

**ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM**

**NADRUK VERBODEN**

**Erasmus School of Economics**

**Masterscriptie**

*Is het Nederlandse belastingstelsel ten aanzien van  
portfoliodividenden in strijd met het EU-recht?*

Naam: C.G.E. Collignon

Studentnummer: 335202

Begeleider: Mr. R.B.N. van Ovest

Rotterdam, November 2014

## Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelasting
Belastingverdrag	Belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting
BV	Besloten Vennootschap
BvdB 2001	Besluit ter voorkoming van dubbele Belasting 2001
Ecofin-Raad	Raad van Economische en Financiële Zaken
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap
EGKS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
EPS	Europese Politiek Samenwerking
EU	Europese Unie
EVA	Europese Vrijhandels Associatie
Euratom	Gemeenschap voor Atoomenergie
HvJ	Hof van Justitie
EVA-Hof	Hof van de Europese Vrijhandels Associatie
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Wet DB 1965	Wet op de Dividendbelasting 1965

Wet IB 2001

Wet op de Inkomstenbelasting 2001

Wet VPB 1969

Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

# Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen .....	i
1. Inleiding .....	1
1.1 Onderwerp van het onderzoek .....	1
1.2 Probleemstelling .....	2
1.3 Opzet.....	3
1.4 Afbakening onderwerp .....	4
2. De dividendbelasting .....	5
2.1 Ontstaansgeschiedenis .....	5
2.2 De werking van de dividendbelasting .....	8
2.2.1. Inhoudingsplicht .....	8
2.2.2. Heffingsobject.....	9
2.2.3. Vrijstellingen.....	9
2.2.4. Voorheffing .....	11
2.2.5. Economische en juridische dubbele heffing .....	13
2.2.6 Internationaal perspectief.....	14
2.3 Bestaansredenen .....	17
2.4 Samenvatting .....	21
3. Europees Recht.....	23
3.1 Geschiedenis .....	23
3.2 Primair recht .....	25
3.2.1 De vijf vrijheden .....	26
3.2.2 Verhouding tussen de vrijheden.....	32
3.3 Gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod.....	36
3.4 Secundair recht .....	37
3.5 Soft law .....	38
3.6 Strijdigheid met het EU-recht.....	39

3.6.1 Grensoverschrijdende economische activiteit.....	39
3.6.2 Discriminatie of belemmering .....	40
3.6.3 Rechtvaardigingsgronden .....	42
3.6.4 Noodzakelijke en proportioneel.....	47
3.7 Verhouding EVA-Hof .....	47
3.8 Samenvatting .....	48
4. De lijn van het Hof van Justitie.....	50
4.1 Natuurlijk persoon als aandeelhouder .....	50
4.1.1 Arnoud Gerritse .....	50
4.1.2 Bouanich .....	52
4.1.3 Kerckhaert-Morres.....	53
4.2 Kapitaalvennootschap als aandeelhouder.....	54
4.2.1 Fokus bank.....	54
4.2.2 ACT Group .....	55
4.2.3 Denkavit II .....	57
4.2.4 Centro Equestre.....	59
4.2.5 Amurta .....	60
4.2.6 Truck Center .....	62
4.2.7 Commissie/Italië .....	63
4.3 Samenvatting .....	65
5. De zaak Belgische particulier.....	67
5.1 Feitencomplex .....	67
5.2 De inhouding van de bronbelasting.....	68
5.2.1 In Nederland ingezeten aandeelhouder.....	68
5.2.2 Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder .....	68
5.2.3 Is er een verschil in behandeling tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder?.....	68

5.3	Mogelijkheid tot verrekenen van de dividendbelasting.....	69
5.3.1	In Nederland ingezeten aandeelhouder .....	69
5.3.2	Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder .....	70
5.3.3	Is er een verschil in behandeling tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder? .....	72
5.4	De uiteindelijke belastingdruk.....	72
5.4.1.	In Nederland ingezeten aandeelhouder .....	72
5.4.2.	Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder .....	72
5.5	Is een strijdigheid met het EU-recht? .....	73
5.5.1.	Is er sprake van discriminatie .....	73
5.5.2.	Is er een rechtvaardigingsgrond .....	75
5.6	Oplossingen .....	75
5.7	Samenvatting .....	77
6.	De zaak de Franse bank.....	78
6.1	Feitencomplex .....	78
6.2	De inhouding van de bronbelasting .....	79
6.2.1	In Nederland ingezeten aandeelhouder .....	79
6.2.2	Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder .....	79
6.2.3	Is er een verschil in behandeling tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder? .....	79
6.3	Mogelijkheid tot verrekening van de dividendbelasting .....	80
6.3.1	In Nederland ingezeten aandeelhouder .....	80
6.3.2	Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder .....	80
6.3.3	Is er een verschil in behandeling tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder? .....	82
6.4.	De uiteindelijke belastingdruk.....	82
6.4.1	De in Nederland ingezeten aandeelhouder .....	82
6.4.2.	De niet in Nederland ingezeten aandeelhouder .....	82

6.5 Is een strijdigheid met het EU-recht? .....	84
6.5.1. Is er sprake van discriminatie .....	84
6.5.2 Rechtvaardigingsgrond .....	86
6.6 Oplossingen .....	86
6.7 Samenvatting .....	87
7. Derde landen .....	88
7.1 Inkomend dividend naar Nederland .....	88
7.1.1 Kwalificatie ontwikkelingsland .....	89
7.2 Uitgaand dividend vanuit Nederland .....	90
7.3 Oplossingen .....	90
7.4 Samenvatting .....	90
8. Conclusie .....	92
8.1 Conclusie .....	92
8.2 Aanbevelingen .....	96
9. Bronvermelding .....	98
9.1 Boeken .....	98
9.2 Artikelen .....	99
9.3 Parlementaire stukken .....	101
9.4 Richtlijnen .....	102
9.5 Jurisprudentie .....	102
9.6 Rapporten .....	108
9.7 Overig .....	108

# 1. Inleiding

## 1.1 Onderwerp van het onderzoek

Eén van de bekendste economische theorieën op het gebied van financieel beleggen is het capital asset pricing model. Volgens deze theorie dienen investeerders hun risico te spreiden over nationale ondernemingen en internationale ondernemingen. Door internationaal te beleggen wordt het systeemrisico<sup>1</sup> beperkt. Door internationaal te diversifiëren kunnen investeerders een hoger rendement behalen met lager risico dan in zuivere nationale situaties mogelijk is. In de praktijk hebben investeerders echter vaak de voorkeur voor nationale aandelen en obligaties. Dit wordt ook wel ‘home bias’ genoemd. Psychologische en rationele overwegingen liggen hieraan ten grondslag. Bij psychologische overwegingen moet men denken aan het nationalisme en het vertrouwen dat mensen hebben in ondernemingen die in het eigen land gevestigd zijn. Zij hebben meer kennis van deze organisaties. De voornaamste rationele overweging is het feit dat investeerders in binnenlandse situaties geen wisselkoersrisico lopen. Sinds de invoering van de euro is dit risico weggenomen ten aanzien van de andere lidstaten waar de euro is ingevoerd. Uit onderzoek is gebleken dat hierdoor de home bias van investeerders ook is afgenomen. Er vond een verschuiving plaats van binnenlandse investeringen naar investeringen in het eurogebied.<sup>2</sup> Dit was niet een eenmalige verschuiving maar bleef ook bestaan in latere jaren.<sup>3</sup>

Mede als gevolg van bovenstaand verschijnsel is de dividendbelasting meer onder vuur komen te liggen. HvJ en de Europese Commissie hebben al meerdere malen een inbreuk op het EU-recht geconstateerd.<sup>4</sup> Zo is ook de reikwijdte van Wet DB 1965 de laatste jaren erg ingeperkt.<sup>5</sup> Vrijstellingen en teruggaafrechten van de dividendbelasting gelden nu veelal ook voor vergelijkbare niet-ingezetende aandeelhouders. Daarbij hebben zich ook belangrijke ontwikkelingen voorgedaan op het gebied van voorkoming van economische dubbele belasting. Zo is de

---

<sup>1</sup> Systeemrisico is het risico dat een bepaalde gebeurtenis in de economische of financiële sector een domino-effect veroorzaakt waardoor het hele financiële systeem mogelijk plat komt te liggen.

<sup>2</sup> R. A. De Santis & B. Gérardy, ‘Financial Integration, International Portfolio Choice and the European Monetary Union’, *European Central Bank* 2006, No. 626.

<sup>3</sup> D. Schoemaker & T. Bosch, ‘Is the home bias in equities and bonds declining in Europe?’ *Investment Management and Financial* 2008, Volume 5, Issue 4.

<sup>4</sup> Zoals de arresten Verkooijen, Manninen, Bouanich, Fokus Bank, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerckhaert-Morres, Denkvit International en Amurta.

<sup>5</sup> HvJ EG 11 juni 2009, C-521/07 (*Commissie/Nederland*), HvJ EG 6 juni 2000, C-35/98 (*Verkooijen*) en Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 7.



moeder-dochterrichtlijn<sup>6</sup> in 1992 in werking getreden. Daarna is de mededeling over de dividendbelasting<sup>7</sup> uitgebracht waarin wordt gesteld dat dividenden in grensoverschrijdende situaties per saldo niet zwaarder mogen worden belast dan in een zuiver binnenlandse situatie.<sup>8</sup> De coördinatiemededeling van 19 december 2006<sup>9</sup> is ook van invloed op de dividendbelasting. Deze mededeling ziet op het wegnemen van discriminatie en dubbele belastingen.

Nog niet alle mogelijke strijdigheden van de Wet DB 1965 met het EU-recht zijn volledig uitgekristalliseerd. Een voorbeeld hiervan is of het inhouden van dividendbelasting op portfoliodividenden<sup>10</sup> (beleggingsdividenden) in strijd is met het EU-recht. De wetgever is van mening dat op dit gebied geen strijdigheid voordoet. De meningen hierover zijn echter verdeeld en de Hoge Raad heeft prejudiciële vragen aan het HvJ gesteld.

Het niet afschaffen van de dividendbelasting dreigt een steeds groter risico te vormen voor Nederland. Zo dient zij mogelijk steeds grotere sommen dividendbelasting terug te betalen en bestaat er ook de kans dat zij een schadevergoeding in de vorm van rente moet betalen.<sup>11</sup> Veel critici<sup>12</sup> zijn dan ook van mening dat door deze strijdigheden de dividendbelasting afgeschaft moet worden.

## 1.2 Probleemstelling

Om te kunnen onderzoeken om zich nog een strijdigheid met de dividendbelasting voordoet, is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

*Is het Nederlandse belastingstelsel ten aanzien van portfoliodividenden in strijd met het EU-recht?*

---

<sup>6</sup> Richtlijn 2011/96/EU.

<sup>7</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, 'Belasting op dividend van natuurlijke personen in de interne markt', *Mededeling van de Commissie aan de raad, het Europees Parlement en het Europees economisch en sociaal comité* 2003.

<sup>8</sup> P. Kavelaars, 'Dividend(belasting) en de EU', *TFO* 2008/77.

<sup>9</sup> Commissie van de Europese Gemeenschappen, 'Coördinatie van de directebelastingstelsels van de lidstaten op de interne markt', *Mededeling van de Commissie aan de raad, het Europees Parlement en het Europees economisch en sociaal comité* 2006.

<sup>10</sup> Voor verdere uitleg zie 1.2 'Probleemstelling'.

<sup>11</sup> J.W. Rompen, 'Niet afschaffen van dividendbelasting vormt een steeds groter risico voor Nederland', *WFR* 2013/1009.

<sup>12</sup> J.W. Rompen, F.P.J. Snel, D.E. van Sprundel, N. Haan, E.J.W. Heithuis, .J. Oortwijn, D.A. Hofland, J.A. Lorié, F.H.H. Weekers.

Met het Nederlandse belastingstelsel wordt bedoeld: de systematiek van het inhouden van Nederlandse dividendbelasting en de verrekeningsmogelijkheden van deze belasting binnen het Nederlandse belastingstelsel.

Ten aanzien van de bronbelasting op dividenden wordt in de meeste door Nederland gesloten belastingverdragen een onderscheid gemaakt tussen ‘deelnemingsdividenden’ en ‘portfoliodividenden’. Onder deelnemingsdividenden verstaat men het dividend dat wordt ontvangen uit een deelneming. Wanneer een aandelenbelang kwalificeert als een deelneming kan per belastingverdrag variëren, maar meestal is een percentage van 10 of 25 overeengekomen. Wordt dividend ontvangen uit een belang dat niet kwalificeert als deelneming, dan spreekt men over portfoliodividend (beleggingsdividend).<sup>13</sup>

### 1.3 Opzet

In deze scriptie zal gebruik worden gemaakt van verschillende hoofdstukken om de probleemstelling te beantwoorden.

In hoofdstuk 2 staat de werking van de dividendbelasting centraal. Een goed begrip van de werking van deze belasting is van belang om de mogelijk knelpunten van deze belasting te kunnen vaststellen. Het belang van deze belasting komt ook aan de orde.

Hoofdstuk 3 zet uiteen hoe het EU-recht is opgebouwd. Aangezien er getoetst wordt aan het EU-recht is het van belang te weten op welke gronden dit mogelijk is. Behandeld wordt wanneer er sprake is van een strijdigheid met het EU-recht en wordt het toetsingskader uiteengezet.

In hoofdstuk 4 staat de lijn van het Hof van Justitie centraal, met daarbij voornamelijk de vergelijkingsmaatstaf die het HvJ toepast.

In Hoofdstuk 5 wordt een zaak getoetst aan het EU-recht waar er mogelijk sprake is van strijdigheid met het EU-recht. Deze zaak ziet op een buitenlandse particulier die de in Nederland ingehouden dividendbelasting niet kan verrekenen in de woonstaat.

Hoofdstuk 6 ziet ook op een toetsing aan het EU-recht. In deze zaak kan belanghebbende de Nederlandse dividendbelasting niet verrekenen omdat er in het desbetreffende jaar een verlies is geleden. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden of dit leidt tot strijdigheid met het EU-recht.

---

<sup>13</sup> Besluit 4 januari 1999, nr. IFZ98/1470, BNB 1999/97.

Hoofdstuk 7 wordt getoetst of de heffing van dividendbelasting ten aanzien van niet EU-landen ook in strijd is met het EU-recht. Er wordt alleen getoetst aan het vrije verkeer van kapitaal omdat deze vrijheid derdenwerking heeft. Het gaat hierbij om de landen die geen belastingverdrag met Nederland hebben gesloten en waarbij het BvdB 2001 ook niet van toepassing is.

Hoofdstuk 8 vormt het sluitstuk van deze masterscriptie en zal een antwoord geven op de probleemstelling. Dit antwoord wordt enerzijds gevormd door conclusies uit de andere hoofdstukken en anderzijds door aanbevelingen.

#### 1.4 Afbakening onderwerp

Met niet-ingezetene wordt een inwoner van een andere lidstaat of EER-land bedoeld. Er zal alleen getoetst worden of er sprake is van een strijdigheid met het EU-recht in de hiervoor genoemde twee situaties. Naar vergelijkbare grensoverschrijdende situaties zal niet specifiek gekeken worden. Dit gaat het onderzoek te buiten omdat dan naar elke belastingverdrag en de nationale wetgeving van de andere lidstaat gekeken moet worden.

## 2. De dividendbelasting

Allereerst is het van belang om de systematiek van de dividendbelasting te begrijpen. De aanleiding en de basisprincipes van de dividendbelasting worden duidelijk uit de ontstaansgeschiedenis. Daarna zal dieper worden ingegaan op de huidige systematiek van de dividendbelasting. Kort wordt dan ook besproken waar de mogelijke knelpunten van deze belasting zich bevinden. Indien uit deze scriptie blijkt dat er sprake is van een strijdigheid met het EU-recht, kan men door begrip van de ontstaansgeschiedenis gericht op zoek gaan naar mogelijke oplossingen.

### 2.1 Ontstaansgeschiedenis

De Wet op het Patentrecht 1819 kan als eerste voorloper van de huidige wetgeving op het gebied van de dividendbelasting worden gezien. Het doel van deze wet was om de opbrengst van ieder bedrijf of beroep te belasten. De geheven belasting verschilde per bedrijf en beroep. Vermoedelijk speelde de omvang van bedrijven hierbij ook een rol.<sup>14</sup> Als maatstaf van de ondernemingswinsten werd de winstuitdeling van de vennootschappen genomen. Aan het eind van de negentiende eeuw werd de Wet op het Patentrecht vervangen door twee nieuwe wetten: de Wet op de Vermogensbelasting 1892 en de Wet op de Bedrijfsbelasting 1893. Deze nieuwe wetten waren een algemene gesplitste inkomstenbelasting. De reden voor deze splitsing was om vermogen zwaarder te belasten dan 'earned income'.<sup>15</sup>

De Wet op de Vermogensbelasting 1892 vormde een inkomstenbelasting waarbij belasting werd geheven over de opbrengst van het vermogen. Bij de Wet op de Bedrijfsbelasting 1893 werd belasting geheven over de ingehouden winst van bedrijven.<sup>16</sup> Omdat beide genoemde belastingen te weinig opbrachten werd er een echte inkomstenbelasting overwogen waarbij verschillende tarieven voor inkomsten uit bedrijven en uit vermogen zouden gelden. Als gevolg hiervan werd op 19 december 1914 de Wet op de Inkomstenbelasting ingevoerd. Deze wet was van toepassing op de uitgedeelde bedrijfswinsten.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> J. Mobach, L. Sillevius & G. van Westen, *Nico de Vries Bundel - Veranderend belastingklimaat*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 135-147.

<sup>15</sup> A.J. van Soest, *Belastingen - Inkomstenbelasting - Vennootschapsbelasting - Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 - Nederlands Standaardverdrag*, Deventer: Kluwer 2007, pag. 3.

<sup>16</sup> J.C.K.W. Bartel, 'Rechtsgrond dividendbelasting', *NJB* 2005/26, p. 1337 en J.C.K.W. Bartel, *Belastingaspecten van de opbrengst van (beurs)aandelen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 8-12.

<sup>17</sup> J.C.K.W. Bartel, *Belastingaspecten van de opbrengst van (beurs)aandelen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 12-13.

De Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917 trad op 1 mei 1918 in werking. Het idee van deze belasting was dat er naast een algemene inkomstenbelasting ook een aantal zakelijke opbrengstbelasting moest bestaan. Hierbij werd een vergelijking gemaakt met grond. Grond was ook een vermogensbestanddeel dat inkomsten genereerde en onderworpen was aan een belasting. Dat daarbij niet werd gekozen voor het direct belasten van de winst, maar belasting werd geheven op het moment van uitdeling kwam voort uit een praktische overweging. Wanneer de winst direct belast zou worden, moest de winst van het bedrijf worden vastgesteld. Kortom, het was gemakkelijker om de uitdelingen in plaats van de winsten van de bedrijven te belasten. Eer werd aan deze systematiek vastgehouden, omdat volgens minister Van Gijn het begrip uitdelingsbelasting als zodanig was ingeburgerd.

Op basis van de Wet op de Dividend- en Tantiëmebelasting 1917 werd geheven over uitdelingen en over de tantièmes van naamloze vennootschappen, commanditaire vennootschappen op aandelen, coöperatieve en andere verenigingen en onderlinge verzekeringsmaatschappijen. Het tarief bedroeg 5% en is steeg gedurende de jaren 1917-1941 naar 12.05%. Alleen in het geval van uitdelingen werd er belasting geheven. Het voornaamste doel van deze belasting was het genereren van opbrengsten voor de staat. De belasting moest geheven worden over de deelgerechtigde in de winst en niet van het lichaam zelf.<sup>18</sup>

Op 24 juni 1941 werd het Besluit op de Winstbelasting 1940 ingevoerd tezamen met het Besluit op de Dividendbelasting 1941. Door het Besluit op de Winstbelasting 1940 kon er direct over de bedrijfswinsten geheven worden. De opbrengst voor de staat zou zodoende toenemen. Uit het Besluit op de Dividendbelasting 1941 vloeide voort dat er belasting over de opbrengsten van aandelen, winstbewijzen en winstdelende obligatiën kon worden geheven. Het moest in deze situaties wel gaan om een naamloze vennootschap of een commanditaire vennootschap op aandelen welke in het Rijk gevestigd was.<sup>19</sup> In het Besluit inkomstenbelasting 1941

---

<sup>18</sup> J.H.R. Sinninghe Damsté, *De Wet op de dividend- en tantiëmebelasting*, Zwolle: Tjeenk Willink 1925, p. 3-55, geeft een uitvoerig overzicht van de geschiedenis en beginselen der wet op de dividend- en tantiëmebelasting.

J. de Willegen, *Vakstudie, deel X, C, Wetten op de dividend- en tantiëmebelasting, Couponbelasting, Richtige Heffing, Plaatselijke belastingen, e.a.* Deventer: Kluwer (losbl.) en J.C.K.W. Bartel, *Belastingaspecten van de opbrengst van (beurs)aandelen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 13-18 schetst de wet op de dividend- en tantiëmebelasting.

<sup>19</sup> J.C.K.W. Bartel, 'Rechtsgrond dividendbelasting', *NJB* 2005/26, p. 1338-1339, gaat in op de historische ontwikkeling van het Besluit op de Dividendbelasting 1941.

F. van Blerkom, *Besluit op de inkomstenbelasting 1941 en Besluit op de dividendbelasting 1941*, Leiden: Nederlandse uitgeverij NV 1950 en J.C.K.W. Bartel, *Belastingaspecten van de opbrengst van (beurs)aandelen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 19-21 schetst het Besluit op de dividendbelasting 1941.

en het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 werd afzonderlijk bepaald dat de dividendbelasting een voorheffing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting was. Naast de gewone dividendbelasting werd er ook een ‘superdividendbelasting’ ingevoerd. De reden was het ontmoedigen van het uitkeren van meer dan 6% van het gestorte kapitaal als dividend. Dit gold alleen voor bedrijven met meer dan 500.000 gulden aan nominaal kapitaal. Indien bedrijven toch meer dan 6% van het gestorte kapitaal als dividend uitkeerden, dan werd er belasting geheven, waarbij het tarief kon oplopen van 50% naar 400%. De reden van de invoering van deze belasting was om te voorkomen dat bedrijven teveel winst zouden uitkeren met als gevolg dat er te weinig winst zou resteren voor belastingheffing en er gedwongen leningen aan de Duitse bezetter ontstonden. Na de bevrijding werd dit Besluit op de Dividendbelasting 1941 gehandhaafd onder de voorwaarde dat de Nederlandse tekst bindend was. Dit vanwege de mogelijkheid dat de Nederlandse interpretatie afweek van de Duitse interpretatie. Tijdens de bezetting prevaleerde namelijk de Duitse tekst. De superdividendbelasting werd afgeschaft. In het kader van algemene herziening van de belastingwetgeving werd op 27 juli 1960 een nieuw ontwerp voor de dividendbelasting ingediend. De wijzigingen daarin hielden voornamelijk in dat de dividendbelasting beter zou aansluiten op de andere belastingwetgeving en op de AWR.<sup>20</sup>

Een internationale ontwikkeling die zich toen voordeed was dat er werd aangenomen dat hefingsrechten met betrekking tot portfoliodividenden steeds vaker ook toekwamen aan het vestigingsland van het uitdelende lichaam in plaats van alleen aan het domicilieland van de aandeelhouder. Daartoe werd het tarief van de dividendbelasting van 15% naar 25% verhoogd. Uit de parlementaire behandeling van de Wet op de Dividendbelasting blijkt ook dat men de gedachte had dat op deze manier de onderhandelingspositie van Nederland bij het afsluiten van belastingverdragen zou worden versterkt.<sup>21</sup> Dit wetsontwerp werd op 23 december 1965 van kracht. Tegelijkertijd werd ook de uitvoeringsbeschikking Dividendbelasting ingevoerd.

Gedurende de bestaansjaren van de Wet op de Dividendbelasting 1965 zijn er enkele wijzigingen aangebracht. Deze wijzigingen hebben onder meer betrekking op de moeder-

---

<sup>20</sup> Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 5.

<sup>21</sup> O.C.R. Marres & P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, par. 1.1, Kamerstukken I 2006/07, 30 533 en Wet van 21 juli 2007, Stb. 2007, 269.

dochterraichtlijn, antidividendstripping, de uitbreiding van de vestigingsplaatsfictie en op diverse wijzigingen die voortvloeien uit de Wet werken aan winst.<sup>22</sup>

## 2.2 De werking van de dividendbelasting

De dividendbelasting is een belasting die bij de bron wordt ingehouden. De belasting wordt ingehouden van degene die gerechtigd is tot de opbrengst van aandelen van in Nederland gevestigde kapitaalvennootschap.

### 2.2.1. Inhoudingsplicht

De inhoudingsplicht geldt voor zowel binnenlandse als buitenlandse vennootschappen die feitelijk in Nederland gevestigd zijn. Wel is het van belang dat het een Nederlandse kapitaalvennootschap betreft.<sup>23</sup> Bij wetsfictie is bepaald dat indien de oprichting van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal naar Nederlands recht heeft plaatsgevonden, deze geacht wordt in Nederland gevestigd te zijn. Daarnaast wordt een fonds met bewijzen voor gemene rekening<sup>24</sup> gelijk gesteld met vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal. De woon- of vestigingsplaats van de aandeelhouder is irrelevant voor de inhoudingsplicht.

Met betrekking tot buitenlandse vennootschappen kan er sprake zijn van overkill.<sup>25</sup> Dit komt doordat er nu ook over de in het buitenland opgebouwde winstreserve belasting kan worden geheven. Deze belasting wordt pas geheven bij het uitkeren van de winst. Het oorsprongsbeginsel speelt geen rol binnen de dividendbelasting. Dit bleek ook uit het ‘Ierland’-arrest<sup>26</sup> waar Nederland op basis van de vestigingsplaatsfictie dividendbelasting inhield, terwijl de vennootschap feitelijk in Ierland gevestigd was. In de conclusie van A-G Verburg kwam ook duidelijk naar voren dat oorsprong van de winsten moest worden geëlimineerd.<sup>27</sup> Het feit dat het oorsprongsbeginsel geen rol vervult binnen de dividendbelasting is in lijn met de inkomsten- en vennootschapsbelasting, waar het inkomen c.q. de winst geheel wordt belast ongeacht waar het is opgekomen. Echter wordt er wel in veel gevallen een voorkoming van dubbele belasting verleend voor buitenlandse inkomsten/winsten binnen de inkomsten- c.q. vennootschapsbelasting.

---

<sup>22</sup> Wet van 30 november 2006, Stb . 2006, 631.

<sup>23</sup> Artikel 1 Wet DB 1965.

<sup>24</sup> Zoals bedoeld in artikel 2 lid 2 VPB 1969.

<sup>25</sup> R.P.C. W. M. Brandsma, *Capita Selecta Dividendbelasting*, Koninklijke vermande: Leylstad,1995, pag. 122.

<sup>26</sup> HR 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379.

<sup>27</sup> HR 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379, (concl. A-G Verburg).

### 2.2.2. Heffingsobject

De dividendbelasting is een opbrengstbelasting omdat er over de opbrengsten van aandelen wordt geheven. Het begrip aandelen wordt uitgebreid met winstbewijzen en geldleningen zoals is bedoeld in artikel 10, eerste lid onderdeel d, VPB 1969. Tot de opbrengsten behoren zowel onmiddellijke als middellijke uitdelingen van de winst die, anders dan tijdelijke beleggingen, worden uitgekeerd en meer bedragen dan het gemiddelde gestorte kapitaal van de desbetreffende aandelen. Indien een opbrengst niet in geld wordt genoten, dient men de waarde in het economisch verkeer vast te stellen. Over dit bedrag wordt dan 15% dividendbelasting ingehouden.<sup>28</sup>

### 2.2.3. Vrijstellingen

In bepaalde situaties is het mogelijk dat er een vrijstelling van de dividendbelasting wordt verleend. Dit is alleen mogelijk als de opbrengstgerechtigde ook de uiteindelijk gerechtigde is. De wettekst geeft een negatieve omschrijving van het begrip uiteindelijke gerechtigde.<sup>29</sup> Een natuurlijk persoon of rechtspersoon wordt niet als uiteindelijke gerechtigde aangemerkt indien een samenstel van transacties is verricht waarbij de opbrengst gedeeltelijk of geheel toekomt aan een natuurlijk persoon of rechtspersoon welke in mindere mate recht heeft op een teruggave of vermindering van de dividendbelasting. Hiermee wordt misbruik voorkomen waarbij een natuurlijk persoon of rechtspersoon tussen de oorspronkelijke eigenaar en de kapitaalvennootschap wordt geschoven om dividendbelasting te vermijden of te verminderen.

Wanneer er sprake is van een fiscale eenheid, de deelnemingsvrijstelling of deelnemingsverrekening is van toepassing en deze voordelen behoren tot het vermogen van een onderneming die in Nederland wordt gedreven wordt er geen dividendbelasting ingehouden. Deze faciliteit staat ook open voor ondernemingen die in een andere lidstaat van de EU of de EER gevestigd zijn en waarop de deelnemingsverrekening of deelnemingsvrijstelling van toepassing is indien de onderneming in Nederland gevestigd zou zijn.

In het geval de opbrengstgerechtigde als beleggingsinstelling<sup>30</sup> wordt aangemerkt, geldt deze vrijstelling niet voor kapitaalvennootschappen die in een andere lidstaat van de EU of de EER gevestigd zijn.

---

<sup>28</sup> Artikel 5 Wet DB 1965.

<sup>29</sup> Artikel 9.2 Wet IB 2001 en artikel 25 VPB 1969 en Richtlijn 2003/49/EG.

<sup>30</sup> Volgens artikel 6a of artikel 28 VPB 1969.



Voor een beursgenoteerde kapitaalvennootschap bestaat de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden eigen aandelen onbelast in te kopen. Deze voorwaarden betreffen het bedrag dat maximaal onbelast mag worden ingekocht. Overschrijdt men deze limiet, dan wordt alleen het bedrag boven de limiet belast met de dividendbelasting.

Binnen de dividendbelasting bestaat ook een teruggaveregeling. In een aantal gevallen fungeert de dividendbelasting als een eindheffing doordat een in Nederland gevestigde kapitaalvennootschap niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen. In artikel 10 DB 1965 wordt de mogelijkheid geboden om de ingehouden dividendbelasting terug te geven. Deze teruggaveregeling voorkomt dat economische dubbele heffing plaatsvindt.

De hierboven genoemde vrijstelling volgens artikel 10 DB 1965 is alleen van toepassing voor zover de opbrengstgerechtigde ook daadwerkelijk de uiteindelijk gerechtigde is. Deze faciliteit staat ook open voor buitenlandse kapitaalvennootschappen die in een lidstaat van de EU of de EER gevestigd zijn indien zij aan de dubbele onderworpenheidstoets voldoen. Deze dubbele onderworpenheidstoets houdt in dat een lichaam in de vestigingsstaat niet onderworpen is aan een belasting en indien zij in Nederland gevestigd zou zijn, zij ook niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen zou zijn. Deze regeling is echter nooit van toepassing op beleggingsinstellingen<sup>31</sup>.

Een andere mogelijkheid tot een teruggave van dividendbelasting betreft portfolio-investeringen van niet-onderworpen lichamen die in derde landen gevestigd zijn. De voorwaarde hiervoor is dat er voldoende informatie-uitwisseling met het derde land moet bestaan. De dubbele onderworpenheidstoets is hier ook van toepassing.

Binnen de dividendbelasting bestaat ook de faciliteit om bij dooruitdelingen van de winst aanspraak te maken op een vermindering van de dividendbelasting. De deelnemingsvrijstelling voorkomt dat de buitenlandse bronheffing verrekend kan worden. Dit leidt tot een kostenpost voor het bedrijfsleven.<sup>32</sup> De voorwaarden van deze faciliteit omvatten onder andere dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing moet zijn en men geen recht heeft op een volledige teruggave van de bronheffing. Om de buitenlandse bronheffing toch te kunnen verrekenen is het van belang dat de dooruitgedeelde winsten onderworpen zijn aan de Nederlandse divi-

---

<sup>31</sup> Zoals bedoeld is in artikel 6a of artikel 28 VPB 1969.

<sup>32</sup> J.A. Booi, 'Vermindering dividendbelasting bij dooruitdeling', *Fiscaal Praktijdblad* 2003, nr. 10.

dendbelasting. De tegemoetkoming waarop belastingplichtige dan recht heeft is 3% van de tijdige dooruitgedeelde bruto-opbrengst van het buitenlandse dividend.<sup>33</sup>

Voor fiscale beleggingsinstellingen staat er ook een faciliteit open om minder dividendbelasting af te dragen. Een afdrachtsvermindering is mogelijk voor zowel binnenlandse als buitenlandse beleggingsinstellingen. Wel dienen de beleggingsinstellingen te voldoen aan de vereisten van artikel 28 VPB 1965. De grootte van de in het buitenland ingehouden bronbelasting.

#### 2.2.4. Voorheffing

De dividendbelasting is een voorheffing van zowel de inkomsten- als vennootschapsbelasting en heeft als doel om uiteindelijk te worden verrekend met een van deze belastingen. In Nederland wordt de dividendbelasting als voorheffing aangemerkt. Artikel 15 AWR stelt dat de in de belastingwet genoemde voorlopige aanslagen en voorheffingen verrekend dienen te worden in de definitieve aanslag. De belastingplichtige kan alleen de ingehouden dividendbelasting als voorheffing verrekenen wanneer zij aan de inkomsten- of vennootschapsbelasting onderworpen is.

Een voorheffing is een objectieve heffing waarbij geen rekening wordt gehouden met de persoonlijke situatie van de ontvangende partij. Het is daarom mogelijk dat er nog een correctie van de belastingdruk plaatsvindt op het niveau van de ontvangende partij. De Nederlandse belastingwet voorziet in de mogelijkheid van een verrekening van de dividendbelasting binnen de inkomsten- en vennootschapsbelasting. De ingehouden dividendbelasting komt slechts in aanmerking voor een teruggaaf indien en voor zover zij de materiële belastingschuld overtreft.<sup>34</sup> Als er geen aanslag vennootschapsbelasting wordt opgelegd, kan de ingehouden dividendbelasting niet worden verrekend. De ingehouden bronheffing dient dan als eindheffing.

In grensoverschrijdende situaties geldt deze teruggaveregelings niet. Een buitenlandse entiteit die niet in Nederland gevestigd is kan haar dividendbelasting alleen verrekenen indien zij Nederlands inkomen geniet. Hiervoor bestaan een tweetal mogelijkheden. De eerste is dat er sprake is van een vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger of er moet sprake zijn van belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang<sup>35</sup>. In de overige gevallen is het aan de woonstaat

---

<sup>33</sup> J.A. Booij, 'Vermindering dividendbelasting bij dooruitdeling', *Fiscaal Praktijdblad* 2003, nr. 10.

<sup>34</sup> HR 16 oktober 1991, nr. 26.465, BNB 1991/340.

<sup>35</sup> In de zin van Hoofdstuk 4 Wet IB 2001.

van de ontvangende partij om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Een teruggave kan wel gedeeltelijk plaatsvinden op basis van het belastingverdrag dat tussen twee verdragsstaten is gesloten. Dit is het geval als Nederland meer belasting heeft geheven dan is toegestaan op basis van het belastingverdrag.

