

Trends in fiscale richtlijnen

WFR 2025/20

Verslag van de vijftiende NOB Rondetafelbijeenkomst Europees Fiscaal Recht met als centraal thema ‘Trends in fiscale richtlijnen’, gehouden op 17 en 18 oktober 2024 in Hotel Ernst Sillem Hoeve te Den Dolder.

1. Inleiding

Op 17 en 18 oktober 2024 heeft onder leiding van Jasper Korving³ en Susan Adriaans⁴ de vijftiende editie van de NOB Rondetafelbijeenkomst van de sectie Europees Fiscaal Recht plaatsgevonden in Hotel Ernst Sillem Hoeve te Den Dolder, met als thema ‘Trends in fiscale richtlijnen’. Het thema is gekozen omdat de afgelopen jaren sprake is van een waarneembare toename aan fiscale richtlijnvoorstellen. Zo werd net voor de vorige Rondetafelbijeenkomst door de Europese Commissie een drietal nieuwe richtlijnen voorgesteld, te weten de voorstellen voor een Europese geharmoniseerde belastinggrondslag (BEFIT),⁵ de verrekenprijrichtlijn⁶ en de richtlijn voor Head Office Taxation.⁷ Dit roept vragen op zoals wat de trends zijn die we constateren ten aanzien van de voorstellen en de richtlijnen die uiteindelijk het daglicht zien, en hoe de richtlijnen zich ten opzichte van elkaar verhouden.

2. Van OESO soft law naar EU hard law

Het eerste inhoudelijke blok van de bijeenkomst ziet op de trend dat de rol van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (‘OESO’) en de door haar geproduceerde documenten in de Europese wetgevingsprocessen in belang toenemen. Het thema wordt ingeleid vanuit drie perspectieven, te weten dat van de Europese Commissie (Zuijndorp⁸), het Ministerie van Financiën

(Van den Heuvel⁹) en het bedrijfsleven (De Ruiter¹⁰). De inleiders behandelen hun perspectieven individueel, maar hebben als gemene deler in hun bijdrage dat de rol van de OESO en de wetgevende instanties van de EU de afgelopen tien jaar radicaal is veranderd. Dit past binnen het sentiment dat in belang is toegenomen na de financiële crisis van 2008, dat ook bedrijven hun *fair share* aan belasting dienen te betalen. Voor de financiële crisis was de rol van de OESO en de EU meer gefocust op het wegnemen van dubbele belastingheffing en fiscale belemmeringen die de rentabiliteit van grensoverschrijdende investeringen konden beperken.¹¹ Na de financiële crisis heeft de OESO een reeks rapporten gepubliceerd met betrekking tot verschillende verschijningsvormen van grondslaguitholling en winstverschuiving (BEPS 1.0), waarvan een gedeelte van de aanbevelingen vervolgens in EU-richtlijnen is overgenomen.¹² Een volgende stap in deze ontwikkeling betreft het BEPS 2.0-initiatief, dat zich richt op het adresseren van de vraagstukken die de digitalisering van de economie oproept. Een van de BEPS 2.0-initiatieven betreft de invoering van een mondiale minimumbelasting (Pijler 2). Eind 2022 is op EU-niveau de Pijler 2-richtlijn aangenomen.¹³ De richtlijn verplicht lidstaten om grote multinationale en binnenlandse groepen voor verslagjaren die aanvangen op of na 31 december 2023 aan een minimumbelasting te onderwerpen indien het effectieve belastingtarief ten aanzien van de groepsentiteiten in een jurisdictie minder bedraagt dan het minimumtarief van 15%. Achter de schermen is men daarnaast nog altijd bezig met Pijler 1. De Pijler 1-regels hebben een andere beleidsdoelstelling, namelijk het wijzigen van de allocatie van heffingsrechten om zodoende meer aan te sluiten bij de digitaliserende economie.

Zuijndorp constateert dat er voordelen en nadelen zitten aan het feit dat de OESO een rol speelt in de EU-wetge-

1 Stijn Blaakman is werkzaam bij de afdeling Netherlands Knowledge Management van Deloitte Tax & Legal BV te Rotterdam.
 2 Luka Schelling is werkzaam bij de afdeling Business Tax van Deloitte Tax & Legal BV te Rotterdam.
 3 Mr. dr. J.J.A.M. (Jasper) Korving is werkzaam bij de afdeling Netherlands Knowledge Management van Deloitte Tax & Legal BV en verbonden aan de capaciteitsgroep belastingrecht van de Universiteit Maastricht.
 4 Mr. S.H.J.P. (Susan) Adriaans is werkzaam bij de afdeling Netherlands Knowledge Management van Deloitte Tax & Legal BV te Rotterdam.
 5 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een kader voor de belastingheffing van de inkomsten van bedrijven in Europa (Befit), COM(2023)532.
 6 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende Verrekenprijzen, COM(2023) 529 (TP-richtlijn).
 7 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende Head Office Taxation, COM(2023) 528 (HOT-richtlijn).
 8 Mr. B.C. Zuijndorp is werkzaam bij de Europese Commissie, Directoraat-generaal Belastingen en Douane Unie.

