Stenografisch verslag van de bespreking in de gezamenlijke ledenvergadering van de Vereniging voor Belastingwetenschap en de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht op 14 december 2006 te Amsterdam van de vraag naar de soevereiniteit van de lidstaten van de Europese Unie op het terrein van de directe belastingen.

De voorzitter, mr. J.W. van den Berge

Ik geef graag het woord aan de heer Geelhoed, voor een inleiding van het onderwerp van vandaag: in hoeverre zijn de lidstaten van de Europese Unie nog soeverein op het terrein van de directe belastingen?

Prof.mr. L.A. Geelhoed

Mijnheer de voorzitter, dames en heren. De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over de verhouding van de verkeersvrijheden van de gemeenschappelijke markt en de competenties van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen pleegt te beginnen met een vaste bezweringsformule, namelijk dat de lidstaten weliswaar bevoegdheden op het gebied van de directe fiscaliteit hebben behouden, maar dat zij die moeten uitoefenen in overeenstemming met het gemeenschapsrecht. Het is een formule met een hoog tautologisch karakter, want zij omzeilt een achterliggende kernvraag. Is het in dezen relevante gemeenschapsrecht als het ware immuun voor de materiële verschillen tussen de verschillende gebieden waarop het van toepassing is? Met andere woorden, maakt het verschil of je de rechtsbeginselen voor de interne markt van toepassing verklaart op kwaliteitsvoorschriften voor producten, op toetredingsvoorwaarden voor beroepsbeoefenaren dan wel op de vraag hoe de competentie tot het opleggen en innen van directe belastingen moet worden gealloceerd? Naar mijn stellige overtuiging is het in dezen relevante gemeenschapsrecht niet immuun en behoort het niet immuun te zijn voor dergelijke verschillen.

Dat zeg ik niet omdat ik zo hecht aan de soevereiniteit die lidstaten zou toekomen in fiscalibus. Bij een vorige gelegenheid heb ik al eens gezegd dat het begrip fiscale soevereiniteit in de verhouding tussen het nationale belastingrecht en het gemeenschapsrecht volstrekt ten onrechte wordt gehanteerd. Wij bevinden ons hier op het terrein van zogenaamde concurrerende bevoegdheden. De lidstaten zijn competent indien en voorzover de gemeenschap van haar bevoegdheden geen gebruik heeft gemaakt. Hoogstens kun je zeggen dat op het terrein van de concurrerende bevoegdheden het uitoefenen van nationale bevoegdheden de uitdrukking is van een voorwaardelijke soevereiniteit.

Er is een ander argument waarom ik van oordeel ben dat er reden is om voor de directe belastingen voorzichtig te zijn met het klakkeloos hanteren van de rechtsbeginselen die het Hof heeft uitgewerkt rond de verkeersvrijheden op de gemeenschappelijke markt. Daarvoor ga ik terug naar "het stenen tijdperk" van het gemeenschapsrecht en wel naar het rapport-Spaak. In dat rapport wordt voor de instelling van wat toen heette de gemeenschappelijke markt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds belemmeringen voortvloeiend uit discriminerende voorschriften en anderzijds belemmeringen voortvloeiend uit dispariteiten tussen wetgeving. Dat onderscheid is op blz. 21 van het rapport-Spaak heel duidelijk uitgewerkt. Het was terug te vinden in het oorspronkelijke EEG-verdrag. Aan de ene kant waren er bepalingen die betrekking hadden op de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt. De vier vrijheden waren sterk geformuleerd in de vorm van discriminatieverboden, zowel in formele als in materiële zin. Aan de andere kant was voor de belemmeringen voortvloeiend uit dispariteiten voorzien in twee algemene rechtsbases voor harmonisatie, om ze te elimineren. Dat was ten eerste het oude artikel 100, voor de zogenaamde generieke of globale distorsies. Ten tweede waren er de artikelen 101 en 102 EEG voor de specifieke distorsies. Uit het rapport-Spaak komt heel duidelijk de suggestie naar voren dat de artikelen 101 en 102 meer in het bijzonder bedoeld waren voor specifieke verkeersbelemmeringen of specifieke concurrentiedispariteiten die voortvloeiden uit specifiek fiscale dispariteiten.

Heel lang, eigenlijk tot het begin van de jaren '70, hebben wij het kunnen houden bij deze klassieke benadering. De artikelen over de verkeersvrijheden worden primair uitgelegd en toegepast voor de formele en materiële discriminaties. Voor het overige gebruik je de omweg van artikel 100. Daar is in 1974 een eind aan gekomen, met het befaamde Dassonville-arrest van het Hof en een paar jaar later, als het ware als een verdere toelichting, met het befaamde Cassis de Dijon-arrest. Uit deze jurisprudentie vloeit voort dat het Hof van mening is dat ook belemmeringen of distorsies die voortvloeien uit maatregelen die gelijkelijk van toepassing zijn strijdig kunnen zijn met de vrije verkeersbepalingen. Het Cassis de Dijon-arrest komt daar in essentie op neer. Daaruit vloeit voort dat lidstaten in beginsel gehouden zijn om elkaars kwaliteitsvoorschriften voor producten en toetredingsvoorschriften voor personen bij het vrije verkeer van diensten etc. te respecteren, tenzij er dringende redenen van publiek belang zijn om nadere voorschriften voor inkomende producten of inkomende beroepsgroepen in te stellen. De met het oog op dringende redenen van openbaar belang genomen maatregelen moeten dan wel proportioneel zijn. Een van de consequenties van deze arresten is dat je in beginsel langs jurisdictionele weg belemmeringen die voortvloeien uit

wetgevingsdispariteiten kunt elimineren zonder tussenkomst van de gemeenschapswetgever. Dat is de kern van het Cassis de Dijon-arrest.

Is dit mechanisme ook mogelijk bij directe belastingen? Mijn antwoord is: nee of slechts in beperkte mate. Ik vind de redenen die daarvoor in de literatuur worden opgegeven overtuigend. Ik heb ze nog eens in een paar conclusies uiteengezet en achter elkaar gezet. De regel van wederzijdse erkenning kun je niet hanteren, want als je dat wilt doen, moet de rechter onvermijdelijk allocerend arbitreren tussen verschillende, in ieder geval meer dan één, belastingautoriteiten. De rechter komt dan heel snel aan de grenzen van zijn mogelijkheden. Hij zal hoe dan ook aan zijn oordeel een toedeling moeten verbinden. Als hij dat al zou willen doen, moet hij dat heel consequent doen, volgens een heel duidelijk voorspelbaar, vast patroon. Hij loopt dan al heel snel vast op heel praktische vragen, bijvoorbeeld langs welke weg het probleem tot hem komt, via het bronland of via het woonland. Een uitspraak als die over Bosal kan ik mij namelijk ook voorstellen als aangebracht via het bronland. Het Hof zou opnieuw voor de vraag staan hoe het in dat geval de heffingsbevoegdheid alloceert. Dat kan naar mijn mening niet.

Er zijn drie redenen waarom het heel moeilijk is, omdat van de gemeenschapsrechter een meer dan quasi legislatieve activiteit zou worden verwacht. De eerste reden is dat distorsies die voortvloeien uit dispariteiten in de belastingwetgeving niet helemaal kunnen worden vergeleken met belemmeringen of distorsies die voortvloeien uit dispariteiten tussen kwaliteitswetgevingen. In het geval van de kwaliteitswetgeving gaat het om kwalitatieve normen, die in beginsel duurzaam zijn. De toepassing ervan kan zich uitputten in één land, zonder dat daarmee de wezenlijke belangen van het andere land geweld aan worden gedaan. Weliswaar kan er wel eens een verschil in maatschappelijke appreciatie zijn, maar of ik de benaming likeur nu reserveer voor dranken met ten minste 25% alcohol of ten minste 20% alcohol zal in het algemeen niet beschouwd worden als een diep ingrijpende aanslag op het belang van in dit geval het bestemmingsland. Dat is in fiscalibus niet meteen zo.

Er is een tweede reden waarom men buitengewoon voorzichtig moet zijn. Dat is anders dan bij kwalitatieve voorschriften. Waar het huidige art. 94 van het verdrag een échappatoire biedt voor de gemeenschapswetgever om de consequenties die voortvloeien uit de wederzijdse erkenning te repareren of er een ander oordeel van de gemeenschapswetgever voor in de plaats te stellen, ontbreekt die indien het Hof quasi legislatief optreedt in fiscalibus. Daar kan het alleen maar via art. 94. Als wij met andere woorden de Gemeenschap zien als een samenstel van institutionele evenwichten kun je heel goed een wat activistische rechter hebben op gebieden waar op een gegeven ogenblik de wetgever zelf de consequenties van ’s Hofs rechtspraak kan redresseren. Dan zit je, ook in andere constitutionele constellaties, in gewone verhoudingen. Waar dat niet kan doordat je vastloopt op het unanimiteitsvereiste van art. 94 is er reden voor judicial restraint. Zonder dat ik het in mijn conclusie zo heb genoemd was het voor mij een reden om heel voorzichtig te zijn.

Als ik nu vaststel dat dit voor degenen die de belangen van de interne markt centraal stellen een weinig bevredigende oplossing is, denk ik dat ik die conclusie deel. Als ik met het contribuabele, vooral multinationaal opererende bedrijfsleven spreek betreuren zij dit eilandenrijk dat West-Europa in fiscalibus nog steeds is. Ik constateer ook dat zich binnen dat eilandenrijk nog steeds een hoop vervelende, uiterst schadelijke specifieke distorsies voordoen. Wie trekt in dit geval de interne markt uit het moeras van de elkaar beconcurrerende nationale fiscale competenties? Het is naar mijn overtuiging uitermate riskant om dit uitsluitend van de rechter te laten afhangen. Ik zie ten minste drie mogelijkheden om waar nodig uit de impasses te komen. In de eerste plaats moet de Europese Commissie – ik heb dit ook in een aantal andere conclusies aangegeven – meer gebruik maken van de mogelijkheden die de artt. 96 en 97 bieden. Op politieke gronden heeft de Europese Commissie dat nooit gedurfd. Wil je echter de echt zware en vervelende knelpunten voortvloeiende uit dispariteiten tussen nationale wetgevingen oplossen dan moet je die bevoegdheden durven hanteren. Dat kan met een gekwalificeerde meerderheid. Ik zou zonder al te veel problemen een zeer pleitbare case kunnen formuleren om die bevoegdheden te hanteren.

Er is een tweede mogelijkheid, waarmee de Commissie naar ik heb begrepen op het ogenblik werkt. Ik doel op het gebruikmaken van de versterkte samenwerkingsprocedure. Je zou moeten nagaan of je met een aantal light minded lidstaten voor bepaalde belastinggebieden – ik denk bijvoorbeeld aan een klemmende kwestie als de vennootschapsbelasting voor grensoverschrijdend opererende ondernemingen – tot een partiële ad-hocoplossing kunt komen. Men zou daarbij een sterk concurrerend regime kunnen maken. Ik zou de contribuabelen de keuze willen geven tussen het

vasthouden aan het gefragmenteerde samenstel van nationale belastingwetgeving en het opteren voor het partieel communautaire systeem. Mijns inziens kun je op die manier een en ander oplossen. Je moet het dan echter wel duidelijk concurrerend durven opzetten. Competitieve competenties en een zekere mate van fiscal competition hebben voordelen, niet alleen tussen lidstaten onderling maar ook in verticale zin tussen een nationaal arrangement, of een verzameling nationale arrangementen, en een communautair arrangement.

Een derde oplossingsrichting die men zou kunnen inslaan is dat de Commissie durft op te treden tegen de uiterst hinderlijke en belemmeringen veroorzakende dispariteiten door twee of meer lidstaten via art. 226 hoofdelijk in gebreke te stellen vanwege het feit dat zij weigeren een klaarblijkelijke distorsie die het functioneren van de interne markt schaadt op te ruimen. Het is een long shot maar je zou het via de omweg van art. 10 in combinatie met enige andere verplichtingen pleitbaar kunnen maken. Ik heb ook begrepen dat er in de wandelgangen van de Commissie wel eens over wordt gedacht.

Ik wil het hier even bij laten. Ik realiseer mij dat ik mij op een europeesrechtelijk kwetsbaar standpunt heb gesteld. (Applaus)

Prof.mr.F.Vanistendael

Heren voorzitters, dames en heren. Dit wordt een snelle improvisatie, want wij hebben geen teksten vooraf gewisseld. Ik moet nu voor de vuist weg reageren op datgene wat advocaat-generaal Geelhoed heeft verteld en dat is geen gemakkelijke opgave. Een jurist die optreedt bij het Hof van Justitie heeft zich als regel grondig voorbereid.

Wat ik ga vertellen komt misschien een beetje eigenaardig over. Advocaat-generaal Geelhoed heeft als Europees jurist gezegd dat fiscaal recht een eiland is. Dat is iets wat de meeste fiscalisten ook beweren. Van zichzelf denken zij ook dat zij op een eiland wonen. Ik ben in de eerste plaats fiscalist en veel minder specialist in het Europese gemeenschapsrecht, hoewel je via het fiscaal recht op de lange duur een beetje expert in het Europees gemeenschapsrecht wordt. Mijn stelling als fiscalist is dat het fiscaal recht geen eiland is in het gemeenschapsrecht. Voor die stelling gelden verschillende argumenten. Men heeft gewezen op het feit dat vanaf het begin dispariteit van wetgeving is erkend en dat dit zou moeten worden doorgetrokken. Aan de andere kant is ook duidelijk gesteld dat het Hof wat betreft de niet-fiscale domeinen de dispariteit niet meer heeft erkend. In een aantal fiscale arresten heeft het Hof dat overigens ook gesteld. Men heeft gesproken van *restrictions* – de uitspraken van het Hof zijn meestal in het Engels – en het Hof heeft gezegd: geen *restrictions*. Bij de analyse van de obstakels hanteert men dikwijls ook de term discriminatie. Zowel binnen als buiten mag niet worden gediscrimineerd. Daarom zijn restrictions tegen de fundamentele verdragsvrijheden. Er zijn zeer weinig arresten met zogenaamd niet-discriminatoire obstakels. Er is er misschien een, dat wordt geciteerd door Lehner en Axel Cordewener, en dat betrekking heeft op schotelantennes. Er was sprake van ongelijke behandeling doordat de buitenlandse televisiestations geen toegang hadden tot de kabel en alleen met een schotelantenne konden worden ontvangen. Ik denk dan ook dat het zeer moeilijk is om niet-discriminatoire obstakels te identificeren.