Binnen de inkomstenbelasting regelt artikel 9.2 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 dat de ingehouden dividendbelasting als voorheffing verrekend mag worden met de aanslag inkomstenbelasting. Indien de ingehouden dividendbelasting groter is dan de verschuldigde belasting en premies over het verzamelinkomen op grond van artikel 2.18 Wet IB 2001, wordt de teveel ingehouden dividendbelasting teruggegeven. Voorwaarde die de wetgever hieraan stelt is dat de belastingplichtige wel de uiteindelijke gerechtigde tot de opbrengst van het dividend moet zijn.<sup>36</sup> Aandeelhouders die geen Nederlandse ingezetenen zijn hebben ook de mogelijkheid om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Net als voor binnenlandse belastingplichtigen geldt ook artikel 9.2 Wet IB 2001 voor buitenlands belastingplichtigen. Een buitenlands belastingplichtige kan alleen de ingehouden bronbelasting verrekenen indien het bestanddeel waar deze dividendbelasting betrekking op heeft onder het verzamelinkomen valt.<sup>37</sup> Het verzamelinkomen is het gezamenlijke bedrag van box 1, box 2 en box 3.<sup>38</sup> Valt het bestanddeel niet onder het verzamelinkomen, dan is verrekening niet mogelijk.

Binnen de Wet VPB 1969 vindt ook een verrekening van de ingehouden dividendbelasting plaats.<sup>39</sup> De geheven dividendbelasting wordt als voorheffing aangemerkt, mits er wordt afgezien van inhoudingsvrijstelling bij dooruitdeling van dividenden.<sup>40</sup> Deze voorheffing kan worden verrekend indien zij betrekking heeft op bestanddelen van de winst die onderdeel vormen van het Nederlandse inkomen. De belastingplichtige moet dus onderworpen zijn aan de Wet VPB 1969 als hij/zij haar ingehouden dividendbelasting wil verrekenen.

Het is ook mogelijk voor rechtspersonen die in Nederland niet onderworpen zijn aan de Wet VPB 1969 om ingehouden dividendbelasting terug te krijgen. Op verzoek van belastingplichtige kan de inspecteur een teruggave van dividendbelasting verlenen op grond van een voor bezwaar vatbare beschikking. De voorheffing kan men echter alleen verrekenen indien de

---

<sup>36</sup> Artikel 9.2 lid 2 Wet IB 2001.

<sup>37</sup> Artikel 9.2 lid 8 Wet IB 2001.

<sup>38</sup> Artikel 2.18 Wet IB 2001.

<sup>39</sup> Artikel 25 Wet VPB 1969.

<sup>40</sup> Artikel 12, lid 1 Wet DB 1969.

belastingplichtige, ten laste van wie de dividendbelasting is ingehouden, de uiteindelijke gerechtigde is.<sup>41</sup>

Om een beroep te doen op dit verrekeningsartikel<sup>42</sup> binnen de Wet VPB 1969 dient er ook daadwerkelijk dividendbelasting te zijn ingehouden. Hierbij zijn twee momenten van belang: het moment van inhouding en het moment van afdracht. In de literatuur wordt gesteld dat het moment van inhouding bepalend is voor de beoordeling of er dividendbelasting is geheven.<sup>43</sup> Dit is namelijk het moment waarop ten opzichte van de gerechtigde de dividendbelasting wordt geheven omdat de inhoudingsplichtige het belastbare bedrag afzondert met het oogmerk het aan de fiscus af te dragen.

#### 2.2.5. Economische en juridische dubbele heffing

Economische en juridische dubbele heffing zijn begrippen die veelvuldig gebruikt worden bij de dividendbelasting.

Economische dubbele belasting ontstaat indien een subject tweemaal belast wordt voor dezelfde opbrengst op grond van verschillende belastingen. Dividendbelasting leidt in het algemeen tot economische dubbele belasting. De reden is dat er eerst over de winst belasting wordt geheven op het niveau van de vennootschap en daarna nogmaals bij de uitkering van de winst op het niveau van de aandeelhouder. De aandeelhouder kan aan zowel de inkomsten- als vennootschapsbelasting onderworpen zijn. Deze economische dubbele heffing kan zowel binnen één jurisdictie als meerdere jurisdicties ontstaan.

Van juridische dubbele belasting is sprake indien bij dezelfde persoon tweemaal belasting over hetzelfde object wordt geheven. Deze situatie doet zich onder andere voor indien een Nederlandse ingezetene onroerend goed heeft in Duitsland. Duitsland wil over de inkomsten uit dit onroerend goed belasting heffen op basis van het situsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat het bronland, het land waar de inkomsten opkomen of het land waarin het onroerend goed is gelegen, belasting mag heffen. Echter omdat Nederland op basis van het nationaliteitsbeginsel heft, wordt er geheven over alle inkomsten die een Nederlander ontvangt. De inkom-

---

<sup>41</sup> Artikel 25 lid 2 Wet VPB 1969.

<sup>42</sup> Artikel 25 Wet VPB 1969.

<sup>43</sup> Cursus Belastingrecht, (Vennootschapsbelasting), onderdeel 6.0.1.C, O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, par. 2.3.2.1 en NFDR, Vennootschapsbelasting, art. 25 Voorheffingen.

sten uit het onroerend goed worden in deze situatie belast in zowel Duitsland, op grond van het situsbeginsel, als in Nederland, op grond van het nationaliteitsbeginsel.

Belastingverdragen zien toe op het voorkomen van juridische dubbele heffing en niet op het voorkomen van economische dubbele heffing. Er worden afspraken gemaakt over welk land heffingsbevoegd is over deze inkomsten en welk land moet terugtreden. Indien in de woonstaat daadwerkelijk een verrekening wordt verleend is het probleem van juridische dubbele economische belasting opgelost. De economische dubbele heffing kan dan nog wel blijven bestaan.

### 2.2.6 Internationaal perspectief

Internationaal kunnen dividendstromen Nederland binnenkomen en uitgaan. De dividenden worden normaliter in de bronstaat belast door middel van een bronheffing en daarna in de woon- of vestigingsstaat op basis van het wereldinkomen of -winst. Het is zodoende mogelijk dat er dubbele heffing ontstaat door de combinatie van dividendbelasting met inkomsten- of vennootschapsbelasting. Zowel aan de kant van de bronstaat als van de woon- of vestigingsstaat kan vermindering c.q. voorkoming optreden.

#### Inkomende dividendstromen

Allereerst zal er hier worden ingegaan op de behandeling van inkomende dividendstromen. In beginsel belast Nederland het wereldinkomen van zijn ingezetenen. Door de bronheffing op dividenden kan er dubbele economische belastingheffing ontstaan.

In de meeste belastingverdragen is de bronheffing gemaximeerd tot 15%. Dit geldt met name voor ontwikkelde (OESO-)landen. In de belastingverdragen die Nederland met haar verdragspartners heeft is hiervan sprake, behalve in het belastingverdrag met Turkije. In dit belastingverdrag is een tarief van 20% voor portfoliodividenden afgesproken.

De belastingvoorkoming of –vermindering op basis van een belastingverdrag kan op twee manieren tot stand komen. De bronstaat kan direct bij de inhouding het tarief verlagen of kan dit achteraf doen op verzoek van de in Nederland gevestigde of woonachtige uiteindelijke gerechtigde. De laatste manier is de meest voorkomende, wat zorgt voor veel administratieve lasten bij de belastingplichtige.

Het is mogelijk om in Nederland de buitenlandse bronheffing te verrekenen. Dit gebeurt meestal middels het belastingverdrag. Ontbreekt een dergelijk belastingverdrag tussen de

bron- en woonstaat, dan is het alsnog mogelijk de bronheffing te verrekenen. Het is hierbij wel van belang dat er sprake is van een ontwikkelingsland<sup>44</sup>. Voor slechts 18 van de 195 landen, aangesloten bij de Verenigde Naties, geldt, dat er geen belastingverdrag met Nederland bestaat en dat het land niet genoemd wordt in de lijst van ontwikkelingslanden in het BvdB 2001.<sup>45</sup>

Nederland biedt een mogelijkheid tot verrekening van zowel de door Nederland ingehouden dividendbelasting als van de in het buitenland ingehouden dividendbelasting. Er wordt daarbij wel een onderscheid gemaakt tussen actief inkomen (winst uit onderneming, inkomsten uit arbeid of uit zelfstandig beroep) en passief inkomen (interest, royalty's en dividenden). Voor actief inkomen verleent Nederland een belastingvrijstelling en is er sprake van kapitaal import neutraliteit. Er wordt binnen één belastingjurisdictie geen onderscheid gemaakt tussen binnen- en buitenlanders. Dit houdt in dat ondernemers, zelfstandigen en werknemers op de buitenlandse markt onder dezelfde voorwaarden moeten kunnen concurreren als de lokale ondernemers, zelfstandigen en werknemers. Voor het passieve inkomen geldt een belastingverrekening en is er sprake van kapitaal export neutraliteit. Een belastingvermindering houdt in dat de in Nederland verschuldigde belasting wordt verminderd met het bedrag dat in het buitenland aan bronheffing is geheven. Dit bedrag wordt echter gemaximeerd tot het bedrag dat Nederland zelf zou heffen over deze inkomsten. Hierdoor wordt er getracht gelijkheid te creëren tussen Nederlandse ingezetenen die in Nederland beleggen en Nederlandse ingezetenen die in het buitenland beleggen. Nederland heft door middel van de inkomsten- of vennootschapsbelasting indien de belastingdruk in het buitenland lager is.<sup>46</sup> Hierdoor zijn Nederlandse ingezetenen op basis van de belastingdruk indifferent in de keuze om in Nederland of in het buitenland te beleggen. Deze lijn met betrekking tot het verrekenen van het actieve en passieve inkomen hanteert Nederland ook bij het sluiten van belastingverdragen.

Dividend kan zowel een vorm van een actief als een passief inkomen zijn. Hierdoor kan zowel de vrijstelling- of verrekeningsmethode van toepassing zijn. Het is ook mogelijk dat de ingehouden bronheffing als eindheffing fungeert omdat de belastingplichtige niet onderworpen is aan de inkomsten- of vennootschapsbelasting. Het is dan niet mogelijk om de ingehouden buitenlandse bronheffing te verrekenen. Dit geldt zelfs indien het belastingverdrag een vrijstellings- of verrekeningsmethode toestaat. Deze uitzondering doet zich bijvoorbeeld voor

---

<sup>44</sup> Genoemd in de lijst volgens artikel 2 Uitv.reg. BvdB 2001.

<sup>45</sup> O.C.R. Marres & P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, pag. 148.

<sup>46</sup> O.C.R. Marres & P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, pag. 145-146.

bij deelnemingsdividenden. Deze worden namelijk als actief inkomen beschouwd omdat het, via de dochtermaatschappij, een indirecte uitdeling van winst uit onderneming is. Buitenlandse deelnemingsdividenden zijn vrijgesteld van Nederlandse vennootschapsbelasting op grond van de deelnemingsvrijstelling. De vrijstellingsmethode heeft dan ook geen effectieve werking. De enige mogelijkheid om de ingehouden buitenlandse dividendbelasting deels te verrekenen bestaat in situaties waarbij de dividenden, waar deze buitenlandse bronheffing op ziet, worden door uitgedeeld.<sup>47</sup> In alle overige gevallen komt men wel toe aan de vrijstellings- of verrekeningsmethode.

### Uitgaande dividendstromen

Voor de heffing van dividendbelasting is het irrelevant waar de opbrengstgerechtigde gevestigd of woonachtig is. Voor de mogelijkheid tot verrekenen van de dividendbelasting is dit wel van belang. Uitgaande dividendstromen kunnen deel uitmaken van het Nederlands belastbare inkomen indien de ontvanger van het dividend buitenlands belastingplichtig is voor de bestanddelen waarop de dividendstromen zien. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat een niet-ingezetene een onderneming, vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger in Nederland heeft, waar de dividenden aan zijn toe te rekenen. Als het dividend deel uitmaakt van het Nederlands belastbare inkomen, kan men de ingehouden dividendbelasting binnen Nederland verrekenen. De mogelijkheden die gelden voor binnenlandse situaties om te verrekenen gelden ook in deze situaties.

Indien een buitenlandse opbrengst-gerechtigde niet aangemerkt kan worden als buitenlands belastingplichtig voor de Wet IB 2001 of Wet VPB 1969, dan geldt de dividendbelasting als eindheffing. Voor zover de woon- of vestigingsstaat geen verrekening toestaat van de ingehouden bronheffing ontstaat er juridische dubbele belasting. Nederland verleent onder bepaalde voorwaarden een vermindering van de inhouding of een gedeeltelijk teruggave als er sprake is van een belastingverdrag met de woon- of vestigingsstaat. Met betrekking tot deelnemingsverhoudingen geldt er zelfs een inhoudingsvrijstelling voor zover het een situatie binnen de EU of EER betreft. De woon- of vestigingsstaat zal op grond van hetzelfde belastingverdrag een voorkoming of vermindering verlenen voor het resterende deel dat dubbele belasting kan veroorzaken. Daarnaast is het ook mogelijk dat de woon- of vestigingsstaat een

---

<sup>47</sup> Artikel 11 DB 1969.

unilaterale verrekening toestaat, zoals dat in Nederland geldt voor inkomende dividenden uit ontwikkelingslanden.<sup>48</sup>

### Moeder-dochter richtlijn

Deze richtlijn<sup>49</sup> heeft als doel om te voorkomen dat grensoverschrijdende winstuitkeringen van concerns die binnen de Europese Unie gevestigd zijn fiscaal worden gehinderd. De richtlijn heeft zelf geen directe werking maar vormt een verplichting voor de lidstaten. De lidstaten zijn verplicht om deze richtlijn om te zetten in nationale bepalingen. Zodoende is de richtlijn ook in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd. Ondanks dat de richtlijn geen directe werking heeft kunnen ingezetenen wel een beroep doen op de rechterlijke macht indien een lidstaat haar verplichting niet nakomt om de richtlijn correct te implementeren.

De moeder-dochterrichtlijn verplicht lidstaten om de inhouding van dividendbelasting achterwege te laten tussen moeder- en dochtervennootschappen die binnen de EU gevestigd zijn indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Die voorwaarden zien er onder andere op dat zowel de moeder- als dochtervennootschap moet vallen onder de vennootschappen waarop de moeder-dochterrichtlijn van toepassing is. Dit zijn voornamelijk entiteiten die in het land van oprichting onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting. Een andere belangrijk vereiste is dat de moedermaatschappij een belang van tenminste 10% in de dochtermaatschappij moet bezitten. Daarnaast moeten zowel de moedermaatschappij als de dochtermaatschappij onderworpen zijn aan een belasting over de winst. Een vrijstelling of keuzemogelijkheid mag hiervoor niet van toepassing zijn. Als aan deze voorwaarden voldaan is, mag op de dividenden die verkregen worden uit hoofde van de deelneming geen belasting worden geheven.

## 2.3 Bestaansredenen

In binnenlandse situaties wordt er binnen de Wet IB 2001 of Wet VPB 1969 een verrekening gegeven voor het bedrag dat aan dividendbelasting is ingehouden en afgedragen. In deze situatie ontbreekt het aan zelfstandigheid voor de dividendbelasting. Hierdoor kan men zich afvragen of het noodzakelijk is de dividendbelasting in stand te houden. Deze problematiek doet zich niet voor in grensoverschrijdende situaties. Hier fungeert de dividendbelasting als eindheffing. Doordat in binnenlandse situaties het bij de dividendbelasting aan zelfstandigheid ontbreekt, is het des te meer van belang dat er duidelijke bestaansredenen aanwezig zijn.

---

<sup>48</sup> O.C.R. Marres & P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2006, pag. 148-149.

<sup>49</sup> Richtlijn 2011/96/EU.



Uit de totstandkoming van de dividendbelasting blijkt dat het genereren van inkomsten voor de staat het voornaamste doel van een uitdelingsbelasting was. Deze overweging is nog steeds erg belangrijk voor de dividendbelasting. Op dit moment worden de inkomsten van de dividendbelasting geschat rond de € 2.19 miljard.<sup>50</sup> Gezien het huidige begrotingstekort is de dividendbelasting een belangrijke bron van inkomsten voor de overheid. Vooral door het feit dat deze belasting voornamelijk op niet in Nederland ingezetenen drukt. In binnenlandse situaties wordt deze belasting namelijk volledig verrekend met de inkomsten- of vennootschapsbelasting en wordt de koopkracht in Nederland door deze belasting niet negatief beïnvloed.

Daarnaast is het in sommige gevallen moeilijk om te achterhalen wie het dividend ontvangt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij beursgenoteerde ondernemingen en in internationale situaties. Bij beursgenoteerde vennootschappen betreft het naamloze vennootschappen waarbij de aandelen niet op naam staan.<sup>51</sup> Hierdoor is het lastig te traceren wie het eigendom van deze aandelen bezit. Zo kan het eigendom ook in handen zijn van een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder. In deze situaties is het dan voor Nederland gemakkelijk om een bronheffing te handhaven omdat dan niet onderzocht hoeft te worden wie de aandeelhouders zijn. Dit maakt de dividendbelasting een zeer effectieve belasting.

Daarbij komt dat de overheid door het direct heffen bij de uitdelingen direct belasting kan innen en heeft zij de zekerheid dat deze belasting ook daadwerkelijk betaald kan worden. De winsten van bedrijven hoeven niet vastgesteld te worden om de belastinggrondslag te bepalen. Er wordt enkel naar de uitdelingen gekeken. Daarbij heeft de staat tevens de zekerheid dat belastingplichtige ook over voldoende liquiditeiten beschikt om de belasting te kunnen voldoen. In het geval dat er eerst later, door bijvoorbeeld via een aanslag inkomsten- of vennootschapsbelasting, geheven wordt, bestaat de kans dat belastingplichtige het geld al heeft uitgegeven en niet meer over voldoende liquiditeiten beschikt.

Daarnaast is dit ook in lijn met het bronlandbeginsel. Bij dit beginsel worden bestanddelen toegedeeld aan het land waar gebruik wordt gemaakt van de economische faciliteiten en waar de voordelen opkomen. De uitgaande dividenden worden niet geherinvesteerd in Nederland.

---

<sup>50</sup> Dit bedrag is het bedrag dat de dividendbelasting daadwerkelijk ophaalt. Het bedrag dat verrekend wordt met de inkomsten- of vennootschapsbelasting is hier niet in verwerkt.

Centraal bureau voor de statistiek, *Belastingopbrengsten Rijk 2013*, <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/overheid-politiek/cijfers/extra/belasting-animatie.htm> (gezien op 13 oktober 2014).

<sup>51</sup> S.R. Pancham en R.P.C.W.M. Brandsma, 'Fokus op bronstaatheffing over dividenden in de Europese Unie', *WFR 2005/701*.

Vandaar dat de overheid met betrekking tot uitgaande dividenden toch een vergoeding wenst voor het gebruik van de economische faciliteiten. Wel is het van belang dat rekening wordt gehouden met het feit dat de inkomstenbestanddelen in voldoende mate aan het land kunnen worden toegerekend.

In lijn met het vorige argument kan de dividendbelasting worden gezien als een soort tolheffing. Ondernemingen maken gebruik van de Nederlandse fiscale weg, inclusief de toegang tot het netwerk van Nederlandse belastingverdragen. Het is hierbij irrelevant of het een doorstroomdividend of het de uitgekeerde winst van een Nederlandse bron betreft. Het netwerk van Nederlandse belastingverdragen pakt voor veel ondernemingen gunstig uit, waardoor Nederland veelal als doorstroomland gekwalificeerd wordt. Dit komt met name door het grote aantal belastingverdragen dat Nederland heeft afgesloten en de daarin vastgelegde lage belastingtarieven. Daarnaast leiden de deelnemingsvrijstelling en de objectvrijstelling ertoe dat er geen vennootschapsbelasting wordt betaald over de dividendstromen binnen groepsmaatschappijen. De Nederlandse staat wil voor haar netwerk van belastingverdragen een vergoeding en dus wordt er belasting geheven op het moment dat de dividenden aan de (uiteindelijk) gerechtigde worden betaald.<sup>52</sup>

Een ander belangrijk punt is dat door het heffen van dividendbelasting Nederland voorkomt dat zij als belastingparadijs wordt aangemerkt. Nederland kent de deelnemingsvrijstelling waardoor er over deelnemingsdividenden geen vennootschapsbelasting wordt geheven.<sup>53</sup> Indien Nederland ook geen dividendbelasting heft op uitgaande dividendstromen, kunnen deze dividenden gemakkelijk zonder belasting via Nederland worden doorgesluisd naar belastingparadijzen, met een extreem lage of geen winstbelasting. Het is de vraag of bronlanden bereid zijn een belastingverdrag met Nederland te sluiten met als resultaat dat het tarief van de bronbelasting wordt verlaagd en het risico wordt gelopen dat deze dividenden naar belastingparadijzen worden doorgesluisd. Zeker gezien de huidige ophef omtrent belastingontwijking zullen huidige of toekomstige verdragspartners hier waarschijnlijk niet mee instemmen. Om dit

---

<sup>52</sup> J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996, blz. 294, J.W. Bellingwout en H.M.N. Schonis, 'Dividendbelasting: tijd voor bezinning', *WFR* 2003/88, blz. 88-94 en H.E. Kostense, 'De vestigingsplaatsfictie in de dividendbelasting: een achterhaald concept', *WFR* 2003/654, blz. 654-667.

<sup>53</sup> Hierbij dient er wel aan de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling volgens artikel 13 VPB 1969 te zijn voldaan.

risico te vermijden is het voor Nederland verstandig de dividendbelasting in stand te houden.<sup>54</sup>

Door het hanteren van een dividendbelasting wordt de positie van Nederland bij onderhandelingen over belastingverdragen versterkt. Nederland heeft hierbij immers de mogelijkheid om een gedeelte van haar dividendbelasting prijs te geven in ruil voor tegemoetkoming(en) van het andere land. Indien Nederland geen dividendbelasting zou heffen moet in ruil voor tegemoetkomingen op andere punten wellicht iets worden ingeleverd. Het hanteren van de dividendbelasting is dus uit het oogpunt van onderhandelingen over belastingverdragen een gunstig middel. Het is in het buitenland echter bekend dat Nederland streeft naar vrijstelling voor deelnemingsdividenden bij onderhandelingen over belastingverdragen.<sup>55</sup> Hierdoor bestaat twijfel aan de kracht van dit argument.

Een andere bestaansreden voor de dividendbelasting is dat men kan stellen dat door de dividendbelasting bedrijven worden gestimuleerd om winsten in te houden en ontmoedigd worden om dividenden uit te keren. Door het belangenconflict van het management en de aandeelhouders zullen de aandeelhouders er niet mee akkoord gaan dat winsten in het bedrijf worden opgepot. Dit verlaagt namelijk hun rendement. De aandeelhouders zullen alleen akkoord gaan met het inhouden winsten als deze voor rendabele investeringen worden gebruikt. Vandaar dat niet-uitgekeerde winsten ook daadwerkelijk gebruikt zullen worden voor verdere investeringen. Dit zal veelal ten goede komen aan de Nederlandse economie omdat de dividendbelasting toeziet op uitkering van in Nederland gevestigde ondernemingen.

Nog een belangrijk argument om de dividendbelasting te handhaven is om fraude te voorkomen. Door middel van een voorheffing kan er met betrekking tot deze bestanddelen nog maar voor een kleiner gedeelte belasting ontdoken worden. Het bestrijden van fraude is versterkt door het invoeren van de dividendrenseinerering. Deze is in het belastingjaar 1997 ingevoerd en werd opgelegd aan banken. De dividendrenseinerering omvat alle uitbetaalde dividenden die worden verstrekt aan zowel natuurlijke als niet-natuurlijke personen. Het doel van deze maat-

---

<sup>54</sup> J.W. Bellingwout en prof. mr. H.M.N. Schonis, 'Dividendbelasting: tijd voor bezinning', *WFR* 2003/88.

<sup>55</sup> Brief staatsecretaris van Financiën van 14 augustus 1997, nr. IFZ97/791, V-N 1997/3140, in aanvulling op het Notitie staatssecretaris van Financiën 2 oktober 1996, nr. IFZ96/741, V-N 1996/4011.

regel is het aangifte-gedrag van belastingplichtigen te verbeteren. Door de dividendrenseignering is er een betere controlemogelijkheid en wordt de pakkans vergroot.<sup>56</sup>

Er zijn duidelijke redenen te vinden waarom rente en royalty's in tegenstelling tot dividenden niet onderworpen zijn aan een bronbelasting. De huidige bronbelasting op dividenden is met name tot stand gekomen doordat het als een uitdelingsbelasting is ontstaan. Voor de overheid was dit een gemakkelijke manier om bedrijven over hun winsten belastinggeld te laten betalen. Als belangrijkste reden om van bronheffing op rente en royalty's af te zien wordt aangegeven dat het invoeren niet daadwerkelijk tot meer inkomsten zal leiden. Bovendien is een groot deel van de obligaties in handen van lichamen die niet onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting en kan hierdoor de ingehouden bronheffing worden teruggevraagd.<sup>57</sup> Daarnaast is de staatssecretaris van financiën van mening dat bronheffingen leiden tot dubbele belastingen. Dit komt omdat de bronbelasting wordt geheven over de bruto uitbetaling. In het geval er al sprake is van verrekening in het ontvangende land, dan wordt deze verrekening gegeven over het netto bedrag. Dit weerhoudt de staatssecretaris om een bronbelasting op uitgaande rente en royalty's in te voeren.<sup>58</sup>

## 2.4 Samenvatting

De voornaamste reden om de dividendbelasting in te voeren was het generen van opbrengsten voor de staat. Om eenvoudsredenen is gekozen om belasting te heffen op het uitdelingsmoment van de winst. Zodoende hoefde niet de winst van de onderneming worden vastgesteld. Deze systematiek was vervolgens zo ingeburgerd dat deze systematiek werd voortgezet. De internationale ontwikkeling heeft ook bijgedragen aan het bestaan van de dividendbelasting. Heffingsrechten met betrekking tot portfoliodividenden kwamen steeds vaker toe aan het vestigingsland van het uitdelende lichaam. Daarbij draagt de dividendbelasting ook bij aan de onderhandelingspositie van Nederland bij het afsluiten van belastingverdragen.

De inhoudingsplicht geldt voor alle kapitaalvennootschappen die in Nederland zijn gevestigd en de woon- of vestigingsplaats van de aandeelhouders is irrelevant. De belasting wordt geheven over zowel middellijke als onmiddellijke uitdelingen van de winst. In bepaalde situaties is het mogelijk dat een vrijstelling van inhouding wordt verleend. Voorwaarde is wel dat de op-

---

<sup>56</sup> Kamerstukken II 1997/98, 25 600, IXB, nr. 18, Fiscaal bestuursrecht; Dividendrenseignering.

<sup>57</sup> Cursus belastingrecht, Div.bel.0.3.0 Geen bronheffing op rente, wel op dividend, Deventer: Kluwer 2014, Kamerstukken II 1980/81, 16 532, nr. 4-5 en Kamerstukken II 1985/96, 19 200, nr. 3, hoofdstuk IX B.

<sup>58</sup> Ministerie van Financiën (Directie Internationale Fiscale Zaken), Kamervragen Merkies over "the tax free tour", 22 mei 2013, IFZ/2013/216 U.

brenstgerechtigde de uiteindelijke gerechtigde van het dividend is. De Nederlandse belastingwetgeving voorziet in een verrekening van de ingehouden dividendbelasting met de inkomsten- en vennootschapsbelasting. De dividendbelasting kan leiden tot economische dubbele belasting. Economische dubbele belasting houdt in dat het subject tweemaal wordt belast en bij juridische dubbele belasting wordt er over het object tweemaal belasting geheven. Voornamelijk in grensoverschrijdende situaties is hiervan sprake. In beginsel kwalificeert dan de dividendbelasting als eindheffing. Het is mogelijk dat dat zowel de bronstaat als de woon- of vestigingsplaats een verrekening c.q. voorkoming van de ingehouden bronbelasting mogelijk maakt.

De mogelijk knelpunten van deze belasting zitten in het feit dat er in zuiver binnenlandse situaties sprake is van een verrekening c.q. voorkoming van de ingehouden bronbelasting en in buitenlandse situaties dit niet het geval is. De centrale vraag is dan wanneer zo'n verschil in behandeling tot een strijdigheid met het EU-recht leidt.

Het genereren van inkomsten voor de staat is nog steeds een belangrijke bestaansreden van de dividendbelasting. Daarnaast zijn er ook eenvoudsredenen. Zo hoeven de aandeelhouders niet getraceerd te worden en biedt het de overheid ook de zekerheid dat de belasting daadwerkelijk kan worden betaald. De dividendbelasting fungeert ook als een soort tolheffing. Door het heffen van dividendbelasting ontvangt Nederland een vergoeding voor het gebruik van haar economische faciliteiten en haar verdragennetwerk. Daarbij voorkomt Nederland door het heffen van deze belasting dat Nederland als belastingparadijs aangemerkt kan worden, versterkt zij haar onderhandelingspositie bij het afsluiten van belastingverdragen en voorkomt zij belastingfraude.

### 3. Europees Recht

In deze scriptie zal er worden getoetst aan het EU-recht. Het is hierbij van belang welke mogelijkheden het EU-recht biedt en wie kan zich hierop beroepen. Allereerst zal de geschiedenis van het EU-recht worden besproken. Hierin komt naar voren welke doel de EU nastreeft en welke lidstaten zich hieraan conformeren. Daarna zal worden besproken welke rechten er uit het EU-recht voortvloeien. Tenslotte zal er dieper worden ingegaan op het toetsingskader van het EU-recht. Dit is een algemeen toetsingskader welke door het HvJ wordt gebruikt. Naar voren komt wie zich op het EU-recht kan beroepen en wanneer er sprake is van een strijdigheid met het EU-recht.

#### 3.1 Geschiedenis

Sinds de Tweede Wereldoorlog zijn landen binnen Europa gaan samenwerken om de vrede binnen Europa te bewaren. Dit begon met het oprichten van de EGKS. De EGKS werd opgericht door België, West-Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland. Deze landen verplichtten zich om geen concurrentieverstorende maatregelen te treffen die de kolen- en staalindustrie zouden raken.<sup>59</sup>

Op 25 maart 1957 trad het Euratom-verdrag in werking. De deelnemende landen waren Nederland, België, Luxemburg, Frankrijk, Italië en (West)Duitsland. Het doel van deze gemeenschap was het scheppen van noodzakelijke voorwaarden voor een snellere totstandkoming en groei van de industrie op het gebied van kernenergie.<sup>60</sup>

Gelijktijdig met Euratom werd de EEG opgericht. Het EEG-verdrag is op 1 januari 1958 in werking getreden. België, Frankrijk, Italië, Nederland, Luxemburg en West-Duitsland waren de landen die het belastingverdrag ondertekenden<sup>61</sup> Later sloten het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Denemarken, Griekenland, Spanje, Portugal, Zweden, Finland en Oostenrijk zich hierbij aan.<sup>62</sup> De grondgedachte achter de EEG was om de welvaart binnen Europa te verhogen door het creëren van één grote markt. Hierdoor zou de levensstandaard binnen de Gemeenschap worden verbeterd. Een gestadige en stabiele groei zou zorgen voor een grotere economische

---

<sup>59</sup>J.A.R van Eijdsen, B. Kiekebel en D.S. Smit, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, FED Fiscale Brochures Serie, Deventer: Kluwer 2014, pag. 1-2.

<sup>60</sup> Europese Unie, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (Euratom), [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_euratom\\_nl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_euratom_nl.htm) bekeken op 15 september 2014.

<sup>61</sup> A.W. van der Woude, *Belastingen Begrensd*, Delft: Eburon 2000, pag. 8-10.

<sup>62</sup> R. Barents, *Het Belastingverdrag van Amsterdam in werking*, Deventer: Kluwer 1999, pag. 4.

stabiliteit. Hiervoor moest, zoals gezegd, een gemeenschappelijke en interne markt worden gecreëerd.<sup>63</sup> Om dit te bereiken moeten alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer worden afgeschaft en moeten de omstandigheden van een binnenlandse markt zoveel mogelijk worden benaderd.

Kapteyn en VerLoren van Themaat stellen drie kernpunten welke het begrip gemeenschappelijk markt kenmerken. Ten eerste moeten de belemmeringen op het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal worden afgeschaft. Ten tweede moet worden verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Ten derde moet er een gezamenlijke handelspolitiek tot stand komen. Om een interne markt te bereiken zou men ook de wetgevingen moeten harmoniseren omdat anders dispariteiten tussen wetgevingen zouden kunnen leiden tot concurrentievervalsing<sup>64</sup>

In 1986 zijn de invoerrechten tussen de EU-landen afgeschaft. Nationale regelingen leiden echter alsnog tot belemmeringen waardoor vrije grensoverschrijdende handel zich niet volledig kan ontwikkelen. De Europese Akte van 1986 is door de 12 lidstaten ondertekend. De bestaande drie Gemeenschapsverdragen zijn door dit verdrag op een aantal punten gewijzigd. De Europese Akte formaliseerde ook de samenwerking op het gebied van de buitenlandse politiek. Dit geschiedde onder de naam EPS. Voor het eerst werd omschreven dat de EPS en de drie Gemeenschapsverdragen een gemeenschappelijk doel hebben, namelijk de 'Europese Unie'. Een ander belangrijk punt uit de Europese Akte is dat de Europese Raad juridisch werd erkend. Dit is een topconferentie van staats- en regeringsleiders van de lidstaten.<sup>65</sup>

Voornamelijk in de jaren '90 hebben zich er grote veranderingen voorgedaan op het gebied van de Europese samenwerking. Op 7 februari 1992 is in het Verdrag van Maastricht het voornemen opgenomen van een toekomstige gemeenschappelijke munt en is ook nauwere samenwerking op het gebied van justitie, binnenlandse zaken, buitenlands beleid en het veiligheidsbeleid. In dit verdrag werden ook het EEG-verdrag, EGKS-verdrag en het Euratom-

---

<sup>63</sup> Artikel 2 EG-belastingverdrag.

<sup>64</sup> A.W. van der Woude, *Belastingen Begrensd*, Delft: Eburon 2000, pag. 8-10.

<sup>65</sup> R. Barents, *Het verdrag van Amsterdam in werking*, Europese Monografieën, Deventer: Kluwer 1999, pag. 2-4.

verdrag samengevoegd tot de EG.<sup>66</sup> Hierdoor ontstond er voor het eerst een gemeenschap op meer dan alleen economisch terrein.

Het jaar daarop zijn de vijf vrijheden ingevoerd. Het Verdrag van Schengen vormde een grote doorbraak binnen de Europese Unie. Sindsdien is het mogelijk voor ingezetenen van de deelnemende landen mogelijk om zonder paspoortcontroles vrije te reizen binnen deze EU-landen.<sup>67</sup>

In het Verdrag van Amsterdam zijn plannen vastgelegd om de EU-instellingen te hervormen. De bevoegdheden van het Europese Parlement zijn aanzienlijk versterkt, het sociale beleid werd erg versterkt en ontstonden er duidelijker bepalingen omtrent het buitenlandse beleid. De samenwerking op het gebied van justitie en politiek werd versterkt.<sup>68</sup> Dit werd bereikt door een gedeelte van de soevereiniteit van de lidstaten over te dragen aan de Europese Unie. Het Verdrag van Lissabon heeft er nadien voor gezorgd dat men sinds 1 december 2009 spreekt over het 'Unierecht' of 'het recht van de Europese Unie'. Het VEU is in 2009 in werking getreden. Dit verdrag zorgt dat de Europese Unie efficiënter, democratische en transparanter is. Daarnaast bevat het ook een aantal bepalingen met betrekking tot klimaatverandering en duurzame ontwikkeling. Samen met het VwEU is dit de basis van de Europese Unie. Het VEU ziet vooral toe op de belangrijkste doelstellingen van de Europese Unie en op de waarden waar de Europese Unie en haar lidstaten zich aan moeten houden. Het VwEU ziet meer toe op de details van de beleidsterreinen. Sinds het Verdrag van Lissabon spreekt men over het HvJ EU in plaats van het HvJ EG.

