

Mr.F.C. de Hosson:

Mijnheer de Voorzitter. In korte tijd moet natuurlijk ontzettend veel worden behandeld, want ook dit wetsontwerp haalt heel erg veel overhoop met zijn Europeesrechtelijke aspecten. Daar komt nog bij dat het Europees recht momenteel erg in beweging is. Het Hof van Justitie heeft een paar belangwekkende uitspraken gedaan. Paul Farmer heeft vorige week in de Maarten Ellislezing in Leiden gezegd dat het Europees Hof zich duidelijk aan het heroriënteren is. De D-zaak was voor menigeen een verrassing. Het feit dat a most-favorite-nationprincipe op grond van bilaterale verdragen niet toepasbaar wordt geacht binnen een interne markt is op zich toch wel een erg grote verrassing. Marks & Spencer is op zich ook duidelijk een stap terug. Daarbij trekt de Nederlandse AG Geelhoed zijn eigen spoor door het Europees recht. Hij heeft vier belangwekkende conclusies genomen, waaruit duidelijk andere opvattingen blijken. Ik denk dan aan een veel grotere rol voor de belastingverdragen. Hij acht Bosal en Marks & Spencer zonder meer foute arresten. Zijns inziens bestaat er geen objectieve vergelijkbaarheid als het buitenlandse inkomen niet in de belastingheffing bij de vennootschap wordt betrokken. Dat is een heel interessante opmerking. Het Hof heeft er sedertdien, met name in Keller, geen blijk van gegeven wat dat betreft door de wind te gaan. Geelhoed heeft in ieder geval heel interessante hoofdlijnen op tafel gelegd. Ik ben heel benieuwd of het Hof er na de zomer blijk van geeft zich iets aan te trekken van zijn conclusies. Hij zal het zelf in die functie overigens niet meer aanhoren, aangezien hij binnenkort aftreedt.

De minister is zich natuurlijk zeer goed bewust van de Europeesrechtelijke gevoeligheid van de voorstellen en van datgene wat er op het ogenblik überhaupt aan wetgeving is. Hij zegt in het meest recente stuk ook dat hij de zaak heeft doorgelicht en wellicht tot de conclusie is gekomen dat er nog wat meer twijfelgevallen bestaan maar dat hij toch het, naar ik aanneem berekende, risico neemt om de zaak uit te procederen. Uiteraard hoor ik dat met plezier.

Achter zowel art. 10a als de nieuwe deelnemingsvrijstelling zit in belangrijke mate de eis van 10% van de naar Nederlandse maatstaven bepaalde winst. Daarbij wordt meegewogen dat de openbare sector in het buitenland wel eens kleiner zou kunnen zijn, of op een andere manier worden gefinancierd. Het moet helemaal naar Nederlandse maatstaven, waarbij dan ook nog eens fijntjes wordt opgemerkt dat wij natuurlijk wel de rente- en royaltybox buiten beschouwing moeten laten. Anders zou het wel eens vervelende consequenties kunnen hebben. Op zich zijn het toch wel heel bijzondere zaken. Die 10% is, afgezien van een enkel oost-Europees land, geen tarief dat als algemeen tarief voorkomt. Het is duidelijk gericht tegen bijzondere regimes in het buitenland wat betreft de deelnemingsvrijstelling. Dat geldt eigenlijk ook voor art. 10a. Het is op zich een beetje vloeken in de kerk, want in het Europees recht wordt toch over het algemeen aangenomen dat de heffing naar de winst in een andere lidstaat gewoon als een gegeven moet worden beschouwd. Er is sprake van equivalence van de belastingheffing in de andere lidstaat. Dat komt voor de belastingheffing niet uit de lucht vallen. Het is al een heel oude doctrine bij de vrijheid van goederenverkeer maar ook recente vennootschapsrechtelijke beslissingen gaan ervan uit. Denk aan Centros en Spire Art. Wij nemen in feite toch aan dat het ook binnen de fiscaliteit geldt. Er zijn ook aanwijzingen voor. Je kunt zeggen dat Bosal er een van is. Er zijn echter ook andere recente beslissingen waarin het coherentiebeginsel werd uitgebreid tot de coherentie die kon worden gelegd met belastingheffing in een andere lidstaat. De samenhang bestond er op het communautaire niveau in plaats van op het typische lidstaatniveau.

