

Belemmeringen in de dividendbelasting; naar een EU-recht conforme wet

Ilyas El-Bouhassani

331598

Masterscriptie Fiscale Economie

Erasmus School of Economics

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Inhoudsopgave

<u>LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN</u>	4
<u>1. INLEIDING</u>	6
1.1 AANLEIDING	6
1.2 VIER GROEPEN	7
1.3 PROBLEEMSTELLING EN AFBAKENING	8
1.4 ONDERZOEKSOPZET	9
1.5 METHODE VAN ONDERZOEK	11
<u>2. DIVIDEND VAN NATUURLIJKE PERSONEN EN RECHTSPERSONEN</u>	12
2.1. INLEIDING	12
2.2. BELASTINGHEFFING OVER DIVIDENDEN IN CONTEXT	13
2.2.1. JURIDISCHE DUBBELE BELASTING	13
2.2.2. VERDELING VAN HEFFINGSBEVOEGDHEID	15
2.2.2.1. Algemeen	15
2.2.2.2. Woonstaatheffing	16
2.2.2.3. Bronstaatheffing	16
2.2.3. VESTIGINGSPLAATS VAN EEN VENNOOTSCHAP	18
2.2.4. RECHTSGRONDSLAG DIVIDENDBELASTING	20
2.2.4.1. Rechtsgrondslag in binnenlandse situatie	20
2.2.4.2. Rechtsgrondslag in grensoverschrijdende situatie	21
2.3. FISCALE BEHANDELING DIVIDEND UIT AANMERKELIJK BELANG	22
2.3.1. FISCALE BEHANDELING BINNENLANDSE SITUATIE	22
2.3.2. FISCALE BEHANDELING GRENSOVERSCHRIJDENDE SITUATIE	23
2.3.3. VERSCHILLEN TUSSEN BINNENLANDSE EN GRENSOVERSCHRIJDENDE SITUATIE	24
2.4. FISCALE BEHANDELING DIVIDEND BINNEN SPAREN EN BELEGGEN	24
2.4.1. FISCALE BEHANDELING BINNENLANDSE SITUATIE	24
2.4.2. FISCALE BEHANDELING GRENSOVERSCHRIJDENDE SITUATIE	25
2.5. FISCALE BEHANDELING RECHTSPERSONEN	26
2.5.1. INLEIDING	26
2.5.2. DEELNEMINGSSITUATIE	26
2.5.2.1. Belastingplicht in een binnenlandse situatie	26
2.5.2.2. Grensoverschrijdende situaties	27
2.5.2.2.1. Algemeen	27
2.5.2.2.2. Buitenlandse belastingplicht	28
2.5.2.2.3. Verdragstoepassing	29
2.5.3. DE PORTFOLIO-AANDEELHOUDER	31
2.5.3.1. Binnenlandse situatie	31
2.5.3.2. Grensoverschrijdende situatie	32
2.6. CONCLUSIE	32

3. <u>DIVIDEND VAN PENSIOENFONDSEN EN BELEGGINGSINSTELLINGEN</u>	34
3.1. INLEIDING	34
3.2. PENSIOENFONDSEN	35
3.2.1. FISCALE BEHANDELING VENNOOTSCHAPSBELASTING	35
3.2.2. FISCALE BEHANDELING DIVIDENDBELASTING	35
3.2.2.1. Teruggaaf in binnenlandse situatie	35
3.2.2.2. Teruggaaf in grensoverschrijdende situaties	35
3.2.2.2.1. Teruggaaf aan vennootschappen binnen EU/EER-lidstaten	35
3.2.2.2.2. Teruggaaf aan vennootschappen gevestigd in landen buiten EU/EER	36
3.2.2.3. Teruggaafregeling bij dividendverkrijging van een fiscale beleggingsinstelling	37
3.2.3. DE DUBBELE VRIJSTELLINGSTOETS TERUGGAAFREGELING DIVIDENDBELASTING	38
3.3. BELEGGINGSINSTELLINGEN EN VERDRAGSTOEPASSING	40
3.3.1. BELEGGINGSINSTELLINGEN BINNEN NEDERLANDSE FISCALE WETGEVING	40
3.3.2. VERDRAGSTOEPASSING PENSIOENFONDSEN, VBI'S EN FBI'S	40
3.4. FISCALE BELEGGINGSINSTELLING	43
3.4.1. ALGEMEEN	43
3.4.2. AFDRACHTVERMINDERING VAN VOOR 2008	44
3.4.3. AFDRACHTVERMINDERING VAN NA 2008	46
3.4.3.1. Algemeen	46
3.4.3.2. Afdrachtvermindering geanalyseerd	46
3.4.3.2.1. Artikel 11a, lid 1 Wet DB 1965	46
3.4.3.2.2. Artikel 11a, lid 2 Wet DB 1965	47
3.4.3.2.3. Beleggingsinstellingen en fiscale eenheid	51
3.4.4. BINNENLANDSE EN GRENDOVERSCHRIJDENDE BEHANDELING VAN BELEGGINGSINSTELLINGEN	52
3.5. VRIJGESTELDE BELEGGINGSINSTELLING	54
3.5.1. ALGEMEEN	54
3.5.2. FISCALE BEHANDELING DIVIDENDBELASTING	55
3.5.3. FISCALE BEHANDELING INKOMSTENBELASTING	57
3.5.3.1. Algemeen	57
3.5.3.2. Bepaling forfaitair rendement	58
3.5.3.2.1. Binnenlandse situatie	58
3.5.3.2.2. Buitenlandse beleggingsinstellingen in artikel 4.14 Wet IB 2001	58
3.5.3.2.3. Grensoverschrijdende situatie	61
3.6. CONCLUSIE	62
4. <u>DE VOORHEFFINGSSYSTEMATIEK EN HET EU-RECHT</u>	63
4.1. INLEIDING	63
4.2. GEËIGENDE VRIJE VERKEERSBEPALING EN 'DERDE LANDEN'	64
4.2.1. DE VOORRANGSREGELS	64
4.2.2. DERDE LANDEN	67
4.3. PARTICULIERE EN RECHTSPERSOON AANDEELHOUDERS	68

4.3.1.	VERSCHIL IN FISCALE BEHANDELING	68
4.3.2.	OBJECTIEVE VERGELIJKBAARHEID	70
4.3.3.	JUISTE VERGELIJKINGSMAATSTAF	71
4.3.4.	RECHTVAARDIGINGSGRONDEN	74
4.3.4.1.	Inleiding	74
4.3.4.2.	Handhaving samenhang belastingsysteem	75
4.3.4.3.	Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten	76
4.3.5.	NEUTRALISATIE	76
4.3.5.1.	Neutralisatie middels een belastingverdrag	76
4.3.5.2.	Tot welk bedrag neutraliseren	78
4.3.5.3.	Conclusie	82
4.3.6.	DIVIDENDMEDEDELING	82
4.3.7.	ORDEEL	84
4.4.	CONCLUSIE	84

5. DE TERUGGAAFREGELING, DE AFDRACHTVERMINDERING EN HET EU-RECHT **87**

5.1.	INLEIDING	87
5.2.	EU-RECHTELIJKE TOETS TERUGGAAFREGELING	87
5.2.1.	VERSCHIL IN FISCALE BEHANDELING	87
5.2.2.	OBJECTIEVE VERGELIJKBAARHEID	88
5.2.3.	CONCLUSIE	92
5.3.	EU-RECHTELIJKE TOETS AFDRACHTVERMINDERING	92
5.3.1.	VERSCHIL IN FISCALE BEHANDELING	92
5.3.2.	OBJECTIEVE VERGELIJKBAARHEID	93
5.3.3.	INHOUDINGPLICHT ALS VOORWAARDE VOOR DE AFDRACHTVERMINDERING	94
5.3.4.	VERGELIJKBAARHEID MET DE FBI	97
5.3.4.1.	Juiste vergelijkingsmaatstaf	97
5.3.4.2.	De relevante voorwaarden van artikel 28 Wet VpB 1969	98
5.3.5.	CONCLUSIE	102
5.3.6.	RECHTVAARDIGINGSGRONDEN	104
5.4.	CONCLUSIE	104

6. SAMENVATTING EN CONCLUSIES **106**

6.1.	SAMENVATTING	106
6.2.	BELEIDSADVIES NAAR AANLEIDING VAN DIT ONDERZOEK	111

JURISPRUDENTIEREGISTER **114**

LITERATUURLIJST **117**

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
Besluit DB 1941	Besluit op de dividendbelasting 1965
BNB	Beslissingen inzake belastingzaken. Nederlandse belastingrechtspraak
BV	Besloten vennootschap
BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
db	Dividendbelasting
EER	Europese Economische Ruimte
EU	Europese Unie
EVA-hof	Hof van Justitie van de Europese Vrijhandelsassociatie
FED	Fiscaal weekblad FED
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
ib	Inkomstenbelasting
lb	Loonbelasting
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MD-richtlijn	Moeder-dochterrichtlijn
MvA	Memorie van antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NFV 2011	Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011
NnNV	Nota naar aanleiding van het Nader Verslag
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NV	Naamloze vennootschap
NvT	Nota van Toelichting
NvW	Nota van Wijziging
OMV	OECD Model Tax Convention in Income and Capital.
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-commentaar	Het officiële commentaar behorende bij het OESO-modelverdrag
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Stcrt.	Nederlandse Staatscourant
V-N	Vakstudie Nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vpb	Vennootschapsbelasting
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Het economische doel van de EU is de ontwikkeling van een goed functionerende interne markt. De interne markt bevat volgens artikel 26 VwEU een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Het doel van deze interne markt omvat ook een geharmoniseerd fiscaal beleid. Aangezien belastingen op goederen in grensoverschrijdende situaties zeer verstorend zijn voor de werking van de interne markt, zijn op het vlak van indirecte belastingen – vanwege de Btw-richtlijn¹ – de belastingsystemen van de lidstaten – ondanks het unaniniteitsvereiste van artikel 115 VwEU² – vergaand geharmoniseerd. Op het vlak van directe belastingen gaat de harmonisering van de belastingsystemen moeizaam. Omdat harmonisering op het gebied van directe belastingen minder verstorend is voor de interne markt en omdat lidstaten op het gebied van belastingen graag hun autonomie bewaren, is het unaniniteitsvereiste een grote belemmering gebleken voor verdergaande fiscale uniformering, waardoor de Europese wetgever slechts enkele richtlijnen op het gebied van directe belastingen heeft verwezenlijkt.³ Op het vlak van de directe belastingen zijn belemmeringen derhalve nauwelijks opgelost middels positieve integratie – de uitvaardiging van Europese wetgeving om te komen tot een geharmoniseerde interne markt, maar middels negatieve integratie. Het HvJ heeft middels de vrije verkeersbepalingen van het VwEU belemmeringen van het nationale recht onverenigbaar verklaard met het EU-recht. Deze negatieve integratie heeft geleid tot vergaande invloed van het EU-recht op nationale fiscale wetgeving van de lidstaten.⁴

De verregerende invloed van het EU-recht heeft de afgelopen jaren ook haar sporen achtergelaten in de Wet DB 1965. De db is 'op last' van de rechtspraak van het HvJ diverse malen aangepast.

¹ Richtlijn 67/227/EEG van de Raad van 11 april 1967 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting.

² Het unaniniteitsvereiste als bedoeld in artikel 115 VwEU houdt in dat de lidstaten unaniem moeten instemmen met een door de Europese Commissie op het gebied van belastingen geïnitieerd wetsvoorstel (wetgeving als bedoeld in artikel 288 VwEU, te weten: verordeningen, richtlijnen en besluiten), alvorens dit wetsvoorstel in werking kan treden.

³ Tot op heden zijn er op het gebied van directe belastingen vier richtlijnen in werking getreden, te weten: de Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (MD-richtlijn); Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen (Fusierichtlijn); Richtlijn nr. 2003/49/EG van de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (Interest & Royalty-richtlijn) en Richtlijn 2003/48/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling (Sparreterrichtlijn).

⁴ Wel blijven dispariteiten – te weten ongunstige fiscale behandeling vanwege de interactie van belastingsystemen – een probleem dat alleen met harmonisatie kan worden opgelost.

Zo is als antwoord op de MD-richtlijn⁵ en het arrest Amurta⁶ de inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965 ook van toepassing verklaard op niet-ingezeten aandeelhouders die dividend ontvangen van in Nederland gevestigde vennootschappen. Een ander voorbeeld is de teruggaafregeling van artikel 10 Wet DB 1965 die naar aanleiding van het arrest Orange European Smallcap⁷ is aangepast en die heeft geleid tot de opname van een afdrachtvermindering in artikel 11a Wet DB 1965. Ondanks deze aanpassingen is het – getuige recente prejudiciële vragen van de Hoge Raad – nog steeds niet duidelijk of de Wet DB 1965 integraal verenigbaar is met het vrije verkeer van kapitaal als bedoeld in artikel 63 VwEU. Ook op het gebied van met name beleggingsinstellingen worden procedures gevoerd. Onlangs heeft Rechtbank Zeeland-West-Brabant een vonnis gewezen waarbij buitenlandse beleggingsinstellingen een teruggaaf van db verzoeken.⁸ De Hoge Raad heeft zich hierover eveneens uitgelaten (HR 15 november 2013, nr. 12/01866, BNB 2014/20). In dit onderzoek richt ik me op het verschil in behandeling ten aanzien van een aantal categorieën belastingplichtigen waarover in paragraaf 1.2 meer.

1.2 Vier groepen

In de binnenlandse situatie geldt de db altijd als een voorheffing.⁹ De Nederlandse systematiek van de voorheffing onderscheidt vier manieren om de db te neutraliseren. De eerste manier wordt aangetroffen in respectievelijk artikel 9.2 Wet IB 2001 voor particuliere aandeelhouders en artikel 25 Wet VpB 1969 voor rechtspersoon aandeelhouders. Wanneer ten laste van deze personen db wordt ingehouden en afgedragen, wordt deze db door de aandeelhouders vervolgens verrekend met de door hen verschuldigde ib/vpb. Als verrekening niet kan plaatsvinden wordt de geheven db teruggegeven. De tweede manier is de toepassing van een inhoudingsvrijstelling. Wanneer op de relatie tussen de vennootschap en haar aandeelhouder de deelnemingsvrijstelling als bedoeld in artikel 13 Wet VpB 1969 van toepassing is, houdt de dividenduitkerende vennootschap op grond van artikel 4 Wet DB 1965 geen db in. De derde manier is de teruggaafregeling. Deze regeling is terug te vinden in artikel 10 Wet DB 1965 en bepaalt dat van vpb vrijgestelde vennootschappen recht hebben op een teruggaaf van de geheven db. Dit is het gevolg van het feit dat van vpb vrijgestelde lichamen niet in aanmerking kunnen komen voor de verrekening van artikel 25 Wet VpB 1965. De vierde manier is de afdrachtvermindering als opgenomen in artikel 11a Wet DB 1965. Deze regeling is slechts van toepassing op ingezetene beleggingsinstellingen met een fbi-status. Deze regeling neutraliseert de ten laste van de fbi

⁵ Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

⁶ HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta).

⁷ HvJ 20 mei 2008, zaak C-194/06 (Orange European Smallcap Fund).

⁸ Rb. Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, nr. 12/00155, ECLI:NL:RBZWB:2014:3531.

⁹ De vbi is hierop de enige uitzondering, waarover in paragraaf 3.5 meer.

ingehouden db door deze te verrekenen met de db die de fbi ten laste van haar deelnemers moet inhouden. Het af te dragen bedrag wordt namelijk verlaagd met de ten laste van de fbi ingehouden en afgedragen db.

Wanneer daarentegen de aandeelhouder in het buitenland woont of is gevestigd, is er in de regel geen sprake van een voorheffing. De vier manieren van neutralisatie werden in beginsel slechts toegepast in binnenlandse situaties. Echter ten gevolge van het EU-recht zijn de inhoudingsvrijstelling en de teruggaafregeling ook van toepassing op een in een andere EU/EER-lidstaat ingezeten vennootschap. Dit geldt echter niet voor de verrekening als bedoeld in artikel 9.2 Wet IB 2001 respectievelijk artikel 25 Wet VpB 1969 en de afdrachtvermindering in artikel 11a Wet DB 1965. Daarnaast kent de teruggaafregeling voor de niet-ingezeten vennootschappen – ten opzichte van de ingezeten van vpb vrijgestelde vennootschappen – een extra toets. Hierdoor is het voor niet-ingezeten vennootschappen lastiger om voor een teruggaaf in aanmerking te komen.

Deze verschillen in fiscale behandeling worden in deze scriptie aan een onderzoek onderworpen waar het de EU-rechtelijke houdbaarheid betreft. Hierbij vindt met name een beoordeling plaats gezien vanuit de aandeelhouders, die voor deze scriptie in vier groepen zijn verdeeld. De eerste groep wordt gevormd door natuurlijke personen. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen box 2-aandeelhouders en box 3-aandeelhouders. De tweede groep wordt gevormd door de vpb-plichtige rechtspersonen. Dit zijn vennootschappen die dividend ontvangen in het kader van ondernemerschap en van beleggen. Binnen deze groep dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de groep waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is en de groep waarbij dat niet het geval is. Voor beiden geldt namelijk een andere fiscale behandeling in het kader van de db en de vpb. De derde groep wordt gevormd door de al dan niet gedeeltelijk subjectief van vpb vrijgestelde lichamen. Binnen deze groep beperk ik me tot de in dezen meest relevante groep, te weten de pensioenfondsen. De vierde en laatste groep wordt gevormd door de beleggingsinstellingen. Binnen deze groep wordt gekeken naar de vrijgestelde beleggingsinstelling (vbi) (artikel 6a Wet VpB 1969) en de fiscale beleggingsinstelling (fbi) (artikel 28 Wet VpB 1969). Voor beiden geldt namelijk een speciaal regime binnen zowel de vpb als de db.

1.3 Probleemstelling en afbakening

In dit onderzoek staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

Op welke wijze is de Nederlandse belastingheffing van dividendinkomsten van vier categorieën ingezet en niet-ingezet aandeelhouders vormgegeven en hoe verhoudt deze belastingheffing zich tot het EU-recht?

Om antwoord te kunnen geven op deze vraag, zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

- 1. Worden de onderzochte categorieën ingezet en niet-ingezet aandeelhouders voor dividenden op een gelijke wijze in de belastingheffing betrokken?*
- 2. Is het verschil in fiscale behandeling tussen de onderzochte ingezet en niet-ingezet particuliere en vennootschappelijke aandeelhouders in strijd met het EU-recht?*

In deze scriptie wordt slechts aandacht besteed aan het verschil tussen ingezet en niet-ingezet aandeelhouders. Dit betekent dat ik voornamelijk de verenigbaarheid van de outbound dividenden met het EU-recht onderzoek. Ten aanzien van de particuliere aandeelhouders wordt geen aandacht besteed aan aandeelhouders waarvan de aandelen deel uitmaken van een onderneming. Ik zal slechts ingaan op particuliere a.b.-houders en portfolio-aandeelhouders die in box 2 respectievelijk box 3 worden belast. Ten aanzien van het primaire EU-recht beperkt deze scriptie zich tot het vrij verkeer van kapitaal en het vrij verkeer van vestiging. Overige EU-rechtelijke aspecten worden buiten beschouwing gelaten. In deze scriptie staat met name de vergelijking centraal tussen ingezet (ook wel aangeduid met binnenlandse situatie) en niet-ingezet aandeelhouders (ook wel aangeduid met buitenlandse of grensoverschrijdende situatie). Wanneer wordt gesproken van een ingezet aandeelhouder, dan betreft dat de situatie waarbij zowel de aandeelhouder als de dividenduitkerende vennootschap in Nederland zijn gevestigd. Wanneer wordt gesproken over de niet-ingezet aandeelhouder, wordt bedoeld op de situatie waarbij de dividenduitkerende vennootschap in Nederland is gevestigd, terwijl de aandeelhouder in een andere EU/EER-lidstaat of een ‘derde land’ is gevestigd. Tot slot wordt ten aanzien van het dividendbegrip ervan uitgegaan dat vanuit het internationaal belastingrecht een uniform dividendbegrip wordt gehanteerd, zodat aan die problematiek – wat precies onder dividend wordt verstaan – geen aandacht wordt besteed.¹⁰

1.4 Onderzoeksopzet

In hoofdstuk 2 wordt als eerste onderzocht op welke wijze de belastingheffing over dividenden plaatsvindt in verschillende fiscale wetten. Het dividend is – afhankelijk van het belastingsubject – zowel belast in de db, als in de ib/vpb. Voor alle drie de wetten zijn kwalificaties te vinden ten

¹⁰ Ik erken echter wel dat ten aanzien van het dividendbegrip verschillende landen verschillende definities kunnen hanteren. Een voorbeeld hierbij is de inkoop van aandelen en de liquidatie-uitkeringen.

aanzien van het object en de maatstaf van heffing. Behalve een nationaalrechtelijke invalshoek, kent de belastingheffing over dividend ook een sterke internationale en Europeesrechtelijke dimensie. Waar de nadruk in nationale situaties ligt op de interactie tussen de db en de ib/vpb, ligt de nadruk in grensoverschrijdende situaties daarnaast bij de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen staten (belastingverdragsrechtelijke aspecten). Deze verdeling is in het bijzonder van belang om dubbele belastingheffing in grensoverschrijdende situaties te voorkomen.

Voorts wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de eerste deelvraag. Er wordt onderzocht op welke wijze ingezet en niet-ingezet particuliere en rechtspersoon aandeelhouders in de Nederlandse belastingheffing worden betrokken. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. De natuurlijke personen worden vervolgens onderverdeeld in a.b.-houders en particuliere portfolio-aandeelhouders. De rechtspersonen worden ook onderverdeeld in twee groepen. De eerste betreft de situatie waarbij een vennootschap voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld (deelnemingssituaties). Op deze situatie is de deelnemingsvrijstelling (artikel 13 Wet VpB 1969), dan wel de deelnemingsverrekening (artikel 23c Wet VpB 1969) van toepassing. De tweede situatie doet zich voor als een vennootschap voor minder dan 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld (portfolio-aandeelhouder).

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de wijze waarop ingezet en niet-ingezet van vpb vrijgestelde vennootschappen als bedoeld in artikel 5 Wet VpB 1969, fiscale beleggingsinstellingen als bedoeld in artikel 28 Wet VpB 1969 en vrijgestelde beleggingsinstellingen als bedoeld in artikel 6a Wet VpB 1969 in de Nederlandse belastingheffing worden betrokken. Ten aanzien van de van vpb vrijgestelde vennootschappen, wordt met name ingegaan op het pensioenfonds, omdat zij de belangrijkste groep vormen die zich beroepen op de teruggaafregeling.

