No.W06.21.0370/III 's-Gravenhage, 13 april 2022

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij brief van 8 december 2021 van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de vierde nota van wijziging op het voorstel van wet van het lid Van der Lee tot wijziging van de Wet op de dividendbelasting 1965 en enkele andere belastingwetten in verband met de invoering van een conditionele eindafrekening (Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting), met toelichting.

Deze vierde nota van wijziging wijzigt het initiatiefwetsvoorstel van het Tweede Kamerlid Van der Lee tot wijziging van de Wet op de dividendbelasting 1965 en enige andere belastingwetten in verband met de invoering van een conditionele eindafrekening (Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting).

De belangrijkste wijzigingen in deze vierde nota van wijziging zijn:

1) de (her)introductie van een vestigingsplaatsfictie in de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting voor naar buitenlands recht opgerichte lichamen,

2) de conditionele eindafrekening dividendbelasting is alleen van toepassing bij vertrek naar een staat buiten de EER en de EU die geen dividendbelasting kent of die een step-up geeft bij binnenkomst,

3) de introductie van een imperatieve inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting voor aandeelhouders die woonachtig of gevestigd zijn in niet-verdragslanden[[1]](#footnote-1) buiten de EER en de EU,

4) het voorstel werkt terug tot 8 december 2021, 09.00 uur.

Kernboodschap

Het wetsvoorstel Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting is meerdere malen zeer ingrijpend gewijzigd. Ook heeft het wetsvoorstel inmiddels vijf verschillende momenten van inwerkingtreding gekend. Deze procedure draagt niet bij aan de leesbaarheid en kenbaarheid van het wetsvoorstel, beperkt een gedegen en afgewogen parlementaire behandeling en bemoeilijkt de toepassing in de praktijk.

Daarnaast zijn de rechten en plichten van belastingplichtigen niet duidelijk. Dit geldt onder andere voor de bevoegdheid voor de vennootschap de exit-heffing te verhalen op de aandeelhouders, de verenigbaarheid met het Unierecht en de rechtsbescherming van de aandeelhouders. De Afdeling plaatst vraagtekens bij de toegevoegde waarde van de uitbreiding van de woonplaatsfictie in de vennootschaps- en dividendbelasting. De verhouding van de uitbreiding van de vestigingsplaatsfictie tot de vereiste goede verdragstrouw blijft onbesproken.

De uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel is voor zowel de vennootschap als de aandeelhouders problematisch. Voor de toepassing van de imperatieve inhoudingsvrijstelling rust op de vennootschap de bewijslast van de woon- respectievelijk vestigingsplaats van de aandeelhouders. Beursgenoteerde vennootschappen weten niet wie de aandeelhouders zijn, zodat praktisch niet aan de bewijslast en de overige verplichtingen uit het voorstel kan worden voldaan.

Het voorstel werkt terug tot en met 8 december 2021, 09:00 uur. Nog los van de opmerkingen die de Afdeling eerder hierover heeft gemaakt, ontbreekt in de toelichting een afdoende zelfstandige afweging voor deze terugwerkende kracht.

Uit de optelsom van al deze elementen volgt dat over de vierde nota van wijziging niet positief kan worden geadviseerd.

1. Achtergrond en tijdlijn

Het oorspronkelijke wetsvoorstel Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting is op 10 juli 2020 door initiatiefnemer Snels ingediend bij de Tweede Kamer.[[2]](#footnote-2) Op 2 september 2020 heeft de Afdeling aangegeven ernstige bezwaren tegen het initiatiefvoorstel te hebben en heeft zij geadviseerd het voorstel niet in behandeling te nemen.[[3]](#footnote-3) De initiatiefnemer heeft het voorstel vervolgens bij nota van wijziging aangepast en daarbij meer nieuwe aanpassingen aangekondigd.[[4]](#footnote-4) De Afdeling heeft op 30 september 2020 over deze nota van wijziging geadviseerd. Zij heeft wederom geadviseerd deze niet in behandeling te nemen.[[5]](#footnote-5)

Vervolgens heeft de initiatiefnemer op 9 oktober 2020 een fors gewijzigd voorstel van wet ingediend.[[6]](#footnote-6) Op 12 maart 2021 is een nota van wijziging ingediend.[[7]](#footnote-7) Op 26 oktober 2021 is een tweede nota van wijziging ingediend waarin de in het voorstel opgenomen terugwerkende kracht wordt geschrapt.[[8]](#footnote-8) Kamerlid Van der Lee heeft de verdediging van het initiatiefwetsvoorstel op 15 november 2021 overgenomen.[[9]](#footnote-9) In de derde nota van wijziging van 15 november 2021 wordt vervolgens opnieuw terugwerkende kracht aan het voorstel toegekend.[[10]](#footnote-10)

De voorliggende vierde nota van wijziging betekent wederom een ingrijpende wijziging van het voorstel. Kort samengevat, zijn de belangrijkste wijzigingen:

1. een (her)introductie van een vestigingsplaatsfictie in de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting voor naar buitenlands recht opgerichte lichamen,
2. de conditionele eindafrekening dividendbelasting is alleen van toepassing bij vertrek naar een staat buiten de EER en de EU die geen dividendbelasting kent of die een step-up geeft bij binnenkomst,
3. de introductie van een inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting voor aandeelhouders die woonachtig zijn in niet-verdragslanden buiten de EER en de EU,
4. het voorstel werkt terug tot en met 8 december 2021, 09.00 uur.

