

**ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM**

**Nadruk verboden**

**Erasmus School of Economics**

**Masterscriptie**

**ANTI-DIVIDENDSTRIPPING EN HET BEGRIP  
‘UITEINDELIJK GERECHTIGDE’**

**Naam: Sebastiaan Paling BSc  
Studentnummer: 288046  
Begeleider: drs. M. Nieuweboer  
Rotterdam, 5 februari 2013**

# Inhoudsopgave

<b>INHOUDSOPGAVE</b> .....	<b>2</b>
<b>LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN</b> .....	<b>3</b>
<b>HOOFDSTUK 1 INLEIDING</b> .....	<b>6</b>
§ 1.1 WET OP DE DIVIDENDBELASTING 1965 .....	6
§ 1.2 DOELSTELLING VAN DE SCRIPTIE .....	9
§ 1.3 RELEVANTIE VAN HET SCRIPTIEONDERWERP VOOR DE FISCALE PRAKTIJK .....	10
§ 1.4 STRUCTUUR VAN DE SCRIPTIE .....	11
<b>HOOFDSTUK 2 DE ACHTERGROND VAN DE ANTI-DIVIDENDSTRIPPINGWETGEVING</b> .....	<b>13</b>
§ 2.1 INLEIDING .....	13
§ 2.2 VOORBEELDEN VAN DIVIDENDSTRIPPING .....	13
§ 2.3 DE JURISPRUDENTIE .....	19
§ 2.4 REACTIE VAN DE WETGEVER .....	30
§ 2.5 CONCLUSIE .....	33
<b>HOOFDSTUK 3 ANALYSE VAN DE UITWERKING VAN ART. 4, LID 7 EN 8 WET DB 1965</b> .....	<b>35</b>
§ 3.1 INLEIDING .....	35
§ 3.2 DE NEGATIEVE OMSCHRIJVING VAN HET BEGRIP ‘UITEINDELIJK GERECHTIGDE’ .....	37
§ 3.3 EEN TEGENPRESTATIE IN SAMENHANG MET DE GENOTEN OPBRENGST.....	39
§ 3.4 EEN SAMENSTEL VAN TRANSACTIES .....	41
§ 3.5 DE BEWIJSLAST VOOR DE INSPECTEUR EN HET BESLUIT VAN 21 NOVEMBER 2011, NR. DGB2011/6870M.....	46
§ 3.6 DE AFSCHRIKKENDE WERKING VAN ART. 4, LID 7 EN 8 WET DB 1965 .....	52
§ 3.7 CONCLUSIE .....	55
<b>HOOFDSTUK 4 LEGITIMITEIT VAN ART. 4, LID 7 EN 8 WET DB 1965 IN INTERNATIONAAL VERBAND</b> .....	<b>58</b>
§ 4.1 INLEIDING .....	58
§ 4.2 HET BEGRIP ‘UITEINDELIJK GERECHTIGDE’ IN HET OESO-MODELVERDRAG.....	61
§ 4.3 DE INTERNATIONALE JURISPRUDENTIE OVER HET BEGRIP ‘UITEINDELIJK GERECHTIGDE’ IN VERDRAGSVERBAND .....	72
§ 4.4 DE LEGITIMITEIT VAN ART. 4, LID 7 EN 8 WET DB 1965 IN RELATIE TOT BELASTINGVERDRAGEN DIE HET BEGRIP ‘UITEINDELIJK GERECHTIGDE’ BEVATTEN IN HET DIVIDENDARTIKEL.....	80
§ 4.5 DE LEGITIMITEIT VAN ART. 4, LID 7 EN 8 WET DB 1965 IN RELATIE TOT BELASTINGVERDRAGEN WAARIN HET BEGRIP ‘UITEINDELIJK GERECHTIGDE’ ONTBREEKT ALS ONDERDEEL VAN HET DIVIDENDARTIKEL .....	90
§ 4.6 ART. 4, LID 7 EN 8 WET DB 1965 IN HET LICHT VAN ANTIMISBRUIKBEPALINGEN IN BELASTINGVERDRAGEN .....	92
§ 4.7 DE LEGITIMITEIT VAN ART. 4, LID 7 EN 8 WET DB 1965 IN RELATIE TOT DE BELASTINGREGELING VOOR HET KONINKRIJK .....	94
§ 4.8 CONCLUSIE .....	96
<b>HOOFDSTUK 5 CONCLUSIE</b> .....	<b>101</b>
<b>VERKLARENDE WOORDENLIJST</b> .....	<b>107</b>
<b>LITERATUURLIJST</b> .....	<b>109</b>
<b>BIJLAGE</b> .....	<b>119</b>

## Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
APV	afgezonderd particulier vermogen
art.	artikel
ava	algemene vergadering van aandeelhouders
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BES	Bonaire, Sint Eustatius en Saba
BNB	Beslissingen in belastingzaken - Nederlandse Belastingrechtspraak (vanaf 1953)
BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
CCH	Commerce Clearing House
CFA	Committee on Fiscal Affairs van de OESO
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
EG	Europese Gemeenschappen
etc.	etcetera
EU	Europese Unie
FCA	Federal Court of Appeal
FED	Fiscaal weekblad FED
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
Ibid.	Ibidem
IFA	International Fiscal Association
IFZ	Directie Internationale Fiscale Zaken van het Ministerie van Financiën
IFZ.	Directie Internationale Fiscale Zaken van het Ministerie van Financiën
IIB 2001	Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001
Inc.	Incorporated
ISDA	International Swaps & Derivatives Association
ISLA	International Securities Lending Association

ISMA	International Securities Market Association
ISO	International Organization for Standardization
JPMC	J.P. Morgan Chase Bank N.A.
LIBOR	London Interbank Offered Rate
Ltd.	Limited
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MvA	Memorie van Antwoord
MvO	Memorandum van Overeenstemming
MvT	Memorie van Toelichting
N.A.	National Association
NMvA	Nadere Memorie van Antwoord
NnavV	Nota naar aanleiding van het Verslag
No.	numero
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NTFR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
NV	naamloze vennootschap
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
SP	Sebastiaan Paling
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
TBMA	The Bond Market Association
TCC	Tax Court of Canada
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
UBO	ultimate beneficial owner
UN	United Nations
UvA	Universiteit van Amsterdam
V-N	Vakstudie Nieuws
Vol.	volume (deel)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VvW	Voorstel van Wet
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965

Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
Wft	Wet op het financieel toezicht

## Hoofdstuk 1 Inleiding

### § 1.1 Wet op de dividendbelasting 1965

De huidige Wet DB 1965 kent zijn oorsprong in de periode van de Duitse bezetting. Onder het bewind van de Duitse bezetter werd met ingang van 2 juli 1941 het Besluit op de Dividendbelasting 1941 van kracht. Art. 1 Besluit op de Dividendbelasting 1941 bepaalde dat de dividendbelasting bij wijze van voorheffing op de inkomstenbelasting en winstbelasting geheven werd.<sup>1</sup> Als rechtsgronden voor de invoering en instandhouding van de dividendbelasting kunnen worden aangevoerd:

- Het principe dat belastingplichtigen zoveel mogelijk moeten worden belast op het moment dat zij het aan de desbetreffende belasting onderworpen inkomen genieten, in plaats van achteraf op basis van een aanslag. Dit principe staat ook wel bekend als het ‘pay-as-you-go’-beginsel.
- Door het heffen van dividendbelasting aan de bron kan worden bereikt dat het voordeel dat belastingplichtigen genieten die dividendinkomsten in de aangifte voor de Wet IB 2001 of Wet VPB 1969 verzwijgen, gedeeltelijk te niet wordt gedaan;
- De heffing van dividendbelasting leidt er toe dat het Rijk sneller het belastinggeld tot zijn beschikking heeft dan anders het geval zou zijn. Er hoeft niet gewacht te worden tot het moment van het opleggen van de aanslag voor de Wet IB 2001 of Wet VPB 1969. Vanuit budgettair oogpunt is de instandhouding van de Wet DB 1965 dan ook aantrekkelijk.
- Voor de onderhandelingpositie van Nederland bij de totstandkoming van belastingverdragen is het van belang dat de Wet DB 1965 blijft bestaan. Wanneer Nederland een verlaging van de bronheffing op instromende dividenden wenst, kan Nederland een uitruil bewerkstelligen door op zijn beurt de dividendbelasting op uitstromende dividenden te verlagen. Als er geen dividendbelasting meer zou worden geheven zou dit betekenen dat Nederland (toekomstige) verdragspartners minder te bieden heeft in ruil voor een verlaging van bronheffing op instromende dividenden. Bovendien zullen (toekomstige) verdragspartners de bronheffing op uitstromende

---

<sup>1</sup> Tegenwoordig is de dividendbelasting een verrekbare voorheffing voor zowel de Wet IB 2001 en Wet VPB 1969 op basis van art. 9.2, lid 1, onderdeel b Wet IB 2001 en art. 25, lid 1 Wet VPB 1969.

dividenden (binnen concernverhoudingen) richting Nederland niet willen verlagen tot 0%. Immers zonder de Wet DB 1965 zou Nederland eenvoudig kunnen worden gebruikt als doorstroomland voor aandeelhouders gevestigd in landen waar geen of zeer weinig belasting wordt geheven. De (toekomstige) verdragspartner ziet dan de uit zijn land stromende dividenden (nagenoeg) belastingvrij bij de uiteindelijke aandeelhouder terechtkomen. Dit heeft negatieve gevolgen voor de onderhandelingspositie van Nederland bij de totstandkoming van belastingverdragen.<sup>2</sup>

- Tot slot kan worden gewezen op de tolfunctie van de Wet DB 1965. De ingehouden dividendbelasting kan worden gezien als een tolheffing voor het gebruik van het Nederlandse verdragennetwerk. Doorstroomvennootschappen die gevestigd zijn in Nederland profiteren van het Nederlandse verdragennetwerk. De ingehouden dividendbelasting vormt bij de uitkering van dividenden door deze vennootschappen de tol die betaald dient te worden in verband met het profijt dat bijvoorbeeld een internationaal opererend concern heeft van een in Nederland gevestigde doorstroomvennootschap.

Het Besluit op de Dividendbelasting 1941 is per 1 januari 1966 vervangen door de Wet DB 1965.<sup>3</sup> Dit behelsde in hoofdzaak een technische herziening; de inhoud werd meer systematisch ingericht en de terminologie werd aangepast aan die van de AWR en de overige wetsontwerpen in het kader van de algemene herziening van de belastingwetgeving.<sup>4</sup> Van meer dan formele betekenis was de tariefsverhoging van 15% naar 25%.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Zie ook: Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 32 500 IXB, nr. 25, p. 4, Bartel 2006, Marres & Wattel 2006, p. 1 en Heithuis 2003.

<sup>3</sup> Het wetsontwerp voor de Wet DB 1965 kreeg op 23 december 1965 kracht van wet, met als ingangsdatum 1 januari 1966.

<sup>4</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 5, p. 26.

<sup>5</sup> De voornaamste grond voor deze tariefsverhoging was aansluiting bij de internationaal steeds meer dominerende opvatting dat de bronstaat tot op zekere hoogte het recht heeft om (naast de woonstaat van de genietter van het dividend) te heffen over dividenden die zijn uitgekeerd door in die bronstaat gevestigde lichamen. Daarnaast werd door deze tariefsverhoging de Nederlandse onderhandelingspositie bij de totstandkoming van verdragen tot voorkoming van dubbele belasting versterkt en kwam het dividendbelastingtarief dicht bij het tarief te liggen van de inkomsten- en vennootschapsbelasting, zie: MvT, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 5, p. 26. Overigens is het dividendbelastingtarief per 1 januari 2007 weer verlaagd naar 15%. Het verwachte positieve effect van deze maatregel op het investeringsklimaat en het feit dat er een aanmerkelijke administratieve vereenvoudiging wordt bewerkstelligd, omdat er veel minder verzoeken tot teruggaaf van dividendbelasting behoeven te worden gedaan, vormden de motivatie voor deze tariefsverlaging, zie: MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 17-18. Wat betreft de gevolgen voor de Nederlandse onderhandelingspositie bij de totstandkoming van verdragen tot voorkoming van dubbele belasting heeft de Staatssecretaris in dit kader het volgende gesteld: "Een verlaging van het tarief van de dividendbelasting zal de verdragsonderhandelingspositie van Nederland bemoeilijken. De Nederlandse onderhandelingspositie is nu echter wezenlijk anders vergeleken met die ten tijde van de invoering van de Wet op de dividendbelasting 1965. Allereerst is het Nederlandse verdragennetwerk momenteel veel omvangrijker dan rond 1960. Dit

De dividendbelasting wordt geheven over de opbrengst<sup>6</sup> van aandelen in, winstbewijzen van en geldleningen, als bedoeld in art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969, aan (kort gezegd) in Nederland gevestigde vennootschappen. De belastingplichtige is de opbrengstgerechtigde en de belasting wordt geheven door inhouding op de opbrengst. De inhoudingsplichtige is de uitkerende vennootschap. Aangezien de ingehouden dividendbelasting op basis van art. 9.2, lid 1, onderdeel b Wet IB 2001 en art. 25, lid 1 Wet VPB 1969 een verrekenbare voorheffing is voor aan de Wet IB 2001 of Wet VPB 1969 onderworpen belastingplichtigen,<sup>7</sup> verhoogt deze belasting niet de effectieve belastingdruk waaraan deze opbrengstgerechtigden onderhevig zijn. Daarnaast bestaat er een aantal vrijstellingen voor de Wet DB 1965 en kan de ingehouden dividendbelasting in sommige gevallen worden verminderd of teruggevraagd. Dit betekent dat deze belasting feitelijk wordt gedragen door die opbrengstgerechtigden waarvoor de ingehouden dividendbelasting vanuit Nederlands optiek eindheffing vormt. Dit zijn de in het buitenland gevestigde opbrengstgerechtigden die niet onderworpen zijn aan de Wet IB 2001 of Wet VPB 1969 en geen recht hebben op een vermindering tot 0%, een vrijstelling of volledige teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting. De opbrengst van de Wet DB 1965 voor het Rijk bedroeg in 2009 € 2,084 miljard.<sup>8</sup> De netto-opbrengst na de binnenlandse verrekening bedroeg in dat jaar echter € 1,1-1,2 miljard.<sup>9</sup>

---

verdragenetwerk bewerkstelligt dat de belastingheffing over deelnemingsdividenden genoten door Nederlandse ondernemingen met buitenlandse dochterondernemingen door vrijwel alle belangrijke handelspartners van Nederland tot een aanzienlijk lager percentage, veelal tussen de 0% en 10%, wordt verminderd. In die zin heeft de verhoging van het tarief van de dividendbelasting naar 25% zijn vruchten afgeworpen. Ten tweede verplicht de sinds 1 januari 1992 van toepassing zijnde moeder-dochterrichtlijn de EU-lidstaten de in concernverhoudingen binnen de Europese Unie betaalde dividenden volledig van bronbelasting vrij te stellen. Vanaf 1 januari 2009 zijn de EU-lidstaten op grond van deze richtlijn zelfs gehouden zulke dividenden al bij een deelnemingpercentage van 10% of groter van bronbelastingheffing vrij te stellen. Hetzelfde geldt ook in de relatie met Zwitserland op grond van artikel 15 van de tussen de EG en Zwitserland gesloten spaartegoedenovereenkomst voor zover het een minimumbelang van 25% betreft. De gewijzigde situatie maakt de voorgestelde verlaging van het dividendbelastingtarief mogelijk. Na het voorstel is het tarief namelijk nog steeds hoog genoeg om te voorkomen dat onze verdragspartners bezorgd hoeven te zijn voor Nederland als dividendoorstroomland”, zie: NnavV, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 43.

<sup>6</sup> Art. 3 Wet DB 1965 schrijft voor wat voor de toepassing van deze wet dient te worden verstaan onder het begrip ‘opbrengst’.

<sup>7</sup> Mits de opbrengst tevens aan de Wet IB 2001 of Wet VPB 1969 is onderworpen.

<sup>8</sup> Zie: CBS 2013. Voor 2010 bedroeg de opbrengst van de Wet DB 1965 € 2,4 miljard (nader voorlopig cijfer) en voor 2011 bedroeg de opbrengst van de Wet DB 1965 € 2,59 miljard (voorlopig cijfer), zie: CBS 2013.

<sup>9</sup> Dit betreft een (onderbouwde) schatting, zie: Hofland & Lorié 2010. De structurele netto-opbrengst wordt door de Staatssecretaris en de Studiecommissie Belastingstelsel (overigens zonder onderbouwing) geschat op € 2 miljard, met de kanttekening dat voor de jaren 2009 en 2010 (en wellicht nog enige jaren daarna) de netto-opbrengst lager uitvalt vanwege de conjunctuur, zie: Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 32 740, nr. 1 herdruk, p. 34 en Studiecommissie Belastingstelsel 2010, p. 92.



## § 1.2 Doelstelling van de scriptie

Opbrengstgerechtigden die worden geconfronteerd met een onverrekenbare bronheffing op dividend worden geprikkeld om wegen te zoeken die leiden tot een verlaging van deze heffing. Dit komt doordat er een andere groep opbrengstgerechtigden is die bijvoorbeeld door een vrijstelling de last van de dividendbelasting niet hoeft te dragen. Dividendstripping kan dan uitkomst bieden. Dividendstripping is de naam voor een serie transacties waarbij een aandeelhouder de dividendbelastingdruk tracht te verminderen, met behoud van het economische belang bij de aandelen in de in Nederland gevestigde vennootschap.<sup>10</sup> In § 2.2 zal aan de hand van voorbeelden het begrip dividendstripping verder worden toegelicht. Hoewel dividendstripping door niet iedere auteur wordt beschouwd als een onoorbare wijze van tax planning,<sup>11</sup> heeft de wetgever besloten tot het invoeren van een antimisbruikbepaling gericht op dividendstripping. Een onderzoek naar de grondslag, uitwerking en legitimiteit van deze antimisbruikbepaling vormt het onderwerp van deze scriptie. Het doel van deze scriptie is de beantwoording van de volgende probleemstelling:

*Is de antimisbruikbepaling in de Wet op de dividendbelasting 1965 gericht op anti-dividendstripping een bepaling die noodzakelijk en geschikt is om het beoogde doel te bereiken en is deze bepaling legitiem in relatie tot de door Nederland overeengekomen belastingverdragen en de BRK?*

Deze antimisbruikbepaling is opgenomen in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965. Het doel van deze antimisbruikbepaling is het tegengaan van dividendstripping door een vermindering, teruggave of het achterwege laten van inhouding van dividendbelasting alleen te honoreren als de opbrengstgerechtigde geen partij is bij een dividendstrippingtransactie ten gunste van een aandeelhouder die zich in een minder gunstige dividendbelastingpositie bevindt dan deze opbrengstgerechtigde. Het antwoord op de probleemstelling maakt duidelijk of de wetgever in zijn opzet is geslaagd en dividendstripping effectief kan worden bestreden met een antimisbruikbepaling waarbij van over- dan wel underkill geen sprake is.

---

<sup>10</sup> Zie ook: Eenhorst & van IJzinga Veenstra 2003.

<sup>11</sup> Zie: van IJzinga Veenstra & Eenhorst 2000.

### **§ 1.3 Relevantie van het scriptieonderwerp voor de fiscale praktijk**

Binnen het curriculum van zowel de Bachelor Fiscale Economie, als de Master Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam neemt de Wet DB 1965 geen belangrijke plaats in. Hier zouden twee redenen aan ten grondslag kunnen liggen. Ten eerste is deze heffing in beginsel slechts een voorheffing voor de inkomsten- of vennootschapsbelasting naar art. 9.2, lid 1, onderdeel b Wet IB 2001 of art. 25, lid 1 Wet VPB 1969. Ten tweede geldt er voor een groot deel van de belastingplichtigen voor de Wet DB 1965 een vrijstelling, bijvoorbeeld op basis van art. 4, lid 1, onderdeel a Wet DB 1965 in gevallen waarbij de deelnemingsvrijstelling naar art. 13 Wet VPB 1969 opgaat. Dit betekent dat de dividendbelasting geen invloed heeft op de totale effectieve belastingdruk waaraan deze belastingplichtigen onderhevig zijn en waarschijnlijk om deze reden als minder relevant zou kunnen worden aangemerkt.

Evenwel wordt zolang de Wet DB 1965 blijft bestaan een deel van de in het buitenland gevestigde belastingplichtigen, vanuit het perspectief van de aandeelhouder, geconfronteerd met de dividendbelasting als onverrekenbare eindheffing. De ingehouden dividendbelasting is dan niet alleen onverrekenbaar met een belasting geheven in Nederland, ook in het vestigingsland van de buitenlandse aandeelhouder is de ingehouden dividendbelasting in dat geval onverrekenbaar. Dit betekent dat een bronbelasting op dividend van belang is voor internationaal opererende particuliere beleggers, ondernemingen en investeerders omdat deze de hoogte van de effectieve belastingdruk die drukt op dividendinkomsten beïnvloedt. Omdat het optimaliseren van internationale inkomensstromen met als doel het minimaliseren van de totale effectieve belastingdruk een onderdeel is van de Nederlandse belastingadviespraktijk, is het onderwerp van deze scriptie niet alleen relevant vanuit wetenschappelijk oogpunt. Antwoorden op vragen met betrekking tot bijvoorbeeld de reikwijdte of legitimiteit in verdragsverband van de anti-dividendstrippingwetgeving<sup>12</sup> vinden hun weerslag in de fiscale praktijk. Zeker in gevallen waarbij er door toepassing van deze wetgeving een eindheffing ontstaat die anders zou ontbreken.

---

<sup>12</sup> Met anti-dividendstrippingwetgeving wordt verwezen naar art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965, art. 9.2, lid 2 en 3 Wet IB 2001 en art. 25, lid 2 en 3 Wet VPB 1969.

## § 1.4 Structuur van de scriptie

De structuur van deze scriptie is gefundeerd op een toetsingskader. Dit toetsingskader bestaat uit drie deelvragen. Literatuuronderzoek en de analyse van de jurisprudentie en parlementaire geschiedenis vormen de basis voor de antwoorden op deze deelvragen. Voor het literatuuronderzoek zijn Nederlandse en internationale bronnen aangesproken, deze zijn terug te vinden in de literatuurlijst. Het toetsingskader bestaat uit de volgende drie deelvragen:

- *Wat is het misbruik dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 beoogt tegen te gaan en is deze bepaling noodzakelijk om het beoogde misbruik tegen te gaan?*

Voordat wordt geanalyseerd in hoeverre er bij de toepassing van de antimisbruikbepaling sprake is van over- dan wel underkill, wordt eerst een stap terug gedaan en ontleed wat het doel en de noodzaak van de bewuste bepaling is.

- *Reiken de gevolgen van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 ver genoeg en niet verder dan beoogd?*

Door de wettekst en de toelichting die hierop is gegeven tijdens de parlementaire behandeling te analyseren, wordt duidelijk of dividendstripping zodanig wordt bestreden dat er geen sprake is van over- dan wel underkill.

- *Is art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 legitiem in relatie tot de door Nederland overeengekomen belastingverdragen en de BRK?*

Dividendstripping is, zoals hiervoor al aan de orde is gekomen, vooral aantrekkelijk voor buitenlandse aandeelhouders van in Nederland gevestigde vennootschappen. Voor het antwoord op deze deelvraag wordt art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 dan ook geëvalueerd vanuit het oogpunt van het internationaal belastingrecht. Het OESO-Modelverdrag, bilaterale belastingverdragen, de BRK en het EU-recht zijn de belangrijkste toetsstenen binnen het internationaal belastingrecht. Bij de beantwoording van deze deelvraag zal echter geen aandacht worden besteed aan het primaire en secundaire EU-recht. Gaandeweg het onderzoek werd duidelijk dat toetsing van de anti-dividendstrippingwetgeving aan het primaire en secundaire EU-recht een dermate omvangrijke taak zou worden, dat ervoor gekozen is om dit onderwerp niet te behandelen.<sup>13</sup> Een onderzoek naar de legitimiteit van art. 4, lid 7 en

---

<sup>13</sup> Zie voor een analyse van de legitimiteit van de anti-dividendstrippingwetgeving in Europeesrechtelijk verband: Nijkeuter 2010, p. 292-296, Smit 2010, Schuurmans 2007, Schilder 2005, Merks 2004, p. 55-59 en Peters 2004.

8 Wet DB 1965 in Europeesrechtelijk verband kan op zichzelf een onderwerp vormen voor een scriptie.

In achtereenvolgens hoofdstuk 2, 3 en 4 wordt dit toetsingskader uitgewerkt. Wanneer dit voor de beantwoording van een van de deelvragen van waarde is, wordt mijn analyse tegenover die van andere auteurs gezet. Hierbij zullen de verschillen of overeenkomsten worden benadrukt.

Het laatste onderdeel van deze scriptie bestaat uit het formuleren van een antwoord op de probleemstelling. De antwoorden op de deelvragen vormen hiervoor de bouwstenen; door de conclusies van hoofdstuk 2, 3 en 4 samen te vatten wordt een onderbouwd antwoord gegeven op de probleemstelling. In hoofdstuk 5 zal dit antwoord in de vorm van een samenvattende conclusie van mijn scriptie worden weergegeven.

## Hoofdstuk 2 De achtergrond van de anti-dividendstrippingwetgeving

### § 2.1 Inleiding

De eerste stap bij het analyseren van de uitwerking van een antimisbruikbepaling is het in kaart brengen van het misbruik dat met behulp van deze wetgeving zou moeten worden tegengegaan. Het eerste deel van dit hoofdstuk is dan ook gericht op het aan de hand van voorbeelden omschrijven van het begrip dividendstripping en de kenmerken van dit verschijnsel die maken dat de wetgever dit onoorbaar acht. Daarmee ontstaat er inzicht in de motivatie van de wetgever voor de invoering van de bewuste bepaling en kan de noodzaak van de anti-dividendstrippingwetgeving worden geanalyseerd. De vraag kan immers gesteld worden of jurisprudentie van de Hoge Raad al niet voldoende mogelijkheden bood om misbruik tegen te gaan. Daarnaast komt aan de orde of deze jurisprudentie, nu er specifieke wetgeving gericht op anti-dividendstripping is, nog van belang is bij de toepassing van de anti-dividendstrippingwetgeving. Tot slot wordt in de conclusie antwoord gegeven op de eerste deelvraag: *Wat is het misbruik dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 beoogd tegen te gaan en is deze bepaling noodzakelijk om het beoogde misbruik tegen te gaan?*

### § 2.2 Voorbeelden van dividendstripping

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel met betrekking tot de anti-dividendstrippingwetgeving is er aandacht besteed aan enkele voorbeelden van dividendstripping.<sup>14</sup> Deze en andere sprekende voorbeelden komen in deze paragraaf aan de orde. In dit verband wordt de term ‘stripper’ gebruikt voor de persoon die de oorspronkelijke aandeelhouder in staat stelt de dividendstrippingtransactie uit te voeren.

#### *Cum/ex-transactie*

Een bekende vorm van dividendstripping is de cum/ex-transactie. Vlak voordat het dividend op de aandelen wordt gedeclareerd wordt het aandelenpakket cum-dividend verkocht aan een koper waarvoor de dividendbelasting geen eindheffing vormt. Vervolgens wordt door de oorspronkelijke aandeelhouder nadat het dividend is gedeclareerd een vergelijkbaar

---

<sup>14</sup> Zie onder andere: MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 2.

aandelenpakket ex-dividend teruggekocht van de koper, dan wel van een derde. Uiteindelijk heeft de oorspronkelijke aandeelhouder een transactievoordeel genoten gelijk aan het uitgekeerde dividend zonder inhouding van dividendbelasting. Stel dat een buitenlandse belegger die geen recht heeft op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting, vlak voordat het dividend à € 20 wordt gedeclareerd een aandeel in een Nederland gevestigde beursgenoteerde vennootschap verkoopt tegen prijs van € 120 cum-dividend. Vervolgens koopt hij het aandeel terug voor een prijs van € 100 ex-dividend. Door middel van de cum/ex-transactie is de dividenduitkering omgezet in een transactievoordeel en wordt de buitenlandse belegger niet geconfronteerd met heffing van dividendbelasting. Zijn netto-opbrengst bedraagt € 20. Wanneer de buitenlandse belegger het aandeel had behouden was zijn netto-opbrengst € 17 geweest. Er was dan immers dividendbelasting ingehouden tegen een tarief à 15%.<sup>15</sup>

### *Repo-transactie*

Bij de cum/ex-transactie wordt door zowel de oorspronkelijke aandeelhouder als de koper van het aandelenpakket een bepaalde periode koersrisico gelopen en de oorspronkelijke aandeelhouder verliest voor een zeer korte periode het economische belang bij het aandeel. De repo-transactie is een alternatief voor de cum/ex-transactie waarbij zeker kan worden gesteld dat het risico van waardeveranderingen en dus het economische belang, tussen het moment van verkoop en terugkoop, volledig bij de oorspronkelijke aandeelhouder blijft. Dit wordt bewerkstelligd door bij de verkoop (voor dividenddeclaratie) gelijktijdig een terugkoop overeen te komen met uitgestelde levering en betaling tot een datum na de dividenddeclaratie. De terugkoopprijs is gelijk aan de verkoopprijs minus de hoogte van enig tussentijds dividend plus een vergoeding. Dit betekent dat de terugkoopprijs vastligt en de koper geen koersrisico loopt.<sup>16</sup> Wederom wordt de dividenduitkering bij deze vorm van dividendstripping omgezet in een transactieresultaat. In sommige gevallen wordt de vergoeding die de ‘stripper’ eist als onderdeel van de repo-transactie al tussentijds vergoed.<sup>17 18</sup>

---

<sup>15</sup> Bij dit voorbeeld en bij volgende voorbeelden van dividendstripping wordt geen rekening gehouden met de belastingheffing in het woonland van de buitenlandse aandeelhouder met betrekking tot de vervreemding van het aandeel (of rechten die daarmee samenhangen), dan wel de dividenduitkering.

<sup>16</sup> Zie ook: van IJzinga Veenstra & Eenhorst 2000.

<sup>17</sup> Zie ook: van IJzinga Veenstra & Eenhorst 2000.

<sup>18</sup> De marktstandaardovereenkomst voor repo-transacties is de 2000 Global Master Repurchase Agreement, gezamenlijk uitgegeven door TBMA en ISMA.

Stel Y, een buitenlandse aandeelhouder die geen recht heeft op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting, voert een repo-transactie uit met X, een in Nederland gevestigde vennootschap die recht heeft op de vrijstelling van art. 4, lid 1, onderdeel a Wet DB 1965. Er wordt overeengekomen dat het aandeel waarop de dividendbelastingclaim rust door X wordt gekocht vlak voor het moment van dividenddeclaratie en door Y zal worden teruggekocht op een later tijdstip. Het aandeel heeft een waarde van € 120. De verkoopprijs bedraagt € 120 en de terugkopprijs bedraagt € 101,5. X geniet het dividend à € 20 zonder inhouding van dividendbelasting. Y heeft uiteindelijk een voordeel genoten van:  $120 - 101,5 = € 18,5$ , in plaats van het netto-dividend à € 17 dat zou zijn ontvangen door Y wanneer er geen repo-transactie zou zijn overeengekomen. X behaalt een transactievoordeel ter grote van:  $101,5 + 20 - 120 = € 1,5$  naar aanleiding van deze dividendstrippingtransactie. Heffing van dividendbelasting wordt voorkomen en Y en X delen het voordeel dat hierdoor ontstaat.

In principe wordt hetzelfde resultaat bereikt wanneer Y in plaats van het aangaan van een repo-transactie, het aandeel aan X verkoopt en een ‘deep-in-the-money’ putoptie op het aandelenpakket schrijft aan X. Deze verkoopoptie voor X heeft een dermate hoge uitoefenprijs dat uitoefening van de optie zeer waarschijnlijk is. Het is dan bijna zeker dat de Y zijn aandelen terugkrijgt en de optiepremie die Y ontvangt vormt een gedeeltelijke vergoeding voor het gemiste dividend.<sup>19</sup> In § 2.3 wordt het arrest BNB 2001/196 behandeld waarbij de Inspecteur een poging deed om deze vorm van dividendstripping tegen te gaan.

### *Equity swap*

De equity swap<sup>20</sup> is een voorbeeld van een financieel instrument waarmee indirect kan worden geïnvesteerd in aandelen of een aandelenindex.<sup>21 22</sup> Bij een equity swap zijn twee partijen betrokken. De ‘protection buyer’ betaalt de opbrengst (bij aandelen is dit het dividend) plus waardeinstijgingen minus waardedalingen van de ‘reference asset’ (de aandelen) aan de ‘protection seller’, terwijl de ‘protection seller’ een periodieke betaling doet aan de

---

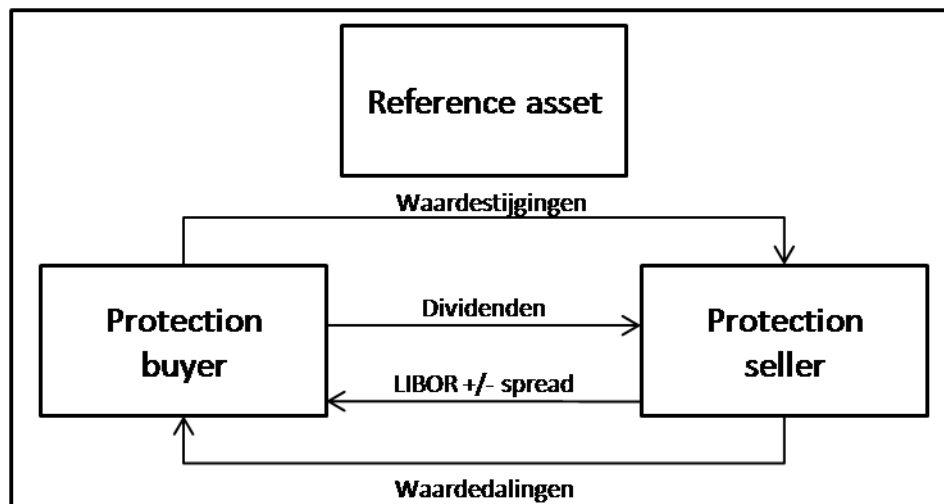
<sup>19</sup> Zie ook: Brandsma 2000. Als de koper een ‘deep-in-the-money’ calloptie schrijft aan de verkoper leidt dit tot hetzelfde resultaat.

<sup>20</sup> Ook wel total return swap genoemd. Een total return swap kan echter betrekking hebben op allerlei soorten vermogensbestanddelen zoals obligaties, vorderingen, vastgoedportefeuilles, andere swaps, derivaten etc.

<sup>21</sup> Zie ook: Chance 2004, p. 75.

<sup>22</sup> In het vervolg beperk ik mij tot de beschrijving van een equity swap met betrekking tot aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap.

‘protection buyer’ die gebaseerd is op een fictieve hoofdsom tegen een bepaalde rente, bijvoorbeeld LIBOR plus of min een aantal basispunten (ook wel spread genoemd).<sup>23</sup>



**Figuur 1** Structuur van een equity swap

In veel gevallen vindt op basis van het swapcontract ‘netting’ plaats. Dit betekent dat het verschil tussen de twee swapbetalingen wordt vastgesteld en slechts dit verschil wordt betaald door degene die de hoogste swapverplichting heeft.<sup>24</sup> Door een equity swap overeen te komen geniet de ‘protection seller’, zonder de aandelen aan te kopen, een rendement dat is gebaseerd op de onderliggende aandelen. De ‘protection buyer’ creëert een situatie waarin niet langer risico wordt gelopen op de zijn gehouden aandelen<sup>25</sup> en ontvangt een vastgesteld rendement op een fictieve hoofdsom.<sup>26</sup>

Een equity swap kan worden gebruikt voor dividendstripping. Als de ‘protection buyer’ voorafgaande aan de equity swap de onderliggende aandelen heeft verkregen van de ‘protection seller’, behoudt de ‘protection seller’ het economische belang bij de aandelen. Als de ‘protection buyer’ zich in een gunstigere dividendbelastingpositie bevindt dan de ‘protection seller’, biedt een equity swap de mogelijkheid om de ‘protection seller’ (tegen een vergoeding) te laten profiteren van deze positie. Het netto-dividend dat (indirect) door de ‘protection seller’ wordt genoten is dan immers hoger.

<sup>23</sup> De marktstandaardovereenkomst voor swaps is de 2002 ISDA Master Agreement.

<sup>24</sup> Zie ook: Peters 2000.

<sup>25</sup> Het is overigens niet noodzakelijk dat bij een equity swap de ‘protection buyer’ de onderliggende aandelen koopt van de ‘protection seller’, dan wel van een andere partij. De ‘protection buyer’ kan evenwel de aandelen aankopen als hedge tegenover zijn swapverplichting, zie ook: van IJzinga Veenstra & Eenhorst 2000.

<sup>26</sup> Zie ook: Peters 2000.



## *Securities lending*

Securities lending is, net als de voorgaande voorbeelden van dividendstripping, een financieel instrument dat vooral gebruikt wordt bij aandelen genoteerd aan een effectenbeurs. Het betreft hier een overeenkomst tot verbruiklening naar art. 7A:1791 BW waarbij de uitlener zijn aandelen, onder voorwaarde dat deze soortgelijke aandelen na een bepaalde periode terugkrijgt, aan de inlener levert. De inlener heeft het juridisch eigendom van de aandelen en is ook gerechtigd tot het dividend. De uitlener ontvangt gedurende de periode van verbruiklening een vergoeding die gebaseerd is op het gemiste dividend, zodat er uiteindelijk geen verschil ontstaat met de situatie waarin deze de aandelen niet had geleverd. De uitlener draagt gedurende de looptijd van de transactie het volledige economische risico van waardeinstijgingen en -dalingen van de effecten. Doorgaans worden door de uitlener in securities lending-contracten zekerheden bedongen, in de vorm van geld, andere effecten of zekerheidsrechten.<sup>27</sup> <sup>28</sup> Wanneer de lening onder zekerheidsstelling van geld plaatsvindt, is een securities lending-contract economisch vrijwel gelijk aan een repo-transactie.<sup>29</sup> Wanneer de inlener niet voldoet aan zijn verplichtingen heeft de uitlener dan namelijk recht op een hoeveelheid geld gelijk aan de waarde van de aandelen op het moment van het aangaan van het securities lending-contract. Als de uitlener hiermee vervolgens hetzelfde aantal aandelen koopt dat ten grondslag lag aan het securities lending-contract, wordt hetzelfde resultaat bereikt als bij een repo-transactie (mits deze aankoop na dividenddeclaratie plaatsvindt).

Securities lending kan voor buitenlandse uitleners vanuit fiscaal perspectief aantrekkelijk zijn. Stel dat een buitenlandse belegger die geen recht heeft op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting, voordat het dividend à € 20 wordt gedeclareerd een aandeel in een Nederland gevestigde beursgenoteerde vennootschap uitleent aan een in Nederland gevestigde inlener. De vergoeding die overeen wordt gekomen in het securities lending-contract bedraagt € 18,5. Het aandeel heeft een waarde van € 120. De inlener verkoopt het aandeel tegen prijs van € 120 cum-dividend aan een derde die recht heeft op verrekening van dividendbelasting. Vervolgens koopt de inlener eenzelfde aandeel voor een prijs van € 100 ex-dividend en levert het aandeel ter afwikkeling van het securities lending-contract terug aan de uitlener. De inlener die hier als ‘stripper’ optreedt geniet een voordeel

---

<sup>27</sup> Zie ook: van IJzinga Veenstra 1995.

<sup>28</sup> De marktstandaardovereenkomst voor securities lending is de 2010 Global Master Securities Lending Agreement, uitgegeven door de ISLA.

<sup>29</sup> Zie ook: van IJzinga Veenstra & Eenhorst 2000.

ter grote van:  $120 - 100 - 18,5 = \text{€ } 1,5$ . De uitlener heeft een dividendvervangende betaling ontvangen à € 18,5 zonder dat er ten laste van deze betaling dividendbelasting wordt ingehouden.<sup>30</sup> Wanneer de buitenlandse belegger het aandeel had behouden was zijn netto-opbrengst slechts € 17 geweest.