Men spreekt altijd over belastingen. De hele argumentatie gaat altijd over directe belastingen. Er zijn echter ook indirecte belastingen. Bij mijn weten heeft nog nooit een lidstaat eraan gedacht om zijn fiscale soevereiniteit te verdelen en te zeggen dat hij inzake directe belastingen minder soevereiniteit heeft dan inzake indirecte belastingen. Wat betreft het systeem van indirecte belastingen zijn er twee soorten artikelen in het verdrag. Eén artikel zegt dat obstakels aan de grens moeten verdwijnen. Dat is de restrictionbenadering. Daarop zijn een aantal uitzonderingen, zoals het openbaar belang. Een eind verderop in het verdrag is sprake van een regeling inzake indirecte belastingen. Dat is eigenlijk niet-discriminatiebehandeling. Gezegd wordt dat buitenlandse producten niet aan zwaardere belastingheffing worden onderworpen. Die twee benaderingen vinden wij eigenlijk ook terug in de rechtspraak zoals zij buiten het belastingrecht maar gedeeltelijk ook binnen het belastingrecht wordt toegepast in de fundamentele vrijheden. Dat is noodzakelijk. De fundamentele vrijheden staan niet op zichzelf. De zin en betekenis van de fundamentele vrijheden zijn dat zij deel uitmaken van het hele concept van de interne markt. In zo'n interne markt mogen geen fiscale obstakels voorkomen. Tegen mijn studenten zeg ik altijd dat de interne markt een groot biljartveld is waarop de bal zonder enig obstakel te ontmoeten van Portugal tot Polen rolt. Voor de indirecte belastingen is dat zeker het geval. Waarom zou het dan ook niet het geval zijn voor de directe belastingen! Beide typen belasting behoren immers tot de fiscale soevereiniteit van de lidstaten. Bij de indirecte belastingen is sprake van dubbele dispariteiten van wetgeving. Ik herinner aan een oud arrest, United Foods, waarin het ging om zogenaamde gezondheidscontroles die aan de Belgische grens door de Belgische douane werden uitgevoerd. De vraag was of een lidstaat een gezondheidscontrole mocht uitvoeren als die ook al in een andere lidstaat had plaatsgevonden. Daarover is toen een heel debat gevoerd. Er waren mogelijkheden om een beperkte controle toe te passen. In het onderhavige geval ging het om de vraag of sprake was van een heffing met gelijke werking dan wel van een discriminerende belasting.

Een ander argument is dat het Hof ook al uitspraak heeft gedaan inzake sociale zekerheid. Natuurlijk zijn sociale-zekerheidsbijdragen niet helemaal belastingen maar toch heeft het Hof zich beziggehouden met de vraag hoe het moet worden verdeeld tussen twee lidstaten. Gelet op het concept van de Europese markt kun je bijna niet anders. Laat je de dispariteiten bestaan dan zijn er op bepaalde momenten economische obstakels voor het grensoverschrijdend verkeer. Dat is onvermijdelijk. Wat is precies een dispariteit? Er zijn dispariteiten en dispariteiten. Er is niets aan te doen als iemand naar een andere lidstaat verhuist en daar tegen een hoger belastingtarief aanloopt. Die moet je betalen. In een gewone federale staat is dat ook het geval. Verhuis je naar een stad waar de gemeentebelasting hoger

is dan betaal je die hogere gemeentebelasting. Er zijn echter andere dispariteiten, namelijk regels die ingrijpen. Collega Lehner uit München heeft dat heel duidelijk gesteld in het boekje dat wij hebben gepubliceerd na het congres van de Europese professoren in Parijs. Er zijn in het belastingrecht regels die zuiver nationale en interne zaken regelen maar ook regels die meteen een grensoverschrijdend effect hebben. Als al die regels geacht worden te behoren tot het nationale belastingsysteem kun je zeer weinig doen aan die double burdens, de dubbele belastingen. Gezegd wordt dat wij moeten opletten dat rechters niet te activistisch worden omdat zij niet kunnen worden gecountered door de wetgever. Ik ben echter geneigd te zeggen dat de wetgever het niet wil. Een oplossing kan worden gevonden in een gekwalificeerde meerderheid. Als er een echte distorsie is moet de Commissie maar met een gekwalificeerde meerderheid werken. De vraag is wat het ergste is. Komt de Commissie tot een stemming dan zal er ongetwijfeld heel veel beroering zijn in de Europese Unie. Doen rechters uitspraak dan is er ook beroering in de EU maar zij wegen de zaken zeer nauwkeurig en zorgvuldig af. Ook worden die zaken uittentreure bediscuteerd. Er is ook de mogelijkheid van versterkte samenwerking. Eergisteren woonde ik in Brussel een vergadering bij over de common consolidated taxbase. De problemen die daarbij moeten worden opgelost maken duidelijk dat er op een gegeven ogenblik geen unanimiteit voor maatregelen ter oplossing zal zijn. De consolidated tax base is even moeilijk te bereiken als de unanimiteit. Die unanimiteit valt niet te realiseren en ik denk daarom dat men met de versterkte samenwerking dezelfde problemen zal hebben als met de gekwalificeerde meerderheid.

Ik voel wel iets voor de derde oplossing, maar dat is een lange weg. Als de Commissie eraan begint, hebben wij misschien tegen het einde van deze eeuw een paar zaken opgelost, maar nog altijd geen interne markt.

Het grote punt is voor mij de interne markt. De vraag is welk standpunt het Hof moet innemen. In alle betwiste gevallen hebben de nationale belastingadministraties uiteraard telkens het standpunt ingenomen dat zij hun systeem beschermen, het cohesieargument. Zij kijken naar wat gebeurt in hun land. Dat is hun taak. Zij moeten ervoor zorgen dat er belastingen geïnd worden. Indien daarop een aanslag wordt gepleegd, in die zin dat er een mogelijk verlies van inkomsten is, omdat men een krediet of een verlies vanuit een andere lidstaat moet toepassen, dan is die belastingadministratie daar niet gelukkig mee. Zij behoort daar ook niet gelukkig mee te zijn, want als zij dat wel was, was er iets verkeerds in haar optreden. Zij moet zo handelen omdat zij een nationale kijk heeft. Wie uitgaat van het Verdrag moet de kijk hebben van de economische agent die zich beweegt op de interne markt.

Het Hof van Justitie heeft dat gedaan in twee niet zo oude arresten, namelijk het Lenz-arrest en het Manninen-arrest. De belastingplichtige belegt in de interne markt. Het Hof kijkt of die zich in dezelfde positie bevindt als iemand die in eigen land belegt. Als er nadelen zijn, is er discriminatie. De rechtvaardiging daarvan wordt bekeken. Precies in de twee arresten heeft het Hof gezegd ook naar de cohesie te willen kijken en de cohesie ruimer te willen interpreteren. Het Hof bekijkt die cohesie echter niet strikt nationaal, zoals de belastingadministraties hebben gedaan. Het kijkt naar de hele interne markt. Het Hof heeft niet uitdrukkelijk gezegd dat er ergens in de interne markt belasting zou moeten worden betaald, maar er zit duidelijk achter de arresten dat ten minste eenmaal ergens belasting betaald zou moeten worden. Of dat dan 12,5% is, zoals in Ierland, of 25% of 30%, in het nationale systeem moet er rekening mee worden gehouden dat er al een keer belasting is betaald. Dat is de echte interne markt.

Betekent dat de vernietiging van de nationale belastingsystemen, zoals belastingadministraties wel eens beweren? Het antwoord daarop is: neen. In het recente Cadbury Schweppes-arrest heeft het Hof heel duidelijk laten merken dat er ook misbruik van gemeenschapsrecht kan worden gemaakt. In plaats van te hameren op de cohesie van het nationale belastingsysteem, was het voor de belastingadministratie misschien vruchtbaarder geweest om in bepaalde gevallen misbruik van gemeenschapsrecht aan te voeren, zodanig dat die jurisprudentie op fiscaal gebied zou kunnen worden ontwikkeld. Ik zie dan wel mogelijkheden.

Dan heb ik misschien nog een uitsmijter. Men zegt dat het Hof niet aan wetgeving mag doen. Wetgeving behoort overgelaten te worden aan de wetgever. De grootste verdedigers van die stelling zijn onze Engelse vrienden. Nu, als er een land is waar het recht tot stand is gekomen buiten de wetgever om, is het Engeland wel. Dat geldt weliswaar niet de fiscale wetgeving, maar de common law heeft zich ontwikkeld in allerlei domeinen, nota bene vooral ook in het domein van het strafrecht. Dat is toch wel het laatste recht waarvan wij zouden zeggen dat het door de rechter gemaakt kan

worden. Nu hebben wij in de Europese Unie een wetgever die om allerlei redenen geblokkeerd is. Wat moet het Hof dan doen? In het internationale belastingrecht is er een aantal regels en prioriteiten, waarvan men kan zeggen dat het een goed model vormt. Waarom zou het Hof niet mogen zeggen: dit is een goed model? Het Hof heeft herhaaldelijk verwezen naar het OECD-modelverdrag. Er zijn ook regels daarbuiten. Er zijn ook initiatieven van de OECD, richtingen, om bepaalde problemen op te lossen. Waarom zou het Hof niet kunnen zeggen: dat is wat de lidstaten in Europa zouden moeten doen?

Een heel mooi voorbeeld is het probleem van de thin cap rules, die door het Hof zijn veroordeeld. Dat is een domein waar wij wel wetgeving hebben. Wij hebben een dividendrichtlijn en een interest royalty-richtlijn. In de oorspronkelijke draft van de interest royalty richtlijn stond heel duidelijk dat wanneer de interest geherkwalificeerd wordt, omdat hij niet beantwoordt aan de normale arm's length regels, dat wordt beschouwd als een winstuitkering, die moet worden behandeld zoals in de dividendrichtlijn staat. In de uiteindelijke tekst van de interest royalty-richtlijn, waarover de lidstaten hebben beslist, staat: njet. Met andere woorden, als men herkwalificeert naar een winstuitkering, mag een andere lidstaat zeggen dat dit voor hem interest is, die hij belast. Dat is een perfecte dubbele belasting. De OECD denkt daar nu ook over. Men denkt aan een regel die inhoudt dat als een lidstaat herkwalificeert de woonplaatsstaat die herkwalificatie moet volgen. Dat zou in onze context betekenen dat men als men herkwalificeert in de bronstaat de woonstaat de moeder-dochterrichtlijn op de dividenden zou moeten toepassen. De lidstaten hebben dat niet gewild, ik weet niet om welke reden. Als het heel duidelijk is dat de interne markt zoiets dicteert, is dat voor het Hof dan een reden om voorzichtig te zijn, zich te onthouden en de lidstaten te laten doen?

Prof.mr. P.J. Wattel

Mijnheer de voorzitter. Ik zal proberen eerst min of meer samenhangend te reageren op wat ik zojuist heb gehoord. Daarna probeer ik tien tendensen in 's Hofs rechtspraak in belastingzaken in minder dan twintig minuten de revue te laten passeren.

Collega Geelhoed verwijst naar de literatuur die hem heeft overtuigd en die hij in zijn conclusies heeft verwerkt. Daar kan ik het moeilijk mee oneens zijn. Ik heb echter wel een aantal opmerkingen, onder meer naar aanleiding van iets dat helemaal niet aan de orde is: de aftrekbaarheid van mededingingsboeten. De EU moet nodig iets doen aan de uniformiteit of liever gezegd de niet-uniformiteit van de aftrek van mededingingsboeten. Dat levert altijd weer een botsing op tussen Europees rechtkundigen en fiscalisten. Ik werd laatst opgebeld door een hoge ambtenaar van de NMa, die was geschrokken van een uitspraak van de rechtbank Haarlem, waarin een mededingingsboete van de Commissie voor de helft in aftrek was toegelaten omdat het niet duidelijk was welk deel bestraffend was en welk deel voordeelontnemend. Het ontnemende deel is naar Nederlands belastingrecht aftrekbaar, want dat is geen straf. Als er iets slecht is voor de uniformiteit van het mededingingsrecht, dan is dat het het niet geregeld zijn - op Europees niveau - van de fiscale aftrekbaarheid van mededingingsboeten. In elk geval zou de Commissie moeten aangeven welk deel bestraffend is en welk deel ontnemend.

Collega Vanistendael verwees naar de Britten, die kampioen zijn in het maken van de kanttekening dat de wetgever iets moet regelen, terwijl zij zelf kampioen zijn in het regelen zonder wetgever. Maar de *common law* was natuurlijk wel geheel gebaseerd op *binnenlandse* precedenten. Zelfs al ben je geen Brit, je zit niet te wachten op het moeten volgen van *buitenlandse* precedenten, waarin geen enkele rekening wordt gehouden met jouw nationale stelsel. Het Britse belastingstelsel is zo ongeveer als het Amerikaanse: er is geen touw aan vast te knopen. In dat opzicht leef ik erg met het Hof mee. Soms denk ik dat het een bepaalde zaak wel beter had kunnen begrijpen, maar in Britse belastingzaken kan ik mij vaak wel voorstellen dat het die niet kan volgen.