Wat is de toelaatbaarheid van hetgeen nu wordt ingevoerd? Het lijkt mij duidelijk dat als een nationale maatregel dat concept niet aanvaardt sprake is van een belemmering. Wij spreken dus over de vraag of er een rechtvaardigingsgrond is voor die belemmering. Er wordt

dan gesproken van belastingontwijking, bijvoorbeeld door de minister. Het is de vraag wat de kracht is van een dergelijke rechtvaardigingsgrond. Hij komt wel voor in de bijna rituele opsomming van rechtvaardigingsgronden bij het Hof maar in feite wordt het afgedaan als een budgettaire argument en het Hof is tot nu toe - laten wij echter Cremona afwachten - niet erg gevoelig gebleken voor budgettaire argumenten. Daar komt echter Marks & Spencer. Het arrest Marks & Spencer voert een gecombineerde rechtvaardigingsgrond aan. Het Hof neemt drie rechtvaardigingsgronden waarvan het zelf zegt dat zij ieder op zich beschouwd niet voldoende zijn om de belemmering te rechtvaardigen. De combinatie levert in de ogen van het Hof echter wel een publiek belang als rechtvaardigingsgrond voor die maatregel op. Dat wordt door sommigen gezien als een blijk dat het Hof belastingontwijking als rechtvaardigingsgrond aanvaardt. Ik denk niet dat dit zo is. Wie kan echter met zekerheid hierover iets zeggen! Ik denk niet dat dit zo is omdat het werd aanvaard in combinatie met de andere rechtvaardigingsgronden. Ik denk dat het Hof wel degelijk zeer kritisch zal kijken.

Met Cadbury Schweppes, een pending zaak, komen wij een stuk dichterbij. Zoals bekend betreft het Engelse CFC-wetgeving. De advocaat-generaal, Léguère, zei dat belastingontwijking als rechtvaardigingsgrond eigenlijk alleen kan worden aanvaard indien de anti-ontgaanswetgeving zich richt op volledig kunstmatige arrangementen. Dat moet dan van geval tot geval worden getoetst, mijns inziens in ieder geval een tegenbewijsregeling. Bij *volledig kunstmatig* behoort in de opvatting van de AG in ieder geval niet de wens tot belastingbesparing. Hij acht dat een niet relevant criterium. Het gaat erom dat er kunstmatigheid bestaat als er totaal geen of zeer matige *substance* aanwezig is, als er geen diensten worden verricht, d.w.z. de competenties van de werknemers om die diensten te verrichten ontbreken, en als er geen economische waarde wordt toegevoegd, wat bijna hetzelfde is. Volgende week dinsdag, 12 september, wordt uitspraak gedaan in Cadbury Schweppes. Wij weten dan meer over wat het Hof zal zeggen van de redenering van de advocaat-generaal. Nu kunnen wij alleen de criteria die hij toepast loslaten op wetsvoorstel zoals dat voor ons ligt. In art. 13 (10) Vpb wordt het nieuwe criterium aangelegd dat bezittingen van het lichaam grotendeels uit beleggingen bestaan. De vraag is wat wij daarmee moeten. Het is weinig genuanceerd en er is geen tegenbewijs mogelijk. Je zou kunnen zeggen dat een moneybox een volledig kunstmatig arrangement is. Beleggen in het buitenland? Het is mogelijk maar ik heb mijn twijfels. In art. 13, lid 1, is sprake van een uitbreiding tot de financieringsmaatschappij. Die wordt alleen vrijgesteld als zij actief is. Dat wordt uit de doeken gedaan in het uitvoeringsbesluit Wet Vpb. Het is zeer de vraag of de eisen die daar worden genoemd in overeenstemming zijn met de criteria die de advocaat-generaal aanlegt. Mijns inziens legt de wetgever de lat wat hoger. Gesteld wordt dat geen discriminatie plaatsvindt doordat binnenlandse passieve financieringsmaatschappijen na de recente wijziging van het wetsvoorstel eveneens zijn uitgesloten. Na hetgeen Hans van Horzen heeft verteld behoef ik daar eigenlijk niet meer op in te gaan. De vergelijking tussen de passieve buitenlandse financieringsmaatschappij en de binnenlandse passieve financieringsmaatschappij is waarschijnlijk loos, omdat een financieringsmaatschappij die in Nederland is gevestigd zich de facto niet zal richten op het Nederlandse bedrijfsleven maar zich uitsluitend zal bezighouden met buitenlandse financieringen. De vergelijkbaarheid laat mijns inziens dan ook zeer te wensen over.