### *Tijdelijk vruchtgebruik*

Er zijn ook vormen van dividendstripping waarbij er geen vervreemding plaatsvindt van het juridisch eigendom van een aandelenpakket. Door de vervreemding van een kortlopend vruchtgebruik op een aandelenpakket kan een aandeelhouder net als bij een cum/ex-transactie een toekomstige dividendopbrengst omzetten in een transactieresultaat. De blooteigenaar behoudt het juridisch eigendom van het aandelenpakket en heffing van dividendbelasting ten laste van de blooteigenaar wordt voorkomen. De vruchtgebruiker is voor een bepaalde periode gerechtigd tot de dividendopbrengsten en is onderworpen aan de Wet DB 1965. De prijs die de vruchtgebruiker voor dit recht betaalt bevat de vergoeding voor de toekomstige dividenduitkeringen die door de blooteigenaar worden gemist. Wanneer de vruchtgebruiker als opbrengstgerechtigde kan profiteren van verrekening of teruggaaf van dividendbelasting wordt het doel van dividendstripping bereikt.

### *Dividendbewijzen*

Bij bepaalde aandelen kan dividendstripping plaatsvinden door de verkoop van afzonderlijke dividendbewijzen voor het moment van dividenddeclaratie. Deze vorm van dividendstripping met aan de Nederlandse beurs genoteerde aandelen is alleen mogelijk met de nog in zeer beperkte mate voorkomende zogeheten K-stukken. Het merendeel van de handel aan de AEX betreft CF-stukken, waarbij geen handel in losse dividendbewijzen mogelijk is.<sup>31</sup> Deze vorm van dividendstripping komt aan de orde in de volgende paragraaf bij de analyse van het arrest BNB 1975/213 en het arrest BNB 1994/217 (ook wel het 'marketmaker-arrest').

---

<sup>30</sup> Uit het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M volgt dat de door de inlener verrichte dividendvervangende betalingen niet vallen onder de opbrengst van aandelen naar art. 1, lid 1 Wet DB 1965. Dit betekent dat op deze betalingen geen dividendbelasting behoeft te worden ingehouden door de inlener.

<sup>31</sup> Zie ook: Brandsma 2000.

### *Tussenschuiven van een vennootschap*

Zoals uit de voorgaande voorbeelden blijkt is één van de kenmerken van dividendstripping dat de oorspronkelijke aandeelhouder het economische belang bij zijn aandelen behoudt of snel terugkrijgt nadat de dividenduitkering heeft plaatsgevonden. Dit betekent echter niet dat er geen sprake is van dividendstripping als het economische belang bij een aandelenpakket niet rechtstreeks wordt behouden door de oorspronkelijke aandeelhouder. Een internationaal opererend concern kan door middel van het wijzigen van zijn vennootschappelijke structuur bewerkstelligen dat de dividendbelasting als eindheffing wordt vermeden. Stel A, een vennootschap gevestigd buiten Nederland die geconfronteerd wordt met dividendbelasting als eindheffing tegen een tarief à 15%, brengt een aandelenbelang in B, een in Nederland gevestigde vennootschap, in in C, een 100% dochter van A die op basis van het belastingverdrag tussen Nederland en het vestigingsland van C een beroep kan doen op een vermindering van het dividendbelastingtarief tot 0%. A verliest zijn rechtstreekse belang in B maar behoudt zijn economische belang via C. Door deze transactie wordt toekomstige heffing van dividendbelasting in relatie tot dividenduitkeringen door B voorkomen en wordt het doel van dividendstripping bereikt.

### **§ 2.3 De jurisprudentie**

Zoals door de Staatssecretaris bij de parlementaire behandeling van de anti-dividendstrippingwetgeving is onderkend, heeft de fiscus in het verleden enkele onsuccesvolle procedures gevoerd met betrekking tot dividendstripping.<sup>32</sup> In deze paragraaf worden deze en andere arresten behandeld. Voordat de anti-dividendstrippingwetgeving van kracht werd heeft de fiscus verschillende argumenten gebruikt om het weigeren van vermindering of teruggaaf van dividendbelasting te onderbouwen. Dit leidde niet in alle gevallen tot een voor de fiscus negatief resultaat. Desondanks heeft de Staatssecretaris bij de invoering van de anti-dividendstrippingwetgeving sterk de nadruk gelegd op de minder succesvolle procedures

---

<sup>32</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 1, NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 1-2 en MvT, Kamerstukken II, 1998/99, 26 728, nr. 3, p. 45.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 1989, BNB 1990/45 blijkt dat dividendstripping kon worden bestreden met een beroep op *fraus legis*. Het ging bij dit arrest om een internationaal opererende onderneming die door middel van het tussenschuiven van een vennootschap de dividendbelasting, die drukte op vanuit Nederland uitgekeerde dividenden, tot nihil wenste te verminderen. N Inc., een in Canada gevestigde vennootschap, hield 100% van de aandelen in A BV. Op 20 november 1980 werd door de afdeling van A BV besloten tot een dividenduitkering die zou plaatsvinden na 15 december 1980. Tussen 1 november en 15 december 1980 werden de aandelen in handen van N Inc omgezet in cumulatief preferente aandelen en werden er nieuwe gewone aandelen uitgekeerd aan de belanghebbende C NV, een vennootschap opgericht naar het recht van de Nederlandse Antillen en aldaar gevestigd. Het aandelenkapitaal van C NV was voor 60% direct in handen van N Inc. en voor 40% in handen van F SA, een in Panama gevestigde vennootschap. Het Hof Amsterdam overwoog omtrent de relatie tussen F SA en N Inc. dat N Inc. kennelijk een dividendvervangende betaling had ontvangen van F SA, immers N Inc. verloor 40% van zijn rechten op het dividend van A BV door het tussenschuiven van C NV. Ter zitting bij het Hof Amsterdam heeft de belanghebbende gesteld dat N Inc. tegenover het afstaan van het recht op 40% van de overwinst van A BV andere waarden of rechten had teruggekregen. De Hoge Raad ging niet verder in op dit punt, maar het staat vast dat uiteindelijk de opbrengst van de dividenduitkering direct, dan wel indirect geheel ten goede kwam aan N Inc.

Door het tussenschuiven van C NV zou de heffing van dividendbelasting kunnen worden voorkomen. Art. 11, lid 3 (oud) BRK zou namelijk van toepassing zijn, waardoor Nederland de ingehouden dividendbelasting in zijn geheel moest teruggeven. Zou N Inc. het 100%-belang in A BV rechtstreeks hebben behouden dan zou het dividendbelastingtarief op basis van art. 7, lid 2 Verdrag NL-CA<sup>33</sup> (1957) slechts verlaagd worden tot 15%.

Op 31 december 1980 werd het dividend, onder inhouding van 25% dividendbelasting, door A BV volledig betaald aan C NV. Op 9 maart 1981 verzocht C NV om teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting op basis van art. 11, lid 3 (oud) BRK, de Inspecteur weigerde dit. Het Hof Amsterdam bevestigde het oordeel van de Inspecteur. In cassatie overwoog de

---

<sup>33</sup> Bij de afkorting van de belastingverdragen waar in deze scriptie naar wordt verwezen, is gebruikt van de ISO 3166-1 of ISO 3166-3 norm voor de vaststelling van de verschillende landcodes.

Hoge Raad dienaangaande het volgende: “Voormeld artikel 11 (BRK, SP) strekt ter voorkoming van dubbele belastingheffing ter zake van dividenden die verschuldigd zijn door een lichaam dat inwoner is van Nederland of de Nederlandse Antillen, en die worden genoten door een inwoner van een van die landen. Het is niet in overeenstemming met deze strekking om aan het bepaalde in genoemd artikel mede toepassing te geven, indien een niet in de Nederlandse Antillen gevestigde rechthebbende tot een dividend tot uitkering waarvan door een in Nederland gevestigd lichaam is besloten, zodanige uitsluitend op het ontgaan van belasting gerichte rechtshandelingen verricht dat dit dividend hem alsnog door tussenkomst van een in de Nederlandse Antillen gevestigd lichaam ten goede komt.” De Hoge Raad bevestigde hiermee het oordeel van het Hof Amsterdam dat in dit geval sprake was van *fraus legis*.<sup>34</sup>

Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat er voldaan dient te worden aan drie vereisten, wil een beroep op het leerstuk van *fraus legis* slagen:

- Ten eerste moet de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen leiden tot een situatie waarin er geen of minder belasting wordt geheven, waarbij geldt dat deze belasting wel verschuldigd zou zijn als deze rechtshandelingen niet hadden plaatsgevonden. Er moet dus een fiscaal voordeel worden behaald.
- Ten tweede moet het doorslaggevende motief voor de rechtshandeling(en) belastingontwijking zijn (ook wel het ‘motiefvereiste’).
- Ten derde moet bij het aangaan van de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen in strijd met doel en strekking van de wet worden gehandeld (ook wel het ‘normvereiste’).

De transacties tussen C NV en N Inc. hadden een zodanig kunstmatig karakter dat toepassing van het leerstuk *fraus legis* in dit geval gerechtvaardigd was.<sup>35</sup> Het dividend was op het moment van het aangaan van het samenstel van rechtshandelingen gericht op het voorkomen van heffing van dividendbelasting immers al vastgesteld. Er speelden voor C NV geen zakelijke overwegingen mee om als ‘stripper’ op te treden bij de uitkering van het dividend door A BV. Dat de gelieerdheid tussen C NV en N Inc. hiervoor bepalend was lijkt

---

<sup>34</sup> Hoewel de BRK op vergelijkbare wijze uitwerkt als belastingverdragen, is de BRK een Rijkswet. Dit maakt dat hier sprake is van *fraus legis* en niet *fraus conventionis*.

<sup>35</sup> Zie ook: Marres & Wattel 2006, p. 120 en Vleggeert 1994.

vanzelfsprekend. Wellicht dat dit de reden was voor de Hoge Raad om hiernaar niet expliciet te verwijzen in zijn belangrijkste rechtsoverweging.

Nu vaststond dat N Inc. geacht werd het dividend te genieten en bij een direct 100%-belang in A BV op basis van art. 7, lid 2 Verdrag NL-CA (1957) recht zou kunnen doen gelden op een teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting tot een bedrag van 10% van het uitgekeerde dividend, kende de Hoge Raad een gedeeltelijke teruggave van de ingehouden dividendbelasting toe. Immers zoals A-G van Soest in zijn conclusie bij dit arrest stelde, was niet een belastingbesparing van 25% in het geding maar van 15%. De Hoge Raad kon dan ook niet verder gaan dan de onthouding van de teruggaaf ten bedrage van 15%.

Het arrest BNB 1990/45 stelt de uitkomst van een eerder arrest in een ander daglicht. Het gaat hierbij om het arrest van de Hoge Raad van 27 juni 1975, BNB 1975/213. Onderwerp van geschil was de verrekening van dividendbelasting op basis van art. 25 (oud) Wet VPB 1969. De belanghebbende, BV X, had tot 4 april 1970 een vordering van ongeveer f 30.000 op Y, inwoner van Zwitserland en enig aandeelhouder van BV X. Ter voldoening van zijn schuld aan BV X gaf Y op 4 april 1970 een aantal dividendbewijzen op nog niet opeisbare dividenden van aandelen ter zake van Nederlandse beursvennootschappen in betaling. BV X claimde vervolgens nadat het dividend was uitgekeerd teruggave van de ingehouden dividendbelasting op basis van art. 25 (oud) Wet VPB 1969 en art. 15, lid 1 (oud) AWR. Het belastbaar bedrag van BV X was over 1970 namelijk negatief. De Inspecteur stelde echter dat het dividend grotendeels geen onderdeel vormde van de bestanddelen van de winst in de zin van art. 25 (oud) Wet VPB 1969 en dat daarom geen volledige teruggave van de ingehouden dividendbelasting kon plaatsvinden. De Hoge Raad concludeerde echter dat dit wel het geval was en BV X kreeg de ingehouden dividendbelasting in zijn geheel terug.

De vraag of in fraudem legis werd gehandeld kwam niet aan de orde. Zou Y de dividendbewijzen zelf behouden hebben dan had hij slechts recht op een vermindering van de dividendbelasting van 10%, op basis van art. 9, lid 2, onderdeel a, ten tweede Verdrag NL-CH (1951). Door het tussenschuiven van BV X werd effectief de heffing van dividendbelasting voorkomen. Met de uitkomst van BNB 1990/45 in het achterhoofd zou een beroep op het leerstuk fraudem legis in een dergelijk geval zeker kans van slagen hebben gehad.

BNB 1990/45 werpt wellicht niet alleen een andere blik op het verleden, ook in de toekomst zou dit arrest relevant kunnen zijn. BNB 1990/45 maakte duidelijk dat bestrijding van dividendstripping zonder additionele wetgeving mogelijk was met een beroep op het leerstuk *fraus legis*. Nu er specifieke wetgeving gericht op anti-dividendstripping is, is het de vraag of een beroep op *fraus legis* tegenwoordig nog zou kunnen slagen. *Merks* acht het sterk verdedigbaar dat de Inspecteur geen beroep meer kan doen op *fraus legis* bij dividendstrippingtransacties, nu er een specifieke en zich ver uitstrekkende antimisbruikbepaling is. Zelfs transacties die niet door de huidige wetgeving worden gedekt zouden mogelijk niet met een beroep op het leerstuk *fraus legis* kunnen worden bestreden. De wetgever heeft immers de kans gehad om alle vormen van dividendstripping tegen te gaan bij de invoering van de antimisbruikbepaling. De kans dat de wetgever niet compleet dekkende wetgeving heeft gemaakt is voor risico van de wetgever en niet voor risico van de belastingplichtige.<sup>36</sup> De parlementaire geschiedenis bij de anti-dividendstrippingwetgeving bevat een sterk argument voor deze visie. De Staatssecretaris heeft namelijk onderkend dat het doel van de antimisbruikbepaling is om alle bekende vormen van dividendstripping aan te kunnen pakken. Om deze reden is er gekozen voor het opnemen van een bepaling waarin het resultaat van dividendstripping wordt omschreven.<sup>37</sup> In tegenstelling tot een gelimiteerde omschrijving van voorbeelden van dividendstripping is er voor gekozen om in de wet een zo breed mogelijk kader op te nemen waarmee alle vormen van dividendstripping zouden kunnen worden bestreden. Wanneer zou blijken dat er toch gevallen zijn van dividendstripping die niet met de huidige antimisbruikbepaling zouden kunnen worden bestreden, biedt het leerstuk *fraus legis* niet de mogelijkheid om alsnog deze vorm van dividendstripping tegen te gaan.

#### *Het 'marketmaker-arrest'*

Bij het geschil dat ten grondslag aan het arrest van de Hoge Raad van 6 april 1994, BNB 1994/217 (ook wel het 'marketmaker-arrest') trachtte de Inspecteur dividendstripping tegen te gaan door de positie in te nemen dat de belanghebbende (de 'stripper') niet de uiteindelijk gerechtigde was tot het dividend en op basis daarvan geen recht had op gedeeltelijke teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting. De casus die ten grondslag lag aan het arrest BNB 1994/217 had net als bij BNB 1975/213 betrekking op een vorm van dividendstripping

---

<sup>36</sup> Zie: *Merks* 2004, p. 59-60 en *Merks* 2003, p. 461.

<sup>37</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 2.

waarbij de vervreemding van dividendbewijzen van aandelen in een Nederlandse beursvennootschap centraal stond. De belanghebbende, X Ltd. een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap, had in 1985 tegen ongeveer 80% van de bruto nominale waarde, een aantal dividendbewijzen Koninklijke Olie verworven van A NV, een in Luxemburg gevestigde vennootschap. X Ltd. trad op als effectenmakelaar en marketmaker voor onder andere aandelen Koninklijke Olie. Na betaalbaarstelling van het dividend werd het dividend geïnd onder inhouding van 25% dividendbelasting. Vervolgens deed X Ltd. een verzoek om een teruggaaf dividendbelasting van 10%, op basis van art. 10, lid 2, onderdeel b Verdrag NL-UK (1980). De Inspecteur weigerde dit met het argument dat X Ltd. niet was aan te merken als uiteindelijk gerechtigde in de zin van art. 10, lid 2, onderdeel b Verdrag NL-UK (1980). De Inspecteur was primair van mening dat X Ltd. hiervoor het eigendom van de onderliggende aandelen in handen had moeten hebben. Subsidiar stelde de Inspecteur dat het beroep van de belanghebbende faalde omdat deze niet de eigenaar was van de dividendbewijzen ten tijde van het vaststellen van het dividend.

Het Hof Amsterdam stelde de Inspecteur in het gelijk. De Hoge Raad oordeelde echter dat het Verdrag NL-UK (1980) met betrekking tot dividendbewijzen geen eigendom van de onderliggende aandelen vereist en dat voor de vraag wie de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is, het tijdstip waarop het dividend wordt gedeclareerd niet relevant is. Alleen het tijdstip waarop het dividend ter beschikking wordt gesteld is relevant. Aangezien X Ltd. op dat tijdstip eigenaar van de dividendbewijzen was (1), vrijelijk over deze dividendbewijzen kon beschikken (2), bij het inwisselen van de dividendbewijzen niet als zaakwaarnemer of lasthebber optrad (3) en (na uitkering) over de ontvangen uitkeringen kon beschikken (4), kwalificeerde zij als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden.

In de zojuist beschreven casus was A NV waarschijnlijk een Luxemburgse Société Holding, die op basis van art. 29 Verdrag NL-LU uitgesloten is van toepassing van het Verdrag NL-LU.<sup>38</sup> Als deze vennootschap de dividendbewijzen had behouden zou er 25% dividendbelasting zijn ingehouden op het moment dat het dividend zou worden uitgekeerd. Door de dividendbewijzen tegen 80% van de bruto nominale waarde te vervreemden aan X Ltd. hield A NV 5% extra van het dividend over. Net als A NV behaalde X Ltd. na de

---

<sup>38</sup> Zie ook: Marres & Wattel 2006, p. 117, Kemmeren 1995 en Zwemmer 1994, p. 844.



teruggave eveneens een voordeel van 5% van het dividend. Immers X Ltd. werd na de teruggave geconfronteerd met de dividendbelasting tegen een tarief van slechts 15%.

De Inspecteur deed in dit geval geen beroep op het leerstuk *fraus conventionis*.<sup>39</sup> Wanneer dezelfde motivatie wordt gehanteerd als bij het later gewezen arrest BNB 2001/196 zou dit beroep overigens geen kans van slagen hebben gehad. Immers X Ltd. heeft, als onderdeel van zijn werkzaamheden als effectenhandelaar en marketmaker, als doel het behalen van transactieresultaten. Het doorslaggevende motief voor de transactie met A NV is niet belastingontwijking maar het behalen van een transactieresultaat. Dit betekent dat ook hier niet voldaan wordt aan het motiefvereiste en het beroep op het leerstuk *fraus conventionis* niet zou slagen.

De Hoge Raad heeft met het arrest BNB 1994/217 een interpretatie gegeven van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ naar Nederlands recht. Omdat dit begrip in op het OESO-Modelverdrag<sup>40</sup> gebaseerde belastingverdragen voorkomt, betekent dit dat BNB 1994/217 thans nog relevant is voor de toepassing van deze belastingverdragen. Hierop zal in hoofdstuk 4 worden ingegaan.

#### *BNB 1994/252 en BNB 1994/253*

Net als bij het arrest BNB 1990/45 betrof de kern van het geschil dat ten grondslag lag aan het arrest van de Hoge Raad van 18 mei 1994, BNB 1994/252 de gevolgen van het tussenschuiven van een Antilliaanse vennootschap. De belanghebbende in deze zaak was X BV, een familiebedrijf gevestigd in Nederland. X BV had drie aandeelhouders; moeder B-C woonachtig in België, dochter D woonachtig in Zwitserland en zoon E woonachtig in Nederland. Het aandelenkapitaal van X BV bestond uit 20 volgestorte aandelen met een nominale waarde van f 1.000. Om het familievermogen bijeen te brengen en te houden werd besloten tot het concentreren van de aandelenbelangen van B-C en D.

B-C hield sinds de oprichting alle aandelen van de op 20 april 1978 naar Antilliaans recht opgerichte A NV. Op 30 juni 1978 bracht B-C haar 9 (gecertificeerde) aandelen X BV in in A

---

<sup>39</sup> In dit geval zou het gaan om *fraus conventionis* in plaats van *fraus legis*. X Ltd. deed namelijk een verzoek om teruggaaf van dividendbelasting op basis van het Verdrag NL-UK (1980) en niet op basis van nationale wetgeving.

<sup>40</sup> OECD Model Tax Convention on Income and on Capital

NV, deels bij wege van kapitaalstorting en voor het overige tegen schuldigerkenning van de inbrengprijs. D verkocht op dezelfde dag haar 4 (gecertificeerde) aandelen in X BV aan A NV tegen schuldigerkenning van de koopsom. Eveneens werd op 30 juni 1978 door de afa van X BV besloten tot de inkoop van 10 eigen aandelen in handen van A NV tegen een totaalprijs van f 1.600.000. Na de overdracht van deze aandelen aan X BV werd de certificatie ongedaan gemaakt. Op 5 juli 1978 verzocht X BV op basis van art. 5 Uitvoeringsvoorschriften art. 11 (oud) BRK de Inspecteur om ontslagen te worden van de verplichting dividendbelasting in te houden op dividenduitkeringen aan A NV. De Inspecteur willigde dit verzoek in op 12 juli 1978, onder het voorbehoud dat alsnog dividendbelasting zou kunnen worden geheven als zou blijken dat naar fiscale maatstaven het dividend aan anderen zou moet worden toegerekend. De inkoop van de 10 aandelen in handen van A NV werd uitgevoerd op 20 juli 1978. De Inspecteur merkte de inkoop van deze aandelen vervolgens aan als een inkoop ten gunste van B-C en D en legde derhalve een naheffingsaanslag op aan X BV tot een bedrag van 25% van  $100/75 \times (f 1.600.000 - f 10.000)$ .

X BV ging uiteindelijk in beroep tegen deze naheffingsaanslag bij het Hof Arnhem. Dit Hof oordeelde met betrekking tot de rechtshandelingen die plaatsvonden op 30 juni 1978 dat: "A NV althans in het tijdvak van 30 juni 1978 tot en met 20 juli 1978 nimmer de bedoeling heeft gehad economisch eigenaar te zijn van aandelen van belanghebbende en eveneens dat de voormalige aandeelhouders een zodanig aandeelhouderschap van A NV in die periode niet hebben beoogd. 4.7 De argumenten aangevoerd ter verklaring van de oprichting van A NV en de concentratie van vermogen van voormalige aandeelhouders van belanghebbende in deze NV, maken in het geheel niet duidelijk waarom belanghebbende zijn aandelen niet rechtstreeks van de betrokken voormalige aandeelhouders heeft ingekocht, maar via de omweg van A NV. Aangenomen moet dan ook worden dat belanghebbende en zijn beide voormalige aandeelhouders beoogden tot inkoop van hun aandelen te geraken, waartoe A NV kennelijk is opgericht en waarbij uitsluitend om fiscale redenen gebruik is gemaakt van die vennootschap." De Hoge Raad oordeelde dat deze overwegingen van het Hof vaststellingen van feiten betroffen en daarom in cassatie niet konden worden bestreden. De Hoge Raad oordeelde net als het Hof, in lijn met BNB 1990/45, dat slechts een besparing van 15% dividendbelasting in het geding was. De naheffingsaanslag werd om deze reden verlaagd tot een bedrag van 15% van  $100/85 \times (f 1.600.000 - f 10.000)$ .

In geval van inkoop van eigen aandelen wordt op basis van art. 3, lid 1, onderdeel a Wet DB 1965 het bedrag dat het op de aandelen gestorte kapitaal te boven gaat als opbrengst voor de Wet DB 1965 aangemerkt. Door het tussenschuiven van A NV zou echter op basis van art. 11 (oud) BRK de dividendbelastingclaim worden verminderd tot nihil. Deze constructie werd door de Hoge Raad bestreden door de inkoop van de aandelen in handen van A NV aan te merken als een inkoop ten gunste van B-C en D. Door de zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie van de feiten werd de heffing van dividendbelasting gewaarborgd.<sup>41</sup> In tegenstelling tot BNB 1990/45 werd er geen beroep gedaan op *fraus legis*. De Hoge Raad verwees namelijk niet naar de eventuele strijdigheid van het samenstel van rechtshandelingen met doel en strekking van de BRK. De casus die ten grondslag lag aan BNB 1994/252 week namelijk af van de casus van BNB 1990/45. Immers B-C en D behielden met betrekking tot de 10 ingekochte aandelen geen (indirect) belang in het vermogen van X BV en het voordeel behaald bij de inkoop kon dan ook op deze wijze niet ten goede komen aan B-C of D. De uitkomst van BNB 1994/252 maakt net als BNB 1990/45 duidelijk dat het tussenschuiven van een vennootschap met als doel het ontwijken van dividendbelasting op het moment dat een inkoop, dan wel dividenduitkering vaststaat door de Hoge Raad niet wordt geaccepteerd.

Op dezelfde dag als BNB 1994/252, 18 mei 1994, werd het arrest BNB 1994/253 gewezen. Dit arrest had betrekking op een geval van dividendstripping waarbij B-C, D en A NV betrokken waren. B-C en D hielden in totaal 58 aandelen in K BV, een in Nederland gevestigde vennootschap. A NV, in dit geval de belanghebbende, verkreeg de aandelen van B-C ten titel van informele kapitaalbreng en de aandelen van D tegen een winstrecht. Wanneer deze transacties hebben plaatsgevonden is niet duidelijk, maar waarschijnlijk is dit gebeurd in de periode 20 april 1978 – 20 juli 1978. De zaken zijn namelijk niet voor niets tegelijkertijd behandeld door de Hoge Raad. In geschil was of A NV recht had op teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting met betrekking tot een dividenduitkering door K BV die plaatsvond op 15 december 1980.

Het Hof verwees naar zijn argumenten bij de procedure die ten grondslag lag aan BNB 1994/252 en verwierp het beroep van de belanghebbende. De Hoge Raad oordeelde echter dat: “De enkele omstandigheid dat de aandelen in K BV uitsluitend om fiscale redenen in belanghebbende zijn ingebracht c.q. aan haar zijn verkocht, leidt niet tot het oordeel dat

---

<sup>41</sup> Zie ook: Kemmeren 1995 en de noot van Wattel bij BNB 1994/253.

sprake is van handelen in strijd met doel en strekking van de BRK en de Wet. De door de Inspecteur ter rechtvaardiging van zijn afwijzende beschikking voor het Hof gestelde omstandigheden dat belanghebbende een vennootschap is die is opgericht in een land met een lage belastingdruk, geen eigen economische activiteit - in de zin van ondernemingsactiviteit - uitoefent of dit slechts bijkomstig doet, en slechts op grond van de oprichting naar het recht van het land met de lage belastingdruk bij wetsfictie aldaar gevestigd is, vormen onvoldoende grond voor een ander oordeel. Derhalve dient belanghebbendes verzoek om teruggaaf van de dividendbelasting, ingehouden op het door K BV uitgekeerde dividend, te worden ingewilligd.”

In tegenstelling tot het samenstel van transacties dat voorafging aan BNB 1990/45 en BNB 1994/253 kon in dit geval de dividendbelastingclaim niet worden gered met een beroep op *fraus legis*, dan wel met een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie van de feiten. *Fraus legis* werd door de Hoge Raad afgewezen omdat er niet voldaan was aan het ‘normvereiste’. Bovendien ontbrak blijkbaar de vereiste samenhang tussen de dividenduitkering en de inbreng/verkoop van de aandelen door B-C en D, waardoor een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie van de feiten hier niet aan de orde was. Ondanks dat B-C haar belang behield in K BV en daarmee profiteerde van een geslaagde dividendstrippingtransactie. De samenhang tussen de genoten opbrengst die onderworpen is aan heffing van dividendbelasting en de transactie die leidt tot het verminderen of voorkomen van de dividendbelastingclaim blijft van belang voor de toepassing van de anti-dividendstrippingwetgeving. In § 3.3 wordt hier dieper op ingegaan.

#### *BNB 2001/196*

Het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2001, BNB 2001/196 is het meest recente voorbeeld van een onsuccesvolle procedure voor de fiscus met betrekking tot dividendstripping. De belanghebbende in deze zaak trad op als marketmaker op de Amsterdamse Optiebeurs. De belanghebbende kocht op 13 mei 1993 een groot aantal aandelen in C NV en een gelijk aantal ‘deep-in-the-money’ putopties op aandelen C NV met een looptijd tot 21 mei 1993. Op 14 mei 1993 werd vóór beurs het dividend op die aandelen vastgesteld. Op 14 mei werden eveneens de opties uitgeoefend. Het dividend werd betaalbaar gesteld aan de belanghebbende op 25 mei 1993. Als gevolg van dit geheel van transacties behaalde de belanghebbende een transactieresultaat van f 821.552. Deze zaak is een

kenmerkend voorbeeld van een cum/ex-transactie waarbij het koersrisico van de ‘stripper’ wordt afgedekt door middel van een optiecontract. Bij de aangifte vennootschapsbelasting voor het jaar 1993 claimde de belanghebbende op basis van art. 25 Wet VPB 1969 verrekening voor de dividendbelasting die was ingehouden in verband met het uitgekeerde dividend op de aandelen C NV. De Inspecteur weigerde deze verrekening. De Staatssecretaris deed in casu een beroep op het leerstuk *fraus legis* en stelde in cassatie, nadat het Hof Amsterdam de uitspraak op bezwaar van de Inspecteur had vernietigd, dat de belanghebbende in strijd met doel en strekking van de Wet DB 1965 en art. 25 Wet VPB 1969 had gehandeld door mee te werken aan een constructie die gericht was op het verrekenen van dividendbelasting die in principe eindheffing vormde en dat via deze weg belastingheffing werd ontweken.

De Hoge Raad overwoog bij zijn arrest BNB 2001/196 in dit verband het volgende: “De bereidheid van belanghebbende mee te werken aan een op verijdeling door derden van dividendbelasting als eindheffing gerichte constructie, is geen grond om aan te nemen dat voor de in het kader van die medewerking door belanghebbende verrichte transacties niet het voor zichzelf te behalen transactieresultaat maar die verijdeling van dividendbelasting de doorslaggevende beweegreden is geweest. Het middel kan derhalve niet tot cassatie leiden.” Het beroep op het leerstuk *fraus legis* faalde omdat er niet voldaan was aan het ‘motiefvereiste’.

Het doorslaggevende motief voor het aangaan van de transacties was niet het ontwijken van belastingheffing, maar het transactieresultaat dat door de belanghebbende kon worden behaald. Dit is ook het kenmerkende verschil met de casus die ten grondslag lag aan het arrest BNB 1990/45. Er speelden voor de belanghebbende zakelijke overwegingen mee om als ‘stripper’ op te treden. Dit was voor de tussengeschoven vennootschap bij BNB 1990/45 niet het geval. Omdat de belanghebbende handelde in zijn hoedanigheid als marketmaker op de Amsterdamse Optiebeurs, kende deze de identiteit van de oorspronkelijke aandeelhouders niet. Bovendien zou deze het geheel van rechtshandelingen niet zijn aangegaan als er geen transactieresultaat zou kunnen worden behaald. De marketmaker handelde als onafhankelijke derde. Dit betekent dat de misbruikmotieven die (eventueel) aanwezig waren bij de oorspronkelijke aandeelhouders niet aan hem konden worden toegerekend. Van *fraus legis* was hier dan ook geen sprake.

De Staatssecretaris heeft gesteld dat vanwege het risico op uitholling van de heffingsgrondslag van de Wet DB 1965 in vergelijkbare gevallen de anti-dividendstrippingwetgeving is ingevoerd. Na het arrest BNB 2001/196 zouden de bestrijdingsmogelijkheden dermate gering zijn dat wettelijke maatregelen noodzakelijk waren om de toepassing van het verschijnsel dividendstripping op omvangrijke schaal te voorkomen.<sup>42</sup> Het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2001, BNB 2001/196 heeft derhalve een cruciale rol gespeeld bij de invoering van de anti-dividendstrippingwetgeving.

## § 2.4 Reactie van de wetgever

Nadat het arrest BNB 2001/196 gewezen was en er bij de wetgever zorgen ontstonden over mogelijke grootschalige opkomst van dividendstripping, werd de invoering van de huidige maatregelen tegen dividendstripping met een persbericht op 27 april 2001 aangekondigd.<sup>43</sup> Deze anti-dividendstrippingmaatregelen<sup>44</sup> zijn bij wet van 13 juli 2002, met terugwerkende kracht tot 27 april 2001,<sup>45</sup> in de Wet IB 2001, Wet VPB 1969 en Wet DB 1965 opgenomen.<sup>46</sup> De Staatssecretaris omschrijft het begrip dividendstripping als volgt: “Dividendstripping houdt in dat een (buitenlandse) aandeelhouder met behoud van het economische belang bij de aandelen, de dividendbelasting ontgaat door het recht op dividend over te dragen aan een persoon (de ‘stripper’, SP) die een gunstiger recht heeft op verrekening, teruggaaf of vermindering van dividendbelasting dan de oorspronkelijke aandeelhouder, of aan een rechtspersoon ten aanzien van wie inhouding van dividendbelasting achterwege mag blijven, terwijl dit ten aanzien van de oorspronkelijke aandeelhouder niet het geval is. (...) Dividendstripping onderscheidt zich van normale effectentransacties doordat in de periode waarin afstand wordt gedaan van de aandelen, het belang bij die aandelen blijft rusten bij de

<sup>42</sup> Zie: NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 2.

<sup>43</sup> Zie: Persbericht Ministerraad 27 april 2001, V-N 2001/24.2.

<sup>44</sup> Met anti-dividendstrippingmaatregelen wordt verwezen naar art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965, art. 9.2, lid 2 en 3 Wet IB 2001 en art. 25, lid 2 en 3 Wet VPB 1969.

<sup>45</sup> Op die datum is door middel van een persbericht kenbaar gemaakt dat de ministerraad op voorstel van de Staatssecretaris had ingestemd met het treffen van wetgevende maatregelen tegen dividendstripping. Aanleiding daartoe was een nieuw geval van dividendstripping dat zich medio april 2001 had voorgedaan en het feit dat in de daaropvolgende weken het dividend van een aantal grote beursfondsen zou worden vastgesteld. Teneinde te voorkomen dat daarbij – mogelijk op grote schaal – oneigenlijk gebruik van verrekening, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting zou kunnen plaatsvinden, is in het persbericht terugwerkende kracht van de maatregel tot en met de datum van het persbericht aangekondigd, zie: MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 10. In verband met de kenbaarheid van de maatregel heeft de Staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling toegezegd dat deze niet wordt toegepast op die gevallen waarvan het geheel of een gedeelte van het samenstel van rechtshandelingen dat tot dividendstripping heeft geleid, heeft plaatsgevonden voor 27 april 2001, zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 3. Zie: noot 83 voor de uitwerking van het vertrouwensbeginsel in relatie tot toezeggingen van de Staatssecretaris.

<sup>46</sup> Zie: Stb. 2002, nr. 396.

oorspronkelijke aandeelhouder. In die periode wordt getracht het koersrisico zoveel mogelijk uit te sluiten. Daartoe wordt veelal gebruik gemaakt van een samenstel van rechtshandelingen met aanwending van verschillende financiële instrumenten.”<sup>47</sup> Met andere woorden het dividend wordt (tegen vergoeding) door een ‘stripper’ van het aandelenpakket gestript.

Het slagen van dividendstrippingtransacties is afhankelijk van de vraag of de ‘stripper’ een beroep kan doen op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting waardoor de effectieve belastingdruk op vanuit Nederland uitgekeerde dividenden kan worden verlaagd. Bij het laatste voorbeeld van § 2.2 wordt dit bereikt door middel van een vorm van treaty shopping. Een buitenlandse aandeelhouder van een in Nederland gevestigde vennootschap zal er in een dergelijk geval voor zorg dragen dat de ‘stripper’ in een land is gevestigd dat een belastingverdrag heeft gesloten met Nederland dat leidt tot een lagere dividendbelastingdruk.

Hetzelfde resultaat kan worden bereikt door een ‘stripper’ te gebruiken die gevestigd is in Nederland, waardoor bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling naar art. 13 Wet VPB 1969 van toepassing is en er een vrijstelling opgaat voor de Wet DB 1965 naar art. 4, lid 1, onderdeel a Wet DB 1965. Deze vorm van dividendstripping staat ook wel bekend onder de naam Holland routing. Zonder additionele wettelijke maatregelen zou de anti-dividendstrippingbepaling in de Wet DB 1965 effectief kunnen worden omzeild door gebruik te maken van in een Nederlands gevestigde ‘stripper’ die geen beroep doet op een vrijstelling, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting maar die de ingehouden dividendbelasting kan verrekenen met de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting. Dit zou betekenen dat ondanks dat er naar art. 5 Wet DB 1965 15% dividendbelasting wordt ingehouden, er sprake is van derving van belastingsinkomsten als gevolg van dividendstripping. Om dit te voorkomen zijn art. 9.2, lid 2 en 3 Wet IB 2001 en art. 25, lid 2 en 3 Wet VPB 1969 ingevoerd. Deze bepalingen bewerkstelligen dat de dividendbelasting niet als voorheffing in aanmerking kan worden genomen als degene ten laste waarvan de dividendbelasting is ingehouden niet de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is.

Zoals in § 1.3 reeds naar voren kwam is het optimaliseren van internationale inkomensstromen een onderdeel van de Nederlandse fiscale adviespraktijk. Onder

---

<sup>47</sup> MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 2.

optimaliseren wordt in dit verband verstaan: het minimaliseren van de effectieve belastingdruk op een bron van inkomen. Bronheffingen zoals de dividendbelasting, die effectief gedragen worden door buitenlandse aandeelhouders die deze niet (geheel) kunnen verrekenen, stimuleren internationaal opererende particuliere beleggers, ondernemingen en investeerders om wegen te zoeken die leiden tot een minimale blootstelling aan dergelijke heffingen. Dit geldt zeker als deze bronheffingen niet kunnen worden verrekend met bijvoorbeeld de vennootschapsbelasting waaraan de buitenlandse aandeelhouder onderworpen is in zijn land van vestiging. Dividendstripping is een middel om de gevolgen van de heffing van dividendbelasting te voorkomen of te verzachten en de totale effectieve belastingdruk, waaraan buitenlandse aandeelhouders van in Nederland gevestigde vennootschappen onderhevig zijn, te verlagen. Wanneer dividendstripping zou worden toegelaten zou dit een stimulans kunnen zijn voor investeringen in Nederland, verricht door investeerders die gevestigd zijn in niet-verdragslanden.<sup>48</sup> Echter zoals ook al uit de hiervoor beschreven voorbeelden van dividendstripping blijkt, zou dit wel ten koste gaan van de opbrengst van de Wet DB 1965. De Staatssecretaris heeft dit gesignaleerd en draagt dit aan als een belangrijk motief voor de invoering van maatregelen die dividendstripping moeten tegengaan.<sup>49</sup> De Staatssecretaris kan echter niet inschatten wat de budgettaire gevolgen zouden zijn van het achterwege laten van de invoering van de huidige anti-dividendstrippingwetgeving. De reden hiervoor is dat het onduidelijk is in welke mate er een neiging zou bestaan tot het verrichten van dividendstrippingtransacties, indien geen wettelijke maatregelen zouden worden getroffen.<sup>50</sup> Desondanks heeft de wetgever er voor gekozen om met de anti-dividendstrippingwetgeving de opbrengst van de Wet DB 1965 te beschermen. De invoering van wettelijke maatregelen gericht op anti-dividendstripping, ongeacht de vormgeving daarvan, is echter moeilijk te rechtvaardigen als niet kan worden bepaald in hoeverre deze maatregelen succesvol zijn. Het rendement op investeringen in of via Nederland van internationaal opererende particuliere beleggers, ondernemingen en investeerders, waarvoor de ingehouden dividendbelasting geheel of gedeeltelijk onverrekenbaar is, wordt door de invoering van de anti-dividendstrippingwetgeving verlaagd. Dit betekent dat de interventie van de overheid in het economische verkeer tot gevolg heeft dat vanuit economisch oogpunt suboptimale investeringsbeslissingen worden genomen door deze groep marktpartijen. De

---

<sup>48</sup> Zie ook: Marres & Wattel 2006, p. 115.

<sup>49</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II, 1998/99, 26 728, nr. 3, p. 57. MvT, Kamerstukken II, 1998/99, 26 728, nr. 3 heeft betrekking op het oorspronkelijke wetsvoorstel dat anti-dividendstrippingmaatregelen bevatte en is vervangen door de huidige anti-dividendstrippingwetgeving. Dit wetsvoorstel zal kort in § 3.1 worden toegelicht.