2. Inleiding en inkadering advies

De kern van het voorstel houdt in dat een in Nederland gevestigde vennootschap die vertrekt naar een kwalificerende staat, voor de heffing van dividendbelasting wordt geacht al haar winstreserves te hebben uitgekeerd voor zover die winstreserves meer bedragen dan € 50 miljoen.[[11]](#footnote-11) Over dat meerdere is bij vertrek via een fictieve inhouding 15% dividendbelasting (exit-heffing) verschuldigd, behalve voor zover de voorgestelde imperatieve inhoudingsvrijstelling van toepassing is.

Deze exit-heffing is gebaseerd op de dividendbelastingclaim die Nederland naar mening van de initiatiefnemer heeft. Hij stelt dat Nederland een gerechtvaardigde dividendbelastingclaim heeft op de nog niet uitgedeelde winstreserves van een (top)vennootschap, “gelet op de aan de heffing van de dividendbelasting ten grondslag liggende «basisconceptie» in combinatie met een territoriale component”.[[12]](#footnote-12)

In haar advies van 2 september 2020 heeft de Afdeling opgemerkt dat zij zich bewust is van het maatschappelijke en politieke debat over de belastingheffing van multinationals en dat het de wetgever vrij staat de wetgeving ter zake te wijzigen, maar dat de wetgeving wel moet voldoen aan beginselen zoals zorgvuldigheid en rechtszekerheid en niet in strijd mag zijn met hogere regels als verdragen of het Unierecht. Zij vond dat onvoldoende is gemotiveerd dat sprake zou zijn van de door de initiatiefnemer gestelde dividendbelastingclaim.[[13]](#footnote-13)

In haar eerdere adviezen van 2 en 30 september 2020 heeft de Afdeling ook opmerkingen gemaakt over onder andere de verhouding tot belastingverdragen, verenigbaarheid met het Unierecht, woonplaatsfictie en terugwerkende kracht. Gelet op de ingrijpende stelselwijziging voor de dividendbelasting die het voorstel ook na de vierde nota van wijziging inhoudt, alsmede de vele wijzigingen in de voorgestelde opzet acht de Afdeling bijzondere aandacht voor deze aspecten onverkort van belang. Daartoe verwijst zij naar haar eerdere adviezen. De Afdeling is in het bijzonder nog niet overtuigd van het bestaan van een dividendbelastingclaim op nog-niet uitgekeerde winsten.

In de onderdelen 3 en 4 gaat de Afdeling achtereenvolgens in op de wetgevingskwaliteit en de uitvoerbaarheid van het voorstel. In onderdeel 5 gaat de Afdeling, zonder uitputtend te zijn, op hoofdlijnen in op enkele specifieke aandachtspunten bij het voorstel.

3. Wetgevingskwaliteit

Zoals volgt uit hetgeen is vermeld onder de achtergrond en tijdlijn, is het (spoed) initiatiefwetsvoorstel vanaf het moment van indiening op 10 juli 2020 meerdere malen zeer ingrijpend gewijzigd, vooralsnog resulterend in het voorstel zoals dat thans luidt na de vierde nota van wijziging. Deze procedure maakt dat het voorstel slechts met heel veel moeite is te doorgronden. Zo is het bijna onmogelijk te achterhalen hoe nu precies de actuele toelichting luidt bij de huidige versie van het wetsvoorstel.

Vanuit een oogpunt van wetgevingskwaliteit is dit een ongewenste situatie, omdat dit een gedegen en afgewogen parlementaire behandeling zeer bemoeilijkt. De toegankelijkheid van een wetsvoorstel is bovendien niet alleen van belang voor de parlementaire behandeling, maar ook voor de toepassing in de praktijk. De praktijk is voor de uitleg van wettelijke bepalingen gebaat bij een heldere en toegankelijke toelichting. Publicatie van een geconsolideerde, bijgewerkte toelichting op het wetsvoorstel zoals dat luidt na de vierde nota van wijziging acht de Afdeling om die reden aangewezen.[[14]](#footnote-14)

In verband met de wetgevingskwaliteit en de in dat kader bij te werken toelichting merkt de Afdeling nog het volgende op.

De noodzakelijke kwaliteit van beleid en wetgeving brengen mee dat niet alleen het beoogde doel van een voorstel in de toelichting kenbaar wordt gemaakt, maar dat ook de doelmatigheid en doeltreffendheid van het voorstel daarin verzekerd moeten zijn. In dit verband wijst de Afdeling op haar opmerkingen in onderdeel 5, onder a en b.