In de loop der tijd zijn de landen Verenigd Koninkrijk, Ierland, Denemarken, Griekenland, Spanje Portugal, Oost-Duitsland<sup>69</sup>, Finland, Oostenrijk, Zweden, Polen, Hongarije, Tsjechië, Slovenië, Estland, Cyprus tot dit samenwerkingsverband toegetreden.

### 3.2 Primair recht

In de vorige deelparagraaf is duidelijk geworden dat er op dit moment een tweetal verdragen in werking zijn binnen de Europese Unie. Dit zijn het VEU en het VwEU. Beiden hebben

---

<sup>66</sup> Europese Unie, Verdrag van Maastricht over de Europese Unie, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_maastricht\\_nl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_nl.htm) (bekeken op 15 september 2014).

<sup>67</sup> W.D. Bierens de Haan, H. Oderkerk, R.N.G. van der Paardt en P. Verhaegh, *Fiscaal recht Vastgoed*, Zutphen: Paris BV 2013, pag. 199.

<sup>68</sup> R. Barents, *Het Verdrag van Amsterdam in werking*, Deventer: Kluwer 1999, pag. 7.

<sup>69</sup> Door de hereniging van Oost- en West-Duitsland.



dezelfde juridische waarden.<sup>70</sup> Het VEU ziet voornamelijk toe op de werking van de Europese Unie. Dit omvat de instellingen die hieronder vallen, de gebieden waarop beleid wordt gevoerd en de grondbeginselen en de waarden welke binnen de EU gelden. De waarden waarop de EU berust omvatten vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtstaat en eerbiediging van de mensheid.<sup>71</sup> Het VwEU gaat dieper in op de werking en inhoud van de beleidsterreinen.<sup>72</sup> Beide hebben een directe werking, wat inhoudt dat ingezetenen van de EU-lidstaten zich rechtstreeks op deze verdragen kunnen beroepen.

### 3.2.1 De vijf vrijheden

De directe belastingen vallen niet onder de bevoegdheid van de Europese Unie. Om belemmeringen tussen lidstaten te voorkomen is het wel van belang dat de directe belastingen in overeenstemming zijn met het Unie-recht. Zodoende kan er, ondanks dat lidstaten het soevereine recht op fiscaal gebied behouden, toch zoveel mogelijk gestreefd worden naar een gemeenschappelijke markt. Dit was één van de doelstelling die de EU wilde bereiken door middel van de zogenaamde vijf vrijheden. Daarnaast zijn er bepalingen ten aanzien van de landbouw, de visserij, het vervoer, staatssteun en de kapitaaldeelname van bedrijven. Al deze bepalingen zien erop toe dat de onderlinge concurrentieverhoudingen niet worden verstoord.

De hierboven al genoemde vrijheden in het Europese systeem zijn: het vrije verkeer van goederen, van werknemers, van vestiging, van diensten en van kapitaal. Lidstaten mogen alleen discrimineren indien er een objectief verschil is tussen situaties of ingeval er sprake is van een dwingende reden van algemeen belang. Doordat deze vrijheden een directe werking hebben, kan in het geval van een belemmering het nationale recht opzij gezet worden.<sup>73</sup>

De interpretatie van de begrippen goederen, werknemers, vestiging, diensten en kapitaal wordt niet geregeld in de VwEU. De rechtspraak heeft uitgewezen dat dit communautaire begrippen zijn. Het VwEU is namelijk van gemeenschappelijke aard en niet van nationaal-rechtelijke aard. Hierdoor vallen alle ‘werknemers of daarmee gelijkgestelden’ als zodanig onder de onderscheiden nationale stelsels van sociale verzekering.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> Artikel 1, derde alinea, VEU.

<sup>71</sup> F. Amtenbrink, G. Davies en H.H.B. Vedder, *Europees recht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag, 2010.

<sup>72</sup> F. Amtenbrink, G. Davies en H.H.B. Vedder, *Europees recht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag, 2010.

<sup>73</sup> Zie voor art. 49 VwEU (43 EG), het arrest HvJ EG 21 juni 1974, nr. 2/74 (*Jean Reyners*) en voor art. 63 VwEU (56 EG) de arresten HvJ EG 14 december 1995, C-163/94, C-165/94 en C-250/94 (*Sanz de Lera e.a.*).

<sup>74</sup> H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001 en HvJ EG 19 maart 1964, nr. 75/63 (*Unger*).

## I Het vrije verkeer van goederen

Onder deze vrijheid vallen zowel goederen als producten.<sup>75</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat het om in geld waardeerbare zaken moet gaan die het voorwerp kunnen zijn van een handels-transactie.<sup>76</sup> Irrelevant bij deze vrijheid is of het gaat om grondstoffen, halffabricaten of eind-producten. Allen vallen onder deze bepaling. Het is ook mogelijk dat producten een negatieve waarde hebben, bijvoorbeeld een gevaarlijke grondstof. Immateriële goederen moet men buiten beschouwing laten. Dit komt omdat immateriële goederen vaak worden gekwalificeerd als diensten, bijvoorbeeld een financieel product of een verzekeringsproduct. Contracten en documenten die een bepaalde waarde vertegenwoordigen, zoals vergunningen en waardepapieren, worden gekwalificeerd als diensten of kapitaal.<sup>77</sup> Voor vals geld en drugs geldt krachtens internationale verdragen een absoluut verhandelingsverbod. Hierdoor is het vrije verkeer van goederen niet van toepassing op deze goederen.<sup>78</sup>

Het vrije verkeer van goederen stelt dat in- en uitvoerrechten of soortgelijke heffingen tussen lidstaten verboden is. Dit geldt ook voor douanerechten.<sup>79</sup> Daarnaast is het ook verboden een hoger belastingtarief te hanteren voor buitenlandse producten dan voor soortgelijke nationale producten. Hierbij is het niet van belang of de heffing direct of indirect hoger uitpakt en geldt het voor elke soort belasting. Lidstaten mogen ook niet op producten uit andere lidstaten een binnenlandse belasting heffen waardoor andere binnenlandse productie wordt beschermd.<sup>80</sup> Dit verbod ziet ook toe op in- en uitvoerrechten en alle heffingen van gelijke werking in het verkeer tussen de lidstaten onderling als de invoering van een gemeenschappelijk douanetarief voor hun betrekkingen met derde landen.<sup>81</sup>

Daarnaast betreft dit artikel ook niet-financiële handelsbeperkingen. Deze beperkingen komen vaak voort uit het bestaan van staatshandel-monopolies: organen die het exclusieve recht be-

---

<sup>75</sup> R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, pag. 485.

<sup>76</sup> HvJ EG 9 juli 1992, C2/90 (*Commissie/België*), r.o. 23.

<sup>77</sup> HvJ EG 21 oktober 1999, C-97/98 (*Jägerskiöld*), r.o. 39 en HvJ EG 6 maart 2003, C-449/01 (*Abbey*), r.o. 17.

<sup>78</sup> Er geldt wel een uitzondering voor het legaal handelen van drugs voor wetenschappelijke en medische doeleinden.

HvJ EG 5 februari 1981, nr. 50/80 (*Horvath*), HvJ EG 6 mei 1982, nr. 222/81 (*Wolff*), HvJ EG 26 oktober 1982, nr. 240/81 (*Einberger I*), HvJ EG 28 februari 1984, nr. 294/82 (*Einberger II*), HvJ EG 5 juli 1988, C-269/86 (*Mol*), HvJ EG 2 juli 1988, nr. 289/86 (*Happy Family*), HvJ EG 6 december 1990, C-343/89 (*Witzeman*), HvJ EG 28 maart 1995, C-324/93 (*Evans*), HvJ EG 29 juni 1999, C-158/98 (*Coffeeshop Siberië*), HvJ EU 16 december 2010, C-137/09 (*Josemans*) en R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, pag. 485.

<sup>79</sup> Artikel 30 VwEU.

<sup>80</sup> Artikel 110 VwEU.

<sup>81</sup> Art. 28 VwEU.

zitten voor productie en handel van bepaalde goederen. Een voorbeeld van een niet-financiële handelsbeperking is dat er geen sprake mag zijn van een kwantitatieve beperking of contingentie tussen lidstaten. Dit zou namelijk het creëren van een interne markt belemmeren. Een uitzondering op deze regel mag zich wel voordoen in het geval het van belang is voor de bescherming van openbare orde, openbare veiligheid, de gezondheid van mens en dier en de openbare zedelijkheid.<sup>82</sup>

## II Het vrije verkeer van werknemers

Het vrije verkeer van werknemers heeft betrekking op onderdanen van lidstaten. Onderdanen van een derde lidstaat kunnen zich niet op deze vrijheden beroepen behalve ingeval het derde land een overeenkomst op dit gebied met de Europese Unie heeft gesloten. Zo is er met Marokko en Turkije een associatieovereenkomst gesloten waarin een beperkt vrij verkeer van werknemers is opgenomen.<sup>83</sup> Daarbij geldt de werking van deze vrijheid ook in situaties met de EER-landen (Noorwegen, IJsland en Liechtenstein en Zwitserland). In de situatie waarin een burger zich op het grondgebied van een lidstaat bevindt is het niet voldoende zich te beroepen op deze vrijheid.<sup>84</sup>

Ten aanzien van het vrije verkeer van werknemers geldt er een discriminatieverbod. De hoofdregel is uiteengezet in het tweede lid, waar expliciet vermeldt staat dat er sprake moet zijn van discriminatie. In de praktijk blijkt echter dat het HvJ toch toetst aan het belemmeringsverbod.<sup>85</sup> In gevallen van migratie is het al voldoende dat er sprake is van een belemmering en hoeft er geen sprake te zijn van een discriminatie.<sup>86</sup>

Deze vrijheid ziet toe op werknemers die in een ander land willen gaan werken en hiervoor moeten emigreren. Men verstaat onder een werknemer iemand die voor een bepaalde tijd, ten gunste en onder leiding van een ander prestaties verricht tegen een beloning.<sup>87</sup> Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke dienstbetrekkingen.

---

<sup>82</sup> Artikel 34, 35 en 36 VwEU en HvJ EG 10 juli 1984, 72/83 (*Campus Oil*).

<sup>83</sup> R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, pag. 508.

<sup>84</sup> H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001, pag. 91-109.

<sup>85</sup> HvJ EG 9 September 2003, C-285/01 (*Burbaud*).

<sup>86</sup> H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001, pag. 91-109.

<sup>87</sup> HvJ EG 23 maart 1982, nr. 53/81 (*Levin*), r.o. 23, HvJ EG 3 juli 1986, nr. 66/85 (*Lawrie Blum*), r.o. 17, HvJ EG 14 december 1989, C-3/87 (*Agegate*), r.o. 34-37, HvJ EG 10 December 1991, C-179/90 (*Merci*), r.o. 13 en HvJ EG 24 September 1998, C-35/97 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 41.

De hoogte van de beloning is irrelevant.<sup>88</sup> Er is geen autonoom begrip binnen het Unierecht voor werknemers. Door de verschillende nationaal rechtelijke bepalingen is het mogelijk dat het recht van vrij verkeer voor werknemers wordt beperkt.<sup>89</sup> Uit de rechtspraak is gebleken dat het begrip ‘werknemer en daarmee gelijkgestelde’ moet worden bepaald aan de hand van de kenmerken van een arbeidsverhouding.<sup>90</sup> Het is hierbij van belang dat er sprake is van een reële arbeidsovereenkomst en men moet voldoen aan een gezagsverhouding.

De belemmering van werknemers kan zich voordoen op gebieden van werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsomstandigheden.<sup>91</sup> Het stellen van voorwaarden zoals werkvergunningen en verblijfsvergunningen voor het aanvaarden van werk binnen een lidstaat is verboden.<sup>92</sup> De verdragstekst biedt een aantal situaties waar een uitzondering van toepassing is. Dit gaat over gevallen waarin uit hoofde van de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid het gerechtvaardigd is om het recht te beperken.<sup>93</sup>

### III Vrijheid van vestiging

Alle onderdanen van de lidstaten hebben recht op deze vrijheid. Voor natuurlijke personen komt dit neer op degene die een grensoverschrijdende economische activiteit verricht maar zich niet kwalificeert als werknemer. Op grond van artikel 54 VwEU worden rechtspersonen gelijk gesteld aan natuurlijke personen.<sup>94</sup> Hierdoor kunnen vennootschappen ook een beroep op dit artikel doen bij grensoverschrijdende situaties.<sup>95</sup> Indien sprake is van een kunstmatige constructie, dan kan er geen beroep gedaan worden op de vrijheid van vestiging. Het HvJ eist dat er sprake is van een uitoefening van een daadwerkelijke economische activiteit. Dit kan

---

<sup>88</sup> HvJ EG 12 februari 1974, nr. 152/73 (*Sotgiu*), r.o. 5, HvJ EG 15 maart 1989, nr. 390/87 (*Echternach en Moritz*), HvJ EG 8 juni 1999, C-337/97 (*Meeusen*), HvJ EG 26 April 2007, C-392/05 (*Alezivos*), r.o. 68, HvJ EG 23 maart 1982, nr. 53/81, (*Levin*), r.o. 16, HvJ EG 3 juli 1986, nr. 66/85 (*Lawrie-Blum*), r.o. 21, HvJ EG 17 maart 2005, C-109/04 (*Kranemann*), r.o. 17 en HvJ EG 30 maart 2006, C-10/05 (*Mattern*), r.o. 22.

<sup>89</sup> Zie HvJ EG 19 maart 1964, nr. 75/63 (*Unger*), HvJ EG 11 juli 1985, nr. 105/84 (*Danmols*), r.o. 24, HvJ EG 9 september 2003, C-285/01 (*Burbaud*), r.o. 42-43 en HvJ EG 17 juli 2008, C-94/07 (*Racanelli*), r.o. 33.

<sup>90</sup> HvJ EG 31 mei 1989, C-344/87 (*Betray*).

<sup>91</sup> H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001, pag. 91-109.

<sup>92</sup> R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, pag. 509.

<sup>93</sup> Artikel 45 lid 3 en 4 VwEU.

<sup>94</sup> Hierbij dient de vennootschap in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat te zijn opgericht en de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdvestiging binnen de Unie hebben gevestigd. Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen. Dit volgt uit artikel 54 VwEU.

<sup>95</sup> Er wordt echter wel een onderscheid gemaakt tussen primaire vestigingen en secundaire vestigingen. De Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, Het primaire en secundaire vestigingsrecht bij: Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, artikel 49 Aantekening 2 Alinea 1.

zijn door het starten van een bedrijf, filiaal, een agentschap in een andere lidstaat of het oprichten van een vaste inrichting door een rechtspersoon. Deze vaststelling moet gedaan worden op basis van objectieve feiten die door derden gecontroleerd kunnen worden. Deze economische activiteit moet ook voldoende verband houden met het personeel, de lokalen en de uitrusting.<sup>96</sup> Daarnaast is van belang dat deze economische activiteit voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat wordt uitgeoefend door middel van een duurzame (vaste) vestiging.<sup>97</sup> De werking van dit artikel geldt alleen voor de werkzaamheden welke anders zijn dan in loondienst en voor de oprichting en beheren van ondernemingen. Zodoende bestaan er dezelfde rechten als bij de migrerende werknemer.<sup>98</sup>

De vrijheid van vestiging verbiedt situaties waarin eisen aan de nationaliteit worden gesteld op het gebied van vestigingen. Zodoende moet men ongeacht de nationaliteit zich overal kunnen vestigen binnen de EU en economische activiteiten kunnen uitvoeren in andere lidstaten. Dit houdt ook in dat buitenlandse bedrijven van dezelfde steunmaatregelen moet kunnen profiteren als binnenlandse bedrijven. Dit geldt ook in situaties waarbij een onderneming zijn activiteiten voor een groot gedeelte niet in de eigen lidstaat verricht. Een ander belangrijk aspect van deze verdragsvrijheid is dat ondanks verschillen in grondslag een land niet mag discrimineren door verschillende belastingtarieven te hanteren.<sup>99</sup>

#### IV Het vrije verkeer van diensten

Alleen onderdanen welke een dienst uitoefenen in een andere lidstaat dan waar zij gevestigd zijn kunnen een beroep doen op de bepaling van het vrije verkeer van diensten. Daarnaast kan men alleen een beroep op dit artikel doen indien het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen niet van toepassing is. Dit artikel verbiedt alle beperkingen die betrekking hebben op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie.

Het artikel betreffende het vrije verkeer van diensten ziet erop toe dat belemmeringen en discriminaties van ‘diensten’ verboden zijn. Wat men onder het begrip ‘diensten’ verstaat komt in artikel 57 VwEU aan de orde. Hierin staat dat dit werkzaamheden zijn van industriële, commerciële en ambachtelijke aard, alsmede activiteiten van vrije beroepen. Het moet wel om activiteiten gaan waar normaliter een vergoeding in geld tegenover staat. Betaalde opleidin-

---

<sup>96</sup> EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54, (concl. A-G Léger, noot P.J. Wattel.

<sup>97</sup> HvJ EG 25 juli 1991, C-221/89 (*Factortame-II*), (A-G concl. Mischo).

<sup>98</sup> Richtlijn 73/148 en Richtlijn 73/34.

<sup>99</sup> HvJ EG 18 december 2008, C-488/07 (*Royal Bank of Scotland*).

gen door de werkgever, medische zorg gefinancierd door publieke ziektekostenverzekering en reclame betaald door producenten zijn diensten.<sup>100</sup> Dit kan echter anders zijn indien het overheidsdiensten betreft.<sup>101</sup> Zo is het gratis onderwijs dat door de overheid wordt verstrekt geen dienst. De juridische of feitelijke aard van de dienst is niet van belang. Evenmin is het relevant wie de dienst ontvangt. Hierbij kan men vier soorten vormen van grensoverschrijdend dienstenverkeer onderscheiden.

1. De verplaatsing van een dienstontvanger naar een andere lidstaat;
2. De verplaatsing van een dienstverlener naar een andere lidstaat;
3. De dienstontvanger en dienstverlener verplaatsen zich beiden naar een andere lidstaat;
4. De dienstontvanger en dienstverlener verplaatsen zich niet, maar de dienst verplaatst zich.<sup>102</sup>

#### V Het vrije verkeer van kapitaal en betalingsverkeer

Alle beperkingen van het kapitaal verkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen zijn verboden. Deze vrijheid heeft als enige van de vrijheden ook betrekking op derde landen. Van belang is wel dat er tenminste één lidstaat bij betrokken is. Met betrekking tot het vrije verkeer van kapitaal heeft de wetgever een standstill-bepaling ingevoerd. Deze standstill-bepaling houdt in dat inbreuken op het vrije verkeer van kapitaal ten opzichte van derde landen die al bestonden voor 31 december 1993<sup>103</sup> mogen worden gehandhaafd.<sup>104</sup> In deze gevallen moet er wel verband bestaan met directe investeringen, mede inbegrepen investeringen in onroerende zaken, vestiging, het verrichten van financiële diensten of het toelaten van waardepapieren tot de kapitaalmarkten.<sup>105</sup> Onder directe investeringen worden alle investeringen verstaan welke door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht. De investering moet gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de desbetreffende kapitaalverschaffer en de onderneming, welke gerechtigd is tot de

---

<sup>100</sup> HvJ EG 26 April 1988, nr. 352/85 (*Bond van Adverteerders*), r.o. 16 en HvJ EG 11 April 2000, C-51/96 (*Delège*), r.o. 56.

<sup>101</sup> R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, pag. 514.

<sup>102</sup> R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012.

<sup>103</sup> Voor Bulgarije, Estland en Hongarije geldt de datum 31 december 1999.

<sup>104</sup> J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Fiscale Praktijkreeks, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, pag. 50.

<sup>105</sup> Artikel 64 lid 1 VwEU.

desbetreffende middelen, met het oog op de uitoefening van een economische activiteit.<sup>106</sup> Landen en gebieden overzee kunnen hier geen beroep op doen.<sup>107</sup>

Onder kapitaal worden alle valuta, betaalmiddelen en waardepapieren verstaan. Het vrije verkeer van kapitaal omvat daardoor het betalingsverkeer, directe investeringen en het betalingsverkeer. Onder directe investeringen vallen ook 100% dochterondernemingen. Indien er onduidelijkheid is over wat gekwalificeerd moet worden als kapitaal verwijst het HvJ vaak naar deze Richtlijn.<sup>108</sup> Onderdanen moeten de vrijheid hebben om financieringstransacties af te sluiten in het land waar men denkt dat de meest gunstige condities gelden. Daarnaast moeten onderdanen de mogelijkheid hebben om een kapitaalinvestering te doen in het land waar hij/zij van mening is dat het hoogste rendement kan worden behaald.

Lidstaten mogen op basis van dit artikel wel onderscheid maken tussen binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen. Echter uit de jurisprudentie blijkt dat het niet mogelijk is om dit onderscheid te maken zonder objectieve redenen en er geen sprake mag zijn van willekeur. Er is geen sprake van willekeur indien de maatregel gerechtvaardigd, proportioneel en niet verder gaat dan noodzakelijk is.<sup>109</sup>

### 3.2.2 Verhouding tussen de vrijheden

De verhouding tussen de vrijheden zijn niet altijd even duidelijk. Het HvJ gebruikt verschillende benaderingen, waardoor de rechtspraak zichzelf soms tegensprekt. Het HvJ heeft de mogelijkheid om van de parallelliteits-, exclusiviteits- en causaliteitstoets gebruik te maken. Bij de parallelliteitstoets pas het HvJ twee vrijheden naast elkaar toe in tegenstelling tot de exclusiviteitstoets waar de een vrijheid de andere uitsluit. Bij de causaliteitstoets past het HvJ de vrijheid toe die het meest door belemmerende nationale bepaling wordt geraakt.

A-G Alber is van mening dat men moet kijken naar de invloed van een nationale bepaling. De kernvraag is welke Verdragsvrijheid ‘rechtstreeks wordt aangetast’. Men doet dit door te kijken naar de werking alsmede naar het doel en de strekking van een bepaling. De onderliggende feiten vindt hij minder relevant. Aan de hand hiervan moet worden vastgesteld welke vrij-

---

<sup>106</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*), r.o. 180 en 181.

<sup>107</sup> HvJ EG EU 5 juni 2014, C-24/12 (*X Bv*).

<sup>108</sup> J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Fiscale Praktijkreeks, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, pag. 49-50.

<sup>109</sup> H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001, pag. 153-157.

heid van toepassing is.<sup>110</sup> Wordt een vedragsvrijheid direct aangetast door een nationale bepaling dan wordt deze vedragsvrijheid meer belemmerd dan de indirecte aantasting van een vedragsvrijheid. De A-G gebruikt hier dus de causaliteitstoets.<sup>111</sup> Het HvJ is tegenwoordig geneigd vaker deze gedachte van de A-G in het Baars-arrest te volgen.

Het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging liggen ook dicht bij elkaar. In beide gevallen verplaatst men de dienst of productie naar een andere lidstaat. Het essentiële verschil tussen beide vrijheden is echter dat men zich bij de vrijheid van diensten niet hoeft te vestigen in de andere lidstaat.<sup>112</sup> Daarbij is het vrije verkeer van diensten achtergesteld aan de andere vrijheden (goederen, kapitaal en personen). De hoofdregel is dan ook dat het HvJ kijkt naar de feitelijke omstandigheden van de zaak om te oordelen welke vrijheid wordt geschonden.<sup>113</sup> Ondanks deze bepaling hanteert het HvJ niet altijd deze lijn. Een voorbeeld hiervan is het arrest Omega Spielhallen waarbij de causaliteitstoets toch werd toegepast. Het HvJ volgt hier niet de lijn dat het vrije verkeer van diensten achtergesteld is aan de andere vrijheden.<sup>114</sup>

In situaties waarbij zowel het vrije verkeer van diensten als het vrije verkeer van kapitaal van toepassing is gebruikt het HvJ de causaliteitstoets. In die gevallen waar het gaat om derden is het essentieel dit verschil te maken. Derden kunnen namelijk alleen een beroep doen op het vrije verkeer van kapitaal en niet op het vrije verkeer van diensten. In deze situaties hanteert het HvJ de causaliteitstoets.<sup>115</sup> Het HvJ kijkt op welke vrijheid de nationale bepaling hoofdzakelijk inbreuk maakt.<sup>116</sup> Indien de bepaling duidelijk invloed heeft op het dienstenverkeer, moet men ook aan deze vrijheid toetsen.

Het vrije verkeer van vestiging en kapitaal liggen ook erg dicht tegen elkaar. Zeker gezien de derdenwerking van het vrije verkeer van kapitaal is het erg belangrijk om goed onderscheid te maken tussen beide vrijheden. Het onderscheid tussen beide vrijheden kan gemaakt worden door te kijken naar de zeggenschap in de onderneming. Hierbij dient men eerst te beoordelen of het voor de rechtsregel noodzakelijk is om een doorslaggevende zeggenschap te hebben in

---

<sup>110</sup> HvJ EG 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*), BNB 2000/242, (concl. A-G Alber, noot I.J.F.A. van Vijfeijken).

<sup>111</sup> Cursus belastingrecht, EBR.5.0.4. *Verhoudingen tussen verschillende vrijheden*, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>112</sup> R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, pag. 514, HvJ EG 25 juli 1991, C-221/89 (*Factortame*), r.o. 20, HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (*Gebhard*), r.o. 28; en HvJ EG 12 december 1996, C-3/95 (*Broede*), r.o. 21.

<sup>113</sup> Cursus belastingrecht, EBR.5.0.4. *Verhoudingen tussen verschillende vrijheden*, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>114</sup> HvJ EG 14 oktober 2004, C36/02 (*Omega Spielhallen*).

<sup>115</sup> HvJ EG 28 april 1998, C-118/96 (*Safir*), HvJ EG 1 december 1998, C-410/96 (*Ambry*) en HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*).

<sup>116</sup> HvJ EG 3 oktober 2006, C-452/04 (*Fidium Fianz*).



de desbetreffende vennootschap.<sup>117</sup> Het HvJ heeft geoordeeld dat het hebben van doorslagge-  
vende zeggenschap ertoe leidt dat alleen het vrije verkeer van vestiging van toepassing is.<sup>118</sup>  
Vereist de wettelijke bepaling niet dat er sprake moet zijn van een doorslaggevende zeggen-  
schap, dan moeten de feiten en omstandigheden uitmaken welke vrijheid van toepassing is.  
Daarnaast kijkt het HvJ ook naar de aard van de kapitaalbeweging om vast te stellen welke  
vrijheid van toepassing is. Hier wordt gekeken of de belemmering meer verband houdt met de  
zuiver hebben van een deelneming of dat de kapitaalbeweging daaruit voortvloeit. Het doel  
van een bepaalde regeling is van doorslaggevend belang.<sup>119</sup> De samenhang tussen deze twee  
vrijheden is echter niet volledig uitgekristalliseerd.<sup>120</sup>

A-G Kokott geeft wel een duidelijke lijn. Volgens de A-G kunnen beide vrijheden gelijktijdig  
worden toegepast.<sup>121</sup> De mening van de A-G is gebaseerd op artikel 65 lid 2 VwEU waarin  
staat dat de toepassing van het vrije verkeer van kapitaal geen afbreuk doet aan het vrije ver-  
keer van vestiging.

A-G Wattel is van mening dat er drie soorten wetgeving zijn:

1. Wetgeving die toeziet op controlerende belangen, waarbij het vrije verkeer van vesti-  
ging van toepassing is;
2. Wetgeving die toeziet op uitsluitend beleggingspakketten, waarbij het vrije verkeer  
van kapitaal van toepassing is;
3. Generieke bepalingen waarop zowel het vrije verkeer van vestiging als het vrije ver-  
keer van kapitaal van toepassing kan zijn. Hierbij dient men naar de feiten te kijken. Is er  
geen doorslaggevende zeggenschap, dan is alleen het vrije verkeer van kapitaal van toepas-  
sing. Indien er wel doorslaggevende zeggenschap is, dan kunnen zowel het vrije verkeer van  
kapitaal als het vrije verkeer van vestiging van toepassing zijn.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> HvJ EG 13 april 2000, C-251/98, (*Baars*).

<sup>118</sup> HvJ EG 13 april 2000, C-251/98, (*Baars*).

<sup>119</sup> Cursus belastingrecht, EBR.5.0.4. *Verhoudingen tussen verschillende vrijheden*, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>120</sup> J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Fiscale Praktijkreeks, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, pag. 54-55.

<sup>121</sup> HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04, A-G Kokott (Bouanich).

<sup>122</sup> HR 9 april 2010, BNB 2010/292, (concl. A-G Wattel) en B.J. Kiekebeld, 'Kapitaalverkeer versus vestiging: eidelijke echt duidelijk?', *NTFRB 2013/11*.

Uit de redenering van A-G Wattel komt naar voren dat steeds naar het doel en strekking van een bepaling moet worden gekeken om te oordelen welke vrijheid van toepassing is in situaties met derde landen. De A-G is ook van mening dat deze causaliteitstoets ook steeds meer binnen de EU wordt toegepast.<sup>123</sup> Een uitzondering geldt alleen voor de generieke bepalingen<sup>124</sup>, waarbij de feiten wel een doorslaggevende rol spelen.<sup>125</sup>

Bij het bepalen of er een strijdigheid is met één van deze bepalingen dient men alleen te kijken naar de objectieve omstandigheden. Irrelevant is de intentie van iemand. Het HvJ heeft ook uitgemaakt dat het bepalen of er sprake is van misbruik een andere vraag is dan de bepaling of er sprake is van een strijdigheid met een van deze vrijheden.<sup>126</sup>

Antimisbruikbepalingen vallen onder het vrije verkeer van kapitaal, zelfs in het geval van een meerderheidsbelang. Een voorbeeld hiervan zijn de antividend strippingregels. Deze regelgeving ziet op beleggingspakketten ongeacht of er beslissende invloed is.<sup>127</sup>

Portfoliodividenden vallen mijn inziens onder het vrije verkeer van kapitaal. Deze dividenden worden ontvangen wanneer men een belang heeft van minder dan 5% in een vennootschap. Van doorslaggevende zeggenschap is hier dus geen sprake en de aandelen worden ook niet gehouden met het oogmerk om beslissende invloed te hebben. Het vrije verkeer van vestiging zou ook niet van toepassing kunnen zijn op portfoliodividenden omdat het vrije verkeer van vestiging alleen ziet op werkzaamheden anders dan in loondienst of de oprichting en het beheer van ondernemingen. Van beide gevallen is hier geen sprake. Uit de jurisprudentie valt ook af te leiden dat portfoliodividenden onder het vrije verkeer van kapitaal vallen. Zo zijn er een aantal arresten gewezen omtrent portfoliodividenden waarbij het HvJ deze bepaling heeft goetst aan het vrij verkeer van kapitaal. Dit ging om de arresten Verkooijen<sup>128</sup>, Salinen<sup>129</sup>, Haribo<sup>130</sup>, Test Claimants in the FII Group Litigation<sup>131</sup>, Emerging Markets Series of DFA

---

<sup>123</sup> Cursus belastingrecht, *EBR.5.0.4. Verhoudingen tussen verschillende vrijheden*, Deventer: Kluwer 2014 en HvJ EU 13 november 2012, C-35/111 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

<sup>124</sup> Voorbeelden van generieke bepalingen zijn de deelnemingsvrijstelling, de fiscale eenheid en de antimisbruikbepaling in belastingverdragen ten aanzien van dividendstripping.

<sup>125</sup> HvJ EU 28 februari 2013, C-168/11 (*Beker & Beker*).

<sup>126</sup> HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93 (*TV10*), (concl. A-G Lenz) en HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97 (*Centros*), (concl. A-G La Pergola).

<sup>127</sup> HR 9 april 2010, BNB 2010/292, (concl. A-G Alber) r.o. 3.2.

<sup>128</sup> HvJ EG 6 juni 2000, C-35/98, BNB 2000/329 (*Verkooijen*), r.o. 30.

<sup>129</sup> HvJ EU 10 februari 2011, C-436/08 (*Österreichische Salinen AG*).

<sup>130</sup> HvJ EU 10 februari 2011, C-437/08 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel Betriebs GmbH*).

<sup>131</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), r.o. 92.

Investment Trust Company<sup>132</sup>. Daarbij heeft de Hoge Raad een tweetal arresten doorverwezen naar het HvJ met de vraag of een regeling omtrent portfoliodividend in strijd is met het vrije verkeer van kapitaal.<sup>133</sup>

### 3.3 Gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod

Naast de vrijheden gelden er ook andere rechtsbeginselen. Eén van de fundamentele rechtsbeginselen van de EU is het gelijkheidsbeginsel. Dit ziet toe op gelijke behandeling tussen eigen ingezetenen en ingezetenen van een andere lidstaat. Het is daarentegen wel mogelijk om de ingezetenen nadeliger te behandelen dan ingezetenen van een andere lidstaat.<sup>134</sup> Eén uitzondering is hier echter mogelijk. In het geval een ingezetene wel gebruik kan maken van het vrije verkeer door een grensoverschrijdende activiteit en daarbij nadeliger wordt behandeld door een nationale bepaling die niet-ingezetenen naar nationaliteit discrimineert, kan zij zich beroepen op een verboden discriminatie.<sup>135</sup>

Men kan het gelijkheidsbeginsel terugvinden in de volgende bepalingen in de VwEU.

Artikel 8, VwEU: gelijkheid van mannen en vrouwen.

Artikel 18, VwEU: Gelijkheid nationaliteit.

Artikel 19, VwEU: Gelijkheid van geslacht, ras, godsdienst, enz.

Artikel 34, VwEU: Verbod op kwantitatieve invoerbepalingen tussen de lidstaten.

Artikel 35, VwEU: Verbod op kwantitatieve uitvoerbepalingen tussen de lidstaten.

Artikel 45, VwEU: Vrije verkeer werknemers.

Artikel 49, VwEU: Vrijheid van vestiging.

Artikel 57, VwEU: Uitoefening van diensten.

Artikel 107, VwEU: Verbod op discriminerende steunmaatregelen.

---

<sup>132</sup> HvJ EU 10 april 2014, C-190/12 (*Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*).

<sup>133</sup> HR 20 december 2013, BNB 2014/66 en HR 20 december 2013, BNB 2014/64.

<sup>134</sup> Vergelijk HvJ EG 15 januari 1986, nr. 44/84 (*Hurd*), (concl. A-G Gordon Slynn) en HvJ EG 26 januari 1993, nr. 112/91 (*Werner*), (concl. A-G Darmon).

<sup>135</sup> HvJ EG 27 juni 1996, C-107/94, BNB 1995/350, (*Asscher*) en Cursus belastingrecht, *EBR.5.0.9.B Verbod op discriminatie naar nationaliteit*, Deventer: Kluwer 2014.

Artikel 110, VwEU: Geen hogere belasting op producten uit andere lidstaten.