<sup>50</sup> Zie: NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 2.



Staatssecretaris heeft ook zelf onderschreven dat een bronbelasting op dividend verstorend werkt.<sup>51</sup> Wat het beschermen van de opbrengst van de Wet DB 1965, die ongeveer 0,9% van de totale opbrengst der Rijksbelastingen omvat,<sup>52</sup> oplevert is echter niet te bepalen. De wetgever acht dividendstripping kennelijk dusdanig fiscaal onoorbaar dat maatregelen die dit moeten bestrijden zijn te rechtvaardigen ondanks dat investeringsbeslissingen van rationeel handelende marktpartijen worden verstoord en bij de invoering van deze maatregelen niet bekend was in hoeverre het achterwege laten van wettelijke maatregelen tot derving van belastinginkomsten zou leiden.

## § 2.5 Conclusie

Aan de hand van de vraag: *Wat is het misbruik dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 beoogd tegen te gaan en is deze bepaling noodzakelijk om het beoogde misbruik tegen te gaan?*, is in dit hoofdstuk de uitkomst van de analyse van de grondslag van de anti-dividendstrippingwetgeving weergegeven. De belangrijkste aspecten van deze analyse worden in deze conclusie samengevat om de eerdergenoemde vraag te beantwoorden.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel met betrekking tot art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 heeft de Staatssecretaris duidelijk gemaakt dat deze bepaling gericht is op het bestrijden van dividendstripping. Het doel van dividendstripping is het verlagen van de effectieve belastingdruk op dividenden uitgekeerd door in Nederland gevestigde vennootschappen. Het gaat hierbij om dividenden waartoe buitenlandse aandeelhouders gerechtigd zijn die niet onderworpen zijn aan de Wet IB 2001 of Wet VPB 1969 en die geen recht hebben op een vermindering tot 0%, een vrijstelling of volledige teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting. De belastingbesparing wordt bewerkstelligd door op enigerlei wijze het recht op het dividend over te dragen aan een ‘stripper’ die wel een beroep kan doen op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting, waardoor heffing van dividendbelasting wordt voorkomen of het dividendbelastingtarief dat drukt op de dividenden wordt verlaagd. De oorspronkelijke aandeelhouder behoudt echter het economische belang bij de aandelen of verkrijgt dit na de dividenduitkering weer terug. Er worden daarnaast door de ‘stripper’ één of meer dividendvervangende betalingen verricht. De

---

<sup>51</sup> Zie: NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 78.

<sup>52</sup> In 2009 bedroeg de netto-opbrengst van de Wet DB 1965 namelijk € 1,1-1,2 miljard (schatting) en de totale opbrengst der Rijksbelastingen € 129,429 miljard, zie: Hofland & Lorie 2010 en CBS 2013.

oorspronkelijke aandeelhouder heeft dus uiteindelijk ook het economische genot van de dividenduitkering.

De ‘stripper’ kan verschillende motieven hebben om mee te werken aan dividendstripping. Het kan bijvoorbeeld gaan om een financiële dienstverlener. Als onafhankelijke derde zal een financiële dienstverlener alleen meewerken aan dividendstripping als er een zakelijke vergoeding, veelal in de vorm van een transactieresultaat, tegenover staat. Als er echter gebruikt wordt gemaakt van een ‘stripper’ die gelieerd is aan de oorspronkelijke aandeelhouder neemt de kans dat dividendstripping een zuiver kunstmatig karakter heeft toe. Met betrekking tot dividendstripping in gelieerde verhoudingen heeft de Hoge Raad bij BNB 1990/45 onderkend dat dividendstripping kon worden bestreden met een beroep op het leerstuk *fraus legis*. Uit BNB 2001/96 volgt dat in geval voor de ‘stripper’ het te behalen transactieresultaat het doorslaggevende motief was voor het aangaan van de dividendstrippingtransactie, er geen sprake kon zijn van het handelen in *fraudem legis* door de ‘stripper’. Uit de jurisprudentie blijkt derhalve dat zuiver kunstmatige constructies gericht op belastingontwijking door de fiscus konden worden bestreden zonder additionele wetgeving. Gevallen van dividendstripping waarbij zakelijke motieven voor de ‘stripper’ bepalend waren konden echter niet worden bestreden.

De wetgever heeft ingezien dat dit zou kunnen resulteren in verlies van belastinginkomsten. Met de invoering van de anti-dividendstrippingwetgeving zijn maatregelen getroffen met als doel het tegengaan van transacties die leiden tot dividendstripping. In welke mate er sprake zou zijn van derving van belastinginkomsten wanneer er geen wettelijke maatregelen zouden worden getroffen, was bij de invoering van de anti-dividendstrippingwetgeving echter niet duidelijk. Er is niet geanalyseerd of de (eventuele) budgettaire opbrengst van het tegengaan van deze transacties, de anti-dividendstrippingwetgeving in zijn huidige vorm rechtvaardigt. Als het doel is van de maatregelen gericht op anti-dividendstripping: het tegengaan van transacties die leiden tot dividendstripping ongeacht de motieven van de betrokken marktpartijen, kan worden gesteld dat de invoering van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 noodzakelijk was. Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad konden immers slechts dividendstrippingtransacties worden bestreden waarbij belastingontwijking het doorslaggevende motief was voor de ‘stripper’ om mee te werken aan deze transacties.

## Hoofdstuk 3 Analyse van de uitwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965

### § 3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn het doel en de achtergrond van de antimisbruikbepaling gericht op anti-dividendstripping uitgebreid aan de orde gekomen. In dit hoofdstuk wordt de volgende stap van het onderzoek weergegeven. Deze bestaat uit het beantwoorden van de volgende vraag: *Reiken de gevolgen van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 ver genoeg en niet verder dan beoogd?* Door stap voor stap de wettekst en de toelichting die hierop is gegeven tijdens de parlementaire behandeling te analyseren wordt duidelijk of derving van belastinginkomsten als gevolg van dividendstripping zodanig wordt bestreden dat er geen sprake is van over- dan wel underkill. In lijn met *Bijl & van der Geld* en *Faber* zou ik overkill in fiscalibus willen kenschetsen als situaties waarin de wettekst niet aansluit bij de kennelijke bedoeling van de wetgever, omdat de wettekst meer belastend is dan doel en strekking van de bepaling verlangen.<sup>53</sup> Bij underkill gaat het om situaties waarin de wettekst minder belastend is dan de wetgever heeft beoogd.<sup>54</sup>

In het vorige hoofdstuk is uiteengezet dat het doel van de anti-dividendstrippingwetgeving het tegengaan van alle vormen van dividendstripping is. De Staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 benadrukt dat deze antimisbruikbepaling vooral een regulerende werking zal moeten hebben met als doel dat dividendstrippingtransacties niet meer zullen plaatsvinden.<sup>55</sup> Dit betekent dat de bepaling voldoende afschrikwekkend moet zijn om dividendstrippingtransacties onaantrekkelijk te maken. Maar hierbij dient wel te worden voorkomen dat de bepaling niet te belastend is doordat bijvoorbeeld de dividendbelastinglast die ontstaat als gevolg van de toepassing van de anti-dividendstrippingwetgeving onevenredig verdeeld is over de betrokken partijen. Als met de huidige wettekst deze doelstelling wordt bereikt, is er geen sprake van over- dan wel underkill.

---

<sup>53</sup> Zie: *Bijl & van der Geld* 2009, p. 5 en *Faber* 2008.

<sup>54</sup> Zie ook: *Faber* 2008.

<sup>55</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 3 en Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B, p. 4.

### *De introductie van wettelijke maatregelen tegen dividendstripping*

Het wetsvoorstel voor art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 werd voorafgegaan door een ander wetsvoorstel gericht op het tegengaan van dividendstripping.<sup>56</sup> Net als de huidige anti-dividendstrippingwetgeving ging dit wetsvoorstel uit van een negatieve definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’. Het wetsvoorstel bevatte een bezitseis die inhield dat de ontvanger van het dividend niet als uiteindelijk gerechtigde zou worden aangemerkt indien deze de onderliggende aandelen niet ten minste 10 dagen voorafgaand aan de datum van dividenddeclaratie in zijn bezit had gehad. Bovendien zou de ontvanger van het dividend de aandelen in totaal ten minste gedurende een aangesloten periode van 3 maanden in zijn bezit moeten hebben gehad. De tiendaagse periode moest onderdeel uit maken van de driemaandstermijn.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Belastingherziening 2001 leidde dit voorstel tot kritische kanttekeningen van de Nederlandse Vereniging van Banken en de AEX. De maatregelen zouden niet goed uitvoerbaar zijn en vanwege de gehanteerde termijnen overkill bevatten. Naar de mening van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs werden vele vormen van bestaande financiële transacties door deze maatregelen getroffen, terwijl er van misbruik geen sprake was. Met name professionele beurspartijen zoals optiehandelaren en hoeklieden zouden door de voorgestelde maatregelen onevenredig hard worden getroffen.<sup>57</sup> Bovendien zou de beurshandel rond de declaratiedatum van dividenden ernstig verstoord worden.<sup>58</sup> Deze kritiek had tot gevolg dat de inwerkingtreding van de maatregelen werd uitgesteld, bovendien werd het bedrijfsleven de mogelijkheid geboden om met alternatieven te komen. Naar aanleiding hiervan is de huidige anti-dividendstrippingwetgeving ontwikkeld door de Studiegroep Van Rooy.<sup>59</sup> Deze wetgeving is in samenspraak met de meest betrokken marktpartijen zoals de Nederlandse Vereniging van Banken, de Nederlandse Marketmakers Associatie en Euronext tot stand gekomen.<sup>60</sup> Het is de vraag of het alternatief dat heden ten dage in de wetgeving is opgenomen gevrijwaard is van overkill.

---

<sup>56</sup> Zie: VvW, Kamerstukken II, 1998/99, 26 728, nrs. 1-2, p. 19.

<sup>57</sup> Zie: Commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op wetsvoorstel 26 727, Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001) en wetsvoorstel 26 728, Invoeringswet Wet Inkomstenbelasting 2001, p. 6.

<sup>58</sup> Zie ook: Persbericht Ministerraad 27 april 2001, V-N 2001/24.2 en Brandsma 2000.

<sup>59</sup> Zie: Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief 2001.

<sup>60</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 1.

### § 3.2 De negatieve omschrijving van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’

Op basis van art. 4, lid 4 en art. 10, lid 1 en 2 Wet DB 1965 kan een opbrengstgerechtigde alleen een succesvol beroep doen op een vrijstelling voor of teruggaaf van de dividendbelasting als deze opbrengstgerechtigde ook de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is. In art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 staat beschreven wanneer een opbrengstgerechtigde niet wordt aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde.<sup>61</sup> De wetgever heeft er dus voor gekozen om een negatieve omschrijving van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in de wet op te nemen. De Staatssecretaris heeft deze keuze onderbouwd met twee argumenten. Ten eerste blijft de mogelijkheid bestaan dat het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ binnen het nationale recht verder wordt uitgewerkt. Ten tweede blijft er een zekere mate van flexibiliteit gewaarborgd, waardoor er internationaal niet uit de pas wordt gelopen ten opzichte van landen die een zodanige definitie niet in hun wetgeving hebben opgenomen.<sup>62</sup>

Het is opmerkelijk dat de Staatssecretaris de keuze voor een negatieve definitie heeft onderbouwd met het argument dat er ruimte blijft voor verdere uitwerking van dit begrip binnen het nationale recht. Deze visie houdt namelijk in dat er ruimte blijft voor nieuwe jurisprudentie met betrekking tot het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’.<sup>63</sup> Dit terwijl de uitkomsten van BNB 2001/196 en het ‘marketmaker-arrest’ de aanleiding vormden voor de invoering van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965. Bovendien zouden opbrengstgerechtigden tegenwoordig in vergelijkbare gevallen, door toepassing van de huidige anti-dividendstrippingwetgeving geen recht hebben op verrekening of teruggaaf van dividendbelasting.<sup>64</sup> De wetgever heeft er met de introductie van de anti-dividendstrippingwetgeving dus voor gekozen om de lijn die de Hoge Raad had uitgezet te dwarsbomen. Nu er dankzij de negatieve definitie in de Wet DB 1965 mogelijk ruimte blijft voor de Hoge Raad om het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ verder uit te werken, hoopt de wetgever op een meer economische benadering van dat begrip.<sup>65</sup> Het is de vraag of de Hoge

---

<sup>61</sup> Deze negatieve omschrijving is niet alleen van belang wanneer de opbrengstgerechtigde een beroep doet op één van de vrijstellingen die is opgenomen in art. 4 Wet DB 1965 of zich beroept op het recht van teruggaaf naar art. 10 Wet DB 1965. Ook als er op basis van de BRK of een belastingverdrag een vrijstelling, vermindering of teruggaaf opgaat, is deze negatieve omschrijving op basis van art. 4, lid 7 Wet DB 1965 relevant.

<sup>62</sup> Zie: NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 3 en Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B, p. 3-4.

<sup>63</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 7.

<sup>64</sup> Zie ook: Eenhorst & van IJzinga Veenstra 2003.

<sup>65</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van het oude wetsvoorstel heeft de Staatssecretaris namelijk het volgende gesteld: “Als vertrekpunt wordt uitgegaan van een materieel criterium: de dividendbelasting wordt niet als een voorheffing op de vennootschapsbelasting aangemerkt indien de belastingplichtige niet de uiteindelijk

Raad hiervoor, nu er een uitgebreide en generieke antimisbruikbepaling is opgenomen in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965, nog ruimte ziet.

Het tweede argument voor een negatieve definitie is moeilijk te begrijpen. Een negatieve definitie biedt minder rechtszekerheid voor de opbrengstgerechtigde dan een positieve definitie. Wanneer een opbrengstgerechtigde op basis van een positieve definitie voldoet aan de voorwaarden, is het zeker dat deze opbrengstgerechtigde de uiteindelijk gerechtigde is tot het dividend. Een positieve definitie schept meer duidelijkheid over de reikwijdte van dit begrip. Echter als op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 de opbrengstgerechtigde niet voldoet aan de negatieve definitie, blijft de kans bestaan dat hij niet als uiteindelijk gerechtigde wordt aangemerkt. Zo heeft de Staatssecretaris in het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M het standpunt ingenomen dat bij inkoop van aandelen door middel van een Forward Purchase Agreement en (onder voorwaarden) ook bij inkoop via een Secondary Trading Line de persoon die de aandelen houdt die worden ingekocht niet kan worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. *Brandsma en Rompen & de Gunst* concluderen terecht dat de jurisprudentie die in § 2.3 aan de orde is gekomen en de anti-dividendstrippingwetgeving voor dit standpunt geen ruimte bieden.<sup>66</sup> Het uiteindelijk oordeel over deze kwestie berust uiteraard bij de rechter, maar uit dit voorbeeld blijkt wel dat een negatieve definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ ruimte biedt voor een flexibele uitleg van dat begrip. Als de Staatssecretaris met flexibiliteit hierop wijst, heeft hij dus gelijk. Evenwel komt dit de rechtszekerheid en daarmee de kwaliteit van de wetgeving niet ten goede. Het doel van de anti-dividendstrippingbepaling wordt zo niet op een evenwichtige wijze bereikt.

Het is jammer dat de Staatssecretaris zijn visie op het verband tussen de zogenaamde flexibiliteit van de wetgeving en het internationaal uit de pas lopen niet verder heeft toegelicht. Kennelijk acht de Staatssecretaris het van belang dat er internationaal niet uit de pas wordt gelopen. Wat de achtergrond hiervan is, is helaas niet duidelijk. Bovendien zou ook het tegenovergestelde kunnen worden beargumenteerd, namelijk dat met de invoering van art.

---

gerechtigde is tot het dividend. Onder uiteindelijk gerechtigde wordt in dit verband verstaan degene die economisch als genietter van het dividend kan worden aangemerkt aangezien de dividendbetaling geacht kan worden ten bate van zijn vermogen te zijn gekomen; aan de economische werkelijkheid wordt voorrang gegeven boven een afwijkende juridische werkelijkheid”, zie: MvT, Kamerstukken II, 1998/99, 26 728, nr. 3, p. 57.

<sup>66</sup> Zie: Brandsma 2008 en Rompen & de Gunst 2007. Ik ga niet verder in op dit onderdeel van dit besluit en zijn consequenties, omdat ik, evenals Rompen & de Gunst, van mening ben dat dit onderdeel van het besluit niet gericht is op het bestrijden van dividendstripping, zie: Rompen & de Gunst 2007.

4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 Nederland vanuit het internationaal belastingrecht gezien juist uit de pas is gaan lopen. Hierop wordt dieper ingegaan in hoofdstuk 4.

### **§ 3.3 Een tegenprestatie in samenhang met de genoten opbrengst**

Een eerste vereiste voor de toepassing van art. 4, lid 7 Wet DB 1965 is dat de opbrengstgerechtigde in samenhang met de genoten opbrengst een tegenprestatie heeft verricht. Al hetgeen dat kan worden aangemerkt als vergoeding voor het op de aandelen verwachte dividend wordt in dit verband aangemerkt als tegenprestatie.<sup>67</sup> Door verschillende auteurs is gewezen op het feit dat bij een schenking van een aandeel of dividendbewijs er geen tegenprestatie wordt geleverd door de opbrengstgerechtigde.<sup>68</sup> De opbrengstgerechtigde verkrijgt dan immers het recht op dividend om niet. De voorbeelden van dividendstripping in § 2.2 maken duidelijk dat de omzetting van het dividend in een transactieresultaat of een andere inkomstenbron die geen belaste opbrengst voor de Wet DB 1965 vormt, een belangrijk aspect is van dividendstripping. Dit betekent dat er door de ‘stripper’ altijd een tegenprestatie wordt verricht, immers zonder deze tegenprestatie zou de oorspronkelijke aandeelhouder niet profiteren van deze omzetting. Het feit dat er bij een schenking geen tegenprestatie wordt verricht betekent dat er geen sprake kan zijn van dividendstripping, mits de oorspronkelijke aandeelhouder zijn aandeel, dan wel dividendbewijs schenkt zonder dat er één of meer additionele transacties plaatsvinden die kunnen worden aangemerkt als dividendvervangende betaling. Als deze additionele transacties wel plaatsvinden is er toch sprake van een tegenprestatie en kan er wel sprake zijn dividendstripping. Dat een schenking van aandelen of dividendbewijzen op zichzelf beschouwd niet valt onder het toepassingsbereik van de anti-dividendstrippingwetgeving leidt dan ook niet tot underkill.

Het recht op de (toekomstige) vruchten van een aandeel, oftewel het recht op dividend is onlosmakelijk verbonden met het juridisch eigendom van een aandeel (of certificaat).<sup>69</sup> De waarde van een aandeel wordt bovendien voor een groot deel bepaald door de toekomstige dividenden. Dit betekent dat bij elke aankoop van een aandeel er in principe sprake zal zijn van een betaling die kan worden aangemerkt als vergoeding voor al het op de aandelen verwachte dividend en in die zin een samenhang kan worden onderkend tussen de

---

<sup>67</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 8.

<sup>68</sup> Zie: Marres & Wattel 2006, p. 126, Eenhorst & van IJzinga Veenstra 2003 en Brandsma 2002.

<sup>69</sup> Mits er geen splitsing is aangebracht tussen het bloot eigendom en het vruchtgebruik en het geen eerdergenoemd K-stuk betreft.

aankoopprijs en de genoten opbrengst. De Staatssecretaris heeft echter een andere invulling van het begrip ‘samenhang’ voor ogen gehad. Uit de parlementaire behandeling van de anti-dividendstrippingwetgeving blijkt namelijk dat het tijdsverloop tussen de aankoop van de aandelen en de dividenduitkering in grote mate bepaald of er sprake is van de vereiste samenhang. Gezien de kritiek op het eerste wetsvoorstel en vanwege de kans op underkill, bevat het huidige art. 4, lid 7 Wet DB 1965 echter geen minimale termijn waaraan voldaan moet zijn wil de vereiste samenhang tussen de tegenprestatie en de opbrengst ontbreken.<sup>70</sup> Zo wordt underkill op dit vlak voorkomen. Als er een termijn in deze bepaling zou zijn opgenomen, zouden dividendstrippingtransacties worden gespaard die (net) buiten die termijn zouden plaatsvinden. Dit zou een negatief effect hebben op de doelmatigheid van de anti-dividendstrippingwetgeving.

Naast de factor tijd spelen ook andere factoren een rol. Bij het tussenschuiven van een vennootschap zijn dit bijvoorbeeld het karakter van de dividenduitkering (regulier, incidenteel of liquidatie-uitkering<sup>71</sup>) en de duurzaamheid van de wijziging in de vennootschappelijke structuur.<sup>72</sup> De tegenprestatie bestaat bij het tussenschuiven van een vennootschap veelal (afhankelijk van de wijze van inbreng) uit nieuw uitgegeven aandelen in de verwervende vennootschap of een waardestijging van de aandelen in de verwervende vennootschap. In beide gevallen geldt dat het toekomstig te ontvangen dividend moeilijk is te identificeren als onderdeel van de tegenprestatie die verkregen is van de verwervende vennootschap. Volgens *Brandsma* doelt de wetgever met samenhang vermoedelijk op deze identificeerbaarheid. Als de (toekomstige) opbrengst niet vrij nauwkeurig in een de door de opbrengstgerechtigde verschuldigde tegenprestatie kan worden onderscheiden, zou er geen sprake zijn van de vereiste samenhang.<sup>73</sup> In dit verband lijkt mij een securities lending-contract een duidelijk voorbeeld waarbij deze samenhang aanwezig is. Een identificeerbaar gedeelte van de vergoeding voor de uitlener, is in dit geval toe te rekenen aan het door de inlener (te) ontvangen dividend. De parlementaire geschiedenis bevat echter geen aanwijzing voor de zienswijze van *Brandsma*. Er dient door de Inspecteur te worden aangetoond dat er een relatie bestaat tussen het verrichten van de tegenprestatie en het genieten van de opbrengst, daarom

---

<sup>70</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 2.

<sup>71</sup> Een liquidatie-uitkering houdt verband met de ontbinding van de uitkerende vennootschap. Dit betekent dat de oorspronkelijke aandeelhouder zijn economische belang in deze vennootschap niet kan behouden of terugverkrijgen. Deze verwijzing van de Staatssecretaris is dan ook niet in lijn met de uitwerking van art. 4, lid 7, onderdeel b Wet DB 1965.

<sup>72</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 2.

<sup>73</sup> Zie: Brandsma 2008 en Brandsma 2002.



speelt het tijdsverloop tussen deze twee momenten een belangrijke rol. Wanneer de opbrengst duidelijk is te identificeren als onderdeel van de tegenprestatie, zoals bij een securities lending-contract of bij de vervreemding van een dividendbewijs, verlicht dit slechts de bewijslast van de Inspecteur. Maar dit betekent niet dat bij het tussenschuiven van een vennootschap met bijvoorbeeld als titel informele kapitaalbreng, geen samenhang kan worden onderkend tussen de tegenprestatie en het ontvangen van de opbrengst. De feiten en omstandigheden, zoals het tijdsverloop tussen deze twee momenten, bepalen of er sprake is van de vereiste samenhang. Als de Inspecteur deze samenhang kan aantonen is er voldaan aan dit onderdeel van art. 4, lid 7 Wet DB 1965. De uitleg van *Brandsma* zou een beperking van het toepassingsbereik van art. 4, lid 7 Wet DB 1965 betekenen die de wetgever niet heeft beoogd.

### § 3.4 Een samenstel van transacties

De opbrengstgerechtigde dient op basis van art. 4, lid 7 Wet DB 1965 de tegenprestatie te hebben verricht als onderdeel van een samenstel van transacties. Dit betekent dat er meer dan één transactie moet plaatsvinden en dat er een verband tussen deze transacties moet bestaan. Uit de volgende passage van de Memorie van Toelichting met betrekking tot de anti-dividendstrippingwetgeving kan worden afgeleid hoe het begrip ‘samenstel’ dient te worden geïnterpreteerd: “De maatregel beperkt zich tot situaties waarin personen die hun dividendrechten hebben overgedragen, hun oorspronkelijke aandelenpositie op directe of indirecte wijze hebben behouden of na dividenddatum opnieuw verkrijgen als onderdeel van een samenstel van transacties. De maatregel blijft derhalve buiten toepassing ingeval er geen verband bestaat tussen de verkoop vóór dividenddatum en terugkoop van de aandelen na die datum.”<sup>74</sup> De Inspecteur dient te kunnen aantonen dat de oorspronkelijke aandeelhouder, naast het overdragen van het recht op dividend, één of meerdere rechtshandelingen heeft verricht waardoor deze het economische belang bij de aandelen heeft behouden, dan wel heeft terugverkregen.

Securities lending is tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor de anti-dividendstrippingwetgeving door de Staatssecretaris als voorbeeld van dividendstripping naar voren gebracht.<sup>75</sup> Zoals in § 2.2 aan de orde is gekomen kan het doel van dividendstripping

---

<sup>74</sup> MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 8.

<sup>75</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 2.

door de totstandkoming van een overeenkomst tot verbruiklening bereikt worden. Desondanks kan de anti-dividendstrippingwetgeving op basis van de wettekst en zijn toelichting hierbij niet worden toegepast.<sup>76</sup> Securities lending omvat namelijk geen samenstel van transacties, maar slechts de totstandkoming van de enkelvoudige overeenkomst tot verbruiklening waardoor de oorspronkelijke aandeelhouder het economische belang bij de aandelen ook weer terugverkrijgt. Art. 4, lid 7 Wet DB 1965 gaat op dit punt dus niet ver genoeg. Door in art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 de overeenkomst tot verbruiklening op te nemen als fictief samenstel van transacties zou deze vorm van underkill eenvoudig kunnen worden ondervangen.

Als voor de beoordeling van het samenstel van transacties als vertrekpunt dient te worden genomen de oorspronkelijke aandeelhouder, geldt bij het tussenschuiven van een vennootschap dat er naast de transactie die leidt tot de vervreemding van de aandelen, een daarmee samenhangende transactie moet plaatsvinden waardoor het belang behouden blijft. Bij een kapitaalstorting in de vorm van een inbreng van aandelen wordt het eindresultaat (het behoud van het belang) in principe bereikt door één transactie, namelijk door de vervreemding zelf. Dit zou betekenen dat door het ontbreken van een samenstel van transacties het tussenschuiven van een vennootschap niet zou kunnen worden bestreden met de huidige anti-dividendstrippingwetgeving. Echter wanneer de Inspecteur kan aantonen dat de oprichting van de tussengeschoven vennootschap verband houdt met de inbreng van de aandelen geldt dit niet. De oprichting van een vennootschap gaat immers gepaard met één of meer transacties. Het tijdsverloop tussen de oprichting van de tussengeschoven vennootschap en de inbreng van de aandelen kan een aanwijzing zijn voor de aanwezigheid van een samenstel van transacties. Omdat op dividendstripping gerichte herstructurerings in de praktijk gepaard gaan met de oprichting van een nieuwe vennootschap,<sup>77</sup> is de kans op underkill in dit verband gering. Aangezien het doel van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is om alle vormen van dividendstripping tegen te gaan, zou er ook voor kunnen worden gekozen om in art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 de inbreng van aandelen als fictief samenstel van transacties aan te merken. Deze uitbreiding van de anti-dividendstrippingwetgeving zou de bestrijding van dividendstripping binnen internationaal opererende ondernemingen kunnen vergemakkelijken.

---

<sup>76</sup> Eenhorst & van IJzinga Veenstra stellen dat het ontbreken van een samenstel van transacties de toepassing van de anti-dividendstrippingmaatregelen in dit geval mogelijk in de weg zou kunnen staan, zie: Eenhorst & van IJzinga Veenstra 2003.

<sup>77</sup> Zie bijvoorbeeld de casus die ten grondslag lagen aan BNB 1994/253, BNB 1994/252 en BNB 1990/45.

De oorspronkelijke aandeelhouder, waaraan de opbrengst van de dividendstrippingtransactie als gevolg van een samenstel van transacties geheel of gedeeltelijk (in)direct ten goede komt en die zijn belang heeft behouden of heeft terugverkregen, kan op basis van de wettekst zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn. Dit betekent dat een open fonds voor gemene rekening, een doelvermogen,<sup>78</sup> een open commanditaire vennootschap of een daarmee vergelijkbaar buitenlandse entiteit die overgaat tot het uitvoeren van een dividendstrippingtransactie niet wordt gehinderd door art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965.<sup>79</sup> Deze entiteiten kunnen echter wel op basis van de brede definitie van het begrip ‘opbrengstgerechtigde’ in art. 1, lid 1 Wet DB 1965 subjectief onderworpen zijn aan de Wet DB 1965. Ook deze entiteiten zouden kunnen profiteren van de vermindering van de dividendbelastingdruk door middel van dividendstripping. Er zijn tijdens de parlementaire behandeling van de anti-dividendstrippingwetgeving geen argumenten voor de uitzonderingspositie van deze entiteiten naar voren gebracht. De rechtsvorm van de oorspronkelijke aandeelhouder is bij het bestrijden van dividendstripping niet relevant. De anti-dividendstrippingwetgeving gaat op dit punt dan ook niet ver genoeg.

*Art. 4, lid 8 Wet DB 1965*

Met art. 4, lid 8, onderdeel a Wet DB 1965 heeft de wetgever zeker gesteld dat bij transacties die plaatsvinden op de (effecten)beurs er ook van een samenstel van transacties sprake kan zijn. Dit hangt samenhang met het feit dat transacties op een (effecten)beurs in principe anoniem plaatsvinden. Een koper heeft in een dergelijke situatie geen inzicht in de dividendbelastingpositie van de verkoper en weet niet of de verkoper naar aanleiding van de transactie waarbij de koper betrokken is profiteert van een samenstel van transacties gericht op dividendstripping. In art. 4, lid 7 Wet DB 1965 is echter geen bewustzijnsvereiste voor de opbrengstgerechtigde opgenomen. Dit maakt art. 4, lid 8, onderdeel a Wet DB 1965 overbodig. Het is enkel de taak van de Inspecteur om te onderbouwen dat er voldaan is aan de voorwaarden van art. 4, lid 7 Wet DB 1965. Het is niet noodzakelijk dat de opbrengstgerechtigde zich bewust is van zijn rol als ‘stripper’.<sup>80</sup> De Staatssecretaris heeft evenwel gesteld dat dit niet betekent dat een nietsvermoedende koper van aandelen op de

---

<sup>78</sup> Sinds 1 januari 2010 geldt dit op basis van art. 4, lid 8, onderdeel c Wet DB 1965 alleen voor doelvermogens die niet kwalificeren als afgezonderd particulier vermogen in de zin van art. 2.14a en 10a.7 Wet IB 2001.

<sup>79</sup> Zie ook: Eenhorst & van IJzenga Veenstra 2003.

<sup>80</sup> Zie: NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 4.

beurs zal worden geconfronteerd met de anti-dividendstrippingmaatregelen.<sup>81</sup> <sup>82</sup> Gelet op het ontbreken van een bewustzijnsvereiste in de wet, kan deze toezegging van de Staatssecretaris worden opgevat als te zijn gedaan in zijn hoedanigheid van uitvoerder van de wet, hetgeen een beroep op het vertrouwensbeginsel tegenover de Inspecteur mogelijk maakt.<sup>83</sup> Er is door de Staatssecretaris een duidelijke en concrete toezegging gedaan teneinde een groep belastingplichtigen, die bij een juiste wetstoepassing zouden worden geraakt door de anti-dividendstrippingwetgeving, tegemoet te komen. Deze tegemoetkoming betekent wel dat het toepassingsbereik van de anti-dividendstrippingwetgeving wordt beperkt en niet alle gevallen van dividendstripping kunnen worden bestreden. Het is aan de nietsvermoedende koper om met een beroep op het vertrouwensbeginsel te voorkomen dat hij wordt geconfronteerd met deze wetgeving. Een algemene tegenbewijsregeling voor nietsvermoedende opbrengstgerechtigden, opgenomen in art. 4, lid 7 Wet DB 1965, zou in dit verband een beter alternatief zijn. Ook niet op de beurs optredende nietsvermoedende kopers zouden dan kunnen voorkomen dat ze worden geconfronteerd met de gevolgen van de anti-dividendstrippingwetgeving. Immers ondanks dat een opbrengstgerechtigde de identiteit van de verkoper kent, kan deze verkoper buiten de opbrengstgerechtigde om, transacties verrichten met derden die het mogelijk maken dat het belang door hem wordt behouden of wordt terugverkregen. Als de Staatssecretaris in strijd met de hoofddoelstelling van de anti-dividendstrippingwetgeving al kiest voor een tegemoetkoming voor nietsvermoedende kopers, biedt een op de wet gebaseerde tegenbewijsregeling meer rechtszekerheid voor de belastingplichtigen en is daarmee een beter middel om het boogde doel van de toezegging te bereiken. De wetgever heeft echter niet voor dit alternatief gekozen.

In art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 zijn twee enkelvoudige transacties opgenomen die fictief worden aangemerkt als een samenstel van transacties. Zoals in § 2.2 naar voren is gekomen kan het doel van dividendstripping worden bereikt bij de vervreemding van een dividendbewijs of de vestiging van een kortlopend genotrecht op een aandeel. Om deze

---

<sup>81</sup> Zie: NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 5.

<sup>82</sup> Naarmate er sprake is van een grotere transactie, is het minder aannemelijk dat er sprake is van een nietsvermoedende koper op de beurs, zie MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 8.

<sup>83</sup> Zie ook: Brandsma 2008 en Wattel & Marres 2006, p. 127. De Hoge Raad heeft in het arrest van 13 maart 1996, BNB 1996/205 en het arrest van 21 januari 1998, BNB 1998/115 geconcludeerd dat aan een uitlating van de Staatssecretaris vertrouwen kan worden ontleend wanneer deze kan worden opgevat als regel omtrent de uitoefening van zijn beleid. Dit geldt niet alleen voor uitlatingen tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen, maar ook voor onderschriften van de Staatssecretaris bij hofuitspraken, zie: het arrest van de Hoge Raad van 2 maart 1983, BNB 1983/150. Zie voor een uitgebreide analyse van de juridische betekenis van uitlatingen van de Staatssecretaris onder andere: Bruijsten 2003 en Wattel 1990.

vormen van dividendstripping te kunnen bestrijden is het dan ook noodzakelijk om de fictie van art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 in de wet op te nemen. Van overkill is dit verband geen sprake. *Brandsma* heeft echter terecht gesignaleerd dat art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 niet opgaat bij het vestigen van een kortlopend genotsrecht op een winstbewijs of een geldlening als bedoeld in art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969.<sup>84</sup> Op basis van art. 1, lid 1 Wet DB 1965 is de opbrengst van deze vermogenstitels wel onderworpen aan deze wet. Art. 4, lid 7 Wet DB 1965 zou ook in dit verband dienen te gelden. Deze omissie zou eenvoudig kunnen worden gerepareerd door art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 uit te breiden.

Per 1 januari 2010 bevat art. 4, lid 8 Wet DB 1965 een nieuw onderdeel. Art. 4, lid 8, onderdeel c Wet DB 1965 is in de wet opgenomen om te voorkomen dat APV's als bedoeld in art. 2.14a en 10a.7 Wet IB 2001 worden gebruikt om de werking van artikel 4, lid 7 Wet DB 1965 te beperken.<sup>85</sup> De introductie van het begrip 'afgezonderd particulier vermogen' in de belastingwetgeving kan op zichzelf een onderwerp zijn voor een scriptie, derhalve wordt in deze scriptie niet diep op dit begrip ingegaan. Wel kan hier worden gesignaleerd dat de introductie van art. 4, lid 8, onderdeel c Wet DB 1965 wel eens het tegenoverstelde tot gevolg kan hebben dan hetgeen de wetgever voor ogen had.<sup>86</sup> Op basis van de brede definitie van het begrip 'opbrengstgerechtigde' in art. 1, lid 1 Wet DB 1965 kunnen APV's subjectief onderworpen zijn aan de Wet DB 1965; immers de fiscale transparantie van APV's werkt niet algemeen door in de Wet DB 1965. Art. 4, lid 8, onderdeel c Wet DB 1965 bewerkstelligt dat de fiscale transparantie alleen geldt bij de toepassing van de anti-dividendstrippingwetgeving, dit betekent dat er per definitie geen sprake kan zijn van een onoorbaar samenstel van transacties tussen het APV en de achterliggende natuurlijk persoon.<sup>87</sup> Oftewel de mogelijkheden om APV's te diskwalificeren als uiteindelijk gerechtigde op basis van art. 4, lid 7 Wet DB 1965 worden hierdoor beperkt.<sup>88</sup> De uitbreiding van art. 4, lid 8 Wet DB 1965 per 1 januari 2010 resulteert derhalve in underkill.

---

<sup>84</sup> Zie: Brandsma 2002.

<sup>85</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 60.

<sup>86</sup> Zie ook: Bobeldijk & de Leeuw 2011.

<sup>87</sup> Zie ook: Bobeldijk & de Leeuw 2011.

<sup>88</sup> Zie ook: Bobeldijk & de Leeuw 2011. Dit laat onverlet dat, zoals Bobeldijk & de Leeuw terecht signaleren, de negatieve definitie van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 de Inspecteur de ruimte laat om op basis van andere gronden te beargumenteren dat een APV niet de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is, zie: Bobeldijk & de Leeuw 2011.

### § 3.5 De bewijslast voor de Inspecteur en het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M

De bewijslast voor de feiten die op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 moeten worden aangetoond, dan wel aannemelijk moeten worden gemaakt ligt bij de Inspecteur.<sup>89</sup> Uit de zinsbouw van art. 4, lid 7 Wet DB 1965 blijkt dat de Inspecteur dient aan te tonen dat de opbrengstgerechtigde een tegenprestatie heeft verricht in samenhang met de genoten opbrengst, als onderdeel van een samenstel van transacties. Dat de opbrengst geheel of gedeeltelijk (in)direct ten goede komt aan de oorspronkelijke aandeelhouder, die zijn belang heeft behouden of heeft terugverkregen en zich in een minder gunstige dividendbelastingpositie bevindt dan de opbrengstgerechtigde, behoeft slecht aannemelijk worden gemaakt.<sup>90</sup> Volgens de Staatssecretaris bemoeilijken in dit verband de volgende belangrijke elementen van dividendstrippingtransacties de bewijslast van de Inspecteur: het tijdsverloop tussen de transacties, de mogelijke betrokkenheid van meerdere buitenlandse partijen<sup>91</sup> en de complexiteit van de overeengekomen contracten.<sup>92</sup> Dit heeft tot gevolg dat de bepaling in zijn praktische toepassing alleen gericht zal zijn op evidente vormen van dividendstripping.<sup>93</sup> De wetgever heeft de Inspecteur wel de ruimte gelaten om dividendstripping te bestrijden ongeacht het oogmerk dat ten grondslag ligt aan het samenstel van transacties dat leidt tot de belastingbesparing.<sup>94</sup> “Indien met een samenstel van transacties

---

<sup>89</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 3, p. 8 en Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B, p. 4.

<sup>90</sup> Zie ook: Eenhorst & van IJzinga Veenstra 2003.

<sup>91</sup> Op basis van belastingverdragen of de Europese Bijstandsrichtlijn, EG-richtlijn 77/799/EEG van 19 december 1977, PbEG 1979, L 336 kan de Inspecteur wellicht aan informatie komen over buitenlandse partijen die betrokken zijn bij dividendstrippingtransacties. De bewijslast van de Inspecteur hoeft dan ook niet in alle gevallen zwaarder te zijn wanneer er buitenlandse partijen betrokken zijn bij dividendstripping.

<sup>92</sup> Dit is waarschijnlijk ook de reden voor het hiervoor gesignaleerde verschil in zwaarte van bewijslast voor de Inspecteur. De Inspecteur kan bij de bewijsvoering voor feiten met betrekking tot de opbrengst die (in)direct ten goede is gekomen aan een partij die zich in een minder gunstige dividendbelastingpositie bevindt dan de opbrengstgerechtigde en die zijn belang heeft behouden of terugverkregen, volstaan met aannemelijke vermoedens waarmee een rechter kan worden overtuigd van het zich voordoen van deze feiten. Wanneer ook deze feiten zouden moeten aangetoond, zou de wetgever niet gekozen hebben voor de tekst van art. 4, lid 7 Wet DB 1965.

