

Is de Nederlandse dividendbelasting Europeesrechtelijk gezien nog wel houdbaar?

Position paper d.d. 12 december 2017 t.b.v. rondetafelgesprek Dividendbelasting d.d. 14 december 2017

Prof.dr.mr. Daniël S. Smit¹

1. Inleiding

Afschaffen dividendbelasting: wel of niet doen? Deze vraag is de afgelopen tijd veelvuldig onderwerp van debat geweest. Er bestaat op dit moment vanuit politiek, praktijk en wetenschap bezien geen consensus over het antwoord op deze vraag.

Wat in het debat echter onderbelicht is gebleven, is de vraag: is de dividendbelasting op termijn nog wel houdbaar in het licht van het recht van de Europese Unie? Kenmerk van de dividendbelasting is namelijk dat deze in de basis discriminerend is, in de zin dat feitelijk alleen buitenlandse beleggers er tegenaan lopen. Nederlandse beleggers kunnen de dividendbelasting terug krijgen. Binnen de Europese Unie geldt er een fundamentele regel die zegt dat Nederland buitenlandse beleggers niet zwaarder mag belasten dan vergelijkbare binnenlandse (Nederlandse) beleggers. Dit is echter wel wat de dividendbelasting in de basis doet, zowel binnen concernverband als op het niveau van de achterliggende beleggers die in een concern investeren (de uiteindelijke aandeelhouders).

2. Dividendbelasting binnen concernverband: trend van geleidelijke afbouw, maar strenger in misbruikgevallen

De afgelopen 10 jaar heeft het Hof van Justitie EU een flink aantal zaken beslist op het vlak van de dividendbelasting. In eerste instantie ging het daarbij vooral om dividendbetalingen binnen de EU die tussen (Europese) concernonderdelen van dezelfde multinational worden verricht. Betalingen dus die nog niet aan de achterliggende beleggers ten goede komen. De boodschap van het Hof is helder: als binnenlandse (Nederlandse) bedrijven in dit soort gevallen zijn vrijgesteld van dividendbelasting, dan hebben multinationals binnen de EU ook recht op een vrijstelling omdat er anders alleen bij die laatste groep dubbele belastingheffing zou ontstaan.

Om het beeld compleet te maken: er zijn een paar uitzonderingen. Nederland mag bijvoorbeeld toch heffen als de Nederlandse dividendbelasting in het andere land met de lokale belasting verrekend kan worden op basis van afspraken die Nederland met dat land heeft gemaakt. Dit is begrijpelijk, omdat Nederland anders feitelijk de buitenlandse schatkist zou vullen. Verder mag Nederland ook heffen in misbruiksituaties. Misbruik kan zich, bijvoorbeeld, voordoen als sprake is van een buitenlandse brievenbusmaatschappij die geen eigen economische activiteit uitoefent en door het concern is opgericht met als doel om geen Nederlandse dividendbelasting te betalen. In de praktijk speelt dit vooral bij multinationals van buiten de Europese Unie. Die kunnen besluiten om zich als het ware om te vormen tot een Europese multinational, bijvoorbeeld door een Europese rechtsvorm te kiezen of door een Europese brievenbusvennootschap op te richten. In dit soort misbruikgevallen mag Nederland dividendbelasting blijven heffen. Sterker, onlangs is Europese regelgeving aangenomen die Nederland met ingang van 2016 zelfs verplicht om in sommige misbruikgevallen dividendbelasting te heffen. Bezien vanuit het

¹ Bijzonder hoogleraar "Corporate Finance and Corporate Taxation", Tilburg University; tevens werkzaam bij EY Amsterdam.

uitgangspunt van eerlijke concurrentie valt voor een verplichte dividendbelasting in misbruiksituaties overigens veel te zeggen.²

Nederland heeft de afgelopen jaren de dividendbelasting meerdere keren aangepast om ervoor te zorgen dat de vrijstelling voor alle multinationals binnen de EU en sommige landen daarbuiten (Noorwegen, IJsland en Liechtenstein) geldt. Vanaf 2018 wordt deze vrijstelling verder uitgebreid tot multinationals uit niet-EU landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten waarin afspraken zijn gemaakt over dividendbetalingen. Tegelijkertijd wordt de bestaande antimisbruikbepaling op diverse onderdelen aangescherpt.

Wat de dividendbelasting ten laste van multinationals zelf betreft, valt er over de afgelopen 10 jaar dus een trend waar te nemen van afbouw, die deels wordt ingegeven door de Europese rechtspraak. Tegelijkertijd worden misbruikgevallen sinds een aantal jaar juist strenger aangepakt, wat deels wordt ingegeven door nieuwe Europese regelgeving.