Artikel 111, VwEU: Geen hogere teruggaaf van belasting op producten dan is geheven.

Artikel 157, VwEU: Gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers.

Het gelijkheidsbeginsel ziet ook toe op kapitaalvennootschappen. In beginsel heeft een rechtspersoon geen nationaliteit en kan hierdoor geen beroep doen op het non-discriminatiebeginsel. Uit het arrest *Avoir Fiscal*<sup>136</sup> is echter gebleken dat een onderscheid maken op basis van de zetel van een onderneming een verboden discriminatie is. Men mag ook geen onderscheid maken tussen vennootschappen met ingezetenen als aandeelhouders en niet-ingezetenen als aandeelhouders.<sup>137</sup>

In situaties waarin het gemeenschapsrecht geldt maar hiervoor geen bijzondere discriminatieverbod is opgenomen, kan men een beroep doen op het discriminatieverbod van artikel 18 VwEU. Dit is een algemene bepaling waarin wordt gesteld dat discriminatie van onderdanen van andere lidstaten verboden is.

### 3.4 Secundair recht

Ter aanvulling van het primaire recht bestaat er ook nog het secundaire recht. Het secundaire recht is ondergeschikt aan de primaire bronnen en mag hiermee niet strijdig zijn. Onder secundaire rechten vallen verordeningen, richtlijnen en beschikkingen.

Verordeningen bevatten regels die van algemene strekking zijn en hebben een directe werking.<sup>138</sup> Door de directe werking zijn verordeningen direct van invloed zonder tussenkomst van een EU- of nationale instelling.

Een richtlijn heeft daarentegen geen directe werking omdat deze alleen voor lidstaten is bedoeld. Lidstaten zijn wel verplicht om de richtlijn te implementeren in hun eigen nationale wetgeving. De nationale wetgever hoeft de richtlijn niet letterlijk te implementeren maar mag niet een krappere uitleg van de richtlijn hanteren. Het is wel mogelijk om een ruimere uitleg van de richtlijn te implementeren. Wordt bij de implementatie de werking van deze richtlijn beperkt, dan kan de richtlijn wel directe werking hebben.

---

<sup>136</sup> HvJ EG 28 januari 1986, 270/83 (*Avoir fiscal*).

<sup>137</sup> HvJ EG 14 oktober 2004, C-299/02 (*Commissie/Nederland*).

<sup>138</sup> Artikel 288 VwEU.

Besluiten zijn alleen bindend voor degene aan wie ze gericht zijn. Een besluit kan ook gericht zijn aan meerdere personen. Dan is deze bindend voor alle adressanten. Het is ook mogelijk dat er geen adressanten zijn. Dit kan zich voordoen als de Commissie een oordeel wil vellen.

### 3.5 Soft law

Als laatste bevat het EU-recht ook nog soft law. Soft law is ondergeschikt aan het primaire en secundaire recht. Soft law is in beginsel niet afdwingbaar maar richtinggevend. Soft law kan men onderverdelen in aanbevelingen, mededelingen, gedragscodes en algemene beginselen.

Aanbevelingen betreffen vaak belemmeringen, knelpunten en verbeteringen. De Europese Commissie geeft deze aanbevelingen. De aanbevelingen hebben geen directe werking maar kunnen wel worden afgedwongen door de Europese Commissie. Dit komt omdat de Commissie naar de rechter kan stappen indien een lidstaat geen actie onderneemt om deze belemmeringen en knelpunten te verminderen of zelfs geheel weg te nemen.

Bij een mededeling geeft de Europese Commissie alleen haar eigen mening over een bepaalde kwestie. Landen zijn niet verplicht om iets te doen met deze mededelingen. Een mededeling heeft dan ook geen directe werking.

Er zien drie gedragscodes op het gebied van belastingen aangenomen door de Ecofin-Raad<sup>139</sup>. De meest bekende ziet toe op de bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie. Deze gedragscodes hebben ook daadwerkelijke invloed op de lidstaten. Zo heeft een aantal lidstaten schadelijke belasting-concurrerende maatregelen afgeschaft en letten zij beter op bij het invoeren van een maatregel of deze mogelijk belastingconcurrentie kan veroorzaken.<sup>140</sup> De andere twee gedragscodes zien toe op transfer pricing en het efficiënte toepassen van het Arbitragebelastingverdrag en de gedragscode inzake verreken-prijdocumentatie. Deze zien respectievelijk toe op een beschrijvende, gestandaardiseerde en samenhangende EU Transfer pricing documentatie en op de interpretatie van een aantal bepalingen van dit belastingverdrag.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> De raadsformatie Economische en Financiële Zaken (Ecofin) bestaat uit de ministers (of staatssecretarissen) van economische zaken en/of financiën van de lidstaten van de Europese Unie. De Ecofin-raad vergadert formeel één keer per maand. Ook informele bijeenkomsten zijn mogelijk.

<sup>140</sup> J.L.M. Gribnau, 'The Code of Conduct for Business Taxation als soft law-instrument', *TFB 2008/2*, blz. 19 en H. Gribnau, *The code of conduct for business taxation: an evaluation EU soft-law instrument*, in: *Traditional and alternative routes to European Tax Integration*, editor Dennis Weber, GREIT, IBFD 2010, blz. 67.

<sup>141</sup> *Cursus Belastingrecht, EBR.2.0.0.B Secundaire bronnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2014.

## 3.6 Strijdigheid met het EU-recht

Een natuurlijk persoon heeft toegang tot het EU-recht wanneer hij de nationaliteit van een EU-lidstaat bezit. Het vrije verkeer van kapitaal staat echter ook open voor inwoners van derde landen. Op grond van artikel 54 VwEU worden vennootschappen gelijk gesteld aan een natuurlijke persoon die onderdaan van een lidstaat is. Het is hierbij wel van belang dat zij in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat is opgericht en dat hun statutaire zetel of hoofdbestuur of – vestiging binnen de EU gevestigd is. In geval zij een beroep doen op het EU-recht wordt er aan de hand van beslisboom van het HvJ geoordeeld of er een strijdigheid of discriminatie is met het EU-recht.<sup>142</sup> Ingeval er een beroep wordt gedaan op het secundaire EU-recht kan de kring van personen die daar een beroep op kan doen worden beperkt door de desbetreffende verordening of richtlijn.<sup>143</sup> Zoals in paragraaf 3.2.2 ‘Verhoudingen tussen de vrijheden’ al naar voren kwam is de intentie van iemand irrelevant.

### 3.6.1 Grensoverschrijdende economische activiteit

Nadat is vastgesteld of een natuurlijk persoon of rechtspersoon toegang heeft tot het EU-recht dient er vastgesteld te worden of er sprake is van een grensoverschrijdende economische activiteit. Dit is noodzakelijk om een beroep te kunnen doen op het EU-recht. Het EU-recht heeft namelijk geen rechtskracht in zuivere binnenlandse situaties. Het EU-recht verbiedt een lidstaat niet om maatregelen treffen die nadeliger zijn voor eigen onderdanen.<sup>144</sup> Op basis van het subsidiariteitsbeginsel is het niet de taak van de EU om in dit soort situaties in te grijpen. De EU zal alleen ingrijpen ingeval het voor de lidstaten niet mogelijk is om in te grijpen. Indien ingezetenen nadeliger worden behandeld betreft het een interne situatie en is de EU van mening dat lidstaten deze discriminatie zelf moeten oplossen. Hierbij wordt uitgegaan dat de lidstaten een rechtssysteem hebben dat voldoet aan de westerse normen van rechtsbescherming en dat het nationale systeem van de lidstaat de gelijke behandeling van inwoners bewaakt.<sup>145</sup>

Het begrip ‘economische activiteit’ is een ruim begrip. Hieronder vallen alle activiteiten die direct of indirect, met of zonder winstoogmerk, in natura of geld, al dan niet evenredig, tegen

---

<sup>142</sup> P.J.G. Kapteyn, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer. 2003, p. 600 en Cursus belastingrecht, *EBR.5.0.2.B De toepassingsvoorwaarden van het vrije verkeer*, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>143</sup> J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Fiscale Praktijkreeks, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, pag. 37 e.v.

<sup>144</sup> HvJ EG 26 januari 1993, C-112/91 (*Werner*).

<sup>145</sup> H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001 pag. 54.

vergoeding worden verricht. Het is wel van belang of er sprake is van een reële en daadwerkelijke activiteit.<sup>146</sup> Schijn- of kunstmatige activiteiten vallen hier niet onder.<sup>147</sup>

### 3.6.2 Discriminatie of belemmering

Daarna wordt er getoetst of er sprake is van discriminatie of een belemmering met het EU-recht. Zonder discriminatie of belemmering is er geen sprake van strijdigheid met het EU-recht.

Directe discriminatie doet zich voor indien een nationale bepaling voor onderdanen van een andere lidstaat nadeliger uitpakt dan voor eigen onderdanen. Daarnaast geldt ook dat ongelijke gevallen ongelijk behandeld dienen te worden. Indien er geen onderscheid gemaakt wordt naar nationaliteit kan er alsnog sprake zijn van een indirecte discriminatie.<sup>148</sup> Zo kan het zijn dat er wettelijk geen onderscheid gemaakt naar nationaliteit maar dit in materiële zin wel zo uitwerkt. Een voorbeeld hiervan is dat een wettelijke bepaling voorwaarden stelt die geen direct onderscheid maken naar nationaliteit maar hoofdzakelijk van toepassing zijn op migrerende personen.<sup>149</sup> Van een belemmering is sprake wanneer een nationale bepaling geen onderscheid maakt tussen ingezetenen en niet-ingezetenen maar wel een vergelijkbaar effect heeft. Verschil tussen indirecte discriminatie en een belemmering zit vooral in het feit dat indirecte discriminatie slaat op een actuele grensoverschrijdende situatie en een belemmering betreft het toekomstig gebruik van de EU-rechten.<sup>150</sup>

Een andere vorm van discriminatie is afgeleide discriminatie. Dit houdt in dat een minder gunstige behandeling van eigen onderdanen ook gevolgen heeft voor onderdanen van een andere lidstaat. Dergelijke situaties doen zich vooral voor bij vaste inrichtingen. Daarnaast bestaat er ook nog omgekeerde discriminatie. Dit houdt in dat ingezetenen nadeliger worden behandeld dan niet-ingezetenen. De vijf vrijheden zien niet op deze vorm van discriminatie.<sup>151</sup>

---

<sup>146</sup> HvJ EG 23 maart 1982, nr. 53/81 (*Levin*), (concl. A-G Gordon Slynn) en HvJ EG 26 februari 1992, C-357/89 (*Raulin*), (concl. A-G Van Gerven).

<sup>147</sup> Cursus belastingrecht *EBR.5.0.2.B De toepassingsvoorwaarden van het vrijeverkeer*, Deventer: Kluwer 2014 H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001 pag. 54.

<sup>148</sup> H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001 pag. 45.

<sup>149</sup> A.W. van der Woude, *Belastingen begrensd*, Delft: Eburon 2000, pag. 79.

<sup>150</sup> W.A. Kronjee, 'Belastingen Begrensd', *WFR 2000/539*.

<sup>151</sup> J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Fiscale Praktijkreeks, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, pag. 40-41.

De omvang van de discriminatie of belemmering doet niet ter zake. Zelfs een geringe of een minder belangrijke beperking van een verkeersvrijheid is al verboden.<sup>152</sup>

Het onderscheid maken tussen discriminatie of belemmeringen is niet heel relevant. De vrijheden<sup>153</sup> bevatten namelijk een belemmeringsverbod, waardoor belemmeringen en discriminatie beide niet zijn toegestaan. Alleen voor het non-discriminatieartikel geldt dat deze niet ziet op belemmeringen omdat het alleen een discriminatieverbod bevat. Indirecte discriminatie valt hier niet onder omdat het hier niet de nationaliteit het onderscheidende criterium is.

Om vast te stellen of de situatie van een binnenlands belastingplichtige vergelijkbaar is met de situatie van een buitenlands belastingplichtige past men de vergelijkingstoets toe. Hierbij is het van belang om vast te stellen of er sprake is van gelijke gevallen. Gelijke gevallen dienen immers gelijk behandeld te worden. Worden gelijke gevallen niet gelijk behandeld dan is er sprake van (directe) discriminatie. Er zijn verschillende zienswijzen om te kijken of er sprake is van discriminatie of belemmering. Allereerst kan men vanuit de doelstelling van de desbetreffende regeling oordelen of er sprake is van een vergelijkbare positie.<sup>154</sup> Hierbij is het van belang om te kijken of ingezetenen en niet-ingezetenen op dezelfde wijze in de heffing worden betrokken. Worden zij op dezelfde wijze in de heffing betrokken, dan is er geen objectief verschil tussen de situatie van een ingezetene en een niet-ingezetene. Bij de directe belastingen heeft het HvJ geoordeeld dat de situatie van ingezetenen en niet-ingezetenen niet altijd vergelijkbaar is. Dit vanwege het feit dat een ingezetene voor zijn gehele wereldwinst belast wordt en een niet-ingezetene alleen voor het inkomen dat hij in Nederland geniet.<sup>155</sup>

Het vrije verkeer van kapitaal verwijst in het artikel niet naar een subject. Bij de vergelijkingstoets wordt er wel voor een subject-benadering gekozen. Dit kan verklaard worden vanuit de gedachte dat kapitaalbewegingen niet uit zichzelf ontstaan en tenminste één subject nodig heeft. Daarbij ziet het vrije verkeer van kapitaal op belangen uit de belastingwetgeving, waar de subject-benadering wordt gehanteerd.<sup>156</sup>

---

<sup>152</sup> HvJ EG 28 januari 1986 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 21 en HvJ EG 15 februari 2000, C34/98 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 49 en HvJ EG 11 maart 2004, C9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), r.o. 43.

<sup>153</sup> Men kan hier wel een kanttekening maken naar het vrije verkeer van werknemers, zie pag. 28.

<sup>154</sup>, HvJ EG 7 september 2004, C319/02, (*Manninen*), r.o. 35-37 en EFTA-Hof 23 november 2004, E1-04 (*Fokus Bank*), r.o. 30.

<sup>155</sup> HvJ EG 14 februari 1995, C-279/93 (*Schumacker*), HvJ EG 27 juni 1996, C-107/94 (*Asscher*), HvJ EG 15 mei 1997, C-250/95 (*Futura*), r.o. 22 en HvJ EG 12 december 2002, C-385/00 (*De Groot*).

<sup>156</sup> E. Nijkeuter, 'Het Fokus Bank-arrest: een kwestie van vergelijken', *SDU Maandblad Belasting Beschouwingen*, 1 mei 2005.



Een andere benadering is dat er gekeken moet worden naar het feit of een fiscaal voordeel alleen toekomt aan de binnenlands belastingplichtigen. Dit terwijl er geen objectieve verschillen zijn tussen binnenlands en buitenlands belastingplichtigen.

Het is ook mogelijk dat er sprake is van dispariteit tussen lidstaten. Dit is het geval als een maatregel geen onderscheid maakt tussen ingezetenen en niet-ingezetenen en toch leidt tot een belemmering. Dit is het gevolg van het feit dat er geen rekening wordt gehouden met de nationale bepalingen in een andere lidstaat. De belastingwetgeving behoort tot de soevereiniteit van de lidstaten. Hierdoor kunnen verschillen ontstaan tussen lidstaten. Dispariteiten ontstaan voornamelijk door hybride entiteiten en leningen. Dit is dan ook het verschil met discriminatie, wat voort vloeit uit het nationale recht van een lidstaat, terwijl een dispariteit ontstaat door een samenloop van nationale bepalingen van twee lidstaten die van toepassing zijn in eenzelfde situatie.<sup>157</sup>

### 3.6.3 Rechtvaardigingsgronden

Als er sprake is van een belemmering of discriminatie is er mogelijk een strijdigheid met het EU-recht. Er zijn echter een aantal rechtvaardigingsgronden waardoor discriminatie of belemmering niet tot een strijdigheid met het EU-recht leidt.

Het EU-recht voorziet in een aantal ‘geschreven’ rechtvaardigingsgronden. Hierbij kan gedacht worden aan maatregelen ter bescherming van de openbare orde, de volksgezondheid of de openbare veiligheid. In deze gevallen is een inbreuk op het EU-recht toegestaan. Daarnaast zijn er in de loop der tijd ook nog een aantal ‘ongeschreven’ rechtvaardigingsgronden ontstaan. Deze zijn niet opgenomen in het EU-recht, maar zijn toch van doorslaggevende betekenis in de rechtspraak. Zo geldt dat wettelijke bepalingen gerechtvaardigd kunnen worden door redenen van algemeen belang en er een rechtmatig doel mee wordt nagestreefd.

Er is geen dwingende reden van algemeen belang indien er sprake is van inkomstenderving als gevolg van grensoverschrijdende activiteiten.<sup>158</sup> Onder inkomstenderving valt niet alleen het verminderen van belastinginkomsten maar het HvJ schaaft hier ook het voorkomen van

---

<sup>157</sup> H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001 pag. 52-53.

<sup>158</sup> HvJ EG 7 september 2004, C-319/02 (*Manninen*), r.o. 49, HvJ EG 16 juli 1998, C-264/96 (*ICI*), r.o. 28, HvJ EG 8 maart 2001, en HvJ EG 8 maart 2001, C-397/98 (*Metallgesellschaft*), r.o. 57, HvJ EG 8 april 2008, C-503/07 (*Saint-Gobain*), r.o. 51.

het uithollen van de belastinggrondslag onder.<sup>159</sup> Het HvJ heeft dit ook uitgebreid naar moeder-dochter situaties. Indien de dochtermaatschappij in een andere lidstaat gevestigd is en belast wordt tegen een lager belastingtarief, mag de moedermaatschappij in haar lidstaat de dochtermaatschappij hiervoor niet nadeliger behandelen.<sup>160</sup>

Het HvJ heeft 7 rechtvaardigingsgronden geaccepteerd. Deze zullen hieronder besproken worden.

1. De doeltreffendheid van fiscale controles.
2. Fiscale coherentie
3. Territorialiteitsbeginsel
4. Het voorkomen van belastingontwijking of –fraude.
5. Voorkoming van dubbele verliesverrekening
6. Balans en wederkerigheid van een belastingverdrag
7. De standstill-bepaling

1. De doeltreffendheid van fiscale controles.

Lidstaten mogen een belemmering handhaven in het geval zij nagenoeg onmogelijk kunnen controleren wat er zich in de andere lidstaat afspeelt.<sup>161</sup> Het HvJ heeft meerdere malen geoordeeld dat de doeltreffendheid van fiscale controles een dwingende reden van algemeen belang is. Een lidstaat mag een bepaling hanteren die een nauwkeurige en duidelijke toetsing mogelijk maakt om het belastbare bedrag in de andere lidstaat vast te stellen en in het voorkomende geval de over te brengen verliezen.<sup>162</sup> Hetzelfde geldt voor de aftrekbare uitgaven die in een andere lidstaat gemaakt worden. Indien een nationale bepaling voorkomt dat belastingplichtige kan bewijzen dat de verliezen c.q. gemaakte kosten zich in het buitenland hebben voorgedaan, kan men geen beroep doen op deze rechtvaardigingsgrond. Dit komt omdat niet van tevoren is uit te sluiten dat de belastingplichtige niet in staat is om de relevante bewijsstukken

---

<sup>159</sup> HvJ EG 18 september 2003, C-168/01 (*Bosal*), r.o.42.

<sup>160</sup> HvJ EG 28 januari 1986, C-270/83 Commissie/Frankrijk, r.o. 21, HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97 (*Euro-wings Luftverkehr*) r.o. 44, en HvJ EG 26 juni 2003, C422/01 (*Skandia en Ramstedt*), r.o. 52.

<sup>161</sup> HvJ EG 9 oktober 1980, 823/79 (*Carciati*).

<sup>162</sup> HvJ EG 15 mei 1997, C-250/95 (*Futura*) r.o. 31.

aan de belastingdienst over te dragen opdat de belastingdienst een duidelijke en nauwkeurige toetsing kan doen.<sup>163</sup> Daarnaast mag de belastingdienst een onderzoek, dat niet in de desbetreffende lidstaat wordt uitgevoerd, niet ontzeggen.<sup>164</sup> Voor de nauwkeurige en duidelijke toetsing mag men namelijk niet eisen dat dit op het grondgebied van de lidstaat gebeurt.

Landen kunnen zich echter niet snel op deze rechtvaardigingsgrond beroepen, omdat binnen de EU de Bijstandsrichtlijn<sup>165</sup> van toepassing is. Deze richtlijn ziet toe op het uitwisselen van informatie en het reguleren van wederzijdse bijstand van belastingautoriteiten op het gebied van de directe belastingen.

Lidstaten hebben in de meeste gevallen dus de mogelijkheid om erachter te komen wat zich in de andere lidstaat afspeelt. De Btw-richtlijn geeft een vergelijkbare verplichting tot informatie-uitwisseling waardoor deze rechtvaardigingsgrond ook niet vaak van toepassing is de omzetbelasting.

## 2. Fiscale coherentie

Het is mogelijk dat de samenhang van het belastingstel discriminatie of een belemmering van het EU-recht kan rechtvaardigen. Een fiscaal voordeel kan dienen ter compensatie van een andere fiscale bepaling. Een voorbeeld hiervan is dat premies voor de levensverzekeringen aftrekbaar zijn en in de toekomst over de uitgekeerde premies belasting wordt geheven. De aftrekbaarheid van de premies hangt samen met de toekomstige belastingheffing over de uitgekeerde premies.<sup>166</sup> De voorwaarde van deze rechtvaardigingsgrond is dat het fiscaal voor- en nadeel van toepassing is op dezelfde belastingplichtige en dit voor- en nadeel zich binnen dezelfde belastingwetgeving moet voordoen. Betreft het afzonderlijke belastingheffingen of gaat het om de fiscale behandeling van verschillende belastingplichtigen, dan kan de overheid zich niet op deze rechtvaardigingsgrond beroepen.<sup>167</sup> Een moeder- en dochtermaatschappij zijn, in tegenstelling tot filialen of nevenvestigingen, twee verschillende rechtspersonen en elk aan een eigen belastingheffing onderworpen. Hierdoor ontbreekt er een rechtstreeks verband van een en dezelfde belastingheffing bij moeder- en dochtermaatschappij.<sup>168</sup> De noodzaak om de samenhang in het belastingstelsel te bewaren dient aan de hand van het nagestreefde doel-

---

<sup>163</sup> HvJ EG 8 juli 1999, C-254/97 (*Baxter*) r.o. 18-21.

<sup>164</sup> HvJ EG 10 maart 2005, C-39/04 (*Laboratoires Fournier*), r.o. 22-28.

<sup>165</sup> Richtlijn 77/799/EEG.

<sup>166</sup> HvJ EG 28 januari 1992, C-204/90 (*Bachmann*) r.o. 21-25.

<sup>167</sup> HvJ EG 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*), r.o. 40.

<sup>168</sup> HvJ EG 18 september 2003, C-168/01 (*Bosal*), r.o. 32.

stelling van de betrokken belastingregeling te worden onderzocht.<sup>169</sup> Daarnaast kan deze rechtvaardigingsgrond niet worden aangevoerd als er een bilaterale overeenkomst tussen lidstaten is gesloten die de fiscale samenhang verzekert.<sup>170</sup>

### 3. Territorialiteitsbeginsel

Een lidstaat heeft op basis van het situsbeginsel het recht om belasting te heffen op basis van de woon- en vestigingsplaats, bron of nationaliteit. Deze drie uitgangspunten zijn internationaal aanvaard in het belastingrecht. Door samenloop van de nationale bepalingen van de verschillende lidstaten kan dit leiden tot juridisch dubbele belasting. Door middel van belastingverdragen wordt dubbele heffing vermeden. Deze belastingverdragen zijn vaak gebaseerd op het OESO-modelverdrag. Een lidstaat kan alleen een beroep doen op deze rechtvaardigingsgrond indien er een zuiver territorialiteitsbeginsel wordt gehandhaafd waarbij geen rekening wordt gehouden met buitenlandse invloeden. In de loop der tijd heeft het HvJ ook een materieel vergelijkbare variant geaccepteerd. Men kan ook een geslaagd beroep doen op deze rechtvaardigingsgrond als er een evenwichtige verdeling is van de heffingsbevoegdheid. Uitgangspunt hierbij zijn de internationale regels met betrekking tot het afbakenen van de heffingsbevoegdheid.<sup>171</sup> Winsten en verliezen dienen binnen eenzelfde belastingregeling hetzelfde te worden behandeld. Dit is van belang om een evenwichtige heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen.<sup>172</sup> Lidstaten kunnen zich met name beroepen op deze rechtvaardigingsgrond indien de betrokken bepaling ertoe strekt gedrag te vermijden dat afbreuk kan doen aan het recht van een lidstaat om zijn heffingsbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden.<sup>173</sup>

### 4. Het voorkomen van belastingontwijking of –fraude.

Lidstaten mogen wettelijke bepalingen opnemen waardoor belastingontwijking of –fraude wordt voorkomen. Er kan alleen een geslaagd beroep gedaan worden op deze rechtvaardigingsgrond indien de nationale bepaling gericht is tegen zuivere kunstmatige constructies die het doel hebben de belastingwetgeving te ontduiken. Men kan dan niet meer in twijfel trekken

---

<sup>169</sup> HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*) r.o. 67 en HvJ EG 7 september 2004, C319/02, (*Manninen*), r.o.43.

<sup>170</sup> HvJ EG 11 augustus 1995, C-80/94 (*Wielockx*), r.o. 25.

<sup>171</sup> J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Fiscale Praktijkreeks, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, pag. 57-58.

<sup>172</sup> HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer plc*).

<sup>173</sup> HvJ EG 29 maart 2007, C-347/04 (*Rewe Zentralfinanz*), r.o. 42 en HvJ EG 18 juli 2007, C-231/05 (*Oy AA*), r.o.54.

of er sprake is van fraude. Het hebben van een algemeen vermoeden van misbruik is niet voldoende om een beroep te kunnen doen op deze rechtvaardigingsgrond.<sup>174</sup> Zowel meetbare als subjectieve aspecten spelen hierbij een rol. Indien een rechtshandeling als doel belastingfraude en/of –ontwijking heeft, is er al sprake van misbruik. Hierbij kan men denken aan het verschuiven van verliezen naar lidstaten waar het hoogste belastingtarief geldt en de fiscale waarde van dit verlies het grootste is.<sup>175</sup> Het HvJ heeft geoordeeld dat vestigen in een andere lidstaat nog niet hoeft te betekenen dat er sprake is van belastingontduiking omdat de vennootschap ook in het buitenland aan het belastingstelsel van de andere lidstaat onderworpen kan zijn.<sup>176</sup> Het hanteren van een minder gunstige fiscale regeling voor niet-ingezetenen kan niet gerechtvaardigd worden uit hoofde van de bestrijding van belastingfraude.<sup>177</sup>

Een antimisbruikbepaling kan een inbreuk op het EU-recht alleen toegestaan indien zij specifiek gericht is op kunstmatige constructies.<sup>178</sup> Antimisbruikbeginselen zijn ook toegestaan indien zij altijd aan de concrete situatie worden getoetst.<sup>179</sup>

## 5. Voorkoming van dubbele verliesverrekening

Lidstaten moeten de mogelijkheid hebben om dubbele verliesverrekening te voorkomen.<sup>180</sup> Dit is in lijn met het totaalwinstbegrip. Hierdoor is het toegestaan om een wettelijke bepaling op te nemen die voorkomt dat verliezen tweemaal kunnen worden afgetrokken.

## 6. Balans en wederkerigheid van een belastingverdrag

Een belastingverdrag komt tot stand als gevolg van onderhandelingen. Men moet daarom ook naar het gehele belastingverdrag kijken en niet naar één specifieke bepaling uit het belastingverdrag. Indien een bepaling uit het belastingverdrag leidt tot een verschil in behandeling, kan dit gerechtvaardigd worden op grond van de balans en wederkerigheid van het belastingverdrag.<sup>181</sup>

---

<sup>174</sup> HvJ EG 19 november 2009, C-540/07 (*Commissie /Italiaanse Republiek*), r.o. 58.

<sup>175</sup> HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer plc*), r.o. 49.

<sup>176</sup> HvJ EG 16 juli 1998, C-264/96 (*ICI*), r.o. 26.

<sup>177</sup> HvJ EG 19 november 2009, C-540/07 (*Commissie van de Europese Gemeenschappen/Italiaanse Republiek*), r.o. 59.

<sup>178</sup> HvJ EG 16 juli 1998, C-264/96 (*ICI*), r.o. 26.

<sup>179</sup> J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Fiscale Praktijkreeks, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, pag. 57 en HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer plc*).

<sup>180</sup> HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer plc*) r.o. 47.

<sup>181</sup> J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Fiscale Praktijkreeks, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, pag. 58.

## 7. De standstill-bepaling

Men kan alleen een beroep doen op deze rechtvaardigingsgrond indien er sprake is van een strijdigheid met het vrije verkeer van kapitaal. Op grond van de standstill-bepaling is het mogelijk dat een belemmering die bestond voor 31 december 1993 toch wordt toegestaan. Voor verdere uitleg wordt verwezen naar pagina 31.

Niet geldende rechtvaardigingsgronden betreffen het afstemmen van regelgeving op individuele situaties. Daarnaast is het ook niet toegestaan om te discrimineren omdat anders administratieve lasten erg stijgen of dit negatieve budgettaire gevolgen heeft voor een lidstaat. Het is ook niet toegestaan op basis van een beleid bepaalde groepen meer te stimuleren. Dit is alleen toegestaan wanneer er sprake is van een goedgekeurde staatssteunmaatregel. Een andere rechtvaardigingsgrond welke niet is toegestaan, bestaat er uit dat discriminatie of een beperking van het EU-recht niet gecompenseerd kan worden door een ander fiscaal voordeel, mocht dit bestaan.<sup>182</sup> Discriminatie of een beperking is dan niet toegestaan en kan niet gecompenseerd worden door een ander voordeel.

### 3.6.4 Noodzakelijke en proportioneel

Als er geen sprake is van een rechtvaardigheidsgrond is er sprake van discriminatie of belemmering van het EU-recht. Als er wel een rechtvaardigheidsgrond is, dan dient deze noodzakelijk en proportioneel te zijn. Het proportionaliteits- en noodzakelijkheids criterium beperken de rechtvaardigheidsgronden. De nationale bepaling mag alleen beperken om het doel te bereiken en de maatregel mag niet verder gaan dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken. Wordt hier niet aan voldaan, dan is er alsnog sprake van discriminatie of een belemmering van het EU-recht. Er wordt hierbij gekeken of het doel van de nationale bepaling niet anders vorm gegeven had kunnen worden om een minder ingrijpend verschil in behandeling of zelfs een gelijke behandeling te kunnen bewerkstelligen. Door dit als criterium te stellen kunnen lidstaten niet onbeperkt maatregelen invoeren die een inbreuk op het EU-recht kunnen rechtvaardigen. Lidstaten worden verplicht om vast te stellen welke minder vergaande alternatieve maatregelen mogelijk zijn om hetzelfde doel te realiseren.

## 3.7 Verhouding EVA-Hof

In hoofdstuk 4 zal ook jurisprudentie worden behandeld van het EVA-Hof. Hierdoor is het van belang het onderscheid tussen het HvJ en het EVA-Hof te kennen.

---

<sup>182</sup> HvJ EG 6 juni 2000, C-35/98 (*Verkooijen*), r.o. 61.

De EVA is in 1960 opgericht met als doel het bevorderen van het vrije handelsverkeer om zo een hogere welvaart te creëren. Op 2 mei 2002 werd de overeenkomst gesloten om de EER op te richten. Deze werd in 1994 opgericht tezamen met het EVA-Hof. Het EVA-Hof vertegenwoordigt de landen IJsland, Liechtenstein en Noorwegen. Het EVA-Hof beantwoordt onder meer prejudiciële vragen van de Noorse, IJslandse en Liechtensteinse nationale rechters omtrent de uitleg van het EER-verdrag. Het EVA-Hof is samen met het HvJ bevoegd het EER-verdrag uit te leggen. Hierbij is het van belang dat de uitleg van het EU-recht gelijk loopt met de uitleg van het EER-recht. Het EER-verdrag bevat hierover dan ook enige daartoe strekkende bepalingen. Hieruit blijkt dat het EVA-Hof de rechtspraak van het HvJ dient te volgen en wisselen de HvJ en EVA-Hof ook onderling informatie uit.

Het EVA-verdrag en het VwEU zijn dan ook wel vrijwel identiek en kennen dezelfde vrijheden. Dit komt ook voort uit de gedachte dat zij beiden hetzelfde doel hebben, namelijk de handelsbelemmeringen tussen lidstaten weg te nemen.<sup>183</sup>

### 3.8 Samenvatting

Sinds de Tweede Wereldoorlog zijn landen binnen Europa gaan samenwerken om de vrede te bewaren. Gedurende de jaren hebben meer landen zich bij dit samenwerkingsverband aangesloten en is men op meerdere beleidsterreinen gaan samenwerken. Zo streefde men ook naar het creëren van één markt. Om dit te bewerkstelligen moeten alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer worden afgeschaft en moeten de omstandigheden van een binnenlandse markt zoveel mogelijk worden benaderd. Belemmeringen op het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal zijn niet toegestaan. Voornamelijk in de jaren '90 is de samenwerking binnen Europa sterk toegenomen. Naast de samenwerking op economisch gebied, ging men ook samenwerken op het gebied van justitie, binnenlandse zaken, buitenlandse zaken en het veiligheidsbeleid. Sinds 1 december 2009 spreekt men over de EU. Zodoende zou de Europese Unie efficiënter, democratischer en transparanter moeten zijn. In de loop der jaren is een gedeelte van de soevereiniteit van de lidstaten overgedragen aan de Europese Unie. De belangrijkste EU verdragen zijn: het VEU en VwEU.

De directe belastingen vallen niet onder de bevoegdheid van de EU. Door middel van de vijf vrijheden worden belemmeringen op belastinggebied tussen lidstaten voorkomen. Zo kan er

---

<sup>183</sup> S.R. Pancham en R.P.C.W.M. Brandsma, 'Fokus op bronheffing over dividenden in de Europese Unie', *WFR* 2005/701 en EVA-Hof 23 november 2004, E-1/04 (*Fokus Bank*), (noot. P.J. Wattel).

toch gestreefd worden naar een gemeenschappelijke markt. De vijf vrijheden zijn: het vrije verkeer van goederen, van werknemers, van vestiging, van diensten en van kapitaal. Deze vrijheden hebben een directe werking. Lidstaten mogen alleen niet-ingezetenen discrimineren als er een objectief verschil is tussen niet-ingezetenen en ingezetenen of sprake is van een dwingende reden van algemeen belang. Worden ingezetenen nadeliger behandeld dan niet-ingezetenen, dan grijpt de EU niet in. Naast de vrijheden geldt binnen de EU het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod, waarbij niet-ingezetenen op gelijke wijze behandeld dienen te worden als ingezetenen. Dit is een algemenere regel dan de vijf vrijheden. Naast het primaire recht, wat hiervoor besproken is, bestaat het EU-recht ook nog uit het secundaire recht en soft law.