In hoofdstuk 4 en 5 wordt ingegaan op de derde onderzoeksvraag. In deze twee hoofdstukken staat de EU-rechtelijke toetsing van de in hoofdstuk 2 en 3 geanalyseerde verschillen in fiscale behandeling centraal. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de EU-rechtelijke toetsing van het verschil in fiscale behandeling tussen ingezet en niet-ingezet particuliere en rechtspersonen aandeelhouders. Het gaat om de vraag of het in hoofdstuk 2 gemaakte verschil – dat de db in

binnenlandse situaties fungeert als een voorheffing, terwijl de db in grensoverschrijdende situaties een eindheffing vormt – in strijd is met het EU-recht. In hoofdstuk 4 wordt tevens onderzocht welke verdragsvrijheid – het vrije verkeer van kapitaal of het vrije verkeer van vestiging – in welke situatie aan de orde komt. Eveneens wordt kort ingegaan op de term ‘derde landen’. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen van vpb vrijgestelde vennootschappen als bedoeld in artikel 5 Wet VpB 1969. Hierbij wordt de teruggaafregeling als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1965 getoetst aan het EU-recht. Voorts komt in hoofdstuk 5 het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen beleggingsinstellingen aan de orde. Hierbij wordt de afdrachtvermindering als bedoeld in artikel 11a Wet DB 1965 getoetst.

1.5 Methode van onderzoek

In deze scriptie wordt een analyserend onderzoek gedaan aan de hand van de wetgeving in formele en materiële zin, jurisprudentie, verdragenrecht en literatuur. Dit onderzoek ziet met name op het Nederlandse-, het EU- en het internationale belastingrecht waarbij het Nederlandse recht wordt getoetst aan het EU- en het internationaal belastingrecht.

2. Dividend van natuurlijke personen en rechtspersonen

2.1. Inleiding

De Nederlandse belastingheffing van dividenden vindt plaats in verschillende fiscale wetten. Het dividend is – afhankelijk van het belastingsubject – zowel belast in de db, als de vpb respectievelijk de ib. Voor alle drie de wetten zijn kwalificaties te vinden ten aanzien van het object en de maatstaf van heffing. Behalve een nationaalrechtelijke invalshoek, kent de Nederlandse belastingheffing over dividenden ook een sterke internationale en EU-rechtelijke dimensie. Waar de nadruk in nationale situaties ligt op de interactie tussen de db en de ib/vpb, ligt de nadruk in grensoverschrijdende situaties daarnaast op de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen staten. Deze verdeling is in het bijzonder van belang om een eind te maken aan dubbele belastingheffing in grensoverschrijdende situaties. Ten aanzien van verschillende subjecten is geregeld op welke wijze zij in de belastingheffing worden betrokken. In dit hoofdstuk staat de fiscale positie van ingezetenen en niet-ingezetenen particuliere en rechtspersonen aandeelhouders centraal. Het verschil in fiscale behandeling tussen de ingezetenen en de niet-ingezetenen aandeelhouders was ook onderwerp van discussie in een drietal procedures die hebben geleid tot prejudiciële vragen van de Hoge Raad.¹¹ Om in hoofdstuk 5 te kunnen toetsen of het verschil in behandeling al dan niet verenigbaar is met het EU-recht, moet worden onderzocht op welke manier de verschillende belastingsubjecten – in zowel de binnenlandse als de grensoverschrijdende situatie – in de belastingheffing worden betrokken. De binnenlandse situatie behelst de situatie waarbij zowel de aandeelhouder als de vennootschap waarin hij aandelen houdt in Nederland zijn gevestigd. De grensoverschrijdende situatie behelst de situatie waarbij de dividenduitkerende vennootschap in Nederland is gevestigd, terwijl haar aandeelhouder in het buitenland is gevestigd. In dit hoofdstuk worden daartoe twee subcategorieën van personen onderscheiden die onderworpen zijn aan onderscheiden fiscale regimes en ten aanzien waarvan wordt getoetst op welke manier de belastingheffing plaatsvindt. Het gaat bij de particulieren om de subcategorieën a.b.-houder en portfolio-aandeelhouder.¹² Bij de rechtspersonen gaat het ook om twee subcategorieën, te weten de aandeelhouder die voor ten minste 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal aandeelhouder is van een vennootschap als de aandeelhouder die voor minder dan 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal aandeelhouder is van een vennootschap.

¹¹ HR 20 december 2013, nr. 12/03235, BNB 2014/64; HR 20 december 2013, nr. 12/02502, BNB 2014/65 en HR 20 december 2013, nr. 12/04717, BNB 2014/66.

¹² Aandelen die onderdeel zijn van een vaste inrichting of van winst uit onderneming vallen buiten het bereik van deze scriptie.

In dit hoofdstuk wordt voor de hierboven genoemde personen de volgende deelvraag beantwoord:

Worden ingezet en niet-ingezet aandeelhouders voor dividenden op een gelijke wijze in de belastingheffing betrokken?

In paragraaf 2.2 wordt als eerste de belastingheffing van dividenden in context geplaatst. Hierbij wordt ingegaan op de internationaalrechtelijke aspecten van dividend, het ontstaan en het voorkomen van internationale juridische dubbele belasting, de verdeling van heffingsbevoegdheid en wordt onderzocht welke beginselen ten grondslag liggen aan de Wet DB 1965. In paragraaf 2.3 wordt de fiscale behandeling van de aandeelhouders die vallen onder het a.b.-regime geanalyseerd. In paragraaf 2.4 wordt ingegaan op de fiscale behandeling van de portfolio-aandeelhouder. Tot slot wordt in paragraaf 2.5 aandacht besteed aan de aandeelhouders, zijnde belastingplichtigen voor de vpb. In deze paragraaf wordt zowel gekeken naar de aandeelhouder die voor ten minste 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal aandeelhouder is van een vennootschap als naar de aandeelhouder die voor minder dan 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal aandeelhouder is van een vennootschap. In paragraaf 2.6 wordt afgesloten met een conclusie.

2.2. Belastingheffing over dividenden in context

2.2.1. Juridische dubbele belasting

Wanneer bedrijven de ambitie hebben om internationaal te handelen, komen ze al snel in aanraking met het belastingstelsel van de landen waarin ze economische activiteiten willen ontplooiën. Het kan zich voordoen dat verschillende landen belasting willen heffen over dezelfde winst bij dezelfde onderneming. Deze dubbele belasting leidt ertoe dat ondernemers aankijken tegen hogere kosten. Dit heeft een schadelijk effect op de internationale handel en het grensoverschrijdende vervoer van productiefactoren.

Vanwege de behoefte het obstakel van de dubbele belasting weg te nemen en daarmee de internationale handel te bevorderen, heeft de OESO het OMV ontwikkeld. Dit is een standaard verdrag dat als voorbeeld dient voor de gesloten belastingverdragen die het obstakel van dubbele belasting beogen weg te nemen. Dat de verdragen inderdaad belangrijk zijn voor de wederzijdse investeringen blijkt uit een onderzoek van het Centraal Planbureau. Uit dit onderzoek volgt dat na het sluiten van een belastingverdrag de buitenlandse investeringen gemiddeld met 20%

toenemen.¹³ Immers, door middel van de belastingverdragen is de belastingdruk op dividenden in internationale situaties significant verlaagd. Dit is het gevolg van de toewijzing van heffingsbevoegdheid en het verlagen van het van toepassing zijnde bronstaatbelastingpercentage. Daarnaast wordt de door de bronstaat geheven bronstaatbelasting in de woonstaat geneutraliseerd. Hiermee wordt juridische dubbele belasting op dividenden verzacht, dan wel voorkomen.

Internationale juridisch dubbele belasting ontstaat als twee of meer staten een vergelijkbare belasting willen heffen van één belastingplichtige, over één object.^{14, 15} Juridisch dubbele heffing kan ontstaan als staten verschillende heffingsbeginselen hanteren. Globaal gezien worden er drie heffingsbeginselen onderscheiden, te weten: het woonlandbeginsel, het nationaliteitsbeginsel en het bronlandbeginsel. Binnen internationale dividendstromen gaat het voornamelijk om de samenloop van het bronlandbeginsel en het woonlandbeginsel.¹⁶

Internationaal juridische dubbele belasting kan unilateraal – middels nationale wetgeving¹⁷ – of bilateraal – middels een belastingverdrag – worden voorkomen. De db als veroorzaker van juridische dubbele belasting wordt middels de verrekeningsmethode voorkomen. In de praktijk wordt dit gedaan door de aandeelhouder in de woon-/vestigingsstaat een belastingkrediet te geven. In de literatuur worden de volgende vier varianten van belastingkrediet onderscheiden: de full-creditmethode, de ordinary-creditmethode, de tax sparing creditmethode en de matching creditmethode. De neutralisatie van juridische dubbele belasting op dividenden gaat via twee stappen. De eerste stap is de toewijzing van heffingsbevoegdheid (zie paragraaf 2.2.2). De tweede stap is de neutralisatie door de woon-/vestigingsstaat van de door de bronstaat geheven bronstaatheffing. Deze verrekening wordt in het OMV geregeld in artikel 23 B. Het OMV sluit aan bij de ordinary-creditmethode.

¹³ A. Lejour en M. van 't Riet, *Bilaterale belastingverdragen en buitenlandse investeringen*, CPB Policy Brief 2013/07.

¹⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Fed fiscale studiereserie nr. 39, Deventer: FED 2014 (8e druk), p. 11 en 12.

¹⁵ De tweede vorm van dubbele belasting is economische dubbele belasting. Deze ontstaat wanneer een object bij twee verschillende subjecten wordt belast.

¹⁶ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Fed fiscale studiereserie nr. 39, Deventer: FED 2014 (8e druk), p. 10 en 11.

¹⁷ In Nederland is op de voet van artikel 38 AWR het Besluit ter voorkoming van dubbele Belasting 2001 (BvdB 2001) in het leven geroepen. Dit besluit is slechts van toepassing op in Nederland wonende of gevestigde aandeelhouders die buitenlands dividend ontvangen (inboundsituaties).

2.2.2. Verdeling van heffingsbevoegdheid

2.2.2.1. Algemeen

Belasting over dividenden wordt in beginsel bij twee partijen geheven, te weten de aandeelhouder en de dividenduitkerende vennootschap. In grensoverschrijdende situaties is dit niet anders en is de heffingsbevoegdheid verdeeld tussen de vestigingsstaat van de dividenduitkerende vennootschap en de woon-/vestigingsstaat van de aandeelhouder. In grensoverschrijdend verband regelt het OMV in artikel 10 de verdeling van heffingsbevoegdheid over dividenden. Wanneer staten in specifieke situaties een verdrag hebben gesloten, is het voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid in beginsel niet meer relevant op welke manier de nationale fiscale wetgeving heffingsbevoegdheid naar zich toe trekt. Als Nederland door middel van ficties de heffingsbevoegdheid naar zich toetrekt, acht de Hoge Raad dat in strijd met de goede verdragstrouw en derhalve werkt een dergelijke fictie niet door naar verdragen die in werking zijn getreden vóór het moment waarop de fictie is geïntroduceerd.¹⁸

Aangaande de toewijzing van het heffingsrecht over dividenden bestaan van oudsher twee contradictoire standpunten. De eerste is dat de bronstaten een vergaand of zelfs exclusief heffingsrecht hebben. Deze visie wordt aangehangen door landen die kapitaal moeten importeren. De tegenovergestelde visie vereist de woonstaat dat zij nagenoeg uitsluitend het heffingsrecht naar zich toetrekt. Deze visie wordt voornamelijk aangehangen door kapitaal exporterende staten. In de belastingverdragen tussen de geïndustrialiseerde landen heeft zich doch reeds vroegtijdig een patroon ontwikkeld waarbij de bronstaat een beperkt heffingsrecht bezit, terwijl de woonstaat over de gehele opbrengst mag heffen onder verrekening van de beperkte bronstaatheffing. De aanvaardbaarheid van deze verdeling dient gezien te worden in het verlengde van het feit dat in de meeste geïndustrialiseerde landen een globaal evenwicht bestaat tussen in- en uitgaande stromen van kapitaalopbrengsten. In de verhouding van geïndustrialiseerde landen ten opzichte van ontwikkelingslanden kan dit evenwicht niet worden waargenomen. Voor deze landen is nauwelijks sprake van inkomende kapitaalopbrengsten. Zoals blijkt uit het gestaag toenemende aantal Nederlandse verdragen met ontwikkelingslanden, zijn

¹⁸ In HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/279 en HR 5 september 2003, nr. 37 670, BNB 2003/281 is beslist dat Nederland ter zake van het fictief loon als bedoeld in artikel 12a Wet LB 1964 geen heffingsrecht heeft omdat geen sprake is van feitelijk genoten loon. De Hoge Raad acht de stelling niet juist, dat Nederland zijn heffingsrechten eenzijdig zou hebben uitgebreid door toepassing van de fictief-loonregeling. Als inkomsten naar hun aard, zoals die worden bepaald door de bron waaruit zij ontstaan, worden toegewezen aan Nederland, heeft Nederland onder de werking van het verdrag met België voldoende ruimte om de desbetreffende inkomsten te belasten volgens de Nederlandse wettelijke bepalingen, ook al zijn dat forfaits of ficties. Niettemin concludeerde de Hoge Raad dat Nederland geen heffingsrecht had omdat de onderhavige inkomsten als zij alsnog daadwerkelijk zouden worden verkregen, als dividend of vermogenswinst zouden toevloeien naar de gerechtigden. De heffingsrechten over dergelijke dividenden of vermogenswinsten zijn aan België toegewezen.

deze staten vaak slechts in beperkte mate bereid in het kader van een verdrag hun veelal hoge bronheffingstarieven te verlagen.

2.2.2.2. Woonstaatheffing

De woon-/vestigingsstaat van de aandeelhouder is krachtens artikel 10 OMV bevoegd te heffen over het dividend. Het eerste lid van artikel 10 OMV luidt als volgt:

“Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.”

Uit dit artikellid volgt derhalve dat de woon-/vestigingsstaat van de aandeelhouder heffingsbevoegd is, indien die aandeelhouder dividend ontvangt van een vennootschap die is gevestigd in een andere verdragsstaat. Het verdrag ziet uitsluitend op dividend betaald van de ene verdragsstaat naar de andere. Het is dus niet van toepassing op bijvoorbeeld een dividend dat door een lichaam dat verdragsinwoner is van de ene staat betaald wordt aan een inwoner van dezelfde staat. Dit betekent dat het verdrag niet van toepassing kan zijn bij een eventuele ‘dual resident’ die slechts via het eigen nationale recht als inwoner wordt aangemerkt, terwijl de dividenduitkerende vennootschap krachtens de ‘tie-breaker’ van artikel 4, derde lid, OMV inwoner is van een andere staat. Een voorbeeld hiervan is artikel 1, lid 3 Wet DB 1965. Dit artikel bepaalt dat een vennootschap die is opgericht naar Nederlands recht wordt aangemerkt als inhoudingsplichtige. Wanneer een verdrag van toepassing is, kan dit artikel derhalve niet worden toegepast.¹⁹

Het heffingsrecht van de woonstaat is onbeperkt. Het dividend wordt derhalve in beginsel door de woonstaat in de normale belastingheffing betrokken.

2.2.2.3. Bronstaatheffing

Tegelijk met de toekenning van een onbeperkt heffingsrecht door artikel 10, eerste lid, OMV aan de woon-/vestigingsstaat van de aandeelhouder, verleent artikel 10, tweede lid, OMV een heffingsrecht aan de vestigingsstaat van de dividenduitkerende vennootschap. Artikel 10, tweede lid, OMV luidt als volgt:

¹⁹ Dit betekent dat extraterritoriale heffing niet is toegestaan. Zie hiervoor HR 28 februari 2001, nr. 35 557, BNB 2001/295 (drielandenpuntarrest).

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

5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends;

15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.”

Kijkend naar dit artikellid, valt een drietal kenmerken van de bronstaatheffing op. Ten eerste is het heffingsrecht van de bronstaat beperkt. Dit betekent dat de bronstaat niet meer mag heffen dan de hierboven genoemde percentages. Verder geldt dat – aangezien belastingverdragen slechts de verdeling van heffingsbevoegdheid regelen en zelf geen materieel heffingsrecht creëren – tegen maximaal het tarief kan worden geheven waarin de nationale wetgeving in voorziet, wanneer dat tarief in de nationale wetgeving lager ligt dan de in het verdrag genoemd tarief. Het tweede opvallende kenmerk is dat een onderscheid wordt gemaakt in type aandeelhouder. Een natuurlijke persoon aandeelhouder valt altijd onder het verhoogde tarief van 15%. Dit geldt ook voor de rechtspersoon die minder dan 25% van de aandelen bezit. Een rechtspersoon die meer dan 25% van de aandelen bezit valt onder het verlaagde tarief. Het derde kenmerk is dat om in aanmerking te kunnen komen voor de bronstaatbelastingpercentages die in het verdrag zijn afgesproken, de aandeelhouder de beneficial owner moet zijn. Deze term betekent globaal gezegd dat de aandeelhouder ook daadwerkelijk vanuit economisch oogpunt rechthebbende is van de aandelen en het dividend. Deze eis wordt gesteld om ‘treaty shopping’²⁰ tegen te gaan. De tarieven in de belastingverdragen zijn namelijk vaak lager dan die gelden in de nationale wetgeving. Verder geldt dat de hoogte van de overeengekomen tarieven afhankelijk is van onderhandelingen tussen de verdragsluitende staten. Het komt dus regelmatig voor dat sommige landen hele lage percentages met elkaar hebben afgesproken. Door het tussenschuiven van een vennootschap

²⁰ R.P.C.W.M. Brandsma, ‘De belegger "stripped bare" door de wetgever?: dividendstripping in de 21e eeuw’, WFR 2000/313. Bij treaty shopping gaat de niet-ingezeten aandeelhouder een aandelentransactie aan met een koper die recht heeft op toepassing van een belastingverdrag dat voorziet in een lager dividendbelastingtarief. Een standaardarrest op dit vlak is Prévost (Federal Court of Appeal, 26 Februari 2009, nr. 2009 FCA 57). In deze uitspraak van de Canadese rechter ging het om een Zweedse en een Britse aandeelhouder die – via een Nederlandse vennootschap (Prévost Holding) – alle aandelen in het Canadese Prévost houden. In het belastingverdrag Nederland – Canada is namelijk een lager bronbelastingpercentage (5 procent) overeen gekomen dan tussen Canada – Zweden (10 procent) en Canada – Verenigd Koninkrijk (15 procent). In geding is of Prévost Holding aangemerkt moet worden als beneficial owner. In deze zaak oordeelde de Canadese rechter dat de beneficial owner de persoon is die het dividend ontvangt voor eigen gebruik, de beschikkingsmacht heeft en het risico draagt.

tracht een aandeelhouder gebruik te maken van het verlaagde tarief in een specifiek verdrag. Door middel van de beneficial owner tracht men aan deze praktijk een einde te maken.²¹

Uit het NFV 2011 blijkt dat de staatssecretaris als verdragssluiters ernaar streeft om in toekomstige verdragen – ten aanzien van deelnemingsdividenden – slechts een woonstaatheffing op te nemen (paragraaf 2.7.1 NFV 2011).²² Ten aanzien van de deelnemingsdividenden dient opgemerkt te worden dat geen verrekening van de bronstaatheffing kan plaatsvinden als de woon-/vestigingsstaat van de aandeelhouder een vrijstelling kent ten aanzien van deelnemingsdividenden. De wijze van verrekening – middels een ordinary credit – stelt namelijk dat de bronstaatbelasting slechts verrekend wordt door de woonstaat als de woonstaat de dividenden ook in de heffing betreft. Ten aanzien van andere dividendbetalingen streeft de staatssecretaris ernaar een bronstaatbelastingpercentage op te nemen dat aansluit bij de Wet DB 1965 (paragraaf 2.7.2 NFV 2011).

2.2.3. Vestigingsplaats van een vennootschap

In Nederland wordt om te bepalen waar de fiscale vestigingsplaats is gelegen aangesloten bij artikel 4 AWR. Het vestigingsbegrip dient te worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke situatie. De Hoge Raad heeft in HR 23 september 1993, nr. 27 293, BNB 1993/193 bepaald dat voor de vestigingsstaat van rechtspersonen dient te worden gekeken naar de plaats waar de werkelijke leiding is gevestigd. Hierbij gaat het in beginsel om het statutair hoofdbestuur.²³ Als het bestuur uit meer dan één persoon bestaat, dient gekeken te worden naar waar zij gebruikelijk bij elkaar komen om te overleggen. Voor beleggingsvennootschappen is het met name relevant waar de besluitvorming ten aanzien van de beleggingsportefeuille plaatsvindt.²⁴ Hierbij kunnen allerlei omstandigheden een rol spelen.²⁵

²¹ Ik zal verder niet ingaan op beneficial owner, omdat ik er in deze scriptie vanuit ga dat aan deze voorwaarde wordt voldaan. Voor een uitgebreide analyse van dit begrip verwijs ik naar H. Pijl, 'De verre uiteindelijk gerechtigde en beneficial owner in de verdragen', WFR 2003/621.

²² Kijkend naar het in 2012 getekend belastingverdrag met Duitsland kan niet worden gesteld dat Nederland erin is geslaagd om in dat verdrag slechts een woonstaatheffing overeen te komen. Echter dat heeft geen gevolgen voor de feitelijke belastingheffing, aangezien de MD-richtlijn een bronstaatheffing over dividenden binnen EU-verband niet toestaat.

²³ Wanneer een DGA in het buitenland woont, zal de vennootschap daar in de meeste gevallen ook gevestigd zijn, omdat de aandeelhouder vandaar de feitelijke leiding uitoefent (vgl. Hof Den Bosch 5 november 2010, nrs. 09/00675 en 09/00676, NTFR 2011/1034 en NTFR 2011/746).

²⁴ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Fed fiscale studiereserie nr. 39, Deventer: FED 2014 (8e druk), p. 24.

²⁵ Voorbeelden zijn de woonplaats van de bestuurders of de woonplaats van degene met beslissingsmacht. Waar worden de belangrijke beslissingen genomen? Waar wordt vergaderd? Waar wordt de administratie van de vennootschap gevoerd?