Heeft het belastingrecht een status aparte binnen het gemeenschapsrecht? Collega Geelhoed zei dat het belastingrecht weliswaar bijzondere eigenschappen heeft, maar geen eigenschappen die zo bijzonder zijn dat het belastingrecht een status aparte verdient. Daar ben ik het helemaal mee eens. Maar het belastingrecht heeft wel zulke bijzondere eigenschappen, dat het Hof van Justitie ze vaak niet begrijpt. Het is prima om te zeggen dat het belastingrecht geen status aparte verdient, maar dat oordeel kan pas geveld worden nadat wordt begrepen hoe het in elkaar zit. Op dat punt vindt in het Europese belastingrecht duidelijk een botsing van werelden plaats. Ik maak daarbij een verschil tussen directe belastingen en indirecte belastingen. De indirecte belastingen zijn positief geharmoniseerd. Er is een hele reeks op EG-niveau geharmoniseerde regels, die afdalen tot soms extreem technisch en gedetailleerd niveau. Lees de BTW-richtlijnen en het communautair douanewetboek er maar op na. *Als* er problemen ontstaan over douanerechten, accijnzen en BTW, dan zijn dat voornamelijk *implementatie*problemen. Het EG-recht leidt op die gebieden. Er zijn technisch uitgewerkte regels op EG-niveau waar het Hof mee kan werken. Het Hof kan aldus technische casussen oplossen. Het directe belastingrecht is echter volstrekt ongeharmoniseerd. Daar doet zich de botsing van werelden voor: de botsing tussen enerzijds het EG-verdrag en de algemene rechtsbeginselen, waarin *sweeping statements* staan, van grote vaagheid, over een interne markt, non-discriminatie, vrij verkeer van personen en kapitaal, rule of reason, wederzijdse erkenning, enz., en het nationale belastingrecht, dat extreem technisch en concreet is en tot op twee cijfers achter de komma tot een aangifte en een aanslag moet leiden. Belastingplichtigen en hun adviseurs zijn bovendien extreem agressief in het uitbaten van elk mogelijk lekje, voor of achter de komma. Die twee werelden vallen niet met elkaar te verenigen. Men kan bij een kwestie van dubbele belasting niet zomaar zeggen dat wederzijdse erkenning een van beide Staten dwingt tot terugtreden omdat er al eens ergens is betaald. Als dat zou kunnen, dan gaan wij allemaal betalen in Ierland, waar je weinig betaalt, of in Estland, waar je niet betaalt (dan moet de vennootschap niet uitdelen, maar met een goede belastingadviseur valt daar vast wel weer uit te komen). Het Hof kan maar moeilijk erkennen dat wederzijdse erkenning niet werkt in directe-belastingzaken. Het is er nog steeds halfslachtig in. In de meest recente arresten begint door te klinken dat verschillende juridisdicties moeten worden erkend zolang er geen harmonisatie is. Als je dat niet doet (je laat de lidstaten niet toe om hun *tax turf* - hun belastinggebied - te beschermen), neem je ze hun soevereiniteit en hun parlementaire zeggenschap over publiek budget af. Het nationale

parlement kan dan niet meer zinvol stemmen over belastingen, terwijl er op EG-niveau niets is. Je neemt de Lidstaten dan zelfs hun inkomsten af en daarmee ook de mogelijkheid om bij te dragen aan de EU, en aan de salarissen van het Hof van Justitie.

Om te voorkomen dat ik weggezet word als de zoveelste specialist die roept dat zijn vakgebied veel te moeilijk is en daarom anders behandeld moet worden dan een ander gebied, zeg ik maar meteen dat ik civilist ben en dat ik niet vind dat het belastingrecht anders behandeld moet worden dan andere gebieden. Ik vind alleen dat je het gebied moet begrijpen voordat je er ingrijpende beslissingen over neemt op basis van vage noties als wederzijdse erkenning of vrij verkeer, waarop geen evenwichtige jurisdictieverdeling te baseren valt.

Ik vind de gedachte van collega Geelhoed om twee of meer lidstaten hoofdelijk aansprakelijk te stellen ex artikel 226 EG-Verdrag buitengewoon prikkelend, maar dat leidt vermoedelijk tot hetzelfde probleem als de Nederlandse aansprakelijkheidsregel "je was erbij dus je bent erbij": als je bij een relletje meedeed dat tot zaaksbeschadiging leidde, wordt je gezamenlijk aansprakelijk gesteld. Je zoekt onderling maar uit wie er moet *haften*. Het probleem is immers dat het er juist om gaat *wie* er moet terugtreden en *wie* er mag heffen. Als je de Staten gezamenlijk aansprakelijk stelt, heb je nog steeds het probleem dat er geen regel is waarop gebaseerd kan worden wie er dan op wie regres heeft. Als het Hof hen gezamenlijk aansprakelijk houdt en hen aanzegt het verder onderling maar uit te zoeken, dan zegt het eigenlijk dat zij een *mutual agreement* moeten sluiten. Dat is een heel mooie gedachte, maar dat lijkt mij positieve integratie. Het lijkt mij dat alleen de wetgever dit de Lidstaten kan opdragen. Soms doen de lidstaten iets dergelijks trouwens uit eigen beweging. Oostenrijk en Duitsland hebben in hun belastingverdrag opgenomen dat zij een *transfer pricing* geschil naar het Hof van Justitie verwijzen als zij er onderling niet uit komen. Dat is pas moed! Want wie weet wat voor antwoord je krijgt.

Bij collega Vanistendael hoor ik doorklinken dat hij meent dat het Hof bevoegd is te zeggen wat een goed model is, een soort *best practice*-benadering. Als het Hof van Justitie iets ziet dat goed werkt, mag het - hoewel het geen wetgever is - zijn keuze daarop laten vallen. Ik vind echter dat het Hof dit niet mag, want dan weet het Hof het beter dan de wetgever. Misschien zijn er dertig oplossingen, maar het Hof zegt dan welke de goede oplossing is. Dat kunnen de lidstaten echter alleen onderling uitmaken. De Nederlandse Hoge Raad komt ook niet verder dan vaststellen dat een bepaalde oplossing, bijvoorbeeld de Wet ziekenfondsverzekering zelfstandigen, tamelijk vreselijk is, maar dat de wetgever vrij is om slechte of geen oplossingen te bedenken. De Hoge Raad kan daar weinig van zeggen, tenzij de oplossing in strijd is met hoger recht.

Hetzelfde bezwaar geldt voor herkwalificatie van inkomen. Collega Vanistendael en ook collega Geelhoed, in zijn recente conclusie in de *Thin cap GLO* zaak, stellen voor dat bij *thin cap* kwalificatiegeschillen (rente of winstuitdeling?) en in het algemeen bij *transfer pricing*-problemen de andere Staat de herkwalificerende lidstaat moet volgen. Dat zal dan dus ook gelden bij bijvoorbeeld hybride vennootschappen. Die (her)kwalificatie door de bronstaat (rente is dividend, of andersom) moet worden gevolgd door de andere staten. Dat is letterlijk wederzijdse erkenning. De tweede staat moet erkennen wat de eerste staat kwalificeert of herkwalificeert. Dat werkt mijns inziens echter niet. Ik zie niet in waarom de kwalificatie van de ene staat beter zou zijn dan die van de andere. Ik zie voor het Hof in het EG-recht geen enkele basis om te kiezen tussen die twee kwalificaties. Ik zie niet in waarom in de zaak *Lankhorst-Hohorst* (over niet aftrekbaarheid van rente omdat de Duitsers vonden dat de dochtervennootschap-debitrice was ondergekapitaliseerd) de Duitse herkwalificatie tot dividend klakkeloos door Nederland als vestigingsstaat van de moeder moet worden gevolgd. Ik zie niet in waarom de Duitse kwalificatie beter zou zijn dan de Nederlandse. Ik zie ook niet in hoe Duitsland Nederland zou moeten of kunnen bewegen om die kwalificatie te volgen. Collega Geelhoed stelt in zijn conclusie in de zaak *Thin cap GLO* een voorwaarde. Herkwalificeren mag, mits tegenbewijs mogelijk is en mits de herkwalificerende Staat ervoor zorgt dat de staat waar de rente naartoe gaat die herkwalificatie volgt. Ik zie mij al aankomen bij die andere staat. Die zal zich afvragen waarom buitenlandse wetgeving moet worden gevolgd. Ik denk dat de reactie zal zijn: Ga maar naar de Commissie. Laat de zaak harmoniseren.

Ik stap na deze reacties op mijn mede-inleiders over op enige lijnen in de jurisprudentie van het HvJ EG die ik meen te ontwaren. De eerste grote lijn in die rechtspraak op het gebied van de directe belastingen is de voortdurende worsteling met de erkenning van separate jurisdicties. Dat is

tegennatuurlijk voor het Hof, maar is uiteindelijk niet te vermijden. Het is in het directe-belastingrecht nu eenmaal anders dan met de erkenning van diploma's. Wij mogen aannemen dat iemand die in Polen is opgeleid tot loodgieter zodanig gekwalificeerd is dat hij ook in Frankrijk bevredigend lood kan gieten. Maar dat je in Malta vennootschapsbelasting hebt betaald, heeft natuurlijk niets te maken met de vraag of je niet ook onder de fiscale jurisdictie van een andere staat valt. Er is in belastingzaken geen duidelijke oorsprongstaat en er is geen duidelijke bestemmingstaat. Dat is met name zo bij kapitaalinkomsten. Bij arbeidsinkomsten kun je misschien nog zeggen dat de fabriekstaat, dus het bronbeginsel, voorgaat. Het internationale belastingrecht zegt dat ook (na 183 dagen), maar het EG-Hof kan niet zeggen dat dit een *best practice* is die (daarom) ook dwingend EG-recht is, want nergens in het EG-recht staat dat het bronrecht voorgaat op het woonplaatsbeginsel of andersom. De worsteling is dat het Hof niet wil erkennen dat er 25 separate *tax turfs* zijn, maar dat uiteindelijk toch zal moeten.

De tweede grote lijn die ik in de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van de directe belasting zie, is het niet aanvaarden van de consequenties van de eigen arresten. Elke keer komt het Hof er een aantal arresten later achter dat het iets heeft gezegd wat het eigenlijk niet had moeten zeggen. Daarvan zijn veel voorbeelden te noemen. Ik noem onder andere de opeenvolging van verschillende termen voor eigen uitvindingen zoals fiscale coherentie. Het begon met het Bachmann-arrest. Fiscalisten vonden het al lang vanzelfsprekend – waarschijnlijk hadden zij er daarom ook geen woord voor – dat positieve en negatieve grondslagbestanddelen die binnen één jurisdictie thuishoren aan elkaar moeten worden gematched. Mag je iets aftrekken in een bepaalde jurisdictie dan moet je de bijbehorende inkomsten ook kunnen belasten. Sta je die *matching* niet toe wegens strijd met het vrije verkeer, dan gaat iedereen in Luxemburg aftrekken en in Malta genieten, veronderstellende dat het in Malta onbelast is en in Luxemburg het hoogste tarief geldt. Die *matching* noemt het Hof met een nieuwe fiscale term "fiscale coherentie," die beperkingen op dat vrije verkeer kan rechtvaardigen. Later bedacht het Hof echter dat dat misschien toch niet zo'n goed idee was, omdat je daarmee eigenlijk zegt dat alles wat de grens over gaat anders mag worden behandeld dan alles wat thuisblijft, wat haaks staat op het meest elementaire beginsel van EG-recht: nondiscriminatie en nationale behandeling. Het stond oorspronkelijk niet in het verdrag dat nondiscriminatie óók inhield gelijke behandeling van interne en grensoverschrijdende situatis. Het Hof is daar langzaam naartoe gegroeid. Discriminerend was oorspronkelijk alleen discriminatie naar nationaliteit, oorsprong, herkomst en sekse. Tegenwoordig is discriminerend alles wat grensoverschrijdend anders wordt behandeld dan intern. Laat je dat op het fiscale recht los, dan ontstaan de meest onmogelijke tegenstellingen, omdat er fiscaal geen grotere ongelijkheid denkbaar is dan niet onderworpen en wel onderworpen. Het arrest *Marks & Spencer II* is in dat opzicht onvoorstelbaar. Het ging om verlieslatende Franse, Duitse en Belgische dochters van een Engels concern. Marks & Spencer heeft ook hier in de Kalverstraat gezeten maar ook dat was geen succes. Zijn vestigingen hebben overal op het vasteland verliezen geleden en toen heeft men de continentale tent gesloten. Nu zou het leuk zijn als die continentale verliezen konden worden verrekend met Britse winsten. Dat is echter een andere jurisdictie. Die Britse jurisdictie heeft nooit de Franse en Duitse winsten belast, als ze er al ooit geweest zijn. Het Hof zegt nu merkwaardigerwijs dat weliswaar nog verrekenbare verliezen in de verliesjurisdictie blijven, maar dat definitieve verliezen, hoewel die niet binnen de Britse jurisdictie vallen, daar toch naar worden overgebracht, omdat het in een interne markt toch niet zo kan zijn – het lijkt wel of je politici hoort – dat je je verliesaftrek niet ten minste één keer ergens in de EG kunt krijgen.

Een van de tendensen die men aldus in de rechtspraak van het Hof kan zien, is aldus het 'altijd-ergensbeginsel'. Men ziet dat ook in het De Groot-arrest. Als natuurlijke persoon moet je op zijn minst één keer ergens in de EG je persoonlijke aftrek, je belastingvrije som of je alimentatieaftrek etc. kunnen krijgen. Opnieuw: "het kan toch niet zo zijn dat…"! En als de lidstaten het niet onderling regelen, dan maakt het Hof desnoods zelf een keuze. Dat zie je in het De Groot-arrest, waarin de woonstaat verantwoordelijk wordt gemaakt voor alle persoonlijke tegemoetkomingen, maar ook in het arrest Marks & Spencer, waarin de "hoofdkantoorstaat", die echt helemaal niets met de definitieve dochterstaatverliezen heeft te maken, verantwoordelijk wordt gemaakt voor de verliesverrekening. Bij De Groot kon je nog zeggen dat de belastingplichtige iets in beide staten verdiende, zodat je *beide* staten verantwoordelijk kunt houden, maar in het arrest Marks & Spencer is echt elke verhouding zoek.