<sup>93</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 3, p. 8 en Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B, p. 4.

<sup>94</sup> Dit staat bijvoorbeeld haaks op de uitwerking van art. 1, lid 7 Wet DB 1965. Deze bepaling schrijft sinds 1 januari 2012 voor wanneer een lid van een coöperatie belastingplichtig is voor de Wet DB 1965. De motieven die ten grondslag liggen aan een samenstel van transacties gericht op het uithollen van de grondslag van de Wet DB 1965 zijn bij deze bepaling evenwel van cruciaal belang, zie: NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 30. Zie voor een uitgebreide analyse van art. 1, lid 7 Wet DB 1965: Brandsma 2011 en van der Linden & Houtgraaf 2011. Overigens heeft de Staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel met betrekking tot art. 1, lid 7 Wet DB 1965 gesteld dat er in dit verband naar verwachting geen cumulatie optreedt met art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965, zie: NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 32. Alhoewel niet eenieder hier zeker van is, zie: van der Linden & Houtgraaf 2011.

dit resultaat wordt bereikt, is sprake van dividendstripping. De Inspecteur behoeft dan niet ook nog eens aannemelijk te maken dat het oogmerk van dividendstripping aan het samenstel van transacties ten grondslag heeft gelegen.”<sup>95</sup> Art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 biedt bijvoorbeeld geen ruimte voor tegenbewijs in de situatie dat de motieven van de ‘stripper’ niet in overwegende mate gericht zijn op belastingontwijking. Dit past binnen de doelstelling van de anti-dividendstrippingwetgeving, immers met deze wetgeving is beoogd om alle vormen van dividendstripping tegen te gaan. Het feit dat bijvoorbeeld ook zakelijk handelende financiële dienstverleners geraakt worden in situaties die vergelijkbaar zijn met de casus die ten grondslag lag aan het arrest BNB 2001/196, leidt dan ook niet tot overkill.

*Het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M*

De wetgever heeft dan wel geen tegenbewijsregeling in de Wet DB 1965 opgenomen, in het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M wordt naar aanleiding van een toezegging van de Staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling, toch rekening gehouden met het feit dat niet alle vormen van dividendstripping gericht zijn op belastingontwijking. De Staatssecretaris wil voorkomen dat niet fiscaal gedreven, duurzame concernreorganisaties worden bemoeilijkt.<sup>96</sup> Deze benadering is in strijd met de doelstelling van de anti-dividendstrippingwetgeving. Art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is er namelijk op gericht om dividendstripping te bestrijden ongeacht het motief dat ten grondslag ligt aan het samenstel van transacties. Er wordt slechts op basis van objectieve wettelijke voorwaarden getoetst of er sprake is van dividendstripping. Met deze toezegging lijkt de Staatssecretaris daarentegen te suggereren dat in sommige gevallen het motief voor het aangaan van transacties toch zal worden meegewogen.

In het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M is deze toezegging als volgt uitgewerkt: wanneer bijvoorbeeld het tussenschuiven van een vennootschap onderdeel is van een duurzame concernreorganisatie en gevolgd wordt door een reguliere dividenduitkering, zijn de anti-dividendstrippingmaatregelen niet van toepassing. In tegenstelling tot in het inmiddels vervangen Besluit van 16 maart 2007, nr. CPP2006/1783M wordt voor de invulling van het begrip ‘reguliere dividenduitkering’ niet meer verwezen naar de voorschriften

---

<sup>95</sup> NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 4.

<sup>96</sup> Zie: NMvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117d, p. 2.

opgenomen in de regeling voor de surtax.<sup>97</sup> Maar is er volstaan met de volgende definitie: tweemaal het gemiddeld, volgens een bestendige gedragslijn, uitgekeerde dividend in drie voorafgaande kalenderjaren. De invulling van het begrip ‘bestendige gedragslijn’ in dit verband is echter niet verder toegelicht. De verwijzing naar de drie voorafgaande kalenderjaren is ook niet duidelijk. Wordt hiermee bedoeld voorafgaand aan het jaar waarin het samenstel van transacties, in de zin van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965, aanvangt of voorafgaand aan het jaar van de dividenduitkering waarvan de omvang dient te worden getoetst aan de voorwaarden die zijn opgenomen in dit besluit?<sup>98</sup> De tegemoetkoming geldt bovendien alleen bij duurzame concernreorganisaties. Wat in dit verband dient te worden verstaan onder duurzaamheid is niet helder. Is hierbij alleen het aantal jaren dat de concernreorganisatie in stand blijft van belang of spelen nog andere factoren een rol? Het zou voldoende moeten zijn dat de duurzame instandhouding van de reorganisatie bij het aangaan van deze reorganisatie werd beoogd. Wanneer de opbrengstgerechtigde dit aannemelijk kan maken, is er sprake van een duurzame reorganisatie ongeacht het aantal jaren dat de reorganisatie daadwerkelijk in stand is gehouden.

Hoewel de invulling van enkele cruciale begrippen niet duidelijk is, zijn de voorwaarden die in het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M zijn opgenomen grotendeels gebaseerd op objectieve maatstaven. De motieven voor het aangaan van de transacties worden op basis van dit besluit niet beoordeeld. Dit is op zijn minst opvallend als het doel van dit besluit: het ongehinderd laten van reorganisaties waarbij het ontgaan van Nederlandse dividendbelasting niet een drijfveer is, in ogenschouw wordt genomen. Niet de motieven voor de reorganisatie zijn bepalend voor de toepassing van dit besluit, maar de mate waarin er sprake zou zijn van derving van belastinginkomsten. Immers hoe groter de omvang van de dividenduitkering, hoe groter de gemiste dividendbelastingopbrengst zou zijn als gevolg van de toepassing van het goedkeurend beleid. Daarom wordt er in het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M niet getoetst aan de hand van de motieven, maar aan de hand van de omvang van de dividenduitkering. Volgens de Staatssecretaris ligt in deze benadering besloten dat reorganisaties met een zakelijk karakter, dat wil zeggen reorganisaties waarbij het ontgaan van Nederlandse dividendbelasting niet een drijfveer is, niet worden gehinderd.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> Opgenomen in Hfst. 2, art. IV, onderdeel B IIB 2001. De surtax is overigens vanaf 1 januari 2005 buiten werking gesteld.

<sup>98</sup> Zie ook: de aantekening van de Redactie Vakstudie Nieuws bij het inmiddels vervangen Besluit van 13 november 2009, nr. CPP2009/354M, V-N 2009/62.20.

<sup>99</sup> Zie: NMvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117d, p. 2.



Deze visie van de Staatssecretaris valt echter niet te rijmen met de inhoud van het besluit. Er wordt de belastingplichtigen namelijk niet de mogelijkheid geboden om aannemelijk te maken dat een reorganisatie niet gericht is op belastingontwijking. Omdat de voorwaarden die in het besluit zijn opgenomen meer belastend zijn dan doel en strekking van het besluit verlangen, bevat het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M derhalve overkill

Naast de (beperkte) tegemoetkoming met betrekking tot dividendstripping en duurzame reorganisaties, bevat het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M ook de toezegging dat in geval de anti-dividendstrippingwetgeving van toepassing is de inhoudingsplichtige niet geconfronteerd wordt met een naheffingsaanslag dividendbelasting indien:

- de inhoudingsplichtige op het moment van dividenduitkering in het bezit is van een verklaring van de dividendontvanger, dat deze uit hoofde van zijn eigendomsrecht van de desbetreffende effecten op de datum van de betaalbaarstelling uiteindelijk gerechtigd is tot de inkomsten uit deze effecten en dat hij de effecten niet heeft verkregen ingevolge enige overeenkomst, optie of regeling, waarbij hij is overeengekomen of kan worden verplicht de effecten weer te verkopen of over te dragen of soortgelijke effecten weer te verkopen of over te dragen; en
- de inhoudingsplichtige te goeder trouw is.

(Deels) niet afgedragen, te weinig ingehouden of te veel teruggegeven dividendbelasting kan op basis van art. 20, lid 1 AWR worden nageheven. Uit art. 20, lid 2, tweede volzin AWR volgt dat wanneer ten gevolge van het niet naleven van bepalingen van de belastingwet<sup>100</sup> door een ander dan de inhoudingsplichtige er te weinig dividendbelasting geheven wordt, de naheffingsaanslag aan die ander wordt opgelegd. Als blijkt dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 opgaat en er op basis van deze bepaling te weinig dividendbelasting is ingehouden, kan een inhoudingsplichtige met een beroep op de hiervoor weergegeven toezegging voorkomen dat hij wordt geconfronteerd met een naheffingsaanslag dividendbelasting. Deze toezegging geldt alleen als de te lage heffing te wijten is aan het niet naleven van bepalingen van de

---

<sup>100</sup> In art. 2, lid 1, onderdeel a AWR is opgenomen wat voor de toepassing van de AWR wordt verstaan onder het begrip 'belastingwet'. Uit de arresten van de Hoge Raad van 18 november 1987, BNB 1988/61 en 11 januari 1989, BNB 1989/79 volgt dat er, met betrekking tot art. 20, lid 2, tweede volzin AWR, onder het begrip 'belastingwet' tevens dient te worden verstaan bepalingen van een ministeriële resolutie, op de toepassing waarvan krachtens het vertrouwensbeginsel met vrucht jegens de belastingadministratie een beroep kan worden gedaan.

belastingwet door de opbrengstgerechtigde. Bijvoorbeeld wanneer de opbrengstgerechtigde onjuiste informatie heeft verschaft waardoor een te goeder trouw handelende inhoudingsplichtige ten onrechte bij de aangifte dividendbelasting voorbij is gegaan aan de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965.

Deze toezegging van de Staatssecretaris is gebaseerd op twee onjuiste veronderstellingen. Ten eerste heeft de Inspecteur niet de mogelijkheid om een naheffingsaanslag op te leggen aan de inhoudingsplichtige wanneer art. 20, lid 2, tweede volzin AWR opgaat.<sup>101</sup> De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 21 januari 2011, BNB 2011/131 onderkend dat de Inspecteur geen andere keuze heeft dan de naheffingsaanslag op te leggen aan de ander, wanneer er te weinig belasting is geheven als gevolg van het niet naleven van de belastingwetgeving door deze persoon. Uit de wettekst volgt dat de inhoudingsplichtige in deze situatie geen naheffingsaanslag kan worden opgelegd.<sup>102</sup>

Ten tweede is de toezegging van de Staatssecretaris gebaseerd op de veronderstelling dat onjuiste informatieverzorging door de opbrengstgerechtigde aan de inhoudingsplichtige, over zijn status als uiteindelijk gerechtigde in de zin van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965, schending van bepalingen van de belastingwet betekent.<sup>103</sup> De belastingwet bevat in dit verband echter geen informatieverplichting voor de opbrengstgerechtigde.<sup>104</sup> Er bestaat namelijk geen bepaling in de belastingwet op basis waarvan de opbrengstgerechtigde verplicht wordt om (juiste) informatie te verstrekken aan de inhoudingsplichtige over zijn status als uiteindelijk gerechtigde.<sup>105 106</sup> Het feit dat een inhoudingsplichtige door toedoen van de opbrengstgerechtigde (oftewel de ‘stripper’) bij de afdracht van dividendbelasting ten onrechte een vermindering of vrijstelling van dividendbelasting heeft toegepast, geeft de Inspecteur in dit geval niet de vrijheid om de ‘stripper’ op basis van art. 20, lid 2, tweede

---

<sup>101</sup> Zie ook: van Immerseel 2008 en Feteris 2005, p. 307.

<sup>102</sup> Tenzij, zoals volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 18 november 1987, BNB 1988/61 de inhoudingsplichtige wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat hij te weinig belasting afdroeg, aangezien de te lage heffing in een zodanig geval is terug te voeren op een onjuiste handelwijze van de inhoudingsplichtige zelf en derhalve niet kan worden aangemerkt als het gevolg van de handelwijze van een ander. Art. 20, lid 2, tweede volzin AWR gaat dan niet op.

<sup>103</sup> Dit standpunt is ook door de Staatssecretaris geuit tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat de anti-dividendstrippingwetgeving bevat, zie: NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 5-6.

<sup>104</sup> Zie ook: Feteris 2005, p. 309.

<sup>105</sup> Een dergelijke wettelijke informatieverplichting bestaat bijvoorbeeld wel voor werknemers met betrekking tot de loonbelastingverklaring, naar art. 29, lid 1 Wet LB 1964 en art. 65 Uitvoeringsregeling loonbelasting 2001.

<sup>106</sup> Slecht in het uitzonderlijke geval dat de inhoudingsplichtige op basis van een onjuiste uitspraak van de opbrengstgerechtigde richting de Inspecteur (naar art. 47 e.v. AWR) bij de afdracht van dividendbelasting rekening zou houden met een vermindering of vrijstelling, bestaat er ruimte voor de toepassing van art. 20, lid 2, tweede volzin AWR, zie ook: Feteris 2005, p. 309.

volzin AWR een naheffingsaanslag op te leggen.<sup>107</sup> Dit betekent dat de Inspecteur naar art. 20, lid 2, eerste volzin AWR alleen de mogelijkheid heeft om een naheffingsaanslag dividendbelasting op te leggen aan de inhoudingsplichtige, ingeval er door de opbrengstgerechtigde onjuiste informatie is verstrekt over zijn status als uiteindelijk gerechtigde en er hierdoor te weinig dividendbelasting ingehouden is.

Art. 20, lid 2 AWR krijgt in het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M, zoals hiervoor is betoogd, een betekenis toegekend die met behulp van de gebruikelijke interpretatiemethoden niet uit de wettelijke bepalingen kan worden afgeleid. Dit besluit kan daarom worden gekarakteriseerd als een goedkeurend besluit,<sup>108</sup> dat bovendien vertrouwen wekt over hoe de Inspecteur zal handelen. De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 12 april 1978, BNB 1978/135, BNB 1978/136 en BNB 1978/137 (ook wel de ‘doorbraakarresten’) onderkend dat er in redelijkheid vertrouwen kan worden ontleend aan een (tegenwoordig in een besluit opgenomen) beleidsregel, ook al is deze in strijd met de wet. De Inspecteur kan derhalve niet een naheffingsaanslag opleggen aan de inhoudingsplichtige als er voldaan is aan de voorwaarden van het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M.

De toezegging die in dit besluit is opgenomen is vergelijkbaar met de tegemoetkoming voor nietsvermoedende kopers van aandelen op de beurs. Beiden beogen te voorkomen dat de dividendbelastinglast die zou ontstaan als gevolg van de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 onevenredig verdeeld wordt over de betrokken partijen. Het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M bevat dus een belangrijke maatregel waarmee overkill wordt voorkomen. De inhoudingsplichtige kan er op vertrouwen dat hij niet wordt geconfronteerd met een naheffingsaanslag dividendbelasting wanneer de te lage heffing van dividendbelasting te wijten is aan onjuiste informatievervalsing door de opbrengstgerechtigde, mits hij dit met behulp van een verklaring van de opbrengstgerechtigde aannemelijk kan maken en hij te goeder trouw is. Het risico dat er door deze tegemoetkoming geen enkele mogelijkheid resteert om de te lage heffing te corrigeren door middel van een naheffingsaanslag,<sup>109</sup> is voor rekening van de Staatssecretaris.

---

<sup>107</sup> Anders: Marres & Wattel 2006, p. 85 en 130.

<sup>108</sup> Zie ook: Happé 1996, p. 28.

<sup>109</sup> Gezien de beperkte ruimte die art. 20, lid 2, tweede volzin AWR biedt voor het opleggen van een naheffingsaanslag aan een ander dan de inhoudingsplichtige, moet dit risico niet onderschat worden.

### § 3.6 De afschrikkende werking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965

Bij dividendstrippingtransacties zijn altijd twee of meer partijen betrokken. De ‘stripper’ is de partij die het mogelijk maakt dat de inhouding van dividendbelasting als onverrekenbare eindheffing ten laste van de oorspronkelijke aandeelhouder wordt vermeden, terwijl tegelijkertijd de oorspronkelijke aandeelhouder het economische belang bij de aandelen behoudt of slecht voor een korte periode verliest. Op grond van de anti-dividendstrippingwetgeving worden aan degene die juridisch gerechtigd is tot het dividend aanvullende eisen gesteld wanneer deze persoon een beroep doet op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting. Zo blijft de vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting waar de ‘stripper’ recht op had achterwege als de ‘stripper’ niet kan worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. Dit betekent dat de ‘stripper’ gestraft wordt voor het deelnemen aan een dividendstrippingtransactie. De oorspronkelijke aandeelhouder hoeft echter niet de gevolgen van deze straf te ervaren. Een cum/ex-transactie of het vestigen van een kortlopend vruchtgebruik zijn voorbeelden van dividendstripping waarbij de oorspronkelijke aandeelhouder de voordelen geniet van de dividendstrippingtransactie, ongeacht het feit of de ‘stripper’ als gevolg van de anti-dividendstrippingwetgeving wordt geconfronteerd met de dividendbelasting als onverrekenbare eindheffing tegen een tarief à 15%. De oorspronkelijke aandeelhouder heeft het transactieresultaat immers al genoten voordat het dividend wordt uitgekeerd en ervaart, ondanks dat de anti-dividendstrippingwetgeving van kracht is, geen verhoging van de effectieve belastingdruk waaraan hij onderworpen is. Dit betekent dat in deze gevallen van dividendstripping alleen de ‘stripper’ geraakt wordt door de anti-dividendstrippingwetgeving, terwijl nochtans de oorspronkelijke aandeelhouder de instigator is van de transacties die leiden tot dividendstripping. De dividendbelastinglast die als gevolg van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 resteert is dus onevenredig verdeeld over de betrokken partijen.

Deze uitwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is te verdedigen vanuit het oogpunt dat potentiële ‘stippers’ vooral moeten worden ontmoedigd om deel te nemen aan dividendstrippingtransacties. Voor nietsvermoedende kopers van aandelen op de beurs bestaat er, zoals in § 3.4 is betoogd, een uitweg. Als een opbrengstgerechtigde zich niet bewust is van zijn eventuele rol als ‘stripper’, kan deze ook niet worden ontmoedigd om deel te nemen aan een transactie die leidt tot dividendstripping. Hij weet namelijk niet wanneer er sprake is van

dividendstripping. De gevolgen van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 reiken dan ook te ver, als het in sommige gevallen alleen deze persoon is die wordt geraakt door art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965. Dit maakt dat de toezegging van de Staatssecretaris past binnen het voorkomen van overkill. Een wettelijke tegenbewijsregeling voor alle nietsvermoedende opbrengstgerechtigden zou voorkomen dat overkill bij de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 op dit gebied nog optreedt.

Kenmerkend voor dividendstripping is dat de oorspronkelijke aandeelhouder in mindere mate gerechtigd is tot vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting dan de ‘stripper’. De oorspronkelijke aandeelhouder profiteert door middel van dividendstripping van de gunstigere dividendbelastingpositie van de ‘stripper’. In art. 4, lid 7 Wet DB 1965, art. 9.2, lid 2 en 3 Wet IB 2001 en art. 25, lid 2 en 3 Wet VPB 1969 is opgenomen dat de ‘stripper’ in een dergelijke situatie niet wordt aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde en geen recht heeft op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting. Dit zou echter niet moeten gelden als er enkel wordt geprofiteerd van een cashflowvoordeel dat ontstaat bij het inruilen van een teruggaaf voor een vrijstelling aan de bron. Er is dan namelijk geen sprake van derving van belastinginkomsten. Echter de wettekst schrijft voor dat wanneer de oorspronkelijke aandeelhouder op basis van bijvoorbeeld art. 10, lid 1 Wet DB 1965 recht heeft op een volledige teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting<sup>110</sup> en door het aangaan van een samenstel van transacties met een ander lichaam de inhouding van dividendbelasting naar art. 4, lid 1, onderdeel a Wet DB 1965 zou worden voorkomen, art. 4, lid 7, onderdeel a Wet DB 1965 ook in deze situatie opgaat.<sup>111</sup> Door de toepassing van deze bepaling wordt de ‘stripper’ in casu bestraft met de heffing van dividendbelasting tegen een tarief à 15%, ondanks dat er in principe sprake is van een dividendbelastingdruk van nihil. Dit is niet overeenstemming met het doel van de anti-dividendstrippingwetgeving en leidt tot overkill. Aangezien het inruilen van een teruggaaf voor een vermindering aan de bron en het inruilen van verrekening voor een teruggaaf niet op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 kan worden bestreden, is deze uitkomst des te opvallender.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> Bijvoorbeeld wanneer de oorspronkelijke aandeelhouder een pensioenfonds is dat op basis van art. 5, lid 1, onderdeel b Wet VPB 1969 jo. art. 3 Uitvoeringsbesluit Vennootschapsbelasting 1971 is vrijgesteld voor de toepassing van de Wet VPB 1969.

<sup>111</sup> Zie ook: Smits 2007, p. 205 en 206.

<sup>112</sup> Zie ook: Eenhorst & van IJzinga Veenstra 2003. Bij dividendstrippingstransacties die leiden tot een dergelijk resultaat wordt namelijk een vergelijkbaar cashflowvoordeel behaald.

Wanneer art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 van toepassing is wordt er in alle gevallen dividendbelasting geheven tegen een tarief à 15%. Dit betekent dat de economische genietter van het dividend (oftewel de oorspronkelijke aandeelhouder) hierdoor (indirect) te maken kan krijgen met een disproportionele verhoging van de dividendbelastingdruk. Het volgende voorbeeld illustreert dit: stel de oorspronkelijke aandeelhouder heeft op basis van een belastingverdrag recht op een vermindering van het dividendbelastingtarief tot 5%. Na het aangaan van een dividendstrippingtransactie zou door het tussenschuiven van een vennootschap de dividendbelastingdruk worden verminderd tot nihil op basis van art. 4, lid 2 Wet DB 1965. Art. 4, lid 7 Wet DB 1965 voorkomt echter dat de vrijstelling waarop de ‘stripper’ recht zou hebben wordt verleend en de in Nederland gevestigde vennootschap is verplicht om op het moment dat het dividend ter beschikking wordt gesteld 15% dividendbelasting in te houden. De beoogde belastingbesparing bedraagt echter niet 15% maar 5%. Dit is in strijd met de lijn die door de Hoge Raad is uitgezet met de arresten BNB 1990/45 en BNB 1994/252. De Hoge Raad beperkte de teruggaaf bij het eerste arrest en de naheffingsaanslag bij het tweede arrest op een zodanige wijze dat de belastingbesparing die werd beoogd door de betrokken partijen werd gecorrigeerd. Het dividendbelastingtarief werd hersteld tot een niveau dat zou gelden bij juiste wets- en verdragstoepassing. Er wordt bij de correctie op basis van het huidige art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geen rekening gehouden met de belastingbesparing die in het geding is,<sup>113</sup> waardoor er meer kan worden geheven dan dat er zonder dividendstripping zou kunnen worden geheven.

Derving van belastinginkomsten wordt in het laatste voorbeeld al voorkomen bij het toekennen van de vermindering waar de oorspronkelijke aandeelhouder recht op had. De additionele heffing die nu kan resteren als gevolg van de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 heeft dan ook een afschrikwekkend effect, dat als onderdeel van de beoogde prohibatieve werking van deze bepaling zou kunnen worden verdedigd. Dit betekent wel dat er als gevolg van deze additionele heffing, zoals door enkele leden van de Eerste Kamer der Staten-Generaal tijdens de behandeling van het wetsvoorstel met betrekking tot de anti-dividendstrippingwetgeving terecht is gesignaleerd, impliciet een fiscaal boete-effect uitgaat van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965.<sup>114</sup> Dit boete-effect is echter omkleed met weinig

---

<sup>113</sup> Dit staat haaks op de uitwerking van bijvoorbeeld art. 17, lid 5 Wet VPB 1969, dat sinds 1 januari 2012 voorschrijft dat er bij de toepassing van de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling expliciet aansluiting wordt gezocht tussen de heffing van vennootschapsbelasting en de belasting die wordt ontgaan, zie: MvT, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p.16.

<sup>114</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 3.

waarborgen voor de belastingplichtigen. Er ontbreekt immers een tegenbewijsregeling waarbij er rekening wordt gehouden met de motieven van de belastingplichtigen. Bovendien zou een correctie in lijn met de belastingbesparing die in het geding is, in sommige gevallen al voldoende kunnen zijn om dividendstrippingtransacties te voorkomen. Immers het uitvoeren van de deze transacties gaat gepaard met kosten. Wanneer er geen voordeel meer kan worden behaald met de uitvoering van deze transacties en er slechts kosten resteren, zullen deze transacties niet meer plaatsvinden. Een additionele heffing is dan niet noodzakelijk om marktpartijen te ontmoedigen om over te gaan tot dergelijke transacties en kan op basis hiervan als overkill worden gekarakteriseerd.

### **§ 3.7 Conclusie**

Aan de hand van het antwoord op de vraag: *Reiken de gevolgen van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 ver genoeg en niet verder dan beoogd?*, kan worden bepaald of deze bepaling is toegespitst op het beoogde doel en of er sprake is van under- dan wel overkill als gevolg van de toepassing van deze bepaling. De huidige anti-dividendstrippingwetgeving werd voorafgegaan door een wetsvoorstel dat volgens diverse betrokken marktpartijen een grote mate van overkill bevatte. Het antwoord op deze vraag maakt onder meer duidelijk of dit, nu het vervangende wetsvoorstel is omgezet in wetgeving, nog het geval is.

Net als het niet in werking getreden wetsvoorstel bevat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 een negatieve definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’. Met een positieve definitie zou hetzelfde doel kunnen worden bereikt zonder dat de rechtszekerheid voor belastingplichtigen zou worden geschaad. Als de wetgever er voor kiest om een nieuw begrip in de wet op te nemen als onderdeel van een antimisbruikbepaling, schept een positieve definitie van dit begrip meer duidelijkheid over de reikwijdte van deze antimisbruikbepaling. De wetgever heeft op dit punt geen wijziging aangebracht ten opzichte van het originele wetsvoorstel.

In tegenstelling tot dit originele wetsvoorstel bevat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geen bezitsvereisten waaraan de opbrengstgerechtigde dient te voldoen. De wettekst is meer toegesneden op de kenmerken van dividendstrippingtransacties. Wanneer de opbrengstgerechtigde, als onderdeel van een samenstel van transacties, een tegenprestatie heeft verricht in samenhang met de genoten opbrengst kan art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 van toepassing zijn. Het tijdsverloop tussen het genieten van de opbrengst en het verrichten van de

tegenprestatie bepaalt in grote mate of er sprake is van de vereiste samenhang. Er is geen sprake van rigide en arbitraire bezitstermijnen waaraan voldaan dient te worden. Under- of overkill wordt zo voorkomen.

De tegenprestatie die is verricht door de opbrengstgerechtigde dient deel uit te maken van een samenstel van transacties. Dit impliceert dat de oorspronkelijke aandeelhouder meer dan één transactie heeft verricht om het economische belang bij de aandelen te behouden of terug te verkrijgen. Niet bij alle gevallen van dividendstripping wordt er meer dan één transactie verricht om dit te bereiken. Daarom heeft de wetgever in art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 opgenomen dat enkele vormen van dividendstripping, waarbij slechts één transactie dient te worden uitgevoerd om het economische belang bij de aandelen te behouden of terug te verkrijgen, worden aangemerkt als een samenstel van transacties. Echter securities lending en het tussenschuiven van een vennootschap door middel van een inbreng van aandelen zijn voorbeelden van dividendstripping die niet in art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 zijn opgenomen. Dit betekent dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 ruimte laat voor gevallen van dividendstripping waarbij dit samenstel van transacties ontbreekt.

In art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is geen bewustzijns- of motiefvereiste opgenomen. Het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M biedt echter de mogelijkheid aan ondernemingen om onder stringente voorwaarden de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 te voorkomen, mits de dividendstrippingtransactie plaatsvindt in de context van een duurzame concernreorganisatie. Het doel van dit onderdeel van het besluit is om concernreorganisaties, waarbij belastingontwijking niet het doorslaggevende motief is voor het aangaan van de transacties die leiden tot dividendstripping, niet te belemmeren. De vormgeving van de eisen waaraan voldaan dient te worden om te kunnen profiteren van dit besluit is echter niet in overeenstemming met het doel van het besluit. Dit betekent dat dit onderdeel van het besluit overkill bevat.

Het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M bevat tevens een regeling gericht op de afwikkeling van de formele belastingschuld die ontstaat als gevolg van de toepassing van de anti-dividendstrippingwetgeving. De inhoudingsplichtige wordt bij dividendstrippingtransacties onder voorwaarden ontzien. Wanneer de inhoudingsplichtige te goeder trouw is en met behulp van een verklaring van de opbrengstgerechtigde aannemelijk kan maken dat de te lage heffing van dividendbelasting het gevolg is van onjuiste



informatieverschaffing door de opbrengstgerechtigde, wordt aan hem geen naheffingsaanslag opgelegd. De nietsvermoedende inhoudingsplichtige wordt gespaard, waardoor overkill als gevolg van de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 wordt voorkomen. Het niet te onderschatte risico dat hierdoor geen mogelijkheid resteert om in een dergelijk geval de te lage heffing van dividendbelasting te corrigeren, is de prijs die hiervoor wordt betaald.

De afschrikwekkende werking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 kan bewerkstelligen dat derving van belastinginkomsten als gevolg van dividendstripping wordt verminderd. Echter de gevolgen van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 reiken verder dan beoogd als de dividendbelastinglast, die ontstaat door de toepassing van deze bepaling, in sommige gevallen alleen wordt gedragen door de opbrengstgerechtigde en de bepaling ook van toepassing is in geval er geen sprake is van dividendstripping. Dat in dergelijke gevallen alleen een nietsvermoedende koper van aandelen op de beurs wordt ontzien is niet voldoende om overkill te voorkomen. Daarnaast wordt er op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geen rekening gehouden met de belastingbesparing die in het geding is, waardoor er een disproportionele verhoging van de dividendbelastingdruk kan optreden. Een additionele heffing is niet noodzakelijk om het beoogde doel van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 te bereiken en creëert impliciet een fiscaal boetesysteem dat weinig waarborgen kent voor belastingplichtigen. Dit betekent dat de wettekst ook op dit punt te belastend is en dat de gevolgen van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 verder reiken dan beoogd. De maatregelen gericht op anti-dividendstripping staan dan niet in verhouding tot het doel dat wordt nagestreefd en er is daarom in dit verband sprake van overkill.

## **Hoofdstuk 4 Legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in internationaal verband**

### **§ 4.1 Inleiding**

Uit de voorbeelden van dividendstripping die in de voorgaande hoofdstukken aan de orde zijn gekomen blijkt dat in het buitenland gevestigde opbrengstgerechtigden die worden geconfronteerd met de dividendbelasting als onverrekenbare bronheffing, zonder maatregelen die dit moeten tegengaan, door middel van dividendstripping de effectieve belastingdruk waaraan zij onderworpen zijn kunnen verlagen. De internationale dimensie van dividendstripping brengt met zich mee dat de bestrijding van dividendstripping niet alleen wordt beheerst door het nationaal belastingrecht. Bovendien schrijft art. 4, lid 7 Wet DB 1965 voor dat bij het achterwege laten van inhouding, dan wel een vermindering of teruggaaf van dividendbelasting ingevolge de BRK of een door Nederland gesloten belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting, de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde die volgt uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 leidend is. Daarom staat in dit hoofdstuk de volgende vraag centraal: *Is art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 legitiem in relatie tot de door Nederland overeengekomen belastingverdragen en de BRK?*

Zo kan het heffingsrecht van Nederland over een dividendum uitkering van een in Nederland gevestigde vennootschap worden beperkt door een bepaling van een belastingverdrag. Dit heeft tot gevolg dat Nederland op basis van het belastingverdrag dat is overeengekomen met het land van vestiging van de opbrengstgerechtigde een vrijstelling, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting dient te verlenen aan de opbrengstgerechtigde. In het belastingverdrag is bepaald wanneer een inwoner van één van de betrokken verdragsstaten recht heeft op dit verdragsvoordeel. Als art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 van toepassing is, is de in Nederland gevestigde vennootschap verplicht om op het moment dat het dividend ter beschikking wordt gesteld dividendbelasting in te houden tegen een tarief à 15%. Het is de vraag of deze heffing niet in strijd is met de bepalingen die zijn overeengekomen in belastingverdragen. Op basis van art. 94 Gw wordt het toepassingsbereik van bepalingen die zijn opgenomen in de Wet DB 1965 (en andere nationale wettelijke voorschriften) beperkt als deze niet verenigbaar zijn met een verdragsbepaling. Als art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 niet verenigbaar is met een verdragsbepaling zou dit de bestrijding van dividendstripping kunnen verhinderen. In dit

hoofdstuk wordt onder andere de analyse van de legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot de door Nederland overeengekomen belastingverdragen weergegeven.

Vergelijkbare problematiek speelt bij de toepassing van de maatregelen ter vermindering van dubbele belasting binnen het Koninkrijk. Deze maatregelen zijn in de vorm van een Rijkswet opgenomen in de BRK. In het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden ontbreekt echter een bepaling die vergelijkbaar is met art. 94 Gw. Op basis van art. 49 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden kunnen bij Rijkswet regels worden gesteld omtrent de verhouding van (belasting)wet en Rijkswet. Maar dit is tot op heden niet gebeurd.<sup>115</sup> De Staatssecretaris heeft bij de totstandkoming van de BRK met betrekking tot de bepalingen betreffende de vermindering van dubbele belasting wel het volgende naar voren gebracht: “De invloed van deze bepalingen op de wetgevingen van de onderscheidene landen is te vergelijken met die van overeenkomsten ter vermindering van dubbele belasting op de wetgevingen van de partijen bij de overeenkomst. De autonome wetgevingen van de landen worden er niet door gewijzigd in die zin, dat voorschriften worden ingetrokken of gewijzigd. De toepassing van deze wetgevingen mag evenwel niet in strijd komen met de bepalingen ter vermindering van dubbele belasting van de Rijkswet. Voor zover dit het geval zou zijn, blijven de autonome wetgevingen der landen buiten toepassing.”<sup>116</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van de herziening van de BRK per 1 januari 1986 stelde de Staatssecretaris met betrekking tot de verhouding van de Wet DB 1965 en de BRK het volgende: “Binnen de rechtsorde van het Statuut is de Belastingregeling voor het Koninkrijk, zijnde een Rijkswet, van een hogere orde dan de Wet op de dividendbelasting 1965. (...) Uit het feit dat de Wet op de dividendbelasting in zijn huidige vorm is aanvaard door de Staten-Generaal en is bekrachtigd, moet worden afgeleid dat de wetgever destijds geen strijd aanwezig achtte met de Belastingregeling voor het Koninkrijk. De regering deelt ook thans deze opvatting. (...) De onderlinge rangorde van beide regelingen brengt mede dat de bevoegdheid tot het heffen van dividendbelasting door Nederland mede wordt bepaald door artikel 11 van de Belastingregeling. De feitelijke toepassing van de Wet op de dividendbelasting 1965 gedurende de afgelopen twintig jaren is, voor zover mij bekend, met het bovenstaande in overeenstemming. Zo nodig zal er mijnerzijds voor worden gewaakt dat in de feitelijke toepassing van de Wet op de dividendbelasting 1965 niet door toedoen van de fiscus strijd

---

<sup>115</sup> Uit deze bepaling zou wel kunnen worden afgeleid dat een Rijkswet van een hogere orde is dan de (belasting)wet wiens legitimiteit deze regelt, zie ook: Marres & Wattel 2006, p. 178.

<sup>116</sup> MvT, Kamerstukken II 1962/63, 7181 (R344), nr. 3, p. 11.

ontstaat met de Belastingregeling voor het Koninkrijk.”<sup>117</sup> Er is door de Staatssecretaris een concrete en duidelijke toezegging gedaan met betrekking tot de uitoefening van zijn beleid op dit terrein. Dit betekent dat de belastingplichtige hieruit het in rechte afdwingbaar vertrouwen kan ontleen dat het toepassingsbereik van bepalingen die zijn opgenomen in de Wet DB 1965 (en andere nationale wettelijke voorschriften) wordt beperkt als deze bepalingen niet verenigbaar zijn met de BRK.<sup>118 119</sup> De Hoge Raad heeft daarnaast in het arrest van 4 april 1990, BNB 1990/156 en het arrest van 16 maart 1994, BNB 1994/191 de BRK beschouwd als een bijzondere regeling inzake de belastingheffing binnen het Koninkrijk, ook voor zover zij afwijkt van de Nederlandse belastingwetgeving. Volgens de Hoge Raad verdient de toepassing van de BRK voorrang boven de Nederlandse belastingwetgeving op grond van het feit dat de BRK als *lex specialis* dient te worden aangemerkt met betrekking tot belastingaangelegenheden binnen het Koninkrijk. Er zou kunnen worden geconcludeerd dat de rechter de lacune die is ontstaan als gevolg van het ontbreken van een invulling van art. 49 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, voor zover het de BRK betreft, heeft opgevuld.<sup>120</sup> Als art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 onverenigbaar is met de BRK heeft dit dus gevolgen voor de effectiviteit van deze maatregel. In hoeverre art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 verenigbaar is met de BRK<sup>121</sup> komt in § 4.7 aan de orde.

---

<sup>117</sup> MvA, Kamerstukken II 1984/85, 18 747, nr. 6, p. 3-4.

<sup>118</sup> Zie ook: Marres & Wattel 2006, p. 179 en bij de Leij 1991.

<sup>119</sup> Zie: noot 83 voor de uitwerking van het vertrouwensbeginsel in relatie tot toezeggingen van de Staatssecretaris.

<sup>120</sup> Zie ook: de noot van Hoogendoorn bij BNB 1994/191.

<sup>121</sup> Sinds 10 oktober 2010 zijn de staatkundige verhoudingen binnen het Koninkrijk gewijzigd; de Nederlandse Antillen zijn uiteengevallen, Curaçao en Sint Maarten zijn elk afzonderlijk een land geworden binnen het Koninkrijk en de BES eilanden zijn als openbare lichamen, in de zin van art. 134 Gw, onderdeel geworden van het land Nederland. Naar aanleiding van deze staatkundige hervormingen is de BRK aangepast, waardoor deze regeling nu geldt tussen de landen Nederland (inclusief de BES eilanden), Aruba, Curaçao en Sint Maarten. In samenspraak met Aruba, Curaçao en Sint Maarten wordt er gewerkt aan een herziening van de BRK, zie: MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 189, nr. 3, p. 33. Er zouden op termijn ook, vanuit Nederlands perspectief, drie afzonderlijke bilaterale overeenkomsten met respectievelijk Aruba, Curaçao en Sint Maarten kunnen worden overeengekomen ter vervanging van de huidige BRK, zie: NnavV, Kamerstukken II, 2009/10, 32 189, nr. 7, p. 38. Zo heeft de Staatssecretaris op 12 december 2011 de hoofdlijnen bekendgemaakt van een nieuwe bilaterale regeling ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Curaçao, zie: Internationale fiscale mededeling van 12 december 2011, IFZ. 2011-793. De verwachting is dat deze nieuwe bilaterale regeling ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Curaçao per 1 januari 2014 in werking zal treden, zie: Internationale fiscale mededeling van 21 december 2012, IFZ 2012/767. Tot het moment waarop de vervangende bilaterale afspraken ter voorkoming van dubbele belasting (binnen het Koninkrijk) in werking treden zorgt de BRK voor de aansluiting tussen alle in het Koninkrijk geldende fiscale stelsels, zie: NnavV, Kamerstukken II, 2009/10, 32 186, nr. 6, p. 15.