Daarnaast kent Nederland ook in zowel de ib, de vpb als de db vestigingsplaatsficties. Zo bevat artikel 7.5, zesde lid, Wet IB 2001 een vestigingsplaatsfictie die inhoudt dat een vennootschap die ten minste vijf jaar in Nederland gevestigd is geweest gedurende tien jaar na verplaatsing van de werkelijke leiding van het lichaam uit Nederland nog geacht in Nederland te zijn gevestigd. In artikel 7.5, zesde lid, Wet IB 2001 is een vestigingsplaatsfictie opgenomen voor de a.b.-heffing van natuurlijke personen die in het buitenland wonen. Een vennootschap die minstens vijf jaar in Nederland gevestigd is geweest, wordt gedurende tien jaar na de verplaatsing van de werkelijke leiding van het lichaam uit Nederland nog geacht in Nederland te zijn gevestigd. Deze fictie is opgenomen om te voorkomen dat belastingplichtigen die een a.b. hebben en dat willen vervreemden omdat het meer waard is geworden, met vennootschap en al naar een ander land gaan om de meerwaarde daar onbelast te realiseren.²⁶ Door de fictie dat de vennootschap geacht wordt nog tien jaar in Nederland gevestigd te zijn behoudt Nederland in een dergelijke situatie op basis van het nationale recht de heffingsmogelijkheid over een vervreemdingsvoordeel en dividenden uit a.b.²⁷

De vestigingsplaatsfictie van artikel 1, derde lid, Wet DB 1965 stelt dat een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap (nv, bv of open cv) steeds wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd. Deze vestigingsplaatsfictie leidt ertoe dat een in het buitenland gevestigde besloten vennootschap op grond van de Wet DB 1965 als inhoudingsplichtige wordt aangemerkt op het moment dat zij dividenden uitkeert. Dit verruimt het toepassingsbereik van de Wet DB 1965 ook tot aandeelhouders die in beginsel slechts aandelen hebben in een in het buitenland gevestigd lichaam dat naar Nederlands recht is opgericht. In de db is de vestigingsplaatsfictie voor het eerst geïntroduceerd in de Wet DB 1965.²⁸ De introductie van de vestigingsplaatsfictie had te maken met het feit dat het internationaal steeds gebruikelijker werd om bij grensoverschrijdende dividendbetalingen ook aan de bronstaat een heffingsrecht toe te kennen. Daarnaast werd het db-tarief verhoogt van 15% naar 25%. De wetgever anticipeerde met de vestigingsplaatsfictie op een eventuele vlucht van grote beleggingsvennootschappen met buitenlandse aandeelhouders uit Nederland vanwege het verhoogde tarief.^{29, 30}

²⁶ Een aantal landen geeft bij immigratie een 'step up' van de verkrijgingsprijs, zodat ze alleen belasting heffen over de waarde die in dat land is aangegroeid. Wanneer het a.b. gelijk na emigratie wordt verkocht, bedraagt de meerwaarde nihil en wordt de a.b.-houder niet belast.

²⁷ Zie voor een uitgebreide analyse van deze problematiek E.J.W. Heithuis, '(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders', TFO 2007/147.

²⁸ In het besluit DB 1941 kwam een vestigingsplaatsfictie niet voor.

²⁹ Kostense merkt op dat het artikel van A.F. Tuk vermoedelijk een beslissende invloed heeft gehad op de introductie van de vestigingsplaatsfictie in de Wet DB 1965 (A.F. Tuk, "Deelnemingen", De NV 1960, blz. 112-116).

³⁰ H.E. Kostense, 'De vestigingsplaatsfictie in de dividendbelasting: een achterhaald concept?', WFR 2003/654.

Vestigingsplaatsficties kunnen leiden tot ‘dual residents’. In HR 28 februari 2001 nr. 35 557, BNB 2001/295 (drielandenpuntarrest) ging het om de vraag of Nederland in geval van een dual resident-company die statutair in Nederland is gevestigd, maar met plaats van feitelijke leiding in de (voormalige) Nederlandse Antillen, bevoegd is db te heffen bij dividendbetalingen aan een inwoner van een derde staat. De HR oordeelde dat van een dergelijke heffingsbevoegdheid alleen sprake kan zijn indien de belastingplichtige volledig is onderworpen (full tax liability) aan de Nederlandse belastingwetgeving. Daarvan was in casu geen sprake, omdat de heffingsbevoegdheid op grond van het verdrag was toegewezen aan de Nederlandse Antillen, namelijk de staat waar de feitelijke leiding van de dividenduitkerende vennootschap was gevestigd. Ook in het OESO-commentaar wordt aangesloten bij de visie van de Hoge Raad en acht men een vennootschap pas inwoner wanneer deze full liable to tax is.^{31, 32, 33}

2.2.4. Rechtsgrondslag dividendbelasting

2.2.4.1. Rechtsgrondslag in binnenlandse situatie

Redenen om de db in de binnenlandse verhouding te handhaven zijn in de toelichting op het dividendbesluit 1941 en de daarop volgende Wet DB 1965 niet gegeven.³⁴ Het uitgangspunt van de db is dat die niet resulteert in een feitelijke heffing, maar slechts in een voorheffing die volledig kan worden verrekend met de door de aandeelhouder verschuldigde ib/vpb. Marres en Wattel³⁵ onderscheiden vier motieven voor de handhaving van de db. Het eerste motief is een budgettaire. Hoewel de db in binnenlandse situaties niet resulteert in een feitelijke belastingdruk, zit het budgettair motief in het feit dat de overheid het geld op het moment van de dividenduitkering krijgt en derhalve niet hoeft te wachten op het moment van de aanslag ib/ vpb. Dit verkleint het debiteurenrisico. De overheid loopt niet het risico dat de belastingplichtige het geld uitgeeft en niet meer solvabel is om de belasting af te dragen. Aan de andere kant ondervindt de belastingplichtige – wegens de inhouding en afdracht bij de betaling van dividend – een rentenadeel. Vanwege de db wordt de belasting over het dividend voor een deel eerder geheven. De belastingschuld binnen de ib/vpb ontstaat pas na het opleggen van de belastingaanslag. In de

³¹ Paragraaf 3 OESO-commentaar op artikel 4 OMV.

³² Een ander belangrijk arrest omtrent de problematiek van triangular cases is HR 8 februari 2002, nr. 36 155, BNB 2002/184 (Japanse royaltyarrest). In dit arrest heeft de HR beslist dat indien de heffingsbevoegdheid over een deel van uit het buitenland ontvangen inkomen krachtens een verdrag toekomt aan een derde staat, ook de daarop ingehouden bronstaatbelasting niet voor verrekening in aanmerking komt, maar dient te worden verrekend door de derde staat. In casu diende Zwitserland (het land waar de v.i. was gevestigd) de belasting te verrekenen en niet Nederland (het land waar het hoofdhuis was gevestigd). Evident is de vraag of die derde staat wel tot verrekening zal over gaan, omdat daartoe in het geheel geen verplichting bestaat noch op grond van het nationale recht noch op grond van het verdrag. Op grond van het EU-recht ontstaat deze verplichting wel (zie HvJ 28 januari 1986, zaak C-270/83; Avoir Fiscal).

³³ Zie paragraaf 3.3.2 voor het inwonerschap van pensioenfondsen, vbi's en fbi's.

³⁴ J.C.K.W. Bartel, 'Dividendbelasting', NTFR 2005/1002.

³⁵ O.C.R. Marres en P.J Wattel, *Dividendbelasting*, Fed fiscale studieserie nr. 26, Deventer: FED 2011 (4e druk), p. 5.

periode totdat de belastingschuld in de ib/vpb-schuld ontstaat en de db verrekend kan worden, ontstaat het rentenadeel. Dit rentenadeel zou naar mijn mening gecompenseerd dienen te worden. Het tweede motief is het pay-as-you-go-motief. Dit betekent dat de belastingplichtige zoveel mogelijk zijn belasting betaalt op het moment dat hij het inkomen ontvangt. Dit motief is vanuit het aspect van de overheid, hetzelfde als het budgettaire motief. De fraudebeperking en controle vormen het derde motief. De gedachte bij dit motief is dat de belastingplichtige bij een dergelijke voorheffing minder de neiging zal hebben om het dividend niet bij de vpb/ib-aangifte op te geven. De belastingplichtige heeft er namelijk belang bij zijn dividend aan te geven. Daarnaast renseigneert de dividendumuitkerende vennootschap bij de aangifte db de dividendbetalingen aan de belastingdienst.³⁶ Dit fraudeargument gaat echter al sinds de invoering van de dividendrenseignering met ingang van het belastingjaar 1997 niet meer op. Banken geven de informatie namelijk direct door aan de fiscus. Het laatste motief is efficiency. Het is namelijk makkelijker om een inhoudingsplichtige te controleren. Marres en Wattel³⁷ geven aan dat – in vergelijking met de lb – de db niet heel efficiënt is. Deze inefficiëntie wordt veroorzaakt door het feit dat het heffingsobject niet overeen komt met het heffingsobject in de ib. Daarnaast komt ook het tarief niet overeen met het belastingtarieven in de ib en de vpb. Volgens Marres en Wattel leidt dit tot dubbel werk.³⁸ Bij de lb en de ib zijn het heffingsobject en het tarief wel gelijk aan elkaar.

2.2.4.2. Rechtsgrondslag in grensoverschrijdende situatie

De rechtsgrond van de db in grensoverschrijdende situaties is materiëler van aard dan de rechtsgrondslag in binnenlandse situaties. In grensoverschrijdende situaties is de db gebaseerd op het bronlandbeginsel. Bartel³⁹ stelt dat rond de jaren zestig van de vorige eeuw internationaal de algemeen aanvaarde opvatting is gevormd dat aan de bronstaat – naast het recht op de heffing over de in die staat opgekomen winsten – ook het recht op ten minste een deel van de heffing over de uitgekeerde winst toekomt. Hij stelt dat nu de enige bestaansgrond voor de db de uitruilmogelijkheid is bij verdragsonderhandelingen. Andere staten hebben nu eenmaal een bronstaatbelasting op dividenden en als Nederland de bronstaatbelasting op naar Nederland stromende dividenden tijdens verdragsonderhandelingen wil beperken, moet ook Nederland een bronstaatbelasting heffen. Marres en Wattel⁴⁰ zijn van mening dat het argument van de

³⁶ Dit gaat niet op ten aanzien van aandelen op toonder. Alleen bij aandelen op naam is sprake van renseignering van de dividendumuitkering.

³⁷ O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Fed fiscale studiereserie nr. 26, Deventer: FED 2011 (4e druk), p. 4 en 5.

³⁸ O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Fed fiscale studiereserie nr. 26, Deventer: FED 2011 (4e druk), p. 4 – 7; R.P.C.W.M. Brandsma, *Capita selecta dividendbelasting*, diss, Vermande 1995.

³⁹ J.C.K.W. Bartel, *Dividendbelasting*, NTFR 2005/1002.

⁴⁰ O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Fed fiscale studiereserie nr. 26, Deventer: FED 2011 (4e druk), p. 5.

onderhandelingspositie van Nederland zijn overtuigingskracht heeft verloren sinds de verlaging van 25% naar het tarief van 15%. Met betrekking tot deelnemingsdividenden gaat dit argument naar mijn mening niet op. Het belastingtarief in deelnemingsverhoudingen wordt meestal verlaagd tot onder de 15% en in veel gevallen zelfs tot nihil. Ook de staatssecretaris verdedigt dit onderhandelingsargument en geeft als verdragssluiters aan dat het internationaal is aanvaard dat ook het land waar de dividenduitkerende vennootschap gevestigd is, een zeker heffingsrecht toekomt, ongeacht waar de uitgekeerde winst primair is ontstaan. Het is met het oog op de Nederlandse onderhandelingspositie niet wenselijk eenzijdig van dit heffingsrecht af te zien. Als Nederland geen bronstaatbelasting heeft, terwijl andere landen dit wel hebben, heeft Nederland geen sterke onderhandelingspositie in het omlaag krijgen van de bronbelastingpercentages die in andere landen gelden.⁴¹

Aangezien de rechtsgrondslag al met al niet heel sterk is om in db te heffen, wordt in de literatuur gepleit – mede ten behoeve van het Nederlandse vestigingsklimaat – de db af te schaffen.⁴²

2.3. Fiscale behandeling dividend uit aanmerkelijk belang

2.3.1. Fiscale behandeling binnenlandse situatie

Wanneer een ingezeten aandeelhouder ten minste 5% van de aandelen in een ingezeten vennootschap bezit, heeft hij krachtens artikel 4.6, onderdeel a, Wet IB 2001 een a.b. Het a.b.-regime onderscheidt twee soorten voordelen. De eerste zijn de reguliere voordelen. De tweede zijn de vervreemdingsvoordelen.⁴³ Binnen het a.b.-regime bestaat de mogelijkheid op grond van artikel 4.15, Wet IB 2001 kosten in aftrek te brengen. Het kostenbegrip ter zake van reguliere voordelen stelt een aantal voorwaarden alvorens kosten in aftrek worden gelaten. Kosten van reguliere voordelen zijn de daarop drukkende kosten voor zover zij zijn gemaakt tot verwerving, inning en behoud.⁴⁴ Verder mogen deze kosten in hun totale omvang niet overtreffen hetgeen gebruikelijk is.⁴⁵ In de ib wordt dus belasting geheven over het nettodividend.

⁴¹ Kamerstukken II 1998/99, 26 727/8.

⁴² O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Fed fiscale studiereserie nr. 26, Deventer: FED 2011 (4e druk), p 6 en 7; R.P.C.W.M. Brandsma, 'De verbetering van het fiscale vestigingsklimaat in Nederland en het achterwege laten van de inhouding van db', WFR 1995/1302; J.J.A.M. Korving, 'Dividendbelasting: Hoe lang moeten we (ons) nog inhouden?', WFR 2012/1120; J.W. Rompen, 'Niet afschaffen van dividendbelasting vormt een steeds groter risico voor Nederland', WFR 2013/1009.

⁴³ Aangezien db niet wordt geheven bij vervreemding van aandelen, en derhalve ook niet op vervreemdingsvoordelen, wordt in deze paragraaf slechts ingegaan op de reguliere voordelen.

⁴⁴ Rijkers geeft aan dat het in de praktijk met name zal gaan om rentekosten inzake de lening waarmee de a.b.-aandelen zijn gefinancierd, reiskosten voor het bezoeken van aandeelhoudersvergaderingen of kosten van het aanhouden van een werkkamer voor het beheer van het aandelenpakket. Zie A.C. Rijkers, *Cursus Belastingrecht, IB.4.5.2.B.a Kosten tot verwerving, inning en behoud van de voordelen*.

⁴⁵ Het omvangscriterium is gebaseerd op artikel 35, eerste lid, Wet IB 1964. Het criterium dient niet cijfermatig per kostenpost te worden getoetst. Beslissend is of en in hoeverre de totale omvang van de kosten hetgeen gebruikelijk is overtreft. Het omvangscriterium geldt voor de totale omvang van de uitgaven van een bepaalde soort. Hierbij moet

De Wet DB 1965 betreft in de belastingheffing diegenen die gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in in Nederland gevestigde naamloze en besloten vennootschappen (artikel 1, eerste lid, Wet DB 1965). De inhoudingsplichtige moet de belasting bij wijze van aangifte afdragen aan de belastingdienst. Bij de uitkering van dividend is 15% db verschuldigd (artikel 5 Wet DB 1965). Deze belasting wordt ingehouden en afgedragen door de dividenduitkerende vennootschap. De db drukt in wezen op het bruto uitgekeerde dividend. Hierbij wordt – anders dan binnen de ib – geen rekening gehouden met kosten. Om juridische dubbele belasting te voorkomen is de db in binnenlandse situaties een voorheffing (artikel 9.2, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001). De db wordt bij de aandeelhouder derhalve verrekend met de verschuldigde ib.⁴⁶ Wanneer de verschuldigde ib niet toereikend is, wordt de door de vennootschap ingehouden en afgedragen db teruggegeven door de fiscus. De db resulteert in binnenlandse situaties niet in een feitelijke belastingdruk.

2.3.2. Fiscale behandeling grensoverschrijdende situatie

Wanneer een niet-ingezeten aandeelhouder ten minste 5% van de aandelen in een ingezeten vennootschap bezit, wordt deze niet-ingezeten a.b.-houder op grond van artikel 7.5, Wet IB 2001 aangemerkt als buitenlands belastingplichtige. In beginsel geldt voor de buitenlandse belastingplichtige dezelfde regels als voor de binnenlandse belastingplichtige, zij het dat buitenlandse belastingplichtige alleen in de belastingheffing wordt betrokken voor inkomen uit een a.b. in een in Nederland gevestigde vennootschap. Dit inkomen bestaat – evenals voor een binnenlandse belastingplichtige – uit reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen. Zoals in de vorige paragraaf is aangegeven, wijkt deze heffingsbevoegdheid op het moment dat een belastingverdrag van toepassing is op een bepaalde situatie. Op dat moment is Nederland slechts beperkt heffingsbevoegd over outbound dividenden en is zij niet meer bij machte om op grond van artikel 7.5, Wet IB 2001 de buitenlandse aandeelhouder in de Nederlandse belastingheffing te betrekken.⁴⁷

getoetst worden of de kosten redelijkerwijs als normaal kunnen worden beschouwd waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. Hier kan een bewijsvraagstuk een grote rol spelen. In HR 28 juni 1995, nr. 30.32 1, BNB 1995/255 is geoordeeld dat de bewijslast bij de inspecteur ligt.

⁴⁶ Hierbij gaat het om de te betalen belasting uitgerekend volgens de Wet IB 2001. Hieronder valt derhalve ook het inkomen uit ‘werk en woning’ en ‘sparen en beleggen’.

⁴⁷ De aandeelhouder kan er ook voor kiezen het dividend niet te laten uitkeren en de winst in de vennootschap laten. Wanneer de aandeelhouder de aandelen verkoopt, kan zij deze vervolgens realiseren. De verkoop van aandelen is voor de Wet DB 1965 geen belastbaar feit. Verder mag op grond van artikel 13 OMV in de situatie van vervreemdingswinst slechts de woonstaat van de aandeelhouder heffen. De bronstaat heeft in een dergelijke geval geen heffingsbevoegdheid. Aangezien deze scriptie slechts ingaat op dividenden, verwijs ik naar F.P.G. Pötgens, *Cursus Belastingrecht, Afdeling 7.3 Belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang*.

Vanwege de werking van het belastingverdrag – Nederland heeft geen onbeperkte heffingsbevoegdheid – is de db vanuit Nederlands perspectief te definiëren als een eindheffing. Nederland verleent in deze geen verrekening of teruggave van db. Middels het verrekeningsartikel in het belastingverdrag, wordt de juridische dubbele belasting voorkomen door de woonstaat van de aandeelhouder. Dit heeft voorts het gevolg dat Nederland geen rekening houdt met kosten die opkomen bij de verwerving, inning of behoud van het dividend. Ergo de belastingheffing vindt, anders dan in de binnenlandse situatie, plaats over het brutodividend.

2.3.3. Verschillen tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situatie

Wanneer de ingezetenen en de niet-ingezetenen aandeelhouders met elkaar vergeleken worden, valt een tweetal verschillen op. Het eerste verschil is het gevolg van het feit dat Nederland in binnenlandse situaties juridische dubbele belasting voorkomt middels een verrekening, terwijl Nederland ten aanzien van een niet-ingezetene aandeelhouder niet in een dergelijke verrekening voorziet. De db is derhalve in binnenlandse situaties een voorheffing en in grensoverschrijdende situaties een eindheffing. Bij buitenlandse aandeelhouders vindt op grond van het belastingverdrag neutralisatie plaats in de woonstaat. In paragraaf 2.2 is gesignaleerd dat deze verrekening meestal plaatsvindt op grond van een ordinary-credit. Dit leidt ertoe dat de Nederlandse db niet wordt verrekend als de grondslag in de woonstaat niet toereikend is. Daarnaast wordt de db ook niet verrekend in de situatie waarbij de niet-ingezetene aandeelhouder in zijn woonstaat niet in de belastingheffing wordt betrokken. In deze situatie wordt de db derhalve niet geneutraliseerd. Een andere vraag die dit oproept is of de bron- of de woonstaat op grond van EU-recht voor de neutralisatie dient op te draaien in de situaties dat het belastingverdrag niet leidt tot een volledige neutralisatie. Het tweede verschil vloeit voort uit het eerste verschil. Doordat de db volledig wordt verrekend, wordt de ingezetene a.b.-houder belast binnen de ib voor het nettodividend (na verrekening van de db), terwijl de buitenlandse aandeelhouder binnen de db wordt belast voor het brutodividend.

Geconcludeerd kan worden dat een verschil in fiscale behandeling plaatsvindt die het gevolg is van het Nederlandse verrekeningssysteem. In hoofdstuk 5 wordt getoetst of een dergelijke ongelijke behandeling leidt tot een met het EU-recht onverenigbare belemmering.

2.4. Fiscale behandeling dividend binnen sparen en beleggen

2.4.1. Fiscale behandeling binnenlandse situatie

In beginsel wordt inkomen uit aandelen krachtens artikel 5.3, tweede lid, onderdeel e, Wet IB 2001 belast als inkomen uit sparen en beleggen. De rangorderegeling (artikel 2.14 Wet IB 2001)

zorgt ervoor dat aandelen die deel uitmaken van het ondernemingsvermogen en een aandelenbelang van meer dan 5% valt onder inkomen uit werk en woning respectievelijk inkomen uit a.b. Dit betekent dat alleen een natuurlijke persoon die voor minder dan 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld in box 3 wordt belast. Inkomen uit sparen en beleggen bestaat op grond van artikel 5.1, Wet IB 2001 uit het voordeel uit sparen en beleggen (verminderd met de persoonsgebonden aftrek). Op grond van artikel 5.2 bestaat het voordeel uit sparen en beleggen uit een forfaitair voordeel van 4% van de grondslag sparen en beleggen. De elementen die centraal staan binnen sparen en beleggen zijn de rendementsgrondslag, het forfaitaire voordeel en het heffingvrij vermogen.^{48, 49}

2.4.2. Fiscale behandeling grensoverschrijdende situatie

Niet in Nederland wonende particuliere aandeelhouders die ter belegging aandelen houden in in Nederland gevestigde vennootschappen, zijn niet uit dien hoofde belastingplichtig voor de Nederlandse ib, zodat zij ook niet in box 3 vallen. Uit artikel 7.7 Wet IB 2001 blijkt dat aandelenbezit voor de buitenlandse belastingplicht niet tot de grondslag voor binnenlands inkomen uit sparen en beleggen behoort. Niet-ingezeten natuurlijke personen/niet-ondernemers – die voor minder dan 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal aandeelhouder zijn van een vennootschap – zijn dus niet ib-plichtig ter zake van de dividendinkomsten of het aandelenbezit.

Uit artikel 9.2, negende lid, Wet IB 2001 volgt echter dat de voorheffingssystematiek voor buitenlandse belastingplichtigen anders is. Artikel 9.2, negende lid, Wet IB 2001 stelt dat bij buitenlandse aandeelhouders de te hunner laste ingehouden db slechts verrekend wordt als (i) zij (buitenlands) belastingplichtig zijn voor de ib en (ii) die db betrekking heeft op bestanddelen van hun verzamelinkomen. Nu aandelen expliciet buiten de grondslag van de buitenlandse belastingplicht zijn gehouden (artikel 7.7 Wet IB 2001), maken voordelen uit portfolio-aandelen geen deel uit van het verzamelinkomen. Daarmee wordt niet voldaan aan de voorwaarden die artikel 9.2, negende lid, Wet IB 2001 stelt en is de db voor de buitenlandse portfolio-aandeelhouder daarmee eindheffing. Een dergelijke beperking was reeds aanwezig in artikel 63,

⁴⁸ Aangezien de door deze scriptie gesignaleerde problematiek niet ziet op de wijze van berekening van het inkomen, maar meer op het verschil tussen voorheffing en eindheffing, wordt in deze scriptie niet verder ingegaan op deze elementen. Zie voor een nadere analyse: A.J.M. Arends, *Cursus Belastingrecht, Afdeling 5.1 Belastbaar inkomen uit sparen en beleggen art. 5.1 t/m 5.6*.