Die worsteling met eigen begrippen en de consequenties daarvan gaat door in het *Futura*-arrest. Daarin kwam het Hof met het fiscale territorialiteitsbeginsel. Dat bestond al wel, maar het was een Franse uitvinding. Het komt erop neer dat alleen belast wordt wat binnen de eigen jurisdictie opkomt. Vervolgens bepaalden de Fransen echter wel dat zij alles wat bij verdrag aan hen wordt toegewezen, ook belasten. Daarmee is eigenlijk geen sprake meer van een territorialiteitsbeginsel. Ik heb nooit veel verschil gezien tussen 's Hofs begrip "fiscale coherentie" en 's Hofs territorialiteitsbeginsel. Volgens mij is het ongeveer hetzelfde, namelijk de uitdrukking van de notie dat je ervoor mag zorgen dat verliezen en kosten die iemand wil aftrekken in jouw jurisdictie, economisch verbonden zijn met de inkomsten die in die jurisdictie belast worden. Wat dat betreft is *Futura* volstrekt onverenigbaar met Marks & Spencer: als er iets vaststaat in de zaak Marks & Spencer is het dat het definitieve Franse dochterverlies *niet* toerekenbaar was aan de Britse jurisdictie. Die toerekenbaarheid was een eis die in Futura echter nog werd toegestaan. Dat is dus een wel heel duidelijk voorbeeld van het niet aanvaarden van de consequenties van de eigen jurisprudentie.

De nieuwste term voor hetzelfde "coherentie-" of "territorialiteits"begrip is de "evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid," waarvan voor het eerst sprake is in Marks & Spencer. Het is niet helemaal duidelijk waarvoor dat precies een rechtvaardiging is. Lopende verliezen mochten immers in de jurisdictie gelaten worden waar zij thuishoren, maar definitieve verliezen moeten toch worden overgebracht naar de hoofdkantoorjurisdictie. Ik zou zeggen dat dat in ieder geval géén "*evenwichtige*" verdeling is van de heffingsbevoegdheid. Misschien heeft het Hof dat zelf ook bedacht, want in een volgende zaak, *N. versus Inspecteur*, een Nederlandse zaak over een exitheffing, wordt het woord "evenwichtig" niet meer genoemd en is alleen sprake van "verdeling van de heffingsbevoegdheid." Daar zit wel wat in, omdat het Hof niet gaat over de vraag of de jurisdictieverdeling evenwichtig is. Dat mogen de lidstaten zelf weten. In de meest recente zaken zie je nu toch alsnog erkenning van onderworpenheidsverschil. In *Marks & Spencer* werd in feite ontkend dat "niet onderworpen" niet hetzelfde is als "wel onderworpen," maar in de meest recente zaak, *Class IV ACT* van twee dagen geleden, wordt aanvaard wat collega Geelhoed in zijn conclusies ook voorstelde, namelijk: je bent alleen een gelijk geval en je kunt ook alleen gelijke nationale behandeling eisen *voor zover* je onderworpen bent. Ben je niet onderworpen, dan ben je geen gelijk geval. Die erkenning staat haaks op *Marks & Spencer*. Toch wordt het onderworpenheidsverschil ook weer niet helemaal erkend, want in een dezelfde zaak van twee dagen geleden, *Class IV ACT GLO* worden de zaken *Manninen* en *Lenz* herbevestigd, die er toch op neerkomen dat je buitenlandse heffing van vennootschapsbelasting moet erkennen alsof het je eigen belastingopbrengst zou zijn: als je vennootschapsbelasting imputeert op de inkomstenbelasting van de aandeelhouder moet je buitenlandse vennootschapsbelasting net zo imputeren als binnenlandse. Ik vind het weliswaar prachtig - het lijkt mij heel goed om van die belemmerende imputatiestelsels af te komen; ik zie er echter niet een rechtsbasis in het EG-recht voor en ik kan het ook niet verenigen met *Class IV ACT*, omdat buitenlandse vennootschapsbelasting in een andere jurisdictie valt. Er is fiscaal geen groter verschil denkbaar. Het Hof zegt in *Manninen* en *Lenz* dat de ratio voor het imputatiestelsel het voorkomen van economische dubbele belasting is en dat dit niet anders is voor de aandeelhouder die buitenlands dividend ontvangt dan voor de aandeelhouder die binnenlands dividend ontvangt. Dat moge zo zijn, maar in de eerste plaats geldt dat dan precies zo vanuit de bronstaat bezien (*Class IV ACT*) als vanuit de woonstaat bezien (*Manninen, Lenz*). In de tweede plaats: de ratio van de regeling is niet het verrekenen van vennootschapsbelasting, maar het verrekenen van *binnenlandse* vennootschapsbelasting, van de vennootschapsbelasting die binnen één en dezelfde jurisdictie zit als de winstbelasting van de aandeelhouder.

Wat mij betreft gaat het Hof daar – ook dat is een tendens in de rechtspraak van het Hof – buiten zijn competentie. Het interpreteert immers *nationaal* recht en vertelt ons wat de ratio van het nationale imputatiestelsel is. Daar gaat het Hof echter helemaal niet over. Het doet die interpretatie bovendien onjuist. Hetzelfde zie je bij de uitleg van belastingverdragen. Daartoe is het Hof evenmin bevoegd, maar daarin wordt het Hof nu ook duidelijk terughoudender. In het recente *Kerckhaeart-Morres* zegt het Hof min of meer letterlijk dat het belastingverdrag niet aan de orde is en laat het de interpretatie en toepassing daarvan wijselijk over aan de nationale rechter. In het *Gilly*-arrest daarentegen werd nog drie bladzijden lang uiteengezet en geïnterpreteerd wat er in het belastingverdrag tussen Frankrijk en Duitsland staat. Dat valt, zoals gezegd, mijns inziens buiten de

competentie van het Hof. Vrijwel zonder uitzondering interpreteert het Hof belastingverdragen ook verkeerd.

Het curieuze is dat het Hof *buiten* het fiscale gebied minder moeilijk doet over territoriale afbakening. Je ziet dergelijk territorialisme ook in bijvoorbeeld het arrest *Nathalie d'Hoop,* dat gaat over een Belgische overbruggingsuitkering tussen de studie en de eerste baan van afgestudeerde werkzoekenden. De Belgen mochten eisen dat iemand die zo'n overbruggingsuitkering vroeg ook een "echte" verbondenheid had met de desbetreffende geografische arbeidsmarkt. Hetzelfde zie je in de zaak *Collins*. Daarin mochten de Britten eisen dat Collins, die een of andere Britse werkloosheidsuitkering wilde hebben, langdurig en structureel verbonden was met de *Britse* arbeidsmarkt. Op die gebieden mogen de Lidstaten dus territoriaal compartimenteren. Iets vergelijkbaars zag je ook in zaken over ziektekostenuitkeringen, zoals de zaak *Müller-Fauré*. Een Lidstaat mag voor intramurale zorg de eis stellen dat je, voor je je kaak laat opereren in een ander land waar ze geen wachtlijsten hebben, toestemming vraagt aan je ziekenfonds. Anders wordt volgens het Hof het sociale-zekerheidsstelsel of het ziektekostenstelsel zo lek als een mandje en gaat het dus kapot. Waarom zou dat niet gelden voor het belastingstelsel! Het Hof begint er nu kennelijk langzamerhand achter te komen dat het daarbij niet principieel anders is.

Welke tendens heb ik nog niet gehad? Mijn aantekeningen zijn net zo overzichtelijk als de jurisprudentie van het Hof!

Opvallend vind ik ook de tegenstelling tussen overmoed en koudwatervrees. Soms is het Hof heel moedig en zegt het met veel aplomb dingen, zoals in *Bosal* en *Marks & Spencer*, die dwars door elke jurisdictieverdeling heen gaan en trekt het zich helemaal niets aan van het gevestigde internationale belastingrecht. Op zichzelf vind ik dat fantastisch, want dan hebben wij weer gelegenheid om erover te spreken. Merkwaardigerwijs is het Hof op andere punten echter extreem voorzichtig. In de zaak-*Schumacker* en vele andere arresten zegt het Hof dat inwoners en niet-inwoners voor het belastingrecht niet gelijk zijn. Daar begrijp ik nu niets van. Als je iets *niet* moet toelaten binnen een interne markt is het het weigeren van nationale behandeling aan niet-inwoners. De redenen die worden aangevoerd zijn volstrekt niet overtuigend. In het *De Groot*-arrest is het mij volkomen onduidelijk gebleven waarom van de lidstaten die het loon mochten belasten – meneer De Groot werkte behalve in Nederland ook nog in drie andere lidstaten, waarvoor hij in Nederland was vrijgesteld – niet mocht worden geëist dat zij ook een evenredig deel van de persoonlijke tegemoetkomingen, zoals de belastingvrije som en de alimentatieaftrek, voor hun rekening namen. Dat krijgen inwoners immers ook! Weigering van nationale behandeling dus, een grotere vloek in de Europese kerk bestaat er niet! En in de zaak *Franked Investment Income* durft het Hof niet te zeggen dat deelnemingsvrijstelling voor binnenlands deelnemingsdividend, maar *indirect credit* voor buitenlands deelnemingsdividend een discriminatie is. Die tegenstelling tussen enerzijds overmoed en anderzijds extreme voorzichtigheid (aansluiten bij wat het OECD-*fiscal comittee*, dat niet eens wetgever is, allemaal heeft bedacht in een modelverdrag en commentaar), begrijp ik niet. Er wordt door het Hof ook onbekommerd verwezen naar het geenszins bindende OECD-commentaar, soms zelfs commentaar dat helemaal niet van toepassing is. Zo wordt in de zaak-*Van Hilten* verwezen naar commentaar op een OECD-modelsuccessieverdrag van 1982, dat dus helemaal niet bestond toen het successieverdrag tussen Nederland en Zwitserland werd gesloten in 1951. Dat verdrag kwam pas 31 jaar later. Ik begrijp niet waarom het Hof zich in de ene zaak voorzichtig aansluit bij wat de OECD (een club van regeringen) vindt, maar in andere arresten dwars door elke rationele toepassing van het internationale belastingrecht heendendert.

De meest recente tendens is terugtrekken. De *taxpayer win rate* in 's Hofs jurisprudentie is duidelijk aan het zakken. Tot een jaar of vijf geleden kon je veilig je geld zetten op de belastingplichtige. Die ging winnen. De laatste jaren – dat zie je ook in de uitspraken van twee dagen geleden – wordt duidelijk meer aandacht besteed aan de positie van de lidstaten. Er wordt bij de discriminatieanalyse in de zaak *Class IV ACT* zelfs op een bepaald punt niet meer vergeleken tussen binnenlanders en buitenlanders, dus tussen belastingplichtigen, maar tussen bronstaat en woonstaat. Er wordt bij die discriminatieanalyse gedacht vanuit de positie van de Lidstaat in plaats van vanuit de positie van de belastingplichtige. Dat is wel eens goed, al moeten wij het niet te veel hebben.

Eigenlijk kan het ook niet anders dan dat de *taxpayer win rate* gaat zakken. Wij zijn in de directe belastingen beland in een soort twee-degeneratierechtspraak. Het Hof heeft in een reeks arresten in het verleden allemaal moedige, althans onvoorzichtige dingen gedaan en ziet nu de

consequenties. Op een gegeven ogenblik keert de wal het schip. Het Hof moet wel terug, want wat hier gebeurt is ongeveer hetzelfde als wat de Hoge Raad is overkomen toen hij dacht de kasgeldconstructies zelf te kunnen regelen. Dat is één groot moeras geworden waar de rechter zelf niet meer uitkwam, zodat hij door de wetgever moest worden gered.

Nu gaat het Hof in de meest recente zaken misschien weer wat erg ver terug; laat het toch weer erg veel over aan de lidstaten en de Raad. In de *Franked Investment Income*-zaak heeft hij, in afwijking van de conclusie van de advocaat-generaal Geelhoed, ongelijke behandeling van binnenlandse en buitenlandse dividenden toegestaan. Een Lidstaat mag voor binnenlandse dividenden bij de moedervennootschap vrijstelling geven en tegelijkertijd voor buitenlandse dividenden verrekening geven. Dat betekent dat er wordt bijgeheven over buitenlands dividend. Ik was evenals de advocaat-generaal overtuigd door het argument van de belanghebbenden dat verrekening niet op hetzelfde neerkwam als vrijstelling, want als je verrekening geeft, worden alle tegemoetkomingen van de dochter wegbelast bij de moeder. Geef je vrijstelling, dan blijven alle tegemoetkomingen die de dochter krijgt intact na uitdeling aan de moeder. Daarover zegt het Hof dat de nationale rechter maar moet uitzoeken of de effectieve belastingdruk wat uitmaakt. Maar dat is een ramp, want dan moet de Britsebelastingrechter gaan uitzoeken of er in Frankrijk tax incentives zijn geweest die de daar normale druk zouden hebben verminderd. Als dat het geval is, moet hij vergelijken met een fictieve Britse interne situatie en het verschil gaan verrekenen. Dan krijg je een soort van *tax sparing credit* en die moet de Britse belastingrechter op eigen houtje uitrekenen. Het lijkt mij volstrekt onuitvoerbaar, want je mag alleen verrekenen wat er in het buitenland betaald is. Wat nu als er in het buitenland niets is betaald vanwege verliescompensatie, terwijl als het verlies niet gecompenseerd zou zijn geweest er wel zou zijn betaald? Wat moet die Britse belastingrechter nu doen? Verrekenen alsof de belasting wél zou zijn betaald, of vrijstellen omdat dat binnenslands ook zou zijn gebeurd?

Dit soort van terugtreden gaat, zoals gezegd, misschien weer wat ver. Maar wij zien het ook op het gebied van de indirecte belastingen. Ik noem de zaak *Banco Popolare di Cremona*. Beide advocaten-generaal in die zaak hadden geconcludeerd dat de Italiaanse IRAP (*imposta regionale sulle attività produttive*) een verboden BTW was. Dat zou bij de Italianen tot een begrotingstekort van 120 mld. leiden, wat een probleem was, nog afgezien van het feit dat zij al boven het toegestane begrotingstekort van 3% zaten. Het Hof oordeelde dat er niets aan de hand was. Ik kan mij voorstellen dat die uitspraak van het Hof politiek een goed idee was, omdat het Hof anders de gevolgen van zijn arrest in de tijd moest gaan beperken, hetgeen het signaal zou inhouden dat als een Lidstaat het budgettair héél bont maakt, hij temporeel gevrijwaard wordt. De enige manier om dat te voorkomen, was om te zeggen dat het geen BTW was.