## § 4.2 Het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in het OESO-Modelverdrag

Voor Nederland is één van de uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht dat het OESO-Modelverdrag richtsnoer vormt bij onderhandelingen over de totstandkoming van bilaterale belastingverdragen. Dit geldt zowel voor belastingverdragen met OESO-lidstaten, als voor belastingverdragen met Staten die geen lid van de OESO zijn.<sup>122</sup> Dit betekent dat een groot deel van de overeengekomen verdragsteksten gebaseerd zijn op het OESO-Modelverdrag. Hetzelfde geldt voor de concept-verdragstekst die door Nederland bij verdragsonderhandelingen wordt toegezonden aan een (potentiële) verdragspartner.<sup>123</sup> Voor het antwoord op de vraag of art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 legitiem is in relatie tot bilaterale belastingverdragen, kan dan ook in veel gevallen worden teruggegrepen naar de tekst van het OESO-Modelverdrag. Voor zover Nederland in zijn belastingverdragen gebruik maakt van bepalingen uit het OESO-Modelverdrag, vormt het OESO-Commentaar<sup>124</sup> ook richtsnoer bij de uitleg van die bepalingen.<sup>125</sup> Bij geschillen die betrekking hebben op de uitleg van belastingverdragen acht de Hoge Raad het OESO-Commentaar van grote betekenis bij de interpretatie van verdragsbepalingen die zijn gebaseerd op het OESO-Modelverdrag.<sup>126</sup> Daarom komt in deze paragraaf, voordat wordt ingegaan op de legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot concrete door Nederland overeengekomen bilaterale belastingverdragen, eerst het OESO-Modelverdrag en het OESO-Commentaar aan de orde.

---

<sup>122</sup> Zie: Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 23 en Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 19.

<sup>123</sup> Zie: Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 19.

<sup>124</sup> Commentaries on the Articles of the OECD Model Tax Convention

<sup>125</sup> Zie: Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 23-24, NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 32 776, nr. 6, p. 5 en Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 20.

<sup>126</sup> Zie in dit verband het arrest van de Hoge Raad van 2 september 1992, BNB 1992/379. De Hoge Raad overwoog met betrekking tot een bepaling van het Verdrag NL-IE het volgende: “Bij de beoordeling van het middel dient te worden vooropgesteld dat in de Overeenkomst zowel blijkt haar tekst als blijkt de door de Nederlandse regering aan de Eerste en Tweede kamer der Staten-Generaal verstrekte toelichtende nota (Bijl. Hand I 1968-1969, nr. 120; Bijl. Hand II 1968-1969, 10 113, nr. 1) zoveel mogelijk aansluiting is gezocht bij het OESO-Modelverdrag van 1963 en dat artikel 8, lid 9, van de Overeenkomst in zijn Engelse tekst nagenoeg woordelijk overeenstemt met de Engelse tekst van artikel 10, lid 5, van vorenbedoeld Modelverdrag, zodat, naar het middel blijkt zijn toelichting terecht aanvoert, *het commentaar op laatstbedoelde bepaling voor de uitleg van artikel 8, lid 9, van de Overeenkomst van grote betekenis is* (cursivering, SP) en niet slechts, zoals het Hof dat uitdrukt, daarbij “enig houvast kan bieden”.” Daarnaast heeft de Hoge Raad in zijn arresten van 5 september 2003, BNB 2003/379 en BNB 2003/381 onderkend dat het OESO-Commentaar bij art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag van groot belang is bij de interpretatie van vergelijkbare bepalingen in door Nederland overeengekomen belastingverdragen.

In art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag is opgenomen dat het heffingsrecht van de bronstaat over het dividend dat wordt uitgekeerd door een lichaam dat inwoner is van deze Staat, alleen wordt beperkt als de persoon die een beroep doet op het belastingverdrag de beneficial owner (uiteindelijk gerechtigde) is tot het dividend. Het OESO-Modelverdrag bevat echter geen definitie van deze verdragsterm. Art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag schrijft voor dat de nationaalrechtelijke betekenis, die geldt in de verdragsstaat op het moment dat het belastingverdrag door die Staat wordt toegepast, leidend is bij de uitleg van niet-gedefinieerde verdragstermen. Oftewel het OESO-Modelverdrag schrijft een dynamische interpretatiemethode voor van niet-gedefinieerde verdragstermen. Dit betekent dat wijzigingen in de nationale wetgeving van de verdragsstaten, die van kracht worden na ondertekening van het belastingverdrag, de uitleg van ongedefinieerde begrippen in het belastingverdrag kunnen beïnvloeden. De context van het belastingverdrag kan echter anders verlangen.<sup>127</sup> § 12 Van het OESO-Commentaar<sup>128</sup> bij art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag maakt duidelijk dat de context van het belastingverdrag in het bijzonder wordt bepaald door de bedoeling van de verdragsluitende partijen op het moment van het overeenkomen van het belastingverdrag en door de betekenis van de verdragsterm volgens de nationale wet van de andere verdragsstaat. De dynamische interpretatiemethode die art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag voorschrijft is bovendien onderhevig aan de bepalingen van het Verdrag van Wenen.<sup>129</sup> Op basis van art. 26 Verdrag van Wenen moeten alle in werking getreden verdragen door de verdragsluitende partijen te goeder trouw ten uitvoer worden gelegd<sup>130</sup> en art. 31, lid 1 Verdrag van Wenen benadrukt dat een verdrag te goeder trouw dient te worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.<sup>131</sup> Er dient bij de uitleg van een belastingverdrag(sterm) derhalve niet alleen rekening te worden gehouden met de context van

---

<sup>127</sup> De Staatssecretaris heeft bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel met betrekking tot art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 deze benaderingswijze ook onderschreven, zie MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 4-5.

<sup>128</sup> Wanneer in het vervolg het OESO-Commentaar wordt behandeld, is gebruik gemaakt van de meest recente versie van het OESO-Commentaar, tenzij anders vermeld.

<sup>129</sup> Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, gesloten te Wenen op 23 mei 1969. Voor Nederland is het Verdrag van Wenen op 9 mei 1985 in werking getreden.

<sup>130</sup> Dit staat ook wel bekend als het pacta sunt servanda-beginsel.

<sup>131</sup> De uitlegeregels die in art. 31-33 Verdrag van Wenen zijn opgenomen gelden ook voor (belasting)verdragen die zijn gesloten voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Wenen of zijn overeengekomen met Staten die het Verdrag van Wenen nog niet hebben geratificeerd. Deze regels vormen immers een codificatie van het internationaal gewoonterecht, dat ook geldt voor verdragen waarop deze artikelen als zodanig niet van toepassing zijn, zie ook: Engelen 2004, p. 48-57, de bijlage bij de conclusie van A-G Wattel, opgenomen in BNB 2003/379 en de noot van Engelen bij BNB 2003/178.

het belastingverdrag, maar ook met de goede trouw die jegens de verdragspartner verschuldigd is.<sup>132</sup>

Het begrip ‘beneficial owner’ is in 1977 in het OESO-Modelverdrag opgenomen met als doel het voorkomen van belastingontwijking.<sup>133</sup> Er zijn mij echter geen publicaties van de OESO bekend waarin specifiek wordt gesteld dat dividendstripping met het introduceren van dit begrip zou moeten worden bestreden. In § 2 van het op 26 november 1986 door de OESO Raad aangenomen rapport met de titel ‘Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies’ (hierna: OECD Conduit Companies Report)<sup>134</sup> wordt het tussenschuiven van een vennootschap wel als voorbeeld genoemd van het onwenselijk geachte treaty shopping. Verder bevat § 14, onderdeel b van datzelfde rapport de volgende passage met betrekking tot het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag: “Thus the limitation is not available when, economically, it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income (paragraphs 12, 8 and 4 of the Commentary to Articles 10, 11 and 12 respectively). The Commentaries mention the case of a nominee or agent. The provisions would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has a similar function to those of a nominee or an agent. Thus a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company).” Hieruit blijkt dat de OESO Raad van mening is dat niet alleen een agent of nominee geen uiteindelijk gerechtigde kan zijn;<sup>135</sup> voor een doorstroomlichaam (conduit company) met zeer beperkte

---

<sup>132</sup> Zie ook: de bijlage bij de conclusie van A-G Wattel, opgenomen in BNB 2003/379. De Hoge Raad heeft met zijn arresten van 5 september 2003, BNB 2003/380 en van 19 juni 2009, BNB 2009/263, BNB 2009/264, BNB 2009/265 en BNB 2009/266 laten blijken dat de toepassing van nationaalrechtelijke bepalingen kan worden verhinderd als de goede trouw, die jegens de verdragspartner verschuldigd is, in het geding komt.

<sup>133</sup> Zie ook: Vogel 2000, p. 16 en 21 en Vogel e.a. 1997, p. 561. In § 10 van het OESO-Commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag is deze intentie verduidelijkt. In § 7-10 van het OESO-Commentaar (1977) bij art. 1 OESO-Modelverdrag werd benadrukt dat belastingverdragen er niet zijn om belastingontwijking of belastingontduiking te faciliteren en dat het begrip ‘beneficial owner’ in het OESO-Modelverdrag is opgenomen om het gebruik van constructies, gericht op het profiteren van verdragsvoordelen, tegen te gaan.

<sup>134</sup> Dit rapport is opgenomen in Volume II van de losbladige versie van het OESO-Modelverdrag, p. R (6)-1.

<sup>135</sup> Zoals § 12 van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag voor 28 januari 2003 voorschreef. De tekst luidde als volgt: “Under paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State. (The text of the Model was amended in 1995 to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries.) States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.”

beschikkingsmacht over de door dit lichaam gehouden aandelen geldt namelijk hetzelfde.<sup>136</sup> De criteria die de Hoge Raad in het ‘marketmaker-arrest’ heeft verbonden aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’, geven uiting van dezelfde visie. Immers de Hoge Raad oordeelde dat een zaakwaarnemer of lasthebber niet kan kwalificeren als uiteindelijk gerechtigde en dat daarnaast juridisch eigendom van de aandelen niet voldoende is; er moet zowel vrijelijk over de opbrengst, als over de aandelen zelf kunnen worden beschikt om te kunnen worden gekwalificeerd als uiteindelijk gerechtigde.

De wetgever heeft er desondanks voor gekozen om in de Nederlandse belastingwetgeving het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ een andere invulling te geven. Om te kunnen bepalen of de context van een concreet belastingverdrag zich verzet tegen een nationaalrechtelijke definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’, dient het OESO-Commentaar te worden meegewogen bij de interpretatie van concrete belastingverdragen.<sup>137</sup> Aangezien de gezamenlijke bedoeling van de verdragsluitende partijen uit dit OESO-Commentaar kan worden afgeleid.<sup>138</sup> Gezaghebbende auteurs als *Engelen*,<sup>139</sup> *Vogel*,<sup>140</sup> *Ward*,<sup>141</sup> *A-G Wattel*<sup>142</sup> en *van Weeghel*<sup>143</sup> delen deze visie en zoals al eerder vermeld acht ook de Hoge Raad het OESO-Commentaar van grote betekenis bij de uitleg van bepalingen van de door Nederland overeengekomen belastingverdragen. Oftewel het OESO-Commentaar is in de zin van art 3, lid 2 OESO-Modelverdrag onderdeel van de context van het concrete belastingverdrag. De Staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat de anti-dividendstrippingwetgeving bevat ook onderkend dat het OESO-Commentaar onderdeel zou kunnen zijn van de verdragscontext.<sup>144</sup>

---

<sup>136</sup> Het CFA heeft in door de OESO Raad op 22 juli 2010 goedgekeurde voorstellen voor de uitbreiding van het OESO-Commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag, met betrekking tot het toekennen van verdragsvoordelen aan collective investment vehicles, gesteld dat de beschikkingsmacht over de onderliggende aandelen bepalend is bij de aanwijzing van de uiteindelijk gerechtigde, zie: OECD 2010/2, p. 5 en OECD 2010/1, p. 9. Dit is sindsdien opgenomen in § 6.14 van het OESO-Commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag.

<sup>137</sup> Mits het belastingverdrag is gebaseerd op het OESO-Modelverdrag en de context van het belastingverdrag niet anders verlangt. In een gezamenlijke toelichtende nota of in het MvO bij het belastingverdrag zou bijvoorbeeld kunnen zijn opgenomen dat de verdragsluitende partijen een andere uitleg voor ogen hebben dan in het OESO-Commentaar is vastgesteld.

<sup>138</sup> Mits geen van de betrokken verdragsstaten een voorbehoud heeft gemaakt bij het OESO-Commentaar.

<sup>139</sup> Zie: de noot van Engelen bij BNB 2003/178. Hoewel Engelen het niet zonder meer aannemelijk acht dat hetzelfde geldt voor belastingverdragen die zijn overeengekomen tussen een OESO-lidstaat en een niet-OESO-lidstaat, zie: Engelen 2004, p. 469-472.

<sup>140</sup> Zie: Vogel e.a. 1997, p. 45-46, Vogel is voorts van mening dat bij belastingverdragen waarbij een niet-OESO-lidstaat betrokken is, het van de feiten en omstandigheden van het individuele geval afhangt of dit principe opgaat.

<sup>141</sup> Zie: Eijkenduijn & Laghmouchi 2006.

<sup>142</sup> Zie: de bijlage bij de conclusie van A-G Wattel, opgenomen in BNB 2003/379.

<sup>143</sup> Zie: van Weeghel 1997, p. 70.

<sup>144</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 4.



§ 12 En § 12.1 van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag zijn deels gebaseerd op het OECD Conduit Companies Report en luiden (na de aanpassing van 28 januari 2003)<sup>145</sup> als volgt: “12. The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 10 to clarify the meaning of the words “paid ... to a resident” as they are used in paragraph 1 of the Article. It makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source had concluded a convention. The term “beneficial owner” is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance. 12.1 Where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The immediate recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies” (...) concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.”

Uit dit OESO-Commentaar volgt dat:

- het begrip ‘beneficial owner’ in art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag is opgenomen om de betekenis van de woorden ‘paid ... to a resident’ in art. 10, lid 1 OESO-Modelverdrag te verduidelijken;

---

<sup>145</sup> Deze aanpassing vond plaats nadat op 7 november 2002 het OESO Rapport ‘Restricting the Entitlement to Treaty Benefits’ door het CFA was aangenomen. Dit rapport is opgenomen in OECD 2003, p. 7-32.

- het begrip ‘beneficial owner’ dient te worden geïnterpreteerd in het licht van voorwerp en doel van het OESO-Modelverdrag, waaronder zijn begrepen het voorkomen van dubbele belasting, belastingontduiking en belastingontwijking;
- een agent of nominee geen uiteindelijk gerechtigde kan zijn; en
- een doorstroomlichaam onder voorwaarden (en in lijn met het OECD Conduit Companies Report uit 1986) niet kan worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde.

Uit deze opsomming blijkt dat het OESO-Commentaar met betrekking tot het begrip ‘beneficial owner’ in 2003 sterk is uitgebreid ten opzichte van het oude OESO-Commentaar.<sup>146</sup> Het eerste, tweede en vierde onderdeel van de hiervoor weergegeven opsomming zijn er namelijk aan toegevoegd. Het is de vraag of hiermee een materiële, inhoudelijke wijziging van de invulling van het begrip ‘beneficial owner’ is beoogd of slechts een verduidelijking (clarification). Dit onderscheid is van belang bij de interpretatie van concrete belastingverdragen die zijn gebaseerd op het OESO-Modelverdrag en zijn overeengekomen vóór (in dit geval) 2003. Bij de interpretatie van de gezamenlijke bedoeling van de verdragsluitende partijen, als onderdeel van de context van deze belastingverdragen, kunnen posterieure uitbreidingen of aanpassingen in het OESO-Commentaar niet worden meegewogen wanneer deze meer zijn dan een verduidelijking van hetgeen reeds in het OESO-Modelverdrag of OESO-Commentaar is opgenomen.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> Dat slechts de volgende tekst omvatte: “Under paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State. (The text of the Model was amended in 1995 to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries.) States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.”

<sup>147</sup> Vogel, Ward en A-G Wattel delen deze visie, zie respectievelijk: Eijkenduijn & Laghmouchi 2006 en de bijlage bij de conclusie van A-G Wattel, opgenomen in BNB 2003/177 en Douma en Wiegerink 2001. In § 33-36.1 van de Introductie van het OESO-Commentaar lijkt echter te worden uitgegaan van een meer dynamische interpretatie. De OESO Raad heeft bij de algehele herziening van het OESO-Modelverdrag in 1997 tevens de aanbeveling gedaan aan de OESO-lidstaten om het meest recente OESO-Commentaar te volgen, deze aanbeveling is opgenomen in § 3 van de Introductie van het OESO-Commentaar. In overeenstemming met deze zienswijze gaat de Staatssecretaris (in beginsel) uit van een dynamische interpretatie van het OESO-Commentaar, zie: Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 24, MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 7 en Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 20. In de arresten van 21 februari 2003, BNB 2003/177 en BNB 2003/178 vond de Hoge Raad bevestiging voor de contextuele uitleg van een verdragsterm, op basis van de tekst van het belastingverdrag (in casu het Verdrag NL-NG (1991) en het Verdrag NL-BR (1990)), in het in 1992 aangevulde OESO-Commentaar bij art. 15 OESO-Modelverdrag. In zijn arrest van 9 december 1998, BNB 1999/267 overwoog de Hoge Raad op een zelfde wijze met betrekking tot het Verdrag NL-DE (1959). De Hoge Raad gaat uit van een dynamische interpretatie van het OESO-Commentaar, mits hetgeen in het nieuwe OESO-Commentaar wordt gesteld past binnen de verdragtekst, zie ook: Pijl 2003.

Het inzicht dat het begrip ‘beneficial owner’ is geïntroduceerd in art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag om de betekenis van de woorden ‘paid ... to a resident’ te verduidelijken, die sinds de totstandkoming van het OESO-Modelverdrag in 1963 in art. 10, lid 1 OESO-Modelverdrag zijn opgenomen, kan alleen worden aanvaard als een inhoudelijke, materiële wijziging van wat reeds uit het OESO-Commentaar volgde. Uit § 7-10 van het OESO-Commentaar (1977) bij art. 1 OESO-Modelverdrag blijkt immers dat het begrip ‘beneficial owner’ in 1977 in het OESO-Modelverdrag is geïntroduceerd om het gebruik van constructies, gericht op het profiteren van verdragsvoordelen, tegen te gaan. Het ging hier toentertijd om de introductie van een nieuw element in het OESO-Modelverdrag. Uit het OESO-Commentaar (1977) volgt niet dat het slechts ging om een verduidelijking van de tekst van het OESO-Modelverdrag. Door dit inzicht 25 jaar na de introductie van het begrip ‘beneficial owner’ in het OESO-Modelverdrag alsnog in het OESO-Commentaar op te nemen, wordt dit dan ook niet bewaarheid.<sup>148</sup> Aan deze wijziging van het OESO-Commentaar komt derhalve geen betekenis toe in relatie tot concrete belastingverdragen die zijn overeengekomen vóór 2003.

Dit geldt niet voor de overige wijzigingen van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag die in 2003 plaatsvonden. Deze wijzigingen betreffen namelijk wel verduidelijkingen van hetgeen reeds met betrekking tot het begrip ‘beneficial owner’ in het OESO-Modelverdrag of OESO-Commentaar was opgenomen. Bij de interpretatie van een verdragsterm dient immers altijd voorwerp en doel van het OESO-Modelverdrag te worden meegewogen als onderdeel van de context van dat belastingverdrag. Het OESO-Modelverdrag zelf maakt namelijk ook onderdeel uit van de context van een op het OESO-Modelverdrag gebaseerd belastingverdrag.<sup>149</sup> Daarnaast komen voorwerp en doel van het huidige OESO-Modelverdrag veelal overeen met voorwerp en doel van een concreet belastingverdrag.<sup>150</sup> Het doel van een belastingverdrag is zoals *van Brunschot* stelt: “de ultieme en overkoepelde context”<sup>151</sup> en speelt bij verdragsinterpretatie immer een belangrijke rol.<sup>152</sup>

De notie dat doorstroomlichamen met zeer beperkte beschikkingsmacht over het ontvangen het dividend niet kunnen worden erkend als uiteindelijk gerechtigde in de zin van art. 10, lid 2

---

<sup>148</sup> Zie ook: Pijl 2003.

<sup>149</sup> Zie ook: Vogel e.a. 1997, p. 215.

<sup>150</sup> Zoals verwoord in de titel van een belastingverdrag.

<sup>151</sup> Douma 2004.

<sup>152</sup> Naar art. 31, lid 1 Verdrag van Wenen.

OESO-Modelverdrag volgde reeds uit het in 1986 opgemaakte OECD Conduit Companies Report. Tevens heeft de Hoge Raad deze notie in het ‘marketmaker-arrest’ ook al onderkend, door aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ een invulling te geven waarbij de beschikkingsmacht over het aandeel en het ontvangen dividend van cruciaal belang zijn. Derhalve omvat deze uitbreiding geen materiële, inhoudelijke wijziging en is dit deel van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag bij de interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in concrete belastingverdragen,<sup>153</sup> in de zin van art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag, ook wanneer het belastingverdrag is overeengekomen vóór 2003 een onderdeel van de context van het belastingverdrag.

*Het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ als internationaal verdragsconcept*

Sommige auteurs menen dat het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’, zoals dat ongedefinieerd is opgenomen in vele belastingverdragen, een internationaal verdragsconcept is met een eigen internationale, contextuele betekenis voor belastingverdragsdoeleinden.<sup>154</sup> Het begrip is namelijk in het OESO-Modelverdrag opgenomen toen geen of zeer weinig landen een definitie van dit begrip in hun nationale wetgeving kenden. Het gebruik van nationaalrechtelijke bepalingen bij de interpretatie van dit begrip<sup>155</sup> zou hierdoor niet mogelijk zijn, ondanks dat er op dit moment wel een definitie in de nationale wetgeving van een van de verdragsstaten zou kunnen zijn opgenomen.<sup>156</sup> In deze visie bestaat er kennelijk in de zin van art. 31, lid 1 Verdrag van Wenen een gewone betekenis van de verdragsterm ‘uiteindelijk gerechtigde’ en deze gewone betekenis zou de primaire bron moeten zijn bij de interpretatie van dat begrip.<sup>157</sup> Ik deel deze visie niet. Een met art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag vergelijkbaar verdragsartikel kan namelijk worden aangemerkt als een *lex specialis* in relatie

---

<sup>153</sup> Voor zover deze belastingverdragen gebaseerd zijn op het OESO-Modelverdrag.

<sup>154</sup> Zie: Baker 2008, p. 9, Helminen 2002, p. 456, Oliver e.a. 2000, p. 325 en du Toit 1999, p. 171-237.

<sup>155</sup> Zoals art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag voorschrijft.

<sup>156</sup> Zie ook: du Toit 1999, p. 177-178.

<sup>157</sup> Du Toit komt na een uitgebreide studie van OESO-bronnen, wetgeving en jurisprudentie tot de conclusie dat er voldoende aanwijzingen zijn dat het begrip ‘beneficial owner’ in het OESO-Modelverdrag afkomstig is uit de common law Staten. Volgens du Toit betekent dit dat voor de invulling van dit begrip dient te worden aangesloten bij de betekenis daarvan in die Staten; “the beneficial owner is the person whose ownership attributes outweigh that of any other person”, zie: du Toit 2010 en du Toit 1999, p. 236-237. Het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag bevat deze definitie niet, maar uit de verwijzing naar doorstroomlichamen met zeer beperkte beschikkingsmacht volgt wel dat de weging van de zogenaamde ‘owner attributes’ bij de interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in concrete belastingverdragen een rol speelt.

tot de interpretatieregels die voortvloeien uit het Verdrag van Wenen<sup>158</sup> en heeft op grond daarvan voorrang bij de interpretatie van niet-gedefinieerde verdragstermen.<sup>159</sup> Het contextvereiste waaraan de nationaalrechtelijke betekenis moet voldoen biedt, zoals in deze paragraaf is betoogd, voldoende ruimte voor een uitleg op basis van internationale bronnen als het OESO-Commentaar. Hierdoor is een zekere vorm van internationale consensus<sup>160</sup> gewaarborgd met betrekking tot de uitleg van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in verdragsverband.<sup>161</sup>

*Discussion drafts met voorgestelde wijzigingen voor art. 10 OESO-Modelverdrag en het OESO-Commentaar bij art. 10 OESO-Modelverdrag*

Op 29 april 2011 heeft het CFA een discussion draft gepubliceerd<sup>162</sup> waarin aanvullingen op en wijzigingen in het OESO-Commentaar bij art. 10, 11 en 12 OESO-Modelverdrag werden voorgesteld. Op 19 oktober 2012 heeft het CFA, naar aanleiding van de ontvangen commentaren op de eerste versie, een nieuwe versie van de discussion draft gepubliceerd<sup>163</sup> met enkele aanvullingen op en wijzigingen in deze voorstellen en een voorstel tot wijziging van art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag. Het doel van deze aanvullingen en wijzigingen is om de interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in de context van het OESO-Modelverdrag te verhelderen, vanwege het risico op dubbele belasting en dubbele non-belasting als gevolg van verschillende interpretaties van dit begrip.<sup>164</sup> Als bijlage zijn de voorgestelde aanvullingen op en wijzigingen in art. 10 OESO-Modelverdrag en het OESO-

---

<sup>158</sup> Zie ook: Engelen 2004, p. 477-478, de bijlage bij de conclusie van A-G Wattel, opgenomen in BNB 2003/177 en Vogel e.a. 1997, p. 209. Dit doet niets af aan het feit dat bij de toetsing van een nationaalrechtelijke betekenis aan de context van een belastingverdrag, zoals eerder gesteld, ook rekening dient te worden gehouden met de goede trouw die naar art. 26 en art. 31, lid 1 Verdrag van Wenen in acht dient te worden genomen tegenover de verdragspartner.

<sup>159</sup> Wanneer er een nationaalrechtelijke betekenis ontbreekt in de wetgeving van de Staat die het belastingverdrag toepast, dient te worden teruggevallen op de interpretatieregels die volgen uit art. 31 en 32 Verdrag van Wenen, zie ook: Engelen 2004, p. 478.

<sup>160</sup> Al dient de mate van deze consensus niet overschat te worden op basis van de thans beschikbare internationale jurisprudentie over de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’. Ik verwijs in dit verband graag naar § 4.3.

<sup>161</sup> Dit zou overigens kunnen betekenen dat beide interpretatiemethoden uiteindelijk leiden tot een vergelijkbare uitkomst, zie ook: noot 157.

<sup>162</sup> Geïnteresseerde partijen konden tot 15 juli 2011 hun commentaar op de in deze discussion draft opgenomen aanvullingen en wijzigingen indienen bij de OESO, zie: OECD 2011, p. 2. Dit commentaar is (deels) gepubliceerd op de website van de OESO, zie:

[http://www.oecd.org/document/39/0,3746,en\\_2649\\_33747\\_48391591\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/39/0,3746,en_2649_33747_48391591_1_1_1_1,00.html).

<sup>163</sup> Geïnteresseerde partijen konden tot 15 december 2012 hun commentaar op de in deze discussion draft opgenomen aanvullingen en wijzigingen indienen bij de OESO, zie: OECD 2012, p. 1.

<sup>164</sup> Zie: OECD 2011, p. 2.

Commentaar bij art. 10 OESO-Modelverdrag opgenomen.<sup>165</sup> De belangrijkste aanvullingen en wijzigingen zijn dat:

- het begrip ‘beneficial owner’ in art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag niet refereert naar een ‘technical meaning’ die volgt uit een nationaalrechtelijke bepaling van een specifieke verdragsstaat;
- trustees van een discretionary trust (of de trust zelf) onder voorwaarden kunnen worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde in de zin van art. 10 OESO-Modelverdrag;
- wanneer een persoon “unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person” dividenden ontvangt en deze hiervan “the right to use and enjoy”<sup>166</sup> bezit, deze wordt aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. De doorbetalingsverplichting met betrekking tot het ontvangen dividend dient, om tot een andere conclusie te komen, gerelateerd te zijn aan de ontvangen dividend. Deze verplichting hoeft echter niet zijn oorsprong te vinden in juridische documenten; de feiten en omstandigheden kunnen hiervoor ook aanleiding vormen;
- de verdragsvoordelen die de uiteindelijk gerechtigde geniet in lijn met art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag hem alsnog kunnen worden ontzegd wanneer dit in strijd is met een specifieke antimisbruikbepaling die is opgenomen in het desbetreffende belastingverdrag;<sup>167</sup> en
- de betekenis van het begrip ‘beneficial owner’ die wordt gebruikt in de context van art. 10 OESO-Modelverdrag dient te worden onderscheiden van de betekenis die aan dit begrip wordt gegeven in de context van andere bepalingen die betrekking hebben op de vaststelling van de UBO.

Wanneer deze aanvullingen en wijzigingen in het kader van de doelstelling van de discussion drafts worden gezien, valt op dat er als gevolg van deze aanvullingen en wijzigingen eerder meer vragen worden opgeworpen over de interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ dan dat er worden beantwoord.<sup>168</sup> Meerdere auteurs signaleerden terecht dat het

---

<sup>165</sup> De voorgestelde aanvullingen op en wijzigingen in art. 11 OESO-Modelverdrag en het OESO-Commentaar bij art. 11 en 12 OESO-Modelverdrag zijn overigens in essentie hetzelfde.

<sup>166</sup> Ik verwijs in dit verband graag naar § 4.3 voor de opvallende gelijkheid met de invulling die het FCA geeft aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in het ‘Prévost Car-arrest’.

<sup>167</sup> Zie ook: § 17 en 22 van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag.

<sup>168</sup> Zie ook: Collier 2011, p. 703, Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel ter goedkeuring van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting

voorgestelde OESO-Commentaar in de eerste discussion draft bijvoorbeeld met betrekking tot de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in relatie tot trusts een interne tegenstrijdigheid bevatte.<sup>169</sup> Met de aanvullingen en wijzigingen in de tweede discussion draft is deze interne tegenstrijdigheid niet wegenomen. In § 12.4 van het voorgestelde OESO-Commentaar bij art. 10 OESO-Modelverdrag wordt de uiteindelijk gerechtigde omschreven als de ontvanger van het dividend die beschikt over “the right to use and enjoy” het bewuste inkomen. Voetnoot 1 bij § 12.1 bij het voorgestelde OESO-Commentaar bij art. 10 OESO-Modelverdrag bevat de zinsnede dat trustees<sup>170</sup> van een discretionary trust kunnen worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde, wanneer de ontvangen dividenden niet worden uitgekeerd aan de begunstigde(n) van de trust. Maar dit is in strijd met de hiervoor beschreven definitie die in datzelfde voorgestelde OESO-Commentaar bij art. 10 OESO-Modelverdrag is opgenomen. Een trustee is immers op basis van de trustakte verplicht om uiteindelijk al het trustinkomen uit te keren aan de begunstigde(n) van de trust en ervaart zelf geen economisch genot van het trustinkomen. Derhalve beschikt een trustee niet over “the right to use and enjoy” het bewuste dividendinkomen. *Danon* vroeg zich dan ook in zijn commentaar op de eerste discussion draft terecht af waarom er niet in lijn met het huidige § 12 en § 12.1 van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag voor is gekozen om het bepalende criterium de mate van beschikkingsmacht (of control) over de ontvangen dividenden te laten blijven.<sup>171</sup> Dit is zoals eerder in deze paragraaf is betoogd, in lijn met de uitkomst van het ‘marketmaker-arrest’ dat in § 2.3 aan de orde is geweest.

Of en in hoeverre de aanvullingen en wijzigingen uit de laatste discussion draft daadwerkelijk zullen worden opgenomen in het OESO-Modelverdrag en het OESO-Commentaar is nu nog niet te bepalen. Het CFA zal dit onderwerp behandelen tijdens een vergadering in februari 2013.<sup>172</sup> De Staatssecretaris heeft al wel met betrekking tot de eerste discussion draft van 29 april 2011 gesteld dat Nederland als lid van de OESO betrokken is geweest bij de voorbereiding van dit discussiestuk en indien het ongewijzigd zou zijn opgenomen in het OESO-Commentaar, er voor hem geen aanleiding zou zijn geweest daar een opmerking of voorbehoud bij te maken.<sup>173</sup>

---

tussen Japan en Nederland (nr 32 776), p. 8-9 en de aantekening van de Redactie Vakstudie Nieuws bij Kamerstukken II 2010/11, 32 776, nr. 1-4, V-N 2011/34.4.

<sup>169</sup> Zie: Avery Jones, Vann & Wheeler 2011, p. 1, Danon 2011, p. 439 en IBFD Research Staff 2011, p. 3.

<sup>170</sup> Of de trust zelf, mits erkend als afzonderlijke belastingplichtige.

<sup>171</sup> Zie: Danon 2011, p. 439-440.

<sup>172</sup> Zie: OECD 2012, p. 1.

<sup>173</sup> Zie: Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken I 2010/11, 25 087, B, p. 12.

### § 4.3 De internationale jurisprudentie over het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in verdragsverband

In de vorige paragraaf is het OESO-Commentaar dat betrekking heeft op het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ uitgebreid aan de orde geweest en is er op gewezen dat sommige auteurs dit begrip zien als een internationaal verdragsconcept met een eigen internationale, contextuele betekenis. In de internationale jurisprudentie bestaat er echter geen consensus over de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in verdragsverband en de uitleg van het OESO-Commentaar dat betrekking heeft op dit begrip. De twee hiernavolgende arresten zijn in dit kader illustratief.

#### *Het ‘Indofood-arrest’*

Het Engelse ‘Indofood-arrest’<sup>174</sup> is een zaak uit 2006 waarbij de uitleg van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ door het England and Wales Court of Appeal doorslaggevend was voor de uitkomst van het geschil. Het ‘Indofood-arrest’ is wel een zaak met enkele uitzonderlijke kenmerken waarmee het zich onderscheidt van overige internationale jurisprudentie over het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in verdragsverband. Het betreft namelijk een civiele zaak; geen van de rechters of advocaten die betrokken waren bij deze zaak was een expert op het gebied van (internationaal) belastingrecht.<sup>175</sup> Op basis van de voorwaarden in de overeenkomsten waarop het geschil betrekking had werd de Engelse<sup>176</sup> civiele rechter gevraagd om een oordeel te vellen over een geschil waarbij de interpretatie van het Verdrag ID-MU (1996) en het Verdrag NL-ID van cruciaal belang was.<sup>177</sup> Het is daarnaast een zaak die handelt over de fiscale gevolgen van een hypothetische situatie. Ondanks deze specifieke kenmerken is de relevantie van het ‘Indofood-arrest’ in fiscalibus niet minder groot. De kern van het geschil betrof namelijk de interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in verdragsverband. Om precies te zijn: kon een vennootschap die zou worden tussengeschoven met als achtergrond het ontwijken van een verhoging van bronheffing in een

---

<sup>174</sup> Indofood International Finance Ltd v. J.P. Morgan Chase Bank N.A., London Branch [2006] EWCA Civ. 158 (2 maart 2006).

<sup>175</sup> Zie ook: Booker 2012, p. 69 en Baker 2007, p. 22.

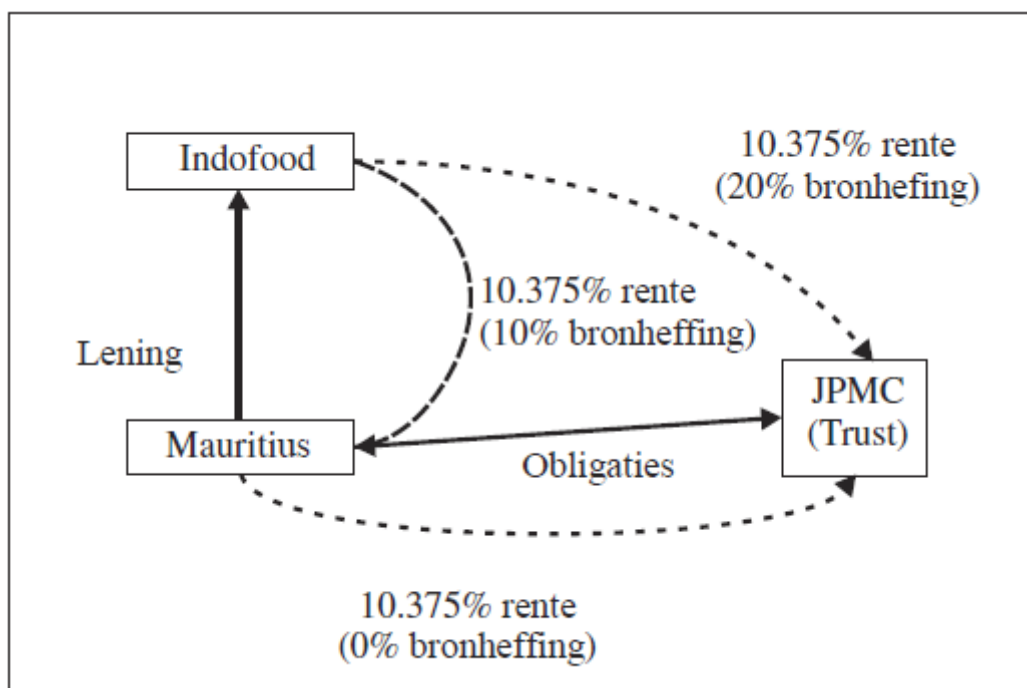
<sup>176</sup> Op basis van de voorwaarden van de desbetreffende overeenkomsten tot geldlening was het Engelse recht van toepassing.

<sup>177</sup> De Engelse civiele rechter diende zijn oordeel te baseren op wat de Indonesische fiscale rechter in casu zou hebben geoordeeld, zie ook: Martin Jiménez 2010, p. 42-43, Kandev 2006, p. 3 en Russo, Russo & Russo 2006, p. 541-542.



bestaande structuur op basis van het Verdrag NL-ID worden gekwalificeerd als uiteindelijk gerechtigde tot de te ontvangen rente?

Indofood, een in Indonesië gevestigde vennootschap, voldeed in 2002 aan zijn financieringsbehoefte door op de internationale kapitaalmarkt vreemd vermogen aan te trekken door middel van het uitgeven van obligaties. Deze obligaties hadden een looptijd van 5 jaar en de couponrente bedroeg 10,375%. JPMC trad hierbij op als trustee namens de obligatiehouders. Om de belastingdruk te verlichten die ontstond als gevolg van de Indonesische bronheffing op rente à 20%, werden de obligaties uitgegeven via een dochtervennootschap van Indofood gevestigd op Mauritius.<sup>178</sup> Mauritius hief geen bronheffing op rente en op basis van het Verdrag ID-MU (1996) werd het tarief van de Indonesische bronheffing verminderd tot 10% (zie figuur 2).



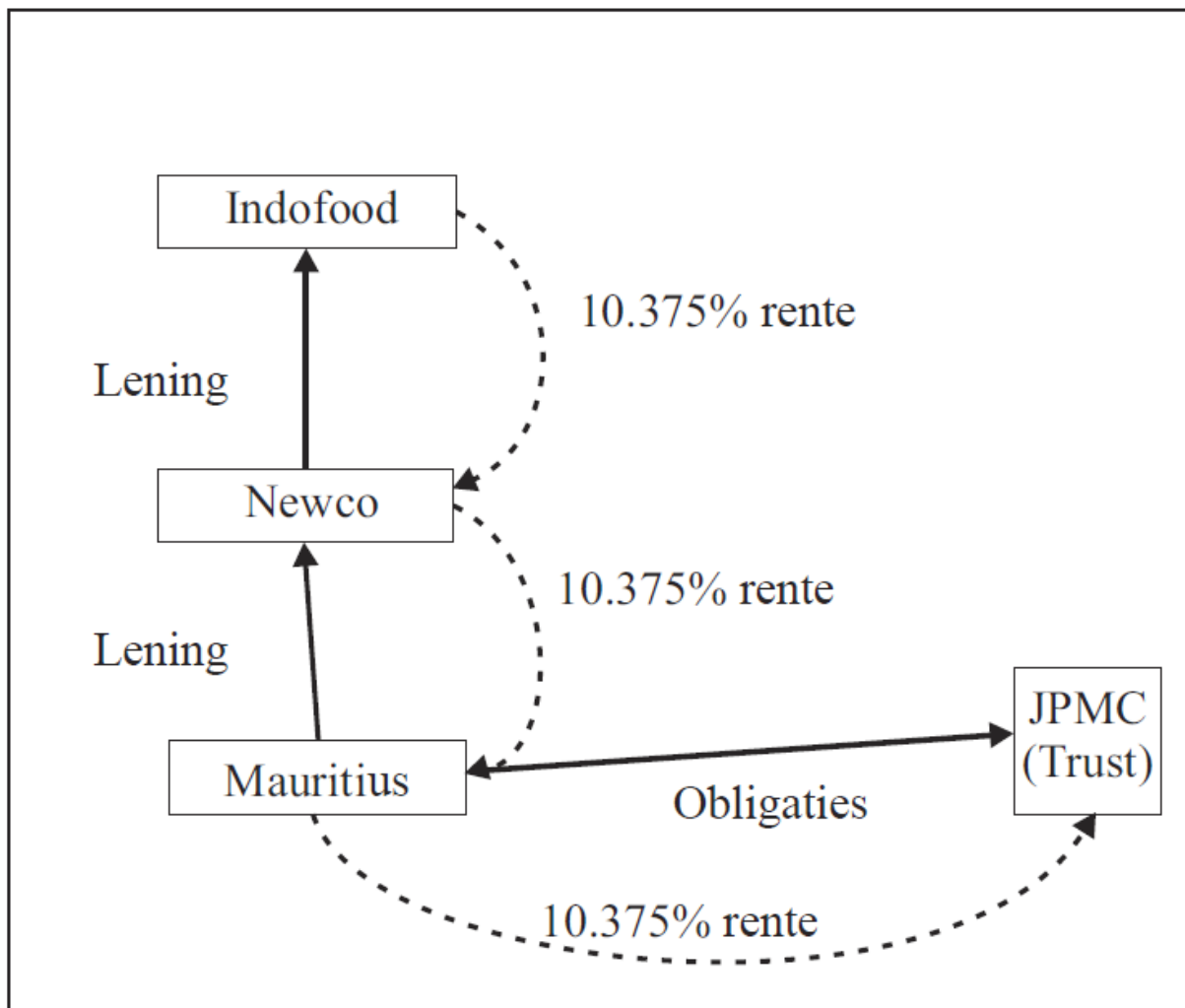
**Figuur 2 Bestaande structuur**<sup>179</sup>

Twee jaar na de uitgifte van de obligaties besloot de Indonesische regering het Verdrag ID-MU (1996) op te zeggen waardoor de hiervoor beschreven vermindering van de bronheffing op rente niet meer van toepassing zou zijn. Indofood gaf vervolgens richting JPMC aan over

<sup>178</sup> Deze vennootschap leende vervolgens het bedrag door aan Indofood. Het hierbij overeengekomen rentepercentage was gelijk aan de rente op de obligaties. Een van de voorwaarden van de overeenkomst was dat de op Mauritius gevestigde vennootschap zijn rentebetalingverplichting richting de obligatiehouders alleen mocht voldoen uit de ontvangen rente van Indofood. Indofood stond daarnaast tegenover de obligatiehouders garant voor de verplichtingen van zijn dochtervennootschap.