Natuurlijke personen met de nationaliteit van een lidstaat hebben toegang tot het EU-recht. Dit geldt ook voor rechtspersonen die opgericht zijn in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en hun statutaire zetel of hoofdbestuur of –vestiging binnen de EU gevestigd zijn. Wel van belang is dat sprake is van een grensoverschrijdende economische activiteit. Het EU-recht ziet namelijk niet op zuivere binnenlandse situaties. Als er toegang is tot het EU-recht en sprake is van een economische activiteit, dan wordt er getoetst aan het EU-recht. Een strijdigheid met het EU-recht doet zich voor als er discriminatie of een belemmering is. Voor deze vaststelling dient beoordeeld te worden of niet-ingezetenen zich in een objectief vergelijkbare situatie bevinden als ingezetenen. Het is mogelijk dat discriminatie of een belemmering gerechtvaardigd wordt en niet leidt tot een strijdigheid met het EU-recht. Er zijn een aantal geschreven en ongeschreven rechtvaardigingsgronden. Deze rechtvaardigingsgrond dient wel noodzakelijk en proportioneel te zijn.



## 4. De lijn van het Hof van Justitie

Nu duidelijk is wie zich kan beroepen op het EU-recht en welke belemmeringen het EU-recht verbiedt, is het van belang vast te stellen wanneer een verschil in behandeling gekwalificeerd wordt als belemmering of discriminatie. De centrale vraag in dit hoofdstuk is welke vergelijkingsmaatstaf het HvJ gebruikt. In dit hoofdstuk zal dit aan de hand van de relevante jurisprudentie van het HvJ uiteengezet worden.

Er is sprake van discriminatie wanneer niet-ingezetenen slechter worden behandeld dan ingezetenen indien zij zich in dezelfde situatie bevinden, zie paragraaf 3.6 ‘Strijdigheid met het EU-recht’. Aan de hand van jurisprudentie zal worden bepaald wanneer er sprake is van objectief vergelijkbare gevallen.

Allereerst zullen de arresten worden besproken die zien op aandeelhouders als natuurlijke persoon en daarna komen de arresten aanbod waarbij een kapitaalvennootschap aandeelhouder is.

### 4.1 Natuurlijk persoon als aandeelhouder

#### 4.1.1 Arnoud Gerritse

Dit arrest<sup>184</sup> gaat over een Nederlandse muzikant die inkomsten genereerde in Duitsland. In Duitsland werd bij de belastingheffing van niet-ingezetenen rekening gehouden met het onzuivere inkomen, waarbij geen rekening werd gehouden met de aftrek van beroepskosten. Bij ingezetenen werd rekening gehouden met het zuivere inkomen, en dus kwamen beroepskosten in aftrek. Daarnaast werd er bij niet-ingezetenen een definitieve belasting ingehouden van 25% over het onzuivere inkomen en werden ingezetenen belast over het zuivere inkomen tegen een progressief tarief met toepassing van een belastingvrije som.

Het HvJ oordeelde dat er sprake was van een indirecte discriminatie ten aanzien van aftrekbaarheid van de beroepskosten omdat ingezetenen in tegenstelling tot niet-ingezetenen recht hadden op aftrek van beroepskosten. Het was hierbij wel van belang dat belanghebbende aantoonde dat de beroepskosten rechtstreeks verband hielden met het in Duitsland belastbare in-

---

<sup>184</sup> HvJ EG 12 juni 2003, C234/01 (*Arnoud Gerritse*).

komen. Alleen indien hieraan voldaan werd, bevonden ingezetenen en niet-ingezetenen zich in een vergelijkbare positie. Er was hierbij sprake van een indirecte discriminatie.<sup>185</sup>

Voor belanghebbende, niet-ingezetene, gold er een tarief van 25% terwijl ingezetenen werden belast tegen een progressief tarief met toepassing van een belastingvrije som. In beginsel waren ingezetenen en niet-ingezetenen niet vergelijkbaar voor de directe belastingen. Dit kwam door de objectieve verschillen op het gebied van inkomstenbron, persoonlijke draagkracht en/of persoonlijke en gezinssituatie.<sup>186</sup> Een objectief verschil tussen ingezetenen en niet-ingezetenen kon het discriminerende karakter van de nationale bepaling wegnemen.

Voor de belastingvrije som gold dat de woonstaat het beste in staat is de persoonlijke draagkracht van belanghebbende te beoordelen.<sup>187</sup> Hierdoor leidde het toekennen van de belastingvrije som aan alleen ingezetenen niet tot discriminatie.

Voor het belastingtarief bevonden niet-ingezetenen en ingezetenen zich wel in een vergelijkbare positie omdat er geen objectief verschil tussen beide situaties was. Nederland paste namelijk ook de progressieregel toe op de inkomsten waarover Duitsland belasting mocht heffen. Het HvJ oordeelde dat er pas sprake was van indirecte discriminatie indien het uniforme percentage van 25% hoger was dan het percentage dat zou gelden voor belanghebbende met toepassing van het progressieve tarief op het zuivere inkomen, vermeerderd met de belastingvrije som.<sup>188</sup> Immers op de belastingvrije som hadden niet-ingezetenen geen recht.

Men kan een drietal conclusies uit dit arrest trekken. Ten eerste hebben niet-ingezetenen ook het recht op de aftrek van beroepskosten als ingezetenen hier recht op hebben. Hierbij is het wel van belang dat de beroepskosten in een rechtstreeks verband staan tot het in de bronstaat belastbare inkomen. Ten tweede kan men stellen dat de uiteindelijke belastingdruk van ingezetenen vergeleken moet worden met de bronheffing van de niet-ingezetenen omdat dit tevens een eindheffing was voor de niet-ingezetenen. Met de belastingvrije som dient men geen rekening te houden omdat de belastingvrije som verband houdt met de persoonlijke draagkracht van een belastingplichtige, welke kan het beste kan worden gemeten door de woonstaat.

---

<sup>185</sup> HvJ EG 12 juni 2003, C234/01 (*Arnoud Gerritse*), r.o. 25-29.

<sup>186</sup> HvJ EG 12 juni 2003, C234/01 (*Arnoud Gerritse*), r.o. 43 en 44.

<sup>187</sup> Tenzij voor meer dan 90% van het inkomen in Duitsland onder de Duitse inkomstenbelasting valt.

<sup>188</sup> HvJ EG 12 juni 2003, C234/01 (*Arnoud Gerritse*), r.o. 55.

#### 4.1.2 Bouanich

In het arrest Bouanich<sup>189</sup> ging het om een Zweedse vennootschap die haar eigen aandelen inkochte. De Zweedse regeling maakte daarin onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen. Bij ingezetenen werd het verschil tussen het bedrag van terugkoop en de aankoopkosten van de aandelen als zijnde vermogenswinst belast tegen 30%. Het belastingverdrag Zweden-Frankrijk kwalificeerde deze inkoop als dividend en verlaagde het tarief naar 15%. Met de aankoopkosten werd geen rekening gehouden. Het HvJ toetste hier aan het vrije verkeer van kapitaal.

De eerste vraag ging er over of het beperken van het recht tot aftrek van de aankoopkosten in strijd was met het vrije kapitaalverkeer. Het HvJ oordeelde dat als het recht van aftrek alleen toekwam aan ingezetenen dit in strijd was met het EG-recht. Immers recht op aftrek vormt ook een fiscaal voordeel.<sup>190</sup> Doordat dit voordeel enkel aan ingezetenen toekwam oordeelde het HvJ dat er sprake van een beperking. Deze beperking kon als rechtvaardiging gelden indien dit onderscheid geen middel vormt voor willekeurige discriminatie, noch een verkapte beperking van het vrije verkeer van kapitaal is.<sup>191</sup> Volgens de rechtspraak kon een nationale fiscale bepaling verenigbaar zijn met de belastingverdrags-bepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal indien het verschil in behandeling betrekking had op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang.<sup>192</sup> In dit arrest was echter geen sprake van objectief verschillende situaties omdat de aankoopkosten rechtstreeks verband hielden met het bij de terugkoop van aandelen betaalde bedrag. Een dwingende reden van algemeen belang was ook niet aan de orde.

Door middel van de tweede vraag wenste de verwijzende rechter antwoord te vinden op de vraag of de aftrekbeperking van de aankoopkosten ook in strijd was met EU-recht indien dit voortvloeide uit het belastingverdrag. Het HvJ heeft hier geoordeeld dat het vrije kapitaalverkeer zich verzette tegen een nationale regeling die voortkwam uit het belastingverdrag en leidde tot een nadeligere positie van de niet-ingezetenen ten opzichte van ingezetenen.<sup>193</sup> Gezien de verschillende grondslag en de verschillende tarieven was het niet geheel duidelijk of de uitkomst voor niet-ingezetenen nadeliger was dan voor ingezetenen. Wanneer niet-

---

<sup>189</sup> HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04 (*Bouanich*).

<sup>190</sup> HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04 (*Bouanich*), r.o. 32.

<sup>191</sup> HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04 (*Bouanich*), r.o. 36.

<sup>192</sup> HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04 (*Bouanich*), r.o. 38.

<sup>193</sup> HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04 (*Bouanich*), r.o. 56.

ingezetenen zich in een nadeligere positie bevonden, was er volgens het HvJ sprake van een beperking.<sup>194</sup> Of de niet-ingezetenen al dan niet onderworpen waren aan belasting in de woonstaat vond het HvJ irrelevant. Het HvJ verwees het arrest verder naar de nationale rechter om vast te stellen of niet-ingezetenen zich feitelijk in een nadeligere positie bevonden.

Dit arrest is vooral van belang om de omvang van de mogelijke belemmering vast te stellen. Uit dit arrest blijkt dat ondanks dat de verschillende grondslagen en tarieven er toch een vergelijking tussen ingezetenen en niet-ingezetenen kan worden gemaakt. Indien blijkt dat de niet-ingezetenen zich in een nadeligere positie bevinden dan ingezetenen, is er sprake van een beperking.

#### 4.1.3 Kerckhaert-Morres

Dit arrest<sup>195</sup> betrof een Belgisch echtpaar dat dividend ontving uit Frankrijk. Een Belgische nationale bepaling leidde ertoe dat het voor Belgische ingezetenen niet mogelijk was om de buitenlandse bronheffing te neutraliseren<sup>196</sup>. Er werd slechts een forfaitair gedeelte van deze buitenlandse belasting afgetrokken van de in België verschuldigde inkomstenbelasting. België hief 25% inkomstenbelasting over zowel het door een in België gevestigde vennootschap uitgekeerde dividend als over het door een niet in België gevestigde vennootschap uitgekeerde dividend. De objectieve vergelijking die hier werd gemaakt was dat er werd gekeken of op grond van de Belgische wetgeving onderscheid wordt gemaakt tussen beide situaties. Met de situaties wordt bedoeld: een Belgische ingezetene welke dividend ontvangt uit een in België gevestigde vennootschap en een Belgische ingezetene welke dividend ontvangt uit een niet in België gevestigde vennootschap. Er werd geen rekening gehouden met het feit dat er bij een niet in België gevestigde vennootschap bronheffing wordt geheven. Het verschil in belastingdruk ontstond als gevolg van een parallelle uitoefening van twee belastingbevoegdheden. Het vrije verkeer van kapitaal verzet zich niet tegen een dussdanige regeling en er was volgens het HvJ er dan ook geen strijdigheid met het EU-recht. De woonstaat, België, maakte geen onderscheid bij het heffen van inkomstenbelasting tussen dividenden die ontvangen worden van een in de woonstaat gevestigde vennootschap en het dividend dat ontvangen wordt uit een niet in de woonstaat gevestigde vennootschap. De nadelige gevolgen voor investeerders ontstaan doordat er sprake is van discrepantie tussen twee lidstaten.

---

<sup>194</sup> HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04 (*Bouanich*), r.o. 51-55.

<sup>195</sup> HvJ EG 14 november 2006, C-513/04, (*Kerckhaert-Morres*).

<sup>196</sup> Dit is een veelgenoemde term binnen het Europese Recht. Met dit begrip wordt bedoeld dat er wordt voorkomen dat er sprake is van economische dubbele heffing.

Dit arrest betreft een inkomende dividendstroom. De conclusie die men uit dit arrest kan trekken is: dat er moet worden gekeken of er bij het heffen van de inkomstenbelasting wordt gediscrimineerd. Wordt er bij het heffen van de inkomstenbelasting geen onderscheid gemaakt tussen het dividend dat wordt ontvangen van een vennootschap welke niet in de woonstaat is gevestigd en het dividend dat wordt ontvangen van een vennootschap welke in de woonstaat is gevestigd, dan is er geen sprake van discriminatie. Indien er een verschil in heffingsdruk ontstaat, dan kan dit verklaard worden door de discrepantie tussen lidstaten.

## 4.2 Kapitaalvennootschap als aandeelhouder

### 4.2.1 Fokus bank

In het arrest Fokus bank<sup>197</sup> ging het om een Noorse vennootschap met zowel Noorse als niet-Noorse aandeelhouders. De Noorse vennootschap hield voor de binnenlandse aandeelhouders geen dividendbelasting in. In beginsel vond bij de ingezeten aandeelhouders belastingheffing plaats op het niveau van de aandeelhouder. Vervolgens werd er een imputatiekrediet verleend ter grootte van de door henzelf verschuldigde winstbelasting over het dividend. Het imputatiekrediet zorgde voor een voorkoming van dubbele belasting waarbij het ontvangen dividend vermenigvuldigd werd met het tarief dat gold voor het algemene inkomen van de aandeelhouders. Het doel van dit imputatiekrediet was, zoals gezegd, het voorkomen van dubbele economische belasting. Effectief werd er dus geen belasting geheven. Echter in situaties met niet-ingezeten aandeelhouders werd wel dividendbelasting ingehouden. Hierdoor was er sprake van economische dubbele belasting. Er werd namelijk in eerste instantie vennootschapsbelasting geheven op het niveau van de uitkerende vennootschap en daarna werd er dividendbelasting geheven op het niveau van de ontvangende buitenlandse aandeelhouder.<sup>198</sup> Het EVA-Hof<sup>199</sup> oordeelde dat dit in strijd was met het vrije verkeer van kapitaal zoals opgenomen was in artikel 40 EER-verdrag. Voor de objectieve vergelijking werd er gekeken naar het doel van het imputatiekrediet.

Het doel van deze bepaling was het voorkomen van economische dubbele belasting. Niet-ingezeten aandeelhouders konden, net als ingezeten aandeelhouders, tegen een economische dubbele heffing aanlopen. Hierdoor bevonden ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders

---

<sup>197</sup> EVA-Hof 23 november 2004, E-1/04 (*Fokus Bank*).

<sup>198</sup> S.R. Pantham en R.P.C.W.M. Brandsma, 'Fokus op bronheffing over dividenden in de Europese Unie', *WFR* 2005/701.

<sup>199</sup> EVA staat voor De Europese Vrijhandelsassociatie en bestaat uit de landen IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zwitserland, zie paragraaf 3.7 'Verhouding EVA-Hof'.

zich in dezelfde positie. Artikel 40 EER-verdrag was vrijwel identiek aan het vrije kapitaalverkeer<sup>200</sup>.<sup>201</sup> Er werd geen rekening gehouden met het belastingverdrag en de mogelijkheid dat de woonstaat de heffing zou kunnen neutraliseren.

Volledigheidshalve is het wel van belang op te merken dat het HvJ zelfstandig kan beslissen en niet gebonden is aan de oordelen van het EVA-Hof.<sup>202</sup> Zoals in paragraaf 3.7 ‘Verhoudingen EVA-Hof’ naar voren kwam bestaan het HvJ en het EVA-Hof naast elkaar. Het EVA-verdrag en het VwEU zijn vrijwel identiek en hierdoor zal de uitleg van het EER-verdrag ook van betekenis zijn voor de uitleg van het kapitaalverkeer volgens het EER-verdrag.<sup>203</sup> Echter blijkt uit de jurisprudentie van het HvJ in tegenstelling tot het EVA-Hof wel rekening houdt met de werking van het verdrag.<sup>204</sup> Hierdoor ben ik van mening dat de lijn van het HvJ leidend is en er rekening gehouden moet worden met het belastingverdrag.

Het belangrijkste uit dit arrest is dat het HvJ en EVA-Hof beiden een andere zienswijze hebben ten aanzien van het belastingverdrag. Het HvJ stelt dat er wel rekening gehouden met de gevolgen van het belastingverdrag in tegenstelling tot het EVA-Hof. Daarbij laat dit arrest ook duidelijk zien dat er bij de beoordeling van een wettelijke regeling gekeken moet worden naar het doel van de regeling.

#### 4.2.2 ACT Group

In het arrest *Test claimants in class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*<sup>205</sup> (hierna: ACT Group) ging het over een kapitaalvennootschap die dividenden uitkeert aan ingezeten aandeelhouders en niet-ingezeten aandeelhouders. In beginsel was elke vennootschap die in het Verenigd Koninkrijk gevestigd is verplicht een voorheffing op de vennootschapsbelasting te voldoen. Deze voorheffing werd berekend over de waarde van het uitgekeerde dividend. De ontvangende moedermaatschappij of natuurlijk persoon had recht op een belastingkrediet welke niet gold voor de niet-ingezeten aandeelhouders. Een niet-ingezeten aandeelhouder werd nadeliger behandeld doordat zij geen belastingkrediet genoten.

---

<sup>200</sup> Artikel 63 VwEU.

<sup>201</sup> S.R. Panchar en R.P.C.W.M. Brandsma, ‘Fokus op bronheffing over dividenden in de Europese Unie’, *WFR* 2005/701.

<sup>202</sup> N.M. van der Wal, ‘Ook buitenlandse rechtspersonen hebben recht op volledige teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting’, *WFR* 2006/639.

<sup>203</sup> EVA-Hof 23 november 2004, E-1/04 (*Fokus Bank*), r.o. 23.

<sup>204</sup> Zie de hierop volgende arresten.

<sup>205</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*).

Kapitaalvennootschappen moesten aan niet-ingezeten aandeelhouders meer dividend uitkeren om hen een gelijk bedrag aan dividend te laten ontvangen als een ingezetenaandeelhouder.<sup>206</sup> Belanghebbende kon zich op zowel het vrije vestigingsverkeer als het vrije kapitaalverkeer beroepen. Het HvJ oordeelde dat hier geen sprake was van een discriminatie omdat de bronstaat bij de inhouding van de dividendbelasting geen onderscheid maakte tussen ingezetenen en niet-ingezetenen.

Dividend dat werd uitgekeerd kan zowel leiden tot kettingbelasting als dubbele economische belasting. Men spreekt van kettingbelasting als er eerst bij de uitkerende vennootschap de gerealiseerde winst belast is en later nog eens bij de moedermaatschappij uit hoofde van de winstbelasting. Dubbele economische belasting deed zich voor wanneer het uitgekeerde dividend bij de dochtermaatschappij belast was en vervolgens bij de uiteindelijke aandeelhouder nog eens door middel van de inkomstenbelasting.<sup>207</sup>

In beginsel was de situatie van een ingezeten aandeelhouder niet gelijk aan de positie van een niet-ingezeten aandeelhouder voor toepassing van het mechanisme ter voorkoming van kettingbelasting of economische dubbele belasting.<sup>208</sup> Met betrekking tot dit stelsel was de situatie van een in een lidstaat gevestigde aandeelhouder die dividenden ontving van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap vergelijkbaar met een in de eerst genoemde lidstaat gevestigde aandeelhouder die dividend ontving uit dezelfde lidstaat.<sup>209</sup> Het HvJ stelde dat het normaliter aan de lidstaat van vestiging van de aandeelhouder is om een belastingvoordeel te verlenen.<sup>210</sup> Dit komt doordat de lidstaat, waar de aandeelhouder gevestigd was, het beste in staat was om de persoonlijke draagkracht van een belastingplichtige te beoordelen.<sup>211</sup> Daarbij haalde zij ook de moeder-dochterrichtlijn<sup>212</sup> aan. Deze richtlijn stelde dat het aan de lidstaat van de moedermaatschappij is om de kettingbelasting te voorkomen indien er belastingheffing

---

<sup>206</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*), r.o. 41.

<sup>207</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*), r.o. 49.

<sup>208</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*), r.o. 58.

<sup>209</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*), r.o. 55 en 56 en HvJ EG 15 juli 2004, C315/02 (*Lenz*), r.o. 27-49 en HvJ EG 7 september 2004, C319/02, (*Manninen*), r.o. 29-55.

<sup>210</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*), r.o. 60.

<sup>211</sup> HvJ EG 14 februari 1995, C-279/99, (*Schumacker*), r.o. 32 en 33.

<sup>212</sup> Richtlijn 2011/96/EU.

bij de dochtermaatschappij heeft plaatsgevonden.<sup>213</sup> Doordat het ontvangen dividend zowel bij de ingezeten vennootschap als de niet-ingezeten vennootschap niet werd belast, was er geen sprake van een ongelijke behandeling. In het geval een lidstaat unilateraal of door middel van een overeenkomst ingezetenen en niet-ingezetenen aan de inkomstenbelasting onderwierp, was er wel sprake van een vergelijkbare situatie.<sup>214</sup>

De belangrijkste conclusie die men uit dit arrest kan trekken is dat wanneer een lidstaat besluit haar fiscale bevoegdheid uit te breiden met betrekking tot uit deze lidstaat afkomstige inkomsten van niet-ingezeten ontvangende vennootschappen, anders dan de in die staat gegenereerde winsten, zij een risico van kettingbelasting en economische dubbele belasting loopt. Niet-ingezeten ontvangende vennootschappen worden alleen niet geconfronteerd met een beperking van het vrije verkeer van vestiging wanneer niet-ingezeten vennootschappen op dezelfde wijze behandeld worden als ingezeten vennootschappen voor het mechanisme ter voorkoming en verminderen van kettingbelasting.

#### 4.2.3 Denkavit II

Dit arrest<sup>215</sup> betrof een Franse nationale bepaling over de inhouding van de dividendbelasting. Op grond van deze nationale bepaling was het mogelijk dat ingezetenen nagenoeg vrijgesteld waren van de dividendbelasting en niet-ingezetenen volledig aan de heffing onderworpen waren. Niet-ingezeten moedermaatschappijen waren in tegenstelling tot ingezeten moedermaatschappijen over de uitgekeerde dividenden onderworpen aan opeenvolgende dubbele belastingen. Zij werden eerst via de dochtermaatschappij in de vennootschapsbelasting betrokken en daarna in de vorm van een bronbelasting belast inde dividendbelasting. Belanghebbende beriep zich hier op het vrije verkeer van vestiging.

De objectieve vergelijking die gemaakt werd, is dat ongeacht de vestigingsplaats van de moedermaatschappij, de lidstaat van de ingezeten dochtermaatschappij de uitgekeerde dividenden aan een belasting onderwierp.<sup>216</sup> Hierdoor bevonden de niet-ingezeten moedermaatschappij en ingezeten moedermaatschappij zich in dezelfde situatie voor de bronbelasting. De vrijstelling van de bronbelasting die Frankrijk toekende aan de ingezeten moedermaatschappijen moest

---

<sup>213</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*), r.o. 60.

<sup>214</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*), r.o. 68.

<sup>215</sup> HvJ EG 14 december 2006, C-170/05 (*Denkavit II*).

<sup>216</sup> HvJ EG 14 december 2006, C-170/05 (*Denkavit II*), r.o. 36.



zij uitbreiden naar niet-ingezeten moedermaatschappijen voor zover een soortgelijke belasting van niet-ingezeten moedermaatschappij voortvloeide uit haar fiscale bevoegdheid.<sup>217</sup> Niet-ingezeten moedermaatschappijen werden in deze situatie zwaarder belast dan ingezeten moedermaatschappijen. Het HvJ was dan ook van mening dat er sprake was van een discriminatie en dat het beginsel van vrij verkeer van vestiging was geschonden.

Deze strijdigheid kon niet worden gerechtvaardigd op basis van het territorialiteitsbeginsel. Frankrijk stelde dat door het vrijstellen van niet-ingezeten moedermaatschappijen het gevaar ontstond dat deze moedermaatschappijen zodoende de mogelijkheid zouden krijgen om elke belasting op inkomen te voorkomen. Daarbij was Frankrijk ook bang dat de verdeling van de fiscale heffingsbevoegdheden tussen Nederland en Frankrijk in gevaar kon komen. Het HvJ vond deze rechtvaardigingsgrond niet gegrond omdat de ingezeten moedermaatschappijen ook niet aan een latere belastingheffing zijn onderworpen.

Het belastingverdrag Frankrijk-Nederland stond een bronbelasting toe, welke in Nederland verrekend kon worden met de in Nederland verschuldigde belasting. De verrekening mocht niet meer het bedragen dan in Nederland over dit dividend belasting verschuldigd zou zijn. Frankrijk beriep zich op het feit dat dit belastingverdrag een bronbelasting toestond en hierdoor de inhouding van de bronbelasting was toegestaan op moedermaatschappijen die in Nederland gevestigd waren. Lidstaten waren echter vrij om bilaterale belastingverdragen af te sluiten met het oog op het vermijden van dubbele belasting en het verdelen van de heffingsbevoegdheid. Deze bepalingen uit de bilaterale belastingverdragen mochten niet in strijd zijn met de communautaire regels. Deze strijdigheid werd niet voorkomen door het feit dat het belastingverdrag een bronheffing toestond en voorzag in een mogelijkheid om de in die andere staat verschuldigde belasting te verrekenen op grond van nationale wettelijke bepalingen. In Nederland was het namelijk, door de deelnemingsvrijstelling, niet mogelijk om de Franse ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Na toepassing van het belastingverdrag was het dus niet mogelijk om de bronheffing te neutraliseren.<sup>218</sup>

Uit het arrest blijkt dus dat men met de gevolgen van zowel de Franse wetgeving als het belastingverdrag dat met Nederland gesloten is rekening dient te houden.

---

<sup>217</sup> HvJ EG 14 december 2006, C-170/05 (*Denkavit II*), r.o. 37.

<sup>218</sup> F. Vanistendael, *Denkavit Internationaal: The Balance between Fiscal Sovereignty and the Fundamental Freedoms?* in: *Denkavit Internationaal Special Issue, European Taxation 2007/5*, blz. 210-213.

De twee belangrijkste conclusies die men uit dit arrest kan trekken zijn. Ten eerste dat indien ingezetenen en niet-ingezetenen beiden aan dezelfde belasting zijn onderworpen zij zich in een objectief vergelijkbare situatie zich bevinden. Ten tweede moet men bij de beoordeling of er sprake is van discriminatie rekening houden met de uitwerkingen van een belastingverdrag. Het is hierbij wel van belang dat er ook een verrekeningsmogelijkheid is in de woonstaat en dat van deze verrekeningsmogelijkheid ook daadwerkelijk gebruik van kan worden gemaakt. Indien de belemmering door de verrekening geheel ongedaan werd gemaakt, is er geen sprake meer van discriminatie met het VwEU.

#### 4.2.4 Centro Equestre

De aftrekbaarheid van kosten van niet-ingezetenen stond centraal in dit arrest<sup>219</sup>. Bij ingezetenen waren alle kosten die verband hielden met artistieke of sportieve vertoningen die op het Duitse grondgebied plaatsvonden aftrekbaar van hun belastbaar inkomen in Duitsland. Voor beperkt belastingplichtigen gold dat alleen de bedrijfskosten of verwervingskosten aftrekbaar waren die een rechtstreeks economisch verband hielden met deze inkomsten en meer bedroegen dan de helft van de inkomsten. De wettelijke bepaling werd getoetst aan het vrije dienstenverkeer.

Het HvJ oordeelde dat het eerste vereiste, het bestaan van een rechtstreeks economisch verband, geen strijdigheid opleverde met het EU-recht. In beginsel waren kosten aftrekbaar in het land waar de netto-inkomsten van ingezetenen werden belast.<sup>220</sup> Echter op basis van het Gerritse-arrest was het mogelijk om, indien de kosten een verband hielden met de inkomsten uit het bronland, deze in het bronland in aftrek toe te staan.<sup>221</sup> Het was ook toegestaan een ruimer begrip te hanteren voor de aftrekbaarheid van kosten.<sup>222</sup> Onder kosten, die een rechtstreeks verband hielden met de inkomsten, werden verstaan kosten die in een rechtstreeks economisch verband staan met de dienstbetrekking waarover in die lidstaat belasting was geheven en die dus onlosmakelijke daarmee verbonden waren, zoals verblijfs- en reiskosten. De plaats en het tijdstip waarop de kosten zijn gemaakt deed niet ter zake.<sup>223</sup>

Het HvJ was wel van oordeel dat het tweede vereiste, het feit dat de kosten meer moesten bedragen dan de helft van de inkomsten, in strijd was met het EU-recht. Door deze voorwaar-

---

<sup>219</sup> HvJ EG 15 februari 2007, C-345/04 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*).

<sup>220</sup> HvJ EG 15 februari 2007, C-345/04 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*), r.o. 23.

<sup>221</sup> Zie paragraaf 4.1.1. 'Arnoud Gerritse'.

<sup>222</sup> HvJ EG 15 februari 2007, C-345/04 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*), r.o. 24.

<sup>223</sup> HvJ EG 15 februari 2007, C-345/04 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*), r.o. 25.

de kon er een beperking ontstaan voor niet-ingezetenen om in Duitsland kunstzinnige, sportieve of andere activiteiten uit te oefenen. Deze beperking kon niet worden gerechtvaardigd. Het argument van Duitsland was om op deze manier te voorkomen dat de kosten twee keer in aftrek worden gebracht werd verworpen. Doordat er in het belastingverdrag een verrekeningsmethode was afgesproken is het niet mogelijk om de kosten twee keer in aftrek te brengen. Daarnaast gold er ook een samenwerkingsmechanisme, de richtlijn voor wederzijdse bijstand op het gebied van de directe belastingen<sup>224</sup>, waardoor de uitwisseling van informatie tussen de betrokken fiscale autoriteiten mogelijk was. Hierdoor kon eveneens worden voorkomen dat kosten tweemaal in aftrek worden gebracht.

De belangrijkste conclusie uit dit arrest is dat het bronland rekening dient te houden met de kosten die economisch verband houden met de inkomsten uit het bronland. Het staat het bronland vrij om hiervoor een vereiste op te nemen in haar nationale belastingstelsel. Echter mag deze nationale bepaling niet-ingezetenen beperken tot de aftrekbaarheid van de kosten die in een economisch verband staan met de inkomsten uit het bronland.

#### 4.2.5 Amurta

In dit arrest<sup>225</sup> ging het om een in Portugal gevestigde vennootschap die een aandelenbelang had van 14% in een in Nederland gevestigde vennootschap welke is opgericht naar Nederlands recht. Nederland kende deelnemingsvrijstelling, wat inhield dat er geen dividendbelasting werd geheven wanneer er dividend werd uitgekeerd aan een Nederlandse onderneming met een aandelenbelang van tenminste 5%. Werden de dividenden aan in andere EU-lidstaat gevestigde vennootschappen uitgekeerd, dan gold dit alleen bij een aandelenbelang van tenminste 25% van het geplaatste aandelen kapitaal.<sup>226</sup> Dit percentage kon verminderd worden naar 10% indien de lidstaat waar de aandeelhouder gevestigd was dezelfde vermindering toepast. Deze regeling benadeelde niet-ingezeten moedermaatschappijen die een belang bezaten van tussen de 5% en 25% van het geplaatste kapitaal van een Nederlandse vennootschap ten opzichte van ingezeten moedermaatschappijen.

Nederland creëerde door het heffen van de dividendbelasting een risico van opeenvolgende belastingheffing of dubbele economische belastingheffing. Dit leidde niet tot een beperking van het vrij verkeer van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal wanneer deze lidstaat in zijn

---

<sup>224</sup> Richtlijn 77/799/EEG.

<sup>225</sup> HvJ EG 08 november 2007, C-379/05 (*Amurta*).

<sup>226</sup> Conform de moeder-dochterrichtlijn.

nationale recht vervatte mechanisme ter voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of dubbele economische belasting niet-ingezeten vennootschappen-aandeelhouders op dezelfde wijze behandeld als ingezeten-vennootschappen-aandeelhouders.<sup>227</sup> Het arrest Amurta stelde hier duidelijk dat men moest kijken naar de doelstelling van de nationale wettelijke regeling en of de vennootschappen zich in dezelfde vergelijkbare situatie bevonden. Doordat de vrijstelling het doel had om kettingbelasting of economische dubbele belasting te voorkomen of te verminderen diende zij ingezeten en niet-ingezeten moedermaatschappijen op dezelfde wijze te behandelen. Immers ingezeten en niet-ingezeten moedermaatschappijen bevonden zich in dezelfde situatie. De nationale bepaling zag echter alleen op ontvangende vennootschappen die in Nederland gevestigd zijn. Hierdoor was er sprake van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

Nederland beriep zich op de samenhang van haar belastingstelsel als rechtvaardigingsgrond. Nederland was van mening dat de vrijstelling binnen de dividendbelasting noodzakelijk was om een goede werking van de deelnemingsvrijstelling te verzekeren. De A-G was van mening dat dit eerder aangemerkt moest worden als een administratieve lastenvermindering van het Nederlandse belastingstelsel. Besluit een lidstaat om over een bepaald soort inkomsten geen belasting te heffen op zijn grondgebied van gevestigde ontvangende vennootschappen, dan kan zij zich niet op deze rechtvaardigingsgrond beroepen om belasting te heffen over ontvangende vennootschappen die in een andere lidstaat gevestigd zijn.<sup>228</sup> Deze beperking van het vrije kapitaalverkeer kon niet worden gerechtvaardigd op grond van fiscale coherentie of om een evenwichtige verdeling tussen lidstaten te waarborgen.

Uit dit arrest bleek ook duidelijk dat men geen rekening hoeft te houden met de nationale wetgeving in de andere lidstaat. Dat in Portugal sprake was van een volledige verrekening van de ingehouden dividendbelasting deed niet af aan de strijdigheid in het arrest Amurta. Er diende wel rekening te worden gehouden met het belastingverdrag. Het is mogelijk dat het belastingverdrag Nederland-Portugal de discriminatie kan rechtvaardigen. Het is aan de nationale wetgever om dit te beoordelen.

De toegevoegde waarde van het arrest Amurta voor deze scriptie is dat bij dit arrest duidelijk naar voren komt dat men moet kijken naar de doelstelling van de nationale wettelijke regeling

---

<sup>227</sup> HvJ EG 08 november 2007, C-379/05 (*Amurta*), r.o. 39.

<sup>228</sup> HvJ EG 08 november 2007, C-379/05 (*Amurta*), r.o. 59.

en beoordelen of de vennootschappen zich in dezelfde vergelijkbare situatie bevinden. Een lidstaat kan zich niet beroepen op de rechtvaardigingsgrond van samenhang van haar belastingstelsel indien een lidstaat besluit om over een bepaald soort inkomsten op zijn grondgebied geen belasting te heffen van gevestigde ontvangende vennootschappen. Daarbij stelt het arrest Amurta dat men bij de beoordeling of er discriminatie met het EU-recht bestaat niet moet kijken naar de nationale bepalingen van de woonstaat.