⁴⁹ Ten aanzien van de fiscale behandeling in de db, valt ten aanzien van de particuliere portfolio-aandeelhouder geen verschil met de a.b.-houder te onderkennen. Dit geldt zowel voor de ingezetenen als voor de niet-ingezeten particuliere portfolio-aandeelhouder.

eerste lid, Wet IB 1964. Met de introductie van de Wet IB 2001, is hetgeen was bepaald in artikel 63, eerste lid, 1964 met een belangrijk verschil opgenomen in het huidige artikel 9.2, eerste lid Wet IB 2001. De eis dat de db betrekking moet hebben op het verzamelinkomen, was bij de belastingherziening namelijk niet meegenomen. Omdat de Wet IB 2001 niet in een heffingsrecht ter zake van effecten als onderdeel van het inkomen uit sparen en beleggen voorziet, wordt beoogd de db in Nederland als een eindheffing te laten functioneren. Echter, omdat art. 9.2, eerste lid, Wet IB 2001 niet de eis stelt dat de db ingehouden moet zijn op een bestanddeel van het verzamelinkomen, lijkt een buitenlands belastingplichtige evenwel de mogelijkheid te hebben om de ingehouden db volledig terug te vragen, dan wel te verrekenen in de ib. Daarmee wordt de inhouding op basis van de Wet DB 1965 feitelijk ongedaan gemaakt. Deze omissie is vervolgens hersteld middels de opname van deze voorwaarde in het huidige artikel 9.2, negende lid, Wet IB 2001.⁵⁰

2.5. Fiscale behandeling rechtspersonen

2.5.1. Inleiding

Ten aanzien van rechtspersonen dienen twee situaties te worden onderscheiden. De eerste betreft de situatie waarbij een vennootschap voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld (deelnemingssituaties). Op deze situatie is de deelnemingsvrijstelling (artikel 13, Wet VpB 1969), dan wel de deelnemingsverrekening (artikel 23c, Wet VpB 1969) van toepassing. De tweede situatie doet zich voor als een vennootschap voor minder dan 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld (portfolio-aandeelhouder). Beide situaties kennen aangaande de belastingheffing op dividenden een verschil in fiscale behandeling in zowel de db als de vpb.

2.5.2. Deelnemingssituatie

2.5.2.1. Belastingplicht in een binnenlandse situatie

Wanneer in een interne deelnemingssituatie de dochtervennootschap dividend uitkeert aan de moedervernootschap, wordt het dividend bij de moedervernootschap op grond van artikel 13, Wet VpB 1969 niet gerekend tot de fiscale winst. Over het ontvangen dividend is derhalve geen vpb verschuldigd. De deelnemingsvrijstelling is ingevoerd als een antwoord op economische dubbele belasting.⁵¹ Nederland maakt in artikel 23c jo. artikel 13, negende t/m vijftiende lid, Wet

⁵⁰ T.G. van Laarhoven, 'Verrekening van db door buitenlands belastingplichtigen', WFR 2002/234.

⁵¹ J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vpb.2.4.0.B Grondslag van de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse en buitenlandse verhoudingen*, Kluwer, bijgewerkt tot 29-04-2014.

VpB ook gebruik van de verrekeningsmethode in het geval sprake is van een beleggingsdeelneming.⁵²

Als de door een belastingplichtige gehouden aandelen een deelneming vormen in de zin van artikel 13, Wet VpB 1969, wordt de aandeelhouder niet belast voor de door hem genoten voordelen die voortvloeien uit het bezit van die aandelen. Wanneer de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, bepaalt artikel 4, eerste lid, onderdeel a, Wet DB 1965 dat de inhouding van db achterwege mag blijven (de inhoudingsvrijstelling).⁵³ De inhoudingsvrijstelling is ook van toepassing in situaties waarbij een deelneming in de zin van artikel 13 Wet VpB 1969 ontstaat ingevolge de meetrekregeling als bedoeld in artikel 13, vijfde lid, Wet VpB 1969. Tot slot is de inhoudingsvrijstelling ook van toepassing op aflopende deelnemingen als bedoeld in artikel 13, veertiende lid, Wet VpB 1969.

2.5.2.2. Grensoverschrijdende situaties

2.5.2.2.1. Algemeen

Een in het buitenland gevestigde aandeelhouder is slechts in bepaalde situaties in Nederland belastingplichtig. De belastingplicht van deze buitenlandse belastingplichtigen is geregeld in artikel 17 e.v. Wet VpB 1969. Artikel 17, eerste lid, Wet VpB 1969 bepaalt dat de niet-ingezetene vennootschap slechts in de Nederlandse belastingheffing wordt betrokken voor het belastbare Nederlandse bedrag (bestaande uit het Nederlandse inkomen verminderd met verrekenbare verliezen; artikel 17, tweede lid Wet VpB 1969). Artikel 17, derde lid, Wet VpB 1969 bevat vervolgens een overzicht van wat onder Nederlands inkomen wordt verstaan. Hiervan is onder andere sprake als de buitenlandse vennootschap een onderneming drijft in Nederland (artikel 17, derde lid, onderdeel a) en het belastbare inkomen uit een a.b. in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 in een in Nederland gevestigde vennootschap (artikel 17, derde lid, onderdeel b). Wanneer onderdeel a zich voordoet, zal vanuit fiscaal perspectief aandelen die toerekenbaar zijn aan de in Nederland gevestigde vaste inrichting op eenzelfde manier worden behandeld als binnenlandse vennootschappen.

⁵² Bij de aanpassing van de deelnemingsvrijstelling in 2007 is de deelnemingsverrekening ingevoerd voor beleggingsdeelnemingen. Op de deelnemingsverrekening wordt verder niet ingegaan omdat deze methode als een soort antimisbruikbepaling is ingevoerd en derhalve van toepassing op specifieke situaties. Voor de uitwerking van deze scriptie is de behandeling van de deelnemingsverrekening niet van toegevoegde waarde.

⁵³ De inhoudingsvrijstelling geldt daarnaast voor situaties waarin geen sprake is van een vrijgestelde deelneming, maar van deelnemingsverrekening in de zin van artikel 13aa jo. 23c Wet VpB 1969.

2.5.2.2.2. Buitenlandse belastingplicht

Voor belastingheffing op grond van art. 17, derde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 golden tot 1 januari 2012 drie vereisten. Er dient sprake te zijn van een a.b. in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 die wordt gehouden in een in Nederland gevestigde vennootschap, niet zijnde een vrijgestelde beleggingsinstelling.⁵⁴ Daarnaast behoort het a.b. niet tot het ondernemingsvermogen. In de literatuur bestaat veel kritiek op deze regeling.⁵⁵ Zo wordt de belastingplicht geacht schadelijk te zijn voor het Nederlandse investeringsklimaat en de rechtszekerheid voor in Nederlandse vennootschappen 'beleggende' buitenlandse lichamen. Fortuin en de Graaf⁵⁶ merken op dat de werking van art. 17, derde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 zich slechts uitstrekt tot de buitenlandse belastingplichtigen die geen bedrijfsvermogen hebben en die bovendien niet naar Nederlands recht zijn opgericht. Buitenlandse pensioenfondsen en andere beleggers kunnen derhalve last krijgen van deze bepaling.

Voor 1 januari 2012 konden alleen naar buitenlands recht opgerichte lichamen als gevolg van dit artikel in de belastingheffing worden betrokken.⁵⁷ Naar Nederlands recht opgerichte lichamen konden niet worden belast op grond van art. 17, derde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969, omdat zij ten gevolge van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, vierde lid volledig in de Nederlandse belastingheffing worden betrokken. Dit betekent dat ook ingeval er geen onderscheid naar oprichtingscriterium zou zijn, deze lichamen niet onder de reikwijdte van art. 17, derde lid, onderdeel b, vallen. De vraag kwam hierdoor op of dit onderscheid naar nationaliteit een verboden discriminatie is en de a.b.-heffing derhalve in strijd is met het EU-recht.⁵⁸ Naar aanleiding van deze ongelijkheid heeft de Europese Commissie in een brief Nederland verzocht om de buitenlandse belastingplicht te wijzigen, omdat zij deze in strijd acht met het EU-recht.⁵⁹

Per 1 januari 2012 heeft de wetgever derhalve de a.b.-heffing aangepast door de fictieve vestigingsplaatsfictie aan te passen, zodat ook naar Nederlands recht opgerichte

⁵⁴ P.F.E.M. Merks, 'Lichaam en vennootschapsbelasting', WFR 2005/1154.

⁵⁵ J. Ganzeveld, 'Buitenlandse vennootschapsbelastingplicht en aanmerkelijk belang: een dode letter?', NTFR2005/1254; A.C.P. Bobeldijk en A.W. Hofman, 'Buitenlandse belastingplicht voor vennootschappen met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap', WFR 2004/87; P. Fortuin en A.C.G.A. de Graaf, 'Buitenlands lichaam: heffing van vennootschapsbelasting over dividend, rente en vervreemdingswinst bij aanmerkelijk belang', WFR 1995/610; M.C. Cornelisse, 'De heffing van vennootschapsbelasting ter zake van aanmerkelijk belang in optima forma?', WFR 2011/1456.

⁵⁶ P. Fortuin en A.C.G.A. de Graaf, 'Buitenlands lichaam: heffing van vennootschapsbelasting over dividend, rente en vervreemdingswinst bij aanmerkelijk belang', WFR 1995/610.

⁵⁷ MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 16.

⁵⁸ R.C.C. de Wit en H.C. Reinoud, 'De bevrijding van de aanmerkelijkbelangheffing van buitenlandse lichamen nabij?', WFR 2011/1129.

⁵⁹ Brief Europese Commissie van 30 september 2010, IP/10/1252.

vennootschappen onder artikel 17, derde lid, onderdeel b Wet VpB 1969 kunnen vallen.⁶⁰ Daarnaast heeft de wetgever een voorwaarde aan artikel 17, derde lid, onderdeel b Wet VpB 1969 toegevoegd. Er is namelijk pas sprake van een buitenlandse belastingplicht indien de belastingplichtige het a.b. houdt met als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen de heffing van ib of db bij een ander te ontgaan (artikel 17, derde lid, onderdeel b). Op deze manier heeft de a.b.-regeling een gerichte anti-misbruikarakter.⁶¹ Voor de invulling van dit criterium kan volgens de memorie van toelichting aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie van het HvJ over de verenigbaarheid van anti-misbruikwetgeving met het EU-recht. Hierbij gaat de wetgever uit van volstrekt kunstmatige constructies als bedoeld in de arresten ICI⁶² en Cadbury Schweppes^{63, 64} Met ingang van 2012 wordt op grond van artikel, 17, vijfde lid, Wet VpB 1969 het vpb-tarief gesteld op 15% op ontvangen dividenden, als het a.b. wordt gehouden om de heffing van db te ontgaan.⁶⁵

Onder de buitenlandse belastingplicht vallen derhalve slechts investeerders die structuren opzetten die volledige kunstmatig zijn, zodat db kan worden ontweken. Aangezien in deze scriptie niet op kunstmatige constructies wordt ingegaan zal geen aandacht worden besteed aan de verdere gevolgen van deze bepaling in specifieke situaties.

2.5.2.2.3. Verdragstoepassing

Ten aanzien van grensoverschrijdende situaties geldt wat betreft het internationale belastingrecht en de verdeling van de heffingsbevoegdheid hetzelfde als we hebben gezien bij natuurlijke personen. De vestigingsstaat van de aandeelhouder krijgt krachtens artikel 10, eerste lid, OMV de heffingsbevoegdheid toebedeeld. Dit neemt echter niet weg dat de bronstaat belasting mag heffen. Artikel 10, tweede lid, OMV geeft de bronstaat – de staat waar de

⁶⁰ Wet van 22 december 2011, Stb. 2011, 639. In per 1 januari 2012 artikel 2, vierde lid, Wet VpB 1969 aangepast door na de eerste volzin een volzin toe te voegen. De volzin luidt: *'Bij een lichaam dat zonder toepassing van de eerste volzin niet een binnenlandse belastingplichtige zou zijn, wordt, in afwijking van hoofdstuk II, het voordeel uit hoofde van een aanmerkelijk belang als bedoeld in artikel 17, derde lid, onderdeel b, bepaald op de voet van hoofdstuk III.'*

⁶¹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 29.

⁶² HvJ 16 juli 1998, zaak C-264/96 (ICI).

⁶³ HvJ 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes).

⁶⁴ De MvT (Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 106) bevat het volgende: *“Om te bepalen of er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie moet volgens de mededeling van de Europese Commissie van 19 december 2006 een vergelijkende analyse worden gemaakt of de economische realiteit overeenkomt met de juridische vorm. 1 Objectieve elementen voor het beoordelen van de economische realiteit zijn onder meer de plaats van werkelijke leiding, de tastbare aanwezigheid van de vestiging (substance) en het reële commerciële risico dat de entiteit draagt. Of in een concreet geval sprake is van een volstrekt kunstmatige ontgaansconstructie zal evenwel van geval tot geval, op basis van de concrete omstandigheden van het voorliggende geval, moeten worden beoordeeld.”*

⁶⁵ In de MvT (Kamerstukken II, vergaderjaar 2011 /12, 33 003, nr. 3, p. 106) wordt het volgende voorbeeld gegeven: *“Stel het belastbare inkomen uit een AB bedraagt 100, bestaande uit dividend dat kwalificeert als opbrengst in de zin van de Wet DB 1965. Uitgaande van een vpb-tarief van 25% wordt dan 60 (15/25 maal 100) als inkomen uit dat aanmerkelijk belang in aanmerking genomen. Deze 60 wordt belast tegen 25%; dit leidt in dit voorbeeld tot een belastingschuld van 15 (effectief dus 15% van 100).”*

dividenduitkerende vennootschap is gevestigd – de mogelijkheid om db te heffen. In deelnemingsituaties wordt het belastingpercentage wel significant verlaagd. In NFV 2011 geeft de staatssecretaris als verdragssluiters aan dat hij bij onderhandelingen slechts een woonstaatheffing wil afspreken.⁶⁶ Op basis van het verdrag heeft Nederland het recht om db te heffen. Voor wat betreft de belastingheffing in de woonstaat, hebben die landen op grond van het verdrag recht om belasting te heffen over het dividend. In principe zou de door Nederland geheven bronstaatbelasting verrekend kunnen worden met de in de woonstaat geheven vpb. Echter, veel landen kennen ten aanzien van de vpb op deelnemingsdividenden of een deelnemingsvrijstelling of een deelnemingsverrekening. Het dividend wordt derhalve in de woonstaat, vrijgesteld of verrekend. Het dividend wordt dus – bij een vrijstelling – niet tot de fiscale winst van de aandeelhouder (moedermaatschappij) gerekend. In de situatie dat de bronstaat op grond van het belastingverdrag het recht zou hebben om een db te heffen, terwijl de vestigingsstaat het dividend niet tot de grondslag rekent voor de berekening van de fiscale winst, blijft de bronstaatbelasting dus bestaan. De bronstaat zal de belasting niet teruggeven en de vestigingsstaat zal dit ook niet doen, omdat zij al een vrijstelling verleent. De niet-ingezeten aandeelhouder blijft dus met de bronstaatbelasting zitten. Wanneer deze situatie zich voordoet, zal de niet-ingezeten aandeelhouder slechter worden behandeld dan de ingezeten aandeelhouder, omdat Nederland voor binnenlandse situaties een inhoudingsvrijstelling kent. Wanneer deze inhoudingsvrijstelling van toepassing is, houdt de dividenduitkerende vennootschap ten laste van haar aandeelhouder geen db in. De inhoudingsvrijstelling is in beginsel niet van toepassing ten aanzien van niet-ingezeten aandeelhouders. Echter op grond van de MD-richtlijn⁶⁷ moet de inhoudingsvrijstelling ook worden toegepast op dividenduitkeringen aan aandeelhouders die in een andere EU/EER-staat zijn gevestigd (artikel 4, tweede lid, Wet DB 1965).

De MD-richtlijn verbiedt in bepaalde situaties belastingheffing over dividenden. De MD-richtlijn richt zich op de vestigingsstaat en de bronstaat. De richtlijn verbiedt de bronstaat een bronstaatbelasting te heffen. In het geval van Nederland gaat het om de Wet DB 1965. Nederland heeft dit gedeelte van de richtlijn geïmplementeerd in artikel 4, tweede lid, Wet DB 1965. Daarnaast verbiedt de MD-richtlijn de vestigingsstaat om vpb te heffen over dividenden. De vestigingsstaat mag de dividenden niet rekenen tot de belastbare winst bij de aandeelhouder. Nederland komt aan deze voorwaarde tegemoet door de deelnemingsvrijstelling ex artikel 13, Wet VpB 1969. Om in aanmerking te komen voor de vrijstellingen dient de aandeelhouder voor

⁶⁶ Ministerie van Financiën, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 45, par. 2.7.1.

⁶⁷ Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

ten minste 10%⁶⁸ van het geplaatste kapitaal aandeelhouder te zijn van de dividenduitkerende vennootschap.

In de Wet DB 1965 wordt in combinatie met de Wet VpB 1969 – dankzij de MD-richtlijn – binnen de EU/EER geen onderscheid gemaakt naar de vestigingsstaat van de aandeelhouder. Dit is wel het geval ten aanzien niet-ingezeten aandeelhouders die zijn gevestigd in landen buiten de EU/EER. Ten gunste van aandeelhouders die zijn gevestigd buiten de EU/EER, wordt de inhoudingsvrijstelling als bedoeld in artikel 4 Wet DB 1965 niet toegepast.

2.5.3. De portfolio-aandeelhouder

2.5.3.1. Binnenlandse situatie

Artikel 2, vijfde lid, Wet VpB 1969 houdt in dat vennootschappen – waaronder bv's, nv's en open cv's – worden geacht hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen. De betekenis van de bepaling is dat bij de belastingplichtigen van rechtswege uitsluitend een ondernemingsvermogen aanwezig wordt geacht.⁶⁹ Dit leidt ertoe dat het voor de belastingheffing niet relevant is of sprake is van dividend of van andere inkomsten. Of wel of geen sprake is van een voordeel uit hoofde van deelneming is slechts relevant als sprake is van een aandelenbelang van meer dan 5%. Dividend vormt gewoon winst en dient berekend te worden met behulp van artikel 8, Wet VpB 1969. Dit betekent dat kosten mogen worden toegerekend aan het dividend, ongeacht of deze kosten daarmee wel of geen verband houden. Dit is derhalve een fundamenteel andere situatie dan we hebben gezien in paragraaf 2.3, waarbij kosten alleen in aftrek konden worden gebracht, als deze konden worden toegerekend aan het dividend.

Wanneer een in Nederland gevestigde portfolio-aandeelhouder dividend ontvangt van een in Nederland gevestigde vennootschap, heft Nederland op grond van de Wet DB 1965 een directe belasting op de dividenduitkeringen. De belasting wordt krachtens artikel 7 Wet DB 1965 ingehouden bij de inhoudingsplichtige. De db is krachtens artikel 25, eerste lid Wet VpB 1969 een voorheffing.⁷⁰ Vanwege deze kwalificatie kan de db uit hoofde van artikel 15 AWR worden

⁶⁸ Nederland dient de inhoudingsvrijstelling toe te passen in situaties waarbij een vennootschap voor minimaal 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap. Nederland mag voor de toepassing van zowel de deelnemingsvrijstelling als de inhoudingsvrijstelling geen onderscheid maken in de vestigingsplaats van de aandeelhouder.

⁶⁹ Ook vermogensbestanddelen die noch naar hun aard noch naar hun bestemming met de bedrijfsuitoefening te maken hebben bijv. buiten het bedrijf belegde vrije reserves van een industriële onderneming, behoren derhalve tot het ondernemingsvermogen en de daaruit vloeiende opbrengsten vormen dan ook onveranderlijk winst.

⁷⁰ Deze voorheffing geldt zowel voor de binnenlandse belastingplicht als voor buitenlandse belastingplicht (hoofdstuk 3 Wet VpB).

verrekenend met de verschuldigde vpb. Deze verrekening leidt ertoe dat de db in de binnenlandse situatie volledig wordt geneutraliseerd.

2.5.3.2. Grensoverschrijdende situatie

In tegenstelling tot de binnenlandse situatie, gaat er van de db wel een belastingdruk uit wanneer het gaat om outbound dividenden.⁷¹ Aangezien niet-ingezeten vennootschappen – op artikel 17 Wet VpB 1969 na – niet onder de Wet VpB 1969 vallen, is artikel 25, eerste lid, Wet VpB 1969 niet van toepassing en wordt de – krachtens de Wet DB 1965 – geheven bronstaatbelasting een eindheffing. Op een dergelijke situatie is artikel 10 OMV van toepassing. Artikel 10, eerste en tweede lid OMV bepalen dat dividenden zowel belast mogen worden in het land waar de dividenduitkerende vennootschap, als in het land waar de niet-ingezeten aandeelhouder is gevestigd. Verdragspartijen kunnen onderling een – van het nationale recht afwijkend – tarief overeen komen. Het Nederlandse verdragsbeleid ten aanzien van portfoliodividenden is er echter op gericht het Nederlandse nationale tarief van 15% te handhaven.⁷² Verder leidt een op het OMV gebaseerd belastingverdrag tot een eventuele neutralisatie van de bronstaatbelasting. Dit wordt gedaan door binnen het verdrag af te spreken dat de in Nederland betaalde db in de woonstaat door middel van een verrekening wordt geneutraliseerd. Deze neutralisatie heeft niet altijd gezorgd voor een volledig geneutraliseerde db, terwijl dit in binnenlandse situaties wel gebeurt.

2.6. Conclusie

In dit hoofdstuk zijn verschillende aspecten van de belastingheffing over dividend aan bod gekomen. Zo is in paragraaf 3.2 in het bijzonder gekeken naar de internationaalrechtelijke aspecten van de belastingheffing van dividend. In deze paragraaf is geconcludeerd dat in artikel 10 OMV een toewijzing van heffingsbevoegdheid is geregeld, waarbij de woon- of vestigingsstaat onbeperkte heffingsrecht heeft. De bronstaat heeft een beperkt heffingsrecht dat – afhankelijk van het type aandeelhouder – maximaal 15% bedraagt. Nederland zet zich in om in deelnemingsverhoudingen slechts een woonstaatheffing af te spreken. Om juridische dubbele belasting tegen te gaan bevat het verdrag een verrekeningsmogelijkheid. De toegankelijke wijze van de verrekening van bronstaatbelasting is de ordinary-creditmethode. Hierbij wordt de bronstaatheffing door de woon-/vestigingsstaat geneutraliseerd tot het bedrag waarvoor zij de aandeelhouder in de belastingheffing betreft. Wanneer de aandeelhouder in de woon-

⁷¹ In deze situatie is geen sprake van binnenlandse noch van buitenlandse belastingplicht. De buitenlandse vennootschap valt in deze situatie volledig buiten de Nederlandse heffingsmacht voor zover deze niet ziet op de bronheffingen. Aangezien Nederland geen bronstaatbelasting heeft op interest en royalty's, zal Nederland slechts heffen over door Nederlandse vennootschappen uitgekeerde dividenden.

⁷² Ministerie van Financiën, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 46, par. 2.7.2.

/vestigingsstaat is vrijgesteld van belastingheffing, of wanneer de te betalen belasting niet toereikend is om de bronstaatheffing te neutraliseren, dan geldt geen verrekening.