De minister zegt nog dat de moeder-dochterrichtlijn hem de vrijheid geeft om de creditmethode toe te passen als hij geen deelnemingsvrijstelling wil geven. Die richtlijn geeft de minister natuurlijk niet de vrijheid om met secundair Europees recht primair EG-recht opzij te schuiven. Het zal dus gaan om een keuze tussen toepassing van de creditmethode across the line en de vrijstellingsmethode. Peter Wattel heeft in een recent artikel de vraag aan de orde gesteld of de verrekenmethode die wordt ingevoerd proportioneel is. Als de grens bij belastingontwijking bij 10% ligt, kun je je afvragen of een bijheffing tot 25,5% niet

buitenproportioneel is. Zoals u weet kunnen belemmerende maatregelen wel gerechtvaardigd zijn maar moeten zij in de rechtspraak van het Hof wel proportioneel blijven.

Art. 10a wordt kennelijk ook van toepassing geacht op actieve financieringsmaatschappijen. Als wij daarop de criteria van de AG loslaten, rijzen al onmiddellijk grote vraagtekens als de actieve financieringsmaatschappij in de EU is gevestigd. De omstandigheid dat de financieringsmaatschappij licht is belast is op zich natuurlijk geen argument. Dat blijkt overduidelijk uit Eurowings, waar de Ierse lessor onder het IFC-regime was onderworpen aan zeer lage belastingheffing. Dat argument werd door het Hof niet relevant geacht. Er werden ook geen "tegenmaatregelen" toegestaan. Je mag een voordeel dat een andere lidstaat biedt unilateraal niet even wegnemen.

Je kunt je daarnaast afvragen in hoeverre de stelling van de minister dat het met art. 10a Europeesrechtelijk wel goed zit omdat het zich richt op volstrekt kunstmatige arrangementen juist is. Art. 10a werd wel de codificatie van de fraus-legisrechtspraak van de Hoge Raad genoemd maar het heeft zich daar duidelijk buiten begeven. Zelfs in dit wetsontwerp wordt in een nieuw lid 2 nog eens een poging gedaan om de Hoge Raad (BNB 2005/304) te overrulen. Voor zover art. 10a wel de codificatie vormt van fraus-legisrechtspraak van de Hoge Raad en ook tegenbewijs mogelijk is voor de zakelijkheid van de transactie kun je je nog afvragen, of de fraus-legisrechtspraak die indertijd is geweest wel conform het Europees recht is. Ik heb er mijn twijfels bij of het lenen van geld om het dividend uit te keren aan je moedermaatschappij vanuit Europees perspectief als een volstrekt kunstmatige transactie kan worden gezien. Je kunt je het nog enigszins voorstellen onder de oude fraus-legisrechtspraak, toen er nog geen backstop was in de vorm van thin capitalizationwetgeving zoals wij die nu kennen. Als die backstop er echter is en de Nederlandse dochtermaatschappij op arm's lengthbasis is gefinancierd, zie ik eerlijk gezegd niet in hoe binnen Europese context een halt kan worden toegeroepen aan al dan niet min of meer kunstmatige vervanging van eigen door vreemd vermogen. Het probleem is natuurlijk dat de verdragen er niet in voorzien. Je krijgt ook binnen het netwerk van bilaterale verdragen van Europese lidstaten natuurlijk snel dubbele belastingheffing, omdat het in het andere land gewoon niet zal worden erkend. Men zal zich beroepen op art. 9. Als je dat goedwillend leest kun je zeggen dat het de mogelijkheid biedt om niet arm's lengthfinancieringen binnen de groep te herstellen, wat dan ook zal moeten leiden tot competent authority-overleg en wellicht arbitrage. Eenvoudige toepassing van art. 10a omdat wij iets als misbruik beschouwen zal echter niet snel tot spiegelbeeldsituatiecorrectie leiden in de andere lidstaat. Je eindigt derhalve ook binnen de Europese verhoudingen snel met dubbele belastingheffing. In zijn laatste conclusie, de thin capitalizationconclusie, heeft Geelhoed nog aandacht besteed aan de rol van de belastingverdragen tussen de lidstaten. Terzijde merk ik nog op dat de thin capitalization zoals die in Nederland is op zijn minst toch ook de tegenbewijsmogelijkheid zal moeten hebben, wil deze kunnen sporen met het Europees recht. Geelhoed is daarin heel duidelijk. In die zin is ook de tegenbewijsmogelijkheid in Nederland niet in de haak.