9 E.G.N. van den Heuvel LL.M. MBA is werkzaam bij de afdeling Europese & Internationale Zaken van het DG Fiscale Zaken van het Ministerie van Financiën.
 10 Drs. M.A. de Ruiter is Partner en Global International Tax Policy Leader bij EY.
 11 Ten aanzien van de OESO bleek dit bijvoorbeeld uit de initiatieven ten aanzien van het OESO-Modelverdrag en de Transfer Pricing Guidelines. Op EU-niveau bleek dit uit de Moeder-Dochterrichtlijn (2011/96), de Interest- en Royaltyrichtlijn (2003/49) en de Fusierichtlijn (2009/133).
 12 Deze zijn onder meer vastgelegd in de Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, en Richtlijn 2011/16/EU van de Raad betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG.
 13 Richtlijn (EU) 2022/2523 van de Raad van 14 december 2022 tot waarborging van een mondiaal minimumniveau van belastingheffing voor groepen van multinationale ondernemingen en omvangrijke binnenlandse groepen in de Unie.

ving. Omdat nagenoeg alle EU-lidstaten ook in het OESO Inclusive Framework ('IF') participeren is het doorgaans makkelijker om unanimititeit te krijgen voor wetgeving ter implementatie van OESO soft law in vergelijking met de meer *homegrown* EU-richtlijnvoorstellen. Daarnaast is het zo dat derde landen doorgaans minder bezwaren hebben tegen EU-wetgeving ter implementatie van OESO soft law, aangezien er op OESO-niveau al consensus over is bereikt.

Als nadeel kan aangevoerd worden dat de EU de sleutels tot op zekere hoogte uit handen geeft ten aanzien van OESO soft law op onderwerpen die nog steeds in ontwikkeling zijn. Bij Pijler 2 is dat goed zichtbaar. Deze wetgeving wordt nog altijd uitgewerkt in nadere administratieve richtsnoeren van het OESO Inclusive Framework. Dat roept tal van vragen op met betrekking tot de vraag wat de EU-rechtelijke status is van richtsnoeren die gepubliceerd zijn nadat de Pijler 2-richtlijn is aangenomen. Zuidendorp geeft aan dat de Europese Commissie zich inzet om nieuwe administratieve richtsnoeren te kaderen binnen de bepalingen van de richtlijn en te beperken tot het strikt noodzakelijke, en om de regels zoveel mogelijk te vereenvoudigen.

Vervolgens wordt een vooruitblik gegeven. De term 'de-cluttering' valt daarbij, ofwel het ontwarren van de huidige regels om overlappen weg te nemen en de regeldruk en administratieve lasten van bedrijven te verlagen. Dit thema staat hoog op de agenda in de EU, en is ook één van de speerpunten van de voorzitter van de Europese Commissie, Ursula von der Leyen.

Van den Heuvel gaat vervolgens in op het Nederlandse perspectief ten aanzien van het thema. Zij schetst dat er een omslag is geweest van de fiscale agenda van de OESO en de EU, van voorkomen van belemmeringen tot het bewerkstelligen van eerlijke belastingheffing. Nederland werd in het verleden regelmatig genoemd als belastingparadijs. Daarbij werden bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling en het feit dat er geen bronbelasting geheven werd op rente en royalty's genoemd. Nederland heeft de vlucht naar voren genomen door zich in internationaal en Europees verband hard te maken om tot internationale afspraken te komen om belastingontwijking en -ontduiking te bestrijden. Nederland heeft daarbij zelfs een aanzienlijke hoeveelheid unilaterale maatregelen ingesteld die verder gaan dan de gestelde minimumnormen.¹⁴

Belastingheffing is sinds het BEPS-project ook steeds meer een geopolitiek onderwerp geworden. Deze geopolitieke

dimensie is bijvoorbeeld ook zichtbaar in de huidige discussies over Pijler 1 en Pijler 2. Van den Heuvel schetst verder dat belastingheffing ook in VN-verband een onderwerp is. Er is kritiek op de mate van inclusiviteit van het besluitvormingsproces van het Inclusive Framework van de OESO. Nederland erkent en herkent dit. Tegelijk vindt Nederland het belangrijk dat het IF/OESO effectief kan blijven opereren, aangezien de OESO veel expertise en geloofwaardigheid heeft om sturing te geven aan de internationale fiscale agenda.

De Ruiter benadert het perspectief van het bedrijfsleven vanuit twee elementen die voor het Nederlandse en Europese vestigingsklimaat van belang zijn. Deze elementen functioneerden tot voor kort als belangrijke dragers van het Nederlandse belastingstelsel en het OESO-Modelverdrag. Het betreft de elementen belastingneutraliteit en rechtszekerheid.

Belastingneutraliteit ziet daarbij met name op kapitaalimportneutraliteit. Dit principe gaat ervan uit dat Nederlandse bedrijven op buitenlandse markten op een gelijke voet met lokale bedrijven moeten kunnen opereren. De deelnemingsvrijstelling en de voorkeur van Nederland voor lage bronheffingen onder verdragen komen voort uit dit principe. Zowel Pijler 1 als Pijler 2 maakt echter een inbreuk op dit principe. Pijler 1 omdat de belastingheffing van bedrijven die gelijke activiteiten in een land ontplooiën kan verschillen afhankelijk van de grootte en vorm van de groep waartoe zij behoren. Dit zal tot economische verstoringen leiden, hetgeen kan betekenen dat de minst concurrerende organisatievormen verdwijnen. Pijler 2 omdat er een vorm van woonstaatheffing is ingevoerd die haaks staat op de deelnemingsvrijstelling zolang Pijler 2 nog geen wereldwijde werking heeft. Deze wereldwijde werking is opgeschort vanwege de veilighavenregeling die zorgt voor tijdelijk uitstel van invoering van de onderbelastewinstbijheffing. Effectief betekent dit dat de EU een woonstaatheffing heeft ingevoerd die inbreuk maakt op de kapitaalimportneutraliteit, terwijl groepen met een hoofdkantoor in andere landen nog steeds van de fiscale voordelen in lokale belastingstelsels kunnen genieten, zoals bijvoorbeeld van hoge tax credits of van lage nominale belastingtarieven. Ook geeft De Ruiter aan dat het helemaal niet zeker is dat deze laatste vorm van ongelijkheid tijdelijk is, aangezien invloedrijke Republieken in de Verenigde Staten grote weerstand hebben getoond tegen de onderbelastewinstbijheffing.