Een belangrijk kwaliteitskenmerk van belastingwetgeving is ook dat de rechten en plichten van belastingplichtigen duidelijk zijn. Bij het onderhavige voorstel is dat niet het geval. De Afdeling verwijst hiervoor naar de opmerkingen in onderdeel 4 en onderdeel 5, onder d, f en g, en naar de volgende passage uit de toelichting: “Specifiek in het geval van zetelverplaatsing wijst de initiatiefnemer er op dat bij deze nota van wijziging het risico niet volledig wordt weggenomen dat de voorgestelde exit-heffing achterwege zou moeten blijven vanwege het tussen Nederland en de ontvangststaat gesloten belastingverdrag.”[[15]](#footnote-15) Uit een oogpunt van wetgevingskwaliteit moet de verhouding met hoger recht, waaronder het Unierecht, maar ook met belastingverdragen duidelijk zijn.

4. Uitvoerbaarheid van het voorstel

Het voorstel roept vragen op over de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid. Het initiatiefwetsvoorstel raakt rechtstreeks bedrijven die hun werkelijke leiding verplaatsen, aandeelhouders van die bedrijven en de Belastingdienst. De toelichting op de vierde nota van wijziging besteedt niet of nauwelijks aandacht aan de uitvoerbaarheid van het voorstel voor deze partijen, hoewel die uitvoerbaarheid problematisch lijkt.

Een belangrijk aangrijpingspunt in het voorstel is het verplaatsen van de werkelijke leiding van een lichaam uit Nederland naar een zogenoemde kwalificerende staat. Vanaf dat moment is het lichaam bij fictie nog tien jaar gevestigd in Nederland.[[16]](#footnote-16) Maar onmiddellijk voorafgaand aan dat moment is mogelijk ook de voorgestelde exit-heffing aan de orde, namelijk als het lichaam voor toepassing van het toepasselijke belastingverdrag ophoudt inwoner van Nederland te zijn.[[17]](#footnote-17) Volgens de initiatiefnemer is dat het geval als staten in een zogenoemde Mutual Agreement Procedure (MAP) vaststellen dat het lichaam voor de toepassing van het verdrag niet in Nederland is gevestigd.

Een eerste aandachtspunt is dat het precieze moment van het verplaatsen van de feitelijke leiding niet zo gemakkelijk is vast te stellen.[[18]](#footnote-18) Dat precieze moment (hierna: foto-moment) is van belang om vast te kunnen stellen wie de aandeelhouders zijn waarvan dividendbelasting moet worden geheven of waarop de voorgestelde, imperatieve inhoudingsvrijstelling (mogelijk) van toepassing is. Het is ook van belang, omdat het voorstel de inhoudingsplichtige verplicht om op het foto-moment aan die aandeelhouders kenbaar te maken dat de exit-heffing is ingehouden.[[19]](#footnote-19)

Een tweede aandachtspunt ziet op de aansluiting van de exit-heffing bij de systematiek van de dividendbelasting, waardoor de exit-heffing binnen een maand na het verplaatsen van de feitelijke leiding moet worden afgedragen. Volgens het voorstel dient de inhoudingsplichtige (het lichaam) daarnaast binnen die termijn aan de Belastingdienst een verklaring te verstrekken en opgaaf te doen van de inhouding die achterwege kan blijven.[[20]](#footnote-20) Zeker als het gaat om portfolioaandeelhouders, zal het door de inhoudingsplichtige welhaast ondoenlijk zijn om hen tijdig in beeld te hebben en hen te bewegen om binnen die termijn de voor de inhoudingsvrijstelling benodigde gegevens aan de inhoudingsplichtige te verstrekken.

In dit verband wijst de initiatiefnemer op een reeds bestaande vergelijkbare informatieverplichting in de Wet op de dividendbelasting 1965 voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling voor deelnemingsdividenden.[[21]](#footnote-21) Die vergelijking gaat echter mank. Bij deelnemingsdividenden zijn de aandeelhouders bekend, bij portfoliodividenden niet. Daarnaast moet door de inhoudingsplichtige nog worden beoordeeld of deze aandeelhouders wel de uiteindelijk gerechtigden zijn tot het exit-dividend en of de aandelen niet worden gehouden met als (een van de) hoofddoel(en) om de exit-heffing bij een ander te ontgaan en tevens sprake is van (een) kunstmatige constructie(s) of (een (reeks of samenstel van) transactie(s). Dit is, los van de beperkte termijn die de inhoudingsplichtige daarvoor heeft, sowieso al een vrijwel ondoenlijke opgaaf bij portfolioaandeelhouders. De terugwerkende kracht die aan het wetsvoorstel wordt toegekend maakt een en ander nog problematischer.

Een derde aandachtspunt betreft de samenloop tussen de voorgestelde systematiek en de MAP. Tussen het moment van ontstaan van dubbel inwonerschap volgens het belastingverdrag, dat aanleiding is voor een MAP (zie hierover ook onderdeel 5 onder c), en de overeenstemming over de woonplaats zal enige tijd verstrijken. Nederland zal daarbij in de regel uitgaan van het moment waarop het dubbele inwonerschap is ontstaan.[[22]](#footnote-22) Dit betekent dat als de uitkomst van de MAP procedure is dat Nederland niet de verdragswoonplaats is, pas op het moment dat de overeenstemming tussen de verdragspartners de inhoudingsplichtige bereikt, duidelijk wordt dat de exit-heffing aan de orde was en welk precies moment in het verleden is aangemerkt als het moment van ontstaan van het dubbele inwonerschap en dus heeft te gelden als foto-moment. Het lijkt dan voor de inhoudingsplichtige onmogelijk om (tijdig) te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de voorgestelde exit-heffing. Daarbij komt dat als in de periode vanaf de verplaatsing van de werkelijke leiding en het bereiken van overeenstemming (reguliere) dividenduitkeringen hebben plaatsgevonden, waarvoor inhouding en afdracht van dividendbelasting heeft plaatsgevonden, dit zal moeten worden hersteld, met alle problematiek voor de inhoudingsplichtige en de Belastingdienst van dien.