Mijnheer de voorzitter, ik vind dat ik wel genoeg heb gezegd, want ik raak op drift.
(Applaus)

De voorzitter, mr. J.W. van den Berge

Mijnheer Wattel, wat u zei over de toepassing van de rechten van verschillende staten doet mij denken aan een artikel in de Wet RO, dat in cassatie niet geklaagd kan worden over de uitleg van een lagere rechter over het recht van vreemde staten. Misschien moet die regel ook wijken.

Er is ook gesproken over wallen die schepen keren en het verband tussen staten en belastingen. Dat riep mij de titel van een boek over het Habsburgse belastingsysteem dat ik een jaar of tien geleden las in herinnering: Ohne Steuer kein Staat. Het omgekeerde is trouwens ook waar.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Voorzitter. Ik deel de opvatting van collega Wattel dat je uit een oogpunt van toepassing en uitleg van het gemeenschapsrecht directe belastingen en indirecte belastingen niet met elkaar kunt vergelijken. De indirecte belastingen worden op dit ogenblik grotendeels beheerst door een omvangrijke massa secundair recht. Uit eigen ervaring weet ik dat het overgrote deel van de uitleggingsproblemen typische toepassingsgevallen betreft. Een heel enkele keer doet zich een meer principiële vraag voor, maar dat is wat mij betreft van een totaal andere orde dan de uitleggingsproblemen in de relatie tussen indirecte belastingen en gemeenschapsrecht.

In het secundaire gemeenschapsrecht voor de indirecte belastingen is precies gedaan wat je bij de directe belastingen zo duidelijk mist, namelijk het toeordenen van competenties.

Met collega Wattel ben ik het eens dat in 's Hofs jurisprudentie heel vaak de combinatie van redelijk duidelijke nieuwere standpunten en winkeldochters uit het verleden wordt meegezeuld. In het heel recente Class IV ACT-arrest wordt op een gegeven ogenblik zonder dat het voor de oplossing strikt nodig is de Lenz-Manninen-doctrine opnieuw geadstrueerd, in de punten 52 t/m 58. Dat geeft de beschouwingen een wat meanderend karakter. Het is heel lastig om in jurisprudentie duidelijk afstand te nemen van voorafgaande jurisprudentie, tenzij de voorafgaande jurisprudentie al wat verder weg ligt. Daarom durf ik te voorspellen dat bijvoorbeeld een duidelijk afstand nemen door het Hof van Bosal nog wel enige tijd op zich laat wachten. Dat zal bijna ongemerkt verlopen. Dat is min of meer inherent aan de manier waarop het Hof opereert en is samengesteld. In grote kamers, met dertien mensen, zijn buitengewoon langzaam compromissen tot stand gekomen. Als die eenmaal zijn bereikt, is het niet goed doenlijk om twee jaar later expliciet en heel scherp te zeggen dat men niet helemaal op het juiste spoor zat.

Prof.mr.F.Vanistendael: Als men vindt dat het Hof van de dispariteiten van het nationale belastingrecht inzake directe belastingen af moet blijven, is dat misschien een kreet zonder inhoud. In een heleboel arresten heeft het Hof gezegd dat de omstandigheid dat wetgeving niet geharmoniseerd is voor de lidstaten geen excuus is om het Verdrag niet toe te passen. Ik vraag mij af wat er van dat soort overwegingen van het Hof inzake directe belastingen overblijft als wij het belastingrecht op die manier zouden gaan toepassen.

Prof.mr.L.A. Geelhoed: Die overweging van het Hof begrijp ik volstrekt. Natuurlijk dient een lidstaat bij het hanteren van zijn eigen regels het Verdrag in acht te nemen. Maar indien de met het Verdrag strijdige situatie ontstaat uit de samenloop van twee belastingstelsels, die kenmerkend is voor de dispariteit, kun je wel hard roepen dat een lidstaat de verplichting heeft de regels van het Verdrag na te leven, maar dat houdt op waar de handelingscapaciteit van die lidstaat ophoudt. Daarom ben ik tot de conclusie gekomen dat indien de schending van het gemeenschapsrecht voortvloeit uit de hantering van één jurisdictie die schending voor het gemeenschapsrecht relevant is. Wanneer de met de strekking van het Verdrag strijdige situatie voortvloeit uit het naast elkaar bestaan van twee disparate regels, kun je onmogelijk stellen dat die schending voor het gemeenschapsrecht relevant is. Wanneer de met de strekking van het Verdrag strijdige situatie voortvloeit uit het naast elkaar bestaan van twee disparate regels, kun je onmogelijk één lidstaat daarvoor verantwoordelijk stellen.

Prof.mr.F.Vanistendael: Dat betekent dan dat de beslissing inzake Manninen in dat opzicht niet correct is.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Ik vind Manninen bad law.

Prof.mr.F.Vanistendael: Men zegt dat de belastinggrondslag voor de indirecte belastingen is geharmoniseerd. Het is duidelijk dat de meeste betwistingen bij het Hof inzake indirecte belastingen niets te maken hebben met de fundamentele vrijheden. Er is echter een tijd geweest, en een paar jaar geleden is er nog een arrest over accijns op Finse elektriciteit aan de orde geweest, dat die fundamentele vrijheden wel aan bod kwamen. Het ging dan aan de ene kant om discriminatie en aan de andere kant om niet-obstakels. In arresten van het eind van de jaren '60 tot in de jaren '80 zijn veel gelijkenissen te zien, die kunnen wijzen op methoden die wij in de directe belastingen ook kunnen gebruiken. Ik geef toe dat de toepassingsregels geen probleem zijn. Ik geef ook toe dat wat de BTW betreft er een belangrijk verschil is in die zin dat de toewijzing van het probleem hoe de lidstaten uit de belastingjurisdictie moeten komen is opgelost. In de Europese Unie is dat een bevoegdheid van de lidstaten. Ik zie het Hof daar niet tussenkomen. De lidstaten moeten zelf maar uitmaken hoe zij de belastingjurisdictie onder elkaar verdelen, maar het Hof maakt altijd een onderscheid met de uitoefening daarvan, eens dat is gebeurd. Ik kan mij niet van de indruk ontdoen dat bepaalde regels inzake dubbele belasting niets te maken hebben met het verdelen van de belastingjurisdictie, maar wel degelijk met de uitoefening en het bepalen van de belastbare grondslag, die principieel is toegewezen. Het Hof zegt dat bij de uitvoering het Verdrag wel geëerbiedigd moet worden. Ik heb al gezegd dat dit precies disparate wetgeving is. Op een aantal punten kunnen wij het er perfect over eens zijn dat het Hof niet hoeft tussen te komen. Het tarief waarmee je wordt geconfronteerd wordt uiteraard door de lidstaten bepaald. Het Hof kan daar niets over zeggen. Er zijn echter regels die nationale belastingplichtigen en grensoverschrijdende situaties betreffen. Die regels kunnen een bepaalde vorm aannemen, die maakt dat er een echt obstakel is. Het is dan de vraag of voor dat soort regelingen het Verdrag wel zuständig is.

Prof.mr.P.J.Wattel: Ter vermijding van een misverstand dat mij in de pauze is gebleken, lijkt het mij goed uitdrukkelijk te zeggen dat ik grote bewondering heb voor de denkkracht van het Hof. Het komt op dingen waar ik nooit op gekomen zou zijn. Het Hof heeft veel en veel meer bereikt dan de Raad in dezelfde tijd zou hebben bereikt. Het Hof schudt de nationale wetgevingen en beleidsmakers goed op. Een goed voorbeeld van wat het Hof met negatieve integratie heeft bereikt en hoe dat de positieve integratie al vér voorbij is, is de zaak *Franked Investment Income* van twee dagen geleden. Daar is door de desbetreffende lidstaten voortdurend de moeder-dochterrichtlijn aangevoerd. Op alle punten zegt het Hof eigenlijk dat die heel interessant is, maar dat de richtlijn of niet van toepassing is, of dat zij op geen enkele manier kan afdoen aan datgene waar de verdragsverplichtingen van de verkeersvrijheden de Lidstaten toe nopen. Het is een schoolvoorbeeld van een situatie – die zie je vrij vaak in het directe-belastingrecht – waarin de negatieve integratie de positieve integratie ver voorbijstreeft. De verkeersvrijheden, met name de vestigingsvrijheid, brengen veel meer verplichtingen voor de lidstaten met zich dan wat er tot nu toe aan positieve integratie is.

Verder trekt het Hof zich kritiek aan: het leest de commentaren en leert er van. Gezien de laatste trends in de rechtspraak heeft collega Geelhoed het Hof door een paar moeilijke tarzanbochten weten te krijgen. Misschien duurt het nog een aantal jaren, wellicht tientallen jaren, voordat echt afscheid kan worden genomen van wat collega Geelhoed “de winkeldochters” noemt. Je kunt immers niet al te uitdrukkelijk en al te snel terugkomen op je eerdere jurisprudentie. Als lidstaten net hun belastingstelsel hebben aangepast aan de jurisprudentie kun je moeilijk het jaar erna zeggen dat dat eigenlijk toch niet nodig was geweest. Wat mij betreft houdt het voor het Hof wel op waar politieke keuzen moeten worden gedaan, waar je, kort gezegd, in een tweestatenprobleem één schuldige moet aanwijzen. Discrimineren geen van beide lidstaten, maar houd je toch een belemmering over in de vorm van dubbele belasting of dubbele niet-aftrek, of discrimineren beide lidstaten tegelijk, dan is de vraag wat het Hof nog kan doen. Discrimineren geen van beide lidstaten, dan houdt het wat mij betreft op, maar als zij beiden tegelijk discrimineren, kun je twee dingen doen. Je kunt allereerst doen wat het Hof tot nu toe heeft gedaan: één schuldige kiezen; dan is de lidstaat waar het probleem het eerst opkomt de sigaar. Het tweede wat je kunt doen is, zoals collega Geelhoed voorstelde: hen beiden hoofdelijk aansprakelijk stellen. Dan blijft niettemin het probleem wie van de twee er moet betalen. Zij gaan natuurlijk op elkaar staan wachten. Ik weet niet hoe je dat moet oplossen als je geen wetgever bent.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Bij een ingebrekestelling, een art. 226-uitpraak, kun je tegen twee lidstaten zeggen dat zij beide verantwoordelijk zijn voor een situatie die aan twee kanten beschouwd strijdig is met het gemeenschapsrecht en dat zij die situatie samen moeten oplossen. Je kunt hun daarvoor een redelijke termijn geven. Het Hof heeft dat eerder gedaan bij de uitspraak Parlement-Raad ten aanzien van de vervoersvrijheden, naar ik meen in 1986. Komen beide lidstaten niet binnen een redelijke termijn met een oplossing die niet discrimineert, dan heb je altijd nog art. 228, dat het mogelijk maakt een dwangsom op te leggen.

Prof.mr.P.J.Wattel: Ik neem aan dat die dan niet aftrekbaar is.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Het is misschien riskant; sommigen zeggen wellicht dat het een brug te ver is. Flagrant met het verdrag strijdige situaties die zijn te herleiden tot ongewenst stilzitten van meer dan één lidstaat moet men proberen samen in te zetten.

Prof.mr.P.J.Wattel: Ik hoop dat de Commissie het een keer doet.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Het lijkt mij een geweldig leuk avontuur.

De voorzitter, mr.J.W. van den Berge: Ik geef nu gelegenheid voor het vrije debat.

Prof.mr. H.M.A.L.Hamaekers: Ik maak de sprekers graag mijn complimenten voor hun interessante bijdragen.

De heer Geelhoed heeft gesproken over mogelijkheden van de Commissie om druk uit te oefenen op de lidstaten om te komen tot betere samenwerking op het gebied van in het bijzonder de directe belastingen en hij heeft gewezen op art. 96, dat naar ik heb begrepen om politieke redenen niet wordt toegepast. Ik hoor graag zijn mening over een ander punt, namelijk de bevoegdheid van de gemeenschap tot het onderhandelen van belastingverdragen met derde landen. Toen in 1990 de moeder-dochterrichtlijn werd aangenomen heb ik een artikel geschreven over de bevoegdheid van de Gemeenschap. Ik bouwde daarbij voort op het AETR-arrest van een aantal jaren daarvoor en stelde dat in mijn ogen de Commissie exclusief de bevoegdheid had gekregen tot het onderhandelen van de verdragsartikelen, eigenlijk maar één artikel, gedekt door de moeder-dochterrichtlijn. Inmiddels kennen wij de interest-royaltyrichtlijn, die ook andere artikelen in belastingverdragen dekt, met name 11 en 12, in tegenstelling tot art. 10 betreffende de moeder-dochterrichtlijn, alsmede nog wat andere artikelen, zoals de uitwisseling van inlichtingen. Is prof. Geelhoed het met mij eens dat door de relaties met derde landen distorsies kunnen ontstaan die zo serieus zijn dat de Commissie de exclusieve bevoegdheid kan claimen tot het onderhandelen van de onderdelen van belastingverdragen die worden gedekt door maatregelen, instrumenten van de Gemeenschap? Ik heb namelijk het gevoel dat de Commissie ook om politieke redenen deze bevoegdheid niet claimt, als zij er al is.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Ik begin met de voorvraag of die bevoegdheid er is. Ik denk dat je hier twee stappen moet nemen. In de eerste plaats moet je heel scherp kijken hoe het in de desbetreffende richtlijnen en verordeningen is verwoord en wat the language is: of er al dan niet voorbehouden in zitten. In de tweede plaats moet je nagaan wat precies de strekking is van deze of gene passages uit deze gemeenschapsinstrumenten. Hebben zij de strekking om bepaalde elementen tussen de lidstaten volledig en zonder enige reserve uit te sorteren, dan ben ik geneigd te zeggen dat het resultaat van onderhandelingen met derde landen het functioneren van het gemeenschapsinstrument zou kunnen of belemmeren of schaden als je het nationaal doet. Dan zou je in de richting kunnen gaan van de exclusieve bevoegdheid. Zeer onlangs is er nog een advies van het Hof over verschenen. Ik denk dat de rechtspraak van het Hof hierin na enige jaren van aarzeling in de richting gaat van het bestaan van een exclusieve bevoegdheid. Het zal altijd moeten gebeuren op basis van een tekstuele en inhoudelijke analyse van de desbetreffende gemeenschapsinstrumenten.