Ik ga snel door naar de rente- en royaltyboxen. The code of conduct, staatssteun speelt natuurlijk een grote rol. Je zou haast zeggen: als de rentebox niet onder Primarolo valt, wat valt er dan in hemelsnaam nog wel onder. Het is een in hoge mate politiek proces, waarover nauwelijks iets zinnigs valt te zeggen. Via Ecofinoverleg van de ministers van Financiën heeft Nederland wel veiliggesteld dat als Frankrijk zo'n royaltybox mocht hebben, Hongarije er natuurlijk ook een mocht hebben. Uiteraard was dat een opstapje om zeker te stellen dat ook Nederland een royaltybox mag hebben.

Staatssteun is in redelijke mate eveneens een politiek proces. Na het debacle met de groepsfinancieringsmaatschappij is de minister evenwel zo verstandig geweest om in ieder geval aan de Commissie een beschikking te vragen dat er geen sprake is van staatssteun. Het wetsontwerp is op die onderdelen aangemeld. Wat de rentebox betreft moeten wij ons hart

vasthouden. Prof. Luja wijst er na het schrijven van de Commissie aan Luxemburg dat de 1929 holdingvennootschappen wel degelijk selectief moeten worden beschouwd in de zin van de staatssteunbepaling in het Weekblad terecht op dat dit weinig voorspelt voor de rentebox. De rentebox is des te kwetsbaarder omdat het er niet inziet dat als er sprake is van staatssteun, deze vervolgens door de Commissie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt. Zoals bekend heeft de Commissie vrij grote bevoegdheden op dat terrein om op basis van de overigens limitatief opgesomde gronden van art. 87, lid 3, een maatregel die staatssteun behelst verenigbaar te verklaren met de Europese markt. Dat zit er bij de royaltybox natuurlijk wat meer in doordat die zich nu eenmaal wat meer richt op R&D en innovatie, zaken die hoog op de Lissabonagenda staan. Het is op een paar plekken ook opgenomen in het EG-verdrag zelf, zodat het best mogelijk is dat de Commissie de royaltybox verenigbaar verklaart met de gemeenschappelijke markt. Het is twijfelachtig of de box wordt aangemerkt als staatssteun. De mededeling van de Commissie uit 1998 maakt namelijk wat schuchter een uitzondering voor research and development.