Een vierde aandachtspunt betreft de (on)mogelijkheid tot verhaal van de ingehouden dividendbelasting op de aandeelhouders. Hierop gaat de Afdeling nader in bij onderdeel 5, onder d.

Tot slot wijst de Afdeling in dit verband op de uitvoerbaarheid van het voorstel voor de Belastingdienst. In haar advies van 2 september 2020 merkte de Afdeling op dat het gebruikelijk is dat fiscale voorstellen aan de Belastingdienst worden voorgelegd voor een uitvoeringstoets. Dit onder andere om te voorkomen dat wetgeving tot stand komt waarbij al bij voorbaat vaststaat dat de Belastingdienst die niet kan uitvoeren. De Afdeling heeft begrepen dat de initiatiefnemer de vierde nota van wijziging voor een uitvoeringstoets heeft voorgelegd en juicht dat toe. Op het moment van totstandkoming van dit advies had de Afdeling echter nog geen uitvoeringstoets tot haar beschikking. Zij heeft daarmee in haar advies dus geen rekening kunnen houden.

5. Enkele specifieke aandachtspunten

Met inachtneming van het voorgaande gaat de Afdeling hierna, onder a tot en met g, zonder uitputtend te zijn, op hoofdlijnen nog in op enkele specifieke aandachtspunten bij het gewijzigde voorstel.

*a. Doel en rechtvaardiging*

De toelichting op de vierde nota van wijziging vermeldt als doel het zoveel mogelijk zeker stellen van de Nederlandse dividendbelastingclaim in situaties waarin die claim niet wordt overgenomen door de staat van ontvangst.[[23]](#footnote-23) Voor de rechtvaardiging van de voorgestelde exit-heffing verwijst de initiatiefnemer naar regelingen die zien op misbruik, terwijl het effect van het voorstel is dat ook zogenoemde zakelijke transacties, dus transacties zonder overwegend fiscaal motief, door de exit-heffing worden geraakt. Dergelijke regelingen als rechtvaardiging gebruiken is bij het gestelde doel niet consistent.

Bij het doel om zoveel mogelijk de door de initiatiefnemer bepleite gerechtvaardigde dividendbelastingclaim op nog niet uitgedeelde winstreserves (zie onderdeel 2, tweede alinea) zeker te stellen, past het niet om verplaatsingen naar EU/EER-landen zonder meer buiten de exit-heffing te houden, aangezien dat tot gevolg kan hebben dat die dividendbelastingclaim (al dan niet wegens belastingontgaansmotieven) niet wordt gerealiseerd.[[24]](#footnote-24) En dan past het ook niet dat bij een zetelverplaatsing naar Nederland voor de dividendbelasting standaard een step-up plaatsvindt, dus ook als in het land van herkomst niet is afgerekend.[[25]](#footnote-25)

*b. Doeltreffendheid en doelmatigheid exit-heffing*

De voorgestelde exit-heffing vindt plaats voor zover de winstreserves meer bedragen dan € 50 miljoen en geen inhoudingsvrijstelling van toepassing is. De voorgestelde inhoudingsvrijstelling beoogt in de kern de voorgestelde exit-heffing in geval van het vertrek van een hoofdkantoor van een beursgenoteerde onderneming te beperken tot de portfolio-aandeelhouders, zowel natuurlijke personen als lichamen, die woonachtig zijn respectievelijk gevestigd zijn in een derde staat waarmee Nederland géén regeling ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten die voorziet in een regeling voor dividenden.[[26]](#footnote-26)

Door deze beperkingen raakt de heffing een beperkte groep aandeelhouders, en probeert de initiatiefnemer dus slechts een klein deel van de door hem gestelde dividendbelastingclaim te effectueren. In het bijzonder de beperking van de heffing tot een beperkte groep portfolio-aandeelhouders roept de vraag op of daarbij, gelet op de vereiste doeltreffendheid en doelmatigheid, een zo ingrijpend wetsvoorstel past.