Prof.mr.H.M.A.L.Hamaekers: Ik denk dat dat duidelijk is.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Ik moet erkennen dat ik ze daarvoor onvoldoende ken.

Prof.mr.H.M.A.L.Hamaekers: Ik kan het artikel niet citeren maar misschien vindt prof. Van Istendael ook dat er een bevoegdheid is.

Prof.mr.F.Vanistendael: Ik sluit mij aan bij hetgeen advocaat-generaal Geelhoed zegt. Bedoelt hij met de woorden “wanneer de tekst heel duidelijk is”: wanneer de bepaling van de richtlijn direct effect heeft?

Prof.mr.L.A.Geelhoed: …althans de lidstaat weinig of geen ruimte laat.

Prof.mr.F.Vanistendael: Kijk je naar de richtlijnen dan zie je iets heel interessants. Bij de moeder-dochterrichtlijn moeten de lidstaten een keuze doen tussen vrijstelling en credit. Wat de bronheffing betreft is er echter geen discussie. Die is zonder formaliteit afgeschaft. De interest-royaltyrichtlijn zegt ook dat de bronheffing is afgeschaft maar er moeten wel een aantal formaliteiten worden vervuld. De lidstaten mogen of moeten het niet opleggen. In die omstandigheden weet ik niet of je kunt zeggen dat er een onmiddellijk en direct effect is. Het zou kunnen betekenen dat de bevoegdheid om de bronbelasting of dividenden in verdragssituaties te onderhandelen naar de Commissie gaat en de rest van het verdrag naar de lidstaten. Interessant is het dan op te merken dat recente jurisprudentie van het Hof zegt dat belastingverdragen één geheel vormen. Er worden echter stukken uit de belastingverdragen gehaald, zodat zij niet meer één geheel vormen. Wellicht kunnen wij daarop voortborduren tijdens een andere bijeenkomst .

Prof.mr.H.M.A.L.Hamaekers: Het dreigen met de uitoefening van die bevoegdheid zou een beetje kunnen helpen.

Prof.mr.P.J.Wattel: Mijnheer de voorzitter. Ik zie niet in hoe het intern functioneren van de richtlijnen die worden genoemd, de interest royalty-richtlijn, de moeder-dochterrichtlijn en de richtlijn over het uitwisselen van inlichtingen, gefrustreerd zou kunnen worden door de eigen bevoegdheid van een lidstaat jegens een derde staat. Ik zie niet in hoe het wel of niet onderhandelen over een uitwisseling van inlichtingen met Afghanistan invloed kan hebben op de effectiviteit van de uitwisseling van inlichtingen binnen de EG. Ik zie niet in hoe het intern afgeschaft zijn van de bronheffing op deelnemingsdividenden gefrustreerd, gehinderd of belemmerd zou kunnen worden doordat wij wel of niet onderhandelen over een verdrag met Afghanistan, waarin wel of niet een vrijstelling van deelnemingsdividenden of een afschaffing van bronheffing is opgenomen. Misschien is denkbaar dat in triangular gevallen met inkomsten uit vaste inrichtingen in derde landen zoiets gebeurt, maar in driehoeksgevallen word het altijd wat vaag. Iemand moet eens een goed proefschrift schrijven over triangular cases. Voor het overige denk ik dat er geen externe bevoegdheid is zolang het intern functioneren van de richtlijnen niet wordt verstoord. Het versnipperen van een bilateraal Verdrag in onderdeeltjes is natuurlijk helemaal onwerkbaar. Stel je voor dat wij met Afghanistan over een Verdrag onderhandelen en moeten zeggen dat wij over dividenden, interesten, royalties en inlichtingen helaas niets kunnen bepalen, en dat de Afghanen daarvoor bij de Commissie moeten zijn en dat de Commissie op die gebieden namens 27 verschillende stelsels (credit of vrijstelling?) moet gaan onderhandelen. Dat wordt niets.

Prof.mr.H.M.A.L.Hamaekers: Ik zie het op dit moment alleen maar als een drukmiddel. Het maakt toch verschil voor de interne markt en is een verstoring voor de interne markt als Nederland een nultarief voor een bepaald dividend met de Verenigde Staten heeft en alle andere landen een tarief van 5%.

Prof.mr.P.J.Wattel: Ik zie de verstoring van de interne markt niet. Ik zie wel externe problemen, op de wereldmarkt, maar geen interne-marktproblemen.

Prof.mr.F.Vanistendael: Er zijn verleggingen van dividendstromen binnen de interne markt die alleen daardoor worden veroorzaakt.

Prof.mr.P.J.Wattel: Dan hebben wij dus een harmonisatie op wereldniveau nodig.

Prof.mr.H.M.A.L.Hamaekers: Er is ten minste coördinatie door de Commissie van de markten op dit punt nodig.

Prof.mr. D.M. Weber

Om op de laatste discussie in te haken: ik zie eigenlijk ook niet dat hier problemen zijn met de executieve bevoegdheid. Het gaat niet eens om een verstoring van de interne markt. De vraag kan zijn of de moeder-dochterrichtlijn wordt verstoord doordat er wordt onderhandeld met bijvoorbeeld de Verenigde Staten. Je kunt met de Verenigde Staten een nultarief afspreken voor bronbelastingen en dergelijke, maar dat wil niet zeggen dat de moeder-dochterrichtlijn, die voorziet in een nultarief in de EG-situatie, daardoor wordt verstoord. Je kunt dat niet overlaten aan de lidstaten, maar dat moet je altijd overlaten aan de Europese Commissie of de Raad van de Europese Unie.

De heer Geelhoed gaf zojuist eigenlijk al antwoord op de vraag of je dispariteiten door dubbele belasting zou kunnen oplossen door twee lidstaten aan te spreken. Wij hebben in de wandelgangen beiden gehoord dat de Europese Commissie dat voornemens is. Ik zit ook met het probleem van de mogelijkheid dat de twee lidstaten er helemaal niets aan doen. De Europese Commissie zal dan toch nog moeten bepalen of het een fout van de ene lidstaat is of van de andere. Ik ben wel overtuigd van het dwangmiddel opleggen van boetes.

Ik ga helemaal terug naar het begin van vandaag. Ik ben het eens met de opvatting van de heer Geelhoed dat dispariteiten in het belastingrecht, nadelen die ontstaan uit de wetgeving van twee lidstaten, buiten de werkingsfeer van het EG-verdrag vallen. Zij moeten worden opgelost door harmonisatie of door het zelfstandig opereren van lidstaten in bilaterale of multilaterale verdragen.

Een van de dispariteiten is de dubbele belasting, die zich in verschillende situaties kan voordoen. Prof. Vanistendael verzet zich daar tegen en geeft een voorbeeld waarop ik wil ingaan, de beperking van de renteaftrek. Wij zien die renteaftrek vaak in de vorm van thin capitalization regels. Die komen erop neer dat de rente onder allerlei voorwaarden niet aftrekbaar is. Die rente wordt dan vaak, niet altijd, als dividend gekwalificeerd. Rente is normaliter aftrekbaar en dividend niet. In een andere lidstaat zal die rente, die geherkwalificeerd is als dividend, vaak wel belast zijn. Dan krijg je een dubbele belasting. In het Verenigd Koninkrijk zijn bijvoorbeeld thin capitalization regels volgens welke rente wordt geherkwalificeerd tot dividend, dat in het Verenigd Koninkrijk niet belast is. Vervolgens gaat Nederland die rente wel gewoon belasten. Dan ontstaat een dubbele belasting. Prof. Vanistendael lost de problematiek op door te zeggen dat het aan de ontvangende lidstaat, in dit geval Nederland, is om de herkwalificatie door het Verenigd Koninkrijk te volgen. Nederland moet de rente dus herkwalificeren als dividend. Dat is een grote inbreuk op de soevereiniteit van Nederland. Nederland kan dan niet zelf zijn belastingregels voor dividend of regels opstellen. Daarnaast is Nederland ook nog verplicht dat dividend, dat eigenlijk rente was, niet te belasten. Dat is ook een inbreuk op de soevereiniteit van Nederland, want wie zegt dat dividend nooit belast mag zijn?

Ook in deze situatie kan geen schuldige worden aangewezen. Stel je voor dat het Verenigd Koninkrijk besluit om onder bepaalde regels rente in het geheel niet meer te laten aftrekken. Dan wordt er niet eens als dividend geherkwalificeerd. Er is dan een grote kans dat die rente in een andere lidstaat wel gewoon wordt belast. Moet nu die andere lidstaat maar niet belasten omdat het Verenigd Koninkrijk het nodig heeft gevonden aftrek van de rente niet meer toe te laten? Dat zou een grote inbreuk zijn op de systemen van de andere lidstaten. Met andere woorden, voor dit soort problemen kunnen de EG-verdragsvrijheden niet worden gebruikt. Er zal moeten worden geharmoniseerd. Dat is misschien een long shot, iets wat niet voor de nabije toekomst kan worden verwacht. Dat zij dan zo. Het nadeel van de interne markt blijft gewoon bestaan. Als de verdragsvrijheden worden toegepast, betekent dat feitelijk dat de lidstaten hun fiscale soevereiniteit kwijt zijn.

Prof.mr. F.Vanistendael: Als wij in een verdrag met derde landen een limitation of benefits clause opnemen, heeft dat een effect op het functioneren van de richtlijnen. Dan is het de vraag of de lidstaten nog de bevoegdheid hebben, dit even ter zijde.

Wat betreft de thin cap rules moeten wij een onderscheid maken. Het Hof van Justitie heeft gezegd dat het de vraag is wanneer er sprake is van misbruik. In de Engelse tekst van het Hof is daarvan sprake bij een wholly artificial arrangement. Er kan dan worden geherkwalificeerd. De lidstaten beweren allemaal dat zij zich tegen misbruik moeten kunnen beschermen. Dat lijkt mij ook evident. In het voorbeeld van de heer Weber maakt Groot-Brittannië de rente niet langer aftrekbaar. Dat heeft niets met misbruik van doen. Dat is dan gewoon een regel van nationaal belastingrecht. Als

rente niet aftrekbaar is of, wat nog erger is, als een uitkering van dividend wordt beschouwd, is zij volgens de woordelijke bepalingen van de moeder-dochterrichtlijn geen uitkering. De moeder-dochterrichtlijn is er dan in principe niet op van toepassing. Er doet zich dan een conflict door dispariteit van twee lidstaten voor. Het arrest Kerckhaert-Morres past bij de opinie van advocaat-generaal Geelhoed. Een dubbele belasting is juridisch een dispariteit, die wringt met de conceptie van de interne markt. Een andere advocaat-generaal heeft gezegd dat als er een voorbeeld is van een schending van de interne markt het wel de dubbele belasting van een en hetzelfde inkomen is.

Prof.mr.D.M.Weber: Het argument van misbruik is aan de orde in de thin capitalization-zaak die op dit moment bij het Europese Hof speelt. De lidstaten staan renteaftrek vaak niet toe, omdat zij vinden dat er sprake is van misbruik. Dat misbruik bestaat er dan uit dat je bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk een aftrek krijgt, terwijl er in een andere lidstaat niet wordt belast. Een probleem is dat de anti-misbruikbepalingen vaak veel te algemeen zijn. Daarin wordt gewoon gesteld dat de rente niet aftrekbaar is, ook in situaties waarin zij in de andere lidstaat wel is belast. Dan doet zich helemaal geen misbruik voor. De heer Vanistendael stelt voor, dat op te lossen door de ontvangende partij te laten vrijstellen. Ik denk dat de oplossing juist moet worden gevonden bij de bepalende partij, het Verenigd Koninkrijk. Het Verenigd Koninkrijk mag in het geval dat er sprake is van misbruik de aftrek van rente niet toelaten. Er is geen sprake van misbruik als de rente in de andere lidstaat belast is. In zoverre de rente in de andere lidstaat belast is, moet het Verenigd Koninkrijk gewoon aftrek verlenen. Het probleem van de dubbele belasting is dan opgelost. Als de rente in Nederland belast is, krijg je in het Verenigd Koninkrijk gewoon aftrek. Als de rente niet in Nederland belast is, krijg je geen aftrek in het Verenigd Koninkrijk. Dan zijn misbruiksituaties bestreden en is nooit sprake van dubbele belasting. Alleen het Verenigd Koninkrijk is dan aansprakelijk en niet de andere lidstaat, Nederland, die er helemaal niets mee te maken heeft.

Prof.mr.F.Vanistendael: Dat is ook wat het Hof heeft beslist: als er geen misbruik is, is er geen probleem. In dit geval was de wetgeving veel ruimer dan misbruik.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Op zichzelf is het een mooie vreedzame oplossing. Er ligt echter duidelijk nog iets anders. De betrokken belastingstelsels hebben vaak grote dispariteiten waar het gaat om de tarieven of de belastinggrondslag. Dan is het aantrekkelijk je aftrekken te laten neerslaan in de staten met een relatief hoge belastingvoet en je winsten in de staten met een relatief lage belastingvoet. Dit is de achtergrond waarom de Britten de arm's lengthbepalingen en de thincapbepalingen hebben ingevoerd. Er is bepaald iets meer aan de hand.

In mijn conclusie heb ik ook gezegd dat als je besluit om eenzijdig dergelijke thincapconstructies als misbruikconstructies toe te laten, het eigenlijk voor de hand ligt dat je met de andere betrokken belastingjurisdictie overleg voert. In de hoorzitting in de thincap case heeft het Verenigd Koninkrijk expliciet aangeboden dat er voorafgaand overleg zou plaatsvinden. Op zulk een love-in maak ik geen inbreuk.

Prof.mr.P.J.Wattel: Maar hebben zij ook aangeboden dat er uit het overleg een eenduidige oplossing zou komen?