Voorts is de rechtsgrondslag van de db geanalyseerd. Er is een aantal redenen genoemd dat ten grondslag ligt aan de db, waarvan het bronlandbeginsel de belangrijkste is. Daarnaast geeft de staatssecretaris aan dat een db noodzakelijk is om goed te kunnen onderhandelen bij belastingverdragen. Echter in de literatuur wordt sterk de voorkeur gegeven aan de afschaffing van de db, aangezien de motieven om een db te hebben niet geloofwaardig meer zijn.

Voorts is vanaf paragraaf 3.3 voor de vier onderscheiden aandeelhouders geconcludeerd dat – voor de ib en de vpb – allen op een andere wijze voor het ontvangen dividend in de belastingheffing worden betrokken. Daarentegen worden ze voor de db op eenzelfde wijze in de belastingheffing betrokken. Op deze gelijkwaardige behandeling is in dit hoofdstuk één uitzondering besproken, namelijk het dividend dat in deelnemingsverhouding wordt uitgekeerd. In deze situatie hoeft de inhoudingsplichtige geen db in te houden en af te dragen, de zogenaamde inhoudingsvrijstelling. Deze inhoudingsvrijstelling geldt zowel voor ingezetenen als voor niet-ingezetenen aandeelhouders die in een andere EU/EER-lidstaat zijn gevestigd.

Zowel ten aanzien van de a.b.-houder als ten aanzien van de particuliere en rechtspersoon portfolio-aandeelhouder is een verschil in fiscale behandeling gesignaleerd van de niet-ingezetenen aandeelhouder ten opzichte van de ingezetenen aandeelhouder. In binnenlandse situaties is de db namelijk een voorheffing en wordt derhalve volledig verrekend. In grensoverschrijdende situaties is dat niet het geval; de db is een eindheffing. Eventuele verrekening vindt plaats in de woon-/vestigingsstaat. Deze verrekening leidt er de facto toe dat in binnenlandse situaties ib/vpb (na verrekening van de ingehouden en afgedragen db) wordt geheven over het nettodividend en in grensoverschrijdende situaties wordt db geheven over het brutodividend.

3. Dividend van pensioenfondsen en beleggingsinstellingen

3.1. Inleiding

Na in hoofdstuk 2 het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen a.b.-houders en particuliere en rechtspersoon portfolio-aanhouders te hebben geanalyseerd, wordt in dit hoofdstuk onderzocht of er een verschil in fiscale behandeling bestaat tussen ingezetenen en niet-ingezetenen van vpb vrijgestelde vennootschappen (pensioenfondsen) en beleggingsinstellingen, te weten de vbi en de fbi. De neutralisatie ten aanzien van de natuurlijke persoon en rechtspersoon aandeelhouders was het gevolg van het feit dat de db in artikel 9.2 Wet IB 2001 en artikel 25 Wet VpB 1969 is aangemerkt als voorheffing, terwijl ten aanzien van niet-ingezetenen particuliere en rechtspersoon aandeelhouders de db als eindheffing wordt aangemerkt. Voor de pensioenfondsen en de beleggingsinstellingen geldt ook het uitgangspunt dat de db niet feitelijk op de dividenden moet drukken. Echter deze type aandeelhouders zijn binnen de vpb of vrijgesteld (pensioenfondsen en de vbi) of belast tegen een 0%-tarief (fbi). Omdat het pensioenfonds en de vbi niet onderworpen zijn aan de vpb, kunnen zij geen beroep doen op artikel 25 Wet VpB 1969, waardoor de db niet als voorheffing kan worden aangemerkt. Hoewel de fbi in beginsel wel een beroep kon doen op artikel 25 Wet VpB 1969, is uit de praktijk gebleken dat dit onwenselijk was. Om de db voor ingezetenen situaties toch te kunnen neutraliseren, zijn in de Wet DB 1965 speciale regelingen opgenomen. De werking van deze regelingen, te weten de teruggaafregeling voor de pensioenfondsen, de afdrachtvermindering voor de fbi en de ‘inhoudingsvrijstelling’ voor de vbi, ten aanzien van ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders wordt in dit hoofdstuk onderzocht. Ik zal onderzoeken of deze regelingen leiden tot een verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders. Voor alle drie de type aandeelhouders staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

Worden ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders voor dividenden op een gelijke wijze in de belastingheffing betrokken?

In paragraaf 3.2 wordt ingegaan op de fiscale behandeling van van vpb vrijgestelde vennootschappen. Hierbij zal met name aandacht worden besteed aan de pensioenfondsen. In paragraaf 3.3 wordt kort stil gestaan bij het fenomeen beleggingsinstellingen en wordt onderzocht of pensioenfondsen, vbi's en fbi's verdragsgerechtigd zijn. In paragraaf 3.4 wordt ingegaan op de fiscale behandeling van de fbi en in paragraaf 3.5 op de fiscale behandeling van de vbi. Tot slot zal in paragraaf 3.6 worden afgerond met een conclusie.

3.2. Pensioenfondsen

3.2.1. Fiscale behandeling vennootschapsbelasting

Op basis van artikel 10, eerste lid, Wet DB 1965 krijgen in Nederland gevestigde rechtspersonen die niet aan de vpb onderworpen zijn, op verzoek, een teruggaaf van de ten hunner laste ingehouden db. Artikel 5 Wet VpB 1969 bevat vrijstellingen voor vennootschappen die zich met bepaalde activiteiten bezig houden. Wanneer de vennootschap voldoet aan de voorwaarden die in dat artikel worden genoemd, geldt een subjectieve vrijstelling. Pensioenfondsen zijn op grond van artikel 5, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 subjectief vrijgesteld van vpb. Zonder deze teruggaaf zouden zij niet als andere vennootschappen op grond van artikel 25 Wet VpB 1969 de db kunnen verrekenen. De ingehouden db zou derhalve feitelijk drukken op het dividend. Met name gelet op de rechtsgrondslag van de Wet DB 1965, kan worden gesteld dat het logisch is dat een teruggaaf is geregeld voor de ten laste van pensioenfondsen ingehouden db.

3.2.2. Fiscale behandeling dividendbelasting

3.2.2.1. Teruggaaf in binnenlandse situatie

In de binnenlandse situatie is artikel 10 Wet DB 1965 geen ingewikkeld artikel. De teruggaafregeling leidt ertoe dat dividenden die ten laste van pensioenfondsen is geheven, kan worden teruggevraagd. Dit dient binnen drie jaar na afloop van het kalenderjaar waarin het dividend ter beschikking is gesteld plaats te vinden. Opgemerkt dient te worden dat de teruggaafregeling ook gebruikt kan worden door gedeeltelijk vrijgestelde vennootschappen.⁷³ Het verzoek om teruggaaf over een kalenderjaar dient bij aangifte te geschieden. Bij het verzoek om teruggaaf dienen de originele dividendnota's te worden meegezonden (artikel 9 Wet DB 1965 jo. artikel 1b Uitv.besch. DB 1965).

3.2.2.2. Teruggaaf in grensoverschrijdende situaties⁷⁴

3.2.2.2.1. Teruggaaf aan vennootschappen binnen EU/EER-lidstaten

De teruggaafregeling – zoals die gold tot 1 januari 2007 – was alleen toegankelijk voor in Nederland gevestigde pensioenfondsen. Voor de niet-ingezeten pensioenfondsen was de ten hunner laste ingehouden db een eindheffing. Bij de natuurlijke personen en de belegger was duidelijk dat de woonstaat de in de bronstaat betaalde db verrekent. Bij pensioenfondsen zal deze verrekening problematischer zijn aangezien zij meestal in het vestigingsland zijn vrijgesteld van

⁷³ Voorbeelden van gedeeltelijk vrijgestelde vennootschappen zijn stichtingen en verenigingen die een onderneming drijven (artikel 2, eerste lid, onderdeel e jo. Artikel 4 Wet VpB 1969). Wanneer de aandelen niet behoren tot het ondernemingsvermogen, kan een beroep worden gedaan op de teruggaafregeling van artikel 10 Wet DB 1965.

⁷⁴ Hierbij zal slechts het gedeelte van artikel 10 worden besproken dat van toepassing was op van vpb vrijgestelde vennootschappen. Het gedeelte van 10 Wet DB 1965 dat van toepassing was op beleggingsinstellingen wordt in paragraaf 3.4 besproken.

belastingheffing. Het is dan niet mogelijk om te verrekenen, omdat in de vestigingsstaat geen belasting is verschuldigd.

De situatie voor 2007 is een voorbeeld van verboden discriminatie in de zin van het EU-recht. De Europese commissie heeft Nederland in 2007 schriftelijk gemaand om haar nadere uitleg te verstrekken over de door Nederland toegepaste regels op grond waarvan dividend aan in het buitenland gevestigde pensioenfondsen zwaarder wordt belast dan dividend aan binnenlandse pensioenfondsen.⁷⁵ Deze strijdigheid heeft ertoe geleid dat de wetgever bij de Wet van 30 november 2006⁷⁶ per 1 januari 2007 een wetswijziging heeft doorgevoerd waarbij de teruggaafregeling is opengesteld voor pensioenfondsen die in een andere EU-staat zijn gevestigd. Hierbij is de teruggaafregeling (en de inhoudingsvrijstelling; zie paragraaf 2.5.2) in eerste instantie niet opengesteld in relatie tot de EER-staten. Het HvJ heeft echter in *Commissie v. Nederland*⁷⁷ geoordeeld dat de inhoudingsvrijstelling ook in relatie tot de EER-staten Noorwegen en IJsland dient te gelden. In de wet overige fiscale maatregelen 2010 is de teruggaafregeling per 1 januari 2010 opengesteld voor zowel Noorwegen als IJsland (artikel 1a, lid 1 Uitv.besch. DB 1965).⁷⁸ Voor het andere EER-lid Liechtenstein gold de teruggaafregeling in eerste instantie niet. Met ingang van 1 januari 2011 is echter ook Liechtenstein opgenomen in artikel 1a, lid 1 Uitv.besch. DB 1965. Hiermee is per 1 januari 2011 de teruggaafregeling van toepassing op alle EU/EER-staten.^{79, 80}

3.2.2.2.2. Teruggaaf aan vennootschappen gevestigd in landen buiten EU/EER
Behalve pensioenfondsen die zijn gevestigd in een ander EU-/EER-staat, staat de regeling ook open voor pensioenfondsen in een ander land waarmee in het belastingverdrag een daartoe strekkende regel is overeen gekomen. Gewezen kan worden op artikel 35 van het belastingverdrag met de Verenigde Staten. In dit artikel wordt een vrijstelling van db die is ingehouden ten laste van in de Verenigde Staten gevestigde pensioenfondsen die aldaar vrijgesteld zijn van belastingheffing. Artikel 36 bevat eenzelfde vrijstelling voor andere van belastingheffing vrijgestelde organisaties, zoals charitatieve instellingen, die ingevolge het recht van de Verenigde Staten worden geacht in de Verenigde Staten te zijn gevestigd. Wel is vereist

⁷⁵ Persbericht Europese Commissie van 7 mei 2007, nr. IP/07/616, V-N 2007/24.17.

⁷⁶ Stb. 2006, 631.

⁷⁷ HvJ 11 juni 2009, C-521/07 (*Commissie v. Nederland*).

⁷⁸ Echter op grond van het reeds vervallen besluit van 21 november 2011, nr. DGB 2011/6870M, Stcrt. 2012, 151 heeft de staatssecretaris goedgekeurd dat per 11 juni 2009 de inhoudingsvrijstelling en de teruggaafregeling van toepassing is op in Noorwegen en IJsland gevestigde aandeelhouders van in Nederland gevestigde vennootschappen.

⁷⁹ N.M. van der Wal, 'Teruggaaf dividendbelasting ook voor buitenlandse rechtspersonen', WFR 2006/6674, p. 640, meent: *'Het is mijns inziens niet voor redelijke twijfel vatbaar dat voornoemd onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse stichtingen/pensioenfondsen in strijd is met het Europese recht. Men zou dit een 'acte clair' kunnen noemen. Een verdere analyse van de discriminatie van buitenlandse vrijgestelde stichtingen en pensioenfondsen laat ik derhalve achterwege.'*

⁸⁰ F.A. Engelen en P.C. van der Vegt, 'Werken aan winst in de Europese Unie', WFR 2006/6678.

dat het pensioenfonds of de van belastingheffing vrijgestelde organisatie voldoen aan de voorwaarden die artikel 26 (limitation-on-benefits bepaling) aan dergelijke entiteiten stelt. Artikel 35 voorziet in een vrijstelling van Nederlandse belastingheffing voor het dividend- en interestinkomen dat een VS pensioenfonds ter zake van beleggingen in Nederland geniet. Artikel 36 voorziet in een vrijstelling van Nederlandse belastingheffing voor al het vanuit de Verenigde Staten ontvangen inkomen van een in Nederland gevestigde en algemeen nuttige instelling die van belastingheffing in Nederland is vrijgesteld. Dit onder voorbehoud dat de betrokken organisatie in de Verenigde Staten ook zou zijn aan te merken als een van belastingheffing vrijgestelde organisatie indien die organisatie aldaar zou zijn opgericht en aldaar al zijn activiteiten zou uitoefenen. De bepalingen van artikel 35 en 36 zijn niet van toepassing indien het desbetreffende pensioenfonds of de desbetreffende organisatie het inkomen verkrijgt met het uitoefenen van bedrijfsmatige activiteiten in de Verenigde Staten, dan wel inkomsten ontvangt van een verbonden lichaam dat zelf geen pensioenfonds of van belastingheffing vrijgestelde organisatie is (lid 2 van zowel artikel 35 als van artikel 36).⁸¹

Krachtens het besluit van 22 oktober 2007, nr. IFZ2007/537M mag een in de Verenigde Staten gevestigd pensioenfonds een beroep doen op een eventuele inhoudingsvrijstelling. Hierbij dient de inhoudingsplichtige van een dergelijke vrijstelling op de hoogte gesteld te worden. In het hiervoor genoemd besluit staat op welke wijze een pensioenfonds dat gevestigd is in de VS dat moet doen.

*3.2.2.3. Teruggaafregeling bij dividendverrijking van een fiscale beleggingsinstelling*⁸²
Pensioenfondsen hebben op grond van artikel 10, Wet DB 1965 recht op een teruggaaf van de uit hoofde van de Wet DB 1965 geheven db, maar hebben geen recht op een teruggaaf van buitenlandse bronheffing. Daarentegen hebben fbi's door middel van de afdrachtvermindering (artikel 11a Wet DB 1965) wel recht op verrekening van buitenlandse bronheffing (zie paragraaf 3.4). Voor zover aan de ingehouden, maar niet afgedragen db achterliggende Nederlandse db ten grondslag ligt is teruggaaf in overeenstemming met artikel 10, eerste lid, Wet DB 1965. Voor zover echter aan de ingehouden, maar niet afgedragen db achterliggende buitenlandse bronheffing ten grondslag ligt, zou Nederland per saldo de kosten van de buitenlandse bronheffing vergoeden aan een pensioenfonds. Zonder nadere maatregelen zou die db volledig aan het pensioenfonds worden teruggegeven. Om die reden is in artikel 11a, tweede lid, Wet DB

⁸¹ MvT, Kamerstukken II, 1992/93, 23 220, nr. 3 p. 61-62.

⁸² MvT, Kamerstukken II 2007 /08, 31 206, nr. 3, p. 39.

1969 een beperking opgenomen van de verrekeningsmogelijkheid binnen de afdrachtvermindering.^{83, 84}

De Memorie van Toelichting bevat het volgende voorbeeld:⁸⁵

“Een pensioenfonds ontvangt op 31 augustus 2009 € 100 dividend van een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 28 van de Wet Vpb 1969. De beleggingsinstelling heeft daarop € 15 (15%) dividendbelasting ingehouden. In totaal heeft de beleggingsinstelling op dat tijdstip € 5 000 dividend uitgekeerd, waarop € 750 (15%) dividendbelasting is ingehouden. De beleggingsinstelling heeft op grond van artikel 11a recht op € 350 afdrachtvermindering (€ 250 ingehouden Nederlandse dividendbelasting en € 100 ingehouden buitenlandse bronbelasting). De teruggaaf van dividendbelasting aan het pensioenfonds bedraagt dan:

€ 15 – ((€ 15 / € 750) x € 100) = € 13.”

3.2.3. De dubbele vrijstellingstoets teruggaafregeling dividendbelasting

Om als niet-ingezeten pensioenfonds in aanmerking te komen voor de teruggaafregeling dient te worden voldaan aan de dubbele vrijstellingstoets van artikel 10, lid 2 Wet DB 1965. Dit lid stelt twee voorwaarden aan vennootschappen die in een ander EU-/EER-staat zijn gevestigd.

1. de vennootschap dient in het vestigingsland van vpb te zijn vrijgesteld;
2. de vennootschap dient, ware het in Nederland gevestigd, ook in Nederland te zijn vrijgesteld van de vpb.

De eerste voorwaarde hoeft naar mijn mening niet belemmerend te werken. Als het pensioenfonds in het vestigingsland wel belastingplichtig zou zijn, dan kan – aangezien een pensioenfonds verdragsgerechtigd is – via het verrekeningsartikel in het belastingverdrag de db worden geneutraliseerd. De tweede voorwaarde wordt, mede in combinatie met de eerste voorwaarde, problematischer om aan te voldoen. Staten verbinden namelijk voorwaarden aan pensioenfondsen alvorens ze vrij te stellen van belastingheffing. Nederland stelt in artikel 5, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 behoorlijk stringente voorwaarden aan pensioenfondsen.⁸⁶

⁸³ J.M.J. Hendriks en A.H.A. van Oostrom, 'Knelpunten bij de gewijzigde teruggaafregeling dividendbelasting', WFR 2008/6759.

⁸⁴ Brandsma stelt dat deze bepaling tot EU-rechtelijke complicaties leidt. Ik volsta in deze scriptie met het benoemen van deze constatering van Brandsma. Ik zal deze in hoofdstuk 5 niet toetsen, omdat dit buiten het bereik van dit onderzoek ligt. Zie R.P.C.W.M. Brandsma, 'De afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen in de Wet op de dividendbelasting 1965', WFR 2009/797.

⁸⁵ MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 39.

⁸⁶ Omdat ik in deze scriptie met name aandacht besteed aan het verschil in behandeling binnen de db, zal ik niet inhoudelijk ingaan op de voorwaarden die aan een vennootschap worden gesteld alvorens deze voor een vrijstelling in aanmerking kan komen. Ik volsta hier met de veronderstelling dat pensioenfondsen op grond van artikel 5, eerste lid, onderdeel b Wet VpB 1969 zijn vrijgesteld van vpb. Daarnaast dient vermeld te worden dat voor de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een vrijstelling in het besluit van 8 december 2009, nr. CPP2009/1368M ten aanzien van

Het is allerminst ondenkbaar dat deze voorwaarden anders zijn dan voorwaarden die gelden in andere landen. Dit kan betekenen dat een pensioenfonds niet kan voldoen aan de voorwaarden die Nederland verbindt aan een vrijstelling, omdat zij aan andere voorwaarden dient te voldoen om in eigen land in aanmerking te kunnen komen voor een vrijstelling. Op deze manier voldoet het buitenlandse pensioenfonds niet aan de tweede eis van de dubbele vrijstellingstoets en kan ook niet in aanmerking komen voor een teruggaaf. Met deze dubbele vrijstellingstoets voor buitenlandse vennootschappen lijkt Nederland een bijzonder strikt regime te voeren jegens niet-ingezeten pensioenfondsen.

Gelet op het bovenstaande kan gesteld worden dat ten aanzien van de vestigingsstaat drie categorieën pensioenfondsen te onderscheiden zijn. De eerste categorie bestaat uit de pensioenfondsen die in Nederland zijn gevestigd. Voor deze groep geldt krachtens artikel 10, eerste lid, Wet DB 1965 een teruggaaf van db. De tweede groep bestaat uit pensioenfondsen die zijn gevestigd in een ander EU-/EER-staat. Krachtens artikel 10, derde lid, Wet DB 1965 kan deze groep ook een beroep doen op een teruggaaf, mits zij voldoen aan de dubbele vrijstellingseis zoals hierboven aangehaald. Wordt er niet voldaan aan deze eis, dan is teruggaaf op grond van db niet mogelijk. De derde groep bestaat uit pensioenfondsen die zijn gevestigd buiten de EU/EER. Deze pensioenfondsen kunnen in beginsel geen verzoek indienen om db terug te krijgen.⁸⁷ Echter, Nederland is bijvoorbeeld met de Verenigde Staten in het belastingverdrag overeen gekomen dat pensioenfondsen – mits zij voldoen aan de voorwaarden die in het verdrag worden gesteld – ook in aanmerking komen voor een teruggaaf of een vrijstelling.

Derhalve kan worden geconcludeerd dat het belangrijkste verschil tussen de ingezeten en niet-ingezeten pensioenfonds wordt veroorzaakt door de dubbele toets die waaraan een niet-ingezeten pensioenfonds moet voldoen alvorens zij in aanmerking komt voor een teruggaaf. Met andere woorden: het wordt een in het buitenland gevestigde van vpb vrijgestelde vennootschap – in vergelijking met een in Nederland gevestigde van vpb vrijgestelde vennootschap – moeilijker gemaakt om in aanmerking te komen voor een teruggaaf van db.

pensioenregelingen wat minder stringente voorwaarden worden gesteld aan buitenlandse pensioenfondsen. Voor een juiste pensioenregeling wordt aangesloten bij de nationale regelgeving van het land waar het pensioenfonds is gevestigd.

⁸⁷ MvT, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 38

3.3. Beleggingsinstellingen en verdragstoepassing

3.3.1. *Beleggingsinstellingen binnen Nederlandse fiscale wetgeving*

Binnen de Nederlandse fiscale wetgeving bestaan (sinds 2007) twee mogelijkheden om fiscaal gefaciliteerd collectief te beleggen. De eerste mogelijkheid is - op basis van artikel 6a Wet VpB 1969 – via de vbi. De tweede mogelijkheid is – op basis van artikel 28 Wet VpB 1969 – via de fbi.