*c. Woonplaatsfictie in de dividendbelasting en de vennootschapsbelasting*

Het voorstel breidt de bestaande woonplaatsfictie voor de vennootschapsbelasting en de dividendbelasting uit tot lichamen, opgericht naar het recht van een andere staat, die minimaal vijf aangesloten jaren in Nederland gevestigd zijn geweest en daarna de werkelijke leiding uit Nederland verplaatst naar een zogenoemde kwalificerende staat voor de dividendbelasting. Hiermee laat de initiatiefnemer de uitbreiding van de vestigingsplaatsfictie, die in het oorspronkelijke voorstel was opgenomen en in het gewijzigde voorstel was vervallen, in afgeslankte vorm terugkeren.[[27]](#footnote-27) Het betreft een aanvullende maatregel met het oog op het veiligstellen van de Nederlandse dividendbelastingclaim[[28]](#footnote-28) die beoogt de onderlinge overlegprocedure te benutten.[[29]](#footnote-29)

De Afdeling plaatst vraagtekens bij de toegevoegde waarde van de uitbreiding van deze vestigingsplaatsficties. Een toelichting hierop van de voor de vennootschapsbelasting voorgestelde fictie ontbreekt zelfs in het geheel. Dit klemt te meer nu de initiatiefnemer, toen hij de (meer uitgebreide versie van de) vestigingsplaatsfictie uit het oorspronkelijke voorstel haalde, in het nader rapport juist wees op de beperkte toegevoegde waarde van de voorgestelde uitbreiding van de vestigingsplaatsfictie.[[30]](#footnote-30)

De toelichting besteedt bovendien geen aandacht aan de vraag of de voorgestelde vestigingsplaatsfictie kan worden aangemerkt als enige andere soortgelijke omstandigheid, als bedoeld in artikel 4, eerste lid, OESO-modelverdrag.[[31]](#footnote-31) Dit is echter wel noodzakelijk om te komen tot dubbel inwonerschap volgens het verdrag, hetgeen nodig is om toegang te krijgen tot de MAP.

Als dit al het geval is, komt de vraag aan de orde of, gelet op de goede verdragstrouw, de andere verdragsstaat er ten tijde van het sluiten van het belastingverdrag wel rekening mee had hoeven houden dat door de eenzijdige uitbreiding van het inwonerschap door Nederland naar lichamen die naar buitenlands recht zijn opgericht, voor die lichamen ook de MAP aan de orde is. De toelichting besteedt daaraan geen aandacht.

*d. Verhaalsrecht exit-heffing*

Het voorstel valt met de vierde nota van wijziging terug op de bestaande heffingssystematiek van de dividendbelasting. Hierdoor wordt de inhoudingsplichtige geacht de exit-heffing te hebben ingehouden en is de vennootschap bevoegd deze exit-heffing te verhalen op de aandeelhouder.[[32]](#footnote-32) Het komt de Afdeling voor dat dit verhaalsrecht in de praktijk moeilijk zal leiden tot verhaal van de ingehouden exit-heffing. Allereerst is het de vraag of het voorstel voldoende juridische grond oplevert om dit verhaal civielrechtelijk bij aandeelhouders in andere landen af te dwingen. Als dit het geval is, is de vraag of dit verhaal praktisch haalbaar is. Daarbij komt dat de aandeelhouder tijdens het fotomoment voor wie is ingehouden, na dat moment geen aandeelhouder meer hoeft te zijn.

Door deze moeilijkheden, lijkt verhaal niet aan de orde en zal de exit-heffing in feite voor rekening van de vennootschap komen. Dat roept de vraag op of de exit-heffing feitelijk wel kan worden aangemerkt als een heffing van de aandeelhouders, zoals de initiatiefnemer als uitgangpunt neemt, of dat feitelijk sprake is van een heffing van de vennootschap.

De toelichting bij de vierde nota van wijziging besteedt aan al deze aspecten geen aandacht.

*e. Verenigbaarheid met Unierecht*

De initiatiefnemer heeft het voorstel na veel kritiek in de literatuur en vanuit de praktijk nog eens bezien in het licht van het Nederlandse netwerk van belastingverdragen en de Europese verkeersvrijheden. Met de nu voorgestelde wijzigingen probeert de initiatiefnemer tot een aanpak te komen die de juridische risico’s van de voorgestelde exit-heffing wegneemt dan wel verdergaand beperkt, maar waarbij tegelijkertijd de Nederlandse dividendbelastingclaim zoveel mogelijk wordt behouden.[[33]](#footnote-33)

In dat verband valt op dat de initiatiefnemer onderkent dat het risico blijft bestaan dat de exit-heffing onverenigbaar is met het vrij verkeer van kapitaal. Hij acht dit risico gelet op een vergelijkbaar risico bij eerdere wetgeving acceptabel, maar licht dit niet nader toe.[[34]](#footnote-34)

De Afdeling merkt op dat de toelichting een zelfstandig leesbare analyse dient te bevatten van hoe het voorgestelde wetsvoorstel, zoals dat luidt na de vierde nota van wijziging, zich verhoudt tot het Unierecht.[[35]](#footnote-35) Waar het gaat om de exit-heffing is de analyse in de toelichting op het punt van het vrij verkeer van kapitaal in relatie tot derde landen echter onvolledig, onvoldoende diepgaand en niet zelfstandig leesbaar. Op het punt van de vestigingsplaatsficties ontbreekt een analyse over de verhouding tot het Unierecht zelfs in het geheel.