#### 4.2.6 Truck Center

In dit arrest<sup>229</sup> kwam een Belgische bronheffing over rente aan de orde. Het betrof een Belgische vennootschap die rente verschuldigd was aan een derde vennootschap in een andere gevestigde lidstaat. Over deze rente werd in België bronheffing ingehouden. Deze bronheffing zou niet worden ingehouden als de rente uitgekeerd zou worden aan een in België gevestigde vennootschap, omdat ingezeten vennootschappen aan de vennootschapsbelasting in België waren onderworpen. Het HvJ oordeelde dat er naar de uiteindelijke belastingdruk gekeken dient te worden. De verschillen inzake de inning van de belasting vormt een logisch uitvloeisel van de omstandigheid dat ingezetenen en niet-ingezetenen aan verschillende belastingen zijn onderworpen. De verschillende heffingstechnieken zijn het gevolg van de verschillende situaties waarin deze vennootschappen zich bevinden met betrekking tot het innen van de belasting.<sup>230</sup> Naast het feit dat een niet-ingezeten vennootschap zich niet in een vergelijkbare positie bevond als een ingezeten vennootschap, vloeit uit deze regeling ook niet voort dat er sprake is van een bevoordeling van ingezeten vennootschappen. Dit komt omdat het tarief van de bronheffing lager is dan het tarief dat bij de vennootschapsbelasting wordt gehanteerd. Er was volgens het HvJ dan ook geen sprake van een strijdigheid met het vrije verkeer van kapitaal.

De belangrijkste conclusie uit dit arrest is dat men voor de vergelijking of niet-ingezetenen zwaarder belast worden dan ingezetenen naar de uiteindelijke belastingdruk moeten kijken. Dat de heffingstechniek voor niet-ingezetenen anders is dan voor ingezetenen levert geen strijdigheid op met het EU-recht omdat niet-ingezetenen zich in een andere positie bevinden dan ingezetenen voor het innen van de belasting.

---

<sup>229</sup> HvJ EG 22 december 2008, C-282/07 (*Truck Center*).

<sup>230</sup> HvJ EG 22 december 2008, C-282/07 (*Truck Center*), r.o. 46 en 47.

#### 4.2.7 Commissie/Italië

Het arrest Cie-Italië<sup>231</sup> betreft een infractieprocedure. Lidstaten van de Europese Unie zijn verplicht de nakoming van het EU-recht te verzekeren. Is een lidstaat haar verplichting niet nagekomen, dan kan de Europese Commissie een infractieprocedure starten. Dit kan leiden tot een veroordeling van het HvJ en tot het opleggen van boetes en dwangsommen.<sup>232</sup>

In dit arrest deed de Europese Commissie een beroep op art. 226 van het EG-belastingverdrag<sup>233</sup> omdat Italië haar verplichtingen niet nakwam. Hierdoor werd een nationale bepaling van Italië getoetst aan het EG-belastingverdrag. Italië hief een bronbelasting van 27% op dividenden die aan buitenlandse aandeelhouders werden uitgekeerd. Buitenlandse aandeelhouders hadden wel het recht op een teruggave van deze bronbelasting. Deze teruggave leidde tot een resterend tarief van 15% ingeval er geen sprake was van een belastingverdrag of als de moeder-dochterrichtlijn niet van toepassing was. Door middel van het belastingverdrag was het mogelijk om het tarief te verlagen naar 5% en als de moeder-dochterrichtlijn van toepassing was werd het tarief verlaagd naar 0%. Voor Italiaanse moedermaatschappijen gold dat er geen bronheffing werd ingehouden maar werd 5% van het ontvangen dividend belasting onderworpen aan de vennootschapsbelasting. De effectieve belastingdruk voor Italiaanse moedermaatschappijen was 1.65%. Over deze 5% werd namelijk 33% vennootschapsbelasting geheven. Het HvJ toetste de nationale bepaling aan het vrij verkeer van kapitaal.

Als de belastingdruk voor niet-ingezeten aandeelhouders hoger is dan de belastingdruk voor ingezeten aandeelhouders en er sprake is van gelijke gevallen, is er strijd met het EU-recht.

Om te bepalen of er sprake was van gelijke gevallen diende te worden nagegaan of de in Italië gevestigde dividend ontvangende vennootschappen zich in een vergelijkbare positie bevonden als de in een andere lidstaat gevestigde dividend ontvangende vennootschappen. Het HvJ toetste dit aan de hand van de het doel van de betrokken nationale regeling. De Italiaanse wetgever had ervoor gekozen om zijn fiscale bevoegdheid uit te breiden tot dividenden die uitgekeerd werden aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap. Niet in Nederland gevestigde vennootschappen bevonden zich in dezelfde situatie als de in Italië ingezetene ven-

---

<sup>231</sup> HvJ EG 19 november 2009, C-540/07 (*Commissie/Italiaanse Republiek*).

<sup>232</sup> Ministerie van Buitenlandse Zaken, Expertisecentrum Europees Recht, Inbreukprocedures, <http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures> (bekeken op 29 september 2014).

<sup>233</sup> Tegenwoordig is dit artikel 258 EU-Werkingsverdrag.

nootschappen ten aanzien van het risico op economische dubbele belasting.<sup>234</sup> Hierdoor dienden niet in Italië gevestigde vennootschappen op dezelfde wijze behandeld te worden als in Italië ingezeten vennootschappen voor het mechanisme ter voorkoming van ketting belasting en economische dubbele belasting.

Het HvJ oordeelde dat de belemmering pas volledig verdwijnt als het gehele verschil in belastingdruk volledig werd geneutraliseerd. Italië veronderstelde de uit Italië afkomstige dividenden voldoende belast werden in de andere lidstaat. Als in de andere lidstaat dit dividend niet voldoende belast was, bestond er de kans dat de Italiaanse bronbelasting niet of niet geheel verrekend kon worden.<sup>235</sup> Italië had in haar belastingverdragen namelijk een ordinary credit afgesproken. Italië was hierdoor afhankelijk van het belastingstelsel in de andere lidstaten. Hierdoor kon Italië niet garanderen dat de dividenden die naar een andere lidstaat worden uitgekeerd uiteindelijk niet zwaarder werden belast dan de dividenden die aan ingezeten vennootschappen werden uitgekeerd.

Gedeeltelijk kon Italië wel beargumenteren dat deze belemmeringen rechtvaardig zijn. Deze maatregel gold namelijk ter voorkoming van misbruik en fraude. De Bijstandsrichtlijn was namelijk niet van toepassing binnen de EER-landen en Liechtenstein. Het enkel ontbreken van een adequate informatie-uitwisselingsbepaling was al voldoende om een antimisbruikmaatregel te rechtvaardigen en werd ook proportioneel geacht. Hierdoor was deze bepaling niet in strijd met het EU-recht wanneer het op dividenden sloeg die werden uitgekeerd aan EER-landen of Liechtenstein.

In dit arrest komt weer duidelijk naar voren dat men voor de beoordeling of ingezeten vennootschappen en niet-ingezeten vennootschappen zich in dezelfde positie bevinden, men naar het doel van de wettelijke bepaling dient te kijken. Niet-ingezeten vennootschappen werden mogelijk zwaarder belast doordat de mogelijkheid tot neutralisering afhankelijk was van de wetgeving in de andere lidstaat. Hierdoor kunnen zich situaties voordoen waarbij er zich een belemmering van het EU-recht voordoet. Italië kon zich wel met betrekking tot de EER-landen en Liechtenstein beroepen op de rechtvaardigingsgrond van misbruik en fraude. Dit kwam omdat er geen adequate informatievoorziening tussen deze landen en Italië was.

---

<sup>234</sup> HvJ EG 19 november 2009, C-540/07 (*Commissie/ Italiaanse Republiek*), r.o. 54

<sup>235</sup> HvJ EG 19 november 2009, C-540/07 (*Commissie/Italiaanse Republiek*), r.o. 38.

### 4.3 Samenvatting

Uit de arresten Arnoud Gerritse en Centro Equestre blijkt dat het HvJ de visie hanteert dat niet-ingezetenen en ingezetenen dezelfde rechten hebben met betrekking tot de aftrekbaarheid van kosten. Het is hierbij wel van belang dat bij de kosten een economisch verband bestaat tussen de kosten en het inkomen uit het bronland. Volgens het arrest Centro Equestre mag het bronland hier verder geen voorwaarden aan stellen.

Het arrest Arnoud Gerritse maakt ook duidelijk dat niet-ingezetenen niet altijd recht hebben op een belastingvrije som als ingezetenen dat recht wel hebben. Dit komt omdat de belastingvrije som verband houdt met de persoonlijke draagkracht van belastingplichtige. De woonstaat is het beste in staat om dit te meten. Vandaar dat het niet aan de bronstaat is om rekening te houden met de persoonlijke draagkracht van belastingplichtige en te allen tijde een belastingvrije som te verstrekken aan niet-ingezetenen.

Op grond van de arresten Amurta en Commissie/Italië dient men te kijken naar het doel van een wettelijke bepaling om vast te stellen of er sprake is van objectief vergelijkbare situaties. Het arrest Denkavit II stelt daarbij dat als niet-ingezetenen aan dezelfde belasting zijn onderworpen als ingezetenen, zij zich ook in een objectief vergelijkbare situatie bevinden. Voor de vaststelling of niet-ingezetenen zwaarder worden belast dan ingezetenen dient er volgens het arrest Arnoud Gerritse gekeken te worden naar de uiteindelijke belastingdruk van ingezetenen en de bronheffing van niet-ingezetenen, ingeval dit de eindheffing is voor niet-ingezetenen. Het arrest Bouanich stelt dat het niet van belang is als de inkomsten belast worden op grond van verschillende grondlagen en/of belastingtarieven. Uit het arrest Truck Center blijkt dat het verschil in heffingstechniek geen strijdigheid oplevert met het EU-recht. Dit vloeit voort uit het feit dat niet-ingezetenen zich in een andere positie bevinden dan ingezetenen voor het innen van belasting.

Het arrest ACT Group stelt dat indien een lidstaat haar fiscale bevoegdheid uitbreidt tot uit deze lidstaat afkomstige inkomsten, anders dan in die staat genereerde winsten, dan brengt dit een risico van kettingbelasting en economische dubbele heffing met zich mee. Voor de voorkoming en vermindering van kettingbelasting en economische dubbele heffing bevinden niet-ingezetenen en ingezetenen zich dan in dezelfde positie. Wordt in zuivere binnenlandse situaties kettingbelasting of economische dubbele belasting voorkomen, dan dient de bronstaat dit ook mogelijk te maken in grensoverschrijdende situaties. Het arrest Denkavit II stelt dat men voor de neutralisatie van deze kettingbelasting of economische dubbele belasting rekening



dient te houden met het belastingverdrag. Het is wel van belang dat er ook daadwerkelijk gebruik gemaakt kan worden van de verrekeningsmogelijkheid die het verdrag biedt. Het arrest Cie/Italië maakt duidelijk dat indien een belastingverdrag clausules bevat die zien op het dividend, de lidstaat afhankelijk is van het nationale belastingstelsel in de andere lidstaat. Uit het arrest Amurta blijkt dat men voor de vergelijking in belastingdruk tussen niet-ingezetenen en ingezetenen geen rekening dient te houden met verrekeningsmogelijkheden die voortvloeien uit het nationale belastingstelsel van de andere lidstaat, anders dan welke voortvloeien uit het belastingverdrag.

Uit arresten Gerritse, Bouanich en Truck Center blijkt dat een verschil in behandeling van niet-ingezetenen ten opzichte van ingezetenen niet mag leiden tot hogere effectieve belastingdruk. Als niet-ingezetenen zwaarder worden belast dan ingezetenen, dan is er strijdigheid met het EU-recht.

Ten aanzien van inkomende dividendstromen blijkt uit het arrest Kerckhaert-Morres dat men bij het heffen van inkomstenbelasting moet kijken of er een onderscheid wordt gemaakt tussen het dividend dat is ontvangen uit een vennootschap welke in een andere lidstaat is gevestigd en het dividend dat is ontvangen uit dezelfde lidstaat.

## 5. De zaak Belgische particulier

Op dit moment ligt er een tweetal zaken bij het HvJ waar mogelijk een strijdigheid van de dividendbelasting ten aanzien van portfoliodividend geconstateerd zal worden.

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of er sprake is van strijdigheid met het EU-recht in de zaak met een natuurlijk persoon als aandeelhouder. Deze zaak zal worden aangeduid onder de naam: ‘Belgische particulier’<sup>236</sup>.

Allereerst worden kort de feiten uiteengezet die in deze zaak van belang zijn. Daarna wordt besproken hoe de inhouding van bronbelasting plaatsvindt bij een in Nederland ingezetene en daarna bij een niet-ingezetene. Daarna wordt beoordeeld of er zich verschillen voordoen. Nadat de inhouding van de dividendbelasting is besproken zal er ingegaan worden op de verrekeningsmogelijkheid van zowel ingezetenen als niet-ingezetenen. Hierna zal ook weer de vergelijking worden gemaakt en beoordeeld worden of er sprake is van een verschillende behandeling tussen het verrekenen van ingezetenen en niet-ingezetenen. Afsluitend zal worden gekeken of de uiteindelijke belastingdruk van ingezetenen afwijkt van die van niet-ingezetenen.

### 5.1 Feitencomplex

Belanghebbende is een Belgische particulier die woonachtig is in België en de Nederlandse nationaliteit bezit. Belanghebbende heeft niet voor de keuzeregeling van artikel 2.5 Wet IB 2001 gekozen. Artikel 2.5 Wet IB 2001 biedt een buitenlands belastingplichtige de mogelijkheid om als binnenlands belastingplichtige aangemerkt te worden voor de bepalingen van de Wet IB 2001. Belanghebbende bezit twee van de 95 geplaatste certificaten, dit is minder dan 5%, en heeft geen aanmerkelijk belang volgens afdeling 4.3 Wet IB 2001. Naast de twee certificaten die haar stiefzoon, ook in België woonachtig, bezit, zijn de overige certificaten in handen van personen die in Nederland binnenlands belastingplichtig zijn voor de inkomsten- of vennootschapsbelasting.

De holding keert geregeld dividend uit aan haar aandeelhouder, een stichting. De stichting betaalt de dividenden door aan de certificatenhouders. De Belgische wetgeving voorziet niet in een verrekening van de in Nederland ingehouden dividendbelasting, maar kwalificeert deze

---

<sup>236</sup> HR 20 december 2013, BNB 2014/66.

belasting als kostenpost. Er zijn geen schulden ter financiering van de certificaten gemaakt. Evenmin zijn er op het dividend drukkende kosten.

## 5.2 De inhouding van de bronbelasting.

### 5.2.1 In Nederland ingezeten aandeelhouder

In deze zaak is er sprake van een dividenduitkering door een BV. Zoals uit paragraaf 2.2.1 'Inhoudingsplicht' al naar voren is gekomen, dient de BV 15% dividendbelasting in te houden.

### 5.2.2 Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder

In het geval dat een in Nederland gevestigde kapitaalvennootschap dividend uitkeert aan een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder is zij in beginsel verplicht ook dividendbelasting in te houden.<sup>237</sup> Het betreft hier een grensoverschrijdende situatie waarbij rekening moet worden gehouden met het Belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en België 2001 (hierna: het belastingverdrag Nederland-België). Het belastingverdrag Nederland-België stelt dat Nederland dividendbelasting mag heffen onder bepaalde voorwaarden.<sup>238</sup> Wanneer de uiteindelijke gerechtigde in België woont en tenminste 10% van het aandelenkapitaal bezit, dan mag het tarief van de dividendbelasting niet hoger zijn dan 5%. Bezit de uiteindelijke gerechtigde die in België woont minder dan de genoemde 10% van het aandelenkapitaal, zoals in de zaak Belgische particulier, dan mag Nederland tot maximaal 15% van het brutobedrag heffen. Het belastingverdrag Nederland-België beperkt Nederland niet in haar heffingsrecht.

### 5.2.3 Is er een verschil in behandeling tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder?

In een zuiver binnenlandse situatie wordt er 15% dividendbelasting ingehouden. In de situatie van een Belgische aandeelhouder wordt er ook 15% dividendbelasting ingehouden. Het belastingverdrag Nederland-België beperkt het Nederlandse heffingsrecht niet. Kortom bij de inhouding van de dividendbelasting is geen sprake van een verschil in de wijze van heffen tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een in België ingezeten aandeelhouder.

---

<sup>237</sup> Artikel 1 Wet DB 1965.

<sup>238</sup> Artikel 23 Belastingverdrag Nederland-België 2001 paragraaf 1 letter b.

## 5.3 Mogelijkheid tot verrekenen van de dividendbelasting

### 5.3.1 In Nederland ingezeten aandeelhouder

Nederland hanteert binnen de inkomstenbelasting een boxenstelsel. De voordelen verkregen uit aandelen kunnen zowel in box 1, 2 of 3 van de inkomstenbelasting belast worden. In de zaak *Belgische particulier* is sprake van certificaten van aandelen. De voordelen uit de certificaten worden niet belast in box 1, inkomen uit werk en woning. Dit komt omdat de aandelen niet tot een ondernemingsvermogen behoren, er geen sprake is van winst uit onderneming en de ter beschikkingstelling ook niet van toepassing is. De certificaten kunnen worden vereenzelvigd als aandelen wanneer zij voldoen aan de eisen die gesteld worden in het Besluit van 23 november 2006.<sup>239</sup> Wanneer de certificaten als aandelen kwalificeren, dan kan dit leiden tot een aanmerkelijk belang. Dit is in de zaak *Belgische particulier* niet het geval. Belanghebbende bezat, al dan niet tezamen met de partner<sup>240</sup>, maar twee van de 95 gecertificeerde aandelen. Het 5%-criterium, dat in het aanmerkelijk belang regime hanteert, wordt dus niet overschreden. Er is geen sprake van een aanmerkelijk belang in de BV. De voordelen die belanghebbende verkrijgt uit de aandelen worden belast in box 3, inkomen uit sparen en beleggen, van de Wet IB 2001.

In box 3 worden de inkomsten uit sparen en beleggen belast. De rendementsgrondslag is de waarde van de bezittingen verminderd met de waarde van de schulden. Er wordt over het fictieve rendement van 4% over de gemiddelde waarde van de aandelen 30% inkomstenbelasting geheven.<sup>241</sup> De bezittingen en schulden worden gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer. Belanghebbende heeft geen schulden die verband houden met de certificaten. De effectieve druk in deze zaak komt hiermee uit op 1,2% van de waarde economisch verkeer van de certificaten op 1 januari van het desbetreffende jaar.<sup>242</sup>

In paragraaf 2.2.4 ‘Voorheffing’ is al naar voren wanneer het mogelijk is om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen met de inkomstenbelasting. Zo mag op grond van artikel 9.2 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 de ingehouden dividendbelasting als voorheffing verrekend worden met de aanslag inkomstenbelasting. Voorwaarde die de wetgever hieraan stelt, is dat

---

<sup>239</sup> Besluit 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, Stcrt. 236.

<sup>240</sup> Het partnerbegrip wordt opgehaald uit artikel 1.2 Wet IB 2001, waarbij wordt doorverwezen naar artikel 5a AWR.

<sup>241</sup> Dit is in afwijking van de huidige wet waarbij de peildatum alleen het begin van het kalenderjaar is. Echter was deze aanpassing nog niet ingevoerd op het moment dat bezwaar was ingediend.

<sup>242</sup> Hierbij wordt geen rekening gehouden met het heffingvrije vermogen en eventuele schulden van belanghebbende.

de belastingplichtige wel de uiteindelijke gerechtigde tot de opbrengst van het dividend moet zijn.<sup>243</sup> Dat er sprake is van een tussenpersoon doordat het certificaten betreft doet niet af aan het feit dat de achterliggende rechthebbende als juridische eigenaar aangemerkt kan worden.<sup>244</sup> Uit het feitencomplex van de zaak Belgische particulier blijkt mijn inziens dat belanghebbende uiteindelijk gerechtigde is van het dividend. De stichting verkrijgt in eerste instantie de voordelen maar deze worden doorbetaald aan belanghebbende. De betaling van de stichting aan belanghebbende is geen dividend vervangende betaling maar het dividend zelf. Belanghebbende heeft in een binnenlandse situatie recht op een verrekening met de ingehouden dividendbelasting omdat zij uiteindelijk gerechtigd is tot de voordelen verkregen uit de aandelen.

### 5.3.2 Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder

Zoals in paragraaf 2.2.4 ‘Voorheffing’ is ook de mogelijkheid beschreven hoe niet in Nederland ingezeten aandeelhouders de ingehouden bronheffing kunnen verrekenen. Niet in Nederland ingezeten aandeelhouders kunnen alleen de ingehouden dividendbelasting verrekenen indien het bestanddeel waar deze dividendbelasting betrekking op heeft binnen het verzamelinkomen valt.

De Belgische ingezeten aandeelhouder kan in dit geval niet worden aangemerkt als buitenlands belastingplichtige volgens de Wet IB 2001. Artikel 7.7 Wet IB 2001 regelt de buitenlandse belastingplicht voor box 3. Dit artikel stelt dat men alleen als buitenlands belastingplichtige aangemerkt wordt wanneer men rechten op aandelen in de winst van een onderneming bezit en de leiding van deze onderneming in Nederland is gevestigd. Dit artikel geldt alleen voor zover de voordelen niet voortkomen uit effectenbezit of uit dienstbetrekking en niet belast worden in box 1 of 2.<sup>245</sup> Aandelen en certificaten van aandelen vallen onder de categorie effectenbezit.<sup>246</sup> Kortom, belanghebbende kan niet als buitenlands belastingplichtige aangemerkt worden. Belanghebbende heeft dan ook geen recht op een verrekening van de ingehouden dividendbelasting, omdat de voordelen uit de certificaten niet onder het verzamelinkomen van de Wet IB 2001 vallen.

---

<sup>243</sup> Artikel 9.2 lid 2 Wet IB 2001.

<sup>244</sup> HR 16 oktober 1985, nr. 23.033, BNB 1986/118, (concl.A-G Van Soest).

<sup>245</sup> Artikel 7.1 jo 7.5 Wet IB 2001.

<sup>246</sup> Kamerstukken I 2003/04, 29 034, B, p. 2.

De wetgever heeft expliciet voor dit verschil tussen ingezeten natuurlijke personen en niet-ingezeten natuurlijke personen gekozen.<sup>247</sup> Nederland is namelijk in grensoverschrijdende situaties heffingsbevoegd over de uitgekeerde dividenden. Op deze manier wil Nederland haar heffingsrechten ook daadwerkelijk kunnen uitoefenen.

Uit het belastingverdrag Nederland-België blijkt dat België de, in Nederland op inkomsten, geheven belasting, in mindering brengt op de Belgische belasting die over deze inkomsten wordt geheven. Dit geldt alleen onder het voorbehoud van bepalingen van de Belgische wetgeving.<sup>248</sup> Volgens het Belgische Wetboek van de inkomstenbelasting 1992 wordt in België de in Nederland ingehouden bronbelasting als kostenpost aangemerkt. Hierdoor wordt in België alleen het ontvangen dividend minus de in Nederland ingehouden dividendbelasting in de heffing betrokken. Belanghebbende betaalt als gevolg van deze regeling juridisch dubbele heffing over het netto bedrag dat aan dividenden is ontvangen. Een cijfervoorbeeld maakt dit duidelijk. Een Nederlandse kapitaalvennootschap deelt dividenden uit ter grootte van € 100 waar Nederland 15% dividendbelasting inhoudt. In België wordt € 85 (€ 100 minus de in Nederland ingehouden bronbelasting van € 15) in de heffing betrokken en belast tegen 25%.<sup>249</sup> In België wordt er € 21.25 aan inkomstenbelasting betaald. Het bedrag dat belanghebbende uiteindelijk ontvangt is € 63.75. Zij heeft dus € 36.25 aan zowel Nederlandse als Belgische belasting betaald.

Volledigheidshalve is het ook van belang om op te merken dat belanghebbende op geen andere manier recht heeft op teruggave van de dividendbelasting. Dit komt omdat de teruggaveregeling die de dividendbelasting kent alleen bedoeld is voor vennootschappen die in Nederland of in de EU of EER gevestigd zijn en volgens de Nederlandse wetgeving niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Een eventuele afdrachtvermindering is ook niet van toepassing, aangezien dit alleen van toepassing is op fiscale beleggingsinstellingen<sup>250</sup>. De moeder-dochterrichtlijn is ook niet van toepassing.

---

<sup>247</sup> Kamerstukken II 2001 /02, 28 487, nr. 3, p. 32-33 (MvT).

<sup>248</sup> Belastingverdrag Nederland België 2001 artikel 23 lid 1 onderdeel b.

<sup>249</sup> Het tarief op dividenden volgens het Belgische Wetboek van de inkomstenbelasting 1992.

<sup>250</sup> Artikel 28 van de Wet VPB 1965.

### 5.3.3 Is er een verschil in behandeling tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder?

In een zuivere binnenlandse situatie kan de belastingplichtige haar ingehouden dividendbelasting volledig verrekenen met haar belastbaar inkomen, zoals wordt gesteld in de Wet IB 2001. De inkomsten uit haar certificaten zijn bestanddelen van haar verzamelinkomen, en daarmee belast in box 3 van de Wet IB 2001. De effectieve druk voor ingezetenen is 1.2% over de waarde in het economische verkeer van de certificaten op 1 januari van het desbetreffende jaar.<sup>251</sup> Echter, voor de in België ingezeten aandeelhouder geldt dat haar inkomsten uit de certificaten niet onder de Wet IB 2001 belast worden. Hierdoor is het niet mogelijk om in Nederland haar ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Het belastingverdrag Nederland-België regelt dat de ingehouden dividendbelasting in België mag worden verrekenen, mits de Belgische wetgeving zich hiertegen niet verzet. De Belgische wetgeving staat alleen geen verrekening toe omdat dit stelsel geen verrekeningsmethode kent. Kortom, de in Nederland ingehouden dividendbelasting kan niet in België worden verrekend. Het is wel mogelijk dat de ingehouden dividendbelasting als kostenpost aan te merken voor de Belgische inkomstenbelasting.

## 5.4 De uiteindelijke belastingdruk

### 5.4.1. In Nederland ingezeten aandeelhouder

De ingehouden dividendbelasting kan geheel worden verrekend met inkomstenbelasting. Ingezetenen worden belast in box 3 van de inkomstenbelasting. Uiteindelijk wordt er over de waarde, die op 1 januari van het desbetreffende jaar wordt vastgesteld, van de certificaten 4% forfaitair rendement vastgesteld. Over dit forfaitaire rendement wordt 30% inkomstenbelasting geheven. De effectieve belastingdruk komt uit op 2.1% van de waarde van certificaten op 1 januari van het desbetreffende jaar.

In deze zaak was de gemiddelde waarde van de aandelen € 1.298.245. Er zou dan € 15.578,94 aan inkomstenbelasting worden geheven.

### 5.4.2. Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder

De niet in Nederland ingezeten aandeelhouder wordt belast met dividendbelasting. Deze wordt niet verrekend in haar woonstaat België. Hierdoor komt de uiteindelijke druk voor de

---

<sup>251</sup> Hierbij wordt geen rekening gehouden met het heffingvrije vermogen en eventuele schulden van belanghebbende.

Belgische particulier neer op 15% dividendbelasting plus de inkomstenbelasting in België minus de kostenafrek van de dividendbelasting in België.

In de zaak is er een dividenduitkering gedaan van € 107.372 en is er € 16.105,80 aan dividendbelasting ingehouden. In België is nog eens 25% inkomstenbelasting geheven, wat neerkomt op 25 percent van € 91.266,20 (€ 107.372 minus de ingehouden Nederlandse dividendbelasting ten bedrage van € 16.105,80), ofwel € 22.816,22. Totaal is er een bedrag van €38.922.02 aan zowel Nederlandse als Belgische belasting ingehouden c.q. geheven.

## 5.5 Is een strijdigheid met het EU-recht?

Om te beoordelen of er sprake is van een strijdigheid met het EU-recht dient men eerst vast te stellen of de Belgische particulier in dezelfde positie verkeert als een in Nederland ingezeten aandeelhouder.

### 5.5.1. Is er sprake van discriminatie

In beginsel behoren de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten. Zij zijn echter verplicht om deze bevoegdheid in overeenstemming met het EU-recht uit te oefenen. De nationale wetgever heeft de mogelijkheid om haar eigen wetgeving vast te stellen, mits het binnen de grenzen van het EU-recht is.

Zowel de Belgische particulier als de in Nederland ingezeten aandeelhouder zijn beiden onderworpen aan de dividendbelasting. Voor deze belasting bevinden zij zich dan ook in dezelfde situatie.<sup>252</sup> Bij het heffen van de dividendbelasting wordt geen onderscheid gemaakt tussen ingezetenen en niet-ingezetenen waardoor er geen sprake is van discriminatie. Objectief gelijke gevallen worden ook gelijk behandeld.

Door het heffen van dividendbelasting in Nederland ontstaat er een risico op kettingbelasting en economische dubbele belasting. Niet-ingezetenen ontvangende vennootschappen worden niet geconfronteerd met een beperking van het vrije verkeer van kapitaal wanneer niet-ingezetenen vennootschappen op dezelfde wijze behandeld worden als ingezetenen vennootschappen voor het mechanisme ter voorkoming en verminderen van kettingbelasting.<sup>253</sup>

Nederland biedt in haar nationale wetgeving de mogelijkheid om de dividendbelasting te verrekenen met de inkomstenbelasting. Deze faciliteit staat ook open voor niet-ingezetenen zo-

---

<sup>252</sup> Zie arrest Denavit II.

<sup>253</sup> Zie het arrest ACT Group.



lang de bestanddelen waarop het dividend ziet belastbaar zijn binnen de inkomstenbelasting. Of Nederland de Belgische particulier op dezelfde wijze behandelt als de in Nederland ingezeten aandeelhouder dient beoordeeld te worden na toepassing van het belastingverdrag Nederland-België. Het belastingverdrag Nederland-België bevat dezelfde faciliteit als die nationale wetgeving in Nederland biedt. Echter bleek uit het arrest Denkavit II dat het ook van belang is dat de Belgische wetgeving de verrekening daadwerkelijk toestaat. Aan dit laatste ontbreekt het in onderhavige zaak. Hierdoor wordt de bronheffing voor de Belgische particulier niet geheel geneutraliseerd, wat wel het geval is bij een in Nederland ingezeten aandeelhouder.

België merkt de ingehouden bronbelasting als kostenpost aan. Deze kwalificatie vloeit echter niet voort uit het belastingverdrag Nederland-België. Hier dient men dan ook op grond van het Amurta arrest geen rekening mee te houden.

Om de vraag te beantwoorden of er sprake is van discriminatie dient men de belastingdruk van de Belgische particulier en een in Nederland gevestigde aandeelhouder vast te stellen. De Belgische particulier is onderworpen aan de dividendbelasting en een in Nederland ingezeten aandeelhouder aan de inkomstenbelasting. Uit het arrest Bouanich is naar voren gekomen dat het mogelijk is om verschillende grondslagen en tarieven te vergelijken.

Met het heffingsvrije vermogen uit box 3 dient met geen rekening te houden.<sup>254</sup> In het arrest D is geoordeeld dat het niet toekennen van een belastingvrije som in het kader van een vermogensbelasting niet in strijd is met het EU-recht.<sup>255</sup> Indien de belastingplichtige nagenoeg geheel of geheel in Nederland zijn inkomen geniet, is er sprake van een niet-objectief vergelijkbare situatie. Dan zou op basis van het Schumacker-arrest gesteld kunnen worden dat belastingplichtige wel recht heeft op een heffingsvrij vermogen. Hiervan is geen sprake in deze zaak. Daarbij heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten geoordeeld dat het heffingsvrije vermogen is het totale vermogen en daardoor rekening houdt met de draagkracht van een belastingplichtige.<sup>256</sup> Het heffingsvrije vermogen geldt niet voor activiteiten van belastingplichtige of op bepaalde vermogensbestanddelen. Kortom, voor het heffingsvrije vermogen bevinden ingezeten en niet-ingezetenen zich niet in dezelfde situatie in deze zaak.

---

<sup>254</sup> Zie arrest Arnoud Gerritse.

<sup>255</sup> HvJ EG 5 juli 2005, C-376/03 (D), BNB 2006/1.

<sup>256</sup> Arresten van HR 9 december 2011, nr. 10/01409, BNB 2012/44<sup>c\*</sup> en nr. 10/03765, BNB 2012/45.

Indien de Belgische particulier een hogere belastingdruk heeft dan een in Nederland ingezetenen aandeelhouder is er sprake van een indirecte discriminatie. De nationale bepaling om de ingehouden dividendbelasting alleen aan ingezetenen de mogelijkheid te bieden om de dividendbelasting te verrekenen en het dividend te belasten in box 3 is op zichzelf niet discriminerend, maar werkt feitelijk wel zo uit. Deze indirecte discriminatie geldt alleen voor het gedeelte waarbij de Belgische particulier nadeliger wordt behandeld dan een in Nederland ingezetenen aandeelhouder. Of sprake is van een indirecte discriminatie kan per aandeel fluctueren omdat dit afhankelijk is van zowel de onderliggende waarde van de aandelen als het waarde van het uitgekeerde dividend. Hoe lager de waarde van de aandelen, hoe groter de kans is dat zich een strijdigheid voordoet met het EU-recht.

#### 5.5.2. Is er een rechtvaardigingsgrond

Een indirecte discriminatie kan gerechtvaardigd worden en daardoor gerechtvaardigd worden met het EU-recht.

Nederland kan zich in deze zaak niet beroepen op dwingende reden van algemeen belang. België valt onder de Bijstandsrichtlijn waardoor Nederland zich niet kan beroepen op de doeltreffendheid van fiscale controles. Daarnaast is er ook geen samenhang van het nationale belastingstelsel dat wordt verstoord indien deze belemmering wordt opgeheven. Nederland kan ook geen beroep doen op het territorialiteitsbeginsel omdat er geen afbreuk wordt gedaan van de heffingsbevoegdheid van lidstaten om op hun eigen grondgebied belasting te heffen. De kans op belastingontwijking of –fraude doet zich in deze situatie niet voor. Daarnaast is dubbele verliesverrekening ook niet mogelijk. De belemmering ontstaat niet door een bepaling uit het belastingverdrag waardoor men naar het gehele belastingverdrag moet kijken.

Kortom er is geen rechtvaardigingsgrond die deze belemmering kan rechtvaardigen en is er sprake van een strijdigheid met het EU-recht.

### 5.6 Oplossingen

Zoals in de vorige paragraaf naar voren kwam is de dividendbelasting in de geschetste situatie strijdig met het EU-recht. In deze paragraaf zullen mogelijkheden worden gezocht om deze strijdigheid te voorkomen.

Een mogelijkheid om deze belemmering te voorkomen is doordat de bronstaat de buitenlandse aandeelhouders alsnog zelf compenseert voor het gedeelte dat in strijd is met het EU-recht. Dit kan door middel van een individuele teruggave voor het gedeelte dat de woonstaat niet

verreken. Dit vereist een administratieve samenwerking tussen de belastingdiensten van de bron- en woonstaat. Nog steeds is het echter mogelijk dat er zich problemen voordoen. Zo is het van belang om vast te stellen of er alleen een verplichting voor de bronstaat ontstaat om de niet verrekenende bronbelasting te compenseren of dat ook al uitstel in verrekening voldoende is om te spreken van een belemmering. Dit is het geval bij voortwenteling van de verrekening van bronbelasting bij onvoldoende belastingbasis in een belastingjaar.<sup>257</sup>

Een andere mogelijkheid is dat het HvJ stelt dat er voor de vergelijking moet worden gekeken naar een tijdsbestek van meerdere jaren. Bij box 3 wordt er elk jaar over de waarde van de aandelen/certificaten belasting geheven terwijl bij de dividendbelasting sprake is van een eenmalige heffing over het uitgekeerde dividend. Door het hanteren van een langer tijdsbestek kan er een evenwichtigere vergelijking worden gemaakt. Naar mijn mening zou er gekeken moeten worden naar het dividendbeleid van een onderneming. Of wellicht naar hoe vaak en hoeveel er de afgelopen 5 jaar aan dividend is uitgekeerd. Er kan immers gemakkelijk van het dividendbeleid worden afgeweken. Het lijkt mij beter om dit per onderneming te doen, omdat dit erg kan verschillen. Indien een onderneming jaarlijks dividend uitkeert, dient men ook de inkomstenbelasting van box 3, welke geldt voor ingezetenen, te vergelijken met de ingehouden dividendbelasting voor niet-ingezetenen. Indien een onderneming maar elke 5 jaar een dividenuitkering doet, dient men de betaalde inkomstenbelasting over een tijdsperiode van 5 jaar te vergelijken met de ingehouden dividendbelasting. Het nadeel bij deze methode is ook dat er veel administratieve lasten bij komen kijken.

