sup> Overigens kan strijdigheid met de goede verdragstrouw volgens de Orde ook aan de orde zijn, indien de heffing plaatsvindt bij een ander (de inhoudingsplichtige) dan de belastingplichtige (de aandeelhouder), zoals blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> MvT, p. 10 waar verwezen wordt naar HR 5 september 2003, nr. 37 651, ECLI:NL:HR:2003:AE8398 (fictief loon) en HR 18 juni 2004, 39 385, ECLI:NL:HR:2004:AP1896 (fictieve rente).

<sup>2</sup> Zonder een dergelijke doorwerking zou Nederland op basis van art. 10 van de op het OESO-Modelverdrag gebaseerde belastingverdragen (tenminste indien in navolging van HR 28 februari 2001, nr. 35 537, BNB 2001/295 art. 10 als een gesloten systeem wordt gezien voor dividenden waarvoor in beginsel geen ruimte is voor het restartikel van art. 21 van het OESO-Modelverdrag) het desbetreffende fictieve dividend niet in de heffing mogen betrekken, omdat niet voldaan is aan art. 10 lid 2 daarvan. Stricto sensu zou art. 21 van de op het OESO-Modelverdrag gebaseerde belastingverdragen Nederland verhinderen het fictieve dividend in de heffing te betrekken (vgl. par. 1 van het Commentaar op art. 21 OESO-Modelverdrag).

<sup>3</sup> Vgl. HR 2 september 1992, nr. 27 252, ECLI:NL:HR:1992:ZC5045.

<sup>4</sup> Nederland mag dan niet heffen op basis van art. 10 lid 2 van het belastingverdrag met de derde staat (bijvoorbeeld België) indien HR 28 februari 2001, nr. 35 537, ECLI:NL:HR:2001:AB0296 gevolgd wordt of het restartikel indien de benadering van het OESO-Commentaar toegepast wordt (bijvoorbeeld art. 21 lid 1 van het belastingverdrag met België waarbij tevens voldaan is aan de daarin gestelde subject-to-tax voorwaarde).

<sup>5</sup> Vgl. HR 13 mei 2005, nr. 39 613, ECLI:NL:HR:2005:AR1738 en HR 13 mei 2005, nr. 39 613, ECLI:NL:HR:2005:AR2238.

De MvT<sup>6</sup> meent volgens de Orde ten onrechte dat bij het wetsvoorstel de goede trouw in acht wordt genomen onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad inzake de emigratie van een aanmerkelijkbelanghouder naar België; HR 20 februari 2009, nr. 42 701, ECLI:NL:HR:2009:AZ2232. Dit arrest handelde over de fictieve vervreemding van art. 4.16, lid 1, onderdeel h, Wet IB 2001 (en niet over een fictief dividend zoals de MvT lijkt te veronderstellen) en de in verband daarmee opgelegde conserverende aanslag op de voet van art. 2.8, lid 2, Wet IB. De Hoge Raad heeft hierin beslist dat geen sprake is van strijd met de goede verdragstrouw, aangezien geen voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard bezien ter heffing is toegewezen aan de immigratiestaat (België). Volgens de Hoge Raad is het doel van de emigratieheffing bij aanmerkelijk belang om alleen die waardeestijging te belasten van tot een aanmerkelijk belang behorend aandelenpakket die betrekking heeft op de binnenlandse periode. Dit is, aldus de Hoge Raad, ook in overeenstemming met het feit dat bij immigratie in dit verband een step-up wordt verleend. Daarenboven sluit het vervreemdingsbegrip uit art. 13 OESO-Modelverdrag in de visie van de Hoge Raad niet uit dat een staat voor de heffing van vermogenswinst aanknoopt bij de geconstateerde vermogensaanwas die niet door vervreemding tot uitdrukking komt, hetgeen ondersteund wordt door het Commentaar op het OESO-Modelverdrag.<sup>7</sup> Hoewel het wetsvoorstel ook in een step-up voorziet bij diverse ‘inbound’-transacties, kan de redenering uit het arrest HR 20-02-2009 (ECLI:NL:PHR:2009:AZ2232) volgens de Orde niet doorgetrokken worden naar het fictieve dividend dat onderhavig wetsvoorstel introduceert (conditionele winstuitkering). In de eerste plaats bestaat een dergelijke territorialiteitsgedachte niet voor dividenden, wat ook aansluit bij het tijdstip van betaling dat de belastingverdragen hanteren. De Hoge Raad heeft daarenboven beslist dat er geen ruimte is voor verdragscompartimentering bij toepassing van het dividendartikel uit de belastingverdragen (art. 10 OESO-Modelverdrag) omdat ook daarvoor bepalend is het moment van betaling, waardoor art. 10 onmiddellijke werking heeft.<sup>8</sup>

De Orde meent dan ook dat sprake is van strijd met de goede verdragstrouw. Deze vaststelling heeft tevens repercussies voor de opmerking in de MvT dat de doorwerking van de uitdelingsfictie naar belastingverdragen gerechtvaardigd kan worden, doordat het doel tevens is dubbele niet-belasting te voorkomen. Dit zou volgens de MvT in overeenstemming zijn met de preambule en het OESO-Commentaar.<sup>9</sup> Naar de mening van de Orde kan de strijdigheid met de goede verdragstrouw niet gecompenseerd worden door deze veronderstelde doelstelling en evenmin door de opmerking dat nationaalrechtelijke

<sup>6</sup> Zie pagina 10.

<sup>7</sup> Par. 2 t/m 9, 12 en 29 van het Commentaar op art. 13 OESO-Modelverdrag.

<sup>8</sup> HR 12 mei 2006, nr. 39 223, ECLI:NL:HR:2006:AR5754.

<sup>9</sup> Par. 73 en 77 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-Modelverdrag.

antimisbruikconcepten kunnen doorwerken naar het belastingverdrag. Overigens is de Hoge Raad wat dat betreft tot dusverre zeer terughoudend in zijn jurisprudentie.<sup>10</sup>

Het is uiterst onwaarschijnlijk dat de Nederlandse eindafrekening bij de aandeelhouders die inwoner zijn van verdragsstaten, op een of andere wijze verrekenbaar zal zijn. Immers, de belasting wordt geheven van de (fictief) uitdelende vennootschap en komt niet ten laste van de aandeelhouder. Alleen in Nederlandse verhoudingen wordt, en dan alleen nog in de uitstelvariant, door aanpassing van de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 de heffing geneutraliseerd. Het valt niet te verwachten dat landen, waarmee Nederland verdragen heeft gesloten, vergelijkbare bepalingen zullen kennen. Door een heffing over een fictieve uitdeling te belasten met dividendbelasting creëert Nederland derhalve economische dubbele belasting over inkomsten waartoe de verdragspartners gedetailleerde afspraken hebben gemaakt over de toedeling van heffingsrechten én de daaraan gekoppelde voorkoming van dubbele belasting. Het is wrang om te moeten constateren dat, waar de initiatiefnemer van het wetsvoorstel beoogt dubbele niet-heffing te voorkomen, het wetsvoorstel dubbele heffing creëert. Dit komt het vestigingsklimaat van Nederland niet ten goede en kan tevens tot EU-rechtelijke implicaties leiden (zie ook hierna).

## **2. Terugwerkende kracht**

### *Formele terugwerkende kracht*

Het wetsvoorstel heeft formele terugwerkende kracht tot en met 10 juli 2020, 12:00 uur. Ten aanzien van het afkondigen van fiscale wetgeving met formele terugwerkende kracht verwijzen wij naar hetgeen de Staatssecretaris van Financiën daarover als beleid heeft neergelegd in zijn brief van 8 oktober 1996 (*Kamerstukken II*, 1995/96, 24 677, nr. 5, blz. 5). Dit beleid is mede gebaseerd op adviezen van de Raad van State. Weliswaar is de initiatiefnemer tot het wetsvoorstel niet gebonden aan beleid van de staatssecretaris, maar volgens de Staatssecretaris verdient het wel aanbeveling dat ook de Staten-Generaal zich aan de beperkingen met betrekking tot wetgeving met terugwerkende kracht houdt (*Kamerstukken I*, 2009/2010, 25212 nr. A).

Volgens de Staatssecretaris dient voor de vraag of formele terugwerkende kracht aanvaardbaar is onder meer te worden gezien of daarvoor in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel voldoende rechtvaardiging bestaat. Hiervoor zijn geen eenduidige

---

<sup>10</sup> HR 15 december 1993, nr. 29 296, ECLI:NL:HR:1993:ZC5543, HR 29 juni 1994, nr. 28 734, ECLI:NL:HR:1994:ZC5700 en HR 15 maart 1995, nr. 29 351, ECLI:NL:HR:1995:AA3094.

regels te formuleren, maar de Staatssecretaris noemt wel enkele uitgangspunten die van belang zijn bij die afweging. Als rechtvaardiginggronden voor terugwerkende kracht worden genoemd (i) het bestrijden van misbruik of oneigenlijk gebruik, (ii) het voorkomen van aankondigingseffecten, (iii) het gelijkheidsbeginsel en (iv) een ingrijpende budgettaire derving. Naar de mening van de Orde voldoet de terugwerkende kracht in het wetsvoorstel aan geen van deze rechtvaardigingsgronden.