*f. Rechtsbescherming*

De initiatiefnemer stelt dat, doordat bij de vierde nota van wijziging voor de exit-heffing wordt teruggevallen op de bestaande heffingssystematiek van de dividendbelasting, de bezwaar- en beroepsmogelijkheden van de vennootschap en de aandeelhouders automatisch zijn geregeld. De bezwaartermijn van zes weken begint voor de aandeelhouders te lopen op de dag na het vertrek van de vennootschap. Om de bezwaarmogelijkheden van de aandeelhouder te waarborgen heeft de initiatiefnemer in het voorstel een verplichting voor de vennootschap opgenomen om aan de aandeelhouder kenbaar te maken dat (fictieve) inhouding van dividendbelasting heeft plaatsgevonden.[[36]](#footnote-36)

Dit roept de vraag op in hoeverre de aandeelhouders een adequate rechtsingang hebben als de inhoudingsplichtige hen - al dan niet laakbaar - niet (tijdig) heeft geïnformeerd, waardoor de aandeelhouders niet op de hoogte waren van de start van de bezwaartermijn met betrekking tot de dividendbelastingheffing over het fictieve exit-dividend. De kans dat die situatie zich voordoet is reëel, aangezien zoals eerder is opgemerkt, pas na enige tijd kan komen vast te staan op welk moment in het verleden de vennootschap is vertrokken.

*g. Terugwerkende kracht*

Het (spoed) wetsvoorstel is op het moment van advisering in verschillende vormen al ruim één jaar en acht maanden aanhangig, en met steeds wijzigende terugwerkende kracht. Nadat op 26 oktober 2021 de terugwerkende kracht uit het voorstel is verwijderd,[[37]](#footnote-37) is in de derde nota van wijziging zonder toelichting weer een terugwerkende kracht tot en met 15 november 2021, 15.00 uur, opgenomen.

In de vierde nota van wijziging acht de initiatiefnemer het verlenen van terugwerkende kracht aan de exit-heffing tot en met woensdag 8 december 2021, 9.00 uur noodzakelijk om te voorkomen dat op korte termijn één of enkele hoofdkantoren van beursgenoteerde ondernemingen vertrekken uit Nederland zonder dat er (zoveel mogelijk) wordt afgerekend over de in Nederland opgebouwde dividendbelastingclaim, terwijl die claim niet wordt overgenomen door het land van ontvangst.[[38]](#footnote-38)

Met de terugwerkende kracht beoogt de initiatiefnemer voor de exit-heffing en de aanvullende maatregel (voor verplaatsingen vanaf woensdag 8 december 2021, 9.00 uur) aankondigingseffecten van het wetsvoorstel te voorkomen. In dit verband merkt de initiatiefnemer op dat de budgettaire derving van het vertrek fors kan zijn gelet op het feit dat van de totale netto-opbrengst van de dividendbelasting het overgrote deel wordt opgebracht door aandeelhouders van die beursgenoteerde ondernemingen.

De initiatiefnemer wijst in de toelichting in een voetnoot ook op toelichtingen op het punt van de voorgestelde terugwerkende kracht bij eerdere versies van het wetsvoorstel, waar onder meer een toets is opgenomen aan de vereiste fair balance uit artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De huidige versie van het initiatiefwetsvoorstel en de thans voorgestelde terugwerkende kracht verdienen echter een zelfstandige afweging. Zoals opgemerkt in onderdeel 4 maakt de terugwerkende kracht de uitvoerbaarheid van het voorstel nog problematischer. Niet valt in te zien hoe inhoudingsplichtigen kunnen voldoen aan de verplichtingen uit het voorstel als zich tussen 8 december 2021, 9.00 uur en het moment van inwerkingtreding van de wet een belastbaar feit heeft voorgedaan. De toelichting besteedt daaraan geen aandacht.

Dit nog los van de opmerkingen die de Afdeling eerder over de terugwerkende kracht heeft gemaakt.[[39]](#footnote-39)

6.Conclusie

De gevolgde procedure, waarbij het (spoed) initiatiefwetsvoorstel vanaf het moment van indiening op 10 juli 2020 meerdere malen ingrijpend is gewijzigd, maakt dat het bijna onmogelijk is om te achterhalen hoe nu precies de actuele toelichting luidt bij de huidige versie van het wetsvoorstel. Een geconsolideerde versie van de toelichting zou zeer wenselijk zijn.

De noodzakelijke kwaliteit van beleid en wetgeving brengen mee dat van de initiatiefnemer mag worden verwacht dat het beoogde doel van het voorstel voldoende kenbaar is en consistent is met het voorstel en dat in de toelichting de doelmatigheid en doeltreffendheid van het voorstel verzekerd moeten zijn. Uit oogpunt van wetgevingskwaliteit dienen de rechten en plichten van belastingplichtigen duidelijk te zijn alsmede de verhouding met hoger recht, waaronder het Unierecht, en belastingverdragen. De Afdeling concludeert dat het voorstel op deze punten tekort schiet.