Een andere oplossing betreft het aanpassen van box 3. Ten eerste zou men het tarief van box 3 kunnen verhogen. Ten tweede kan men box 3 zo aanpassen dat er niet meer over de waarde van de aandelen belasting wordt geheven, maar over de inkomsten uit deze aandelen. Hierdoor wordt er geen verschil in heffingsgrondslag meer gemaakt en kan men een betere vergelijking maken. Dit is wel een erg vergaande oplossing.

Mijn laatste en meest radicale oplossing ziet op het afschaffen van de dividendbelasting. Door deze belasting af te schaffen ontstaat er geen risico op kettingsbelasting of economische dubbele belasting. Nederland dient dan ook te zorgen dat ingezetenen en niet-ingezetenen op de-

---

<sup>257</sup> W.F.E.M. Egelie, 'Denkavit: over bronstaatbelemmering en woonstaatneutralisering', *NTFR* 2009/2709 en M.V. Lambooi, 'Woonstaatneutralisering', *NTFR* 2010/9.

zelfde wijze behandeld worden voor het mechanisme ter voorkoming en verminderen van kettingbelasting.

## 5.7 Samenvatting

In dit hoofdstuk is de zaak ‘Belgische particulier’ aan de orde gekomen. Ingezetenen en niet-ingezetenen zijn beiden aan de dividendbelasting onderworpen. Voor ingezetenen is het mogelijk om de ingehouden dividendbelasting verrekenen met de inkomstenbelasting. Middels het belastingverdrag Nederland-België heeft belanghebbende, ingezetene in België, ook deze mogelijkheid. Volgens de Belgische wetgeving kan belanghebbende niet de ingehouden dividendbelasting te verrekenen, maar hier vormt de ingehouden bronbelasting een kostenpost. Hierdoor is het mogelijk dat discriminatie met het EU-recht zich voordoet. De belastingdruk van ingezetenen wordt bepaald aan de hand van waarde van de certificaten. Over deze waarde wordt een fictief rendement vastgesteld en over dit fictief rendement wordt belasting geheven. Bij niet-ingezetenen bestaat de belastingdruk uit: de ingehouden dividendbelasting en de inkomstenbelasting in België, waarbij de ingehouden dividendbelasting als kostenpost wordt aangemerkt. Er is sprake van een indirecte discriminatie indien de Belgische particulier een hogere belastingdruk heeft dan een in Nederland ingezetene aandeelhouder. Deze indirecte discriminatie geldt alleen voor het gedeelte waarbij de Belgische particulier nadeliger wordt behandeld dan een in Nederland ingezetene aandeelhouder. Nederland kan zich niet op een rechtvaardigingsgrond beroepen.

Nederland zou indirecte discriminatie kunnen opheffen door niet-ingezetenen te compenseren voor dit gedeelte. Een andere optie is dat het HvJ niet de vergelijking baseert op één jaar, maar op een langere tijdsperiode. Immers de belastingheffing voor ingezetenen geschiedt elke jaar en voor niet-ingezetenen alleen als er dividend wordt ontvangen. Een andere oplossing is het aanpassen van box 3. De laatste oplossing is de meeste radicale oplossingen en ziet op het afschaffen van de dividendbelasting.

## 6. De zaak de Franse bank

Een andere zaak waar mogelijk een strijdigheid met het EU-recht omtrent de dividendbelasting naar voren komt is de zaak ‘Franse bank’<sup>258</sup>. De vraag die hierin naar voren komt is of de Nederlandse dividendbelasting strijdig is met het EU-recht wanneer er uit een in Nederland ingezeten vennootschap dividend wordt uitgekeerd naar een in Frankrijk gevestigde aandeelhouder-rechtspersonen.

Allereerst zal het feitencomplex van de zaak uiteen worden gezet. Daarna zal het verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen bij de inhouding van de bronbelasting aan de orde komen. Vervolgens zal geanalyseerd worden of de mogelijkheden tot verrekening van de bronheffing op dezelfde wijze geschiedt voor ingezetenen en niet-ingezetenen. Hierbij komt ook de uiteindelijke belastingdruk naar voren.

### 6.1 Feitencomplex

In de zaak ‘Franse bank’ gaat het over een Franse vennootschap, belanghebbende, die in Frankrijk is gevestigd. De activiteiten van deze onderneming bestaan uit een bankbedrijf in Nederland en een effectenbedrijf in Frankrijk. Met betrekking tot haar bancaire zaken heeft belanghebbende een vaste inrichting in Nederland. De Franse vennootschap heeft in de jaren 2000 tot en met 2008 dividend ontvangen uit haar aandelenpakketten, welke niet toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting. Belanghebbende bezit minder dan 5% van de aandelen in een Nederlandse beursgenoteerde vennootschap. Deze vennootschap keert dividend uit. Op dit uitgekeerde dividend is 15% dividendbelasting ingehouden. In de jaren 2000 tot en met 2007 heeft zij de in Nederland ingehouden dividendbelasting volledig kunnen verrekenen met de Franse vennootschapsbelasting. Belanghebbende maakte in 2008 een verlies waardoor de ingehouden dividendbelasting niet kon worden verrekend. Volgens het belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting met Frankrijk (hierna: belastingverdrag Nederland-Frankrijk) mag er niet meer worden verrekend dan het bedrag dat in Frankrijk aan belasting over deze inkomsten is geheven. In Frankrijk werd geen belasting over de dividendinkomsten geheven, waardoor het voor belanghebbende niet mogelijk is om de in Nederland ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Belanghebbende is van mening dat niet-ingezetenen benadeeld worden ten opzichte van ingezetenen, omdat de laatste groep wel de ingehouden dividendbelasting in situaties waar in een bepaald jaar fiscaal verlies is gemaakt kan verrekenen.

---

<sup>258</sup> HR 20 december 2013, BNB 2014/66.

In de feitelijke instanties is niet onderzocht of het verrekeningsrecht in te toekomstige belastingjaren kan worden benut. Met de kosten werd geen rekening gehouden. Belanghebbende was echter van mening ingeval van hedging dat niet alleen de kosten die rechtstreeks samenhangen met het dividend in aanmerking dienen te worden genomen, maar ook het meegekocht dividend en koers- en valutaresultaten die betrekking hebben op andere aandelenbelangen.

Een aanname die ik bij deze zaak maak, is dat de Franse bank geen beleggingsinstelling is. Als sprake zou zijn van een beleggingsinstelling is het voor de in Nederland ingezetenen ook niet mogelijk de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Niet-ingezetenen worden niet nadeliger worden behandeld dan ingezetenen.

## 6.2 De inhouding van de bronbelasting

### 6.2.1 In Nederland ingezeten aandeelhouder

In deze zaak is er sprake van een dividend uitkering door een BV. Zoals uit paragraaf 2.2.1 ‘Inhoudingsplicht’ al naar voren is gekomen, dient de BV 15% dividendbelasting in te houden.

### 6.2.2 Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder

Zoals uit paragraaf 2.2.1 ‘Inhoudingsplicht’ blijkt is voor de dividendbelasting de vestigingsplaats van de uitkerende vennootschap van belang. De woon- of vestigingsplaats van de ontvangende partij is hierbij irrelevant. In beginsel wordt er 15% dividendbelasting ingehouden. Uit het belastingverdrag Nederland-Frankrijk blijkt dat Nederland haar bronbelasting mag inhouden. Belanghebbende heeft niet een belang van meer dan 25% in de vennootschap waardoor het tarief van 15% niet verlaagd hoeft te worden.<sup>259</sup> Nederland wordt in de zaak ‘Franse bank’ dus niet beperkt door het belastingverdrag Nederland-Frankrijk om haar dividendbelasting van 15% te heffen.

### 6.2.3 Is er een verschil in behandeling tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder?

In een zuiver binnenlandse situatie wordt er 15% dividendbelasting ingehouden. In de zaak ‘Franse bank’ wordt er ook 15% dividendbelasting ingehouden. Het belastingverdrag Nederland-Frankrijk beperkt Nederland niet in haar heffingsrechten. Kortom bij de inhouding van

---

<sup>259</sup> Artikel 24 belastingverdrag Nederland-Frankrijk.

de dividendbelasting is geen sprake van een verschil in de wijze van heffen tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een in Frankrijk ingezeten aandeelhouder.

## 6.3 Mogelijkheid tot verrekening van de dividendbelasting

### 6.3.1 In Nederland ingezeten aandeelhouder

In de zaak ‘Franse bank’ gaat het om een vennootschap die dividenden ontvangt. Indien deze Franse bank in Nederland gevestigd zou zijn, zou de vennootschap onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting. Het ontvangen dividend zou dan worden belast in de vennootschapsbelasting tegen een tarief van 25%.<sup>260</sup> Ter voorkoming van dubbele economische heffing biedt Nederland de mogelijkheid om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen.

Zoals in paragraaf 2.2.4 ‘Voorheffing’ naar voren is gekomen is het mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. De mogelijkheid voor het verrekenen van de ingehouden dividendbelasting wordt voor ingezetenen niet beïnvloed door het feit of er fiscaal winst of een verlies wordt gemaakt. Het feit dat er sprake is van een fiscaal verlies leidt ertoe dat er feitelijk direct geen vennootschapsbelasting wordt geheven over de opbrengsten uit de aandelen. Men kan echter niet stellen dat de opbrengsten van het dividend onbelast blijven. Het fiscale verlies van de vennootschap wordt namelijk door de opbrengsten uit de aandelen verkleind. Er worden immers positieve voordelen toegevoegd aan het operationele verlies van de onderneming. Aan de hand van een rekenvoorbeeld kan dit worden verduidelijkt. Een vennootschap heeft in jaar 1 een fiscaal verlies van 40 en in jaar 2 is er een fiscale winst van 100. Het verlies van jaar 1 mag de onderneming verrekenen met de winst die in jaar 2 wordt behaald. Feitelijk wordt er in jaar 2 over 60 belasting geheven. Wanneer er in jaar 1 een dividend ontvangen is ter waarde van 10, is het fiscale verlies nog maar 30. Het belastbare bedrag komt in jaar 2 dan uit op 70. Kortom de heffing over het dividend wordt uitgesteld.

### 6.3.2 Niet in Nederland ingezeten aandeelhouder

De Franse bank wordt in Frankrijk onderworpen aan de vennootschapsbelasting over haar inkomsten uit haar aandelen. Het Franse nationale belastingstelsel is hier van toepassing. Op deze wijze kan er juridische dubbele belasting ontstaan.

In paragraaf 2.2.4 ‘Voorheffing’ is uiteengezet dat een niet in Nederland ingezetene ook de mogelijkheid heeft om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Een buitenlands belas-

---

<sup>260</sup> Echter de eerste € 20.000 worden belast tegen 20%.

tingplichtige kan alleen de ingehouden bronbelasting verrekenen indien het bestanddeel waar de dividendbelasting betrekking op heeft Nederlands inkomen is. Het ontvangen dividend is voor de Franse bank geen bestanddeel voor de Nederlandse vennootschapsbelasting. Het aandelenpakket is niet toerekenbaar aan de vaste richting en valt buiten de grondslag voor de vennootschapsbelasting. Hierdoor is het niet mogelijk om de ingehouden dividendbelasting op basis van artikel 25 Wet VPB 1969 te verrekenen.

Het belastingverdrag Nederland-Frankrijk biedt wel een mogelijkheid tot verrekening van de ingehouden dividendbelasting. Artikel 24 van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk stelt dat Frankrijk een verrekening van de ingehouden dividendbelasting toestaat tot het bedrag dat aan Nederlandse belasting is betaald (eerste limiet). Echter geldt er nog een tweede limiet voor de verrekening van de ingehouden bronheffing in Nederland. De verrekening mag niet het bedrag te boven gaan van hetgeen in Frankrijk over de desbetreffende inkomsten daadwerkelijk aan belasting wordt geheven. In Frankrijk maakt de Franse bank een verlies waardoor er geen belasting wordt geheven over het ontvangen dividend. Dit maakt het onmogelijk om de ingehouden bronheffing te verrekenen en dus blijft het dividend onderworpen aan 15% bronheffing.

Op grond van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk is het in beginsel niet mogelijk om de ingehouden bronbelasting in toekomstige jaren te verrekenen. In Nederland heeft de staatssecretaris van Financiën in een besluit aangegeven dat de verrekening onder belastingverdragen aansluit bij het BvdB 2001.<sup>261</sup> Op grond van art. 37 BvdB 2001 is het mogelijk om de ingehouden dividendbelasting voort te wentelen en kan belanghebbende de ingehouden dividendbelasting in toekomstige jaren verrekenen. Het is onduidelijk of Frankrijk een vergelijkbare bepaling kent. Frankrijk kent wel een regeling waarbij men oneindig verlies kan verrekenen. Hierdoor is het mogelijk dat in de toekomstige jaren het verlies wordt voort gewenteld en er dan alsnog belasting wordt geheven over het dividend. Dan is het wellicht mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Of daadwerkelijk van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt is onduidelijk. Dit is namelijk niet uitgezocht door de feitelijke instanties.

Volledigheidshalve is het ook van belang om op te merken dat belanghebbende op geen andere manier recht heeft op teruggave van de dividendbelasting. Dit komt omdat de teruggaveregeling die de dividendbelasting kent, alleen bedoeld is voor vennootschappen die in Neder-

---

<sup>261</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 juli 2008, nr. CPP2007/664M, Stcrt. 2008, 151.



land of in de EU of EER gevestigd zijn en volgens de Nederlandse wetgeving niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Een eventuele afdrachtvermindering is ook niet van toepassing, aangezien dit alleen van toepassing is op fiscale beleggingsinstellingen<sup>262</sup>. De moeder-dochterrichtlijn is niet van toepassing.

### 6.3.3 Is er een verschil in behandeling tussen een in Nederland ingezeten aandeelhouder en een niet in Nederland ingezeten aandeelhouder?

In een zuivere binnenlandse situatie kan de belastingplichtige haar ingehouden dividendbelasting volledig verrekenen met haar belastbaar inkomen, zoals wordt gesteld in de Wet VPB 1969. Op dit moment wordt er in een zuivere binnenlandse situatie geen belasting geheven over het ontvangen dividend. In de toekomst is het wel mogelijk dat er 25% vennootschapsbelasting geheven worden over dit uitgekeerde dividend. De verrekening is mogelijk ondanks dat er sprake is van een verlies. Bij de Franse bank is het onder voorwaarden mogelijk om de in Nederland ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Het te verrekenen bedrag mag niet meer bedragen dan in Nederland aan belasting is geheven en dan in Frankrijk over deze bestanddelen belasting is geheven. Gegeven het feit dat er in het jaar 2008 een verlies is bij de Franse bank, wordt er geen vennootschapsbelasting in Frankrijk geheven. Dit maakt het onmogelijk om de in Nederland ingehouden dividendbelasting te verrekenen.

Het is onduidelijk om de ingehouden bronbelasting in latere jaren kan worden verrekend. Dit is door de feitelijk instanties niet uitgezocht.

## 6.4. De uiteindelijke belastingdruk

### 6.4.1 De in Nederland ingezeten aandeelhouder

De uiteindelijke belastingdruk van een zuivere binnenlandse situatie is 25% vennootschapsbelasting. De grondslag is de winst die de onderneming maakt minus de kosten. De ingehouden dividendbelasting kan geheel worden verrekenend. Indien de vennootschap een fiscaal verlies maakt, wordt er geen vennootschapsbelasting geheven. Het blijft wel mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen.

### 6.4.2. De niet in Nederland ingezeten aandeelhouder

De niet in Nederland ingezeten aandeelhouder is onderworpen aan de dividendbelasting waar een tarief 15% over het uitgekeerde dividend wordt geheven. De vennootschap mag de inge-

---

<sup>262</sup> Artikel 28 Wet VPB 1965.

houden dividendbelasting verrekenen op basis van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk. Het belastingverdrag bevat echter een clause waarin staat dat niet meer kan worden verrekend dan in Frankrijk aan belasting is geheven. Aangezien de vennootschap zich in een verliesgevende positie bevindt, wordt er geen belasting geheven in Frankrijk. Hierdoor is het niet mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Hierdoor zou er juridisch dubbele belasting ontstaan. Belastingdruk voor niet-ingezetenen komt daarmee uit op 15% dividendbelasting plus de 33,33% vennootschapsbelasting die in Frankrijk wordt geheven.

Het is wellicht mogelijk om dit verlies in de komende jaren te verrekenen. Dit is afhankelijk van het feit of Frankrijk een dergelijke regeling kent waardoor het mogelijk is om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen met de toekomstige winst.

Belanghebbende stelde dat er rekening gehouden diende te worden met het meegekocht dividend en de koers- en valutaresultaten op aandelenbelangen. In mijn optiek dient er echter geen rekening mee te worden gehouden omdat dit zich ook niet in binnenlandse situaties voortdoet. De staatssecretaris hanteert een breed begrip voor bestanddelen van de winst. Meegekocht dividend valt er zodoende ook onder.<sup>263</sup> Hierdoor kan op grond van artikel 25 Wet VPB 1969 de ingehouden dividendbelasting worden verrekend. In binnenlandse situaties wordt het meegekocht dividend afgeboekt op de kostprijs van de aandelen van de deelneming en kan niet worden afgetrokken van de winst bij de vennootschapsbelasting.<sup>264</sup> In feite ontvangt de koper een gedeelte van de koopprijs terug. Aangezien in binnenlandse situaties er bij de grondslagbepaling van de vennootschapsbelasting geen rekening wordt gehouden met het meegekocht dividend, dient dit in grensoverschrijdende situaties ook niet het geval te zijn. Het moet wel mogelijk zijn voor belanghebbende om de ingehouden dividendbelasting over het meegekocht dividend te verrekenen. Met de koers- en valutaresultaten dient men ook geen rekening te houden. Uit de arresten *Arnoud Gerritse* en *Centro Equestre* blijkt dat men rekening dient te houden met de kosten die in een rechtstreeks economisch verband staan met het ontvangen dividend. Deze kosten- en valutaresultaten zijn geen kosten die in een rechtstreeks economisch verband staan met het ontvangen dividend en daarmee onlosmakelijk verbonden zijn. De samenhangende waarderings-arresten<sup>265</sup> zijn niet van toepassing omdat het hier niet

---

<sup>263</sup> Mededeling staatssecretaris van Financiën 12 juni 1990, nr. DB90/3221, Infobulletin 90/434.

<sup>264</sup> Artikel 10 onderdeel e Wet VPB 1969, HR 5 december 1984, nr. 22 486, BNB 1986/351 en NV, Kamerstukken II 1999/00, 26 728, nr. 7, p. 32.

<sup>265</sup> HR 23 januari 2004, nr. 37.893, BNB 2004/214 (*hedge-arrest*), HR 16 november 2007, nr. 42.970, BNB 2008/26 (*calloptie-arrest*), HR 10 april 2009, nr. 42.916, BNB 2009/271 (*cacaobonen*) en HR 21 maart 2014, nr. 12/02793, BNB 2014/116 (*marketmaker*).

gaat over samenhangend waarden maar op het toerekenen van de kosten aan een bron. Kortom, bij het vaststellen van de grondslag dient men geen rekening te houden met deze kosten. De uiteindelijke belastingdruk wordt berekend over het bruto dividend.

## 6.5 Is een strijdigheid met het EU-recht?

Om te beoordelen of er sprake is van een strijdigheid met het EU-recht dient men eerst vast te stellen of de Franse bank in dezelfde positie verkeert als in een in Nederland ingezeten vennootschap met betrekking tot het ontvangen dividenden.

### 6.5.1. Is er sprake van discriminatie

Directe belastingen behoren tot de bevoegdheid van de lidstaten. Echter dienen zij wel in overeenstemming met het EU-recht te zijn. Hierdoor mogen lidstaten hun eigen nationale wetgeving vaststellen, maar moet dit wel passen binnen de grenzen van het EU-recht. Er is sprake van strijd met het EU-recht indien de belastingdruk voor niet-ingezetenen hoger is dan de belastingdruk voor ingezetenen.

Zowel de Franse bank als een in Nederland ingezeten vennootschap zijn beiden onderworpen aan de dividendbelasting. Voor deze belasting bevinden zij zich dan ook in dezelfde situatie.<sup>266</sup> Objectief vergelijkbare gevallen dienen ook gelijk behandeld te worden. Er is dus sprake van discriminatie indien beiden ongelijk zouden worden behandeld. Bij het heffen van de dividendbelasting wordt geen onderscheid gemaakt tussen ingezetenen en niet-ingezetenen. Hierdoor is er bij de inhouding van de dividendbelasting geen sprake van discriminatie.

Door het heffen van dividendbelasting in Nederland ontstaat er een risico op kettingbelasting en economische dubbele belasting. Niet-ingezetenen ontvangende vennootschappen worden niet geconfronteerd met een beperking van het vrije verkeer van vestiging of kapitaal wanneer niet-ingezetenen vennootschappen op dezelfde wijze behandeld worden als ingezeten vennootschappen voor het mechanisme ter voorkoming en verminderen van kettingbelasting dubbele economische belasting.<sup>267</sup> Nederland biedt in haar nationale wetgeving de mogelijkheid om de dividendbelasting te verrekenen met de vennootschapsbelasting. Deze faciliteit staat ook open voor niet-ingezetenen indien de opbrengst behoort tot het Nederlandse inkomen voor de vennootschapsbelasting. Bij de zaak Franse bank is het bestanddeel echter het niet onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting. Of Nederland de Franse bank op dezelfde wijze

---

<sup>266</sup> Zie arrest Denkavit II.

<sup>267</sup> Zie het arrest ACT Group.

behandelt als de in Nederland ingezeten aandeelhouder dient beoordeeld te worden na toepassing van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk.<sup>268</sup> Uit het arrest Amurta is gebleken dat voor het neutraliseren van de bronheffing alleen gekeken dient te worden naar het belastingverdrag en niet naar een eenzijdige verrekening in de woonstaat.

Zoals uit het arrest Commissie/Italië blijkt is Nederland afhankelijk van het belastingstelsel van Frankrijk omdat er een belastingverdrag is gesloten met clausules om de dividendbelasting te verrekenen. Nederland kan niet garanderen dat het dividend in Frankrijk wordt verrekend. Zodoende dient men naar de uitwerking van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk gekeken te worden.

Het belastingverdrag Nederland-Frankrijk biedt niet-ingezetenen bijna dezelfde mogelijkheid om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen als een in Nederland ingezeten aandeelhouder. Dit komt door de voorwaarden die in het belastingverdrag Nederland-Frankrijk worden gesteld om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Het is alleen mogelijk om de ingehouden bronbelasting te verrekenen tot het bedrag dat in Nederland is betaald of tot het bedrag dat in Frankrijk aan belasting wordt betaald indien dit minder is dan hetgeen in Nederland aan belasting is betaald. Doordat er sprake is van een verlies in Frankrijk, wordt er in Frankrijk geen belasting geheven. Op grond hiervan is het niet mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te neutraliseren. De mogelijkheid tot het voortwentelen van de verrekeningsmogelijkheid staat niet expliciet in het belastingverdrag. Hierdoor kan worden vastgesteld dat het belastingverdrag Nederland-Frankrijk geen mogelijkheid biedt om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen indien de niet-ingezeten aandeelhouder een fiscaal verlies heeft in de woonstaat.

In deze zaak, waarbij belanghebbende een fiscaal verlies lijdt, worden niet-ingezetenen niet op dezelfde wijze behandeld als ingezetenen. Nederland creëert het risico op risico op kettingsbelasting en economische dubbele belasting. Voor het mechanisme ter voorkoming van kettingsbelasting of economische dubbele belasting worden niet-ingezetenen niet op dezelfde wijze behandeld als ingezetenen. Aan ingezetenen wordt de mogelijkheid geboden om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen en deze mogelijkheid komt niet toe aan niet-ingezetenen. Als gevolg hiervan is de belastingdruk voor niet-ingezetenen hoger dan de belastingdruk voor ingezetenen en is er sprake van discriminatie met het EU-recht.

---

<sup>268</sup> Zie het arrest Denkavit II.

### 6.5.2 Rechtvaardigingsgrond

Het is mogelijk om discriminatie te rechtvaardigen. Nederland kan zich echter in deze zaak niet beroepen op dwingende reden van algemeen belang. Frankrijk valt onder de Bijstandsrichtlijn waardoor Nederland zich niet kan beroepen op de doeltreffendheid van fiscale controles. Daarnaast is er ook geen samenhang van het nationale belastingstelsel dat wordt verstoord indien deze belemmering wordt opgeheven. Nederland kan ook geen beroep doen op het territorialiteitsbeginsel omdat er geen afbreuk wordt gedaan aan de heffingsbevoegdheid van lidstaten om op hun eigen grondgebied belasting te heffen. De kans op belastingontwijking of –fraude doet zich in deze situatie niet voor. Daarnaast is dubbele verliesverrekening ook niet mogelijk. De belemmering geldt niet voor de bepaling uit het belastingverdrag waardoor men naar het gehele belastingverdrag moet kijken. Kortom de discriminatie kan niet worden gerechtvaardigd.

### 6.6 Oplossingen

De meest voor de hand liggende oplossing is het aanpassen van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk. Aan dit belastingverdrag dient een bepaling te worden toegevoegd waardoor het mogelijk is om de ingehouden dividendbelasting in het eerstvolgende jaar waarin winst wordt gemaakt te verrekenen. Het feit dat er sprake kan zijn van een timingsnadeel en hierdoor een rentenadeel voor buitenlanders leidt niet tot discriminatie. Ingezetenen en niet-ingezetenen bevinden zich hiervoor niet in een vergelijkbare situatie. In grensoverschrijdende situaties is de heffing en het verrekenen van de dividendbelasting afhankelijk van de belastingautoriteiten in twee verschillende landen.<sup>269</sup> Het is hierbij wel van belang dat het Franse belastingstelsel ook daadwerkelijk deze verrekening in de toekomst toestaat.

Deze strijdigheid zal zich mogelijk ook voordoen in de andere belastingverdragen die Nederland heeft gesloten. Hierdoor zullen alle belastingverdragen aangepast moeten worden. Dit zal een grote administratieve last opleveren.

Een andere mogelijkheid is dat Nederland de ingehouden dividendbelasting verrekent met de niet-ingezetene, die een verlies maakt en hierdoor de ingehouden dividendbelasting niet kan verrekenen. Dit lijkt mij een vergaande oplossing omdat Nederland zo haar heffingsrechten op het dividend prijsgeeft.

---

<sup>269</sup> Zie het arrest *Trucker Center*.

Een radicale oplossing is het afschaffen van de dividendbelasting. Nederland creëert zo geen risico op kettingbelasting of economische dubbele belasting. Zij hoeft er dan ook niet voor te zorgen dat ingezetenen en niet-ingezetenen op dezelfde wijze behandeld worden voor het mechanisme ter voorkoming en verminderen van kettingbelasting.

## 6.7 Samenvatting

De zaak 'Franse bank' gaat over het verrekenen van de ingehouden dividendbelasting in een grensoverschrijdende situatie. De in Frankrijk gevestigde vennootschap kon de ingehouden dividendbelasting niet verrekenen omdat er in Frankrijk verlies geleden werd. Het belastingverdrag Nederland-Frankrijk stelt onder andere dat er niet meer verrekend mag worden dan in Frankrijk aan belasting wordt geheven. Uit het belastingverdrag Nederland-Frankrijk blijkt niet expliciet dat het mogelijk is om de verrekening voort te wentelen naar toekomstige belastingjaren. Als gevolg van het feit dat Nederland een clause heeft opgenomen in het belastingverdrag Nederland-Frankrijk die ziet op het verrekenen van dividendbelasting is zij afhankelijk van het Franse belastingstelsel. Voor ingezetenen is het wel mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen indien er een verlies wordt geleden. Hieruit blijkt dat in binnenlandse situaties wel de ingehouden bronbelasting wordt geneutraliseerd en in grensoverschrijdende situaties dit niet mogelijk is op grond van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk. Dit leidt tot een hogere belastingdruk voor de Franse bank dan voor ingezetenen en er is sprake van discriminatie met het EU-recht. Deze discriminatie kan niet worden gerechtvaardigd.

Deze belemmering kan worden opgeheven als het belastingverdrag Nederland-Frankrijk aangepast wordt, zodat de ingehouden dividendbelasting in het eerstvolgende winstgevende jaar kan worden verrekend. Een andere oplossing is dat Nederland de ingehouden dividendbelasting zelf verrekent met niet-ingezetenen, die een fiscaal verlies lijden en de ingehouden bronbelasting niet kunnen verrekenen. De laatste oplossing is het afschaffen van de dividendbelasting. Echter hebben de laatste twee oplossingen wel erg vergaande consequenties voor Nederland.

## 7. Derde landen

In hoofdstuk 2 ‘De dividendbelasting’<sup>270</sup> kwam al aan de orde dat er met een aantal landen geen belastingverdrag is gesloten en dat het BvdB 2001 ook geen mogelijkheden biedt voor 18 landen. Dit probleem wil ik toch kort aanstippen ondanks het feit dat het buiten de reikwijdte van mijn onderzoek gaat.

Het vrije verkeer van kapitaal is van toepassing op dividendstromen en het is voor de inwoner van deze landen mogelijk op zich hierop te beroepen.

### 7.1 Inkomend dividend naar Nederland

Allereerst zal ik onderzoeken of er bij inkomende dividendstromen uit deze 18 landen sprake is van een strijdigheid met het EU-recht. Doordat Nederland alleen het dividend dat afkomstig is uit deze 18 landen geen verrekening van de dividendbelasting toestaat, zou zich mogelijk een strijdigheid met het EU-recht voor kunnen doen. In binnenlandse gevallen is het voor een ingezetene in Nederland mogelijk om op grond van artikel 9.2 Wet IB 2001 of artikel 25 VPB 1969, afhankelijk of de ontvangende partij een natuurlijk persoon resp. rechtspersoon is, mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Voor ingezetenen in Nederland die uit deze 18 landen dividend ontvangen is het echter niet mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen. Dit komt omdat een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting ontbreekt en verrekening ook niet mogelijk is op grond van het BvdB 2001. Hierdoor ontstaat er juridische dubbele heffing als er bronheffing is ingehouden in het bronland.

Vervolgens dient er beoordeeld te worden of deze juridische dubbele heffing een strijdigheid met het EU-recht oplevert. De jurisprudentie van het HvJ<sup>271</sup> stelt dat het bronland het risico op dubbele belasting met zich meebrengt en ook verantwoordelijk is voor het vermijden van dubbele heffing. Hieruit volgt dat het niet aan Nederland is om deze dubbele belastingheffing te voorkomen. Deze 18 landen hoeven zich niet te confirmeren aan het EU-recht en er is dan ook geen strijdigheid met het EU-recht.

---

<sup>270</sup> Zie pag. 15.

<sup>271</sup> HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenue*), HvJ EG 14 november 2006, C-513/04 (*Kerckhaert-Morres*) en HvJ EG 08 november 2007, C-379/05 (*Amurta*).

### 7.1.1 Kwalificatie ontwikkelingsland

Het is ook mogelijk dat zich ondanks de hier bovengenoemde conclusie alsnog een strijdigheid met het EU-recht voordoet. Dit komt voort uit de lijn van het HvJ omtrent de meestbegunstigde. Hierbij dient er gekeken te worden naar de fiscale behandeling van inkomsten uit verschillende bronstaten (inbound-meestbegunstigde) en naar de fiscale behandeling van de bronstaat in situaties waarbij de ontvangers in verschillende woonstaten gevestigd zijn (outbound-meestbegunstigde).<sup>272</sup> Het HvJ heeft in het arrest *Orange European Smallcap Fund* (hierna: *OESF*)<sup>273</sup> geoordeeld over een dergelijke regeling, zoals deze vastgelegd is in het *BvdB 2001*. Het HvJ oordeelde dat de gevolgen van deze regeling geen gedifferentieerde uitkomst mag opleveren, welke kan leiden tot een strijdigheid met het vrije verkeer van kapitaal. Doordat de eenzijdige regeling alleen de mogelijkheid biedt voor ontwikkelingslanden om ingehouden dividendbelasting te verrekenen kan men ontmoedigd worden om in deze 18 landen te investeren. Dit kan leiden tot een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal.<sup>274</sup>

Het is mogelijk dat deze belemmering kan worden gerechtvaardigd. Een rechtvaardigingsgrond is namelijk dat indien het ontvangen dividend dat op basis van deze eenzijdige regeling wordt verrekend niet objectief vergelijkbaar is met het ontvangen dividend dat uit één van deze 18 landen wordt ontvangen. Hierbij dient men naar de achtergrond van deze regeling te kijken. Het doel van deze eenzijdige regeling is het verbeteren van de concurrentiepositie van (inwoners van) ontwikkelingslanden ten opzichte van (inwoners van) geïndustrialiseerde landen. Alle ontwikkelingslanden zouden dan ook onder deze regeling moeten vallen. 11 van deze 18 landen zijn aan te merken als ontwikkelingslanden, maar vallen zijn niet onder deze regeling.<sup>275</sup> Deze elf landen zijn: Antigua en Barbuda, Chili, Gabon, Libië, Mauritius, Nauru, Oost-Timor, Saint Kitts en Nevis, Seychellen, Trinidad en Tobago, Uruguay. Ten aanzien van deze landen leidt dit tot een belemmering met het EU-recht welke niet te rechtvaardigen is. Immers vanuit de gedachte van deze regeling zou het ook mogelijk moeten zijn om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen met deze landen. Nederland kan zich ook niet beroepen op de standstill-bepaling om deze belemmering te rechtvaardigen omdat deze beperking is ontstaan na 31 december 1993.

---

<sup>272</sup> E. Nijkeuter, 'Over (niet) aangewezen ontwikkelingslanden en Europees recht', *WFR 2010/1622*.

<sup>273</sup> HvJ EG 20 mei 2008, C-194/06 (*OESF*).

<sup>274</sup> HvJ EG 20 mei 2008, C-194/06 (*OESF*), r.o. 47-56

<sup>275</sup> Dit is gebaseerd op de feiten van de Development Assistance Committee. Development Assistance Committee is een forum van overheden en multilaterale organisaties en is vergelijkbaar met de Wereldbank en de Verenigde Naties.



Ten aanzien van het doel van de eenzijdige regeling bevinden Andorra, Bahama's, Brunei, Cyprus, Liechtenstein, Monaco en San Marino zich ten opzichte van de ontwikkelingslanden in een niet objectief vergelijkbare situatie. Deze zeven landen zijn niet als ontwikkelingsland aan te merken en vanuit het doel van de regeling is deze belemmering te rechtvaardigen. Het doel van deze regeling is namelijk niet het eenzijdig steunen van niet-ontwikkelingslanden.