- (i) **Het bestrijden van misbruik of oneigenlijk gebruik.** De eindafrekening vereist niet dat sprake is van misbruik of oneigenlijk gebruik. Integendeel, het wetsvoorstel bevat geen enkel aanknopingspunt om zakelijke transacties te ontzien van de onderhavige eindafrekening. De grensoverschrijdende reorganisaties die het wetsvoorstel beoogt te treffen, leiden momenteel niet tot de heffing van dividendbelasting; het wetsvoorstel introduceert juist een aantal geheel nieuwe belastbare feiten. Het uitblijven van heffing bij deze reorganisaties is ook niet in strijd met doel en strekking van de huidige Wet DB 1965. Zo is tot op heden een grensoverschrijdende juridische fusie geen belastbaar feit voor de Wet DB 1965. Belastingplichtigen die getroffen worden door de terugwerkende kracht van het wetsvoorstel, konden daardoor ook niet op de hoogte zijn van het feit dat zij zich kennelijk schuldig maken aan misbruik of oneigenlijk gebruik. Terugwerkende kracht is naar de mening van de Orde onder die omstandigheden dan ook niet gerechtvaardigd.
- (ii) **Het voorkomen van aankondigingseffecten.** Met het voorkomen van aankondigingseffecten wordt beoogd te voorkomen dat belastingplichtigen na aankondiging maar vóór inwerkingtreding van een wet nog snel een transactie implementeren om aan de werking van de wet te ontkomen. De initiatiefnemer beroept zich hierop. Het is in de ogen van de Orde volstrekt onrealistisch om te veronderstellen dat een multinational vóór aanneming van het wetsvoorstel na een reguliere parlementaire behandeling (bijvoorbeeld vóór 1 januari 2021) erin slaagt zijn hoofdkantoor te verplaatsen naar een andere jurisdictie. De initiatiefnemer onderkent dit ook in de MvT en lijkt het aankondigingseffect met name te zien in gevallen waarin de grensoverschrijdende fusie al is geagendeerd of waarin de plaats van feitelijke leiding van een vennootschap nog snel even wordt verplaatst. Het aankondigingseffect dat de initiatiefnemer beoogt te voorkomen, kan zich natuurlijk helemaal niet voordoen als een multinational nota bene *al heeft aangekondigd* zijn hoofdkantoor te verplaatsen vóórdat het wetsvoorstel is gepubliceerd en kan om die reden geen rechtvaardiging zijn voor de terugwerkende kracht. De angst dat multinationals nog snel hun hoofdkantoor zullen verplaatsen, is onterecht, omdat een dergelijke operatie

veel meer voeten in de aarde heeft dan de initiatiefnemer lijkt te veronderstellen (te denken valt bijvoorbeeld aan de betrokkenheid van de ondernemingsraad, goedkeuring van aandeelhouders, het verplaatsen van functies, etc.). Juist door in zo'n situatie, waarin de multinational al bezig is met de verplaatsing van haar hoofdkantoor uit Nederland of dit heeft aangekondigd, de spelregels te veranderen, zoals onderhavig wetsvoorstel doet, is onbehoorlijk en maakt de Nederlandse overheid tot een onbetrouwbare partner.

- (iii) **Het gelijkheidsbeginsel.** Ook het gelijkheidsbeginsel biedt in dit geval geen rechtvaardiging voor terugwerkende kracht. Immers, buiten de gevallen die de initiatiefnemer kennelijk op het oog heeft, zijn geen gevallen bekend van multinationals die voornemens zijn hun hoofdkantoor te verplaatsen naar een kwalificerende staat of anderszins. Van ongelijke behandeling is derhalve geen sprake.
- (iv) **Een ingrijpende budgettaire derving.** Het kan niet ontkend worden dat het vertrek van beursgenoteerde Nederlandse inhoudingsplichtigen een aanzienlijk budgettair effect kan hebben. Ook kan niet ontkend worden dat het aandeel in de bruto-opbrengst van de dividendbelasting van de twee inhoudingsplichtigen die de initiatiefnemer kennelijk op het oog heeft, significant is. De initiatiefnemer gaat echter in het geheel niet in op de omvang van dit budgettaire effect. Zonder een cijfermatige onderbouwing kan de terugwerkende kracht niet worden gerechtvaardigd met een beroep op zoiets algemeen als “een aanzienlijk budgettair effect”. De Orde merkt hierbij op dat de netto-opbrengst van de dividendbelasting niet bekend is. Dit wordt veroorzaakt door een aantal factoren. In de eerste plaats beschikt het Ministerie van Financiën niet over gegevens omtrent de omvang van de verrekening en teruggaaf van de dividendbelasting door binnenlands belastingplichtigen en onder belastingverdragen. In de tweede plaats is de netto-opbrengst van de dividendbelasting onzeker als gevolg van de grote hoeveelheid claims die buitenlandse beleggingsfondsen indienen op grond van het EU-recht. De Orde sluit niet uit dat na gedegen onderzoek zal blijken dat de reële (toekomstige) opbrengst van de dividendbelasting in absolute zin gering zal blijken te zijn, zodat, als al sprake is van een budgettaire derving, die slechts relatief zal zijn. Bovendien bestaat dit vermeende heffingslek al sinds de introductie van de Wet DB in 1965 en is het nog eens nadrukkelijk bevestigd door de Hoge Raad in 1992 (ECLI:NL:HR:1992:ZC5045).

### *Materiële terugwerkende kracht*

Het wetsvoorstel heeft ook in materiële zin onbeperkte terugwerkende kracht tot en met de oprichtingsdatum van de betrokken vennootschap, die in veel gevallen tientallen jaren achter ons ligt. Dit brengt met zich mee dat al dan niet gerealiseerde winsten die in diverse gevallen gedurende vele tientallen jaren zijn opgebouwd, nu in het geval van een grensoverschrijdende reorganisatie aan een eindafrekening onderworpen zullen gaan worden.

De Orde is van mening dat de formele en materiële terugwerkende kracht schadelijk is voor het Nederlandse vestigingsklimaat. Meer in het bijzonder brengt de terugwerkende kracht met zich mee dat de reputatie van Nederland als rechtvaardige en voorspelbare wetgever wordt aangetast. Hierbij is in het bijzonder van belang dat in verleden uitlatingen zijn gedaan die inhielden dat Nederland zich zou onthouden van een eindafrekening als de onderhavige, en de toezegging dat een grensoverschrijdende fusie geen heffingsmoment in de Wet DB oplevert.

### ***3. Bedrag voorgestelde eindafrekening overstijgt in zeer belangrijke mate economische waarde van Nederlandse dividendbelastingclaim***

Op grond van het wetsvoorstel wordt de volledige in de vennootschap aanwezige zuivere winst op het moment direct voorafgaand aan de grensoverschrijdende reorganisatie aan een eindafrekening van 15% onderworpen.<sup>11</sup> Hierdoor wordt een disproportionele heffing opgelegd, met name omdat het wetsvoorstel op geen enkele manier rekening houdt met het feit dat sprake is van een dividendbelastingclaim die grotendeels, zo niet volledig alleen in de verre toekomst verzilverd zou zijn. Het komt de Orde voor dat voor een juiste berekening van de heffingsgrondslag rekening gehouden dient te worden met de contante waarde en daarnaast met het gegeven dat beursfondsen tevens gebruik kunnen maken van de faciliteit van artikel 4c Wet DB 1965, hetgeen geheel ontbreekt in het huidige wetsvoorstel.

De Orde geeft het volgende eenvoudige voorbeeld: een beursfonds met een zuivere winst van EUR 50 mrd. dat jaarlijks een dividend van EUR 2 mrd. uitkeert, verhuist naar een kwalificerende staat. O.g.v. het wetsvoorstel zou een eindheffing van 15% van EUR 50 mrd. verschuldigd zijn. Met de jaarlijkse dividenduitkeringen van EUR 2 mrd. had het echter 25 jaar geduurd voordat de zuivere winst van EUR 50 mrd. zou zijn uitgekeerd als de vennootschap in Nederland belastingplichtig was gebleven. Toepassing van een standaard

<sup>11</sup> Voor zover aandeelhouders aanspraak kunnen maken op een inhoudingsvrijstelling ex art. 4, DB wordt de heffing proportioneel verminderd.

discontovoet van 6% brengt dan mee dat de netto contante waarde van de zuivere winst slechts EUR 22,9 mrd. i.p.v. EUR 50 mrd. is.