De Afdeling acht de uitvoerbaarheid van het voorstel problematisch. Zij wijst op problematiek rondom het vaststellen van het precieze heffingsmoment. Daardoor is het voor inhoudingsplichtigen onmogelijk om te voldoen aan de verplichtingen die uit het voorstel voortvloeien. In dit verband kan onder meer genoemd worden het bereiken van de relevante aandeelhouders, het (tijdig) kunnen doen van de juiste aangifte en afdracht van dividendbelasting, het (tijdig) verstrekken van verklaring en opgaaf aan de Belastingdienst over de inhouding die achterwege kan blijven. Een ander aandachtspunt bij de uitvoerbaarheid is de samenloop van de voorgestelde systematiek en de MAP. De aan het voorstel toegekende terugwerkende kracht maakt de uitvoerbaarheid nog moeizamer. Ten tijde van het uitbrengen van het advies was nog geen uitvoeringstoets van de Belastingdienst beschikbaar.

Het wetsvoorstel leidt ook tot meerdere meer fiscaal juridische aandachtspunten. Naast de door de initiatiefnemer gestelde dividendbelastingclaim op nog niet uitgekeerde winsten, wijst de Afdeling wijst in dit verband onder meer op de verhouding van de exit-heffing en de woonplaatsficties tot het Unierecht, de toegevoegde waarde van de woonplaatsficties en de relatie tot belastingverdragen. Zij noemt ook problematiek rondom het voorgestelde verhaalsrecht en stelt aan de orde of de exit-heffing wel kan worden aangemerkt als heffing van de aandeelhouders, zoals de initiatiefnemer stelt. De vraag kan ook worden gesteld in hoeverre aandeelhouders rondom de exit-heffing een adequate rechtsingang hebben. Tot slot wijst de Afdeling in dit verband op de voorgestelde terugwerkende kracht.

De Afdeling heeft eerder ernstige bezwaren geuit tegen het oorspronkelijke initiatiefvoorstel en de eerste nota van wijziging en heeft geadviseerd om die voorstellen niet in behandeling te nemen. Dat standpunt blijft ongewijzigd.

Uit de optelsom van alle voorgaande elementen volgt dat ook over de vierde nota van wijziging niet positief kan worden geadviseerd.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft ernstige bezwaren tegen de vierde nota van wijziging en adviseert om het voorstel niet verder in behandeling te nemen.