<sup>179</sup> Dit figuur is ontleend aan: Bolderman 2009, p. 884.

te gaan tot vervroegde aflossing van de obligaties.<sup>180</sup> Op basis van de voorwaarden van de onderliggende overeenkomst kon Indofood namelijk overgaan tot vervroegde aflossing wanneer er een wetswijziging in Indonesië zou optreden waardoor het tarief van de bronheffing op rente hoger zou worden dan 10%, mits Indofood niet kon overgaan tot ‘reasonable measures’ om deze verhoging te voorkomen. JPMC was van mening dat in dit verband het tussenschuiven van Newco, een in Nederland<sup>181</sup> gevestigde vennootschap, een ‘reasonable measure’ zou vormen (zie figuur 3). Indofood betwiste dit.



**Figuur 3 Voorgestelde structuur**<sup>182</sup>

<sup>180</sup> Uit rechtsoverweging 3 van het England and Wales Court of Appeal blijkt dat de rentevoeten en valutakoersen op de internationale kapitaalmarkt inmiddels dusdanig gewijzigd waren, dat Indofood ook een commercieel belang had bij vervroegde aflossing van de obligaties gevolgd door herfinanciering.

<sup>181</sup> Op basis van artikel 11, lid 2 Verdrag NL-ID geldt dat de ingehouden Indonesische bronheffing 10% van het bruto-bedrag van de rente niet mag overschrijden, mits de uiteindelijk gerechtigde inwoner is van Nederland. Nederland kent bovendien geen bronheffing op rente.

<sup>182</sup> Dit figuur is ontleend aan: Bolderman 2009, p. 884.

De belangrijkste vraag die het England and Wales Court of Appeal in casu diende te beantwoorden was of Newco op basis van art. 11, lid 2 Verdrag NL-ID zou kwalificeren als uiteindelijk gerechtigde tot de ontvangen rente.<sup>183</sup> Het England and Wales Court of Appeal overwoog het volgende: “that the term “beneficial owner” is to be given an international fiscal meaning not derived from the domestic laws of contracting states. *As shown by those commentaries* (het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag, SP) *and observations, the concept of beneficial ownership is incompatible with that of the formal owner who does not have “the full privilege to directly benefit from the income”* (cursivering, SP).” Op basis van de feiten van voorliggend geschil kwam het England and Wales Court of Appeal tot de conclusie dat: “In practical terms it is impossible to conceive of any circumstances in which either the Issuer (de vennootschap gevestigd op Mauritius, SP) or Newco could derive any ‘direct benefit’ from the interest payable by the Parent Guarantor (Indofood, SP) except by funding its liability to the Principal Paying Agent (JPMC, SP) or Issuer respectively. Such an exception can hardly be described as the ‘full privilege’ needed to qualify as the beneficial owner, rather the position of the Issuer and Newco equates to that of an “administrator of the income.”” Newco zou derhalve op basis van art. 11, lid 2 Verdrag NL-ID niet kwalificeren als uiteindelijk gerechtigde tot de ontvangen rente.<sup>184</sup>

Het England and Wales Court of Appeal ziet het begrip “uiteindelijk gerechtigde” als een internationaal verdragsconcept met een eigen internationale, contextuele betekenis voor belastingverdragsdoeleinden.<sup>185</sup> Het England and Wales Court of Appeal staat hierbij een economische interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ voor; het economische genot van de opbrengst dient in zijn geheel ten goede te komen aan de opbrengstgerechtigde, wil deze gekwalificeerd kunnen worden als uiteindelijk gerechtigde.<sup>186</sup> De benadering die het England and Wales Court of Appeal heeft gekozen voor de invulling van het begrip “uiteindelijk gerechtigde” lijkt ook te worden onderschreven in het Spaanse ‘Real Madrid-arrest’<sup>187</sup> en het Zwitserse ‘V. SA-arrest’.<sup>188</sup>

---

<sup>183</sup> Paradoxaal genoeg had Indofood er in deze zaak derhalve belang bij dat Newco niet zou worden gekwalificeerd als uiteindelijk gerechtigde tot de rente, zie ook: Kadev 2006, p. 3.

<sup>184</sup> Dit betekende dat het tussenschuiven van Newco niet kon worden beschouwd als een ‘reasonable measure’.

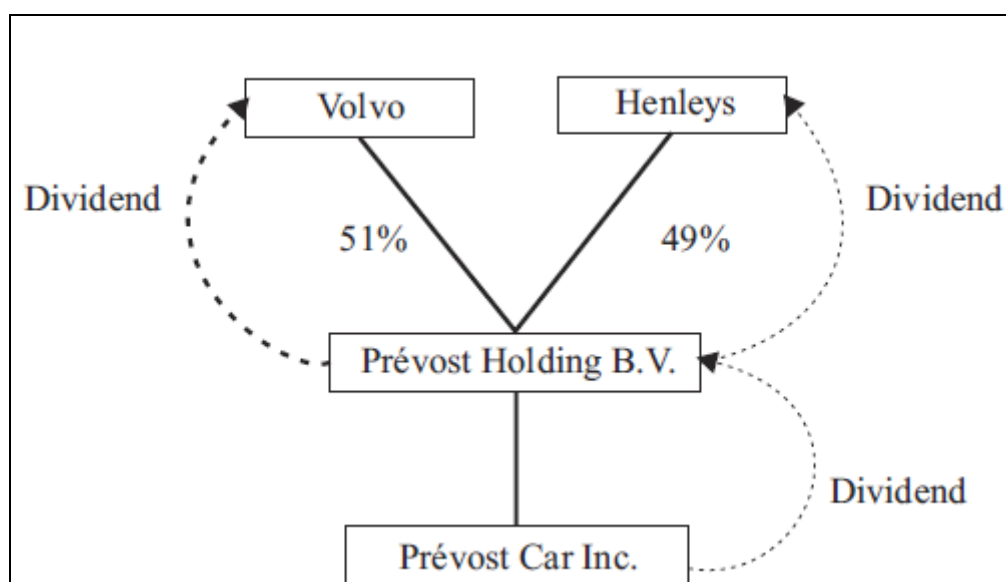
<sup>185</sup> Ik verwijs in dit verband graag naar § 4.2.

<sup>186</sup> In dit kader komen wel de vragen op of in casu de uitkomst van dit arrest anders zou zijn geweest wanneer Newco niet slechts zou optreden als doorgeefluik, maar bijvoorbeeld deels gefinancierd zou zijn met eigen vermogen of er voor de betaalde rente een ander rentepercentage zou gelden dan voor de ontvangen rente, zie ook: Martin Jiménez 2010, p. 45, Verdoner, Offermanns & Huibregtse 2010/2, p. 468 en Munting 2008.

<sup>187</sup> Real Madrid F.C. v. Oficina Nacional de Inspección [2006] Audiencia Nacional JUR\2006\204307 (18 juli 2006), zie ook: Martin Jiménez 2010, p. 38-40 en Pötgens 2010, p. 173-174.

### Het 'Prévost Car-arrest'

In het 'Prévost Car'-arrest<sup>189</sup> uit 2009 gaf de Canadese rechter blijk van een andere interpretatie van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' dan volgt uit het 'Indofood'-arrest. Het onderliggende geschil had betrekking op dividenduitkeringen verricht in de jaren 1996 tot en met 1999 en 2001 door Prévost Car Inc., een vennootschap gevestigd te Canada. Prévost Car Inc. was een 100% dochter van Prévost Holding B.V., een in Nederland gevestigde joint venture vennootschap waarvan 51% van de aandelen gehouden werd door Volvo, gevestigd te Zweden, en 49% door Henleys, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. De dividenden die Prévost Holding B.V. ontving van Prévost Car Inc. werden door Prévost Holding B.V. uitgekeerd aan zijn aandeelhouders (zie figuur 4).



**Figuur 4** Structuuroverzicht 'Prévost Car-arrest'<sup>190</sup>

Op basis van art. 10, lid 2 Verdrag NL-CA hield Prévost Car Inc. 5% Canadese bronheffing in bij het uitkeren van de dividenden aan Prévost Holding B.V.<sup>191</sup> De Canadese belastingdienst nam echter het standpunt in dat Prévost Holding B.V. niet kon worden gekwalificeerd als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend op basis van datzelfde artikel in het Verdrag NL-

<sup>188</sup> Commission Fédérale de Recours en Matière de Contributions [2001] VPB 65.86 (28 februari 2001), zie ook: Martin Jiménez 2010, p. 40-41, Pötgens 2010, p. 174 en Verdoner, Offermanns & Huibregtse 2010/2, p. 465-466.

<sup>189</sup> Her Majesty the Queen v. Prévost Car Inc. [2009] FCA 59 (29 februari 2009).

<sup>190</sup> Dit figuur is ontleend aan: Bolderman 2009, p. 886.

<sup>191</sup> Op basis van de nationale wetgeving van Canada bedroeg het bronheffingstarief op dividenden ten tijde van de dividenduitkeringen 25%.

CA.<sup>192</sup> De Canadese belastingdienst legde meerdere naheffingsaanslagen op waarbij de Canadese bronheffing voor zover het dividend kon worden toegerekend aan Volvo op basis van het toenmalige Verdrag CA-SE werd beperkt tot 15% en waarbij voor zover het dividend kon worden toegerekend aan Henleys op basis van het toenmalige Verdrag CA-UK werd beperkt tot 10%. Op basis van de hiernavolgende feiten en omstandigheden kwam de Canadese belastingdienst tot de conclusie dat Prévost Holding B.V. bij het ontvangen van de dividenden van Prévost Car Inc. slechts optrad als “mere conduit or funnel in favour of Volvo and Henleys.”<sup>193</sup>

- Prévost Holding B.V. beschikte niet over een kantoor en had geen werknemers in dienst;
- Prévost Holding B.V. beschikte niet over activa van enige omvang met uitzondering van de aandelen in Prévost Car Inc.;
- De raad van bestuur van Prévost Holding B.V. bestond uit dezelfde leden als de raad van bestuur van Prévost Car Inc.; en
- Op grond van een aandeelhoudersovereenkomst tussen Volvo en Henleys<sup>194</sup> waren beide aandeelhouders overeengekomen dat niet minder dan 80% van de winst van Prévost Holding B.V. en zijn dochtermaatschappijen zou worden uitgekeerd aan de aandeelhouders, mits Prévost Holding B.V. en zijn dochtermaatschappijen over voldoende financiële middelen beschikte om in hun normale en de te verwachten behoefte aan werkkapitaal te voldoen op het moment van de betaling, tenzij de aandeelhouders anders overeen zouden komen. De winst zou worden uitgekeerd door middel van dividenduitkeringen, door de terugbetaling van kapitaal of via de aflossing van leningen.

De invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in verdragsverband vergde volgens de Canadese belastingdienst: “a search behind the legal relationships in order to identify the

---

<sup>192</sup> In de Canadese nationale wetgeving was geen definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ opgenomen.

<sup>193</sup> Zie: rechtsoverweging 94 van de TCC voorafgaand aan het hoger beroep bij het FCA, Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen [2008] TCC 231 (22 april 2008).

<sup>194</sup> Bij deze aandeelhoudersovereenkomst tussen Volvo en Henleys waren zowel Prévost Car Inc., als Prévost Holding B.V. geen partij.

person who, as a matter of fact, can ultimately benefit from the dividends.”<sup>195</sup> Hiervoor vond de Canadese belastingdienst steun in de uitkomst van het ‘Indofood-arrest’.<sup>196</sup>

Het FCA verwierp echter deze stelling en overwoog in dit verband het volgende in verwijzing naar de uitspraak in eerste instantie van de TCC: “*the ‘beneficial owner’ of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received* (cursivering, SP) ... Where an agency or mandate exists or the property is in the name of a nominee, one looks to find on whose behalf the agent or mandatary is acting or for whom the nominee has lent his or her name. When corporate entities are concerned, one does not pierce the corporate veil unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else’s behalf pursuant to that person’s instructions without any right to do other than what that person instructs it, for example, a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients.”<sup>197</sup> Volgens het FCA was deze formulering in lijn met hetgeen is opgenomen in het OESO-Commentaar en het OECD Conduit Companies Report. Het FCA vond in casu steun voor de kwalificatie van Prévost Holding B.V. als uiteindelijk gerechtigde in de volgende feiten en omstandigheden:

- Prévost Holding B.V. trad niet op als zaakwaarnemer voor haar aandeelhouders;
- Prévost Holding B.V. was geen doorstroomlichaam voor Volvo en Henleys, er was geen sprake van een vooraf bepaald, of automatische geldstroom naar Volvo en Henleys;<sup>198</sup>
- Er kon niet worden gesteld dat Prévost Holding B.V. geen enkele beschikkingsmacht had over de ontvangen dividenden;
- De akte van oprichting van Prévost Holding B.V. verplichtte Prévost Holding B.V. niet om enig dividend uit te keren aan zijn aandeelhouders; en
- Prévost Holding B.V. was de geregistreerde eigenaar van de aandelen Prévost Inc., had betaald voor deze aandelen en hield deze aandelen in bezit voor zichzelf. De

---

<sup>195</sup> Zie: rechtsoverweging 84 van de TCC voorafgaand aan het hoger beroep bij het FCA, Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen [2008] TCC 231 (22 april 2008).

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> Het FCA bevestigde hiermee de uitspraak in eerste instatie van de TCC voorafgaand aan het hoger beroep.

<sup>198</sup> Zie ook: noot 193.

dividenden die door Prévost Holding B.V. werden ontvangen waren eigendom van Prévost Holding B.V.

Derhalve kon Prévost Holding B.V. volgens het FCA worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenduitkeringen van Prévost Car Inc. en een rechtmatig beroep doen op de vermindering van Canadese bronheffing op dividenden op basis van het Verdrag NL-CA. Het FCA verwierp hiermee de economische interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ waarbij naar het ‘Indofood-arrest’ het economische genot van de opbrengst in zijn geheel ten goede dient te komen aan de opbrengstgerechtigde.<sup>199</sup> Uit de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ die het FCA voorstaat blijkt namelijk dat het bepalende criterium de mate van beschikkingsmacht (of control) is over de ontvangen dividenden;<sup>200</sup> een tussengeschoven vennootschap wordt slechts niet als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt wanneer deze “has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else’s behalf pursuant to that person’s instructions without any right to do other than what that person instructs it.” Dit is in lijn met de uitkomst van het ‘marketmaker-arrest’ dat in § 2.3 aan de orde is geweest. In 2012 overwoog de TCC op overeenkomstige wijze bij het ‘Velcro-arrest’.<sup>201</sup>

Hoewel de rechters bij zowel het ‘Indofood’-arrest, als het ‘Prévost Car-arrest’ de door hen ontwikkelde invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in lijn achten met hetzelfde OESO-Commentaar, verschilt deze invulling dusdanig dat er zeker niet kan worden gesproken van internationale consensus bij de interpretatie van dit begrip. De Staatssecretaris heeft dit tijdens de parlementaire behandeling van het Verdrag NL-JP ook onderkend.<sup>202</sup> Dat de Staatssecretaris de keuze voor de negatieve omschrijving van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 heeft onderbouwd met het argument dat er hierdoor internationaal niet uit de pas wordt gelopen ten opzichte van landen die een zodanige definitie niet in hun wetgeving hebben opgenomen,<sup>203</sup> biedt met de internationale jurisprudentie over het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in het achterhoofd vanuit het oogpunt

---

<sup>199</sup> Zie ook: Martin Jiménez 2010, p. 49, Pötgens 2010, p.174 en Boidman & KandeV 2009, p. 864.

<sup>200</sup> Zie ook: Watson & Baum 2012, p. 163, Avi-Yonah & Panayi 2010, p. 19 en Verdoner, Offermanns & Huibregtse 2010/1, p. 422.

<sup>201</sup> Velcro Canada Inc. v. Her Majesty the Queen [2012] TCC 57 (24 februari 2012). Zie ook: Arnold 2012, p. 323-325, Munting 2012 en Watson & Baum 2012, p. 163-166.

<sup>202</sup> Zie: NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 32 776, nr. 6, p. 5.

<sup>203</sup> Zie: NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 3 en Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B, p. 3-4.

van rechtszekerheid derhalve weinig houvast.<sup>204</sup> In de volgende paragraaf wordt met dit in het achterhoofd getoetst of art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 legitiem is in relatie tot de door Nederland overeengekomen belastingverdragen die het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ bevatten.

#### **§ 4.4 De legitimititeit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot belastingverdragen die het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ bevatten in het dividendartikel**

Op basis van het dividendartikel van naar het OESO-Modelverdrag uit 1977 of latere versies gemodelleerde belastingverdragen wordt het heffingsrecht van de bronstaat over dividenden, uitgekeerd door een lichaam dat inwoner is van deze Staat, beperkt tot maximaal 15% van het bruto-dividend wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend inwoner is van de andere verdragsstaat. Voor veel van deze belastingverdragen geldt daarnaast dat het heffingsrecht van de bronstaat onder voorwaarden<sup>205</sup> verder wordt beperkt tot doorgaans 0, 5 of 10% van het bruto-dividend. Aangezien sinds 1 januari 2007 het Nederlandse dividendbelastingtarief 15% bedraagt, speelt de vraag of art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 verenigbaar is met de door Nederland overeengekomen belastingverdragen alleen een rol wanneer de opbrengstgerechtigde een beroep kan doen op dit onderdeel van het dividendartikel in een dergelijk belastingverdrag.

*Een negatieve definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ als nationaalrechtelijke betekenis*

De wetgever heeft met art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 een negatieve definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in de Wet DB 1965 opgenomen. In art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag en de daarop gebaseerde begripsbepalingen in belastingverdragen is opgenomen dat de nationaalrechtelijke betekenis die volgt uit de wetgeving<sup>206</sup> in de verdragsstaat die het belastingverdrag toepast leidend is bij de uitleg van niet-gedefinieerde

---

<sup>204</sup> Dit terwijl volgens de Staatssecretaris bij de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ het voor het internationaal opererende bedrijfsleven het belangrijkste is dat er internationaal een zo groot mogelijke consensus bestaat over deze invulling, zie: Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken I 2010/11, 25 087, B, p. 12.

<sup>205</sup> Deze voorwaarden hebben betrekking op de omvang van het aandelenbelang (dan wel van het stremrecht dat daaraan verbonden is) dat door de uiteindelijk gerechtigde dient te worden gehouden, welke termijn de aandelen gehouden dienen te worden en/of de rechtsvorm van de uiteindelijk gerechtigde.

<sup>206</sup> Met betrekking tot de belastingen die het onderwerp vormen van het belastingverdrag.



verdragstermen.<sup>207</sup> Bij *Kemmeren en Brandsma & Pancham* bestaat er twijfel of de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in dit verband kan dienen als nationaalrechtelijke betekenis van de verdragsterm.<sup>208</sup> Deze twijfel is ontstaan omdat in deze wetgeving geen (positieve) definitie van dat begrip is opgenomen. Er is echter geen definitie vereist. De betekenis van de niet-gedefinieerde verdragsterm moet kunnen worden ontleend aan de nationale wetgeving.<sup>209</sup> In art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag en de daarop gebaseerde begripsbepalingen in belastingverdragen wordt enkel verwezen naar deze betekenis; er wordt geen definitie in de nationale wetgeving verlangd.<sup>210</sup> De twijfel die heerst bij deze auteurs is derhalve ongegrond en de betekenis van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ die volgt uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 dient als de nationaalrechtelijke betekenis in de zin van art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag te worden geïnterpreteerd.

*De legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot belastingverdragen die zijn overeengekomen vóór de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965*

Geen van de belastingverdragen die door Nederland zijn overeengekomen vóór de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 bevat een definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’.<sup>211</sup> Nu rijst de vraag of de betekenis van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ die voortvloeit uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in strijd is met de context van deze belastingverdragen. De dynamische interpretatiemethode die bepalend is bij de uitleg van niet-gedefinieerde verdragstermen<sup>212</sup> schrijft immers voor dat wijzigingen in de nationale wetgeving, die van kracht worden na ondertekening van het belastingverdrag, de uitleg van deze verdragstermen slechts beïnvloeden wanneer dit niet in strijd is met de context van het bewuste belastingverdrag. De Staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling van de anti-dividendstrippingwetgeving gesteld dat de context van belastingverdragen zich niet verzet tegen doorwerking van de aanscherping van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in art.

---

<sup>207</sup> Sinds 1995 bevat art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag tevens dat elke betekenis die voortkomt uit de belastingwetten van deze Staat hierbij voorrang heeft op een betekenis die voortkomt uit de overige nationale wetgeving van die Staat.

<sup>208</sup> Zie: *Kemmeren* 2008 en *Brandsma & Pancham* 2005.

<sup>209</sup> De tekst van art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag luidt dan ook als volgt: “2. As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have *the meaning that it has at that time under the law* (cursivering, SP) of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, ....” Er wordt aldus niet verwezen naar een definitie in de nationale wetgeving.

<sup>210</sup> Zie ook: *Pijl* 2003 en *Pijl* 1995.

<sup>211</sup> Enkel in § VI, tweede volzin MvO met betrekking tot het tweede lid, letter a, en het vierde lid van artikel 10 (Dividenden) van het Verdrag NL-US is een nadere invulling opgenomen van dit begrip. In het vervolg van deze paragraaf komt deze uitzondering dan ook aan de orde.

<sup>212</sup> Naar art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag en de daarop gebaseerde begripsbepalingen in belastingverdragen.

4, lid 7 en 8 Wet DB 1965.<sup>213</sup> Volgens de Staatssecretaris kan veeleer worden gezegd dat een dergelijke aanscherping past binnen de internationale tendens om fiscaal geïnduceerde transacties zonder reële economische substance tegen te gaan.<sup>214</sup> Art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 zou een internationaal aanvaardbare invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ bevatten<sup>215</sup> en zou niet door de bestaande Nederlandse belastingverdragen en onder het huidige OESO-commentaar terzijde geschoven kunnen worden.<sup>216</sup>

Zoals de Staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van de anti-dividendstrippingwetgeving terecht heeft gesteld blijkt uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 een economische interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’.<sup>217</sup> Deze wetgeving is namelijk gebaseerd op het principe dat het economische genot van het dividend in zijn geheel ten goede dient te komen aan de opbrengstgerechtigde.<sup>218</sup> Wanneer dit geheel of gedeeltelijk ten goede komt aan een andere persoon die zich in een minder gunstige dividendbelastingpositie bevindt,<sup>219</sup> wordt de opbrengstgerechtigde niet aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. Deze interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ volgt echter niet uit het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag. Uit dit OESO-Commentaar volgt slechts dat een doorstroomlichaam, evenals een zaakwaarnemer of lasthebber, niet kan worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde wanneer een dergelijk lichaam in de praktijk geen of zeer geringe beschikkingsmacht heeft over het dividend. Met andere woorden op basis van het OESO-Commentaar is de feitelijke beschikkingmacht in relatie tot het dividend het doorslaggevende criterium bij het aanwijzen van de uiteindelijk gerechtigde.<sup>220</sup> De economische interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ die volgt art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is hiermee in strijd. Immers wanneer er bijvoorbeeld door een tussengeschoven vennootschap als onderdeel van een dividendstrippingtransactie dividend wordt genoten en deze vennootschap een raad van bestuur heeft die zelfstandig optreedt,<sup>221</sup> kan niet worden gesteld dat deze vennootschap geen of geringe

---

<sup>213</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 5.

<sup>214</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 6.

<sup>215</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 5.

<sup>216</sup> Zie: NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 32 776, nr. 6, p. 6.

<sup>217</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 5.

<sup>218</sup> Vergelijk: de invulling van dit begrip die volgt uit het ‘Indofood-arrest’ opgenomen in § 4.3.

<sup>219</sup> En bovendien deze persoon het belang bij de aandelen direct of indirect behoudt of terugverkrijgt.

<sup>220</sup> Ik verwijs in dit verband graag naar de invulling van dit begrip die volgt uit het ‘marketmaker-arrest’ en het ‘Prévost Car-arrest’ in respectievelijk § 2.3 en § 4.3.

<sup>221</sup> Zonder dat er een contractuele doorbetalingsverplichting met betrekking tot dit dividend is overeengekomen met een andere partij. Hierbij speelt ook een rol dat, zoals in § 2.2 aan de orde is geweest, bij veel vormen van dividendstripping doorbetaling van het dividend door de ‘stripper’ aan een andere partij niet aan de orde is omdat

beschikkingsmacht heeft over dit dividend. Voor de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is dit echter irrelevant en wordt de tussengeschoven vennootschap niet aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde, met inhouding van dividendbelasting à 15% tot gevolg. Dit betekent dat naar art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag en de daarop gebaseerde begripsbepalingen in belastingverdragen de context van het belastingverdrag een andere uitleg van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ verlangt dan volgt uit de nationale wetgeving van Nederland.<sup>222</sup>

Wanneer naar § 10 van het OESO-Commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag en § 12 van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag één van de belangrijkste doelstellingen van belastingverdragen; het tegengaan van belastingontwijking, wordt meegewogen bij deze analyse geldt evenzeer dat niet tot een andere conclusie kan worden gekomen dan dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 niet verenigbaar is met dezelfde context. § 9.5 Van het OESO-Commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag schrijft namelijk voor dat: “9.5 ... it should not be lightly assumed that a taxpayer is entering into the type of abusive transactions referred to above. A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.” Deze passage uit het OESO-Commentaar maakt duidelijk dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 ook als nationaalrechtelijke antimisbruikbepaling niet verenigbaar is met de uitgangspunten die hiervoor zijn opgenomen in het OESO-Commentaar. In § 3.5 is namelijk aan de orde geweest dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geen ruimte biedt voor tegenbewijs in de situatie dat de motieven van de ‘stripper’ niet in overwegende mate gericht zijn op belastingontwijking; alle gevallen van dividendstripping dienen aan de hand van dit artikel te worden bestreden, ongeacht het oogmerk dat hieraan ten grondslag ligt. Dit is onverenigbaar met § 9.5 van het OESO-Commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag. Ofschoon het tegengaan van belastingontwijking tevens dient te worden meegewogen bij de interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in verdragsverband,<sup>223</sup> voldoet art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 ook als nationaalrechtelijke antimisbruikbepaling derhalve niet aan het

---

de partij die de dividendstrippingtransactie heeft geïnitieerd het voordeel van het dividend al op een andere wijze heeft genoten, bijvoorbeeld in de vorm van een transactieresultaat.

<sup>222</sup> Op basis van § 12 van het OESO-Commentaar bij art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag is de nationale wetgeving van de andere verdragsluitende Staat ook een relevant onderdeel van de context van het belastingverdrag.

Wanneer uit de nationale wetgeving van deze Staat een vergelijkbare betekenis volgt van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ als uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965, kan de uitkomst anders zijn.

<sup>223</sup> Zoals verwoord in § 12 van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag.

contextvereiste dat is opgenomen in art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag en de daarop gebaseerde begripsbepalingen in belastingverdragen. Wat betreft de legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot belastingverdragen die het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ bevatten in het dividendartikel en zijn overeengekomen vóór de inwerkingtreding van deze bepaling geldt dat er aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ een invulling is gegeven die in strijd is met de bedoeling van de verdragssluitende partijen. De dynamische interpretatie van een niet-gedefinieerde verdragsterm op basis van een nationaalrechtelijke, posterieure bepaling kan niet zo ver gaan dat het belastingverdrag, in strijd met de bedoeling van de verdragssluitende partijen, deels buiten werking wordt gesteld<sup>224</sup> en de bevoegdheid tot belastingheffing door een van de verdragsstaten eenzijdig wordt uitgebreid.<sup>225</sup> Naar § 13 OESO-Commentaar bij art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag kan het belastingverdrag niet ‘partially inoperative’ worden gemaakt doordat één van de verdragsstaten de uitleg van een niet-gedefinieerde verdragsterm wijzigt. Contrair aan hetgeen de Staatssecretaris hierover heeft gesteld tijdens de parlementaire behandeling van de anti-dividendstrippingwetgeving<sup>226</sup> is dit met de introductie van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 wel gebeurd. Doorwerking van deze bepaling is in dit verband illegitiem en in strijd met de goede trouw die op basis van art. 26 en 31, lid 1 Verdrag van Wenen bij de uitvoering en uitleg van verdragen in acht dient te worden genomen jegens de verdragspartners.<sup>227 228 229</sup> Zonder heronderhandeling van deze belastingverdragen waarbij er wordt overeengekomen tot een nadere invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’,<sup>230</sup> dan wel tot het invoeren van een verdragsbepaling waarmee de doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 wordt zeker gesteld, wordt het toepassingsbereik van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 op basis van art. 94 Gw in dit verband beperkt.

---

<sup>224</sup> Vergelijk: de arresten van de Hoge Raad van 5 september 2003, BNB 2003/379 en BNB 2003/381.

<sup>225</sup> De opbrengstgerechtigde wordt immers naar art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geconfronteerd met de heffing van dividendbelasting tegen een tarief à 15% en heeft geen recht op de reductie die volgt uit belastingverdrag.

<sup>226</sup> Zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 6.

<sup>227</sup> En schaaft derhalve het pacta sunt servanda-beginsel.

<sup>228</sup> Zie ook: Kemmeren 2008 en de Gunst & Weststrate 2001.

<sup>229</sup> De Staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling van de anti-dividendstrippingwetgeving het standpunt ingenomen dat er niet kan worden gesproken van een inbreuk op de goede trouw die jegens de verdragspartners in acht dient te worden genomen, zie: MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 6.

<sup>230</sup> Mogelijk in een aanvullend protocol bij een dergelijk belastingverdrag.

## § VI, tweede volzin MvO bij het Verdrag NL-US

Het MvO bij het Verdrag NL-US bevat een specifieke bepaling met betrekking tot de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ bij securities lending. Het MvO behelst een door de verdragsluitende partijen overeengekomen nadere uitleg van het Verdrag NL-US en is de belangrijkste bron bij de interpretatie van dit belastingverdrag.<sup>231</sup> § VI, tweede volzin MvO<sup>232</sup> bij het Verdrag NL-US luidt als volgt: “Bovendien is het wel te verstaan, dat ingeval een persoon aandelen (of andere rechten waarvan de voordelen voor de belastingheffing op dezelfde wijze worden behandeld als inkomsten uit aandelen) uitleent, waarbij de lener zich verplicht tot het betalen van een bedrag gelijk aan enig uitgekeerd dividend ten aanzien van de aandelen of andere uitgeleende rechten gedurende de looptijd van die lening, zulk een persoon met het oog op de toepassing van art. 10 (Dividenden) voor elk zodanig bedrag wordt behandeld als de uiteindelijk gerechtigde van de betaalde dividenden ten aanzien van zulke aandelen of andere rechten.”<sup>233</sup> Het Verdrag NL-US is het enige belastingverdrag dat door Nederland is overeengekomen vóór de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 waarvoor geldt dat er een nadere invulling is gegeven aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’. Dit maakt het Verdrag NL-US in dit opzicht uniek.

Volgens de Staatssecretaris volgt uit de hiervoor weergegeven paragraaf van het MvO bij het Verdrag NL-US dat de persoon die tijdelijk zijn aandelen heeft uitgeleend en een dividendvervangende betaling ontvangt als de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend wordt aangemerkt en niet degene die de aandelen heeft ingeleend.<sup>234</sup> Deze interpretatie staat

---

<sup>231</sup> Zie: Hof Amsterdam 16 juli 2005, nr 01/2499, V-N 2006/13.7 en MvA, Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 5, p. 6. Daarmee is het MvO ook het belangrijkste onderdeel van de context van dit belastingverdrag in de zin van art. 3, lid 2 Verdrag NL-US.

<sup>232</sup> Met betrekking tot het tweede lid, letter a, en het vierde lid van artikel 10 (Dividenden).

<sup>233</sup> Zie voor een uitgebreide analyse van de Amerikaanse interpretatie van deze paragraaf: van IJlzinga Veenstra 1995.

<sup>234</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 3, p. 22 en MvA, Kamerstukken II 1992/93, 23 220, Bijlage I, p. 28. Van Weeghel is bereid bij een welwillende lezing deze interpretatie te aanvaarden, ook al is de formulering van de paragraaf volgens hem niet ondubbelzinnig, zie: van Weeghel 1993. Echter van IJlzinga Veenstra ziet de Amerikaanse interpretatie van de paragraaf als de juiste. Deze interpretatie houdt in dat uit § VI, tweede volzin MvO bij het Verdrag NL-US volgt dat de bronstaat van de dividendvervangende betaling het recht heeft deze betaling overeenkomstig art. 10 Verdrag NL-US te onderwerpen aan een bronheffing, zie: van IJlzinga Veenstra 1995. Uit het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M volgt dat de door een (Nederlandse) inlener verrichte dividendvervangende betaling niet valt onder de opbrengst van aandelen naar art. 1, lid 1 Wet DB 1965. Dit betekent dat op deze betaling geen dividendbelasting behoeft te worden ingehouden. In specifieke situaties, zoals onder het Verdrag NL-US, geldt wel dat de door een (Nederlandse) uitlener ontvangen dividendvervangende betaling wordt aangemerkt als dividend in de zin van art. 10, lid 3 OESO-Modelverdrag. Dit betekent dat Nederland ingevolge art. 25, lid 3, Verdrag NL-US verrekening dient te verlenen voor de ingehouden Amerikaanse bronheffing. Vergelijk: de uitspraak van het Hof Amsterdam 16 juli 2005, nr 01/2499, V-N 2006/13.7, waarbij het Hof Amsterdam (met betrekking tot een casus over de verrekening van

lijnrecht tegenover de door de Staatssecretaris gewenste uitwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965.<sup>235</sup> <sup>236</sup> Wanneer er namelijk aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap worden uitgeleend door een Amerikaanse aandeelhouder, waarvoor geldt dat de ingehouden Nederlandse bronheffing naar art. 10, lid 2, onderdeel a Verdrag NL-US 5% van het op deze aandelen ontvangen bruto-dividend niet mag overschrijden, aan een Nederlandse inlener, die bijvoorbeeld een beroep doet op de inhoudingsvrijstelling naar art. 4, lid 1, onderdeel a Wet DB 1965, betekent deze uitwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 dat de Nederlandse inlener niet wordt aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde tot het dividend. Dit heeft tot gevolg dat er dividendbelasting dient te worden ingehouden tegen een tarief à 15%. Er wordt dan geen rekening gehouden met het recht op vermindering van de Amerikaanse uitlener, terwijl deze persoon naar § VI, tweede volzin MvO bij het Verdrag NL-US wel als uiteindelijk gerechtigde dient te worden aangemerkt. Als de Nederlandse interpretatie van deze paragraaf van het MvO bij het Verdrag NL-US als leidend wordt beschouwd, geldt derhalve dat er aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ met art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 een invulling is gegeven die hiermee in strijd is. Naar art. 3, lid 2 Verdrag NL-US verlangt de context van dit belastingverdrag een andere invulling van dit begrip.<sup>237</sup> Dit maakt dat doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 ook in dit verband illegitiem is.

### *De legitimiteit van de additionele heffing*

Uit het hiervoor beschreven voorbeeld van de uitwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 bij securities lending, evenals § 3.6, volgt dat wanneer de opbrengstgerechtigde op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 niet wordt aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde er dividendbelasting dient te worden ingehouden tegen een tarief à 15%. Er wordt in dat geval geen rekening gehouden met de belastingbesparing die in het geding is, waardoor er een additionele heffing kan resteren. De uiteindelijk gerechtigde die gevestigd is in een andere

---

Amerikaanse bronheffing door een Nederlandse uitlener) de Nederlandse interpretatie van § VI, tweede volzin MvO bij het Verdrag NL-US als leidend heeft beschouwd. Zie voor een analyse van deze uitspraak in het licht van de uitwerking van de Wet DB 1965 en Wet VPB 1969: Smits 2007.

<sup>235</sup> Zie ook: Eenhorst & van IJlzinga Veenstra 2003.

<sup>236</sup> Uit § 3.4 volgt dat de toepassing van de anti-dividendstrippingwetgeving bij securities lending op zijn minst zeer onzeker is. De Staatssecretaris heeft securities lending tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor de anti-dividendstrippingwetgeving wel als voorbeeld van het te bestrijden dividendstripping naar voren gebracht, zie: MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 2.

<sup>237</sup> In afwijking van art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag biedt art. 3, lid 2 Verdrag NL-US aan de verdragsluitende partijen de mogelijkheid om op basis van onderling overleg (naar art. 29 Verdrag NL-US) tot een gemeenschappelijke betekenis van ongedefinieerde verdragstermen te komen. Dit is tot op heden met betrekking tot het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ bij mijn weten niet gebeurd.

verdragsstaat dan de opbrengstgerechtigde kan geen beroep doen op de vermindering die volgt uit het belastingverdrag dat is overeengekomen tussen Nederland en het vestigingsland van de uiteindelijk gerechtigde. Volgens de Staatssecretaris is dit in overeenstemming met de systematiek die in belastingverdragen wordt gehanteerd, omdat daarin wordt bepaald dat: “dividendbelasting in mag worden gehouden in de Staat van het dividenduitkerende lichaam en dat vervolgens het percentage verlaagd wordt indien *de genierter van het dividend tevens de uiteindelijk gerechtigde is* (cursivering, SP).”<sup>238</sup>

Deze interpretatie is echter niet juist. Sinds 1995 bevat art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag de volgende tekst: “...., but if *the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State* (cursivering, SP), the tax so charged shall not exceed...”. Tot 1995 luidde het gecursiveerde gedeelte: “the recipient is the beneficial owner of the dividends”. Voor belastingverdragen die zijn gebaseerd op het OESO-Modelverdrag van 1995 of later<sup>239</sup> geldt dat het hiervoor weergegeven standpunt van de Staatssecretaris overduidelijk onverenigbaar is met de verdragstekst.<sup>240</sup> Wanneer de uiteindelijk gerechtigde is gevestigd in de andere verdragsstaat wordt het heffingsrecht van Nederland over dividenden op basis van deze belastingverdragen beperkt; ongeacht de vestigingsplaats van de opbrengstgerechtigde en het antwoord op de vraag of de opbrengstgerechtigde en uiteindelijk gerechtigde dezelfde persoon zijn. Het maakt hierbij niet uit of de opbrengstgerechtigde is gevestigd in één van de verdragsstaten of een derde Staat.<sup>241</sup>

Het standpunt van de Staatssecretaris dat de uitwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in overeenstemming is met de systematiek die in belastingverdragen wordt gehanteerd lijkt te zijn gebaseerd op de tekst van het OESO-Modelverdrag van vóór de hiervoor beschreven wijziging in 1995. Bij oppervlakkige lezing lijkt het er ook op alsof uit deze tekst blijkt dat het heffingsrecht van de bronstaat van het dividend alleen wordt beperkt wanneer de opbrengstgerechtigde tot het dividend tevens de uiteindelijk gerechtigde is. Maar sinds de introductie van het begrip ‘beneficial owner’ in het OESO-Modelverdrag in 1977 volgde al uit het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag dat in het kader van de

---

<sup>238</sup> Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B, p. 4. In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 heeft de Staatssecretaris dit standpunt herhaalt, zie: Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 46.