Bovendien zou deze vennootschap, indien zij in Nederland gevestigd was gebleven, jaarlijks gebruik kunnen maken van de vrijstelling van artikel 4c Wet DB 1965, waardoor in het meest gunstige geval slechts 20% van de zuivere winst aan dividendbelasting onderworpen zou zijn geweest. Met andere woorden, alleen al op deze grond zou de grondslag dus slechts tegen 3% - en niet tegen 15% - in de heffing betrokken moeten worden. Het voorgaande brengt de Orde tot de conclusie dat de eindafrekening in ernstige mate disproportioneel is.

De Orde concludeert dan ook dat de voorgestelde eindafrekening veel meer belast dan hetgeen Nederland realistisch gezien aan dividendbelastingclaim verliest. Daarmee is de heffing naar de mening van de Orde disproportioneel ten opzichte van het ermee beoogde effect.

#### **4. *Strijd met primair en secundair EU-recht***

##### **4.1. *Strijd met Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) en Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)***

De initiatiefnemer erkent in de MvT dat het wetsvoorstel een duidelijke inbreuk vormt op de in de artikelen 49 en 63 van het VWEU neergelegde vrijheid van vestiging en vrijheid van kapitaalverkeer. De initiatiefnemer stelt echter dat deze beperkingen worden gerechtvaardigd door het beginsel van de 'evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid' en het 'territorialiteitsbeginsel'. De Orde merkt op dat deze beginselen zien op een en dezelfde rechtvaardigingsgrond, dat wil zeggen de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten die zich vertaalt in de fiscale territorialiteit.<sup>12</sup> Daarenboven is de Orde van mening dat geen rechtvaardiging bestaat voor de inbreuk op deze vrijheden die wordt gemaakt door de thans voorgestelde eindheffing van dividendbelasting over een conditionele winstuitdeling en, indien al een rechtvaardigingsgrond kan worden aangenomen, deze disproportioneel is.

De Orde vraagt zich af of de EU-rechtelijke houdbaarheid van de thans voorgestelde conditionele eindafrekening - zoals de indiener van het wetsvoorstel doet - gebaseerd kan worden op het National Grid-arrest van het Hof van Justitie EU dat de eindafrekening in de Nederlandse vennootschapsbelasting betrof. Voor de vennootschapsbelasting geldt een andere verdeling van de heffingsbevoegdheid, zodat op die rechtvaardigingsgrond naar de mening van de Orde geen beroep kan worden gedaan. Het ging in dit arrest om de

<sup>12</sup> Vgl. HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04, N en HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, National Grid Indus.

mogelijkheid van inningsuitstel, waardoor geen rekening zou moeten worden gehouden met waardeverminderingen die zich na de grensoverschrijdende reorganisatie hebben voorgedaan.<sup>13</sup> De Orde is van mening dat, doordat voor de conditionele winstuitkering de aandeelhouders de uiteindelijke belastingplichtigen blijven, het National Grid-arrest en het daarin neergelegde inningsuitstel niet van toepassing is op de in het wetsvoorstel voorgestelde conditionele eindafrekening.

Verder is de Orde van mening dat de genoemde rechtvaardigingsrond (het territorialiteitsbeginsel) niet opgaat, omdat de conditionele winstuitkering, gezien het extraterritoriale karakter van de heffing hierover, ook winsten omvat die buiten Nederland zijn gegenereerd. Dan kan geen beroep worden gedaan op de fiscale territorialiteit als basis voor de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. Daarenboven wordt die fiscale territorialiteit uitgehouden, doordat de conditionele winstuitkering ‘getriggerd’ wordt door een zeer beperkt aantal inhoudingsplichtigen die bovendien een onder het voorgestelde art. 3c lid 1 Wet DB 1965 vallende transacties moeten uitvoeren ten aanzien van een kwalificerende staat.

Ook kan geen beroep worden gedaan op de voorkoming van misbruik als rechtvaardigingsgrond, aangezien het wetsvoorstel niet beperkt is tot kunstmatige constructies zonder zakelijk motief. Het wetsvoorstel houdt op geen enkele manier rekening met de overwegingen die ten grondslag liggen aan een grensoverschrijdende reorganisatie. Het enkele feit dat de andere staat geen dividendbelasting heeft, dan wel een *step-up* verleent, brengt nog niet met zich mee dat sprake is van misbruik.

Zo al een rechtvaardigingsgrond kan worden aangenomen, acht de Orde die disproportioneel, aangezien het bedrag van de heffing (het tarief vermenigvuldigd met de grondslag) niet de economische waarde van de Nederlandse dividendbelastingclaim weerspiegelt. Ook acht de Orde van belang dat het wetsvoorstel enkel een zeer beperkte en specifieke groep inhoudingsplichtigen treft.

Dit wetsvoorstel komt mogelijk ook in strijd met het loyaliteitsbeginsel van artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) op grond waarvan EU-lidstaten alle maatregelen moeten nemen om de nakoming van de uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Dit wetsvoorstel leidt ertoe dat Nederland de rechten van

---

<sup>13</sup> Volgens de Redactie Vakstudie Nieuws in V-N 2018/18.5 maakt het Hof van Justitie EU derhalve een onderscheid tussen belastinguitstel en inningsuitstel. Inninguitstel was aan de orde in het National Grid Indus-arrest (geen rekening met waardeverminderingen bij de emigratie) en belastinguitstel in het N-arrest (conserverende aanslag; wel rekening houden met waardeverminderingen na emigratie).

ondernemingen, in het bijzonder hun vrijheid van vestiging die worden geboden door het Unierecht, ondermijnt. Meer in het bijzonder doet zich de vraag voor of dit wetsvoorstel niet als misbruik van recht moet worden gekwalificeerd. De Orde wijst daartoe op de conclusie van A-G Kokott van het HvJ EU in de zaak C-75/18<sup>14</sup>:

*“88. Deze benadering kan worden gestoeld op het algemene rechtsbeginsel van het verbod van rechtsmisbruik (48), dat in de hele Unie niet alleen voor belastingplichtigen geldt (zie inmiddels op Unieniveau artikel 6 van richtlijn 2016/1164(49)). Evenals advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona (50) ben ik van mening dat ook de lidstaten uiteindelijk via artikel 4, lid 3, VEU aan dit algemene rechtsbeginsel zijn onderworpen.*

*89. Zo heeft het Hof reeds geoordeeld dat het Unierecht berust op de fundamentele premisse dat elke lidstaat met alle andere lidstaten een reeks gemeenschappelijke waarden deelt waarop de Unie berust, en dat elke lidstaat erkent dat de andere lidstaten deze waarden met hem delen, zoals is bepaald in artikel 2 VEU. Juist in deze omstandigheden dienen de lidstaten onder meer krachtens het in artikel 4, lid 3, eerste alinea, VEU genoemde beginsel van loyale samenwerking op hun respectieve grondgebied de toepassing en de eerbiediging van het recht van de Unie te verzekeren en daartoe alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.”*

De reactie van de initiatiefnemer onderstreept de relevantie van het voorgaande:

*“Dit was precies de bedoeling van het voorstel voor deze spoedwet. Hoewel we vinden dat een eindafrekening gerechtvaardigd zou zijn als een bedrijf als Unilever vertrekt, is het ook een ultieme poging om het bedrijf en zijn aandeelhouders op andere gedachten te brengen en in Nederland te blijven. Dat is gelukt, want als de wet wordt aangenomen blijven ze.”<sup>15</sup>*

<sup>14</sup> Conclusie van AG Kokott van 13 juni 2019, zaak C-75/18; Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt. tegen Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága.

<sup>15</sup> <https://www.trouw.nl/economie/unilever-verhuist-niet-als-spoedwet-groenlinks-hethaalt~ba1614ef/?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>

*“Eerlijke wetgeving werkt. Het kabinet probeerde Unilever te houden door grote bedrijven miljarden cadeau te doen door de afschaffing van de dividendbelasting, wij doen dat met goede wetten. Nederland hoeft geen belastingparadijs te zijn om bedrijven hier te houden.”<sup>16</sup>*

Dit geldt ook voor de uitlatingen die zijn gedaan door de initiatiefnemer tijdens de persconferentie op 10 juli 2020 (waarover later meer).

De doelstelling van het wetsvoorstel is dus om bepaalde bedrijven in Nederland te houden of, anders gezegd, het deze bedrijven de facto onmogelijk te maken om Nederland te verlaten en zich te vestigen in een andere lidstaat die geen dividendbelasting heft of een *step-up* verleent. Een wettelijke maatregel van een lidstaat met een dergelijke doelstelling komt naar de mening van de Orde derhalve in strijd met het in artikel 4, lid 3, eerste alinea, VEU genoemde beginsel van loyale samenwerking.