Daarmee zijn wij er niet. Er wordt vaak over het hoofd gezien dat er ook nog zoiets is als de fundamentele vrijheden. De grens tussen staatssteun en fundamentele vrijheden is bijzonder lastig te trekken. Bovendien schuift die grens waarschijnlijk voortdurend. De bepalingen hebben in feite dezelfde doelstellingen: zij proberen alletwee het creëren van een gemeenschappelijke markt te bevorderen door het wegnemen van belemmeringen, inclusief concurrentievervalsingen. Er is derhalve potentieel een behoorlijk grote overlap tussen beide groepen van bepalingen. In de recente uitspraak van het Hof zie je dat men meer geneigd is om te kiezen voor de fundamentele vrijheden, omdat het leidt tot een meer effectieve uitvoering van de gemeenschapsbepalingen, doordat de fundamentele vrijheden direct toepasbaar zijn. Iedere burger kan bij zijn nationale rechter gaan klagen over bepalingen in zijn eigen lidstaat of andere lidstaten. Dat maakt ze ook veel gemakkelijker te handhaven. Een nadeel ten opzichte van de staatssteun is overigens weer dat zij niet terugwerken. Als een vorm van een bijzonder regime geacht wordt in strijd te zijn met de fundamentele vrijheden geldt dat er vanaf het moment van het van kracht worden van het vonnis een einde komt aan de pret. Bij staatssteun moeten zoals bekend de voordelen helemaal worden teruggegeven.

Dan komen de volgende vragen. Zitten wij veilig wat betreft de fundamentele vrijheden als de Commissie geen staatssteun constateert? Waarschijnlijk wel. Het Hof laat de Commissie eigenlijk grote vrijheid om dat te bepalen. Het is echter bepaald niet zeker. Stel dat wordt geconstateerd dat de royaltybox staatssteun is maar desniettemin verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt, kan je concurrent dan nog naar de rechter rennen met de opvatting dat de verenigbaarverklaring een belemmering van de vrijheden inhoudt en derhalve verboden dient te worden. De Commissie heeft grote vrijheid om staatssteun verenigbaar te verklaren maar het Hof sluit in de beslissing-Nigard niet uit dat de nationale rechter vervolgens toch kan toetsen aan de fundamentele vrijheden, met name als aspecten die de fundamentele vrijheden typisch raken in de afweging bij de verenigbaarverklaring door de Commissie over het hoofd zijn gezien. Met Primarolo en staatssteun zijn wij er dus nog niet helemaal.

Ik kom bij een laatste interessant punt. Van de royaltybox is sprake als de immateriële activa door de vennootschap zelf worden voortgebracht. VNO-NCW heeft gevraagd of men het niet kon beperken tot het voortbrengen in Nederland van die immateriële activa. Dat zou funest kunnen zijn. Ik ga even uit van het scenario dat sprake is van staatssteun maar deze verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt. De commissie zegt om te beginnen al dat als staatssteun bestaat maar het bijzondere (octrooi) regime een schending is van de fundamentele vrijheden zij dit in principe al niet verenigbaar zal verklaren. Je ziet dan eigenlijk geen mogelijkheid meer om het verenigbaar te verklaren. Was dat plan doorgegaan, dan zou het dodelijk zijn geweest. Er zit ook wel een hint in een van de eerste

stukken van de minister dat het mogelijk een conflict met het Europees recht naar voren brengt. Daarom is het in het laatste stuk ook van belang dat contract-R&D is geaccepteerd als: zelf voortbrengen. Die contractarm kan dan ook overal in de Europese Unie worden uitgevoerd. Doet men dat niet, dan zit men rechtstreeks in de fundamentele vrijheden en in de case van de Laboratoires Fournier en zal het Hof de hele zaak strijdig verklaren.