<sup>239</sup> Dit geldt derhalve ook voor belastingverdragen die zijn overeengekomen na de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965.

<sup>240</sup> Zie ook: Pijl 2003.

<sup>241</sup> In 2003 is § 12.2 van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag gewijzigd om dit te verduidelijken.

bepanking van het heffingsrecht van de bronstaat van het dividend een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de uiteindelijk gerechtigde en opbrengstgerechtigde. § 12 Van het OESO-Commentaar (1977) bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag luidde namelijk als volgt: “Under paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, *unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State* (cursivering, SP). States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.” Dit onderdeel van het OESO-Commentaar (1977) maakt duidelijk dat uit art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag (1977) volgt dat de opbrengstgerechtigde niet gelijk aan de uiteindelijk gerechtigde hoeft te zijn; wanneer de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is gevestigd in de andere verdragsstaat wordt het heffingsrecht van de bronstaat van het dividend beperkt. In 1995 is art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag gewijzigd om dit te verduidelijken.<sup>242</sup> Voor belastingverdragen die zijn gebaseerd op art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag (1977) geldt dat de gezamenlijke bedoeling van de verdragsluitende partijen, die blijkt uit het OESO-Commentaar, een andere uitleg verlangt van de systematiek die in belastingverdragen wordt gehanteerd dan de Staatssecretaris voorstaat. Het feit dat er op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geen rekening wordt gehouden met de belastingbesparing die in het geding is, waardoor de uiteindelijk gerechtigde die gevestigd is in een andere verdragsstaat dan de opbrengstgerechtigde geen beroep kan doen op de vermindering die volgt uit het belastingverdrag dat is overeengekomen tussen Nederland en het vestigingsland van de uiteindelijk gerechtigde, is derhalve niet alleen illegitiem in relatie tot de op het OESO-Modelverdrag gebaseerde belastingverdragen die door Nederland zijn overeengekomen na 1995.<sup>243</sup> Voor belastingverdragen die zijn overeengekomen vóór 1995 geldt hetzelfde; de additionele heffing die als gevolg van de uitwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 kan resteren, maakt dat dit artikel onverenigbaar is met deze belastingverdragen.

---

<sup>242</sup> Zie: § 12 van het OESO-Commentaar (1995) bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag en het huidige § 12.2 van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag.

<sup>243</sup> Een voorbeeld van een belastingverdrag dat de tekst bevat die sinds 1995 in art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag is opgenomen en is overeengekomen vóór de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is het Verdrag NL-PT.



*De legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot belastingverdragen die zijn overeengekomen na de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965*

Voor bijna alle belastingverdragen die zijn overeengekomen na de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geldt dat er geen definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in het belastingverdrag of in het protocol bij het belastingverdrag is opgenomen en dat er geen aandacht is besteed aan dit begrip in bijvoorbeeld een gezamenlijk opgestelde toelichtende nota of MvO bij het belastingverdrag.<sup>244</sup> Dit betekent dat voor het antwoord op de vraag of de betekenis van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ die voortvloeit uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 verenigbaar is met deze belastingverdragen wederom moet worden aangesloten bij de dynamische interpretatiemethode die bepalend is bij de uitleg van niet-gedefinieerde verdragstermen.<sup>245</sup> Voor belastingverdragen die zijn overeengekomen na de inwerkingtreding van deze bepaling geldt echter dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 onderdeel is van de context van het belastingverdrag. Tot de context van een belastingverdrag dient namelijk ook de relevante nationale wetgeving van beider verdragsstaten ten tijde van de verdragsluiting te worden gerekend.<sup>246</sup> Met die wetgeving hebben de verdragsluitende partijen rekening gehouden respectievelijk kunnen houden bij het sluiten van het belastingverdrag;<sup>247</sup> er is in

---

<sup>244</sup> De uitzonderingen vormen het Verdrag NL-JP en het Verdrag NL-BE. In § 2 van de notawisseling bij het Verdrag NL-JP is namelijk opgenomen dat voor de toepassing van het dividendartikel van dit belastingverdrag het begrip ‘beneficial owner’ dient te worden geïnterpreteerd in lijn met de betekenis die het OESO-Commentaar hieraan toekent. Aangezien de betekenis van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ die voortvloeit uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 onverenigbaar is met de betekenis die het OESO-Commentaar aan het begrip ‘beneficial owner’ toekent, is doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in dit verband in principe illegitiem. De Staatssecretaris is in dit verband een andere mening toegedaan, zie: NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 32 776, nr. 6, p. 11. Op basis van art. 10, lid 9 Verdrag NL-JP is er evenwel, in zeer specifieke situaties, wellicht ruimte voor de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965. Naar art. 10, lid 9 Verdrag NL-JP wordt de opbrengstgerechtigde die dividend ontvangt op preferente aandelen of andere soortgelijke belangen namelijk niet als beneficial owner van de ontvangen dividenden aangemerkt, indien deze als tussengeschoven vennootschap moet worden gekwalificeerd. Dit is het geval indien het preferente of soortgelijke belang niet zou zijn gevormd zonder dat een inwoner van een derde Staat, die niet gerechtigd is tot ten minste even gunstige verdragsvoordelen met betrekking tot het dividend, een gelijkwaardig preferent of soortgelijk belang houdt in de tussengeschoven vennootschap. Blijkens de Technical Explanation (opgesteld door de US Department of Treasury) bij het Verdrag US-JP, waarin dezelfde bepaling is opgenomen heeft Japan op deze wijze willen zekerstellen dat het kan voorkomen dat inwoners van derde Staten misbruik zouden kunnen maken van de voordelen van het belastingverdrag in bepaalde zeer specifieke situaties, zie ook: Hofland & Pötgens 2011/1 en van der Vijver 2010. Art. 10, lid 9 Verdrag NL-JP is op verzoek van Japan in dit belastingverdrag opgenomen, zie: NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 32 776, nr. 6, p. 4. Wat betreft het Verdrag NL-BE geldt dat er in de gezamenlijk opgestelde artikelsgewijze toelichting is opgenomen dat België en Nederland het erover eens zijn dat zij onder het belastingverdrag de anti-ontgaansmaatregelen kunnen toepassen die zij in hun respectievelijke nationale belastingwetgeving hebben getroffen om dividendstripping te voorkomen, zie: MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 3, p. 31. Daarmee heeft Nederland de doorwerking van de anti-dividendstrippingwetgeving in dit verband zeker gesteld. Tijdens de verdragsonderhandelingen is de problematiek van dividendstripping ook expliciet aan de orde geweest, zie: NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 6, p. 27.

<sup>245</sup> Naar art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag en de daarop gebaseerde begripsbepalingen in belastingverdragen.

<sup>246</sup> Zie ook: de bijlage bij de conclusie van A-G Wattel, opgenomen in BNB 2003/379 en Vogel e.a. 1997, p.215.

<sup>247</sup> Zie ook: de bijlage bij de conclusie van A-G Wattel, opgenomen in BNB 2003/379.

dat geval geen sprake van posterieure nationale wetgeving. Mits uit bijvoorbeeld het protocol of een MvO bij het belastingverdrag niets anders blijkt, hebben de verdragsstaten de gevolgen van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geaccepteerd. Dit betekent dat met betrekking tot deze belastingverdragen een afweging dient te worden gemaakt of dit zwaarder weegt dan het feit dat er aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 een invulling is gegeven die in strijd is met het OESO-Commentaar. Hier ligt een schone taak weggelegd voor de Hoge Raad.

#### **§ 4.5 De legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot belastingverdragen waarin het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ ontbreekt als onderdeel van het dividendartikel**

Het begrip ‘beneficial owner’ is in 1977 in het OESO-Modelverdrag geïntroduceerd. Dit betekent dat belastingverdragen die gebaseerd zijn op het OESO-Modelverdrag (1963) dit begrip niet bevatten. Ook zijn er belastingverdragen door Nederland overeengekomen die geheel of gedeeltelijk afwijken van het OESO-Modelverdrag. Voor deze belastingverdragen geldt eveneens dat het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ hierin mogelijk niet is opgenomen (als onderdeel van het dividendartikel). Per 1 januari 2013 zijn er nog 17<sup>248</sup> door Nederland overeengekomen belastingverdragen van kracht waarvoor geldt dat het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ ontbreekt als onderdeel van het dividendartikel. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel met betrekking tot art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 heeft de Staatssecretaris in dit kader het volgende gesteld: “Wat betreft de werking van de voorgestelde maatregel in internationaal verband zij het volgende opgemerkt. In de belastingverdragen die de uitdrukking «uiteindelijk gerechtigde» hanteren kan de voorgestelde maatregel worden toegepast, omdat de uitdrukking volgens de nationale betekenis daarvan moet worden uitgelegd. In de oudere belastingverdragen komt deze uitdrukking echter niet voor. Ik neem daarbij echter het standpunt in dat – omdat impliciet de notie daarin wel aanwezig is – de aanspraak op toepassing van de desbetreffende verdragsbepalingen tot de uiteindelijk gerechtigde beperkt is.”<sup>249</sup> Volgens de Staatssecretaris verzet het feit dat het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ niet in een belastingverdrag is

---

<sup>248</sup> Dit betreft de volgende belastingverdragen: Verdrag NL-AT, Verdrag NL-CZ, Verdrag NL-DE (1959), Verdrag NL-ES, Verdrag NL-FR, Verdrag NL-IE, Verdrag NL-KR, Verdrag NL-LU, Verdrag NL-MW, Verdrag NL-SG, Verdrag NL-SK, Verdrag NL-SR, Verdrag NL-SU, Verdrag NL-TH, Verdrag NL-TR, Verdrag NL-YU en Verdrag NL-ZM.

<sup>249</sup> Zie: MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 2-3.

opgenomen zich niet tegen doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot het desbetreffende belastingverdrag.

Op basis van art. 26 Verdrag van Wenen moeten alle in werking getreden verdragen door de verdragsluitende partijen te goeder trouw ten uitvoer worden gelegd<sup>250</sup> en art. 31, lid 1 Verdrag van Wenen benadrukt dat een verdrag te goeder trouw dient te worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.<sup>251</sup> Er dient bij de uitleg van een belastingverdrag derhalve niet alleen rekening te worden gehouden met de context van het belastingverdrag, maar ook met de goede trouw die jegens de verdragspartner verschuldigd is.<sup>252</sup> Zoals in § 4.2 aan de orde is geweest is het begrip ‘beneficial owner’ in 1977 in het OESO-Modelverdrag geïntroduceerd als een nieuw element. Uit het OESO-Commentaar (1977) volgt niet dat het slechts ging om een verduidelijking van de tekst van het OESO-Modelverdrag (1963). Voor belastingverdragen die zijn gemodelleerd naar het OESO-Modelverdrag (1963) geldt derhalve dat er geen aanwijzing gevonden kan worden dat de notie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ hierin was opgenomen. Voor door Nederland overeengekomen belastingverdragen die geheel of gedeeltelijk afwijken van het OESO-Modelverdrag geldt dat er ook geen gezamenlijke toelichtende nota’s of MvO’s zijn opgesteld waaruit zou blijken dat de verdragsluitende partijen de notie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ impliciet in het belastingverdrag aanwezig achten.<sup>253</sup> Doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 zou betekenen dat de aanspraak op vrijstelling, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting van een in de andere verdragsstaat gevestigde opbrengstgerechtigde mogelijk beperkt wordt, zonder dat de verdragsluitende partijen dit in dit verband voor ogen hebben gehad bij het overeenkomen van het belastingverdrag. Omdat noch het belastingverdrag, noch de toelichting aanwijzingen bevatten dat de aanspraak op dergelijke verdragsvoordelen slechts tot de uiteindelijk gerechtigde beperkt zou moeten worden, is doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in strijd met de goede trouw die op basis van art. 26 en 31, lid 1 Verdrag van Wenen bij de uitvoering en uitleg van verdragen in acht dient te worden genomen jegens de verdragspartners.<sup>254</sup> <sup>255</sup> Dit betekent dat doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in

---

<sup>250</sup> Dit staat ook wel bekend als het pacta sunt servanda-beginsel.

<sup>251</sup> Zie: noot 130.

<sup>252</sup> Zie: noot 132.

<sup>253</sup> Laat staan van de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ die volgt uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965.

<sup>254</sup> En schaaft derhalve het pacta sunt servanda-beginsel.

<sup>255</sup> Zie ook: Pijl 2003 en de Gunst & Weststrate 2001.

relatie tot belastingverdragen waarin het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ ontbreekt als onderdeel van het dividendartikel illegitiem is.<sup>256</sup>

#### **§ 4.6 Art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in het licht van antimisbruikbepalingen in belastingverdragen**

In steeds meer door Nederland overeengekomen belastingverdragen worden één of meer bepalingen opgenomen op grond waarvan verdragsvoordelen kunnen worden geweigerd. Dit geldt bijvoorbeeld voor de belastingverdragen met het Verenigd Koninkrijk (2008),<sup>257</sup> Zwitserland (2010),<sup>258</sup> Hongkong (2010),<sup>259</sup> Japan (2010),<sup>260</sup> Panama (2010)<sup>261</sup> en het nog niet in werking getreden belastingverdrag met Duitsland (2012).<sup>262</sup> Volgens de Staatssecretaris

---

<sup>256</sup> Zie: noot 227.

<sup>257</sup> Art. 10, lid 3, art. 11 lid 5, art. 12 lid 5 en art. 20, lid 4 Verdrag NL-UK. Net als bij de totstandkoming van het Verdrag NL-UK (1980), hechte het Verenigd Koninkrijk grote waarde aan het opnemen van voldoende antimisbruikmaatregelen in het huidige belastingverdrag, zie: MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 145, nr. 3, p. 18. Zie voor een uitgebreide analyse van het Verdrag NL-UK: Hellebrekers & van der Wal 2011 en Hellebrekers & van der Wal 2010.

<sup>258</sup> Art. VIII van het protocol behorende bij het Verdrag NL-CH. Omdat het Verdrag NL-CH (1951) een antimisbruikbepaling bevatte, hechte Nederland eraan een dergelijke bepaling ook in het huidige belastingverdrag op te nemen. Het weglaten daarvan zou een verkeerd signaal kunnen afgeven, namelijk dat Nederland niet langer zou willen optreden tegen doorstroompraktijken. Zwitserland kon deze zienswijze beaamen, zie: MvT, Kamerstukken II 2010/11, 32 536, nr. 3, p. 13.

<sup>259</sup> Art. 10, lid 3 en art. 27 Verdrag NL-HK en art. VII van het protocol behorende bij het Verdrag NL-HK. Een belangrijke maatregel om oneigenlijk gebruik van voordelen die het Verdrag NL-HK biedt tegen te gaan, is de ‘limitations on benefits’-bepaling die is opgenomen in art. 10, lid 3 Verdrag NL-HK. Omdat Hongkong geen bronheffing kent op dividenden en Nederland wel, is het belang van het opnemen van de ‘limitations on benefits’-bepaling gelegen in de bescherming van het Nederlandse heffingsrecht, zie: Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, Staten-Generaal 2010/11, 32 881, A/ nr.1, p. 7.

<sup>260</sup> Art. 21 Verdrag NL-JP en art. 10 en 11 van het protocol behorende bij het Verdrag NL-JP. Art. 21 Verdrag NL-JP is op verzoek van Japan in dit belastingverdrag opgenomen, zie: NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 32 776, nr. 6, p. 4. Zie voor een uitgebreide analyse van deze bepalingen en de rest van het Verdrag NL-JP: Hofland & Pötgens 2011/2, Hofland & Pötgens 2011/1 en van der Vijver 2010.

<sup>261</sup> Art. 10, lid 3, 4 en 5 en art. 27 Verdrag NL-PA. Aangezien Panama een territoriaal belastingstelsel kent, hecht Panama sterk aan de mogelijkheid van het heffen van dividendbelasting om belastingopbrengsten te genereren. Panama was daarom zeer terughoudend met het overeenkomen van een vrijstelling van dividendbelasting voor deelnemingsdividenden, waar Nederland conform het Nederlandse verdragsbeleid om verzocht. Gezien het belang dat Panama hecht aan het faciliteren van Nederlandse investeringen in Panama was Panama uiteindelijk toch bereid overeen te komen dat onder voorwaarden deelnemingsdividenden worden vrijgesteld. Nederland kon instemmen met het opnemen van voorwaarden, omdat daarmee doorstroomsituaties tegengegaan kunnen worden. De voorwaarden zijn vormgegeven in de vorm van een aantal waarborgen. De belangrijkste waarborg is de ‘limitations on benefits’-bepaling die is opgenomen in art. 10, lid 3, 4 en 5 Verdrag NL-PA, zie: Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, Staten-Generaal 2010/11, 32 907, A/ nr.1, p. 4-5. Op verzoek van Nederland is met art. 27 Verdrag NL-PA een bepaling in dit belastingverdrag opgenomen die beoogt oneigenlijk gebruik van dit belastingverdrag tegen te gaan. Op basis van art. 27 Verdrag NL-PA zullen de bepalingen van dit belastingverdrag de verdragsluitende Staten er niet van weerhouden hun nationale wetgeving zo toe te passen dat misbruik wordt tegengegaan, zie: Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, Staten-Generaal 2010/11, 32 907, A/ nr.1, p. 27.

<sup>262</sup> Art. 23 Verdrag NL-DE (2012) en art. XV van het protocol behorende bij het Verdrag NL-DE (2012). Zie voor een uitgebreide analyse van deze bepalingen en de rest van het Verdrag NL-DE: Spierts 2012 en Stevens 2012.

hecht Nederland aan het voorkomen van verdragsmisbruik<sup>263</sup> en is daarom bereid verdragsvoordeelbeperkende bepalingen op te nemen indien Nederland en/of de verdragspartner gezien de interactie tussen de betrokken fiscale stelsels een risico op verdragsmisbruik ziet.<sup>264</sup> In onderdeel 2.20.2 van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 heeft de Staatssecretaris uiteengezet welke verschillende uitgangspunten een dergelijke bepaling kan hebben.<sup>265</sup> In de eerste plaats kan aangeknoopt worden bij de aard en activiteiten van de persoon die gerechtigd is tot een inkomstenbestanddeel. Voor een dergelijke ‘entity based’-bepaling wordt meestal gekozen uit een verzameling objectieve toetsingscriteria waaraan de persoon die de verdragsvoordelen krijgt toegekend dient te voldoen. De ‘limitations on benefits’-bepaling is het bekendste voorbeeld van een ‘entity based’-bepaling. In de tweede plaats kan gekozen worden voor een ‘transaction based’-bepaling. Bij een dergelijke bepaling ligt beoordeling van de transactie aan de hand van meer open normen voor de hand. De ‘main-purposetest’ is hiervan het bekendste voorbeeld. Een dergelijke test ontzegt toegang tot verdragsvoordelen ingeval een transactie is aangegaan, dan wel een juridische (bijvoorbeeld vennootschappelijke) relatie bestaat waarvan het hoofdzakelijke of één van de hoofdzakelijke doel(en) het verkrijgen van een verdragsvoordeel is.<sup>266 267</sup>

In het kader van de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 en het tegengaan van het ontgaan van dividendbelasting heeft de Staatssecretaris gesteld dat om gevallen van

---

<sup>263</sup> De Staatssecretaris definieert het begrip ‘verdragsmisbruik’ als het oneigenlijk gebruik maken van de regels van het belastingverdrag waardoor verdragsvoordelen kunnen worden verkregen door personen voor wie deze niet bedoeld zijn, zie: Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 25.

<sup>264</sup> Zie: Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 71.

<sup>265</sup> Zie: Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 70-71.

<sup>266</sup> Over de afwegingen die meespelen bij de vormgeving van antimisbruikbepalingen in belastingverdragen die door Nederland worden overeengekomen heeft de Staatssecretaris het volgende gesteld: “Of het risico van verdragsmisbruik zich voordoet, heeft in belangrijke mate te maken met de interactie tussen de stelsels van de betrokken landen. Daarmee heeft de belastingwetgeving van het andere land per definitie invloed op de vormgeving van een anti-misbruikbepaling. In relatie tot een land met bijvoorbeeld een territoriaal stelsel ligt verdragsmisbruik ten nadele van Nederland op de loer. Immers, uit Nederland afkomstige inkomensbestanddelen worden in een dergelijk land niet belast. In dat geval liggen breed werkende anti-misbruikmaatregelen voor de hand. Ook spelen economische betrekkingen een rol. In het bijzonder bij het formuleren van objectieve aanknopingsfactoren kan gekeken worden naar de aard van de investeringen over en weer. Zijn bijvoorbeeld in Nederland veel regionale hoofdkantoren van concerns uit de andere verdragsstaat actief, dan is het voor Nederland belangrijk om voor dergelijke groepen belastingplichtigen rechtszekerheid te creëren bij de vormgeving van anti-misbruikbepalingen. De vormgeving van de anti-misbruikbepaling kan ook worden ingegeven door een combinatie van de economische betrekkingen en het (fiscale) kennisniveau van de betrokken onderhandelingspartner. In geval de betrokken onderhandelingspartner beperkte fiscale kennis heeft, kan het opnemen van een uitgebreide anti-misbruikbepaling met uiteenlopende testen een hoge drempel opwerpen voor om overeenstemming over een verdrag te bereiken en vervolgens tot ratificatie van het verdrag te komen”, zie: Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken I 2010/11, 25 087, B, p. 13-14.

<sup>267</sup> Zie voor een uitgebreide analyse van de invulling en uitwerking van antimisbruikbepalingen in belastingverdragen: Bender 2011 en de Graaf 2007.

verdragsmisbruik tegen te gaan die niet door het vereiste van uiteindelijk gerechtigdheid worden belet, Nederland tijdens de verdragsonderhandelingen een daartegen gerichte bepaling in het belastingverdrag zal voorstellen. Dit zal met name het geval zijn wanneer het verdragsonderhandelingen betreft met laagbelastende Staten en Staten die een territoriaal belastingstelsel kennen.<sup>268</sup> In § 9.6, 20 en 21.4 van het OESO-Commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag en § 17 en 22 van het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag wordt expliciet verwezen naar de mogelijkheid die verdragsluitende Staten hebben om verdragsmisbruik met specifieke, aanvullende bepalingen tegen te gaan.<sup>269</sup> Door het opnemen van dergelijke bepalingen in belastingverdragen kunnen fiscaal geïndiceerde transacties zonder reële economische substance worden bestreden. Zoals in § 4.4 en § 4.5 uiteengezet is, is de betekenis van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in verdragsverband beperkt tot het ontzeggen van een verdragsvoordeel aan personen die geen of zeer geringe beschikkingmacht hebben in relatie tot het ontvangen inkomen. De verregaande economische interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’, die volgt uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965, met als achtergrond de toekenning van verdragsvoordelen te beperken tot de persoon voor wie deze verdragsvoordelen bedoeld zouden moeten zijn, is hiermee in strijd. Hiervoor zijn namelijk voornoemde verdragsvoordeelbeperkende bepalingen als een ‘limitations on benefits’-bepaling of ‘main-purposetest’ het aangewezen instrument. De gesignaleerde trend dat dergelijke bepalingen steeds vaker door Nederland worden voorgesteld tijdens verdragsonderhandelingen met andere Staten, kan een indicatie zijn voor het feit dat de Staatssecretaris hier in de loop van de jaren ook steeds meer van overtuigd is geraakt.

#### **§ 4.7 De legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot de Belastingregeling voor het Koninkrijk**

In de voorgaande paragrafen is de legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot de door Nederland overeengekomen belastingverdragen aan de orde geweest. Vergelijkbare problematiek speelt bij de toepassing van de maatregelen ter vermijding van dubbele belasting binnen het Koninkrijk. Deze maatregelen zijn in de vorm van een Rijkswet opgenomen in de BRK. In § 4.1 is uiteengezet dat het toepassingsbereik van bepalingen die zijn opgenomen in

---

<sup>268</sup> Zie: Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken I 2010/11, 25 087, B, p. 46.

<sup>269</sup> Een ‘limitations on benefits’-bepaling en een ‘main-purposetest’ worden in dit verband als voorbeelden beschreven van dergelijke bepalingen.

de Wet DB 1965 (en andere nationale wettelijke voorschriften) beperkt wordt als deze bepalingen niet verenigbaar zijn met de BRK.

*Art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in het licht van art. 35a BRK*

Evenals voor een beperkt deel van de door Nederland overeengekomen belastingverdragen geldt er voor de BRK dat het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ hierin ontbreekt. In art. 35a BRK is per 1 januari 1997 wel een algemene antimisbruikbepaling opgenomen. Op grond van dit artikel vormen de bepalingen van deze Rijkswet geen beletsel voor de toepassing van de in het belastingrecht van elk van de landen van het Koninkrijk besloten liggende instrumenten ter bestrijding van fraude, misbruik en oneigenlijk gebruik. Of dit artikel ruimte biedt voor de doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is afhankelijk van de beantwoording van de vraag of deze bepaling kan worden beschouwd als een instrument ter bestrijding van fraude, misbruik of oneigenlijk gebruik.<sup>270</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van art. 35a BRK heeft de Staatssecretaris het volgende gesteld: “De onderhavige bepaling strekt ertoe uitdrukkelijk in de Belastingregeling voor het Koninkrijk vast te leggen dat handelingen die onder het nationale belastingrecht van de landen van het Koninkrijk met behulp van leerstukken zoals *fraus legis* (dan wel artikel 31 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de zogenoemde Richtige Heffing; thans in de uitvoeringssfeer beleidsmatig niet meer toegepast) kunnen worden bestreden, ook onder de Belastingregeling voor het Koninkrijk kunnen worden bestreden.”<sup>271</sup> Aldus lijkt art. 35a BRK niet meer dan een codificatie van het per 1 januari 1997 bestaande beleid en de per 1 januari 1997 bestaande jurisprudentie op het gebied van *fraus legis*.<sup>272</sup> “Dat neemt echter niet weg dat de reikwijdte van artikel 35a (BRK, SP) zo ruim is dat ook de *beneficial owner*-voorwaarde, een uitwerking van de zogenoemde fiscaalrechtelijke waardering van de feiten, daaronder valt te begrijpen.”<sup>273</sup> Doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 zou betekenen dat de aanspraak op vrijstelling, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting van een in een ander land van het Koninkrijk gevestigde opbrengstgerechtigde beperkt wordt wanneer deze opbrengstgerechtigde niet wordt aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. De hiervoor geciteerde passage uit de parlementaire behandeling van art. 35a BRK is een belangrijke aanwijzing dat de aanspraak op dergelijke

---

<sup>270</sup> Zie ook: Marres & Wattel 2006, p. 131 en 187 en Brandsma 2002.

<sup>271</sup> MvT, Kamerstukken II 1995/1996, 24 583 (R 1564), nr. 3, p. 3.

<sup>272</sup> Zie ook: Selij 1997 en NnavV van de Staten van de Nederlandse Antillen, Kamerstukken II 1995/1996, 24 583 (R 1564), nr. 7, p.1.

<sup>273</sup> NMvA, Kamerstukken I 1995/96, 24 583 (R 1564), nr. 26c, p. 2.

voordelen van de BRK slechts tot de uiteindelijk gerechtigde beperkt zou moeten worden. Aangezien de Staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van een Rijkswet optreedt als Rijkswetgever kan er in dit verband in principe geen discrepantie bestaan tussen hetgeen de verschillende landen die onderdeel uitmaken van het Koninkrijk met art. 35a BRK voor ogen hebben gehad bij het opnemen van dit artikel in de BRK. Dit betekent dat als gevolg van de ruime werking van art. 35a BRK, de BRK het toepassingsbereik van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in Koninkrijksverband niet beperkt. In relatie tot de BRK is het vereiste van uiteindelijk gerechtigdheid aan te merken als een instrument ter bestrijding van fraude, misbruik of oneigenlijk gebruik.

#### **§ 4.8 Conclusie**

Omdat dividendstripping vooral aantrekkelijk is voor buitenlandse aandeelhouders van in Nederland gevestigde vennootschappen is in dit hoofdstuk een antwoord geformuleerd op de volgende vraag: *Is art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 legitiem in relatie tot de door Nederland overeengekomen belastingverdragen en de BRK?* Het antwoord op deze vraag maakt duidelijk in hoeverre het toepassingsbereik van de anti-dividendstrippingwetgeving wordt beperkt door belastingverdragen, dan wel de BRK. Wanneer art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 onverenigbaar is met het belastingverdrag dat is overeengekomen met het land van vestiging van de opbrengstgerechtigde, dan wel de BRK, kan deze opbrengstgerechtigde niet worden tegengeworpen dat hij op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geen recht heeft op de voordelen die volgen uit het belastingverdrag of de BRK. Dit zou betekenen dat de bestrijding van dividendstripping op basis van de anti-dividendstrippingwetgeving in dit verband illegitiem is en dat derhalve het toepassingsbereik van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 wordt beperkt.

Een groot deel van de door Nederland overeengekomen verdragsteksten van belastingverdragen zijn gebaseerd op het OESO-Modelverdrag. Voor zover Nederland in zijn belastingverdragen gebruik maakt van bepalingen uit het OESO-Modelverdrag, vormt het OESO-Commentaar ook richtsnoer bij de uitleg van die bepalingen. In art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag is opgenomen dat het heffingsrecht van de bronstaat over het dividend dat wordt uitgekeerd door een lichaam dat inwoner is van deze Staat, alleen wordt beperkt als de persoon die een beroep doet op het belastingverdrag de beneficial owner (uiteindelijk gerechtigde) is tot het dividend. Het OESO-Modelverdrag bevat echter geen definitie van



deze verdragsterm. Art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag schrijft voor dat de nationaalrechtelijke betekenis, die geldt in de verdragsstaat op het moment dat het belastingverdrag door die Staat wordt toegepast, leidend is bij de uitleg van een niet-gedefinieerde verdragsterm, mits de context van het belastingverdrag niet anders verlangd. De context van het belastingverdrag wordt in het bijzonder bepaald door de bedoeling van de verdragsluitende partijen op het moment van het overeenkomen van het belastingverdrag. Bij de dynamische interpretatiemethode die art. 3, lid 2 OESO-Modelverdrag voorschrijft behoort op basis van de verdragsinterpretatieregels die volgen uit het Verdrag van Wenen en jurisprudentie van de Hoge Raad wel rekening te worden gehouden worden met de goede trouw die jegens de verdragspartner verschuldigd is. Dit betekent dat de dynamische interpretatie van een niet-gedefinieerde verdragsterm op basis van een nationaalrechtelijke, posterieure bepaling niet zo ver kan gaan dat een belastingverdrag, in strijd met de bedoeling van de verdragsluitende partijen, deels buiten werking wordt gesteld en de bevoegdheid tot belastingheffing door een van de verdragsstaten eenzijdig wordt uitgebreid.

Mits het belastingverdrag is gebaseerd op het OESO-Modelverdrag en de context van het belastingverdrag niet anders verlangt, is het OESO-Commentaar onderdeel van de context van een concreet belastingverdrag en dient om deze reden te worden meegewogen bij de interpretatie hiervan. Uit het huidige OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag volgt dat een doorstroomlichaam, evenals een zaakwaarnemer of lasthebber, niet kan worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde wanneer een dergelijk lichaam in de praktijk geen of zeer geringe beschikkingsmacht heeft over het dividend. Met andere woorden op basis van het OESO-Commentaar is de feitelijke beschikkingmacht in relatie tot het dividend het doorslaggevende criterium bij het aanwijzen van de uiteindelijk gerechtigde. Sommige auteurs zien het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ als een internationaal verdragsconcept met een eigen internationale, contextuele betekenis. In de internationale jurisprudentie bestaat er echter geen consensus over de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in verdragsverband en de uitleg van het OESO-Commentaar dat betrekking heeft op dit begrip. Zowel het ‘Indofood’-arrest, als het ‘Prévost Car-arrest’ zijn in dit kader illustratief.

Geen van de belastingverdragen die door Nederland zijn overeengekomen vóór de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 bevat een definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’. De dynamische interpretatiemethode die bepalend is bij de uitleg

van een niet-gedefinieerde verdragsterm schrijft voor dat wijzigingen in de nationale wetgeving, die van kracht worden na ondertekening van het belastingverdrag, de uitleg van deze verdragsterm slechts beïnvloeden wanneer dit niet in strijd is met de context van het bewuste belastingverdrag. Uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 volgt een economische interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ met als achtergrond de toekenning van verdragsvoordelen te beperken tot de persoon voor wie deze verdragsvoordelen bedoeld zouden moeten zijn. Deze wetgeving is gebaseerd op het principe dat het economische genot van het dividend in zijn geheel ten goede dient te komen aan de opbrengstgerechtigde. Wanneer dit geheel of gedeeltelijk ten goede komt aan een andere persoon die zich in een minder gunstige dividendbelastingpositie bevindt en deze persoon bovendien het belang bij de aandelen direct of indirect behoudt of terugverkrijgt, wordt de opbrengstgerechtigde niet aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. Dit strookt niet met de hiervoor weergegeven invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ die volgt uit het OESO-Commentaar bij art. 10, lid 2 OESO-Modelverdrag. Wat betreft de legitimiteit van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in relatie tot belastingverdragen die het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ bevatten in het dividendartikel en zijn overeengekomen vóór de inwerkingtreding van deze bepaling geldt derhalve dat er aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ een invulling is gegeven die in strijd is met de bedoeling van de verdragsluitende partijen. Het feit dat er op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geen rekening wordt gehouden met de belastingbesparing die in het geding is, waardoor de uiteindelijk gerechtigde die gevestigd is in een andere verdragsstaat dan de opbrengstgerechtigde geen beroep kan doen op de vermindering die volgt uit het belastingverdrag dat is overeengekomen tussen Nederland en het vestigingsland van de uiteindelijk gerechtigde, draagt bij aan de onverenigbaarheid van deze bepaling met deze belastingverdragen. Doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is derhalve in dit verband illegitiem en in strijd met de goede trouw die bij de uitvoering en uitleg van verdragen in acht dient te worden genomen jegens de verdragspartners. De gesignaleerde trend dat specifieke verdragsvoordeelbeperkende bepalingen in belastingverdragen, zoals een ‘limitations on benefits’-bepaling of een ‘main-purposetest’, steeds vaker door Nederland worden voorgesteld tijdens verdragsonderhandelingen met andere Staten, kan een indicatie zijn voor het feit dat de Staatssecretaris in de loop van de jaren er ook steeds meer van overtuigd is geraakt dat zonder heronderhandeling van bestaande belastingverdragen de beperking van het toekennen van verdragsvoordelen tot de persoon voor wie deze verdragsvoordelen bedoeld zouden moeten zijn niet haalbaar is.

Voor belastingverdragen die zijn overeengekomen na de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geldt dat deze bepaling onderdeel is van de context van het belastingverdrag. Tot de context van een belastingverdrag dient namelijk ook de relevante nationale wetgeving van beider verdragsstaten ten tijde van de verdragsluiting te worden gerekend. Er is in dat geval geen sprake van posterieure nationale wetgeving. Mits uit bijvoorbeeld het protocol of een MvO bij het belastingverdrag niets anders blijkt, hebben de verdragsstaten de gevolgen van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geaccepteerd. Dit betekent dat met betrekking tot deze belastingverdragen door uiteindelijk de Hoge Raad een afweging dient te worden gemaakt of dit zwaarder weegt dan het feit dat er aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 een invulling is gegeven die in strijd is met het OESO-Commentaar.

Voor door Nederland overeengekomen belastingverdragen waarin het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ niet is opgenomen geldt dat deze geheel of gedeeltelijk afwijken van het OESO-Modelverdrag of zijn gebaseerd op het OESO-Modelverdrag (1963). Er zijn in het kader van deze belastingverdragen geen gezamenlijke toelichtende nota’s of MvO’s opgesteld waaruit zou blijken dat de verdragsluitende partijen de notie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ impliciet in het desbetreffende belastingverdrag aanwezig achten. Omdat in deze gevallen noch het belastingverdrag, noch de toelichting aanwijzingen bevatten dat de aanspraak op de verdragsvoordelen die volgen uit dividendartikel slechts tot de uiteindelijk gerechtigde beperkt zou moeten worden, is doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 in strijd met de goede trouw die bij de uitvoering en uitleg van deze verdragen in acht dient te worden genomen jegens de verdragspartners en derhalve eveneens illegitiem.

Vergelijkbare problematiek speelt bij de toepassing van de maatregelen ter vermindering van dubbele belasting binnen het Koninkrijk. Deze maatregelen zijn in de vorm van een Rijkswet opgenomen in de BRK en in de BRK ontbreekt het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’. Per 1 januari 1997 bevat art. 35a BRK een algemene antimisbruikbepaling. Dit artikel schrijft voor dat de bepalingen van deze Rijkswet geen beletsel vormen voor de toepassing van de in het belastingrecht van elk van de landen van het Koninkrijk besloten liggende instrumenten ter bestrijding van fraude, misbruik en oneigenlijk gebruik. De ruime werking van art. 35a BRK, zoals voorafgaande aan de inwerkingtreding van dit artikel is toegelicht door de Rijkswetgever, betekent dat het vereiste van uiteindelijk gerechtigdheid is aan te merken als een instrument ter bestrijding van fraude, misbruik of oneigenlijk gebruik. Het

toepassingsbereik van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 wordt in Koninkrijksverband derhalve niet beperkt.

## Hoofdstuk 5 Conclusie

De probleemstelling die in deze scriptie centraal staat, is in § 1.2 als volgt beschreven:

*Is de antimisbruikbepaling in de Wet op de dividendbelasting 1965 gericht op anti-dividendstripping een bepaling die noodzakelijk en geschikt is om het beoogde doel te bereiken en is deze bepaling legitiem in relatie tot de door Nederland overeengekomen belastingverdragen en de BRK?*

Deze conclusie vormt het sluitstuk van een onderzoek naar de grondslag, uitwerking en legitimiteit van de antimisbruikbepaling die gericht is op het bestrijden van dividendstripping. Voornoemde antimisbruikbepaling is opgenomen in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965. Het doel van deze antimisbruikbepaling is het tegengaan van dividendstripping. Dividendstripping is de naam voor een serie transacties waarmee de effectieve belastingdruk op dividenden uitgekeerd door in Nederland gevestigde vennootschappen kan worden verlaagd. Het gaat hierbij om dividenden waartoe buitenlandse aandeelhouders gerechtigd zijn die niet onderworpen zijn aan de Wet IB 2001 of Wet VPB 1969 en die geen recht hebben op een vermindering tot 0%, een vrijstelling of volledige teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting. De belastingbesparing wordt bewerkstelligd door op enigerlei wijze het recht op het dividend over te dragen aan een ‘stripper’ die wel een beroep kan doen op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting, waardoor heffing van dividendbelasting wordt voorkomen of het dividendbelastingtarief dat drukt op de dividenden wordt verlaagd. De oorspronkelijke aandeelhouder behoudt echter het economische belang bij de aandelen of verkrijgt dit na de dividenduitkering weer terug. Er worden daarnaast door de ‘stripper’ één of meer dividendvervangende betalingen verricht. De oorspronkelijke aandeelhouder heeft dus uiteindelijk ook het economische genot van de dividenduitkering.