Verder gaat het wetsvoorstel niet specifiek in op de beantwoording van de vraag of, indien wordt gekozen voor uitstel van betaling van de conditionele eindafrekening, er tevens invorderingsrente is verschuldigd. De Orde neemt aan dat de invorderingsrente jaarlijks verschuldigd is conform art. 34 UR Invorderingswet 1990. Ingevolge deze bepaling kan de ontvanger bedingen dat de in rekening te brengen invorderingsrente jaarlijks wordt betaald, indien het uitstel van betaling een periode omvat die drie jaren of langer duurt. Het Gerechtshof Amsterdam was in de vervolguitspraak op het National Grid Indus-arrest daarentegen van mening dat de invorderingsrente die betrekking heeft op de exitheffing waarvoor uitstel van betaling is verleend, pas na het beëindigen van dat uitstel in rekening kan worden gebracht.<sup>17</sup> Verder is de invorderingsrente aanzienlijk hoger dan de marktrente, wat volgens de Orde niet alleen bezwaarlijk is maar ook de regeling onnodig belemmerend maakt.

## **4.2    *Strijd met EU-Fusierichtlijn***

Naast strijd met het primaire EU-recht is voor de grensoverschrijdende juridische fusie (het voorgestelde art. 3c, lid 1, letter b), de grensoverschrijdende afsplitsing (het voorgestelde art. 3c, lid 1, letter c) en de grensoverschrijdende aandelenruil (het voorgestelde art. 3c, lid 1, letter d) sprake van strijd met de EU-Fusierichtlijn.<sup>18</sup> Nog afgezien van de vraag of de

<sup>16</sup> Bericht Bart Snels op Twitter op 10 augustus 2020.

<sup>17</sup> Hof Amsterdam 31 mei 2012, nr. 08/00135bis, V-N 2012/46.19.

<sup>18</sup> Richtlijn 2009/13/EG van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

dividendbelasting al dan niet onder de reikwijdte van de EU-Fusierichtlijn valt,<sup>19</sup> is de Orde van mening dat de conditionele eindafrekening in voorkomende gevallen in strijd komt met de EU-Fusierichtlijn. In de preambule van de EU Fusierichtlijn is hieromtrent het volgende opgenomen:

*"Fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil, betrekking hebbende op vennootschappen uit verschillende lidstaten kunnen noodzakelijk zijn teneinde in de Gemeenschap soortgelijke voorwaarden te scheppen als op een binnenlandse markt en daardoor de goede werking van de interne markt te verzekeren. Deze transacties moeten niet worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften der lidstaten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies. Er moet bijgevolg voor deze transacties worden voorzien in concurrentie neutrale belastingvoorschriften om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken."*

*"Een van de doelstellingen van deze richtlijn is obstakels weg te nemen die de werking van de interne markt kunnen belemmeren, zoals dubbele belastingheffing. Voor zover dit met deze richtlijn niet ten volle is gerealiseerd, moeten de lidstaten de nodige maatregelen nemen om dit doel alsnog te bereiken."*

Deze preambule is mede in de EU-Fusierichtlijn opgenomen, aangezien tijdens de totstandkomingsgeschiedenis van de EU-Fusierichtlijn uitdrukkelijk aan de orde is gekomen dat het als een groot probleem werd beschouwd dat fusies zouden kunnen leiden tot belastingheffing van aandeelhouders (zie het 'Programma voor de harmonisatie van de directe belastingen' uit 1967).<sup>20</sup> Het Programma onderkende daarbij dat de ontbinding van een overdragende vennootschap bij een fusie zou kunnen leiden tot belastingheffing bij de aandeelhouders over de 'liquidatie-opbrengsten'. Daarbij werd bijvoorbeeld al uitdrukkelijk verwezen naar de Belgische belastingwetgeving die een dividendbelasting kende op dergelijke 'liquidatieopbrengsten'. Aangezien dergelijke 'liquidatie-opbrengsten' niet daadwerkelijk aan de aandeelhouders ter beschikking worden gesteld, achtte het Programma

<sup>19</sup> F. Boulogne, Shortcomings in the EU merger, Series on International Taxation, no. 57, Kluwer, 2016, p. 276-277 betoogt dat de dividendbelasting niet onder de Fusierichtlijn valt zodat de heffing daarvan op basis van de Fusierichtlijn niet verhinderd wordt. Een andere mening is J.J. van den Broek, Ontwikking van dividendbelasting onder de Fusierichtlijn, NTFR 2018/1850 toegedaan waarop G.F. Boulogne, Dividendbelasting en de fusierichtlijn – een naschrift bij de Opinie van mr. dr. J.J. van den Broek, NTFR 2018/1964 onder handhaving van zijn eerdere standpunt heeft gereageerd.

<sup>20</sup> European Commission, Programme for the harmonization of direct taxes, 26 June 1967, Supplement to the Bulletin No. 8-1967, p. 18.

het onjuist als deze belast zouden worden. Dit Programma was het uitgangspunt waarop het voorstel uit 1969 voor de fiscale EU-Fusierichtlijn is gebaseerd.<sup>21</sup>

Om aan deze doelstelling invulling te geven is in artikel 4 EU-Fusierichtlijn uitdrukkelijk bepaald dat een fusie en splitsing niet tot enigerlei belastingheffing bij de fuserende of splitsende vennootschap mag leiden en volgt uit artikel 8 dat een fusie, splitsing of aandelenruil niet mag leiden tot enigerlei belastingheffing over het inkomen, de winst of de vermogenswinst van de aandeelhouder.

De voorgestelde eindafrekening is zowel in strijd met artikel 4 als met artikel 8 EU-Fusierichtlijn, aangezien de eindafrekening in formele zin wordt geheven van de vennootschap en tegelijk is vormgegeven als een heffing van de aandeelhouders die in economische zin ook voor rekening van de aandeelhouders komt. Doordat de eindafrekening in economische zin voor rekening van de aandeelhouders komt, ontstaat ook dubbele belastingheffing die in strijd is met de doelstelling van de EU-Fusierichtlijn.

Artikel 15 EU-Fusierichtlijn bepaalt dat Nederland alleen mag afwijken van de hiervóór beschreven voorschriften van artikel 4 en artikel 8 EU-Fusierichtlijn, indien sprake is van belastingfraude of belastingontwijking.<sup>22</sup> Het wetsvoorstel beperkt de eindafrekening echter niet tot grensoverschrijdende reorganisaties waarbij sprake is van belastingfraude of belastingontwijking, maar is van toepassing op elke grensoverschrijdende reorganisatie waarbij een kwalificerende staat betrokken is. Hiermee wordt niet voldaan aan de vereisten van artikel 15 EU-Fusierichtlijn en vormt de eindafrekening een onrechtmatige afwijking van hetgeen is bepaald in artikel 4 en artikel 8 EU-Fusierichtlijn.

#### **4.3    *Strijd met EU-Moederdochterrichtlijn***

De voorgestelde eindafrekening is tevens in strijd met de EU-Moederdochterrichtlijn,<sup>23</sup> aangezien ook een aandeelhouder die aanspraak op de voordelen van de EU-Moederdochterrichtlijn zou kunnen maken, in economische zin bijdraagt aan de eindafrekening. Artikel 5 EU-Moederdochterrichtlijn bepaalt: 'De door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst wordt vrijgesteld van bronbelasting'. Bij artikel 3 van de richtlijn is aldus, kort gezegd, sprake van een

<sup>21</sup> Harm van den Broek, Cross-border mergers within the EU. Proposals to remove the remaining tax obstacles, dissertatie Radboud Universiteit, 2011, p. 253, 256, 307-308.

<sup>22</sup> Of indien de fusie, splitsing of aandelenruil tot gevolg heeft dat een al dan niet aan de rechtshandeling deelnemende vennootschap niet meer voldoet aan de voorwaarden die vereist zijn voor de werknemersvertegenwoordiging in de vennootschapsorganen volgens de regeling die vóór de betrokken rechtshandeling van toepassing was.

<sup>23</sup> Richtlijn 2011/96/EU van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, zoals gewijzigd door Richtlijn 2014/86/EU van 8 juli 2014 en Richtlijn 2015/121/EU van 27 januari 2015.

moedermaatschappij en dochtermaatschappij. indien de ene vennootschap 10% of meer van het kapitaal/de stemrechten van de andere vennootschap bezit. Binnen de EU mogen uitkeringen van een dochtervennootschap aan een ‘10% of meer’-aandeelhouder dus niet worden onderworpen aan enige vorm van dividendbelasting.

Het voorgestelde artikel 7, lid 6 bepaalt weliswaar dat 'de eindafrekening achterwege blijft voor zover de geconserveerde winstuitdeling wordt geacht te zijn uitgedeeld aan een opbrengstgerechtigde ten aanzien waarvan inhouding achterwege mag blijven volgens artikel 4 van de Wet DB'. De eindafrekening wordt echter betaald en gedragen door de vennootschap en niet door haar aandeelhouders, waardoor de waardevermindering van de vennootschap als gevolg van de eindafrekening in economische zin ook ten laste komt van de ‘10% of meer’-aandeelhouder die in het geval van een 'normale' dividenduitkering een beroep op artikel 4 Wet DB 1965 had kunnen doen. Het in economische zin heffen van de eindafrekening ten laste van een ‘10% of meer’-aandeelhouder is daarmee naar de mening van de Orde in strijd met artikel 5 EU-Moederdochterrichtlijn.