## 7.2 Uitgaand dividend vanuit Nederland

Dividendstromen die vanuit Nederland naar deze 18 landen gaan zijn ook onderworpen aan dividendbelasting. De vestigingsplaats van de uitkerende vennootschap is immers van belang. Nederland maakt hierbij geen onderscheid tussen ingezetene aandeelhouders en niet-ingezetene aandeelhouder. Door het heffen van dividendbelasting in Nederland ontstaat er een risico op kettingbelasting en economische dubbele belasting. Niet-ingezetene ontvangende vennootschappen c.q. natuurlijke personen worden niet geconfronteerd met een beperking van het vrije verkeer van kapitaal wanneer niet-ingezetene vennootschappen c.q. natuurlijke personen op dezelfde wijze behandeld worden als ingezetene vennootschappen voor het mechanisme ter voorkoming en verminderen van kettingbelasting.<sup>276</sup> Aangezien het in binnenlandse situaties mogelijk is de ingehouden dividendbelasting op basis van artikel 9.2 Wet IB 2001 of artikel 25 VPB 1969 te verrekenen, zou dit ook mogelijk moeten zijn in grensoverschrijdende situaties. Met deze 18 landen is dat niet het geval. Hier doet zich dan ook een strijdigheid met het EU-recht voor. Deze strijdigheid kan echter wel gerechtvaardigd worden door de standstill-bepaling. Deze strijdigheid bestond namelijk al voor 31 december 1993.

## 7.3 Oplossingen

In de vorige paragraaf is naar voren gekomen dat er sprake is van een belemmering met het vrije verkeer van kapitaal. 11 van de 18 landen bevinden zich in een objectief vergelijkbare situatie als ontwikkelingslanden voor de eenzijdige regeling, maar worden toch anders behandeld. Deze strijdigheid zou voorkomen kunnen worden door deze 11 landen op te nemen in de lijst van ontwikkelingslanden. Dit zijn immers ook ontwikkelingslanden, maar vallen niet onder deze regeling.

## 7.4 Samenvatting

Nederland biedt bedrijven of particulieren die dividend ontvangen uit 18 landen geen mogelijkheid tot verrekening van dividendbelasting. Het BvdB 2001 is op deze landen niet van

---

<sup>276</sup> Zie het arrest ACT Group.

toepassing en er geldt ook geen belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Doordat het bronland het risico op dubbele belasting creëert, is het niet aan de woonstaat om deze dubbele belastingheffing te voorkomen. Nederland discrimineert dan ook niet indien zij geen verrekening in deze situaties toestaat. Echter mag Nederland geen onderscheid maken in de fiscale behandeling van inkomsten uit verschillende bronstaten. Dit wordt ook wel het in-bound-meestbegunstigde principe genoemd. Doordat Nederland een eenzijdige regeling kent die verrekening van de inhoudende dividendbelasting uit ontwikkelingslanden mogelijk maakt, kan men worden ontmoedigd om in deze 18 landen te investeren. Dit leidt dan ook tot een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal. Vanuit het doel van deze regeling bevinden 11 landen zich in een objectief vergelijkbare situatie als de ontwikkelingslanden waardoor deze belemmering niet gerechtvaardigd kan worden. Voor de andere 7 landen is er wel sprake van een objectief verschil met ontwikkelingslanden en kan deze belemmering gerechtvaardigd worden. Deze belemmering zou kunnen worden voorkomen door deze 11 landen aan de lijst van ontwikkelingslanden toe te voegen zodat de eenzijdige regeling ook op deze landen van toepassing is. Ten aanzien van het uitgaande dividend naar deze 11 landen doet zich ook discriminatie met het EU-recht voor, maar deze kan gerechtvaardigd worden op grond van de standstill-bepaling.

## 8. Conclusie

### 8.1 Conclusie

In deze masterscriptie is getracht om antwoord te geven op de volgende vraag:

*Is het Nederlandse belastingstelsel ten aanzien van portfoliodividenden in strijd met het EU-recht?*

Om deze vraag te beantwoorden is allereerst stilgestaan bij het belang van de dividendbelasting. De voornaamste reden voor de invoering van de dividendbelasting is het genereren van opbrengsten voor de staat en eenvoudredenen. Daarom is het van belang voor de Nederlandse overheid dat zich geen strijdigheid met het EU-recht voordoet. Immers als er sprake is van een strijdigheid verkleint dit de belastinggrondslag van het Nederlandse belastingstelsel en is de kans groter dat de dividendbelasting zal worden afgeschaft.

De inhoudingsplicht voor de dividendbelasting geldt voor alle kapitaalvennootschappen die in Nederland zijn gevestigd. De woon- of vestigingsplaats van de aandeelhouders is irrelevant. De dividendbelasting kan leiden tot economische dubbele belasting. De Nederlandse belastingwetgeving voorziet in een verrekening van de ingehouden dividendbelasting met de inkomsten- en vennootschapsbelasting. In grensoverschrijdende situaties geldt het dividend in beginsel als eindheffing. Het is mogelijk dat zowel de bronstaat als de woon- of vestigingsplaats een verrekening c.q. voorkoming van de ingehouden bronbelasting mogelijk maakt. De mogelijke knelpunten van deze belasting zitten in het feit dat in zuivere binnenlandse situaties sprake is van een volledige verrekening c.q. voorkoming van de ingehouden bronbelasting en in buitenlandse situaties dit niet altijd volledig het geval is. De centrale vraag is dan: wanneer leidt een dergelijk verschil in behandeling tot een strijdigheid met het EU-recht?

Vervolgens is onderzocht welke strijdigheden volgens het EU-recht verboden zijn. Al sinds de Tweede Wereldoorlog zijn landen binnen Europa gaan samenwerken om de vrede te bewaren. Dit samenwerkingsverband is gedurende de jaren uitgebreid. Men streeft ernaar om één markt te creëren. Door middel van de vijf vrijheden worden belemmeringen op dit gebied tussen lidstaten geprobeerd te voorkomen. De vijf vrijheden zijn: het vrije verkeer van goederen, van werknemers, van vestiging, van diensten en van kapitaal. Deze vrijheden hebben een directe werking. Een strijdigheid met het EU-recht doet zich voor als er discriminatie of een belemmering is. Lidstaten mogen alleen niet-ingezetenen discrimineren als er een objectief verschil

is tussen niet-ingezetenen en ingezetenen of sprake is van een dwingende reden van algemeen belang. Ten aanzien van portfoliodividenden wordt er getoetst aan het vrije verkeer van kapitaal.

Natuurlijke personen met de nationaliteit van een lidstaat hebben toegang tot het EU-recht en kunnen zich hierop beroepen. Dit geldt ook voor rechtspersonen die opgericht zijn in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en hun statutaire zetel of hoofdbestuur of –vestiging binnen de EU gevestigd zijn. Als er toegang is tot het EU-recht en sprake is van een economische activiteit, dan kan er getoetst worden aan het EU-recht. Indien men geen beroep kan doen op het EU-recht, kan er ook geen sprake zijn van discriminatie of belemmering.

Nu het duidelijk is wat het EU-recht inhoudt en wie zich hierop kan beroepen, is het van belang om vast te stellen wanneer er sprake is van objectief vergelijkbare gevallen. Immers om te constateren dat er strijd met het EU-recht is, dienen gelijke gevallen ongelijk behandeld te worden. Volgens het arrest *ACT Group* bevinden niet-ingezetenen en ingezetenen zich in dezelfde positie als de bronstaat ten aanzien van het risico op kettingbelasting of economisch dubbele belasting. Wordt in zuivere binnenlandse situaties kettingbelasting of economische dubbele belasting voorkomen, dan dient de bronstaat dit ook mogelijk te maken in grensoverschrijdende situaties. Het arrest *Denkavit II* stelt dat men voor bij de neutralisering van deze kettingbelasting of economische dubbele belasting rekening te houden met het belastingverdrag. Het is wel van belang dat er ook daadwerkelijk gebruik gemaakt kan worden van de verrekeningsmogelijkheid die het verdrag biedt. Het arrest *Cie/Italië* maakt duidelijk dat indien een belastingverdrag clausules bevat die zien op het dividend, de lidstaat afhankelijk is van het nationale belastingstelsel in de andere lidstaat. Uit het arrest *Amurta* blijkt dat men voor de vergelijking in belastingdruk tussen niet-ingezetenen en ingezetenen geen rekening dient te houden met verrekeningsmogelijkheden die voortvloeiend uit het nationale belastingstelsel van de andere lidstaat, anders dan welke voortvloeien uit het belastingverdrag. Het arrest *Truck Center* stelt dat het verschil in heffingstechniek geen strijdigheid oplevert met het EU-recht. Dit vloeit immers voort uit het feit dat niet-ingezetenen zich in een andere positie bevinden dan ingezetenen voor het innen van belasting.

Er is in de zaak ‘Belgische particulier’ getoetst of er sprake is van een strijdigheid met het EU-recht. In deze zaak gaat het om een Belgische particulier, belanghebbende, die de in Nederland ingehouden dividendbelasting niet kon verrekenen met de Belgische inkomstenbelasting. Zowel ingezetenen als niet-ingezetenen zijn beiden onderworpen aan de dividendbelasting. Voor ingezetenen is het mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen met de inkomstenbelasting. Middels het belastingverdrag Nederland-België heeft belanghebbende, ingezetene in België, ook deze mogelijkheid. Volgens de Belgische wetgeving kan belanghebbende niet de ingehouden dividendbelasting te verrekenen, maar vormt de ingehouden bronbelasting een kostenpost. Hierdoor is het mogelijk dat zich een strijdigheid met het EU-recht voordoet. De belastingdruk van ingezetenen wordt bepaald aan de hand van waarde van de certificaten. Over deze waarde wordt een fictief rendement vastgesteld en over dit fictief rendement wordt belasting geheven. Bij de vergelijkingsmaatstaf dient men bij de niet-ingezetenen alleen rekening te houden met de ingehouden dividendbelasting. Op basis van het arrest Amurta dient men geen rekening te houden met het feit dat de ingehouden dividendbelasting als kostenpost kwalificeert. In deze zaak is sprake van een indirecte discriminatie indien de Belgische particulier een hogere belastingdruk heeft dan een in Nederland ingezeten aandeelhouder. Immers Nederland creëert het risico op economische dubbele belasting en neutraliseert dit alleen in zuivere binnenlandse situaties. Deze indirecte discriminatie geldt alleen voor het gedeelte waarbij de Belgische particulier nadeliger wordt behandeld dan een in Nederland ingezeten aandeelhouder. Nederland kan zich niet op een rechtvaardigingsgrond beroepen.

Daarna is er in de zaak ‘Franse Bank’ ook aan het vrije verkeer van kapitaal getoetst. In deze zaak gaat over het verrekenen van de ingehouden dividendbelasting in een grensoverschrijdende verliessituatie. De in Frankrijk gevestigde vennootschap kon de ingehouden dividendbelasting niet verrekenen omdat er in Frankrijk een verlies geleden werd. Het belastingverdrag Nederland-Frankrijk stelt dat er niet meer verrekend mag worden dan in Frankrijk aan belasting wordt geheven. Door deze clause is Nederland afhankelijk van de het belastingstelsel in Frankrijk. Door het verlies van deze vennootschap werd er geen belasting in Frankrijk geheven en kon de ingehouden dividendbelasting mogelijk niet verrekend worden. Uit het belastingverdrag Nederland-Frankrijk blijkt niet expliciet dat het mogelijk is om de verrekening voort te wentelen naar toekomstige belastingjaren. Het arrest Amurta stelt heel duidelijk dat men alleen moet kijken die voortvloeien uit het belastingverdrag. Voor ingezetenen is het wel mogelijk om de ingehouden dividendbelasting te verrekenen indien er een verlies wordt

geleden. Als gevolg hiervan is de belastingdruk voor niet-ingezetenen hoger dan de belastingdruk voor ingezetenen en sprake van discriminatie met het EU-recht. Deze discriminatie kan niet worden gerechtvaardigd.

Als laatste is nog een uitstapje gemaakt naar derde landen. Nederland biedt 18 landen geen mogelijkheid tot verrekening van dividendbelasting. Het BvdB 2001 is op deze landen niet van toepassing en er geldt ook geen belastingverdrag. Nederland kent een eenzijdige regeling die verrekening van de inhoudende dividendbelasting uit ontwikkelingslanden mogelijk maakt. Ten aanzien van het doel van deze regeling mag Nederland geen onderscheid maken in de fiscale behandeling van inkomsten uit verschillende bronstaten. Vanuit het doel van deze regeling bevinden 11 van deze 18 landen zich in een objectief vergelijkbare situatie als de ontwikkelingslanden. Doordat gelijke gevallen ongelijk behandeld worden is er sprake van een strijdigheid met het vrije verkeer van kapitaal en kan niet worden gerechtvaardigd. Voor de andere 7 landen is er wel sprake van een objectief verschil met ontwikkelingslanden en er geen strijdigheid met het EU-recht.

Terugkomend op mijn probleemstelling kom ik tot het volgende antwoord:

*Probleemstelling: Is het Nederlandse belastingstelsel ten aanzien van portfoliodividenden in strijd met het EU-recht?*

Het Nederlandse belastingstelsel ten aanzien van portfoliodividenden is in strijd met het EU-recht. Deze strijdigheid komt heel duidelijk naar voren in de zaak 'Franse bank'. Nederland creëert door het heffen van dividendbelasting een risico op kettingbelasting en economische dubbele belasting. Hierdoor dient Nederland niet-ingezetenen op dezelfde wijze als ingezetenen te behandelen voor het mechanisme ter voorkoming van kettingbelasting of economische dubbele belasting. Doordat Nederland een belastingverdrag met Frankrijk heeft gesloten dat clausules bevat om de ingehouden dividendbelasting te verkennen, is zij afhankelijk van het belastingstelsel in Frankrijk. Het belastingverdrag Nederland-Frankrijk vermeldt niet expliciet dat er in verliesgevende situaties dividendbelasting moet worden verrekend. Doordat de verrekeningsmogelijkheid van de ingehouden dividendbelasting in verliesgevende situaties alleen toekomt aan ingezetenen worden niet-ingezetenen nadeliger behandeld. Mogelijk doet deze strijdigheid zich ook voor in andere grensoverschrijdende situaties. In de zaak 'Belgische particulier' is er ook mogelijk sprake van een strijdigheid met het EU-recht. Dit is echter afhankelijk van de waarde van de aandelen. De vergelijking tussen ingezetenen en niet-

ingezetenen is namelijk afhankelijk twee verschillende belastinggrondslagen. Hoe lager de waarde van de aandelen, hoe groter de kans is dat zich een strijdigheid voordoet met het EU-recht.

## 8.2 Aanbevelingen

Doordat het Nederlandse belastingstelsel ten aanzien van portfoliodividenden in strijd is met het EU-recht dient men naar oplossingen te zoeken.

De strijdigheid met het EU-recht die zich voordoet in verliessituaties is gemakkelijk te voorkomen. De meest voor de hand liggende oplossing is het aanpassen van het belastingverdrag Nederland-Frankrijk. Aan dit belastingverdrag dient een bepaling te worden toegevoegd die het mogelijk maakt om de ingehouden dividendbelasting in het eerstvolgende jaar winstgevendende jaren te verrekenen. Het is hierbij van belang dat het Franse belastingstelsel ook daadwerkelijk deze verrekening in de toekomst toestaat. Deze strijdigheid zal zich mogelijk ook voordoen in de andere belastingverdragen die Nederland heeft gesloten. Hierdoor zullen mogelijk meerdere belastingverdragen aangepast moeten worden. Een andere mogelijkheid is dat Nederland de ingehouden dividendbelasting verrekent met de niet-ingezetene aandeelhouders, die in een verliesgevende positie verkeren. Een laatste optie is het afschaffen van de dividendbelasting. Al lijkt deze oplossing mij te ver gaan.

Om de strijdigheid met het EU-recht die zich voordoet in de zaak ‘Belgische particulier’ te voorkomen, kan Nederland de Belgische aandeelhouder compenseren. Nederland dient alleen een compensatie te bieden voor het gedeelte dat de Belgische aandeelhouder nadeliger wordt behandeld dan ingezetene aandeelhouders. Dit kan door middel van een individuele teruggave. Een andere mogelijkheid is dat het HvJ stelt dat de vergelijking gebaseerd moet zijn op een tijdsperiode van meerdere jaren. Bij box 3 wordt er elk jaar over de waarde van de aandelen/certificaten belasting geheven terwijl bij de dividendbelasting sprake is van een eenmalige heffing over het uitgekeerde dividend. Door het hanteren van een langer tijdsbestek kan er een evenwichtiger vergelijking worden gemaakt. Daarbij kan Nederland ook box 3 van de inkomstenbelasting aanpassen. Dit kan ten eerste door het tarief van box 3 te verhogen. Ten tweede kan men box 3 zo aanpassen dat er niet meer over de waarde van de aandelen belasting wordt geheven, maar over de inkomsten uit deze aandelen. Hierdoor ontstaat er geen verschil meer in heffingsgrondslag en kan men een betere vergelijking maken. Mijn laatste en meest radicale oplossing is het afschaffen van de dividendbelasting.

De discriminatie van het vrije verkeer van kapitaal dat zich voordoet in situaties met derde landen is er ook een aanbeveling gedaan. 11 van de 18 landen bevinden zich in een objectief vergelijkbare situatie als ontwikkelingslanden voor de eenzijdige regeling omdat al deze landen als ontwikkelingslanden aangemerkt kunnen worden. Deze strijdigheid zou eenvoudig voorkomen kunnen worden door deze 11 landen op te nemen in de lijst van ontwikkelingslanden.



## 9. Bronvermelding

### 9.1 Boeken

F. Amentbrink, G. Davies & H.H.B. Vedder, *Europees recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010;

R. Barents, *Het Belastingverdrag van Amsterdam in werking*, Deventer: Kluwer 1999;

R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012:

J.C.K.W. Bartel, *Belastingaspecten van de opbrengst van (beurs)aandelen* (FM nr. 29), Deventer: Kluwer 2014;

W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996;

W.D. Bierens de Haan, H. Oderkerk, R.N.G. van der Paardt en P. Verhaegh, *Fiscaal recht Vastgoed*, Zutphen: Paris BV 2013;

F. van Blerkom, *Besluit op de inkomstenbelasting 1941 en Besluit op de dividendbelasting 1941*, Leiden: Nederlandse uitgeversmaatschappij NV 1950;

R.P.C. W. M. Brandsma, *Capita Selecta Dividendbelasting*, Koninklijke vermande: Leylystad, 1995; Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2014;

Cursus Belastingrecht, Dividendbelasting, Deventer: Kluwer 2014;

J.A.R van Eijdsden, B. Kiekebel en D.S. Smit, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, FED Fiscale Brochures Serie, Deventer: Kluwer 2014;

H. Gribnau, *The code of conduct for business taxation: an evaluation EU soft-law instrument*, in: Traditional and alternative routes to European Tax Integration, editor Dennis Weber, *GREIT*, IBFD 2010;

H.T.P.M. van den Hurk, *Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*, Fiscale monografieën, Deventer: Kluwer 2001;

P.J.G. Kapteyn, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003;

J.J.A.M. Korving, *Europees Belastingrecht*, Fiscale Praktijkreeks, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011;

O.C.R. Marres & P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Deventer: Kluwer 2006;

J. Mobach, L. Sillevius & G. van Westen, *Nico de Vries Bundel - Veranderend belastingklimaat*, Arnhem: Gouda Quint 1995;

NFDR, Venootschapsbelasting, art. 25 Voorheffingen; J. van Soest, *Belastingen - Inkomstenbelasting - Venootschapsbelasting - Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 - Nederlands Standaardverdrag*, Deventer: Kluwer 2007;

J.H.R. Sinnighe Damsté, *De Wet op de dividend- en tantièmebelasting*, Zwolle: Tjeenk Wilink 1925;

F. Vanistendael, *Denkavit Internationaal: The Balance between Fiscal Sovereignty and the Fundamental Freedoms?* in: Denkavit Internationaal Special Issue, European Taxation 2007/5;

J. de Willegen, *Vakstudie, deel X, C, Wetten op de dividend- en tantièmebelasting, Couponbelasting, Richtige Heffing, Plaatselijke belastingen, e.a.* Deventer: Kluwer (losbl.);

A.W. van der Woude, *Belastingen Begrensd*, Delft: Eburon 2000.

## 9.2 Artikelen

J.C.K.W. Bartel, 'Rechtsgrond dividendbelasting', *NJB* 2005/26;

J.W. Bellingwout en H.M.N. Schonis, 'Dividendbelasting: tijd voor bezinning', *WFR* 2003/88;

J.A. Booij, 'Vermindering dividendbelasting bij dooruitdeling', *Fiscaal Praktijdblad* 2003, nr. 10;

W.F.E.M. Egelie, 'Denkavit: over bronstaatbelemmering en woonstaatneutralisering', *NTFR* 2009/2709;

J.L.M. Gribnau, 'The Code of Conduct for Business Taxation als soft law-instrument', *TFB* 2008/2;

D.A. Hofland en J.A. Lorié, 'De hoogste tijd voor afschaffing van de dividendbelasting: een economische analyse', *WFR* 2010/715;

P. Kavelaars, 'Dividend(belasting) en de EU', *TFO* 2008/77;

B.J. Kiekebeld, 'Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?', *NTFRB* 2013/11;

H.E. Kostense, 'De vestigingsplaatsfictie in de dividendbelasting: een achterhaald concept', *WFR* 2003/654;

W.A. Kronjee, 'Belastingen Begrensd', *WFR* 2000/539;

E. Nijkeuter, 'Over (niet) aangewezen ontwikkelingslanden en Europees recht', *WFR* 2010/1622;

T.G. van Laarhoven, 'Weekblad voor Fiscaal Recht, Verrekening van dividendbelasting door buitenlands Belastingplichtigen', *WFR* 2002/234;

M.V. Lambooi, 'Woonstaatneutralisering', *NTFRB* 2010/9;

E. Nijkeuter, 'Het Fokus Bank-arrest: een kwestie van vergelijken', *SDU Maandblad Belasting Beschouwingen*;

J.J. Oortwijn, 'EG-Recht versus dividendbelasting over inbound en outbound dividend', *WFR* 2006/928;

S.R. Pancham & R.P.C.W.M. Brandsma, 'Fokus op bronstaatheffing over dividenden in de Europese Unie', *WFR 2005/701*;

J.W. Rompen, 'Niet afschaffen van dividendbelasting vormt een steeds groter risico voor Nederland', *WFR 2013/1009*;

R. A. De Santis & B. Gérardy, 'Financial Integration, International Portfolio Choice and the European Monetary Union', *European Central Bank 2006*, No. 626;

D. Schoenmaker & T. Bosch, 'Is the home bias in equities and bonds declining in Europe?' *Investment Management and Financial 2008*, Volume 5, Issue 4;

N.M. van der Wal, 'Ook buitenlandse rechtspersonen hebben recht op volledige teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting', *WFR 2006/639*.

### 9.3 Parlementaire stukken

Besluit 4 januari 1999, nr. IFZ98/1470, BNB 1999/97;

Besluit 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, Stcrt. 236;

Besluit 18 juli 2008, nr. CPP2007/664M, Stcrt. 2008, 151;

Brief staatsecretaris van Financiën 14 augustus 1997, nr. IFZ97/791;

Notitie staatsecretaris van Financiën 2 oktober 1996, nr. IFZ96/741;

Kamerstukken I 2003/04, 29 034, B;

Kamerstukken I 2006/07, 30 533;

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

Kamerstukken II 1980/81, 16 532, nr. 4-5;

Kamerstukken II 1985/96, 19 200, nr. 3 , hoofdstuk IX B;

Kamerstukken II 1997/98, 25 600, IXB, nr. 18;

Kamerstukken II 1999/00, 26 727, nr. 7;

Kamerstukken II 2001/02, 28 487, nr. 3;

Kamerstukken I 2003/04, 29 034, B;

Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 7;

Mededeling 12 juni 1990, nr. DB90/3221, Infobulletin 90/434;

Ministerie van Financiën (Directie Internationale Fiscale Zaken), Kamervragen Merkies over "the tax free tour", 22 mei 2013, IFZ/2013/216;

Nieuwsbericht EG-C, 19 december 2006, IP/06/1827;

Wet van 30 november 2006, Stb . 2006, 631;

Wet van 21 juli 2007, Stb. 2007, 269.

#### 9.4 Richtlijnen

Richtlijn 73/148;

Richtlijn 73/34 ;

Richtlijn 77/799/EEG;

Richtlijn 2003/49/EG;

Richtlijn 2011/96/EU.

#### 9.5 Jurisprudentie

HvJ EG 19 maart 1964, nr. 75/63 (*Unger*);

HvJ EG 15 juli 1964, nr. 6/64 (*Costa-Enel*);

HvJ EG 12 februari 1974, nr. 152/73 (*Sotgiu*);

HvJ EG 30 april 1974, nr. 155/73 (*Sacchi*);

HvJ EG 21 juni 1974, 2/74 (*Jean Reyners*);

HvJ EG 9 oktober 1980, 823/79 (*Carciati*);

HvJ EG 5 februari 1981, nr. 50/80 (*Horvath*);

HvJ EG 23 maart 1982, nr. 53/81 (*Levin*);

HvJ EG 23 maart 1982, nr. 53/81 (*Levin*), (concl. A-G Gordon Slynn);

HvJ EG 6 mei 1982, nr. 222/81 (*Wolff*);

HvJ EG 26 oktober 1982, nr. 240/81 (*Einberger I*);

HvJ EG 28 februari 1984, nr. 294/82 (*Einberger II*);

HvJ EG 10 juli 1984, 72/83 (*Campus Oil*);

HvJ EG 11 juli 1985, nr. 105/84 (*Danmols*);

HR 16 oktober 1985, nr. 23.033, BNB 1986/118, (concl.A-G Van Soest);

HvJ EG 28 januari 1986, 270/83 (*Avoir fiscal*);

HvJ EG 3 juli 1986, nr. 66/85 (*Lawrie Blum*);

HvJ EG 26 April 1988, nr. 352/85 (*Bond van Adverteerders*);

HvJ EG 5 juli 1988, C-269/86 (*Mol*);

HvJ EG 2 juli 1988, nr. 289/86 (*Happy Family*);

HvJ EG 15 maart 1989, nr. 390/87 (*Echternach en Moritz*);

HvJ EG 31 mei 1989, C-344/87 (*Bettray*);

HvJ EG EG 14 december 1989, C-3/87 (*Agegate*);

HvJ EG 6 december 1990, C-343/89 (*Witzeman*) ;

HvJ EG 25 juli 1991, C-221/89 (*Factortame-II*);

HR 16 oktober 1991, nr. 26.465, BNB 1991/340;

HvJ EG 10 December 1991, C-179/90 (*Merci*);

HvJ EG 26 februari 1992, C-357/89 (*Raulin*), (concl. A-G Van Gerven);

HvJ EG 9 juli 1992, C2/90 (*Commissie/België*);

HR 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/37;

HR 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379, (concl. A-G Verburg);

HvJ EG 26 januari 1993, nr. 112/91 (*Werner*), (concl. A-G Darmon);

HvJ EG 4 mei 1993, C-17/92 (*FDC*);

HvJ EG 27 april 1994, C-393/92 (*Gemeente Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij*);

HvJ EG 5 oktober 1994, C-23/93 (*TV10*), (concl. A-G Lenz);

HvJ EG 14 februari 1995, C-279/93 (*Schumacker*);

HvJ EG 28 maart 1995, C-324/93 (*Evans*);

HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93 (*Alpine Investments*);

HvJ 30 november 1995, C-55/94 (*Gebhard*);

HvJ EG 14 december 1995, C-163/94, C-165/94 en C-250/94 (*Sanz de Lera e.a.*);

HvJ EG 27 juni 1996, C-107/94, BNB 1995/350, (*Asscher*);

HvJ EG 12 december 1996. C-3/95 (*Broede*);

HvJ EG 15 mei 1997, C-250/95 (*Futura*);

HvJ EG 26 juni 1997, C-368/95 (*Familiapress*);

HvJ EG 28 april 1998, C-118/96 (*Safir*);

HvJ EG 16 juli 1998, C-264/96 (*ICI*);

HvJ EG 24 September 1998, C-35/97 (*Commissie/Frankrijk*);

HvJ EG 1 december 1998, C-410/96 (*Ambry*);

HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97 (*Centros*), (concl. A-G La Pergola);

HvJ EG 8 juli 1999, C-254/97 (*Baxter*);

HvJ EG 8 juni 1999, C-337/97 (*Meeusen*);

HvJ 29 juni 1999, C-158/98 (*Coffeeshop Siberië*);

HvJ EG 21 oktober 1999, C-97/98 (*Jägerskiöld*);

HvJ EG 26 oktober 1999, C-294/97 (*Eurowings Luftverkehr*);

HvJ EG 15 februari 2000, C-34/98 (*Commissie/Frankrijk*);

HvJ EG 11 April 2000, C-51/96 (*Deliège*);

HvJ EG 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*), BNB 2000/242, (concl. A-G Alber, noot I.J.F.A. van Vijfeijken);

HvJ EG 6 juni 2000, C-35/98, BNB 2000/329 (*Verkooijnen*);

HvJ EG 12 december 2002, C-385/00 (*De Groot*);

HvJ EG 6 maart 2003, C-449/01 (*Abbey*);

HvJ EG 12 juni 2003, C234/01 (*Arnoud Gerritse*);

HvJ EG 26 juni 2003, C422/01 (*Skandia en Ramstedt*);

HvJ EG 9 September 2003, C-285/01 (*Burbaud*);

HvJ EG 18 september 2003, C-168/01 (*Bosal*);

HvJ EG 11 december 2003, C-322/01 (*Deutscher Apotherverband*);



HR 23 januari 2004, nr. 37.893, BNB 2004/214 (*hedge-arrest*);

HvJ EG 11 maart 2004, C9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*);

HvJ EG 7 september 2004, C319/02, (*Manninen*);

HvJ EG 14 oktober 2004, C-299/02 (*Commissie/ Nederland*);

EVA-Hof 23 november 2004, E-1/04 (*Fokus Bank*), (noot. P.J. Wattel) ;

HvJ EG 10 maart 2005, C-39/04 (*Laboratoires Fournier*);

HvJ EG 17 maart 2005, C-109/04 (*Kranemann*);

HvJ EG 26 mei 2005, C-20/03 (*Burmanjer*);

HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer plc*);

HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04 (*Bouanich*);

HvJ EG 6 maart 2003, C-449/01 (*Abbey*);

HvJ EG 5 juli 2005, C-376/03 (*D*), BNB 2006/1;

HvJ EG 30 maart 2006, C-10/05 (*Mattern*);

HvJ EG 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54, (concl. A-G Léger, noot P.J. Wattel);

HvJ EG 3 oktober 2006, C-452/04 (*Fidium Fianz*);

HvJ EG 14 november 2006, C-513/04, (*Kerckhaert-Morres*).;

HvJ EG 12 december 2006, C-374/04 (*Test claimants in Class IV of the act group litigation versus commissioners of inland revenu*);

HvJ EG 14 december 2006, C-170/05 (*Denkavit II*);

HvJ EG 15 februari 2007, C-345/04 (*Centro Equestre da Lezíria Grande*);

HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*);

HvJ EG 29 maart 2007, C-347/04 (*Rewe Zentralfinanz*);

HvJ EG 26 April 2007, C-392/05 (*Alezivos*);

HvJ EG 18 juli 2007, C-231/05 (*Oy AA*);

HvJ EG 08 november 2007, C-379/05 (*Amurta*);

HR 16 november 2007, nr. 42.970, BNB 2008/26 (*calloptie-arrest*);

HvJ EG 8 april 2008, C-503/07 (*Saint-Gobain*);

HvJ EG 20 mei 2008, C-194/06 (*OESF*);

HvJ EG 17 juli 2008 C-94/07 (*Racanelli*);

HvJ EG 18 december 2008, C-488/07 (*Royal Bank of Scotland*);

HvJ EG 22 december 2008, C-282/07 (*Truck Center*);

HR 10 april 2009, nr. 42.916, BNB 2009/271 (*cacaobonen*);

HvJ EG 11 juni 2009, C-521/07 (*Commissie/Nederland*);

HvJ EG 19 november 2009, C-540/07 (*Commissie / Italiaanse Republiek*);

HR 9 april 2010, BNB 2010/292, (concl. A-G Wattel);

HvJ EU 2 december 2010, C-108/09 (*Ker Optika*);

HvJ EU 16 december 2010, C-137/09 (*Josemans*);

HvJ EU 10 februari 2011, C-436/08 (*Österreichische Salinen AG*);

HvJ EU 10 februari 2011, C-437/08 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel Betriebs GmbH*);

Rechtbank Breda, 14 september 2011 nrs. AWB 10/01918, 11/02579, 11/02580, 11/02582, 11/02583 en 11/02588;

HR 9 december 2011, nr. 10/01409, BNB 2012/44<sup>c\*</sup> en nr. 10/03765 , BNB 2012/45;

HvJ EU 13 november 2012, C-35/111 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*);

HvJ EU 28 februari 2013, C-168/11 (*Beker & Beker*);

HR 20 december 2013, BNB 2014/66;

HR 20 december 2013, BNB 2014/64;

HR 21 maart 2014, nr. 12/02793, BNB 2014/116 (*marketmaker*);

HvJ EU 10 april 2014, C-190/12 (*Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*);

HvJ EU 5 juni 2014, C-24/12 (*X Bv*).

## 9.6 Rapporten

Commissie van de Europese Gemeenschappen, ‘Belasting op dividend van natuurlijke personen in de interne markt’, *Mededeling van de Commissie aan de raad, het Europees Parlement en het Europees economisch en sociaal comité* 2003;

Commissie van de Europese Gemeenschappen, ‘Coördinatie van de directebelastingstelsels van de lidstaten op de interne markt’, *Mededeling van de Commissie aan de raad, het Europees Parlement en het Europees economisch en sociaal comité* 2006;

Centraal bureau voor de statistiek, *Belastingopbrengsten Rijk 2013*, <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/overheid-politiek/cijfers/extra/belasting-animatie.htm> (gezien op 13 oktober 2014).

## 9.7 Overig

Belastingdienst, *portfoliodividenden (beleggingsdividenden)*,

[http://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/internatio-naal/vermogen/buitenland\\_teruggaaf\\_of\\_vrijstelling\\_van\\_nederlandse\\_dividendbelasting/portfoliodividend\\_beleggingsdividend/](http://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/internatio-naal/vermogen/buitenland_teruggaaf_of_vrijstelling_van_nederlandse_dividendbelasting/portfoliodividend_beleggingsdividend/) (bekeken op 9 november 2014);

Europese Unie, *De geschiedenis van de Europese Unie*, [http://europa.eu/about-eu/eu-history/index\\_nl.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_nl.htm) (bekeken op 15 september 2014);

Europese Unie, *Verdrag van Maastricht over de Europese Unie*, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_maastricht\\_nl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_nl.htm) (bekeken op 15 september 2014);

Europese Unie, *Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie (Euratom)*, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_euratom\\_nl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_euratom_nl.htm) (bekeken op 15 september 2014);

Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Expertisecentrum Europees Recht, Inbreukprocedures*, <http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures> (bekeken op 29 september 2014).