Aan zowel de vbi als de fbi ligt de gedachte ten grondslag dat een persoon die via deze instellingen belegt en een persoon die rechtstreeks belegt zoveel mogelijk gelijk moeten worden behandeld. Dit wordt ook wel omschreven door het begrip *transparance fiscale*. Slechts de transparante entiteit biedt een volledige fiscale transparantie, terwijl zowel de vbi als de fbi slechts tot een beperkte fiscale transparantie leiden.⁸⁸

Om *transparance fiscale* te bereiken is ervoor gekozen beide instellingen economisch gezien niet te onderwerpen aan de Wet VpB 1969 en een bijzondere regeling te introduceren in de Wet DB 1965. Er is echter wel een aantal fundamentele verschillen tussen beide regimes. Zo is de vbi subjectief vrijgesteld van vpb en is de fbi onderworpen aan een vpb-tarief van 0%. Hoewel in beginsel de wetgever zich erop beroept dat subjectief van vpb vrijgestelde lichamen als verdragsinwoners kunnen worden aangemerkt, heeft de wetgever ten aanzien van de vbi expliciet aangegeven dat zij niet als verdragsinwoner kan worden aangemerkt (zie paragraaf 3.3.2. hierna). De vbi heeft geen recht op de verrekening van Nederlandse of buitenlandse bronbelasting die ten laste van haar is ingehouden. De fbi heeft via de afdrachtvermindering (artikel 11a Wet Db 1965) wel recht op een dergelijke verrekening. De vbi mag uitsluitend beleggen in de in artikel 6a, lid 4 Wet VpB 1969 genoemde financiële instrumenten, terwijl het de fbi vrij staat te bepalen in wat het belegt. Indien de vbi dividend uitkeert aan haar deelnemers, is dit dividend niet onderworpen aan de heffing van db, terwijl een dividenduitkering van de fbi wel onderworpen is aan db. De vbi kent geen aandeelhoudersvereisten, zodat zowel natuurlijke personen, ondernemers als institutionele beleggers ongelimiteerd erin kunnen deelnemen. De fbi kent wel specifieke aandeelhoudersvereisten.^{89, 90}

3.3.2. *Verdragstoepassing pensioenfondsen, vbi's en fbi's*

Op grond van artikel 1, OMV is een belastingverdrag uitsluitend van toepassing op personen die inwoner zijn van één van de verdragsluitende staten. Op grond van artikel 4, eerste lid is sprake van onderworpenheid wanneer een persoon aan een belasting naar het inkomen en naar het

⁸⁸ H. Vermeulen. *Het regime voor de fiscale beleggingsinstelling*. (Fiscale monografieën, 36; 3^e druk). Deventer: Kluwer 2012.

⁸⁹ F.W. Noordman, 'Vbi en fbi: de verschillen', *Forfaitair* 2009/200.

⁹⁰ H.A.J.P. te Niet, 'Beleggingslichamen in Nederland', *TFO* 2008/29.

vermogen in één dan wel beide verdragsluitende staten is onderworpen op grond van woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige andere soortgelijke omstandigheid. Er dient sprake te zijn van 'full tax liability'. Hierdoor zijn inwoners voor de toepassing van het verdrag slechts die personen die ingevolge de wetgeving van een staat als onbepaald belastingplichtigen worden aangemerkt. Op grond van HR 16 januari 2009, nr. 43.128, NTFR 2009/192 is het niet noodzakelijk dat die inwoner in de desbetreffende staat ook feitelijk aan belastingheffing moet zijn onderworpen. Uit HR 12 mei 2006, nr. 40.450, BNB 2007/38 volgt dat er voor de toepassing van het desbetreffende verdrag (in beginsel) vanuit dient te worden gegaan dat die vennootschap op grond van de wetten van dat land als inwoner van dat land aan de belastingheffing is onderworpen, indien een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap in een ander land als inwoner in de belastingheffing wordt betrokken ('feitelijke subjectieve onderworpenheid'). Uit beide zaken volgt dat sprake dient te zijn van juridische onderworpenheid en dat feitelijke onderworpenheid niet is vereist.

Fbi's hebben verdragsbescherming, omdat zij zijn onderworpen aan de vpb naar een tarief van 0%. Als gevolg van de uitdelingsverplichting is de heffing over de beleggingsinkomsten bij de belegger gewaarborgd, waardoor de verdragsbescherming voor deze categorie beleggingsinstellingen volgens de wetgever gerechtvaardigd is.⁹¹ Er kan dus worden gesteld dat fbi's 'full liable to tax' zijn en dus op basis van artikel 1 jo. artikel 4 OMV verdragsgerechtigd. Ten aanzien van pensioenfondsen en vbi's is het twijfelachtiger of kan worden geconcludeerd dat deze 'full liable to tax' zijn.⁹²

In artikel 4, eerste lid, OMV staat dat – hoewel van vpb vrijgesteld – een staat, een staatkundig of administratief onderdeel of plaatselijk publiekrechtelijk lichaam een inwoner is voor verdragsdoeleinden. In veel van zijn belastingverdragen heeft Nederland expliciet laten vastleggen dat een voor vpb vrijgesteld pensioenfonds als verdragsinwoner dient te worden aangemerkt.⁹³ Voor zover dit niet expliciet in een belastingverdrag is bepaald, stelt Nederland zich desondanks op het standpunt dat een subjectief van de vpb vrijgesteld pensioenfonds als verdragsinwoner kwalificeert.⁹⁴ In dit kader is HR 4 december 2009, nr. 07/10383, V-N 2009/63.17

⁹¹ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 4.

⁹² Redactie Vakstudie Nieuws, aantekeningen bij de memorie van toelichting, Kamerstukken II 2005/06, 30 533, nr. 3, V-N 2006/28.3, merkt op: *'Conform onderdeel 8.2 OESO commentaar op artikel 4 van het OESO Model Verdrag, zou verdedigd kunnen worden dat een 'artikel 6a FBI' wel een inwoner van Nederland is in de zin van belastingverdragen. Een 'artikel 28 FBI' is dan wel niet subjectief vrijgesteld, maar met een onderworpenheid tegen een 0%-tarief is deze toch niet de standaard verdragsgerechtigde. Al met al is het onderscheid tussen een vrijstelling (6a) en een onderworpenheid aan een tarief van 0% flinterdun, de woordkeus is verschillend, maar het effect hetzelfde.'*

⁹³ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Fed fiscale studiereserie nr. 39, Deventer: FED 2014 (8e druk), p. 32 – 37.

⁹⁴ Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, p. 31 en 32, par. 2.2.1.

relevant.⁹⁵ De Hoge Raad heeft in dit arrest bepaald dat andere vrijgestelde lichamen niet als verdragsinwoner kunnen worden aangemerkt, indien het verdrag bepaalde vrijgestelde vennootschappen uitdrukkelijk als verdragsinwoner aanmerkt waartoe die andere vrijgestelde vennootschap niet behoort.⁹⁶ In het NFV 2011 geeft de staatssecretaris als verdragssluiters aan dat de Nederlandse verdragsinzet er van oudsher op is gericht de verdragsgerechtigdheid van pensioenfondsen en van centrale en lagere overheden uitdrukkelijk vast te leggen. Ten behoeve van de rechtszekerheid verdient het – zeker na bovengenoemd arrest van de Hoge Raad – de voorkeur om in het inwonersartikel een bepaling op te nemen waarin het onderworpenheids criterium nader wordt ingevuld, zodat met betrekking tot alle van belasting vrijgestelde lichamen (zowel in Nederland als in de andere verdragssluitende staat) duidelijk is of zij als verdragsinwoner gelden of niet, met een mogelijkheid tot overleg voor eventueel later geïntroduceerde lichamen.⁹⁷

In het kader van de vraag of vrijgestelde lichamen verdragsvoordelen zouden moeten genieten en daartoe als inwoner aangemerkt zouden moeten worden, dient te worden benadrukt dat belastingverdragen niet alleen zien op voorkoming van dubbele belasting, maar ook in meer algemene zin heffingsrechten verdelen tussen de verdragssluitende staten. Behoudens gevallen van misbruik is er in beginsel geen reden dat een belastingvrijstelling verleend door de feitelijke vestigingsstaat zou moeten leiden tot een uitbreiding van het heffingsrecht van de bronstaat. Dat zou waarschijnlijk ook niet sporen met de bedoeling die de feitelijke vestigingsstaat heeft met het verlenen van de vrijstelling. Nederland wenst daarom pensioenfondsen als verdragsinwoners aan te merken. Naar Nederlandse opvatting dienen dergelijke feitelijk in Nederland gevestigde pensioenfondsen voor verdragstoepassing in aanmerking te komen.⁹⁸ In paragraaf 8.6 van het OESO-commentaar op artikel 4 is bepaald dat wanneer een lichaam van belastingheffing is vrijgesteld deze niettemin volgens het merendeel van de OESO-lidstaten als verdragsinwoner kwalificeert indien het lichaam aan bepaalde vereisten voldoet.⁹⁹ Voldoet het lichaam niet aan deze vereisten, dan zou namelijk gewoon van belastingplicht sprake zijn. In paragraaf 8.7 van het OESO-commentaar op artikel 4 wordt aangegeven dat sommige landen van mening zijn dat vrijgestelde entiteiten niet aan het onderworpenheids criterium voldoen. Deze landen merken

⁹⁵ Zie voor een analyse van dit arrest A.C.G.A.C. de Graaf en F.P.G. Pötgens, 'Verontrustende Hoge Raaduitleg verdragsbegrip "inwoner"', WFR 2010/266.

⁹⁶ Overigens hebben krachtens het Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/1527M in verdragsstaten gevestigde, aldaar (subjectief) van belasting vrijgestelde pensioenfondsen en non-profit organisaties, alsmede overheidsinstellingen, op basis van wederkerigheid, ook recht op toekenning van de verdragsvoordelen indien het desbetreffende belastingverdrag geen uitdrukkelijke bepaling terzake bevat.

⁹⁷ Ministerie van Financiën, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 31 en 32 par. 2.2.1.

⁹⁸ Ministerie van Financiën, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 31 en 32, par. 2.2.1. en F.P.G. Pötgens, 'Verdragstoegang en inwonerschap in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011', WFR 2011/532.

⁹⁹ Het gaat hierbij om de vereisten die gelden om in de vestigingsstaat voor een vrijstelling in aanmerking te komen.

vrijgestelde vennootschappen alleen als verdragsinwoner aan, wanneer deze expliciet in het verdrag staan genoemd.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot de introductie van de vbi (art. 6a Wet VpB 1969) gaf de staatssecretaris aan dat de vbi niet als verdragsinwoner kan worden beschouwd.¹⁰⁰ Tegelijkertijd geeft de staatssecretaris in de NFV 2011 aan dat Nederland bereid is met andere landen af te spreken dat de vbi en andere bijzondere regimes uitgesloten dienen te worden van de toegang tot sommige verdragsvoordelen.¹⁰¹ De Tweede Kamer daarentegen is een andere mening toegedaan. In een door de Tweede Kamer aangenomen motie op 30 juni 2011 wordt de regering namelijk verzocht om geen belastingverdragen af te sluiten die ertoe leiden dat een vbi aanspraak kan maken op een bronbelastingvermindering ter zake van dividenden. Weliswaar brengt de staatssecretaris in de NFV 2011 tot uitdrukking dat hij in nieuwe verdragen een bepaling wil opnemen op grond waarvan alle van belasting vrijgestelde lichamen als verdragsinwoner kwalificeren, maar hij laat zich echter niet uit over de verdragstoegang van vbi's onder bestaande belastingverdragen.¹⁰² In de parlementaire behandeling geeft de staatssecretaris expliciet aan dat in deze situaties ook geen woonplaatsverklaring voor vbi's zal worden afgegeven.¹⁰³ Spoelder¹⁰⁴ geeft aan dat beargumenteerd zou kunnen worden dat een verdragspartner een vbi wel degelijk moet aanmerken als verdragsinwoner, maar dat het niet afgeven van een woonplaatsverklaring door de fiscus ertoe leidt dat de vbi door het bronland niet zal worden aangemerkt als een verdragsinwoner.

Naar aanleiding van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de vbi niet en het pensioenfonds en de fbi wel verdragsgerechtigd zijn. Dit vloeit voort uit het feit dat de vbi in de verdragen niet is aangemerkt als verdragsinwoner en dat de Tweede Kamer de staatssecretaris in een motie heeft verzocht geen woonverklaring af te geven ondanks dat sommige lidstaten de vbi wel als verdragsinwoner kunnen aanmerken.

3.4. Fiscale beleggingsinstelling

3.4.1. Algemeen

Wanneer sprake is van een beleggingsinstelling, regelt artikel 13, achtste lid, Wet VpB 1969 dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. Dit heeft tot gevolg dat de

¹⁰⁰ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 4.

¹⁰¹ Ministerie van Financiën, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 33, par. 2.2.1.

¹⁰² A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Fed fiscale studiereserie nr. 39, Deventer: FED 2014 (8e druk), p. 32- 37.

¹⁰³ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 4.

¹⁰⁴ E.J. Spoelder, 'Techniek en toepassing van de vrijgestelde beleggingsinstelling (VBI)', MBB 2007/06.

inhoudingsvrijstelling van artikel 4, eerste lid, onderdeel a, Wet DB 1965 niet van toepassing kan zijn in het kader van een dividenduitkering aan een beleggingsinstelling.¹⁰⁵ Tot en met 31 december 2007 was de ten laste van de fbi ingehouden db aangemerkt als voorheffing. Aangezien de fbi belastingplichtig is tegen een tarief van 0%, zal dit resulteren in een teruggaaf. Deze wijze van verrekening kwam in de knel met de doorstootverplichting. De wetgever had daarom in de Wet DB 1965 de teruggaafregeling van toepassing verklaard op de fbi. Hierdoor kon de fbi binnen zes maanden na afloop van het jaar waarin de dividenden zijn ontvangen de ten laste van haar ingehouden en afgedragen db terug vragen. Dit systeem is echter per 1 januari 2008 vervangen door de afdrachtvermindering (artikel 11a Wet DB 1965). Met de komst van de afdrachtvermindering is tevens artikel 25 Wet VpB 1969 en artikel 10 Wet DB 1965 aangepast waarmee de ten laste van de fbi ingehouden db niet meer aan te merken is als voorheffing (artikel 25, eerste lid, laatste volzin Wet VpB 1969) en niet meer kan worden teruggevraagd (artikel 10 Wet DB 1965).

Alvorens wordt ingegaan op het huidige systeem, wordt eerst aandacht besteed aan de situatie zoals die gold in de periode tot en met 2007.

3.4.2. Afdrachtvermindering van voor 2008

Tot en met 2007 bestond voor de fbi krachtens artikel 10, tweede lid (oud), Wet DB 1965 de mogelijkheid van een teruggaaf db. Volgens deze bepaling kon een fiscale beleggingsinstelling tot zes maanden na afloop van het jaar om teruggaaf van in het jaar te haren laste ingehouden db verzoeken. Deze procedure maakt het in beginsel mogelijk voor een fiscale beleggingsinstelling om de db terug te krijgen, voordat zij aan de doorstootverplichting dient te voldoen. Behalve de eis dat sprake dient te zijn van een fbi, stelt artikel 10, tweede lid, Wet DB 1965 ook dat de db ten laste van de fbi dient te worden ingehouden. Een derde voorwaarde is dat de fbi de uiteindelijk gerechtigde is. Tot slot dient het verzoek tot teruggaaf gedaan te worden bij een aangifte die wordt gedaan uiterlijk zes maanden na afloop van het jaar waarop de teruggaaf betrekking heeft.

Om in aanmerking te kunnen komen voor de fbi-status gold tot 1 augustus 2007 de eis dat een beleggingsinstelling in Nederland moet zijn gevestigd.¹⁰⁶ Deze eis stond zeer waarschijnlijk op

¹⁰⁵ De inhoudingsvrijstelling van artikel 4 Wet DB 1965 is namelijk slechts van toepassing als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

¹⁰⁶ In de periode tussen 1 augustus 2007 en 31 december 2007 heeft de teruggaafregeling ook open gestaan voor niet-ingezeten beleggingsinstellingen. De afdrachtvermindering is namelijk pas per 1 januari 2008 ingevoerd, terwijl op laste van het EU-recht (HvJ 2008, zaak C- Orange European Smallcap) de regeling per 1 augustus 2007 werd open gesteld.

gespannen voet met het EU-recht, omdat zij een belemmering zou kunnen inhouden op het recht van vrije vestiging.¹⁰⁷

Per 1 augustus wordt niet meer de eis gesteld dat een beleggingsinstelling in Nederland moet zijn gevestigd, alvorens in aanmerking te kunnen komen voor de fbi-status. In een binnenlandse situatie zou de fbi weliswaar een teruggaaf krijgen, maar deze is ook aan te merken als inhoudingsplichtige wanneer zij het dividend aan haar aandeelhouders uitkeert. Op deze manier houdt men de situatie in stand waarin de belegger zou verkeren als hij direct in aandelen van de dividenduitkerende vennootschap had belegd. Een in het buitenland gevestigde beleggingsinstelling is niet aan te merken als inhoudingsplichtige voor de db. Als zij het dividend op grond van artikel 10, tweede lid, Wet DB 1965 terug zou krijgen, dan wordt hiermee de Nederlandse db ontweken.¹⁰⁸ Gedurende de parlementaire behandeling wordt aangegeven dat de vervanging van de teruggaafregeling door een afdrachtvermindering leidt tot structureel minder belastinginkomsten van ongeveer € 5 miljoen, maar op deze manier wordt wel een grotere derving voorkomen.¹⁰⁹

Bij de introductie van de vbi bij de Wet van 21 juli 2007¹¹⁰ heeft de wetgever in het huidige artikel 10, vierde lid, Wet DB 1965 laten opnemen dat de teruggaafregeling niet van toepassing is op buitenlandse vennootschappen die vergelijkbaar zijn met de vbi en de fbi. Het is derhalve niet meer mogelijk om als buitenlandse beleggingsinstelling een beroep te doen op de teruggaafregeling. Aangezien de teruggaafregeling vanaf 2008 slechts ziet op van vpb vrijgestelde vennootschappen, komen ook in Nederland gevestigde fbi's niet meer in aanmerking voor de teruggaaf. De fbi is namelijk niet vrijgesteld van vpb, maar onderworpen aan een 0%-tarief. Voor de binnenlandse vbi's geldt krachtens artikel 10, eerste lid, derde volzin de teruggaaf niet. Voor beide regimes geldt namelijk een andere regeling. In paragraaf 3.5 wordt de regeling van de vbi's besproken en hieronder wordt ingegaan op de afdrachtvermindering (artikel 11a Wet DB 1965).

¹⁰⁷ NV, Kamerstukken II 2007 /08, 31 206, nr. 6, p. 12.

¹⁰⁸ MvT, Kamerstukken II 2007 /08, 31 206, nr. 3, p. 8.

¹⁰⁹ MvT, Kamerstukken II 2007 /08, 31 206, nr. 3, p. 9.

¹¹⁰ Stb. 2007, 269.

3.4.3. Afdrachtvermindering van na 2008¹¹¹

3.4.3.1. Algemeen

Bij de wet van 20 december 2007¹¹² is het nieuwe artikel 11a Wet DB 1965 geïntroduceerd, waarin voor de fbi's een afdrachtvermindering is geregeld. Dit artikel vervangt zowel de verrekening van db op de voet van artikel 25 Wet VpB 1969 als de teruggaafregeling op de voet van artikel 10, tweede lid, Wet DB 1965 en de tegemoetkoming vanwege buitenlandse bronheffingen op de voet van artikel 6 BBI 1970.¹¹³ Met ingang van 1 augustus 2007 kunnen naast binnenlandse ook buitenlandse beleggingsinstellingen in aanmerking komen voor het regime van artikel 28 Wet VpB 1969. Tot 1 augustus 2007 was de teruggaafregeling voorbehouden aan in Nederland gevestigde beleggingsinstellingen. Op deze manier werd het ook mogelijk voor de beleggingsinstellingen om een teruggaaf te verkrijgen (zie paragraaf 4.4.2.2). Omdat aan de andere kant de in het buitenland gevestigde beleggingsinstellingen niet als inhoudingsplichtige voor de db kunnen worden aangemerkt, kon met behulp van een beleggingsinstelling de Nederlandse db worden ontweken in grensoverschrijdende situaties.^{114, 115} Een andere reden om de regeling aan te passen is de mogelijke strijdigheid met EU-recht van artikel 6 BBI, waarin de tegemoetkoming voor buitenlandse bronbelasting was opengesteld.¹¹⁶

3.4.3.2. Afdrachtvermindering geanalyseerd

3.4.3.2.1. Artikel 11a, lid 1 Wet DB 1965

Artikel 11a Wet DB 1965 biedt de mogelijkheid aan fbi's om de door haar af te dragen db te verminderen met de db én buitenlandse bronstaatheffing die ten hare laste is ingehouden. Artikel 11a, eerste lid behelst een afdrachtvermindering op het moment dat de fbi dividend uitkeert. De vermindering bedraagt de ten laste van de fbi ingehouden db. Deze werking leidt er feitelijk toe dat fbi's de ten hare laste ingehouden db terugkrijgt.¹¹⁷ Het bedrag van de afdrachtvermindering behoort tot de voor uitdeling beschikbare winst.¹¹⁸ Brandsma is daarentegen van mening dat het bedrag van de afdrachtvermindering geen onderdeel van de winst van de FBI vormt.¹¹⁹

¹¹¹ R.P.C.W.M. Brandsma, 'De afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen in de Wet op de dividendbelasting 1965', WFR 2009/797; J.P. van den Berg en M.M.A. van Graafeiland, 'Over de teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting aan buitenlandse beleggingsinstellingen', WFR 2013/466; O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, Fed fiscale studieresie nr. 26, Deventer: FED 2011 (4e druk), p. 83-85; J.M.J. Hendriks & A.H.A. van Oostrom, 'Knelpunten bij de gewijzigde teruggaafregeling dividendbelasting', WFR 2008/6759, p. 373-380; J.H. Huidink & M.W.W. Veldhuizen, 'De nieuwe afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen', MBB 2008, p. 147-156.

¹¹² Stb. 2007, 563.

¹¹³ MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 40.

¹¹⁴ Vakstudie Vennootschapsbelasting, artikel 11a Wet DB 1965, Bijgewerkt tot: 05-11-2014.

¹¹⁵ MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 8-9 en 39-41.

¹¹⁶ J.H. Huidink en M.W.W. Veldhuizen, 'De nieuwe afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen', MBB 2008/04.

¹¹⁷ NV, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 6, p. 12.

¹¹⁸ MvT Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 40.

¹¹⁹ R.P.C.W.M. Brandsma, 'De afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen in de Wet op de dividendbelasting 1965', WFR 2009/797.

In de memorie van toelichting wordt het volgende rekenvoorbeeld gegeven om de afdrachtvermindering te verduidelijken.¹²⁰

Op 15 juni 2009 wordt door een fiscale beleggingsinstelling aan haar uitdelingsverplichting voldaan door € 300 000 dividend uit te keren aan haar aandeelhouders. Tot dat tijdstip is een bedrag van € 7 000 aan dividendbelasting en € 5 000 aan buitenlandse bronbelasting ingehouden op door de beleggingsinstelling ontvangen dividenden en interest.

Uitwerking

<i>Uitgekeerd dividend</i>	<i>€ 300 000</i>	
<i>Af: in te houden dividendbelasting (15%)</i>	<i>€ 45 000 (te verrekenen bij aandeelhouders)</i>	
<i>Netto uit te keren aan aandeelhouders</i>	<i>€ 255 000</i>	
<i>Ingehouden dividendbelasting</i>		<i>€ 45 000</i>
<i>Af: afdrachtvermindering</i>		
<i>– dividendbelasting</i>	<i>€ 7 000</i>	
<i>– buitenlandse bronbelasting</i>	<i>€ 5 000</i>	
		<i>€ 12 000</i>
<i>Af te dragen dividendbelasting</i>		<i>€ 33 000</i>

3.4.3.2.2. Artikel 11a, lid 2 Wet DB 1965

De hoogte van de afdrachtvermindering wordt bepaald door artikel 11a, tweede lid. Dit lid bestaat uit drie volzinnen, waarbij de eerste twee de hoogte van de afdrachtvermindering voor hun rekening nemen. De derde volzin betreft de uiteindelijk gerechtigde. Hier zal ik verder niet op ingaan. De eerste volzin bestaat uit drie componenten, te weten:

1. Het gezamenlijke bedrag van de ten laste van de fbi ingehouden db en drukkende buitenlandse bronheffingen mogen in mindering worden gebracht.
2. Het moet gaan om db en buitenlandse bronheffingen die zijn ingehouden op een tijdstip waarop de inhoudingsplichtige kwalificeert als fbi.
3. Bovendien moet het gaan om db en buitenlandse bronheffingen die nog niet eerder in aanmerking zijn genomen voor de afdrachtvermindering.¹²¹

¹²⁰ MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 40.