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Dat hebben ze niet beloofd.

Prof.mr.P.J.Wattel: I rest my case.

Mr.H.M.M.Bierlaagh:

Ik wil even aansluiten op de vraag van Weber wie de gevolgen van herkwalificatie moet dragen. In de artt. 11, lid 5, en 12, lid 4, van het OESO-modelverdrag hebben wij een bepaling die dat regelt. Zij zegt namelijk dat als een bedrag in een woonland als rente in aftrek is gebracht, of als men probeert dat in aftrek te brengen, en de belastingautoriteiten van dat land constateren dat de rente niet at arm's length is, het verschil tussen de werkelijk betaalde rente en de rente at arm's length niet onder de werking van art. 11 valt maar die van art. 10. Zij moet dan in het land van herkomst dienovereenkomstig behandeld worden. In de bilaterale belastingverdragen hebben wij dus een voorbeeld dat de herkwalificatie op grond van het verdrag inderdaad door het woonland moet worden gevolgd. Als een thincapitalizationregeling goed is gemotiveerd is het eigenlijk een tot uitdrukking brengen van het arm's lengthbeginsel op dit specifieke terrein van de financiering van een onderneming. Naar analogie van de wetgeving zou je dat onder de werking van art. 11, lid 5, of art. 12, lid 4, kunnen brengen.

Prof.mr.P.J.Wattel: Wat u beschrijft is dat een belemmering van de grensoverschrijdende situatie in de ene staat kan worden "geneutraliseerd" - zoals het in het *Denkavit*-arrest van vandaag wordt genoemd - door verrekening of aanpassing van de kwalificatie in een andere staat. Dat is een heel interessante ontwikkeling. Het laat een *overall*-benadering van de positie van de belastingbetaler op de interne markt zien. Wij hebben die voor het eerst gezien in het *De Groot*-arrest, waarin het Hof zegt dat de ene staat kan worden ontslagen van zijn verplichtingen ex de verdragsvrijheden, mits de andere staat, unilateraal of bilateraal, verrekent of aanpast.

Mr.H.M.M.Bierlaagh: Dat is coherentie van het Europese recht.

Prof.mr.P.J.Wattel: Het is conceptueel een goed systeem, zij het dat het voor de nationale rechter en de fiscus een ramp is om uit te zoeken of die andere staat die "neutralisering" dan ook doet. Dat is echter een probleem waarmee niet ik, maar de heer Van den Berge komt te zitten. Het is een heel interessante ontwikkeling; je mag dus discrimineren of belemmeren, in strijd met de verdragsvrijheden, mits je ervoor zorgt dat de andere staat de discriminatie of belemmering wegneemt. Het is een soort aanvulling op de "altijd-ergens-benadering". Als de belastingheffing "*in the end result*" neutraal uitpakt, kan het de gemeenschap niet schelen hoe de lidstaten het onderling regelen. Dat lijkt mij een juiste benadering. Dan wordt het probleem teruggespeeld en moeten de staten het zelf uitzoeken.

De voorzitter, mr.J.W. van den Berge: Als wij die vraag krijgen, vragen wij u conclusie.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Als je discrimineert en ervoor zorgt dat je tot een compensatie komt, moet je twee eisen stellen. De compensatie moet specifiek zijn en op de desbetreffende discriminatie gericht zijn. In de tweede plaats ben je verantwoordelijk voor het resultaat. Als je dat niet doet wordt de overall-benadering meer een kwestie van: als het lukt.

Prof.mr.P.J.Wattel: Degene die discrimineert blijft verantwoordelijk.

De voorzitter, mr.J.W. van den Berge: Heeft prof. Vanistendael hier nog iets aan toe te voegen?

Prof.mr.F.Vanistendael: Dit is precies wat ik zo-even bedoelde. De vraag is of het Hof dit kan opleggen. Dit is een internationale regel die in ontwikkeling is en het is heel duidelijk in welke richting die ontwikkeling gaat. Hoewel de OECD geen wetgever is neem ik aan dat zij dit wel ingang zal doen vinden. Op die manier zou het Hof het ook ingang kunnen doen vinden. Wij moeten alleen niet uit het oog verliezen dat je die regel alleen kunt toepassen op het moment dat er sprake is van misbruik. Is daarvan geen sprake, dan zit je met een ander probleem.

Mr.O.C.R.Marres: Naar aanleiding van hetgeen de heer Geelhoed zei over het arrest-Manninen ben ik benieuwd wat hij vindt van het arrest-Kerckhaert-Morres. In laatstgenoemd arrest gaat het om een neutrale heffing in België. De Belgische dividenden werden anders belast dan de buitenlandse dividenden. Toen ik de conclusie goed las trof mij echter dat de Belgische dividenden werden belast met een voorheffing. Kennelijk was er sprake van een bevrijdende voorheffing. Er is dus in ieder geval een verschil in techniek. Sterker nog, zo'n bevrijdende voorheffing komt wat mij betreft in economische zin volstrekt overeen met een systeem waarbij de voorheffing wordt verrekend. Kijk je er zo naar dan is er natuurlijk vrijwel geen verschil met de situatie in het arrest-Manninen, behalve dat het daarbij ging om vennootschapsbelasting en bij Kerckhaert om dividendbelasting. Je kunt zeggen dat in een imputatiestelsel de verhouding tussen buitenlandse vennootschapsbelasting en binnenlandse vennootschapsbelasting een andere is dan in dit geval de verhouding tussen buitenlandse bronheffing en Belgische bronheffing. Dat heeft de Hoge Raad ook gesuggereerd in de Orange zaak. Het spijt mij voor de voorzitter maar wat mij betreft zit de Hoge Raad daarbij op het verkeerde spoor.

De voorzitter, mr.J.W. van den Berge: Dat kunnen wij wel hebben, hoor.

Mr.O.C.R.Marres: Wat wil nu het geval? Uit een conclusie van de heer Geelhoed in een andere zaak leid ik namelijk af dat hij het standpunt inneemt, dat in een imputatiestelsel de vennootschapsbelasting een voorheffing is op de inkomstenbelasting. Daarmee ben ik het volledig eens, zoals ook de dividendbelasting een voorheffing is op de inkomstenbelasting. Iedereen weet dat het een volstrekt neutrale belasting is. Eigenlijk is er niet zo gek veel verschil met de Manninen-zaak. Vindt de heer Geelhoed dat een juist arrest is gewezen en zou de vraag anders worden beantwoord wanneer België inderdaad het systeem had gehad dat de Belgische dividenden ook in de eindheffing werden betrokken en vervolgens de voorheffing werd verrekend?

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Dat is een heel lastige vraag. Wij komen daarmee op de finesses die een advocaat-generaal in acht moet nemen in de dialoog met het Hof. Ik was het niet eens met het Manninen-arrest, maar dat heb ik nooit hardop gezegd of met zoveel woorden opgeschreven. Als ik op crash course ga met een arrest dat door de Grote Kamer gewezen is, is de kans dat ik gevolgd word niet echt groot. Bij de zaak Kerckhaert-Morres heb ik mij daarom angstaanjagend stil gehouden over Manninen. Ik heb hier heel eenvoudig gekeken hoe het zit met de allocatie van competenties. Op basis daarvan heb ik mij afgevraagd of de Belgische autoriteiten discrimineren of niet. Ik ben tot de conclusie gekomen dat zij dat niet deden. Daarmee was voor mij de kous af, Manninen of geen Manninen.

Mr.O.C.R.Marres: Als België een systeem zou hebben gehad waarin de dividenden in de heffing zouden zijn betrokken, precies zoals de Franse dividenden, maar de Belgische voorheffing was verrekend, zou dat er in feite op neerkomen dat er helemaal niets bij zou worden geheven, precies zoals bij Manninen. Zou in dat systeem in uw ogen wel sprake zijn van discriminatie?

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Dan zou ik niet onder het Manninen-arrest uit gekomen zijn, maar deze casus deed zich niet voor.

Mr.O.C.R.Marres: De conclusie is dus dat de lidstaten het belemmeren niet zozeer kunnen beïnvloeden door in materiële zin recht te wijzen, maar wel door de techniek aan te passen.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Dat is exact een van de bezwaren die ik heb tegen Manninen. Doordat het Hof zich zozeer op de specifieke eigenschappen van een imputatiestelsel richt, kan daar heel eenvoudig een eind aan worden gemaakt, door een eindheffing te maken van 20% of 35% en klaar is Kees! Dan is er geen discriminatie. Als ik de zaak-Kerckhaert-Morres goed begrijp, is dat de situatie.

Mevrouw Dirkzwager: Ik wil een aanvullende opmerking maken over de Britse thin cap-zaak. Voor Nederland was de vraag of wij de Engelsen in die zaak kunnen steunen. Toen wij de pleitnota lazen dachten wij dat wij er rustig naartoe konden gaan, omdat echt is gezegd dat het weigeren van de aftrek van de rente door het VK afhankelijk werd gesteld van de herkwalificatie in het andere land. Wij hebben daarvoor overlegmechanismen. Als wij er niet uitkomen door overleg, is de rente in het VK aftrekbaar. Iedereen kon dus rustig zijn rente naar Nederland overmaken, want zolang men er in de overlegprocedure niet uit komt, is die rente aftrekbaar in het VK.

Het kan de advocaat-generaal dus niet verweten worden dat hij de belastbaarheid afhankelijk wil stellen van wat in het andere land gebeurt, als het VK zelf al zegt heel proportioneel bezig te zijn, niet verder te gaan dan nodig is en heel fatsoenlijk te zijn.

Drs.T.Koelman: De heer Geelhoed zei dat ook sprake kan zijn van misbruik als gebruik wordt gemaakt van tariefverschillen, bijvoorbeeld als in het ene land meer rente aftrekbaar is of de belasting lager is dan in een ander land. Ik verwijs naar Cadbury-Schweppes. Als je de economische realiteit onder ogen ziet, mag je daar juist wel gebruik van maken. Fiscale concurrentie moet juist aangemoedigd worden.

Prof.mr.F.Vanistendael: Ik denk dat daar geen problemen zijn. De lidstaten zelf zijn veroordeeld tot die tariefverschillen. Het is een beetje lastig voor ze om unaniem te beslissen om de tariefverschillen op te heffen, maar zij hebben ze aan zichzelf te wijten. Het is de vraag wanneer sprake is van misbruik, want dan moet worden ingegrepen. In het arrest-Cadbury-Schweppes is duidelijk gesteld dat er bij een normale vestiging geen probleem is. Tariefverschil kan deel uitmaken van een constructie voor misbruik. Bij een wholly artificial arrangement, zonder effectieve economische band met het land van vestiging is er sprake van misbruik. Dan kunnen wij eventueel optreden.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Een bedrijfsinterne lening met een rente van 80% is toch wel misbruik.

Drs.T.Koelman: Afhankelijk van de zekerheden die gesteld worden zou je daar ook nog voor kunnen pleiten.

Een andere vraag gaat over de actualiteit van de verrekening versus vrijstelling in interne situaties en externe situaties. Mag een land een vrijstellingssysteem hanteren en tegelijkertijd een verrekeningssysteem? Wij waren begonnen bij Eurowings. Daarna kwam Cadbury-Schweppes en nu is er het Franked Investment Income-arrest. De heer Wattel gaf al aan dat het niet gemakkelijk is om de Britse regelgeving te begrijpen. Ik heb het maar een keer gelezen, maar er lijkt in gesteld te worden dat naast een verrekeningssysteem ook een vrijstellingssysteem kan worden gehanteerd. In Nederland is er de Wet op de vennootschapsbelasting 2007, werken aan winst. Hanteert Nederland vanaf 1 januari ook een vrijstellingssysteem naast een verrekeningssysteem? Dan heft Nederland bepaalde voordelen weg.

Prof.mr.P.J.Wattel: Het *Franked Investment Income*-arrest heeft mij verbaasd. Lidstaten mogen in het algemeen voor buitenlandse dividenden een verrekeningsstelsel toepassen en voor binnenlandse dividenden een vrijstellingssysteem, volstrekt onafhankelijk van misbruik. De enige uitzondering daarop die ik in het arrest heb gelezen is dat het Hof wel gevoelig was voor het argument dat volgens collega Geelhoed beslissend was, namelijk dat in een vrijstellingssysteem *tax incentives* van de dochter behouden blijven, terwijl zij in een verrekeningsstelsel worden wegbelast. Dat betekent dat alle *buitenlandse* tax incentives worden wegbelast. Volgens collega Geelhoed is het daarom een discriminerend systeem. Het Hof zegt daar eigenlijk alleen over dat het zo uitzonderlijk en zo specifiek is, dat je je systeem daarop niet behoeft aan te passen. Ik vind dat vreemd, want wij hebben ook net in de krant gelezen dat met name Frankrijk en Duitsland kampioen zijn in staatssteun, die voor een deel via fiscale instrumenten loopt. Dat mag dus. Misschien is het overigens helemaal niet slecht dat het voordeel wegbelast wordt in het VK, omdat die staatssteun daarmee zinloos wordt. Ik kan het Hof echter niet volgen in de opvatting dat dit uitzonderlijk of specifiek zou zijn. Het arrest verbaast mij dus, maar het ziet er wel naar uit dat de Nederlandse wetgeving, die in feite alleen aansluit bij bijna-misbruiksituaties, proportioneel is. Je hoeft blijkens het FII-arrest immers niet eens aan te sluiten bij misbruik.

Cadbury Schweppes is ook een moeilijk geval. Laten wij daarop nu maar niet ingaan.