Een tweede element van belastingneutraliteit waardoor Pijler 1 en 2 nadelig uitwerken voor Nederland is dat grote landen worden bevoordeeld ten opzichte van kleine landen. In grotere landen zijn er meer mogelijkheden om activiteiten te mengen en zo de effecten van de pijlers te mitigeren. Ook werkt Pijler 2 nadelig voor ontwikkelingslanden. Landen die aantrekkelijk willen blijven voor bedrijven kunnen de extra belastingopbrengst gebruiken om bijvoor-

¹⁴ Als voorbeeld kan genoemd worden dat Nederland de renteaftrekbepaling van art. 15b Wet VPB 1969 strikter geïmplementeerd heeft dan noodzakelijk op basis van Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt ('ATAD I').

beeld subsidies te verstrekken. Dit geldronde blijkt voor veel ontwikkelingslanden onhaalbaar.

De invoering van Pijler 1 en 2 roept ook vragen op in het kader van de rechtszekerheid. De OESO pakt op het terrein van de pijlers de rol van regelgever, maar ook die van toezichthouder op de naleving van de regels door als centraal punt in het peer-reviewproces te fungeren. Ook rolt de OESO het raamwerk uit voor geschilbeslechting en spelen dezelfde landen die bij de regelgeving en peer reviews betrokken zijn daar de rol van bevoegde autoriteiten die de geschillen moeten oplossen. Van een scheiding der machten is dus niet echt sprake. De Ruitersluit af met de vraag of men, alle rollen die de OESO zich aanmeet beschouwende, op voorhand akkoord zou zijn gegaan met deze koers.

3. De relatie tussen accountancy en tax

In het tweede onderdeel is het woord aan Gerrits¹⁵ en Drupsteen.¹⁶ Zij behandelen de ontwikkeling dat accounting belangrijker wordt voor de belastingheffing. Dat is onder meer waarneembaar in de Pijler 2-richtlijn, het BEFIT-voorstel en de Public CbCR-richtlijn.¹⁷

Gerrits constateert dat er al langere tijd een discussie leeft over de vraag of we in Nederland niet de totaalwinst en jaarwinst zouden moeten vervangen door een winstbegrip dat aansluit bij de financiële verslaggeving. Inmiddels is dit tot op zekere hoogte werkelijkheid geworden, aangezien voor Pijler 2 de financiële verslaggevingswinst als startpunt wordt genomen voor de grondslagbepaling. Pijler 2 is echter slechts een minimumbelasting, en staten hebben nog altijd de vrijheid om hun eigen systeem in te richten – waarbij Pijler 2 effectief wel een ondergrens stelt. De vraag wordt opgeworpen wat het grootste spanningsveld zou zijn bij het integraal overstappen op de financiële verslaggevingswinst voor de Nederlandse grondslagbepaling. Volgens Gerrits is dat waarschijnlijk te vinden in het verschil in doelstellingen tussen de huidige Nederlandse principes en die van de financiële verslaggeving. Het voorzichtigheidsbeginsel bewerkstelligt bijvoorbeeld dat, als hoofdregel, slechts de winsten die gerealiseerd zijn in de grondslag worden verantwoord. Een belastingheffing over ongerealiseerde winsten, zeker ten aanzien van activa of passiva die sterk in waarde fluctueren, zou niet juist voelen in die zin. Ook geldt dat bepaalde baten en lasten commercieel gezien niet door de winst- en

verliesrekening lopen maar in other comprehensive income geboekt worden. Deze baten en lasten zouden toch in de fiscale grondslag betrokken moeten worden, tenzij er een goede reden is om dat niet te doen.

Aan de hand van een aantal stellingen wordt vervolgens een discussie opgewekt met betrekking tot de voor- en nadelen van het gebruik van financiële verslaggevingsstandaarden als startpunt voor het bepalen van de fiscale grondslag. Vanuit de zaal vindt met name de stelling weerklank dat versimpeling en versobering tot besparing leiden, zowel vanuit het perspectief van belastingplichtigen als vanuit het perspectief van belastingautoriteiten. Het gebruik van financiële verslaggevingsstandaarden is niet principieel fout, maar het is wel evident dat er bepaalde aanpassingen nodig zijn. Waar dan de grens gelegd wordt tussen noodzakelijke en niet-noodzakelijke aanpassingen blijft een lastige afweging.

4. De focus op substance in antimisbruikrichtlijnen

De tweede dag wordt afgetrapt door Wisman¹⁸ en Pancham.¹⁹ Wisman gaat in op de definitie van de term 'substance', en geeft daarbij aan dat deze term lastig definieerbaar lijkt. In meer abstracte zin wordt de term gebruikt als (hulp)middel om te duiden wanneer een fiscaal-juridische realiteit in lijn is met de economische realiteit. Een gebrek aan 'substance' wijst richting kunstmatigheid. Maar wat precies de economische realiteit is, lijkt eveneens lastig definieerbaar. De concrete invulling en toepassing van substance is afhankelijk van de context waarin de term gehanteerd wordt.

Substance speelt volgens Wisman een prominente rol, ook voor regelingen waarvan men dat mogelijk niet direct vermoedt. Een evident terrein betreft de antimisbruikdoctrine van het Hof van Justitie van de EU (HvJ). Een gebrek aan substance kan een aanwijzing zijn dat sprake is van misbruik, waardoor bijvoorbeeld richtlijnvoordelen geweigerd dienen te worden. Dit ziet op het object van de belastingheffing. Maar het kan ook een rol spelen ten aanzien van de afbakening van het subject, bijvoorbeeld bij het bepalen van de reikwijdte van bepaalde richtlijnen. Zo levert de Moeder-Dochterrichtlijn verplichtingen op voor lidstaten ten aanzien van in de EU gevestigde vennootschappen die niet ingevolge een belastingverdrag in een derde staat gevestigd zijn.²⁰ Wisman beoordeelt dit als impliciete substance-voorwaarde, nu deze voorwaarde in feite neerkomt op de aanwezigheid van de 'feitelijke leiding' van het lichaam in de EU. Ook speelt substance een rol in de Pijler

15 Drs. E.D.M. Gerrits RA was ten tijde van de bijeenkomst werkzaam bij het expertiseteam Pijler 2 van de Belastingdienst. Per 1 november 2024 is zij werkzaam bij Meijburg & CO.