¹²¹ Het derde component behelst tevens de derde restrictie. Deze restrictie houdt in dat de bronheffingen niet eerder in aanmerking zijn genomen.

Component 1 behelst de eerste limiet. Die limiet bepaalt dat slechts een afdrachtvermindering wordt verleend voor ten laste van de fbi ingehouden db en de buiten Nederland ingehouden en drukkende belastingen aan de bron op de opbrengsten van aandelen.

De vraag die vervolgens beantwoord dient te worden is welke belastingen onder ‘drukkende buitenlandse bronheffing’ vallen. In artikel 11a, Wet DB 1965 wordt hier geen aandacht aan besteed. Behalve de met de Nederlandse db vergelijkbare bronheffing vallen volgens Huidink en Veldhuizen ook de belastingen op rente onder artikel 11a. Buitenlandse bronbelasting op royalty’s kan echter niet worden verrekend, aangezien de staatssecretaris bij de parlementaire behandeling van artikel 6 BBI heeft aangegeven dat hij van mening is dat de exploitatie van rechten die royalty’s opleveren niet onder beleggen valt.¹²² Daarnaast is een belasting op vervreemdingswinsten niet als een bronbelasting in de zin van dit artikel aan te merken. De staatssecretaris heeft aangegeven dat een tax sparing credit, ook onder drukkende buitenlandse bronheffing valt.¹²³

De tweede component van de eerste volzin bevat twee restricties. De eerste is dat de bronheffing is ingehouden. De tweede beperking is dat de afdrachtvermindering slechts geldt voor de periode dat de beleggingsinstelling kwalificeert als een fbi als bedoeld in artikel 28 Wet VpB 1969. Het verlies van de fbi-status betekent dat geen beroep meer kan worden gedaan op de afdrachtvermindering. Een dergelijke situatie kan dubbele belasting opleveren. Wanneer de fbi dividend heeft ontvangen ten laste waarvan db is ingehouden en dit dividend pas na statusverlies wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders, dan kan de fbi geen gebruik meer maken van de afdrachtvermindering. Op de uitkering van dividend dient vervolgens ook db te worden ingehouden. Wanneer we te maken hebben met een Nederlandse belastingplichtige (aandeelhouder van de fbi) kan deze de belasting nog verrekenen, echter wanneer we te maken hebben met een buitenlandse aandeelhouder, dan kan dit niet. Dit betekent dat op de belastingplichtige twee keer db is ingehouden. Dit is naar mijn mening een zeer ongewenste situatie waar een regeling voor getroffen zou moeten worden. Deze regeling zou moeten inhouden dat als ten laste van de fbi db is ingehouden, hij deze kan terugvragen wanneer de db als gevolg van het statusverlies niet kan worden geneutraliseerd middels de afdrachtvermindering.

¹²² Kamerstukken II, 1988-1989, 20 701, nr. 6, p. 6 en J.H. Huidink en M.W.W. Veldhuizen, ‘De nieuwe afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen’, MBB 2008/04.

¹²³ NV, Kamerstukken II 2007 /08, 31 206, nr. 6, p. 25.

De tweede volzin van artikel 11a, tweede lid, Wet DB 1965 legt een tweetal maxima op ten aanzien van de bronbelasting die voor de afdrachtvermindering in aanmerking mag worden gebracht.¹²⁴

1. De tweede limiet bestaat uit een plafond ter hoogte van het Nederlandse db-tarief van ‘15% van de opbrengst waarop zij drukt’.
2. In de tweede plaats stelt dit lid dat een fbi geen recht op afdrachtvermindering voor buitenlandse bronheffing als de aandeelhouder op grond van de teruggaafregeling, een belastingverdrag of het BRK recht heeft op een teruggaaf of vermindering van db. Hiermee wordt voorkomen dat per saldo door de Nederlandse fiscus buitenlandse bronheffing wordt teruggegeven aan vrijgestelde en buitenlandse aandeelhouders.

De tweede limiet begrenst de buitenlandse belasting op 15%. Een buitenlandse bronheffing wordt in aanmerking genomen tot een maximum van 15% van de opbrengst waarop zij drukt. Met deze begrenzing wordt voorkomen dat de nadelen die eigen zijn aan het beleggen in een niet-verdragsland volledig voor rekening van Nederland komen. Deze begrenzing geldt per individuele opbrengst.¹²⁵ Volgens Brandsma betekent dit dus dat niet het gemiddelde van verschillende inkomsten kan worden genomen.¹²⁶ Ik ben het met Brandsma eens, aangezien – zoals Brandsma aangeeft – in de parlementaire geschiedenis nadrukkelijk wordt aangegeven dat het 15%-tarief per individuele opbrengst geldt. Dit geldt zowel voor opbrengsten uit verschillende landen als voor verschillende opbrengsten uit een land.¹²⁷ Een ander interessant punt dat tijdens de parlementaire behandeling wordt aangekaart door de NOB is wat er gebeurt met de bronbelasting van meer dan 15% die niet kan worden teruggevorderd in de bronstaat. Volgens de staatssecretaris kan dit meerdere worden afgetrokken van de fiscale winst. Hierdoor vermindert de doorstootverplichting.¹²⁸

De derde limiet behelst dat geen recht op afdrachtvermindering zal bestaan voor buitenlandse bronheffing als de aandeelhouder in de beleggingsinstelling aan wie het dividend wordt doorbetaald recht heeft op een vermindering of een teruggaaf. De bij de Tweede Nota van

¹²⁴ Bij nota van wijziging op het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2013 is voorgesteld om artikel 11a, tweede lid, tweede volzin, te wijzigen om onbedoelde effecten te voorkomen. Dit is echter tot op heden niet gebeurd.

¹²⁵ NV, Kamerstukken II 2007 /08, 31 206, nr. 6, p. 25.

¹²⁶ R.P.C.W.M. Brandsma, 'De afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen in de Wet op de dividendbelasting 1965', WFR 2009/797.

¹²⁷ Brandsma geeft het voorbeeld van rente – waar bijvoorbeeld 30% bronheffing op rust – en dividend – waar 10% bronbelasting op rust.

¹²⁸ NV, Kamerstukken II 2007 /08, 31 206, nr. 6, p. 25.

Wijziging toegevoegde beperking is niet onbesproken gelaten in de literatuur. Deze limiet wordt in de Nota van Wijziging met een voorbeeld verduidelijkt.¹²⁹

Een in de Verenigde Staten van Amerika (VS) gevestigd pensioenfonds is voor 25% aandeelhouder van een in Nederland gevestigde beleggingsinstelling. Op grond van het met de VS gesloten belastingverdrag heeft dat pensioenfonds recht op volledige teruggaaf van de 15% Nederlandse dividendbelasting die wordt ingehouden op door de beleggingsinstelling uitgekeerde dividenden.

Op 15 juni 2009 ontvangt de beleggingsinstelling € 2000 buitenlands dividend waarop € 300 buitenlandse bronheffing wordt ingehouden. De door de beleggingsinstelling in aanmerking te nemen afdrachtvermindering wordt in dat geval als volgt berekend:

Drukkende buitenlandse bronheffing € 300

Af: belang dat wordt toegerekend aan aandeelhouder die recht heeft op vermindering tot 0% (25% belang) € 75

Afdrachtvermindering: € 225

Uit bovengenoemd voorbeeld vloeit voort dat voor het gedeelte dat aandeelhouders van de fbi recht hebben op een teruggaaf, aan de fbi geen afdrachtvermindering wordt verstrekt. Wanneer deze afdrachtvermindering wel zou worden verleend, betaalt de Nederlandse staat eigenlijk de bronbelasting terug aan partijen die geen db in Nederland betalen. Duidelijk is wel dat deze voorkomingsregel tot grote uitvoeringsproblemen kan leiden. Dit is zeker het geval wanneer de identiteit van de aandeelhouder niet vaststaat. De fbi dient dus onderzoek te doen naar de aandeelhouders, omdat van belang is te beoordelen of hier wel of geen sprake kan zijn van deze beperking van de afdrachtvermindering.¹³⁰ Brandsma geeft zelfs aan het een aanmerkelijke verzwarende te vinden in vergelijking met de teruggaaf. Immers – zo beargumenteerd Brandsma – ten tijde van de afdracht, die ingevolge artikel 19, derde lid, AWR binnen één maand na de inhouding van db moet plaatsvinden, dient de fbi niet alleen op de hoogte te zijn van mogelijke verminderingen, maar ook van teruggaaf van db aan haar buitenlandse aandeelhouders¹³¹

¹²⁹ NvW, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 15, p. 10.

¹³⁰ J.M.J. Hendriks en A.H.A. van Oostrom, 'Knelpunten bij de gewijzigde teruggaafregeling dividendbelasting', WFR 2008/6759.

¹³¹ R.P.C.W.M. Brandsma, 'De afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen in de Wet op de dividendbelasting 1965', WFR 2009/797.

Huidink en Veldhuizen¹³² merken op dat op basis van de wettekst het onduidelijk blijft of de derde limiet een complete uitsluiting van de afdrachtvermindering creëert indien en voor zover verdragsgerechtigde buitenlandse aandeelhouders in de fbi participeren of slechts een beperking van de afdrachtvermindering wordt gecreëerd gelijk aan de vermindering of teruggaaf die aandeelhouders op grond van een belastingverdrag kunnen claimen. Het lijkt mij echter – zoals de auteurs ook concluderen – duidelijk dat de derde limiet is bedoeld als een beperking en niet als uitsluiting. Dit neemt naar mijn mening niet weg dat het wel nadelig is voor de andere aandeelhouders. Die aandeelhouders zien met lede ogen aan dat een kleiner bedrag als afdrachtvermindering in aanmerking kan worden genomen, dan het geval was geweest als hun medeaandeelhouders geen recht zouden hadden op een dergelijke teruggaaf.¹³³

3.4.3.2.3. Beleggingsinstellingen en fiscale eenheid

Vennootschappen die als beleggingsinstelling worden aangemerkt, kunnen een fiscale eenheid voor de vpb vormen. In dat geval wordt de vpb geheven op grond van artikel 15, lid 1 Wet VpB 1969 alsof er één belastingplichtige is. Dat heeft onder andere tot gevolg dat de moedermaatschappij voor alle vennootschappen van de fiscale eenheid aan de uitdelingsverplichting moet voldoen en daarover db moet inhouden en afdragen. De moedermaatschappij kan technisch gezien geen gebruik maken van de afdrachtvermindering, aangezien ten hare laste geen db is ingehouden. De dochtermaatschappijen stoten het dividend namelijk zonder de heffing van db door naar de moedermaatschappij. Om de moedermaatschappij toch gebruik te laten maken van de afdrachtvermindering is het derde lid in artikel 11a opgenomen. Dit lid verwezenlijkt dat de dividend- en bronbelasting die ten laste van een gevoegde dochtermaatschappij is ingehouden, bij de moedermaatschappij als vermindering in aanmerking wordt genomen. Dit geldt ingevolge de tweede volzin ook voor bronbelasting die is ingehouden voor het aangaan van de fiscale eenheid en die na voeging door de moedermaatschappij wordt doorgestoten. Ten gevolge van de derde volzin blijven bij een verbreking van de fiscale eenheid de db en buitenlandse bronheffingen die nog niet op de voet van artikel 11a, eerste lid, Wet DB 1965 tot een vermindering hebben geleid, achter bij de moedermaatschappij.¹³⁴

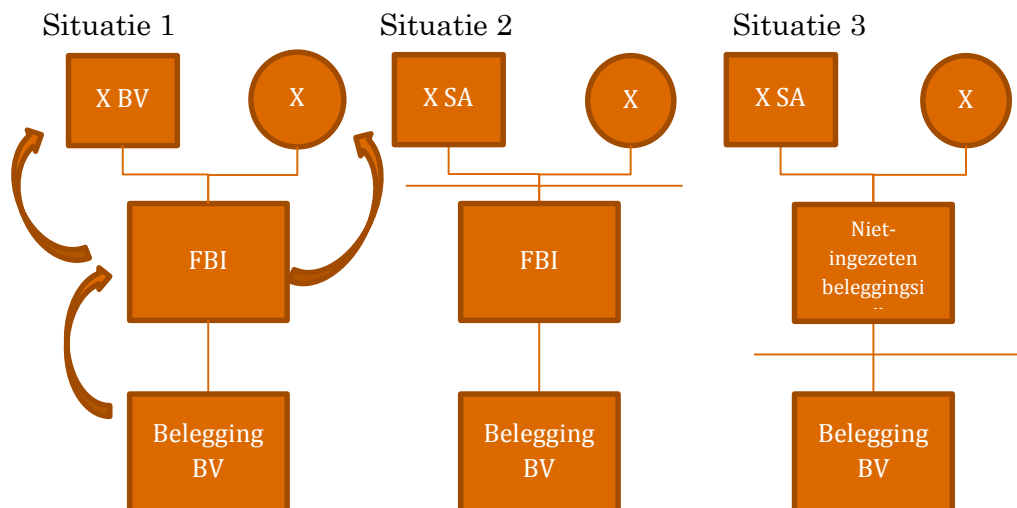
¹³² J.H. Huidink en M.W.W. Veldhuizen, 'De nieuwe afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen', MBB 2008/04.

¹³³ Ik volsta hier met de signalering van het probleem. Er zal verder geen EU-rechtelijke toets volgen. Ik verwijs naar de analyse van Brandsma in R.P.C.W.M. Brandsma, 'De afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen in de Wet op de dividendbelasting 1965', WFR 2009/797.

¹³⁴ MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 40-41.

3.4.4. Binnenlandse en grensoverschrijdende behandeling van beleggingsinstellingen

Met artikel 11a Wet DB 1965 heeft de wetgever de teruggaafregeling aangepast op een dusdanige manier dat buitenlandse beleggingsinstelling niet meer in aanmerking komen voor een tegemoetkoming ten aanzien van de geheven db. Om te beoordelen op welke wijze binnenlandse en grensoverschrijdende situaties worden behandeld, dienen drie situaties te worden onderscheiden. De eerste is de puur binnenlandse situatie. Hierbij zijn zowel de beleggingsinstelling, de vennootschap waarin wordt belegd als de aandeelhouder in de beleggingsinstelling in Nederland gevestigd. De tweede situatie doet zich voor wanneer de beleggingsinstelling en de vennootschap waarin wordt belegd in Nederland zijn gevestigd, terwijl de aandeelhouder in het buitenland woont of is gevestigd. De derde situatie doet zich voor wanneer zowel de beleggingsinstelling als de aandeelhouder in het buitenland zijn gevestigd, terwijl de vennootschap waarin wordt belegd in Nederland is gevestigd. Voor elke situatie dient beoordeeld te worden wat er gebeurt met de ten laste van de beleggingsinstelling ingehouden db en wat er gebeurt met de ten laste van de aandeelhouder door de beleggingsinstelling ingehouden db.



In de eerste situatie dient Belegging BV bij de uitkering van dividend aan de fbi db in te houden en af te dragen aan de Nederlandse fiscus. Wanneer de fbi binnen de termijn van de doorstootverplichting het dividend uitkeert aan haar aandeelhouders, dient ook zij ten laste van deze aandeelhouders dividend in te houden. Ten aanzien van de afdracht geldt een bijzondere situatie: de fbi kan namelijk een beroep doen op de afdrachtvermindering. De ten laste van de fbi ingehouden en afgedragen db kan namelijk in mindering worden gebracht op de door haar ingehouden db. Op deze manier komt de door de fbi ingehouden db ten goede aan de fbi en dus indirect aan haar aandeelhouders. Echter op de aandeelhouders drukt dus impliciet slechts een

keer db, namelijk de db die ten laste van de fbi is ingehouden en afgedragen. Als de aandeelhouders direct – zonder tussenkomst van de fbi – zouden beleggen in Belegging BV, dan zou ook slechts eenmaal dividend op hen drukken. Krachtens artikel 25 Wet VpB 1969, respectievelijk artikel 9.2 Wet IB 2001 is de db in deze gevallen een voorheffing (zie hoofdstuk 2). Aangezien de fbi is aan te merken als een beleggingsinstelling, kan X BV – als zij voor meer dan 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is – geen beroep doen op de deelnemingsvrijstelling. Op deze vennootschap is krachtens artikel 13a jo. 23c Wet VpB 1969 de deelnemingsverrekening van toepassing. Wanneer X BV een van vpb vrijgestelde vennootschap zou zijn als bedoeld in artikel 5 Wet VpB 1969, dan kan zij een beroep doen op de teruggaafregeling van artikel 10, lid 1 Wet DB 1965. Zij krijgt de db vervolgens terug. Geconcludeerd kan derhalve worden dat in een binnenlandse situaties, vanwege de systematiek, de db volledig wordt geneutraliseerd.

In de tweede situatie geldt ten aanzien van de fbi hetzelfde als in situatie 1. De fbi kan namelijk een beroep doen op de afdrachtvermindering, waardoor de db voor de fbi wordt geneutraliseerd. Het probleem in deze situatie speelt pas op het moment dat het dividend naar het buitenland wordt uitgekeerd. In hoofdstuk 3 werd duidelijk dat in de situatie dat een buitenlandse aandeelhouder een dividend krijgt van een in Nederland gevestigde inhoudingsplichtige, dit vanuit Nederlands perspectief dient te worden aangemerkt als een eindheffing. De aandeelhouders kunnen het dividend slechts verrekenen wanneer hiervoor ruimte wordt gegeven in het verdrag (zie hoofdstuk 2).

In de derde situatie komt het verschil in fiscale behandeling dat het gevolg is van de afdrachtvermindering naar voren. Wanneer de in het buitenland gevestigde beleggingsinstelling dividend ontvangt van Belegging BV, dan dient Belegging BV db in te houden en af te dragen aan de Nederlandse fiscus. Daar waar de in Nederland gevestigde fbi voor deze belastingdruk werd gecompenseerd door middel van de afdrachtvermindering op het moment dat zij db op de dooruitdeling dient in te houden, gebeurt dat niet bij een buitenlandse beleggingsinstelling omdat deze niet als inhoudingsplichtige kan worden aangemerkt. Deze systematiek zorgt alleen voor een neutralisatie op het moment dat de beleggingsinstelling ook als inhoudingsplichtige kan worden aangemerkt. Deze beleggingsinstelling kan slechts als inhoudingsplichtige voor de Nederlandse db worden aangemerkt wanneer hij in Nederland is gevestigd en (als inhoudingsplichtige) onder de reikwijdte van de Wet DB 1965 valt. Onder de oude systematiek van voor 2008, waarbij werd gewerkt met een teruggaafregeling, was het niet nodig om als inhoudingsplichtige te worden aangemerkt, waardoor toen alleen de vraag relevant was of een

buitenlandse beleggingsinstelling vergelijkbaar is met de Nederlandse fbi. Deze vraag – of de buitenlandse beleggingsinstelling vergelijkbaar is met een fbi – is niet meer relevant. Ook al is de buitenlandse beleggingsinstelling vergelijkbaar met een fbi, zij komt niet in aanmerking voor neutralisatie van op haar drukkende db. De neutralisatiemogelijkheid voor de fbi is door de wetgever bewust op deze manier vormgegeven. Nadat duidelijk werd dat de teruggaafregeling zoals die gold tot 1 januari 2008 – op grond van EU-recht – ook open dient te staan voor in een ander EU-/EER-staat gevestigde beleggingsinstelling die vergelijkbaar is met de Nederlandse fbi, heeft de wetgever het regime aangepast. Vanwege de mogelijke budgettaire gevolgen heeft Nederland een systeem geïntroduceerd, waardoor materieel hetzelfde beleid in stand is gehouden – namelijk geen db-druk op fbi's – maar feitelijk een ander systeem, waardoor buitenlandse beleggingsinstellingen niet in aanmerking komen voor een neutralisatie. Geconcludeerd kan dus worden dat ten aanzien van ingezetene beleggingsinstellingen met een fbi-status de db volledig wordt geneutraliseerd, terwijl ten aanzien van niet-ingesetene beleggingsinstellingen geen neutralisatie plaatsvindt.

3.5. Vrijgestelde beleggingsinstelling

3.5.1. Algemeen

Vanuit de beleggingswereld is aangegeven dat een fbi niet voor alle categorieën beleggers en voor alle typen beleggingsproducten optimaal is. Met name de verplichte dooruitdeling van winsten is voor sommige beleggers een ongewenste eigenschap van de fbi. Beleggers kozen er daarom voor om te beleggen via een naar Luxemburgs recht opgerichte SICAV of een naar Iers recht opgerichte Collective Investment Fund. Vanuit het oogpunt van het Nederlandse vestigingsklimaat is het wenselijk een regime te introduceren naast het huidige fbi-regime. Derhalve is er naar voorbeeld van de Luxemburgse SICAV bij de wet van 21 juli 2007¹³⁵ een nieuw beleggingsregime opgenomen in artikel 6a Wet VpB 1969. Hierdoor wordt het volgens de wetgever makkelijker voor beleggers om zich te bewegen op de internationale markt. Bij de introductie van het vbi-regime zijn noodzakelijkheidshalve ook de Wet DB 1965 en de Wet IB 2001 aangepast.¹³⁶

Kenmerkend voor het nieuwe regime is ten eerste de introductie van een vrijstelling voor de vpb (artikel 6a, eerste lid Wet VpB 1969).¹³⁷ Ten tweede is de vbi niet inhoudingsplichtig voor de db (artikel 1, lid 4, Wet DB 1965). Ook is expliciet opgenomen in artikel 10 Wet DB 1965 dat de

¹³⁵ Stb. 2007, 269.

¹³⁶ MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 1-2.

¹³⁷ MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 8 – 10.

teruggaafregeling niet van toepassing is op de vbi.¹³⁸ Verder kent de vbi ook enige aanpassingen in de Wet IB 2001.¹³⁹ In artikel 3.29a Wet IB 2001 wordt aan beleggers die vanuit de winstsfeer beleggen in de vbi de verplichting opgelegd de aandelen in die vbi te waarderen op de waarde in het economisch verkeer. Het tweede lid van artikel 3.29a van de Wet IB 2001 beoogt te voorkomen dat ondernemingen indirect in vbi's gaan beleggen om zodoende aan het waarderingsvoorschrift van het eerste lid te ontkomen. Dat zou – bij ontbreken van het tweede lid – bijvoorbeeld kunnen als een buitenlands lichaam of een fbi zou worden tussengeschoven. Daarom is in het tweede lid geregeld dat in het geval een onderneming een belang houdt in een lichaam waarvan de bezittingen in belangrijke mate bestaan uit een middellijk of onmiddellijk belang in een vbi, het belang in het eerstbedoelde lichaam eveneens wordt gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer.^{140, 141} Daarnaast is in de artikelen 4.13, lid 1, 4.14 en 4.27 Wet IB 2001 opgenomen dat bij het reguliere voordeel uit a.b. tevens een forfaitair rendement in aanmerking genomen moet worden ten aanzien van tot a.b. behorende aandelen in een vbi.¹⁴² Aangezien de in box 3 vallende aandeelhouders worden belast over het fictief rendement, is een aanpassing ten aanzien van deze groep aandeelhouders ten gevolge van de introductie van de vbi niet nodig.