Gelet op het feit dat er grote risico's zijn dat het initiatiefwetsvoorstel in strijd komt met het primaire en het secundaire EU-recht, beveelt de Orde het kabinet dringend aan om dit voorstel vóór haar inwerkingtreding ter beoordeling op haar eventuele strijdigheid met het EU-recht voor te leggen aan de Europese Commissie.

## **5. Selectiviteit**

Het persbericht van de initiatiefnemer van het wetsvoorstel van 10 juli 2020 merkt het volgende op: “Dit wetsvoorstel is een ultieme poging om grote bedrijven die overwegen te vertrekken naar het Verenigd Koninkrijk op andere gedachten te brengen.” Tijdens de persconferentie van de initiatiefnemer van het wetsvoorstel in Nieuwspoort op 10 juli 2020 is hieraan toegevoegd: (i) "ook wij hebben natuurlijk gezien dat Unilever heeft aangekondigd een grensoverschrijdende fusie te gaan doen, dat wordt ook voorgelegd aan de aandeelhouders in het najaar. Tegelijkertijd hebben we ook onlangs gezien in het interview in het Financieel Dagblad dat ook Shell overweegt louter en alleen vanwege de dividendbelasting het hoofdkantoor te verplaatsen naar Groot-Brittannië. En daarom heb ik dit element uit die wat grotere wet gehaald en er een ook een spoedwet van gemaakt", (ii) "dit is een ultieme poging om Unilever in Nederland te houden", en (iii) "we willen een ultieme poging wagen om in ieder geval Unilever op andere gedachten te brengen en niet naar de andere kant van de Noordzee te vertrekken". Wij leiden hieruit af dat de timing van dit wetsvoorstel en de beoogde datum van inwerkingtreding ervan zijn ingegeven door het op 11 juni 2020

aangekondigde besluit van de *boards* van Unilever om de huidige twee moedermaatschappijen van het concern te fuseren tot één moedermaatschappij, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Ook heeft de initiatiefnemer kennelijk beoogd een mogelijk vertrek van Shell uit Nederland onder de werking van het wetsvoorstel te brengen. Het wetsvoorstel ziet natuurlijk ook op andere belastingplichtigen die in de toekomst een grensoverschrijdende reorganisatie overwegen, maar er zijn geen publiekelijk bekende gevallen van multinationals die dat op dit moment overwegen. De Orde komt dan ook tot de conclusie dat bij dit wetsvoorstel volstrekt sprake is van gelegenheidswetgeving, louter gericht op genoemde twee bedrijven. De Orde is fel gekant tegen wetgeving die specifiek gericht is op een of twee belastingplichtigen.

Ook is een belastingheffing specifiek gericht op twee belastingplichtigen in strijd met de algemene beginselen die aan een behoorlijke belastingheffing ten grondslag moeten liggen. Zo is deze heffing in strijd met het draagkrachtbeginsel. De maatstaf voor meting van draagkracht is het inkomen. De eindafrekening houdt echter op geen enkele wijze rekening met het inkomen, aangezien de eindafrekening aan de vennootschap wordt opgelegd ter budgettaire dekking van het verlies van belastingheffing over toekomstige inkomsten van de aandeelhouders van die vennootschap. Ook is de eindafrekening in strijd met het evenredigheidsbeginsel, aangezien er minder vergaande maatregelen beschikbaar zijn om het beoogde doel te bereiken. Zoals ook hiervóór beschreven brengt de formele en materiële terugwerkende kracht van de eindafrekening met zich mee dat deze ook in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, doordat grensoverschrijdende reorganisaties naar kwalificerende- en niet kwalificerende staten verschillend worden behandeld.

## **6. Reikwijdte**

Het valt de Orde op dat het wetsvoorstel een generiek karakter heeft en niet is beperkt tot het bestrijden van misbruikgevallen. Ook zakelijke transacties die niet zijn gericht op het ontgaan van de Nederlandse dividendbelasting, vallen onder het bereik van het wetsvoorstel. Elk Nederlands beursfonds dat een transactie doet als omschreven in het wetsvoorstel met (een vennootschap gevestigd in) een kwalificerende staat, is immers de eindafrekening verschuldigd. Het wetsvoorstel ziet daarmee dus op alle openbare biedingen in aandelen op Nederlandse beursfondsen en grensoverschrijdende fusies met Nederlandse beursfondsen,

indien de andere staat geen met de Nederlandse dividendbelasting vergelijkbare bronheffing kent of een *step-up* verleent.

De initiatiefnemer heeft tijdens de persconferentie voorts gesuggereerd dat het wetsvoorstel alleen ziet op grensoverschrijdende reorganisaties naar Europese landen zoals het Verenigd Koninkrijk, Malta en Hongarije waar geen dividendbelasting wordt geheven. Het wetsvoorstel ziet echter ook op staten die geen 'met de Nederlandse dividendbelasting vergelijkbare bronbelasting op de opbrengst van aandelen kennen'. Het is niet duidelijk wat hieronder wordt verstaan en dit zal tot grote rechtsonzekerheid leiden. Valt een staat die weliswaar een bronbelasting op de opbrengst van aandelen kent, maar waar diverse vrijstellingen gelden, of die alleen van toepassing is op dividenden uitgekeerd aan buitenlandse aandeelhouders, ook onder deze definitie? Dat blijkt niet uit het wetsvoorstel en de MvT.

Daarnaast ziet het wetsvoorstel ook op staten die de overgegang (latente) winstreserves in het kader van een grensoverschrijdende reorganisatie aanmerken als gestort kapitaal voor de heffing van een met de Wet DB vergelijkbare bronheffing, een *step-up* derhalve. Dit veronderstelt dat alle andere landen van de wereld een vergelijkbaar systeem hanteren als Nederland, waarbij de verschuldigdheid van bronbelasting eveneens wordt bepaald aan de hand van de concepten "zuivere winst", "winstreserves" en "fiscaal erkend kapitaal". Er zijn echter diverse landen, zoals in de eerste plaats de Verenigde Staten, die weliswaar een bronbelasting op de opbrengst van aandelen kennen (30% in het geval van de Verenigde Staten) maar dit niet heffen aan de hand van de Nederlandse maatstaven. In de Verenigde Staten wordt de verschuldigdheid van de 30% bronbelasting namelijk bepaald aan de hand van de vraag of 'earnings & profits' zijn uitgekeerd. Het is derhalve in het geval van de Verenigde Staten niet duidelijk of sprake is van een *step-up* in de zin van het wetsvoorstel. Deze onzekerheid zal een zeer grote belemmering vormen voor overigens volstrekt zakelijke fusies tussen beursfondsen uit Nederland en de Verenigde Staten.

De Orde concludeert dat het wetsvoorstel zeer ruime werking heeft en onder andere betekent dat de waarde van Nederlandse beursfondsen voor overnemers die zijn gevestigd in een kwalificerende staat, in één klap daalt met 15% van het verschil tussen het fiscaal erkend kapitaal en de beurswaarde. Hiermee wordt een nieuwe '*Dutch discount*' geïntroduceerd. Het

lijkt ons zeer onwenselijk dat fiscale wetgeving op die manier van invloed is op de waardering van Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen.

## **7. *Strijd met systematiek Wet DB 1965***

De voorgestelde conditionele eindafrekening komt, in tegenstelling tot de dividendbelasting over uitgekeerde dividenden, ten laste van de vennootschap en niet ten laste van de aandeelhouders van deze vennootschap. Artikel 1, lid 1 Wet DB 1965 bepaalt dat "onder de naam 'dividendbelasting' een directe belasting wordt geheven van degene die (...) gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen van in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen (...)." Door de eindafrekening ten laste van de vennootschap te heffen kunnen aandeelhouders deze in beginsel niet verrekenen. Het lijkt er dus op dat de initiatiefnemer van het wetsvoorstel deze eindafrekening in de dividendbelasting wil gebruiken om de buitenlandse winsten op het niveau van de vennootschap toch nog aan Nederlandse belastingheffing te onderwerpen, terwijl er op het moment van de grensoverschrijdende reorganisatie geen vermogensverschuiving naar de aandeelhouders plaatsvindt. Het voorstel transformeert dus een voorheffing op de (buitenlandse) inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting van de portfolio-aandeelhouder naar een exitheffing voor de vennootschap. Dit wordt nog geaccentueerd doordat de heffing verminderd wordt voor aandeelhouders die recht hebben op de inhoudingsvrijstelling, maar deze aandeelhouders krijgen hier niet het voordeel van. Economisch komt de eindafrekening namelijk ten laste van alle aandeelhouders. Dit is naar de mening van de Orde in strijd met de systematiek van de Wet DB 1965.