16 J.Th. Drupsteen RA is werkzaam bij het expertiseteam Pijler 2 van de Belastingdienst.

17 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU wat betreft de openbaarmaking van informatie over de winstbelasting door bepaalde ondernemingen en bijkantoren.

18 Mr. C. Wisman is verbonden aan de Universiteit van Amsterdam (UvA).

19 S.R. Pancham is als belastingadviseur werkzaam bij Pancham-Legal.

20 Art. 2 Moeder-Dochterrichtlijn.

2-richtlijn. Enerzijds omdat substance – weliswaar ingevuld volgens forfaitaire criteria uit de Pijler 2-richtlijn – de grondslag verlaagt waarover een bijheffing verschuldigd is ('overwinst'). Anderzijds omdat substance een rol kan spelen in de vaststelling in welke staat een groepsentiteit gevestigd is en aldus welke staat het initiële heffingsrecht heeft ten aanzien van die groepsentiteit via een binnenlandse bijheffing. Ten slotte speelt de substance ook nog een rol in het kader van de verdeling van heffingsbevoegdheid onder een van de heffingsmechanieken van Pijler 2: de onderbelastewinstbijheffing.

Substance als criterium is ook te vinden in de Nederlandse CFC-maatregel van art. 13ab Wet VPB 1969. In de context van deze bepaling wordt substance onder meer gedefinieerd als het hebben van een 'wezenlijke economische functie'. Indien hier sprake van is, is de antimisbruikbepaling niet van toepassing. De vraag kan gesteld worden wat een wezenlijke economische functie is. Is het bijvoorbeeld relevant of een CFC is opgericht om risico's af te dekken, of omdat het investeren via de CFC met een lagere administratieve druk of regeldruk gepaard gaat? Of is slechts relevant of de CFC een materiële onderneming drijft? Pancham verwacht dat het HvJ waarschijnlijk een brede maatstaf zal hanteren, waarbij alle relevante feiten en omstandigheden meegenomen moeten worden. Vanuit de zaal wordt hiermee ingestemd, maar wel wordt tegengehouden dat lastig blijft hoe een en ander dan gewogen moet worden. Is het voordeel van de overige commerciële redenen in geld kwantificeerbaar en is het waarschijnlijk dat dit voordeel zwaarder weegt dan het fiscale voordeel dat behaald wordt met het bestaan van de CFC?

Wisman sluit af met een verwijzing naar de jurisprudentie die naar aanleiding van het *Lexel*-arrest van het HvJ²¹ geweest is. In *Lexel* overweegt het HvJ dat transacties die overeengekomen zijn onder marktconforme voorwaarden niet zuiver kunstmatig zijn en daarom niet bestreden kunnen worden door antimisbruikbepalingen. In *X BV* stelt het HvJ strenge voorwaarden om tot 'kunstmatigheid' te komen. Wisman wijst er wel op dat deze arresten verschillend worden gelezen. Daarna werpt Wisman de vraag op of 'at arm's length' handelen door verbonden lichamen de economische realiteit wel kán weerspiegelen. De (bedrijfs)economische realiteit van een situatie binnen een groep is immers anders dan de situatie tussen derden.

Pancham gaat vervolgens in op de lopende zaak Nordcurrent, waarvoor eerder dit jaar een verwijzingsbeslissing is gepubliceerd.²² De zaak betreft een Litouwse moedermaatschappij van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij. De Litouwse deelnemingsvrijstelling wordt geweigerd ten aanzien van uitdelingen door de dochtermaatschappij, hetgeen enkele vragen oproept,

zoals: kan of moet de deelnemingsvrijstelling geweigerd worden in geval van misbruik? En is in casu sprake van misbruik van de deelnemingsvrijstelling? Bijzonder aan de zaak is dat de dochtermaatschappij geen doorstromer is, hetgeen maakt dat zij niet perfect inpasbaar is in de door het HvJ gewezen Deense arresten.²³ In plaats daarvan oefent de dochtermaatschappij o.a. een distributiefunctie uit, al meent de Litouwse belastingdienst dat zij daar niet de juiste substance voor heeft. Daarbij speelt ook dat voorheen de dochtermaatschappij meer activiteiten had, maar deze op een gegeven moment deels aan de moeder zijn overgedragen. Nadien volgt er een dividenduitkering.

Hoewel Pancham meent dat het niet waarschijnlijk lijkt dat het HvJ het pleit beslecht ten gunste van de Litouwse belastingdienst, lijkt het wel aannemelijk dat het zich zal uitlaten over de vraag of misbruik van de deelnemingsvrijstelling bestreden moet worden op grond van de antimisbruikbepaling van de Moeder-Dochterrichtlijn (art. 1 lid 2 en 3). Voor Nederland is dat een (potentieel) belangwekkend rechtsoordeel aangezien de antimisbruikbepaling uit de Moeder-Dochterrichtlijn niet is geïmplementeerd in de deelnemingsvrijstelling en er momenteel discussie bestaat of misbruik van de deelnemingsvrijstelling bestreden moet worden op grond van de genoemde bepalingen of enig ander rechtsmisbruikconcept.²⁴

5. Transparantie en fundamentele rechten

Tijdens de tweede sessie van de dag over de relatie tussen transparantie en fundamentele rechten wordt het woord gegeven aan Douma²⁵ en Perdaems.²⁶ Hierbij opent Douma met een kleine zijstap door te stellen dat art. 10a Wet VPB 1969 recentelijk tot een (nagenoeg) dode letter is geworden, waarbij oude jurisprudentie en nationale interpretaties niet langer vanzelfsprekend gehandhaafd worden in het licht van de zaak die recent af is gedaan door het HvJ.²⁷ Hij vervolgt met het geven van een overzicht van Unierechtelijke (aanpassings)richtlijnen die geïmplementeerd zijn in het kader van gegevensuitwisseling. Hij benadrukt dat de gegevensuitwisseling van belang is voor lidstaten voor het uitoefenen van nationale belastingstelsels, hetgeen de soevereiniteit bevordert.