Voordat de anti-dividendstrippingwetgeving van kracht werd heeft de Hoge Raad met betrekking tot dividendstripping in gelieerde verhoudingen in zijn arrest BNB 1990/45 onderkend dat dividendstripping kon worden bestreden met een beroep op het leerstuk *fraus legis*. Uit het arrest BNB 2001/96 volgt dat in geval voor de ‘stripper’ het te behalen transactieresultaat het doorslaggevende motief was voor het aangaan van de

dividendstrippingtransactie, er geen sprake kon zijn van het handelen in fraudem legis door de ‘stripper’. Uit de jurisprudentie blijkt derhalve dat zuiver kunstmatige constructies gericht op belastingontwijking door de fiscus konden worden bestreden zonder additionele wetgeving. Gevallen van dividendstripping waarbij zakelijke motieven voor de ‘stripper’ bepalend waren konden echter niet worden bestreden. De wetgever heeft ingezien dat dit zou kunnen resulteren in verlies van belastinginkomsten. Dit betekent dat wettelijke maatregelen noodzakelijk waren om, ongeacht de motieven van de betrokken marktpartijen, dividendstripping tegen te kunnen gaan. Helaas is bij de totstandkoming van de anti-dividendstrippingwetgeving geen duidelijkheid verschaft over in welke mate er sprake zou zijn van derving van belastinginkomsten wanneer er geen wettelijke maatregelen zouden worden getroffen.

Door de tekst van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 en de toelichting die hierop is gegeven tijdens de parlementaire behandeling te analyseren wordt duidelijk of derving van belastinginkomsten als gevolg van dividendstripping op een wijze wordt bestreden waarbij geldt dat de wettekst aansluit bij de kennelijke bedoeling van de wetgever en de wettekst niet meer of minder belastend is dan doel en strekking van de bepaling verlangen. Op basis van de anti-dividendstrippingwetgeving kan een opbrengstgerechtigde alleen een succesvol beroep doen op vrijstelling, vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting als deze opbrengstgerechtigde ook de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is. De Hoge Raad heeft in zijn arrest BNB 1994/217 het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ een invulling gegeven waarbij de beschikkingsmacht van de opbrengstgerechtigde over het aandeel en het ontvangen dividend het doorslaggevende criterium is. Daarentegen heeft de wetgever met art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 gekozen voor een negatieve definitie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ waaruit een verregaande economische interpretatie van dit begrip blijkt.

Een eerste vereiste voor de toepassing van art. 4, lid 7 Wet DB 1965 is dat de opbrengstgerechtigde in samenhang met de genoten opbrengst een tegenprestatie heeft verricht. Het tijdsverloop tussen het genieten van de opbrengst en het verrichten van de tegenprestatie bepaalt in grote mate of er sprake is van de vereiste samenhang. Daarnaast spelen bijvoorbeeld bij het tussenschuiven van een vennootschap het karakter van de dividenduitkering (regulier of incidenteel) en de duurzaamheid van de wijziging in de vennootschappelijke structuur hierbij een rol. De wettekst is op deze wijze toegesneden op de kenmerken van dividendstrippingtransacties; er is geen sprake van rigide en arbitraire

bezitstermijnen waaraan voldaan dient te worden. Dit heeft een positief effect op de doelmatigheid van de anti-dividendstrippingwetgeving.

De opbrengstgerechtigde dient op basis van art. 4, lid 7 Wet DB 1965 de tegenprestatie te hebben verricht als onderdeel van een samenstel van transacties. Niet bij alle gevallen van dividendstripping wordt er meer dan één transactie verricht. Daarom heeft de wetgever in art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 opgenomen dat enkele vormen van dividendstripping, waarbij slechts één transactie dient te worden uitgevoerd, worden aangemerkt als een samenstel van transacties. Echter securities lending en het tussenschuiven van een vennootschap door middel van een inbreng van aandelen zijn voorbeelden van dividendstripping die niet in art. 4, lid 8, onderdeel b Wet DB 1965 zijn opgenomen. Dit betekent dat art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 ruimte laat voor gevallen van dividendstripping waarbij dit samenstel van transacties ontbreekt. Er is bovendien tijdens de parlementaire behandeling van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 door de Staatssecretaris een duidelijke en concrete toezegging gedaan dat een nietsvermoedende koper van aandelen op de beurs niet zal worden geconfronteerd met de anti-dividendstrippingmaatregelen. Gelet op het ontbreken van een bewustzijnsvereiste in de wet, kan deze toezegging van de Staatssecretaris worden opgevat als te zijn gedaan in zijn hoedanigheid van uitvoerder van de wet, hetgeen een beroep op het vertrouwensbeginsel tegenover de Inspecteur mogelijk maakt. Daarenboven heeft de Staatssecretaris in het Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M twee additionele tegemoetkomingen opgenomen. Onder stringente voorwaarden is op basis van dit besluit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 niet van toepassing wanneer een dividendstrippingtransactie plaatsvindt in de context van een duurzame concernreorganisatie. Daarnaast kan de inhoudingsplichtige er op vertrouwen dat in geval de anti-dividendstrippingwetgeving achteraf van toepassing blijkt te zijn, hij niet wordt geconfronteerd met een naheffingsaanslag dividendbelasting wanneer de te lage inhouding van dividendbelasting te wijten is aan onjuiste informatieverschaffing door de opbrengstgerechtigde, mits hij dit met behulp van een verklaring van de opbrengstgerechtigde aannemelijk kan maken en hij te goeder trouw is. Dit drietal tegemoetkomingen heeft tot gevolg dat het toepassingsbereik van de anti-dividendstrippingwetgeving wordt beperkt, maar voorkomt dat de dividendbelastinglast die zou ontstaan als gevolg van de toepassing van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 onevenredig verdeeld wordt over de betrokken partijen en voorkomt hiermee overkill.

De afschrikwekkende werking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 kan bewerkstelligen dat derving van belastinginkomsten als gevolg van dividendstripping wordt verminderd. Echter de gevolgen van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 reiken verder dan beoogd als de dividendbelastinglast, die ontstaat door de toepassing van deze bepaling, in sommige gevallen alleen wordt gedragen door de opbrengstgerechtigde en er geen rekening gehouden wordt met de belastingbesparing die in het geding is. Als art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 van toepassing is wordt er namelijk in alle gevallen dividendbelasting geheven tegen een tarief à 15%, waardoor er een disproportionele verhoging van de dividendbelastingdruk kan optreden. De maatregelen gericht op anti-dividendstripping staan dan niet in verhouding tot het doel dat met deze maatregelen wordt nagestreefd.

Wanneer de anti-dividendstrippingwetgeving onverenigbaar is met de door Nederland overeengekomen belastingverdragen, dan wel de BRK zou dit betekenen dat de bestrijding van dividendstripping in dit verband illegitiem is en dat de wetgever bij de introductie van de anti-dividendstrippingwetgeving zijn doel voorbij is geschoten. Zo kan het heffingsrecht van Nederland over een dividenuitkering van een in Nederland gevestigde vennootschap worden beperkt door een bepaling van een belastingverdrag. Dit heeft tot gevolg dat Nederland op basis van het belastingverdrag dat is overeengekomen met het land van vestiging van de opbrengstgerechtigde een vrijstelling, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting dient te verlenen aan de opbrengstgerechtigde. Wanneer art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 onverenigbaar is met het belastingverdrag dat is overeengekomen met het land van vestiging van de opbrengstgerechtigde, kan deze opbrengstgerechtigde op basis van art. 94 Gw niet worden tegengeworpen dat hij op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 niet kan worden gekwalificeerd als uiteindelijk gerechtigde en om deze reden geen recht zou hebben op de voordelen die volgen uit het belastingverdrag.

Het OESO-Modelverdrag, evenals de belastingverdragen die door Nederland zijn overeengekomen vóór de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965, bevat geen definitie van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde'. Mits het belastingverdrag is gebaseerd op het OESO-Modelverdrag en de context van het belastingverdrag niet anders verlangt, is het OESO-Commentaar onderdeel van de context van een concreet belastingverdrag en dient om deze reden te worden meegewogen bij de interpretatie hiervan. Op basis van het OESO-Commentaar is de feitelijke beschikkingmacht in relatie tot het dividend het doorslaggevende criterium bij het aanwijzen van de uiteindelijk gerechtigde. De dynamische



interpretatiemethode die bepalend is bij de uitleg van een niet-gedefinieerde verdragsterm schrijft voor dat wijzigingen in de nationale wetgeving, die van kracht worden na ondertekening van het belastingverdrag, de uitleg van deze verdragsterm slechts beïnvloeden wanneer dit niet in strijd is met de context van het bewuste belastingverdrag. Aangezien uit art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 een verregerende economische interpretatie van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ volgt, is aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in relatie tot belastingverdragen die het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ bevatten in het dividendartikel en zijn overeengekomen vóór de inwerkingtreding van deze bepaling een invulling gegeven die in strijd is met de bedoeling van de verdragsluitende partijen. Ook het feit dat er op basis van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 geen rekening gehouden wordt met de belastingbesparing die in het geding is draagt hieraan bij. Doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 is derhalve in dit verband illegitiem en in strijd met de goede trouw die bij de uitvoering en uitleg van verdragen in acht dient te worden genomen jegens de verdragspartners. In de meest recente door Nederland overeengekomen belastingverdragen zijn veelal specifieke verdragsvoordeelbeperkende bepalingen opgenomen, zoals een ‘limitations on benefits’-bepaling of een ‘main-purposetest’. Dit kan een aanwijzing zijn voor het feit de Staatssecretaris er ook van overtuigd is geraakt dat zonder heronderhandeling van bestaande belastingverdragen, de beperking van het toekennen van verdragsvoordelen tot de persoon voor wie deze verdragsvoordelen bedoeld zouden moeten zijn op basis van de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 niet haalbaar is.

Voor door Nederland overeengekomen belastingverdragen waarin het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ niet is opgenomen geldt eveneens dat doorwerking van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 illegitiem is. Omdat in deze gevallen noch het belastingverdrag, noch de toelichting aanwijzingen bevatten dat de aanspraak op de verdragsvoordelen die volgen uit dividendartikel slechts tot de uiteindelijk gerechtigde beperkt zou moeten worden. Alleen voor belastingverdragen die zijn overeengekomen na de inwerkingtreding van art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 en de BRK kan een andere conclusie getrokken worden. Voor belastingverdragen die zijn overeengekomen na de inwerkingtreding van deze bepaling geldt namelijk dat de anti-dividendstrippingwetgeving onderdeel is van de context van het belastingverdrag; mits uit bijvoorbeeld het protocol of een MvO bij het belastingverdrag niets anders blijkt, hebben de verdragsstaten de gevolgen van deze wetgeving geaccepteerd. Het is uiteindelijk aan de Hoge Raad om te bepalen of dit zwaarder weegt dan het feit dat er aan het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ in art. 4, lid 7 en 8 Wet DB 1965 een invulling is gegeven die

in strijd is met het OESO-Commentaar. Voor wat betreft de BRK geldt dat deze Rijkswet met art. 35a BRK een algemene antimisbruikbepaling bevat op basis waarvan doorwerking van de in het belastingrecht van Nederland besloten liggende instrumenten ter bestrijding van fraude, misbruik en oneigenlijk gebruik, zoals de anti-dividendstrippingwetgeving, legitiem is.

## Verklarende woordenlijst

CF-stuk	een aan toonder luidend effect, bestaande uit een mantel en een blad, hetwelk niet is samengesteld uit afzonderlijke dividendbewijzen of coupons <sup>274</sup>
Collective investment vehicle	een beleggingstelling met een wijdverspreid aandelenkapitaal dat een gediversifieerde portefeuille van effecten bezit en in het land van vestiging onderhevig is aan de regels inzake investeringsbescherming <sup>275</sup>
Forward Purchase Agreement	een overeenkomst tussen een inkopende beursvennootschap en een derde partij (doorgaans een financiële instelling), waarbij deze derde partij aandelen van de inkopende beursvennootschap via de beurs verwerft en deze doorlevert aan de inkopende beursvennootschap <sup>276</sup>
Hoeklieden	personen die het orderboek (een systeem waarin orders per fonds worden verzameld en gesorteerd op limiet) beheerden, de orders matchten en op die basis bied- en laatkoersen afgaven, zo nodig traden zij zelf op als koper of verkoper <sup>277</sup>
K-stuk	een aan toonder luidend effect, bestaande uit een mantel en een blad, hetwelk is samengesteld uit afzonderlijke dividendbewijzen of coupons en eventueel een talon <sup>278</sup>
Lasthebber	een persoon die zich jegens een andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten, de overeenkomst kan de lasthebber verplichten te handelen in eigen naam;

---

<sup>274</sup> Zie: art. 1 Reglement Girodepots, opgenomen in: Hillen 2008, p. 89-102.

<sup>275</sup> Zie: OECD 2010/1, p. 3.

<sup>276</sup> Zie: Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M.

<sup>277</sup> In het kader van de Euronext-fusie is dit handelssysteem op de Amsterdamse effectenbeurs inmiddels vervangen, zie: van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 115.

<sup>278</sup> Zie: art. 1 Reglement Girodepots, opgenomen in: Hillen 2008, p. 89-102.

	zij kan ook verplichten te handelen in naam van de lastgever <sup>279</sup>
Marketmaker	een persoon die op de financiële markten doorlopend blijk geeft van de bereidheid voor eigen rekening te handelen door financiële instrumenten tegen door hem vastgestelde prijzen te kopen en te verkopen <sup>280</sup>
Secondary Trading Line	een tweede notering, naast de reguliere handel in aandelen van een beursvennootschap, van hetzelfde soort aandeel die aandeelhouders, die zich als zodanig aan het inkopende lichaam bekend maken, in staat stelt om tegen bepaalde voorwaarden aandelen ter inkoop aan te bieden <sup>281</sup>
Winstbewijs	verhandelbaar bewijs dat recht geeft op een uitkering uit de winst maar geen aandeel in het kapitaal vertegenwoordigt <sup>282</sup>
Zaakwaarnemer	een persoon die zich willens en wetens en op redelijke grond inlaat met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding te ontleen <sup>283</sup>

---

<sup>279</sup> Zie: art. 7:414 BW.

<sup>280</sup> Zie: art. 1:1 Wft.

<sup>281</sup> Zie: Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M.

<sup>282</sup> Zie: van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 140.

<sup>283</sup> Zie: art. 6:198 BW.

## Literatuurlijst

### *Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges*

- HR 25 juni 1975, nr. 17 572, *BNB* 1975/213.  
HR 12 april 1978, nr. 18 452, *BNB* 1978/135.  
HR 12 april 1978, nr. 18 464, *BNB* 1978/136.  
HR 12 april 1978, nr. 18 495, *BNB* 1978/137.  
HR 2 maart 1983, nr. 21 662, *BNB* 1983/150.  
HR 18 november 1987, nr. 24 139, *BNB* 1988/61.  
HR 11 januari 1989, nr. 25 412, *BNB* 1989/79.  
HR 28 juni 1989, nr. 25 451, *BNB* 1990/45.  
HR 4 april 1990, nr. 25 934, *BNB* 1990/156.  
HR 2 september 1992, nr. 27 252, *BNB* 1992/379.  
HR 16 maart 1994, nr. 27 764, *BNB* 1994/191.  
HR 6 april 1994, nr. 28 638, *BNB* 1994/217.  
HR 18 mei 1994, nr. 28 293, *BNB* 1994/252.  
HR 18 mei 1994, nr. 28 296, *BNB* 1994/253.  
HR 13 maart 1996, nr. 29 996, *BNB* 1996/205.  
HR 21 januari 1998, nr. 33 026, *BNB* 1998/115.  
HR 9 december 1998, nr. 32 709, *BNB* 1999/267.  
HR 21 februari 2001, nr. 35 415, *BNB* 2001/196.  
HR 21 februari 2003, nr. 37 011, *BNB* 2003/177.  
HR 21 februari 2003, nr. 37 024, *BNB* 2003/178.  
HR 5 september 2003, nr. 37 651, *BNB* 2003/379.  
HR 5 september 2003, nr. 37 657, *BNB* 2003/380.  
HR 5 september 2003, nr. 37 670, *BNB* 2003/381.  
HR 19 juni 2009, nr. 43 978, *BNB* 2009/263.  
HR 19 juni 2009, nr. 44 050, *BNB* 2009/264.  
HR 19 juni 2009, nr. 07/13267, *BNB* 2009/265.  
HR 19 juni 2009, nr. 08/02288, *BNB* 2009/266.  
HR 21 januari 2011, nr. 09/02836, *BNB* 2011/131.

Hof Amsterdam 16 juli 2005, nr. 01/2499, V-N 2006/13.7.

### ***Jurisprudentie buitenlandse rechtscolleges***

Commission Fédérale de Recours en Matière de Contributions [2001] VPB 65.86 (28 februari 2001).

Indofood International Finance Ltd. v. J.P. Morgan Chase Bank N.A., London Branch [2006] EWCA Civ. 158 (2 maart 2006).

Real Madrid F.C. v. Oficina Nacional de Inspección [2006] Audiencia Nacional JUR\2006\204307 (18 juli 2006).

Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen [2008] TCC 231 (22 april 2008).

Her Majesty the Queen v. Prévost Car Inc. [2009] FCA 59 (29 februari 2009).

Velcro Canada Inc. v. Her Majesty the Queen [2012] TCC 57 (24 februari 2012).

### ***Kamer- en beleidsstukken***

MvT, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 5.

MvT, Kamerstukken II 1962/63, 7181 (R344), nr. 3.

MvA, Kamerstukken II 1984/85, 18 747, nr. 6.

MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 3.

MvA, Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 5.

MvA, Kamerstukken II 1992/93, 23 220, Bijlage I.

MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 583 (R1564), nr. 3.

NnavV van de Staten van de Nederlandse Antillen, Kamerstukken II 1995/96, 24 583 (R1564), nr. 7.

NMvA, Kamerstukken I 1995/96, 24 583 (R 1564), nr. 26c.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4.

VvW, Kamerstukken II, 1998/99, 26 728, nrs. 1-2.

MvT, Kamerstukken II, 1998/99, 26 728, nr. 3.

Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B.

MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3.

NnavV, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5.

MvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b.

NMvA, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117d.

MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.  
NnavV, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8.  
MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3.  
MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 145, nr. 3.  
NnavV, Kamerstukken II, 2009/10, 32 186, nr. 6  
MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 189, nr. 3.  
NnavV, Kamerstukken II, 2009/10, 32 189, nr. 7.  
Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7.  
Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken I 2010/11, 25 087, B.  
Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 32 500 IXB, nr. 25.  
MvT, Kamerstukken II 2010/11, 32 536, nr. 3.  
Brief van de Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2010/11, 32 740, nr. 1 herdruk.  
Kamerstukken II 2010/11, 32 776, nr. 1-4, V-N 2011/34.4.  
NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 32 776, nr. 6.  
Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, Staten-Generaal 2010/11, 32 881, A/ nr.1.  
Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, Staten-Generaal 2010/11, 32 907, A/ nr.1.  
MvT, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3.  
NnavV, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10.  
  
Persbericht Ministerraad 27 april 2001, V-N 2001/24.2.  
Besluit van 16 maart 2007, nr. CPP2006/1783M, V-N 2007/23.17.  
Besluit van 13 november 2009, nr. CPP2009/354M, V-N 2009/62.20.  
Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M, V-N 2012/4.23.1.  
Internationale fiscale mededeling van 12 december 2011, IFZ. 2011-793, V-N 2012/11.6.  
Internationale fiscale mededeling van 21 december 2012, IFZ 2012/767, V-N 2013/3.9.  
  
Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, ‘Verbreiding en verlichting’, ’s-Gravenhage 2001.  
Studiecommissie Belastingstelsel, ‘Continuïteit en vernieuwing Een visie op het belastingstelsel’, ’s-Gravenhage 2010.

## **Boeken**

- D.B. Bijl & J.A.G. van der Geld, *Overkill in fiscale wet- en regelgeving* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap No. 237), Deventer: Kluwer 2009.
- F.A. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law: A study of Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties* (diss. Rotterdam), Amsterdam: IBFD 2004.
- M.W.C. Feteris, *Heffing van belasting door middel van betaling op aangifte* (Fiscale Monografieën nr. 114), Deventer: Kluwer 2005.
- R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming* (Fiscale Monografieën nr. 77) (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996.
- J.L.S.M. Hillen, *Wet giraal effectenverkeer* (Lexplicatie 7.20a), Deventer: Kluwer 2008.
- O.C.R. Marres & P.J. Wattel, *Dividendbelasting* (FED Fiscale Studieserie nr. 26), Deventer: Kluwer 2006.
- E. Nijkeuter, *Belastingheffing van dividend en de interne markt Een studie naar de aanvaardbaarheid van de Nederlandse belastingheffing van grensoverschrijdende dividendinkomsten van natuurlijke personen in Europees perspectief* (Fiscaal Wetenschappelijke Reeks nr. 16) (diss. Rotterdam), 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2010.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, *2002 reports related to the OECD Model Tax Convention* (Issues in International Taxation No. 8), Parijs: OECD 2003.
- F.P.G. Pötgens, “‘Uiteindelijk gerechtigde’ onder Nederlandse belastingverdragen; nationaal recht of context?’, in: K. Braun e.a. (red.), *40 Jaar Cursus Belastingrecht. Opstellen aangeboden aan Leno Sillevius en Nico de Vries, ter gelegenheid van hun afscheid als hoofdredacteur respectievelijk lid van de hoofdredactie bij het 40-jarig bestaan van de Cursus Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 167-176.
- P. van Schilfgaarde & J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009.
- C.P. du Toit, *Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: IBFD Publications 1999.
- K. Vogel e.a., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice, Third Edition*, London (etc.): Kluwer Law International 1997.



- K. Vogel, *The OECD model convention - 1998 and beyond, The concept of beneficial ownership in tax treaties, Proceedings of a seminar held in London, in 1998 during the 52st Congress of the International Fiscal Association* (IFA congress seminar series Vol. 23a), 's-Gravenhage (etc.): Kluwer Law International 2000.
- S. van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties* (diss. Amsterdam UvA), London (etc.): Kluwer Law International 1997.

### ***Tijdschriften***

- B.J. Arnold, 'Tax treaty case law news : a trio of recent cases on beneficial ownership', *Bulletin for International Taxation* 2012 Vol. 66 No. 6, p. 323-327.
- P. Baker, 'Beneficial Ownership: After Indofood', *GITC Review* 2007 Vol. VI No. 1, p. 15-28.
- J.C.K.W. Bartel, 'Dividendbelasting', *MBB* 2006/179.
- T. Bender, 'Antimisbruikregels in belastingverdragen: een balancing act', *WFR* 2011/539.
- A.C.P. Bobeldijk & A.E. de Leeuw, 'Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet VPB 1969 en enige andere belastingwetten deel 2', *WFR* 2011/956.
- N. Boidman & M. Kandev, 'News Analysis: Canadian Taxpayer Wins Prévost Appeal', *Tax Notes International* 2009 Vol. 53 No. 10, p. 862-865.
- S. Bolderman, 'Tour d'Horizon of the Term "Beneficial Owner"', *Tax Notes International* 2009 Vol. 54 No. 10, p. 881-888.
- T. Booker, 'Recent Developments Regarding Beneficial Ownership in Denmark', *European Taxation* 2012 Vol. 52 No. 2/3, p. 67-76.
- R.P.C.W.M. Brandsma, 'De belegger "stripped bare" door de wetgever?: dividendstripping in de 21e eeuw', *WFR* 2000/313.
- R.P.C.W.M. Brandsma, 'De (witte?) vlag uit?: eindelijk een uiteindelijk gerechtigde!', *FED* 2002/65.
- R.P.C.W.M. Brandsma, 'Al dan niet (uiteindelijk) gerechtigd tot het dividend: het besluit over Forward Purchase Agreement en Second Trading Line', *WFR* 2008/938.
- R.P.C.W.M. Brandsma, 'En de boer hij ploegde voort: soms dividendbelasting voor leden van een coöperatie en soms niet', *WFR* 2011/1335.
- R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pancham, 'De toewijzing van heffingsrechten in belastingverdragen inzake vermogensinkomsten: enige trends', *TFO* 2005/78.

- C. Bruijsten, 'In hoeverre kan vertrouwen worden ontleend aan de wetshistorie?', *WFR* 2003/956.
- D.M. Chance, 'Equity Swaps and Equity Investing', *Journal of Alternative Investments* Summer 2004 Vol. 7 Issue 1, p. 75-97.
- R. Collier, 'Clarity, Opacity and Beneficial Ownership', *British Tax Review* 2011 Issue 6, p. 684-704.
- R. Danon, 'Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft', *Bulletin for International Taxation* 2011 Vol. 65 No. 8, p. 437-442.
- S.C.W. Douma, 'Verslag van vijfde Maarten J. Ellis Leiden Lecture on International Taxation', *WFR* 2004/1789.
- S.C.W. Douma & R.T. Wiegerink, 'Verslag van de Maarten J. Ellis Leiden Lecture on International Taxation', *WFR* 2001/126.
- Q.M.A. Eenhorst & A.R.T. van IJzinga Veenstra, 'Dividendstripping na 27 april 2001', *WFR* 2003/449.
- A.A. Eijkenduijn & A. Laghmouchi, 'Verslag van de zevende Maarten J. Ellis Leiden Lecture on International Taxation', *WFR* 2006/325.
- S.E. Faber, 'Over belastingrisico's, opinies en "comfort levels"', *WFR* 2008/991.
- A.C.G.A.C. de Graaf, 'Visie over de vormgeving van een 'anti-treaty shopping'-bepaling: een alternatief', *MBB* 2007/76.
- H. de Gunst & J.K. Weststrate, 'Het nieuwe wetsvoorstel dividendstripping in internationaal verband', *WFR* 2001/1814.
- E.J.W. Heithuis, 'Het huidige bereik van de dividendbelasting en voorstellen tot wijziging', *WFR* 2003/95.
- J.H.C. Hellebrekers & J. van der Wal, 'Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (deel I). Een overzicht en commentaar op hoofdlijnen', *MBB* 2010/419.
- J.H.C. Hellebrekers & J. van der Wal, 'Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (deel II)', *MBB* 2011/13.
- M. Helminen, 'Beneficial Ownership of Dividends: Relevance of the New Netherlands Dividend-Stripping Rules in Tax Treaty Situations', *European Taxation* 2002 Vol. 42 No. 11, p. 457-459.
- D.A. Hofland & F.P.G. Pötgens, 'Antimisbruikbepalingen in het nieuwe belastingverdrag met Japan', *WFR* 2011/3.

- D.A. Hofland & F.P.G. Pötgens, 'The LOB Provision in the New Japan-Netherlands Tax Treaty', *European Taxation* 2011 Vol. 51 No. 5, p. 215-220.
- D.A. Hofland & J.A. Lorie, 'De hoogste tijd voor afschaffing van de dividendbelasting: een economische analyse', *WFR* 2010/715.
- A.R.T. van IJzinga Veenstra, 'Securities lending', *WFR* 1995/433.
- A.R.T. van IJzinga Veenstra & Q.M.A. Eenhorst, 'Dividendstripping in 2001', *WFR* 2000/271.
- S.F. van Immerseel, 'Naheffing bij anderen dan de inhoudingsplichtige', *WFR* 2008/974.
- M.N. Kandev, 'Beneficial Ownership: Indofood Run Wild', *CCH Tax Topics* 2006 No. 1812 (Nov. 30, 2006), p. 1-4.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'De Hoge Raad heeft de dividendbelasting afgeschaft', *WFR* 1995/355.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Dividendbelasting en fraus legis: huidige stand van zaken', *WFR* 2003/133.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Dividendbelasting internationaal/verdragsperspectief: niet-aflatend kwetsbaar', *TFO* 2008/66.
- J. L. bij de Leij, 'De verhouding tussen Nederlands belastingrecht en verdragsregels', *WFR* 1991/773.
- M.H.G.M. van der Linden & E. Houtgraaf, 'De coöp in de dividendbelasting: een zwarte piet op 24 oktober', *WFR* 2011/1617.
- A.J. Martin Jiménez, 'Beneficial Ownership: Current Trends', *World Tax Journal* 2010 Vol. 2 No. 1, p. 35-63.
- P. Merks, 'Dutch Dividend Withholding Tax in Corporate Cross-Border Scenarios, Dividend Stripping and Abuse-of-Law (Part I)', *Intertax* 2003 Vol. 31 Issue 11, p. 450-461.
- P. Merks, 'Dutch Dividend Withholding Tax in Corporate Cross-Border Scenarios, Dividend Stripping and Abuse-of-Law (Part II, Final)', *Intertax* 2004 Vol. 32 Issue 1, p. 51-60.
- W.R. Munting, 'Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?', *WFR* 2008/1343.
- W.R. Munting, 'Beneficial Ownership: handle with care', *WFR* 2012/1064.
- J.D.B. Oliver e.a., 'Beneficial Ownership', *Bulletin for International Taxation* 2000 Vol. 54 No. 7, p. 310-325.
- M. Peters, 'Credit derivatives: ontwikkelingen in een fiscaal onontgonnen gebied', *WFR* 2000/1705.
- M.J. Peters, 'De dividendstrippingmaatregel getoetst aan het EG-recht', *WFR* 2004/239.
- H. Pijl, 'Aantekeningen bij de lex-foreibepaling in belastingverdragen', *WFR* 1995/1254.

- H. Pijl, 'De verre uiteindelijk gerechtigde en beneficial owner in de verdragen', *WFR* 2003/621.
- J.W. Rompen & H. de Gunst, 'Besluit "Inkoop eigen aandelen via de beurs" onhoudbaar', *WFR* 2007/591.
- A. Russo, M. Russo & R. Russo, 'The 2006 Leiden Alumni Seminar: Case Law on Tax Treaty Interpretation', *European Taxation* 2006 Vol. 46 No. 11, p. 541-545.
- R.J. Selij, 'Wijzigingen in de BRK per 1 januari 1997 Deel II: de nieuwe anti-misbruikbepalingen', *MBB* 1997/153.
- D.S. Smit, 'Europeesrechtelijke perikelen rondom de Nederlandse dividendbelasting', *TFO* 2010/83.
- J. Smits, 'Tax Treatment of Domestic and Cross-Border Stock Lending Transactions', *Derivatives & Financial Instruments* 2007 Vol. 9 No. 6, p. 203-209.
- E.M.S. Spierts, 'Inwonerschap, hybride entiteiten en voorkoming van misbruik in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland', *MBB* 2012/270.
- A.J.A. Stevens, 'Het nieuwe belastingverdrag met Duitsland', *NTFR-B* 2012/5.
- C.P. du Toit, 'The Evolution of the Term "Beneficial Ownership" in Relation to International Taxation Over the Past 45 Years', *Bulletin for International Taxation* 2010 Vol. 64 No. 10, p. 500-509.
- L.A. Verdoner, R.H.M.J. Offermanns & S. Huibregtse, 'A cross-country perspective on beneficial ownership - Part 1', *European Taxation* 2010 Vol. 50 No. 9, p. 419-429.
- L.A. Verdoner, R.H.M.J. Offermanns & S. Huibregtse, 'A cross-country perspective on beneficial ownership - Part 2', *European Taxation* 2010 Vol. 50 No. 10, p. 465-473.
- E.J. van der Vijver, 'Het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Japan', *MBB* 2010/431.
- J. Vleggeert, 'Is dividend washing toegestaan?', *WFR* 1994/815.
- G. Watson & S. Baum, 'Beneficial ownership as a treaty anti-avoidance tool?', *Canadian Tax Journal* 2012 Vol. 60 No. 1, p. 149-168.
- P.J. Wattel, 'De juridische betekenis van uitlatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving', *FED* 1990/335.
- S. van Weeghel, 'Het nieuwe belastingverdrag met de Verenigde Staten', *FED* 1993/98.
- J.W. Zwemmer, 'Dividendtoerisme; de beneficial owner in verdragssituaties', *Ars Aequi* 1994, p. 841-844.

## *Overige bronnen*

- J.F. Avery Jones, R.J. Vann & J.C. Wheeler, ‘OECD Discussion Draft “Clarification of the Meaning of ‘Beneficial Owner’ in the OECD Model Tax Convention”’, 2011, <http://www.oecd.org/tax/taxtreaties/48420432.pdf>.
- R.S. Avi-Yonah & C.H.J.I. Panayi, ‘Rethinking treaty shopping : lessons for the European Union’, 2010, <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2010/Documents/10-002aviyonah.pdf>.
- P. Baker, ‘Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept’, gepresenteerd tijdens de Fourth Session of the UN Economic and Social Council, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Genève, 20-24 oktober 2008, [http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18\\_2008\\_CRP2\\_Add1.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP2_Add1.pdf), p. 4-36.
- CBS, ‘Overheid; ontvangen belastingen’, 2013, <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=81198ned&D1=0,11&D2=0-1,4&D3=38,43,48,1&HDR=G1,G2&STB=T&VW=T>.
- IBFD Research Staff, ‘Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention’, 2011, <http://www.oecd.org/tax/taxtreaties/48413407.pdf>.
- NOB, ‘Commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op wetsvoorstel 26 727, Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001) en wetsvoorstel 26 728, Invoeringswet Wet Inkomstenbelasting 2001’, 2000, <http://www.nob.net/sites/default/files/Commentaar%20100300.pdf>.
- NOB, ‘Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel ter goedkeuring van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Japan en Nederland (nr 32 776), 2011, <http://www.nob.net/system/files/NOB-commentaar+op+het+wetsvoorstel+ter+goedkeuring+van+het+verdrag+ter+voorkoming+van+dubbele+belasting+tussen+Japan+en+Nederland+%28nr+32776%29.pdf>.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, ‘The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles’, 2010, <http://www.oecd.org/dataoecd/59/7/45359261.pdf>.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, ‘The 2010 update to the Model Tax Convention’, 2010, <http://www.oecd.org/dataoecd/23/43/45689328.pdf>.

- Organisation for Economic Co-operation and Development, 'Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention', 2011, <http://www.oecd.org/dataoecd/49/35/47643872.pdf>.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, 'Revised Proposals concerning the Meaning of "Beneficial Owner" in Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention', 2012, <http://www.oecd.org/ctp/taxtreaties/Beneficialownership.pdf>.
- R.H. Schilder, 'Nederlandse anti-dividendstrippingsbepalingen EU-proof? Verhandeling in het kader van Europese Fiscale Studies, leergang 2005', 2005.
- B.W.C. Schuurmans, 'Dividendstripping in Gemeenschapsrechtelijk perspectief: "Een door de wetgever gecreëerde mogelijkheid of onmogelijkheid?" Een referaat in het kader van Europese Fiscale Studies 2007', 2007, <http://www.europesefiscalestudies.nl/upload/Schuurmans.pdf>.

## Bijlage

### REVISED PROPOSALS CONCERNING THE MEANING OF BENEFICIAL OWNER IN ARTICLE 10 OF THE OECD MODEL TAX CONVENTION

[Additions to the existing text of the Commentary appear in *bold italics* whilst deletions appear in ~~strikethrough~~; changes made to the proposals included in the April 2011 discussion draft are underlined]

#### Article 10

Replace the first part of paragraph 2 of Article 10 of the OECD Model Tax Convention by the following:

2. However, ~~such~~ dividends *paid by a company which is a resident of a Contracting State* may also be taxed in *that State* ~~the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident~~ and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed: ...

#### Commentary on Article 10 (Dividends)

Replace paragraphs 12 to 12.2 of the Commentary on Article 10 by the following:

12. The requirement of beneficial owner was introduced in paragraph 1 of Article 10 to clarify the meaning of the words “paid ... to a resident” as they are used in paragraph 1 of the Article. It makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was ~~immediately received by~~ *paid direct to* a resident of a State with which the State of source had concluded a convention. [*the rest of the paragraph has been moved to new paragraph 12.1*]

*12.1 Since the term “beneficial owner” was added to address potential difficulties arising from the use of the words “paid to ...a resident” in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries). The term “beneficial owner” is *therefore* not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries<sup>1</sup>), rather, it should be understood in its context, *in particular in relation to the words “paid ... to a resident”*, and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance. *This does not mean, however, that the domestic law meaning of “beneficial owner” is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary.**

---

*[Footnote to paragraph 12.1]*

- 1. For example, where the trustees of a discretionary trust do not distribute dividends earned during a given period, these trustees, acting in their capacity as such (or the trust, if recognised as a separate taxpayer), could constitute the beneficial owners of such income for the purposes of Article 10 even if they are not the beneficial owners under the relevant trust law notwithstanding that the relevant trust law might distinguish between legal and beneficial ownership.*

~~12.42~~ Where an item of income is ~~received by~~*paid to* a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the ~~immediate~~*direct* recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The ~~immediate~~*direct* recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. [*the rest of the paragraph has been moved to new paragraph 12.3*]



12.3 It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”<sup>1</sup> concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.

---

*[Footnote to paragraph 12.3]*

1. Reproduced at page R(6)-1 of Volume II of the *full-length* ~~loose leaf~~ version of the OECD Model Tax Convention.

*12.4 In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained does not have the full right to use and enjoy the dividend that it receives and this dividend is not its own; the powers of that recipient over that dividend are indeed constrained in that the recipient is obliged (because of a contractual, fiduciary or other duty) to pass the payment received to another person. The recipient of a dividend is the “beneficial owner” of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. This type of obligation must be related to the payment received; it would therefore not include contractual or legal obligations unrelated to the payment received even if those obligations could effectively result in the recipient using the payment received to satisfy those*

obligations. Examples of such unrelated obligations are those unrelated obligations that the recipient may have as a debtor or as a party to financial transactions or typical distribution obligations of pension schemes and of collective investment vehicles entitled to treaty benefits under the principles of paragraphs 6.8 to 6.34 of the Commentary on Article 1. Where the recipient of a dividend does have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the “beneficial owner” of that dividend. It should also be noted that Article 10 refers to the beneficial owner of a dividend as opposed to the owner of the shares, which may be different in some cases. ; also, the use and enjoyment of a dividend must be distinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment, of the shares on which the dividend is paid.

12.5 The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision (see also paragraphs 17 and 22 below). As explained in the section on “Improper use of the Convention” in the Commentary on Article 1, there are many ways of addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. These include specific ~~treaty~~ anti-abuse provisions in treaties, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches. Whilst the concept of “beneficial owner” deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases.

12.6 The above explanations concerning the meaning of “beneficial owner” make it clear that the meaning given to this term in the context of the Article must be distinguished from the different meaning that has been given to that term in the context of other instruments<sup>1</sup> that concern the determination of the persons (typically the individuals) that exercise ultimate control over entities or assets. That different meaning of “beneficial owner” cannot be applied in the context of the Article. Indeed, that meaning, which refers to natural persons (i.e. individuals),

cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2 a), which refers to the situation where a company is the beneficial owner of a dividend. ~~Since, i~~In the context of Article 10, the term beneficial owner is intended to address difficulties arising from the use of the words “paid to” in relation to dividends, rather than difficulties related to the ownership of the shares of the company paying these dividends. For that reason, it would be inappropriate, in the context of that Article, to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise “ultimate effective control over a legal person or arrangement”.<sup>2</sup>

---

[Footnote to paragraph 12.6]

1. See, for example, Financial Action Task Force, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations (OECD-FATF, Paris, 2012), the Glossary to the Financial Action Task Force’s Forty Recommendations ([http://www.fatf-gafi.org/glossary/0,3414,en\\_32250379\\_32236930\\_35433764\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html#34276864](http://www.fatf-gafi.org/glossary/0,3414,en_32250379_32236930_35433764_1_1_1_1,00.html#34276864)), which sets forth in detail the international anti-money laundering standard and which includes the following definition of beneficial owner (at page 109): “the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the person on whose behalf a transaction is being conducted. It also incorporates those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.” Similarly, the 2001 report of the OECD Steering Group on Corporate Governance, “Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes” (OECD, Paris, 2001); <http://publications.oecd.org/acrobatebook/2101131E.PDF>, at page 14, defines beneficial ownership as follows (at page 14):  

*In this Report, “beneficial ownership” refers to ultimate beneficial ownership or interest by a natural person. In some situations, uncovering the beneficial owner may involve piercing through various intermediary entities and/or individuals until the true owner who is a natural person is found. With respect to corporations, ownership is held by shareholders or members. In partnerships, interests are held by general and limited partners. In trusts and foundations, beneficial ownership refers to beneficiaries, which may also include the settlor or founder.*
2. See the Financial Action Task Force’s definition quoted in the previous note. Glossary to the Financial Action Task Force’s Forty Recommendations ([http://www.fatf-gafi.org/glossary/0,3414,en\\_32250379\\_32236930\\_35433764\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html#34276864](http://www.fatf-gafi.org/glossary/0,3414,en_32250379_32236930_35433764_1_1_1_1,00.html#34276864)).

12.7~~2~~ Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 *and in [year of next update]* to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries). States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.