## **9. *Eenzijdige uitbreiding woonplaatsfictie***

Het wetsvoorstel bevat naast de invoering van de eindafrekening een ander opmerkelijk onderdeel. De fiscale vestigingsplaatsficties voor lichamen van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 en artikel 1, lid 3, Wet DB 1965 is momenteel slechts van toepassing ingeval het lichaam naar Nederlands recht is opgericht. Deze fictie wordt nu uitgebreid met lichamen die zijn opgericht naar het recht van een andere staat en die gedurende ten minste twee jaar in Nederland gevestigd zijn geweest, na verplaatsing van de werkelijke leiding uit Nederland nog gedurende een periode van tien kalenderjaren geacht wordt voor toepassing van de Wet VPB 1969 respectievelijk Wet DB 1965 in Nederland gevestigd te zijn. Deze uitbreiding van de vestigingsplaatsficties zal toepassing vinden in alle gevallen waarbij sprake is van een emigratie als hierboven beschreven, ongeacht de omzet van de groep waartoe het 'verhuizende' lichaam behoort.

### *Algemene motivering voorgestelde uitbreidingen*

Gezien de verschillende aard van de dividendbelasting en de vennootschapsbelasting dienen beide uitbreidingen zelfstandig gemotiveerd te worden. Hiervan is evenwel geen sprake van. Het artikelsgewijze commentaar in de MvT wijst bij beide uitbreidingen terug naar paragraaf 3 van het algemene deel van de MvT. Deze paragraaf lijkt evenwel nagenoeg alleen in te gaan op de ratio van de aanpassing van de Wet DB en niet op die van de Wet VPB.

### *Motivering voorgestelde uitbreiding in Wet VPB 1969*

Gezien het vrijwel volledig ontbreken van de onderbouwing in het laatste geval is de Orde vooralsnog van mening dat er geen aanleiding is voor deze uitbreiding van artikel 2 lid 4 Wet VPB 1969. Voor zover de initiatiefnemer van mening is dat het binnenslands verblijf van het desbetreffende buitenlandse lichaam aanleiding vormt om een duurzame band met Nederland en de Nederlandse economie te constateren, komt deze band al tot uitdrukking bij het bepalen van de eindafrekeningswinst ex artikel 15c respectievelijk artikel 15d Wet VPB 1969. Positieve en negatieve bedrijfseconomische ontwikkelingen bij het lichaam na verhuizing uit Nederland ontberen deze band volledig en er is geen enkele gerede aanleiding deze alsnog in de heffing te betrekken na de fiscale emigratie.

De laatste alinea van paragraaf 3 van het algemeen deel van de MvT stelt:

*"In het algemeen wordt met de vestigingsplaatsfictie voorkomen dat een vennootschap nergens is gevestigd en het inkomen van die vennootschap daardoor nergens wordt 'opgepikt'."*

In de bijbehorende voetnoot wordt deze reden en de 'uniformiteit' als argumentatie aangevoerd voor de voorgestelde aanpassing van artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969.

De Orde merkt op dat de aangevoerde algemene ratio voor een vestigingsplaatsfictie in de wetsgeschiedenis van het huidige artikel 2, lid 4, Wet VPB 1969 niet terug te vinden is. Daarnaast is het moeilijk voor te stellen dat enerzijds de feitelijke leiding uit Nederland verplaatst wordt, zonder dat deze vervolgens in een andere staat arriveert. Indien dit niettemin als een serieuze zorg wordt gezien, ligt het veeleer op de weg van de staat naar wiens recht het lichaam is opgericht, om hiertegen te ageren. Verder verhoudt deze zorg zich slecht met het slechts voor tien jaar toepassen van deze fictie. Waarom zou het probleem in jaar 11 anders zijn dan in jaar 10? Ook de opmerking met betrekking tot het vermeende 'niet oppikken' van inkomen is onduidelijk. Zelfs wanneer een lichaam in geen enkele staat fiscaal gevestigd zou zijn, ligt het voor de hand dat diverse componenten van diens inkomen aan winstbelasting onderworpen zijn in de staten waarin dit lichaam economische activiteiten ontplooit.

*Motivering van voorgestelde uitbreiding in Wet DB 1965*

Ter zake van de uitbreiding van de vestigingsplaatsfictie in artikel 1, lid 3, Wet DB 1965 wordt in de MvT verwezen naar het veiligstellen van de gestelde dividendbelastingclaim die de Nederlandse staat geacht wordt te hebben bij (onder meer) de verhuizing van een lichaam uit Nederland, ongeacht of dit lichaam opgericht is naar Nederlands recht of naar het recht van een andere staat.

De Orde mist elke onderbouwing waarom naar de mening van de initiatiefnemer deze aanvullende maatregel gewenst zou zijn. Bij een emigratie van een naar buitenlands recht opgericht lichaam zijn in beginsel twee scenario's denkbaar: de nieuwe vestigingsstaat is wel of níet een kwalificerende staat in de zin van het wetsvoorstel. Is deze staat een kwalificerende staat, dan voorziet het voorgestelde artikel 3c, lid 1 (a), Wet DB 1965 al in een eindafrekening. In het geval de nieuwe vestigingsstaat geen kwalificerende staat is, omdat daar een dividendbelasting wordt geheven zonder toepassing van een 'step-up', leidt de uitbreiding van de fictie tot dubbele heffing in het geval het eventueel van toepassing zijnde verdrag tussen Nederland en de nieuwe woonstaat het Nederlandse heffingsrecht na emigratie in stand zou laten. Immers, in het tweede scenario zullen gedurende tien jaar na 'verhuizing' uit Nederland zowel Nederland als de nieuwe woonstaat bronbelasting heffen over de winstuitkeringen.

Ook de termijn van twee jaar is naar de mening van de Orde erg kort om aan te nemen dat een vennootschap voldoende 'geworteld' is in Nederland om die vennootschap na verplaatsing van hun werkelijke leiding uit Nederland nog gedurende tien jaren 'te volgen'. Deze beide termijnen – twee jaar versus maar liefst tien jaar – staan niet in verhouding tot elkaar. Daarbij wijst de Orde op de vestigingsplaatsfictie van het huidige art. 7.5 lid 6 Wet IB 2001 dat een termijn van ten minste vijf jaar hanteert. Naar de mening van de Orde is het niet wenselijk om in de directe belastingwetgeving verschillende uiteenlopende ficties en termijnen te hanteren.

Daarnaast rijst de vraag waarom voor naar Nederlands recht opgerichte lichamen de huidige onbeperkte vestigingsplaatsfictie onverkort moet worden gehandhaafd. Als voor vreemdrechtelijke lichamen het kennelijk voldoende is om die lichamen (na ten minste twee jaren feitelijk in Nederland gevestigd te zijn geweest) na verplaatsing van hun werkelijke leiding uit Nederland nog gedurende tien jaren 'te volgen', waarom zou dit voor naar Nederlands recht opgerichte lichamen dan niet eveneens voldoende zijn? Waarom moeten naar Nederlands recht opgerichte lichamen eeuwigdurend 'gevolgd' blijven worden door Nederland? De Orde meent dat, nu voor vreemdrechtelijke entiteiten een vestigingsplaatsfictie wordt geïntroduceerd, handhaving van de huidige onbeperkte

vestigingsplaatsfictie voor naar Nederlands recht opgerichte lichamen nadere onderbouwing behoeft. Daarbij merkt de Orde op dat de vestigingsplaatsfictie van het huidige art. 7.5 lid 6 Wet IB 2001 geen onderscheid maakt tussen vreemdrechtelijke en naar Nederlands recht opgerichte lichamen, zodat de vraag rijst waarom dit wel moet voor de vestigingsplaatsficties van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 en art. 1 lid 3 Wet DB 1965.

### ***10. Gevolgen voor vestigingsklimaat***

Los van de vele fiscaaltechnische bezwaren is de Orde van mening dat het wetsvoorstel in verschillende opzichten schade toebrengt aan het Nederlandse vestigingsklimaat. Het beleid van de diverse Nederlandse kabinetten is er steeds op gericht geweest om hoofdkantoren van buitenlandse multinationals naar Nederland ‘te halen’. Na aanneming van dit wetsvoorstel zullen buitenlandse multinationals zich wel drie keer bedenken alvorens zij hun hoofdkantoor in Nederland zullen vestigen, nu de winsten ontstaan op Nederlandse bodem nimmer meer zonder heffing van Nederlandse dividendbelasting kunnen worden uitgekeerd aan haar aandeelhouders. Dit beperkt de handelingsvrijheid van het internationale bedrijfsleven in zeer ernstige mate. Ook staat dit haaks op de inspanningen van het Netherlands Foreign Investment Agency (NFIA) dat zich in het buitenland juist inspant om Nederland ‘op de kaart te zetten’ als vestigingsplaats van internationale bedrijven. Dit wetsvoorstel doet deze inspanningen in één klap teniet. Het eindresultaat zal zijn dat geen buitenlandse multinational zich meer in Nederland zal willen vestigen en reeds in Nederland gevestigde multinationals in Nederland gevangen zitten en er niet meer uit kunnen. Voor een kleine open economie als de Nederlandse die erg afhankelijk is van buitenlandse investeringen, is dat zeer ongewenst. Om deze reden beveelt de Orde dringend aan om dit wetsvoorstel niet aan te nemen.