De vice-president van de Raad van State,

1. Het gaat daarbij volgens het voorgestelde artikel 4b, eerste lid, onderdeel c, d en e, van de Wet op de dividendbelasting 1965 om een verdrag of regeling ter voorkoming van dubbele belasting dat respectievelijk die voorziet in een regeling voor dividenden. [↑](#footnote-ref-1)
2. Kamerstukken II 2019/20, 35523, nr. 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2 september 2020 (W06.20.0247/III), Kamerstukken II 2020/21, 35523, nr. 6. In het advies komt de Afdeling tot de conclusie dat de voorgestelde ingrijpende stelselwijziging van de dividendbelasting niet voldoet aan beginselen zoals zorgvuldigheid en rechtszekerheid en dat de kans dat het voorstel, mede uit oogpunt van hogere regels als verdragen of het Unierecht, juridisch niet houdbaar zal blijken te zijn, zodanig aanzienlijk is dat zij invoering van deze exit-heffing niet verantwoord acht. [↑](#footnote-ref-3)
4. De aanpassingen betreffen (i) een uitbreiding van de voorgestelde conditionele eindafrekening tot aandeelhouders in alle (top)vennootschappen die «vertrekken» naar een kwalificerende staat, ongeacht de omvang van het concern waartoe die (top)vennootschap behoort en (ii) een beperking van de terugwerkende kracht tot vrijdag 18 september 2020, 12.00 uur. [↑](#footnote-ref-4)
5. Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 30 september 2020 (W06.20.0341/III), Kamerstukken II 2020/21, 35523, nr. 7. De Afdeling constateert dat de essentiële kenmerken van het voorstel niet bekend zijn en dat daardoor niet kan worden beoordeeld wat de betekenis is van de nu voorgestelde wijzigingen in het geheel van het (uiteindelijke) voorstel. De voorgestelde wijziging doet niet af aan hetgeen de Afdeling in haar advies van 2 september 2020 over het wetsvoorstel heeft opgemerkt. [↑](#footnote-ref-5)
6. Kamerstukken II 2020/21, 35523, nr. 8. Dit bevat onder meer wijzigingen in het voorwerp van heffing, de wijze van heffing, de vermindering van dividendbelasting, in diverse formele bepalingen als rondom kwijtschelding en aansprakelijkheid en het schrappen van de vestigingsplaatsficties. [↑](#footnote-ref-6)
7. Kamerstukken II 2020/21, 35523, nr. 12. De wijzigingen betreffen (i) het toevoegen van op de voet van de conserverende naheffingsaanslag verschuldigde dividendbelasting en waardemutaties in verband met het verhaalsrecht aan de niet van de winst aftrekbare kosten, (ii) het voorkomen van potentieel dubbele heffing van dividendbelasting en (iii) opname van een delegatiebepaling om samenloop tussen de voorgestelde exit-heffing en aanmerkelijk belangheffing in de inkomstenbelasting te voorkomen. [↑](#footnote-ref-7)
8. Kamerstukken II 2021/22, 35523, nr. 13. [↑](#footnote-ref-8)
9. Kamerstukken II 2021/22, 35523, nr. 14. [↑](#footnote-ref-9)
10. Kamerstukken II 2021/22, 35523, nr. 15. [↑](#footnote-ref-10)
11. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2 september 2020 (W06.20.03247/III), Kamerstukken II 2020/21, 35523, nr. 6, onderdeel 2. [↑](#footnote-ref-13)
14. De initiatiefnemer heeft op de website van de Tweede Kamer wel een tot en met de vierde nota van wijziging bijgewerkte wettekst gepubliceerd. [↑](#footnote-ref-14)
15. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 3, tweede tekstblok. [↑](#footnote-ref-15)
16. Zie artikel 2, vijfde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en artikel 1, derde lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965. Voor naar buitenlands recht opgerichte lichamen geldt als aanvullende voorwaarde dat zij op het moment van verplaatsing ten minste vijf aaneengesloten kalenderjaren in Nederland zijn gevestigd. [↑](#footnote-ref-16)
17. Voorgesteld artikel 3c, eerste lid, onderdeel a, van de Wet op de dividendbelasting 1965. [↑](#footnote-ref-17)
18. In het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 19 maart 2019, nr. 2019-30576, St.crt. 2019, 17207, is daarover opgemerkt: “Het moment van de verplaatsing van de werkelijke leiding ligt op het moment waarop de noodzakelijke voorbereidingshandelingen daadwerkelijk zijn uitgevoerd en derhalve kan worden vastgesteld dat de werkelijke leiding niet meer in Nederland wordt uitgeoefend. (…) Voor de definitie van het begrip "werkelijke leiding" wordt aangesloten bij de omschrijving die de Hoge Raad aan dit begrip heeft gegeven in zijn arrest van 23 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC51051, luidende: "Bij de beoordeling naar de omstandigheden van de vestigingsplaats van een lichaam moet in het algemeen ervan worden uitgegaan dat de werkelijke leiding van het lichaam berust bij zijn bestuur, en dat de vestigingsplaats overeenkomt met de plaats waar dit bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent. Wanneer echter aannemelijk is dat de werkelijke leiding van het lichaam door een ander wordt uitgeoefend dan dat bestuur, kan er aanleiding zijn als vestigingsplaats van het lichaam aan te merken de plaats van waaruit die ander de leiding uitoefent".” [↑](#footnote-ref-18)
19. Voorgesteld artikel 7, zesde en zevende lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965. Overigens maakt de toelichting niet duidelijk wat het gevolg is als de inhoudingsplichtige niet aan deze verplichting voldoet. [↑](#footnote-ref-19)
20. Voorgesteld artikel 4b van de Wet op de dividendbelasting 1965. [↑](#footnote-ref-20)
21. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 3, eerste tekstblok. [↑](#footnote-ref-21)
22. Zie Besluit MAP tiebreaker van 9 december 2019 (St.crt. 2019, 66227). [↑](#footnote-ref-22)
23. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 1. [↑](#footnote-ref-23)
24. De initiatiefnemer wijst in dat verband in de toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 2, op verplaatsingen naar Cyprus, Estland, Letland en Malta. [↑](#footnote-ref-24)
25. Een step-up wordt alleen niet verleend als de zetelverplaatsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. [↑](#footnote-ref-25)
26. Toelichting op het voorgestelde artikel 4b Wet op de dividendbelasting 1965. [↑](#footnote-ref-26)
27. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 4, vierde tekstblok. [↑](#footnote-ref-27)
28. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 4, eerste tekstblok. [↑](#footnote-ref-28)
29. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 4, tweede tekstblok. [↑](#footnote-ref-29)
30. Kamerstukken II 2020/21, 35523, nr. 6, p. 18. [↑](#footnote-ref-30)
31. Artikel 4, eerste lid, OESO-modelverdrag: “For the purpose of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, (…) This term however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein.” [↑](#footnote-ref-31)
32. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 1, eerste tekstblok en de toelichting op het voorgestelde artikel 7, zesde en zevende lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965. [↑](#footnote-ref-32)
33. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, eerste tekstblok. [↑](#footnote-ref-33)
34. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 3, derde tekstblok. [↑](#footnote-ref-34)
35. De toelichting dient ook een dergelijke analyse te bevatten ten aanzien van de belastingverdragen en de daarbij te betrachten goede verdragstrouw. [↑](#footnote-ref-35)
36. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 5. [↑](#footnote-ref-36)
37. De toelichting daarbij luidt: “Gelet op het feit dat het wetsvoorstel al meer dan een jaar gelden is ingediend en er nog geen zicht is op de wijze van verdere behandeling noch op de mogelijke datum van inwerkingtreding, meent de initiatiefnemer dat thans de belangen van vennootschappen en aandeelhouders zwaarder wegen en het niet gepast is hen langer in onzekerheid te laten met betrekking tot de terugwerkende kracht van het wetsvoorstel.” [↑](#footnote-ref-37)
38. Toelichting bij de vierde nota van wijziging, paragraaf 6. [↑](#footnote-ref-38)
39. Adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2 september 2020 (W06.20.0247/III), onderdeel 6, en van 30 september 2020 (W06.20.0341/III), onderdeel 3. [↑](#footnote-ref-39)