Ten slotte wil ik iets zeggen over de dividendbelasting en de wijzigingen daarin. Dienaangaande zijn ook een paar interessante ontwikkelingen waar te nemen. Er is een verruiming van de inhoudingsvrijstelling voor 5%-deelnemingen gehouden door moederverenootschappen in andere lidstaten in het wetsontwerp opgenomen alsmede een teruggaveregeling voor de vrijgestelde rechtspersonen, zoals pensioenfondsen. Daar is een brief van de Commissie overheen gekomen - het heeft elkaar bijna gekruist - waarin een aantal landen, waaronder Nederland, de wacht wordt aangezegd en aangekondigd dat zij hun dividendbelasting moeten aanpassen, met name voor twee situaties die worden genoemd. De Commissie beperkt het niet, zoals nu in het wetsontwerp gebeurt, tot EU-lidstaten maar breidt het uit tot de Europese economische ruimte. Eigenlijk dient het wetsontwerp dus ook tot die landen te worden uitgebreid. Waar ligt nu de problematiek wat betreft de EG-rechtelijke aspecten van de dividendbelasting? Een al lang aanvaard uitgangspunt van het Europees Hof is het same country same treatment principle. Een buitenlandse moeder dient, eenvoudig gezegd, hetzelfde te worden behandeld als een binnenlandse moeder. Dat gaat terug naar de eerste zaak, die van Metallgesellschaft Hoechst. Die betrof het ACT-regime zoals dat toen nog bestond in het Verenigd Koninkrijk, waarbij een UK-dochter van een buitenlandse, in dit geval natuurlijk Duitse, moeder niet in het election scheme kon worden opgenomen. Ik zal u de details besparen maar het kwam erop neer dat dit een cashflownadeel creëerde in vergelijking met een UK-moeder van een UK-dochter. Het Hof zei dat dit niet mocht en dit is in feite ook toepassing van hetzelfde same country same treatment principle. Het interessante is dat dit mogelijk doorwerkt naar art. 24, lid 5, OESO-model. Vorige maand zijn er twee uitspraken geweest van het UK High Court en het UK Court of Appeals waarbij ook nog met restanten van de ACT-wetgeving werd geworsteld. Het interessante was dat het verdragen betrof met respectievelijk de Verenigde Staten en Zwitserland en dat het Hof, verwijzend naar de overwegingen van het Hof van Justitie in Metallgesellschaft Hoechst, oordeelde dat art. 24, lid 5, zo diende te worden opgevat dat ook Amerikaanse en Zwitserse moederverenootschappen van dat voordeel gebruik dienden te kunnen maken en dus geen cashflownadeel mochten hebben. Je ziet dus nu - het Bundesfinanzhof is daarin een aantal jaren geleden voorgegaan - dat in de interpretatie van art. 24, lid 4, het non-discriminatiebeginsel in de bilaterale verdragen, redeneringen van het Hof van Justitie doorwerken. Het zou interessant zijn te zien hoe in een spiegelbeeldige situatie de Amerikaanse of de Zwitserse rechter zou redeneren.

Ik denk dat die twee beslissingen onvermijdelijk doorwerken naar de dividendbelasting. Is die redenering juist dan betekent dit dat ook de verruiming van de inhoudingsvrijstelling moet doorwerken naar moederverenootschappen. Het interessante is dat de Engelse rechters in hun uitspraak over art. 24, lid 5, alleen keken naar de positie van de dochterverenootschap, omdat de woorden in het verdrag zo specifiek op de dochter zijn gericht. Dit brengt mij op het laatste onderwerp, het effect van belastingverdragen op het voorkomen van dubbele belasting in de woonstaat. Tot nu toe - ik verwijs naar Fokus - werd dat van geen belang geacht. De vraag of en, zo ja, in hoeverre het discriminatie-effect van het feit dat een bronstaat discrimineerde werd weggenomen door de woonstaat achtte het Hof niet van belang. Dat was een beslissing van het EFTA-court. In Bouanich komt het Hof daarop terug en noemt het wel het effect van de belastingverdragen als iets wat van belang kan zijn. Geelhoed zegt in het kader van Denkavit II dat er inderdaad naar moet worden gekeken. De bronstaat kan dus door middel van een verdrag regelen dat de woonstaat de discriminatoire

effecten die de bronstaat oproept, wegneemt. Anderzijds betekent dit wellicht weer dat de wijziging van de inhoudingsvrijstelling die nu wordt voorgesteld te vroeg is gegeven. Als het juist is moet je namelijk de positie van de woonstaat voortdurend betrekken in je oordeel of sprake is van discriminatie en of de inhoudingsvrijstelling wellicht toch op haar plaats is.
(Applaus)