Een ander belangrijk punt is de (materiële en formele) terugwerkende kracht die afbreuk doet aan de reputatie van Nederland als een voorspelbare en rechtvaardige wetgever. De uiteindelijke inhoud van het wetsvoorstel heeft belastingplichtigen/inhoudingsplichtigen volledig bij verrassing getroffen en heeft hen voor het voldongen feit geplaatst van een heffing bij een grensoverschrijdende reorganisatie waarvan in het verleden door verschillende kabinetten altijd gezegd is dat de invoering daarvan niet opportuun is. De specifieke gerichtheid op twee belastingplichtigen en de belastbare grondslag (alle zuivere winst) doet ernstig afbreuk aan de rechtvaardigheid van de heffing. Daarnaast introduceert het wetsvoorstel een heffing die maar zeer weinig landen kennen.<sup>24</sup> Nederland komt daarmee op achterstand in vergelijking met andere jurisdicties. Voorspelbaarheid en rechtvaardigheid van

<sup>24</sup> Zie ook het onderzoek van de Orde naar jurisdicties die een eindafrekening in de dividendbelasting kennen zoals gepubliceerd op 30 januari 2020. Zie <https://www.nob.net/onderzoek-exitheffing-dividendbelasting>.

wetgeven zijn belangrijke onderdelen van het Nederlandse vestigingsklimaat. Het verspelen van de goede reputatie die Nederland op deze onderdelen heeft, zal tot in lengte van jaren van invloed zijn op de beslissing van ondernemingen om zich hier te vestigen of gevestigd te blijven.

### *Conclusie*

De Orde is dan ook vooralsnog van mening dat de onderbouwing van beide voorgestelde uitbreidingen weinig solide is en ziet dan ook geen aanleiding deze door te voeren. Gelet op de vraag of het wetsvoorstel in strijd komt met het primaire EU-recht (en mogelijk ook met het secundaire EU-recht, zie hierna), beveelt de Orde het kabinet dringend aan om dit voorstel eerst ter beoordeling voor te leggen aan de Europese Commissie.

## **BIJLAGE II**

### **ARTIKELGEWIJS COMMENTAAR**

#### *Artikel I, onderdeel A*

1. Kan worden bevestigd dat met de zinsnede 'haar werkelijke leiding uit Nederland verplaatst' bedoeld wordt dat het lichaam ophoudt in Nederland gevestigd te zijn in de zin van art. 4, lid 1 AWR?
2. De Orde verzoekt te bevestigen dat de uitbreiding van de vestigingsplaatsfictie enkel ziet op vennootschappen die na de mogelijke inwerkingtreding van het wetsvoorstel opgehouden zijn in Nederland gevestigd te zijn.
3. Kan worden bevestigd dat na afloop van de periode van tien jaar de eindafrekening van artikel 15c Wet VPB 1969 geen toepassing vindt?

#### *Artikel I, onderdeel B*

4. Dividendbelasting die is geheven over een geconserveerde winstuitdeling wordt als voorheffing in aanmerking genomen voor zover betalingen zijn gedaan in verband met het beëindigen van het uitstel van betaling op grond van art. 25c lid 3 t/m 6 Invorderingswet. Hoe zal een aandeelhouder in een beursvennootschap kunnen achterhalen voor welk bedrag verrekening kan worden geclaimd? In de praktijk zal de betalende instantie slechts een afrekening sturen waarop het bruto-dividend, verminderd met eventuele buitenlandse bronbelasting en bankkosten, staan gespecificeerd. Het is onwaarschijnlijk dat betalende instanties daarnaast informatie zullen verstrekken over de door de uitdelende vennootschap (of de overgenomen vennootschap ingeval zich een omstandigheid voordoet als bedoeld onder art. 3c, lid 1 letter d van het wetsvoorstel) betaalde dividendbelasting uit hoofde van het vervallen van het uitstel van betaling.
5. Kan worden bevestigd dat het in aanmerking nemen van de dividendbelasting die is geheven over een geconserveerde winstuitdeling, als voorheffing niet van invloed is op de verrekening van eventuele buitenlandse bronbelasting die op het dividend is ingehouden?
6. Kan worden bevestigd dat, als de dividendbelasting die is geheven over een geconserveerde winstuitdeling, als voorheffing de verschuldigde inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting te boven gaat, voor het exces recht op teruggaaf bestaat?

7. Dient een belastingplichtige die een beroep doet op verrekening, als voorheffing van dividendbelasting die is geheven over een geconserveerde winstuitdeling, de voordelen ten aanzien waarvan die verrekening wordt geclaimd, gebruteerd in aanmerking te nemen?

*Artikel II, onderdeel A*

8. Zie de vragen 1 en 2 bij Artikel I, onderdeel A.

*Artikel II, onderdeel B*

9. Kan worden bevestigd dat na afloop van de periode van tien jaar de conditionele eindafrekening van artikel 3c Wet DB 1965 geen toepassing vindt?
10. Waarop ziet de uitzondering in het voorgestelde zesde lid van art. 3a Wet DB 1965 dat de vennootschap die inwoner van Nederland wordt, niet voor de toepassing van een belastingverdrag uitsluitend in de andere verdragsstaat mag zijn gevestigd?
11. In het voorgestelde zesde lid van art. 3a Wet DB 1965 wordt gesproken van 'inwoner' in de zin van de Wet op de dividendbelasting. Zou het niet consequenter zijn te spreken van 'vestiging' in Nederland?
12. Kunnen voorbeelden genoemd worden van situaties waarin het in Nederland vestigen van een vennootschap gericht kan zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, zoals voorgesteld in art. 3a Wet DB 1965?
13. Indien het gestorte kapitaal met toepassing van het anti-misbruikvoorbehoud bij 'immigratie' wordt gesteld op een lager bedrag dan de waarde in het economisch verkeer van het vermogen van de vennootschap, zal het zo zijn dat dividendbelasting verschuldigd zal zijn over een conditionele winstuitdeling in een van de omstandigheden van het voorgestelde art. 3c, lid 1 Wet DB 1965 dan wel dat dividendbelasting wordt geheven over winstuitdelingen die plaatsvinden in een periode van tien jaar nadat de vennootschap is opgehouden in Nederland gevestigd te zijn. Hoe verhoudt deze heffing zich tot het in de MvT uiteengezette beginsel dat de dividendbelasting alleen wordt geheven over in Nederland aangegroeide winsten? Het misbruikvoorbehoud in de diverse leden van art. 3a Wet DB 1965 ziet op het uitstellen van een acute Nederlandse dividendbelastingclaim. Rechtvaardigt dit uitstel (geen afstel, zeker niet als dit wetsvoorstel wordt aangenomen) het creëren van een Nederlandse dividendbelastingclaim op in het buitenland aangegroeide reserves?

*Artikel II, onderdeel C*

14. Waarom is er niet voor gekozen de fictieve winstuitdeling in de omstandigheden genoemd in het voorgestelde art. 3c, lid 1 onderdeel a t/m d Wet DB 1965 slechts te laten plaatshebben als sprake is een situatie waarin de grensoverschrijdende reorganisatie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing?
15. Zou het niet beter zijn om de omvang van de fictieve winstuitdeling vast te stellen op het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer van het vermogen van de vennootschap en het fiscaal erkend gestorte kapitaal?
16. Voor wat betreft het gebruik van het woord 'inwoner' voor de toepassing van de Wet op de dividendbelasting wordt verwezen naar opmerking [7] onder Artikel II, onderdeel B.
17. Kan worden bevestigd dat voor de vraag of een staat een met de Nederlandse dividendbelasting vergelijkbare bronbelasting kent, uitsluitend wordt gekeken of die staat uitgekeerde dividenden aan een bronbelasting onderwerpt en niet, bijvoorbeeld, of die staat met de conditionele eindafrekening dividendbelasting vergelijkbare bepalingen heeft dan wel of die belasting anderszins vergelijkbare voorwaarden, vrijstellingen e.d. kent?
18. Hoe moet worden omgegaan met staten die een bronbelasting op dividenden kennen die geen equivalent hebben van het begrip 'gestort kapitaal'? De Verenigde Staten bijvoorbeeld kent een bronbelasting op dividenduitkeringen aan buitenlandse aandeelhouders van 30%, die alleen verschuldigd is indien en voor zover huidige of historische *earnings & profits* worden uitgekeerd. De verschuldigdheid van bronbelasting op dividenduitkeringen wordt in de Verenigde Staten dus niet bepaald aan de hand van het gestort kapitaal of de zuivere winst.
19. Het zou voor de praktijk zeer wenselijk zijn als, analoog aan bijvoorbeeld art. 13ab Wet VPB 1969 (CFC-regeling), een lijst wordt gepubliceerd met staten die niet een met de Nederlandse dividendbelasting vergelijkbare bronbelasting kennen en die, indien dit wel het geval is, een *step-up* verlenen?
20. In de voorbeelden in de toelichting op het voorstel wordt steeds gesproken van een inhoudingsplichtige met meerdere aandeelhouders. Gesuggereerd wordt derhalve dat het om een tophoudster moet gaan. Op basis van de tekst van de wet kan echter elke vennootschap die onderdeel uitmaakt van een groep die een omzet heeft van meer dan

EUR 750 mln. worden geconfronteerd met de voorgestelde conditionele eindafrekening dividendbelasting. Kan worden bevestigd dat het alleen gaat om tophoudsters? Zo ja, wat is dan de definitie van een tophoudster?