Wanneer gekeken wordt naar de effectiviteit van de verschillende richtlijnen die zien op gegevensuitwisseling, lijkt deze per richtlijn te verschillen. Hoewel DAC2²⁸ en

21 HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34.

22 Geregistreerd onder nummer C-228/24 (26 maart 2024).

23 HvJ EU 26 februari 2019, gevoegde zaken C-116/16 (*T Denmark*) en C-117/16 (*Y Denmark*), ECLI:EU:C:2019:135.

24 Zie bijvoorbeeld S.R. Pancham, 'Deelnemingsvrijstelling, substance en de rechtsmisbruiker', *NLF-W* 2024/42.

25 Prof. dr. S.C.W. Douma is werkzaam bij Lubbers, Boer & Douma en hoogleraar Internationaal en Europees belastingrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

26 Mr. A.J.C. Perdaems is werkzaam als fiscaal advocaat bij Herthogs Advocaten.

27 HvJ EU 4 oktober 2024, nr. C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822.

28 Richtlijn 2014/107/EU.

DAC5²⁹ gevoelsmatig redelijk lijken te werken, komt de vraag op in hoeverre DAC3,³⁰ die ziet op de automatische uitwisseling van rulings,³¹ in de praktijk effectief lijkt te zijn. Het oorspronkelijke doel van DAC3, namelijk de effectiviteit in het kader van belastingheffing door de lidstaten bevorderen door de uitwisselingsverplichting, lijkt volgens Douma in de praktijk ondergeschikt te zijn aan de ogenschijnlijke terughoudendheid die door de implementatie van DAC3 vanuit de Belastingdienst lijkt te zijn ontstaan in het afgeven van rulings. Vanuit de zaal wordt hierop ingehaakt met de reactie dat in de praktijk wel degelijk informatieverzoeken als gevolg van de uitwisseling van rulings worden ontvangen, bijvoorbeeld bij rulings inzake toepassing van het innovatieboxregime, hetgeen pleit voor de effectiviteit van DAC3 in het licht van de nationale belastingheffing door staten.

Wat betreft de implementatie van DAC4, die ziet op Country-by-Country Reporting (CbCR), benoemt Douma dat deze beter valt bij belastingplichtigen. Dit wordt beaamd vanuit de zaal, om te vervolgen dat sprake is van een veranderde perceptie van CbCR-verplichtingen. Voor de invoering van Pijler 2 was er minder aandacht voor de juistheid van deze rapportages, maar met het vervullen van een sleutelrol binnen de toepassing van een van de veiligheidsregels binnen Pijler 2, is CbCR een cruciaal punt geworden voor bedrijven.

Douma vervolgt de sessie met het uitspreken van zijn twijfel over de relevantie van DAC6, gezien de onduidelijkheid over de reikwijdte van de te melden transacties onder deze richtlijn en aangezien het er momenteel op lijkt dat de Belastingdienst weinig tot geen actie onderneemt ten aanzien van de gerapporteerde transacties. Hoewel dit enerzijds beaamd wordt door de zaal, wordt ook benoemd dat de eerste vragen naar aanleiding van gerapporteerde transacties door de Belastingdienst gesteld zijn, waarbij wordt aangevuld dat het beeld bestaat dat het desbetreffende team binnen de Belastingdienst op het moment met name een controlefunctie heeft en er geen systeem bestaat om de transacties die nadere controle behoeven uit alle binnengekomen meldingen te filteren.

Wanneer de vergelijking tussen Nederland en andere lidstaten wordt getrokken, valt op dat in Nederland relatief veel meldingen worden gedaan. Dit kan deels verklaard worden doordat het ruime verschoningsrecht in lidstaten als Luxemburg leidt tot een verhoogde meldplicht in Nederland. Daarnaast wordt ook de kritische kanttekening vanuit de zaal geplaatst over de verschillen in interpretatie van de richtlijn tussen Nederland en andere lidstaten, waarbij Nederland vaak strikter in de wedstrijd lijkt te zit-

ten. De vraag wordt hierbij opgeworpen of dit komt doordat Nederland dichter bij de letterlijke tekst van de richtlijn blijft, terwijl andere lidstaten de focus leggen op doel en strekking van de richtlijn. Een ander perspectief wordt geschetst door de oorzaak van de strikte interpretatie te leggen bij het doel van Nederland om in de kopgroep te zitten wat betreft de naleving van Unierechtelijke richtlijnen, gelet op de vroegere negatieve reputatie die Nederland had op het gebied van belastingontwijking.

Het feit dat er verschillen bestaan tussen de Nederlandse uitleg van bepalingen en die van andere lidstaten lijkt wel mee te wegen bij het innemen van een pleitbaar standpunt op basis van de interpretatie van de richtlijn in andere lidstaten. Douma geeft aan dat bij implementatie door de wetgever niet is beoogd verder te gaan dan hetgeen overeengekomen is in de richtlijn.