Prof.mr.F.Vanistendael: Het is niet alleen een kwestie van tax incentives. Met een creditsysteem schakel je alle fiscale concurrentie uit. Twee dagen geleden hebben wij in Brussel gediscuteerd over de common consolidated tax base. Dat is echt wetgevend werk. Wij zaten daar met het probleem hoe wij de inkomsten uit derde landen moesten aanpakken. De tarieven van de meeste lidstaten liggen zeer dicht bij elkaar. Er werd uitgegaan van een systeem waarbij beneden een bepaald tarief geen vrijstelling meer werd verleend. Uiteraard wordt dat niet toegepast tussen lidstaten maar wel voor derde landen. Het idee was om een vrijstellingssysteem te combineren met een

creditsysteem, waarbij er niet van wordt uitgegaan dat beneden een bepaald tarief helemaal geen vrijstelling meer wordt verleend maar waarbij beneden een bepaald tarief van vrijstelling naar een creditsysteem wordt doorgeschoven en een credit wordt gegeven voor de lage belasting die wordt geheven. Omdat het echter oneerlijke concurrentie is buiten Europa, wordt het voordeel wegbelast. Als er tax incentives zijn blijven die in een vrijstellingssysteem dus bestaan.

Prof.mr.P.J.Wattel: Dat betekent dus dat *tax sparing credits* worden gegeven.

Prof.mr.F.Vanistendael: Dat is niet noodzakelijk.

Prof.mr.P.J.Wattel: Een belastingverlaging die in een ander land wordt gegeven laat je in stand. Volgens mij is dat een *tax paring credit*.

Prof.mr.F.Vanistendael: Het is inderdaad een vorm van vrijstelling.

Prof.mr.P.J.Wattel: Daarmee krijgen wij grote moeilijkheden. Ik heb net een zaak bij de Hoge Raad geselecteerd voor conclusie die gaat over de vraag waarom wij, als wij bij belastingverdrag *tax sparing credits* voor Braziliaanse dividenden toelaten, dat niet doen voor Griekse of Belgische dividenden.

Prof.mr.G.T.K.Meussen: Ik wil even terugkomen op het begin van de discussie en met name inhaken op hetgeen collega Wattel heeft verdedigd - volgens mij heeft hij dat later trouwens wel weer wat afgezwakt - namelijk de rol van het Hof van Justitie. Ik denk dat hij met zoveel woorden heeft gezegd dat het Hof van Justitie zich een competentie aanmeet die het helemaal niet heeft. Het neemt met andere woorden standpunten in die het helemaal niet mag innemen. Ik zie het anders. Tegenover het standpunt dat het Hof zijn bevoegdheden overstijgt kun je stellen dat er bij de lidstaten grote inertie is. De lidstaten zien allerlei problemen maar kijken vervolgens de andere kant op en doen niets, op nationaal noch op communautair niveau. Zij negeren domweg het bestaan van de problemen en schuiven die uiteindelijk op het bordje van het Hof van Justitie. Ik noem als voorbeeld de Schumacher-doctrine die door het Hof is ontwikkeld. Je moet ergens je persoonlijke tegemoetkomingen kwijt. Dat het verschuift naar het werkland omdat je in je woonland geen effectief belastbaar inkomen hebt vinden wij anno 2006 een volstrekt acceptabele en begrijpelijke regeling. Als de lidstaten in een andere oplossing voorzien of überhaupt niet in een oplossing voorzien, kom je uiteindelijk bij het Hof terecht. Zo vind ik Marks & Spencer op zichzelf een schitterend arrest. Ik kan er ook helemaal mee instemmen. Grensoverschrijdende verliesverrekening is een fenomeen dat zich al vele tientallen jaren in concernverband voordoet. Lidstaten doen op nationaal niveau niets en op communautair niveau komt er geen richtlijn van de grond. Men ziet het probleem wel maar men acteert niet. Ik vind het dan begrijpelijk dat het Hof zegt dat er, hoewel er in principe geen group relief system is, uiteindelijk in een situatie van extreme hardship een regel moet zijn die erop neerkomt dat het verlies ergens moet neerslaan. Het Hof geeft in het arrest overigens nog een kleine vingerwijzing aan de lidstaten, in de zin dat zij als zij het anders willen op communautair niveau tot een richtlijn kunnen komen. Dat is een heel afgewogen oordeel. Bij het Velkens-arrest van de Hoge Raad is sprake van economische gerechtigdheid tot aandelenbezit dat door de wetgever niet wordt geregeld. De wetgever ziet het wel maar doet niets. Het probleem wordt aangekaart in de literatuur maar er gebeurt niets en het zeurt eindeloos voort. Dan komt het bij de Hoge Raad en ik kan mij dan voorstellen dat de Hoge Raad er zelf een slag naar slaat. De Hoge Raad kan het hele systeem niet overzien maar het kan wel een richting aangeven, waarschijnlijk met de achterliggende gedachte dat de wetgever maar moet ingrijpen als deze het anders wil. Ik vind dat beter dan helemaal niets doen. In zoverre denk ik dat het Hof zijn bevoegdheden niet overschrijdt.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Ik denk niet dat je hier meteen moet spreken van het al dan niet overschrijden van bevoegdheden. Voor mij is het punt van bezorgdheid de vraag waar je als rechter op basis van het houvast dat verdragen en teksten je bieden tot standpunten kunt komen die uit een oogpunt van systematiek voorspelbaar zijn en houvast bieden. Mijn stelling is dat het Hof in de ontwikkeling van zijn jurisprudentie rond de kwalitatieve handelsbelemmeringen de benodigde voorspelbaarheid niet heeft kunnen leveren waar het gaat om distorsies die voortvloeien uit dispariteiten van wetgeving. Daarvoor heeft de verdragswetgever hem ook te weinig houvast gegeven. Dat is voor mij het doorslaggevende uitgangspunt. Het verdrag biedt geen klemmende wegwijzers voor allocatie van belasting.

Prof.mr.G.T.K.Meussen: Kennelijk ziet het Hof hier toch een situatie van extreme hardheid en vindt het dat het onder omstandigheden zelf maar naar een oplossing binnen de kaders van het internationale belastingrecht en het internationale verdragenrecht moet proberen te zoeken.

Prof.mr.L.A.Geelhoed: Het enkele feit dat wij zeggen dat de jurisprudentie van het Hof op een aantal onderdelen van de directe belastingen het karakter heeft van een Engelse wals, met keer en tegenkeer, wijst erop dat er buiten de jurisprudentie onvoldoende houvast is. Je bent inderdaad op zoek naar een soort van Archimedische positie van waaruit je met vaste bewegingen precies de deliminatie kunt aangeven die je zou willen. Die Archimedische positie vind je echter niet, in de systematiek noch in de verdragstekst.

Prof.mr.F.Vanistendael: Er zijn een aantal problemen waarvoor het Hof inderdaad geen criteria voor een oplossing heeft en waarvoor het Hof ook geen oplossingen zou moeten geven. Ik denk aan de keuze tussen een verrekeningsstelsel en een vrijstellingsstelsel. Het is heel moeilijk om criteria aan te geven op grond waarvan het Hof beslissingen zou kunnen nemen. Er zijn echter een aantal gevallen waarin het internationale belastingrecht ons de hand reikt en waar wij eventueel naartoe zouden kunnen gaan. Als wij met een probleem aan weerskanten van de grens zitten en niemand weet hoe het moet worden aangepakt, moet worden nagegaan of het niet mogelijk is dat de lidstaten, in plaats van een procedure in te spannen voor de nationale rechter, het Hof een prejudiciële vraag stellen. Daarbij neemt het Hof geen beslissing maar geeft het een soort van advies, naar analogie van het advies dat de Raad van State in sommige landen geeft inzake wetsvoorstellen. In dat geval behoeft het Hof dus niet te beslissen in een concreet geval maar kan het zich globaal uitspreken. Het kan dan aangeven wat het oordeel na een analyse met inachtneming van de criteria naar zijn inzicht moet zijn. Het is geen wetgeving maar het biedt de lidstaten wel een handreiking voor het oplossen van het probleem.

Mr. A.L.C. Simons:

Het onderwerp van deze vergadering is: in hoeverre zijn de lidstaten nog soeverein op het gebied van de directe belastingen? Daar bedoelen we mee te onderzoeken in hoeverre de vier grondbeginselen, de vier vrijheden van de interne markt op die soevereiniteit inbreuk maken.

De inleider en de verdere sprekers hebben die vraag behandeld en besproken aan de hand van de casuïstiek in de verschillende uitspraken van het Hof van Justitie. Ik zou de vraag in een wat meer algemeen kader willen plaatsen, waardoor er wellicht ook meer lijn in de vraagstelling komt in hoeverre het Hof van het principiële uitgangspunt van neutraliteit binnen de gemeenschap kan afwijken om aan de budgettaire en politieke belangen van de lidstaten tegemoet te komen.

Staten beschouwen zich nog altijd soeverein. Bij de voorbereiding van het EG-verdrag in 1957 heeft het ministerie van Financiën zich de vraag gesteld in hoeverre Nederland door de verdragstekst, waarin de vier vrijheden en richtlijnen waren voorzien, nog soeverein zou zijn op het gebied van de indirecte belastingen. Het antwoord was dat we soeverein bleven: richtlijnen waren maar richtlijnen en daar waren we niet aan gebonden. Die opvatting werd snel door het Hof omver gekegeld. Richtlijnen kregen een rechtstreekse werking. We hebben ons daaraan snel aangepast, namelijk door te zorgen dat de eerste en tweede richtlijn van de BTW zoveel mogelijk overeenkwamen met wat wij als soevereine staat als een neutrale BTW wilden hebben.

De vraag van de soevereiniteit op het gebied van de directe belastingen kwam pas in de tachtiger jaren bij de voorbereiding van de eerste richtlijnen op dat gebied. Omdat de belastingwetgevingen in de verschillende staten niet op alle onderdelen neutraal waren ten opzichte van de verschillende belastingplichtigen, zowel nationaal als internationaal, liepen we al spoedig op tegen beslissingen van het Hof over inbreuken tegen de neutraliteit die in het verdrag waren voorzien. De belastingwereld, die zich nog onvoldoende de, voor die wereld nieuwe, dwingende EG-regels had gerealiseerd, liep te hoop. "Waar bemoeit het Hof zich mee"? Staatssecretaris Vermeend sprak over een inbreuk maken op zo zorgvuldig opgebouwde en afgewogen wetsconstructies.

Maar zijn die constructies wel zo zorgvuldig opgebouwd en afgewogen? Over die wetsconstructies heb ik een algemeen betoog gehouden waarin ik tot een algemene grondslag voor alle belastingen kwam. Het is terechtgekomen onder de titel "de directe belastingen in Utopia" in het liber amicorum van Dirk Albregtse - Erasmusuniversiteit 2004 - mede omdat het Weekblad voor Fiscaal Recht publicatie weigerde. Ik kwam tot de conclusie dat de algemene grondslag voor belastingen, direct en indirect, en in alle maatschappijen een algemene, reële rendementsheffing moet zijn. Belast dienen te worden alle activiteiten in het maatschappelijk (ruil)verkeer, niet meer en niet minder.

De wet IB 2001 met zijn nieuw boxensysteem komt in hoge mate aan dat ideaal toe. Twee afwijkingen daarvan zijn de behandeling van de eigen woning en het feit dat bij winstbelastingen de aandeelhouder niet nogmaals over zijn winstaandeel belasting behoort te betalen, ook als die aandeelhouder een natuurlijk persoon is. Met andere woorden Vpb cq IB wordt geheven in het oorsprongsland en geen IB cq Vpb meer in het woonland.

Het gevolg van een dergelijk concept is dat de zo zorgvuldig opgebouwde en afgewogen wetsconstructies, ook op het internationale terrein, als sneeuw voor de zon verdwijnen en de alsdan uit te werken wetgeving neutraal is en geheel past binnen de vier vrijheden van het Verdrag. De harmonisatie van de Vpb, waar we nu al decennia mee worstelen, blijkt net zo eenvoudig als die van de BTW.

Mijn conclusie is dat we voor een goede beantwoording van onze vraagstelling in deze vergadering eerst die algemene grondslag voor belastingen eens zouden moeten bespreken. Aan die grondslag is ook mijn algemene rechtstheorie verbonden. We zullen dan het Hof duidelijk kunnen maken dat de vier vrijheden in een economisch verdrag voor het Europese recht algemene rechtsbeginselen zijn - zie mijn afscheidsseminar bij EFS in 1997- die een rechter als eerste moet toepassen en die op één lijn staan met het algemene belastingbeginsel. Duidelijk moet worden gemaakt hoe en waarom de huidige belastingwetconstructies, in de gevallen die het Hof worden voorgelegd, afwijken van dat algemene belastingbeginsel. Het Hof kan met die kennis naar mijn mening goede en consistente beslissingen nemen.

Doet de Vereniging voor Belastingwetenschap die studie niet, dan vrees ik dat we nog jaren met elkaar casuïstiek zitten te bedrijven en ook het Hof tot allerlei verschillende uitspraken laten komen waarvan we dan zeggen dat ze zwabberen. Ook de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht zou ik tot die studie willen oproepen. De basis voor mijn rechtstheorie heb ik reeds vermeld in mijn preadvies in 1983 getiteld: Artikel 95 en de belastingharmonisatie. SEW 1983 blz. 487 .

Mr.M.A.Fierstra, bestuurslid van de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht

Dames en heren, mij is de mooie taak toebedacht u allen een goede thuisreis te wensen. Wij hebben een mooie discussie gehad. Wij zijn het erover eens dat het belastingrecht in Europa geen eiland is, maar verder hebben alle inleiders zich ingespannen om uit te leggen dat het toch wel een status aparte heeft, waarbij ik overigens de indruk heb dat Wattel vooral vindt dat het Hof van Justitie een status aparte heeft. Het heeft er eigenlijk niets van begrepen, maar is heel creatief en weet oplossingen te verzinnen die zo fout zijn, dat hij ze niet verzonnen zou kunnen hebben.

Ik heb af en toe wel twijfels bij de jurisprudentie van het Hof, overigens niet alleen op fiscaal gebied, maar dat is vooral het geval bij een eerste lezing. Verder zijn er veel dingen die ik niet begrijp, maar het Hof heeft gesproken.

Ik hoop namens u allen te spreken als ik de inleider, prof. Geelhoed, en de debaters, prof. Vanistendael en prof.Wattel, dank. Zij hebben ons veel aangereikt voor een heel boeiende discussie. De gedachtewisseling na de pauze heeft dat wel aangetoond. Wij hebben veel om nog eens over te denken, over te praten en vooral om erover te schrijven.

(Applaus)