21. Kan worden toegelicht hoe in het voorgestelde zesde lid van art. 3c Wet DB 1965 de geconsolideerde netto-omzet drempel van EUR 750 mln. moet worden toegepast binnen (internationale) groepsstructuren? Overigens ontbreekt in de voorgestelde tekst van het voorgestelde lid 6 de toevoeging “van boek 2” na “artikel 24b”, althans de Orde neemt aan dat bedoeld is te verwijzen naar art. 24b van boek 2 BW.
22. In het voorgestelde vijfde lid van art. 3c Wet DB 1965 wordt aangeknoopt bij vestiging volgens fiscale of 'andere regelgeving' in een andere staat. Kan aangegeven worden wat wordt verstaan onder 'andere regelgeving' en onder welke omstandigheden die relevant is? In het tweede deel van het vijfde lid wordt overigens voor de vraag of een vennootschap is gevestigd in een derde staat uitsluitend beoordeeld aan de hand van de fiscale wetgeving.

*Artikel II, onderdeel D*

23. Kan worden bevestigd dat de heffing ook achterwege mag blijven voor zover een aandeelhouder op grond van een belastingverdrag gerechtigd is tot een lager bronbelastingtarief dan 15 procent? En zo niet, waarom dan geen sprake is van strijd met het belastingverdrag tussen Nederland en het woonland van de aandeelhouder?
24. Zou overwogen kunnen worden de belasting over een conditionele winstuitdeling naar analogie met art. 11 Wet DB 1965 te verminderen, voor zover wordt afgerekend over zuivere winst die is belichaamd in dochterondernemingen die, indien die zou worden uitgekeerd, onderworpen zouden zijn aan buitenlandse bronheffing die in Nederland vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet verrekenbaar zou zijn?
25. Waarom is ervoor gekozen om niet een vergelijkbare faciliteit, zoals opgenomen in de nieuwe artikelen 25, lid 1, Wet VPB 1969 en 9.2, lid 10, Wet IB 2001, op te nemen in het huidige artikel 11a Wet DB 1965? Dit artikel voorziet in een vermindering van ingehouden dividendbelasting ten behoeve van fiscale beleggingsinstellingen in de zin van artikel 28 Wet VPB 1969.

*Artikel II, onderdeel E*

26. De MvT (pagina 5 bovenaan) geeft geen onderbouwing voor het verschil in behandeling bij het direct betalen van de verschuldigde dividendbelasting ineens (geen verrekening of teruggaaf mogelijk) en bij het verzoeken om uitstel van betaling (onder omstandigheden wel recht op verrekening dan wel teruggaaf). De Orde is van mening dat hier geen onderscheid zou moeten worden gemaakt en verzoekt dit in elk geval nader te onderbouwen.

*Artikel II, onderdeel F*

27. Zie vraag onder Artikel II, onderdeel E.

*Artikel III*

28. Het uitstel wordt, kort gezegd, beëindigd, indien de vennootschap reserves uitdeelt waarover, zou de vennootschap in Nederland zijn gevestigd, dividendbelasting verschuldigd zou zijn. Deze test is toepasbaar, indien zich een omstandigheid als bedoeld in het voorgestelde art. 3c, lid 1, onderdeel a Wet DB 1965 heeft voorgedaan. Dan is het immers nog dezelfde, oorspronkelijk in Nederland gevestigde, vennootschap die de uitdeling doet, en is de vraag wat er zou gebeuren als die vennootschap nog steeds in Nederland gevestigd zou zijn. Bij de reorganisaties als bedoeld in de onderdelen b, c en d van de voorgestelde bepaling is dat echter niet eenvoudig. Daar is het immers niet meer de oorspronkelijke Nederlandse vennootschap die de uitdeling doet, maar de rechtsopvolger bij de fusie (onderdeel b) of de afsplitsing (onderdeel c) dan wel de overnemer (onderdeel d). Kan aangegeven worden hoe bepaald moet worden of dividendbelasting verschuldigd zou zijn als die vennootschappen in Nederland zou zijn gevestigd? Geldt een FIFO, LIFO, pro rata of een andere benadering?
29. Kan nader worden toegelicht hoe bij een grensoverschrijdende aandelenfusie waarbij de Nederlandse vennootschap wordt ingebracht in een buitenlandse vennootschap (zie figuur 4 in de MvT), de Nederlandse dividendbelasting wordt ontgaan, nu de ingebrachte vennootschap ‘gewoon’ in Nederland gevestigd blijft en haar winsten derhalve in beginsel beclaimd blijven met Nederlandse dividendbelasting?
30. Hoe wordt omgegaan met de situatie waarin de onderneming van de voormalige Nederlandse vennootschap nadat zich een omstandigheid als bedoeld in het voorgestelde art. 3c, lid 1, onderdelen a t/m d Wet DB 1965 verliezen gaat maken en in waarde daalt? In zoverre zou de dividendbelasting over de geconserveerde

winstuitdeling niet geheven moeten worden. Dat is ook de bedoeling van het voorgestelde art. 25c, lid 8 IW.

31. Blijkens de voorgestelde wettekst van art. 25c lid 8 IW lijkt in geval van liquidatie niet te worden voorzien in een kwijtschelding van de resterende openstaande conserverende winstuitdeling, hoewel de MvT dit wel beoogt. De Orde verzoekt de wettekst hierop aan de passen.
32. Vervalt het uitstel ook als het dividend genoten wordt door een aandeelhouder die, als de vennootschap in Nederland gevestigd zou zijn, recht zou hebben op een vrijstelling (en die nog geen aandeelhouder was op het moment waarom de geconserveerde uitdeling plaatsvond)? Of wordt de aanslag dan conform verminderd? Dezelfde vraag wordt gesteld voor aandeelhouders in verdragslanden die aanspraak zouden kunnen maken op een gereduceerd bronbelastingtarief.
33. Hoe moet worden omgegaan met een geconserveerde uitdeling bij een vennootschap, indien zich een omstandigheid heeft voorgedaan als bedoeld in het voorgestelde art. 3c lid 1 onderdeel d Wet DB 1965 (aandelenruil) en die vervolgens een daadwerkelijk uitdeling doet aan haar aandeelhouder? Op dat moment is de zuivere winst fictief al uitgekeerd. Wordt een dergelijke uitdeling gezien als een uitdeling door een vennootschap zonder zuivere winst waarover geen dividendbelasting is verschuldigd?
34. Kan worden ingegaan op een mogelijke samenloop van een openstaande conserverende aanslag wegens een aanmerkelijk belang (huidige art. 25 lid 8 IW) en het voorgestelde art. 25c IW? De Orde verzoekt te bevestigen dat, als gekozen wordt voor uitstel, de op een later moment in te vorderen dividendbelasting als 'verschuldigde dividendbelasting' kwalificeert in de zin van art. 25 lid 8 onderdeel b IW.

#### *Artikel IV*

35. Dient een belastingplichtige die een beroep doet op verrekening als voorheffing van dividendbelasting die is geheven over een geconserveerde winstuitdeling, de voordelen ten aanzien waarvan die verrekening wordt geclaimd, gebruteerd in aanmerking te nemen? Dit geldt uiteraard niet voor een belastingplichtige voor wie de aandelen behoren tot het box-3-vermogen.
36. In de toelichting wordt gesuggereerd dat de voorgestelde wijziging in artikel 9.2 Wet IB 2001 alleen geldt voor belastingplichtigen voor wie het aandelenbezit wordt belast in box 3. Kan bevestigd worden dat het recht op verrekening ook geldt voor

aandeelhouders bij wie de inkomsten uit de aandelen worden belast in box 1 of box 2?

37. Tot slot verzoekt de Orde uiteen te zetten hoe de voorgestelde conditionele eindafrekening uitpakt in relatie tot buitenlands belastingplichtigen, meer in het bijzonder op welke wijze een buitenlandse aanmerkelijkbelanghouder (belastingverdragen daargelaten) in het licht van het voorgestelde artikel 9.2 lid 8 Wet IB 2001 deze heffing kan verrekenen, indien voor uitstel is geopteerd door de vennootschap op grond van het voorgestelde artikel 25c IW 1990.