Perdaems haakt hier op in met de reactie dat het niet voldoen aan de meldplicht op zichzelf niet voldoende is voor het opleggen van een boete op grond van de Wib. Daar is ook de aanwezigheid van opzet of grove schuld voor noodzakelijk. De Belastingdienst moet overtuigend aantonen dat opzettelijk of grofschuldig niet, niet tijdig, niet volledig of niet juist is gemeld. Vanuit het perspectief van de rechtsbescherming lijkt een boetebeschikking echter wel de enige rechtsingang te vormen voor het voeren van een discussie over de vraag of terecht niet is gemeld, aangezien andere wettelijke bepalingen hier geen mogelijkheid voor lijken te bieden.

Daarnaast is het de vraag hoe het tot boeteoplegging kan komen omdat geen wettelijke grondslag bestaat voor de onderzoeksbevoegdheid van de Belastingdienst naar het niet voldoen aan de meldplicht.³² Het lijkt dan ook een lastig verhaal te worden voor de Belastingdienst om te controleren op naleving van de DAC6-meldplicht.

Perdaems kaart vervolgens het fundamentele recht op privacy aan, waarbij ze aangeeft dat dit recht wel degelijk doorwerkt in de rechtspraak. Zo heeft het HvJ aangegeven dat het recht op privacy eraan in de weg kan staan dat UBO-registers openbaar worden gemaakt.³³ Een inbreuk op het recht van privacy dient in ieder geval wettelijk vastgelegd te worden. In het geval van DAC6 heeft het HvJ geoordeeld dat DAC6 in beginsel geen strijdigheid met het recht op privacy oplevert, gezien de rechtvaardiging van deze inmenging door een beroep op het bestrijden van

29 Richtlijn 2016/2258/EU.

30 Richtlijn 2015/2376/EU.

31 Daaronder begrepen Advance Pricing Agreements (APA's) en Advance Tax Rulings (ATR's).

32 Zie in dit kader bijvoorbeeld art. 47 AWR, dat ziet op de verplichting tot informatieverstrekking door belastingplichtigen in het kader van de eigen belastingheffing. De inspecteur kan in het geval van een onderzoek naar een DAC6-melding geen beroep hierop doen aangezien de DAC6-melding niet ziet op de eigen belastingheffing van het belastingadvieskantoor. Ook in de Wib is geen wettelijke grondslag te vinden voor het verrichten van een onderzoek bij de belastingadviseur.

33 HvJ EU 22 november 2022, gevoegde zaken C-37/20 en C-601/20C, ECLI:EU:C:2022:912.

voorkoming van agressieve planning. Perdaems plaatst hier wel een kanttekening bij door op te merken dat de huidige reikwijdte van DAC6 ertoe leidt dat buiten agressieve planningsstructuren ook andere structuren gemeld worden. Daarnaast is het van belang om op te merken dat in deze zaak een oordeel is gevormd over de algemene toepassing van DAC6; in individuele gevallen zou wel gelijk sprake kunnen zijn van een schending van privacy.

De sessie wordt vervolgd met de ontwikkelingen op het gebied van het recht op inzage door belastingplichtigen in hun dossier. Momenteel biedt het Handvest van de Europese Unie hier mogelijkheden toe, maar is de effectiviteit in de praktijk beperkt door de procedurele route die gevolgd dient te worden. Hier lijkt voor Nederland vanaf 31 december 2025 verandering in te komen; belastingplichtigen zouden vanaf dat moment inzage kunnen hebben in de door de Belastingdienst verzamelde gegevens, inclusief uitgewisselde gegevens en interne correspondentie.³⁴ Dit recht zal gefaseerd worden ingevoerd vanwege de capaciteit van de systemen van de Belastingdienst.

Perdaems sluit af met de verhouding tussen het fiscaal boeterrecht en DAC6, waarbij zij allereerst opmerkt dat in het geval van het niet voldoen aan de meldplicht door advieskantoren, beboeting en zelfs strafrechtelijke vervolging aan de orde zouden kunnen zijn. Het nemo-teneturbeginsel is daarom van toepassing. Dat betekent dat niet hoeft te worden meegewerkt aan de eigen veroordeling waardoor niet hoeft te worden meegewerkt aan een onderzoek naar de vraag of terecht niet is gemeld. Dit nog los van het feit dat de Wib geen grondslag voor een dergelijk onderzoek bevat. Bij het verstrekken van informatie moet ook in het oog worden gehouden dat vrijwillige informatieverstrekking aansprakelijkstelling door de cliënt tot gevolg kan hebben.

Ondanks de Unierechtelijke verplichting van lidstaten tot het opleggen van boetes in het kader van DAC6, heeft België aangegeven, mede in het kader van de rechtszekerheid, geen boetes op te leggen vanwege de onduidelijkheid van de richtlijn. In de zaal wordt hierop aangehaakt door op te merken dat in de praktijk in Nederland ook nog geen boetes zijn opgelegd. Het is de vraag of een boete slechts opgelegd wordt in de meer materiële gevallen. De hoogte van de boete wordt in ieder geval afhankelijk ingeschat van de materialiteit van een constructie, tezamen met andere argumentatie die aangevoerd kan worden zoals de mate waarin sprake is van een agressieve structuur.

6. Actualiteiten / Capita Selecta

De middagsessie van de tweede dag bestaat uit een overzicht van drie Unierechtelijke actualiteiten. Van der Jagt³⁵

³⁴ Zie het nieuwe art. 66a AWR.