3. Dividendbelasting van achterliggende beleggers in een concern: opnieuw trend van geleidelijke afbouw maar nog steeds een kwade wolk boven de dividendbelasting

De afgelopen jaren is in de rechtspraak de focus verschoven van de Europese multinationals zelf naar de achterliggende beleggers in deze multinationals. Denk daarbij aan buitenlandse pensioenfondsen, verzekeraars en collectieve beleggingsfondsen met aandelen in bijvoorbeeld Shell, AkzoNobel of Unilever. Ook voor deze groep geldt dat binnenlandse (Nederlandse) beleggers de Nederlandse dividendbelasting terug kunnen krijgen, terwijl buitenlandse beleggers dat vaak niet kunnen. Opnieuw is dit Europeesrechtelijk kwetsbaar. Ook buiten de EU gevestigde beleggers kunnen in dit geval de bescherming inroepen van het Europese verbod op fiscale discriminatie. Het fiscale discriminatieverbod werkt in deze gevallen dus mondiaal.

Als gevolg van de Europese jurisprudentie heeft Nederland de dividendbelasting voor buitenlandse particuliere en institutionele beleggers de afgelopen jaren al een aantal keer moeten aanpassen. Zo hebben buitenlandse pensioenfondsen, net als Nederlandse pensioenfondsen, onder vergelijkbare omstandigheden thans recht op een volledige terugbetaling van Nederlandse dividendbelasting. Ook bijvoorbeeld sovereign wealth funds betalen doorgaans geen Nederlandse dividendbelasting meer.

Op dit moment loopt er een aantal procedures bij het Hof van Justitie. Deze zaken zijn aangespannen door buitenlandse collectieve beleggingsfondsen die claimen dat zij, net als Nederlandse beleggingsfondsen, recht hebben op terugbetaling van de Nederlandse dividendbelasting. Deze zaken zijn representatief voor vele honderden vergelijkbare Nederlandse zaken die op dit moment lopen waarbij het in totaal om vele tientallen miljoenen gaat. Mocht Nederland deze rechtszaken verliezen, dan zou dat kunnen betekenen dat Nederland in een groot aantal gevallen geen dividendbelasting meer mag heffen van buitenlandse beleggingsfondsen.

Deze discriminatie zou je vervolgens op twee manieren kunnen oplossen. Ofwel door ook dividendbelasting te gaan heffen bij binnenlandse, Nederlandse beleggers. Ofwel door de dividendbelasting ook voor buitenlandse beleggingsfondsen af te schaffen. De eerste optie lijkt geen

² Zie voor een voorstel daartoe: D.S. Smit, Freedom of Investment between EU and Non-EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union, dissertatie Tilburg University, 2011, blz. 830 e.v.
< https://pure.uvt.nl/ws/files/5897717/Smit_freedom_02_12_2011_emb_tot_01_09_2013.pdf>.

aantrekkelijke: Nederland zou zijn "eigen" beleggers net zo nadelig gaan behandelen als buitenlandse beleggers. Het zou een stap terug betekenen, een anathema voor de Europese interne markt, die alleen tot verliezers zou leiden. Dan kom je uit bij de tweede optie: afschaffing van de dividendbelasting voor buitenlandse collectieve beleggingsfondsen. En omdat deze buitenlandse fondsen een aanzienlijk deel van de dividendbelasting voor hun rekening nemen, zou deze optie feitelijk neerkomen op een grote stap in de richting van afschaffing van de dividendbelasting.

4. Conclusie

De vraag die centraal staat in dit position paper is niet zozeer of de dividendbelasting moet worden afgeschaft, maar of deze nog wel houdbaar is in het licht van het recht van de Europese Unie. Europeesrechtelijk gezien hangt er een soort kwade wolk boven de dividendbelasting. Mocht Nederland de lopende rechtszaken verliezen, dan lijkt afschaffing van de dividendbelasting dichtbij. Dat zou passen in de trend van geleidelijke afbouw van de Nederlandse dividendbelasting welke zich over de afgelopen 10 jaar heeft afgetekend. Tegelijkertijd staat het Europese recht het bestrijden van misbruikgevallen toe en verplicht het daar in sommige gevallen zelfs toe. Afschaffing van dividendbelasting in reële gevallen, handhaving ervan in misbruikgevallen; dat lijkt de richting te zijn waarin de Europese rechtspraak en regelgeving zich ontwikkelt. Dit is ook de insteek van het kabinet, hoewel het Europese recht niet met zo veel woorden is genoemd in de overwegingen om de dividendbelasting af te schaffen.