³⁵ Drs. R. van der Jagt is werkzaam bij KPMG Meijburg & Co.

trapt deze sessie af met de problematiek rondom unit-linked verzekeraars en de Nederlandse dividendbelasting. Meer specifiek komt de Nederlandse zaak C-782/22 aan bod die momenteel bij het HvJ ligt.³⁶ De unit-linked verzekeraar in de onderhavige zaak beheert Nederlandse portfoliobeleggingen voor Britse werkgevers in het kader van hun pensioenverplichtingen, waarbij ze de ontvangen dividenden over deze portfoliobeleggingen direct als verplichting boeken aan de unit-linked polishouders. De unit-linked verzekeraar stelt daarom dat de nettowinst feitelijk nul is. In Nederland wordt echter 15% dividendbelasting ingehouden over deze uitgekeerde dividenden. Er is hier sprake van de spiegelbeeldsituatie van *BNB 1998/2*, waarin een in Nederland gevestigde unit-linked verzekeraar de verhoging van de pensioenverplichting ten laste moest brengen van het tellerinkomen bij de berekening van de tweede limiet. De teller was daardoor nihil en de buitenlandse dividendbelasting kon niet met de Nederlandse vennootschapsbelasting worden verrekend.

In de zaak waarin door Hof 's-Hertogenbosch prejudiciële vragen zijn gesteld aan het HvJ is onderwerp van discussie de eerste vraag of de verzekeraar als uiteindelijke gerechtigde tot de dividenden moet worden aangemerkt. Daarnaast komt aan de orde of het brutobedrag net als in de zaak *Société Générale*³⁷ in de berekening van de drukvergelijking (art. 10a Wet DB) enkel verminderd mag worden met de inningskosten van de dividenden, of dat de aftrekbare kosten breder mogen worden getrokken doordat het ontvangen van dividenden een kernonderdeel van het bedrijf van de verzekeraar is, in plaats van een bijkomstigheid zoals in het geval van *Société Générale*.

Van der Jagt vervolgt de sessie met de huidige rechtsherstelpraktijk onder het systeem van de vervangende betaling die is ingesteld voor niet-ingezeten beleggingsfondsen. In de praktijk blijken de vereisten voor dit rechtsherstel ertoe te leiden dat geen enkel niet-ingezeten beleggingsfonds een teruggaaf van dividendbelasting heeft ontvangen. Dit lijkt in strijd te zijn met de Unierechtelijke vereisten voor het bieden van rechtsherstel.

In de zaak waar Van der Jagt aan refereert, lijkt opnieuw geen mogelijkheid tot teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting te bestaan, omdat de dooruitdeling van de dividenden door niet-ingezeten beleggingsfondsen niet belast is met dividendbelasting. In het geval van bijvoorbeeld een Duits beleggingsfonds leidt dit vereiste ertoe dat de facto geen enkel Duits beleggingsfonds aanspraak kan maken op een teruggaaf van dividendbelasting, omdat Duitsland de dooruitdeling van Nederlandse divi-

³⁶ Prejudiciële vragen zijn gesteld door Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:4471. De vragen zijn inmiddels beantwoord in HvJ EU 7 november 2024, C-782/22 (XX), ECLI:EU:C:2024:932.

³⁷ HvJ EU 17 september 2015, gevoegde zaken C-10/14, C-14/14 en C-17/14, ECLI:EU:C:2015:608.

denden aan ingezetenen van Nederland niet belast. Een ander vereiste, namelijk dat het niet-ingezeten beleggingsfonds in kaart kan brengen wie de aandeelhouders zijn, is in de praktijk ook lastig om aan te voldoen, waarbij benadrukt moet worden dat dit ook voor Nederlandse beleggingsfondsen over het algemeen geen haalbaar vereiste vormt.

Ter afsluiting van deze ontwikkeling benoemt Van der Jagt dat de Europese Commissie een infractieprocedure heeft gestart tegen Nederland in het kader van de zogenoemde U-bocht-beleggers.³⁸ De Hoge Raad heeft hier in ieder geval in september over geoordeeld dat fondsen geen beroep kunnen doen op strijdigheid met het Unierecht, omdat de belemmering op het niveau van de belegger aanwezig is.³⁹ Het is daarom afwachten wat de uitkomst van de actie van de Europese Commissie zal zijn.

De sessie wordt vervolgd door Adriaans met een uiteenzetting van het arrest van het HvJ in het kader van de Nederlandse 'Lexel-zaak' over de verenigbaarheid van art. 10a Wet VPB 1969 met het Unierecht.⁴⁰ Ze start hierbij met de opmerking dat het HvJ in deze zaak de evenredigheids-toets, zoals de A-G eerder ook deed,⁴¹ in twee aspecten op lijkt te delen: wanneer is sprake van een volstrekt kunstmatige constructie en indien sprake is van zo'n constructie, welke fiscale gevolgen kunnen daar dan op een evenredige manier aan worden verbonden? Hierbij valt met betrekking tot de eerste vraag op dat bij het aanmerken van een constructie als kunstmatig door het HvJ een brede uitleg van marktconformiteit wordt gehanteerd, waarbij niet enkel de formele voorwaarden van de lening, maar ook de economische logica van de lening en de daarmee verband houdende rechtshandelingen meewegen in de toetsing.

Wat betreft de evenredigheid van de fiscale consequenties verbonden aan de aanmerking als kunstmatige constructie wordt geconcludeerd dat dit afhangt van de oorsprong van de kunstmatigheid. Indien de kunstmatigheid enkel is gelegen in een te hoge rente, heeft het evenredigheidsbeginsel tot gevolg dat alleen het onzakelijke gedeelte in aftrek mag worden beperkt. Waar echter de gehele lening elke economische rechtvaardiging ontbeert, moet de gehele lening weggedacht worden, met als gevolg dat de volledige renteaftrek geweigerd kan worden.

Het arrest van het HvJ leidt daarnaast tot de discussie of eerder voldaan wordt aan onzakelijkheid in het kader van art. 10a Wet VPB 1969 dan aan kunstmatigheid zoals ingevuld in het onderhavige arrest, waarbij lijkt te worden ge-

sproken over situaties die elke economische rechtvaardiging ontberen.⁴² Hierbij komt in de zaal de vraag op in welke mate het nastreven van een belastingvoordeel ertoe leidt dat sprake is van een kunstmatige constructie. Geconcludeerd kan worden dat een ondergeschikte bedrijfs-economische reden in ieder geval niet ertoe leidt dat de constructie per definitie kan worden aangemerkt als niet-kunstmatig.

Als afsluiter komt ten slotte de discussie op over wat de toepassing is van dit arrest indien naast een zakelijke lening, een onzakelijke rechtshandeling bestaat. Geconcludeerd wordt dat in het onderhavige arrest de onzakelijkheid van de rechtshandeling niet ter discussie stond. De uitspraak van het HvJ zou dan ook niet zo moeten worden gelezen alsof deze hierop ziet.

De laatste spreker van de bijeenkomst, Smit,⁴³ gaat in op de staatssteunzaken in het kader van de UK CFC Group financing exemption⁴⁴ en de *Apple*-zaak.⁴⁵

Smit start met het benadrukken dat voor de beoordeling van de vraag of sprake is van staatssteun, beoordeeld moet worden wat het 'normale' fiscale systeem is en welke uitzonderingen hierop worden gemaakt. Er kan enkel staatssteun zijn in het geval afgeweken wordt van het nationale referentiestelsel. Dit kwam naar voren in de zaak over de Britse groepsfinancieringsvrijstelling binnen het CFC-regime. Het Verenigd Koninkrijk heeft in het verleden een CFC-regel geïmplementeerd om winstverschuivingen door middel van bepaalde laagbelaste (veelal passieve) activiteiten te voorkomen. Hierbij moet geconsolideerd bekeken worden waar de zogeheten sleutelfuncties ('significant people functions') zich bevinden. Als deze in het Verenigd Koninkrijk worden uitgeoefend, dan wordt de CFC-winst aan het Verenigd Koninkrijk toegerekend voor zover deze winst aan deze sleutelfuncties valt toe te rekenen. Zo niet, dan wordt de winst aan de CFC-entiteit toegerekend. Er is echter een uitzondering voor inkomen uit intragroepfinanciering. Dit inkomen valt niet onder het CFC-regime, ook al bevinden de sleutelfuncties zich in het Verenigd Koninkrijk mits, kort gezegd, de belastinggrondslag in het Verenigd Koninkrijk per saldo maar niet wordt uitgehold door de financieringsactiviteiten van de CFC.

De Europese Commissie stelt dat hier sprake is van staatssteun omdat de vrijstelling een afwijking vormt op de hoofdregel (CFC-heffing). Het HvJ beslist dat hier een verkeerde toets is aangelegd, omdat de vrijstelling die ziet op intragroepfinanciering geen uitzondering op de hoofdregel

38 Europese Commissie, *July infringement package: key decisions*, 25 juli 2024 (INF/24/3228).

39 HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1112.

40 HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822.

41 A-G Emiliou 14 maart 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:238.

42 HvJ EU 4 oktober 2024, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822, r.o. 88.

43 Prof. dr. mr. D.S. Smit is werkzaam bij EY als hoofd bureau vaktechniek en verbonden aan de Universiteit van Amsterdam als Hoogleraar belastingheffing digitale economie.

44 HvJ EU 19 september 2024, gevoegde zaken C-555/22 P, C-556/22 P en C-564/22 P, ECLI:EU:C:2024:763.

45 HvJ EU 10 september 2024, C-465/20 P, ECLI:EU:C:2024:724.

gel vormt, maar onderdeel uitmaakt van deze hoofdregel, namelijk het algemene stelsel van de Engelse vennootschapsbelasting op grond waarvan buitenlandse dochterwinsten in principe niet worden belast. Er kan daarom geen sprake zijn van staatssteun.

Smit vervolgt met een uiteenzetting van de *Apple*-staatssteunzaak,⁴⁶ waarin de Europese Commissie stelt dat een onjuiste toepassing van het arm's-lengthbeginsel bij de belasting van twee Ierse vaste inrichtingen aangemerkt moet worden als het verlenen van staatssteun door Ierland.

Interessant aan deze zaak is volgens Smit dat de Europese Commissie hier een autonome Unierechtelijke methode voor winsttoerekening toepast die losstaat van het Ierse recht. Hoewel deze autonome benadering later is afgewezen door het HvJ in o.a. de *Fiat*-zaak,⁴⁷ volgt het HvJ de Commissie in deze zaak wel. Volgens Smit valt dit voor een groot deel te verklaren door de processuele gang van zaken; kennelijk is de benadering van de Commissie door de belanghebbende partijen (*Ierland* en *Apple*) niet, of althans niet op de juiste manier ter discussie gesteld in de hogerberoepsprocedure voor het HvJ. Daarmee heeft de autonome benadering van de Commissie in hoger beroep gezag van gewijsde gekregen. Op basis hiervan komt het HvJ vervolgens tot de slotsom dat de winst verdeeld moet worden tussen het (lege) hoofdhuis en de Ierse vaste inrichting, zonder naar de sleutelfuncties in de Verenigde Staten te kijken. Het HvJ is het vervolgens eens met het besluit van de Commissie dat de rulings afweken van deze methode van winsttoerekening en om die reden verboden staatssteun opleverden. De uitkomst in deze zaak is volgens Smit contra-intuïtief, maar vanwege de procesrechtelijke afslag die het HvJ in de *Apple*-zaak neemt, wel deels te verklaren.

7. Afsluiting

Korving sluit de bijeenkomst door de sprekers en aanwezigen te bedanken voor hun inbreng gedurende de bijeenkomst.

⁴⁶ HvJ EU 10 september 2024, C-465/20 P (*Commissie/Ierland*), ECLI:EU:C:2024:724.

⁴⁷ HvJ EU 8 november 2022, gevoegde zaken C-885/19 P, C-898/19 P (*Fiat Chrysler Finance Europe/Commissie*), ECLI:EU:C:2022:859.