3.5.2. Fiscale behandeling dividendbelasting

De belastingplicht van beleggingsinstellingen binnen de Wet DB 1965 dient vanuit twee perspectieven te worden bekeken. Het eerste perspectief is de db die ten laste van de beleggingsinstelling is ingehouden. Het tweede is de db die ingehouden dient te worden op het moment dat de beleggingsinstelling dividend uitkeert aan haar aandeelhouders. Hoewel de fbi middels een afdrachtvermindering de ten hare laste ingehouden db kan verrekenen met de db die zij bij een dividenduitkering ten laste van haar aandeelhouders moet inhouden en afdragen, is voor de vbi een andere neutralisatiemogelijkheid gekozen. Ten aanzien van de inhoudingsplicht voor de db, heeft de vbi – op grond van artikel 1, vierde, Wet DB 1965 – een vrijstelling. Deze lichamen hoeven net als voor de vpb belastingplichtige vennootschappen in een deelnemingssituatie (zie paragraaf 2.5.1) geen db in te houden. Daarnaast is aan artikel 1 ook een vijfde lid toegevoegd. Dit lid ziet op de situatie dat een beleggingsinstelling wordt omgevormd van een fbi in een vbi. In het vijfde lid is in onderdeel a bepaald dat de vrijstelling van de db voor vbi's niet geldt in de eerste acht maanden nadat een fbi is omgevormd in een vbi. Dit geldt voor zover de winst die in die acht maanden wordt uitgekeerd, de winst die het lichaam verplicht dient

¹³⁸ MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 14.

¹³⁹ MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 1.

¹⁴⁰ MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 12.

¹⁴¹ Aangezien in de afbakening van dit onderzoek is aangegeven dat niet wordt ingegaan op de situatie waarbij de aandelen deel uitmaken van het ondernemingsvermogen, wordt verder niet ingegaan op artikel 3.29a Wet IB 2001.

¹⁴² MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 12 – 13.

uit te keren op grond van artikel 28, tweede lid, Wet VpB 1969 niet te boven gaat. Het betreft dan immers winst die is ontstaan in het tijdvak dat het lichaam als fbi werd aangemerkt. Daarnaast mag op grond van onderdeel a van datzelfde lid de inhoudingsvrijstelling niet worden toegepast op zuivere winst die reeds aanwezig was voordat de aan de vpb onderworpen vennootschap werd omgevormd in een vbi. Zonder nadere bepaling zou deze claim verloren gaan, omdat op uitdelingen door de vbi geen db wordt ingehouden.¹⁴³

Aangezien de db voor van vpb vrijgestelde lichamen niet is aan te merken als een voorheffing als bedoeld in artikel 25 Wet VpB 1969, is in artikel 10 Wet DB 1965 voor hen een teruggaafregeling opgenomen. Echter de vbi heeft op grond van artikel 10, eerste, derde volzin, Wet DB 1965 dit recht niet. Indien een vbi wel recht zou hebben op een teruggaaf – zo beargumenteerd de wetgever – zou men door middel van het beleggen in aandelen in een vbi de heffing van de db geheel kunnen ontgaan. Een vbi behoeft immers op grond van artikel 1, vierde lid, Wet DB 1965 geen db in te houden op het door haar uitgekeerde dividend.¹⁴⁴ Echter op deze wijze ontstaat in vergelijking met de fbi een discrepantie voor de aandeelhouder. Dit is het gevolg van het feit dat de db – die ten laste van een vbi wordt ingehouden en afgedragen – door de vbi niet kan worden verrekend nog teruggevraagd. Dit terwijl de fbi de ten hare laste ingehouden db wel kan verrekenen met de db die zij bij een dividenduitkering ten laste van haar aandeelhouders dient af te dragen. Met andere woorden: de db drukt feitelijk op de vbi en niet op de fbi. Dit verschil werkt door naar de aandeelhouders van de twee beleggingsinstellingen. Aangezien de vbi op grond van artikel 1, lid 4 Wet DB 1965 geen db inhoudt kunnen de aandeelhouders de db die ten laste van de vbi is ingehouden en afgedragen niet verrekenen. In de hele cyclus is dus db verschuldigd die niet kan worden verrekend. De db drukt dus op de uiteindelijke aandeelhouder. Dit is naar mijn mening een onevenwichtigheid in het systeem die dient te worden opgelost. Deze is namelijk in strijd met de rechtsgrondslag van de db dat slechts als pure voorheffing dient te fungeren. Bij de fbi kan de vennootschap een beroep doen op de afdrachtvermindering. Aangezien de fbi als inhoudingsplichtige wordt aangemerkt kan de aandeelhouder de ten laste van haar ingehouden db terugvragen off verrekenen.

Bij de grensoverschrijdende situatie dienen twee verschillende situaties te worden onderscheiden. De eerste is dat een in het buitenland wonende aandeelhouder aandelen houdt in een in Nederland gevestigde vbi. De tweede situatie is dat een in het buitenland met een vbi vergelijkbare beleggingsinstelling aandelen houdt in Nederlandse vennootschappen. Wanneer

¹⁴³ MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 13 – 14.

¹⁴⁴ MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 14.

een in het buitenland wonende aandeelhouder aandelen heeft in een in Nederland gevestigde vbi, geldt desondanks de inhoudingsvrijstelling. Deze is namelijk van toepassing onafhankelijk van de vraag waar de aandeelhouder is gevestigd. In deze situatie wordt geen onderscheid gemaakt tussen de binnenlandse en de grensoverschrijdende situatie. De inhoudingsvrijstelling wordt namelijk toegekend ongeacht de woon- of vestigingsplaats van de aandeelhouder. In de tweede situatie – waarbij het gaat om een in het buitenland gevestigde met de Nederlandse vbi vergelijkbare beleggingsinstelling – is de fiscale behandeling vergelijkbaar met de binnenlandse situatie.¹⁴⁵ Ten laste van de buitenlandse beleggingsinstelling wordt namelijk db ingehouden die – net als in binnenlandse situaties – niet wordt geneutraliseerd.

3.5.3. Fiscale behandeling inkomstenbelasting

3.5.3.1. Algemeen

Wanneer particulieren voor meer dan 5% deelnemen in een vbi, dan is sprake van een a.b. Binnen het a.b. wordt voor de belastingheffing in beginsel aangesloten bij dividend of het voordeel dat ontstaat bij de vervreemding van de aandelen. Aangezien de vbi vrijgesteld is van belastingheffing en de vbi – anders dan de fbi – niet verplicht is om het dividend uit te keren, is het mogelijk winst oneindig op te potten. Voor de a.b.-houder betekent dit dat de winstneming in principe kan worden uitgesteld tot het moment van vervreemding van de aandelen. Dit acht de wetgever een ongewenste situatie.¹⁴⁶ Om deze ongewenste situatie tegen te gaan is artikel 4.13, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001 aangepast.¹⁴⁷ Dit artikel bepaalt dat jaarlijks 4% forfaitair rendement in aanmerking dient te worden genomen, welk rendement wordt belast tegen 25%.¹⁴⁸ Om dubbele belastingheffing vervolgens tegen te gaan wordt op grond van artikel 4.27 Wet IB 2001 de verkrijgingsprijs van de aandelen in de beleggingsinstelling verhoogd met het in aanmerking genomen forfaitaire rendement. Aangezien de verkrijgingsprijs van de aandelen op grond van artikel 4.27 Wet IB 2001 wordt verhoogd met het in aanmerking genomen forfaitaire rendement, leidt dit over de totale bezitsperiode bezien niet tot heffing over niet-gerealiseerde voordelen. Voor de volledigheid wordt nog opgemerkt dat het forfaitaire rendement wordt verminderd met het uitgekeerde dividend, maar niet verder dan nihil (artikel 4.14, eerste lid, van de Wet IB 2001). Op grond van het tweede lid wordt het voordeel naar tijdsgelang berekend, waarbij wordt uitgegaan van de waarde in het economische verkeer bij aanvang van het kalenderjaar.

¹⁴⁵ Egelie stelt dat vennootschappen die niet vergelijkbaar zijn met een fbi, vergeleken moeten worden met een vbi (W.F.E.M. Egelie, 'VWEU-rechtelijke dividendbelastingclaims en buitenlandse 'vbi-lookalikes', NTFR 2013/1888).

¹⁴⁶ MvT, Kamerstukken II, 2005/06, 30 533, nr. 3, p. 12 – 13.

¹⁴⁷ Dit artikel was reeds opgenomen voor participaties in buitenlandse vrijgestelde/laagbelaste beleggingsinstellingen.

¹⁴⁸ Hiermee wordt een nagenoeg gelijke heffing bereikt als voor particulieren die deelnemen in een soortgelijk fonds waarbij de heffing plaatsvindt in box 3 (4% forfaitair rendement belast tegen 30%)

3.5.3.2. *Bepaling forfaitair rendement*

3.5.3.2.1. Binnenlandse situatie

Artikel 4.14 jo. artikel 4.13, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001 is gebaseerd op artikel 29a Wet IB 1964, waarbij per 1 januari 2001 een aantal belangrijke wijzigingen is opgenomen. Zo is de regeling alleen voor a.b.-houders, is de mogelijkheid van tegenbewijs vervallen en is het toepassingsbereik van het forfaitaire rendement beperkt door het artikel alleen van toepassing te verklaren op aandelen en winstbewijzen. Om een evenwicht tussen de fbi en de buitenlandse beleggingsvennootschap te creëren en om het minder aantrekkelijk te maken om in buitenlandse vennootschappen te investeren is het forfaitaire rendement in de wet opgenomen.¹⁴⁹ De regeling heeft in de loop van haar bestaan meer een anti-misbruik karakter gekregen, omdat de wetgever probeerde te voorkomen dat via in het buitenland gevestigde beleggingsvennootschappen de belasting werd ontweken door beleggingen in het buitenland belastingvrij op te potten.¹⁵⁰

Met de introductie van de vbi werd – mede om oppotting tegen te gaan – artikel 4.13, eerste lid, onderdeel a jo. artikel 4.14, eerste t/m het derde en het negende lid Wet IB 2001 mede van toepassing verklaard op aandeelhouders die een a.b. houden in een dergelijke vbi.

3.5.3.2.2. Buitenlandse beleggingsinstellingen in artikel 4.14 Wet IB 2001¹⁵¹

Artikel 4.13, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001 stelt dat sprake is van een forfaitair voordeel uit aandelen van een niet in Nederland gevestigde vennootschap waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld en waarvan de bezittingen grotendeels (lees meer dan 50%) direct of indirect bestaan uit beleggingen. Wat onder deze zinsnede wordt verstaan wordt vervolgens uitgewerkt in artikel 4.14 Wet IB 2001. Zo stelt het vierde lid dat voor de beleggingstoets – wanneer de beleggingsinstelling aandelen heeft in een vennootschap wiens feitelijke werkzaamheden aanmerkelijk verschillen van beleggen of daarmee overeenkomende werkzaamheden – niet naar de bezittingen van die vennootschap als bezitting voor de beleggingstoets moet worden meegenomen, maar dient te worden gekeken naar die aandelen sec. Met andere woorden: de toepassing van de beleggingstoets vindt plaats afhankelijk van de werkzaamheden van de dochtermaatschappij. Wanneer een dochtermaatschappij daadwerkelijk

¹⁴⁹ Deze regeling was ingesteld om een evenwicht te creëren tussen de fbi en een buitenlandse beleggingsinstelling. Daar waar de fbi een uitdelingsverplichting had, hoefde deze natuurlijk niet te gelden voor de buitenlandse beleggingsinstellingen.

¹⁵⁰ De Commissie inkomstenbelasting en toeslagen heeft in haar voorgesteld om het forfaitaire rendement zelfs uit te breiden naar alle a.b.-houders. Hiermee wordt volgens de commissie de a.b.-houder regelmatig in de belastingheffing betrokken en wordt het emigratielek beperkt (Rapport Commissie Inkomstenbelasting en Toeslagen).

¹⁵¹ Deze paragraaf valt onder binnenlandse situatie, omdat middels deze bepaling binnenlandse a.b.-houders worden belast. Aangezien ik geen aandacht besteed aan inbound dividenden, wordt deze bepaling onder de noemer 'binnenlandse situatie' behandeld.

economische activiteiten ontplooit, dienen de bezittingen van die dochtermaatschappij niet te worden meegenomen. Er dient te worden gekeken naar de hoedanigheid waarin de aandelen in deze dochter worden gehouden. Belegt de vennootschap slechts in de dochter, dan dienen die aandelen voor de bezittingentoets te worden aangemerkt als belegging. Worden de aandelen niet gehouden als belegging, maar bemoeit de vennootschap zich daadwerkelijk met het reilen en zijlen van de dochtervennootschap, dan kan niet worden gesteld dat de aandelen worden aangehouden als belegging.

Om te kunnen beoordelen of de bezittingen van een buitenlandse vennootschap grotendeels bestaan uit beleggingen en dus kan worden gekwalificeerd als een beleggingsvennootschap, dient ook het begrip belegging duidelijk te worden omschreven. Het ligt buiten het bereik van deze scriptie om op die vraag in te gaan. Ik verwijs volledigheidshalve naar de kamerstukken en jurisprudentie die op dit vlak is geweest.¹⁵² Verder bevat het zesde lid een aantal onderdelen waar uitbreidingen van het begrip belegging en bezitting. Het achtste lid bevat een drietal uitzonderingen waarbij artikel 4.13, eerste lid, onderdeel a geen toepassing vindt. De eerste uitzondering wordt gevormd door banken, hypotheekbanken en verzekeringsmaatschappijen (onderdeel a). De tweede uitzondering wordt gevormd door de vennootschappen waarvan de feitelijke werkzaamheden aanmerkelijk verschillen van beleggen en daarmee overeenkomende werkzaamheden (onderdeel b; activiteitentoets).¹⁵³ De derde en tevens laatste uitzondering wordt gevormd door de beleggingsvennootschappen die zijn onderworpen aan belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing (lees minimaal 10%; onderdeel c).

Om te voorkomen dat de toepassing van dit artikel wordt vermeden door de beleggingen simpelweg onder te brengen in een van een Nederlandse vennootschap in het buitenland gevestigde vaste inrichting, bevat het vijfde lid een anti-misbruikbepaling. Deze misbruikbepaling stelt dat het forfaitaire rendement ook van toepassing is op a.b.-houders van Nederlandse vennootschappen die een vaste inrichting hebben in het buitenland waarvan de feitelijke activiteiten niet aanmerkelijk verschillen van beleggen of overeenkomende werkzaamheden. Echter aan deze toets gaat wel de bezittingentoets aan vooraf. Dus als de bezittingen van de vennootschap niet grotendeels bestaan uit beleggingen, dan wordt niet toegekomen aan het vijfde lid. Het vijfde lid luidt namelijk als volgt: *“Voor de toepassing van artikel 4.13, eerste lid, onderdeel a, wordt onder een niet in Nederland gevestigde vennootschap*

¹⁵² Kamerstukken 1979/80, 15 516, nr. 42e, p.4 en HR 8 december 2006, nr. 41 711, BNB 2007/83.

¹⁵³ Dit betekent dus dat wanneer een buitenlandse vennootschap wel aan de bezittingentoets voldoet, maar niet aan de activiteitentoets, er geen sprake is van een beleggingsvennootschap in de zin van dit lid. Dit leidt vervolgens tot het feit dat het forfaitaire rendement niet van toepassing is.

mede verstaan een in Nederland gevestigde vennootschap die een buiten Nederland aanwezige vaste inrichting heeft waarvan de feitelijke werkzaamheden niet aanmerkelijk verschillen van beleggen of overeenkomende werkzaamheden”.

Een tweede manier om onder de werking van dit artikel uit te komen is door de oprichting van een binnenlandse vennootschap die vervolgens de aandelen in de buitenlandse beleggingsvennootschap houdt. De vennootschap is namelijk niet belast voor een forfaitair voordeel als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel a. Op deze manier kan dus in beginsel de winst in de beleggingsinstelling worden opgepot. Dit wordt echter door twee bepalingen tegengegaan. De eerste bepaling is te vinden in het negende lid. Dit lid bepaalt dat aandelen in een beleggingsvennootschap naar evenredigheid van ieders belang worden toegerekend aan de uiteindelijke aandeelhouder (lees de a.b.-houder van de tussengeschoven vennootschap), wanneer de aandelen van de beleggingsvennootschap worden gehouden door een vennootschap (de doorkijkregel). Met andere woorden: het tussenschuiven van een beleggingsvennootschap heeft door het negende lid geen nut meer, aangezien de aandelen van de buitenlandse beleggingsvennootschap worden toegerekend aan de uiteindelijke a.b.-houders. Zonder een dergelijke bepaling zou artikel 4.13, lid 1, sub a Wet IB 2001 makkelijk kunnen worden ontweken door het tussenschuiven van een Nederlandse vennootschap. Daarnaast bevat het negende lid in de tweede volzin een reductieregel. Deze reductieregel bewerkstelligt dat het via de doorkijkregeling in aanmerking te nemen forfaitaire voordeel wordt verminderd met het bedrag aan belaste voordelen die de binnenlandse vennootschap ontvangt uit de beleggingsvennootschap. Hierbij is het niet relevant of de vennootschap de dividenden doorbetaalt aan de aandeelhouder.¹⁵⁴

De tweede bepaling die het tegengaan van het ontwijken van het forfaitair rendement bewerkstelligt door het tussenschuiven van een vennootschap is artikel 3.29a Wet IB 2001 jo. Artikel 8 Wet VpB 1969. Middels deze bepaling wordt de vennootschap gedwongen het belang te waarderen naar de waarde in het economische verkeer. In beginsel kan deze opwaardering naar waarde economische verkeer geen kwaad, aangezien een door het buitenlandse beleggingslichaam uitgekeerde beleggingsopbrengst alleen is belast voor de vpb als de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de (tussengeschoven) binnenlandse vennootschap. Vanaf 2007 zijn de huidige leden 9 tot en met 12 opgenomen in artikel 13 Wet VpB 1969. Deze leden regelen dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op een laagbelaste beleggingsdeelneming. Voor de bepaling of sprake is van een beleggingsdeelneming wordt de

¹⁵⁴ Kamerstukken II, 1979-1980, 15 516, nr. 11, p. 28.

term 'vrije beleggingen' geïntroduceerd. Van laagbelast is geen sprake indien een belasting wordt geheven van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde winst.¹⁵⁵ Deze deelnemingsvrijstelling is ook niet van toepassing bij regimes voor vrijgestelde beleggingsdeelneming als bedoeld in artikel 6a Wet VpB 1969. Op deze situaties is op grond van artikel 13aa jo. artikel 23c Wet VpB 1969 de deelnemingsverrekening van toepassing. Op deze manier wordt de op grond van artikel 3.29a Wet IB 2001 verplichte opwaardering wel effectief belast.

De werking van zowel artikel 4.14, negende lid, Wet IB 2001 en artikel 3.29a Wet IB 2001 kan leiden tot een overkill. In die zin dat zowel de vennootschap de waarde van het aandeel dient te waarderen op de waarde in het economische verkeer, als dat artikel 4.14, negende lid, eerste volzin stelt dat de doorkijkregeling van toepassing is. Op deze manier wordt zowel de tussengeschoven vennootschap met vpb belast als de uiteindelijke aandeelhouder voor het forfaitaire rendement. Deze overkill heeft ertoe geleid dat artikel 4.14, tiende lid, Wet IB 2001 stelt dat het negende lid (de doorkijkregeling) buiten toepassing blijft, als artikel 3.29a toepassing vindt.

3.5.3.2.3. Grensoverschrijdende situatie

Een buitenlandse aandeelhouder die aandelen heeft in een in Nederland gevestigde vennootschap, wordt middels de buitenlandse belastingplicht als bedoeld in artikel 7.5 Wet IB 2001 in de belastingheffing betrokken. Zonder verdragstoepassing leidt dit tot de toepassing van het fictieve voordeel als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel a jo. artikel 4.14 Wet IB 2001. Alvorens wordt gekeken of artikel 7.5 opzij wordt gezet door een belastingverdrag, dient te worden opgemerkt dat een vbi niet kan worden aangemerkt als verdragsinwoner. De vbi kan derhalve geen beroep doen op de verdragsvoordelen. Voor een grensoverschrijdende situatie is derhalve niet het dividendartikel van artikel 10 OMV, maar het restartikel van artikel 21 OMV van toepassing. Dit artikel bepaalt dat het dividend slechts belastbaar is in de woonstaat van de aandeelhouder.¹⁵⁶ En geeft, anders dan artikel 10 OMV, geen heffingsbevoegdheid aan de bronstaat. Onder dit artikel mag Nederland als bronland derhalve niet heffen over het dividend. De buitenlandse aandeelhouder is dus niet voor het fictieve voordeel uit een a.b. in een vbi belastingplichtig.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Ook de aanwezigheid van een reële heffing vormt een uitzondering (artikel 4.14, achtste lid, onderdeel c Wet IB 2001).

¹⁵⁶ S. Wolvers, 'Fiscaal Verdragsbeleid 2022; verdragsvoordelen vbi?', NTFR 2011/613.

¹⁵⁷ Het feit dat het restartikel van toepassing is, leidt er ook toe dat Nederland ook niet in de gevallen van artikel 1, vijfde lid, Wet DB 1965 mag heffen. Echter uit een brief aan de Tweede Kamer van 14 februari 2007, nr. IFZ2007/94M

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat vanuit Nederlands perspectief binnenlandse aandeelhouders in de belastingheffing worden betrokken in de ib, terwijl de buitenlandse aandeelhouders niet in de belastingheffing worden betrokken.

3.6. Conclusie

In het bovenstaande is onderzocht op welke manier ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen, fbi's en vbi's in de db-heffing werden betrokken. Bij de teruggaafregeling ontstaat het verschil in fiscale behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen als gevolg van de dubbele eis die wordt gesteld aan de niet-ingezeten pensioenfondsen. Zo dient het niet-ingezeten pensioenfonds, zowel in het buitenland vrijgesteld te zijn van een belasting geheven naar winst, als ook vrijgesteld te zijn van Nederlandse vpb als het pensioenfonds in Nederland zou zijn gevestigd. De situatie dat het niet-ingezeten pensioenfonds niet kan voldoen aan de voorwaarden die – op grond van artikel 5, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 – aan een Nederlands pensioenfonds worden gesteld is niet ondenkbaar. Verder zagen we dat het pensioenfonds verdragsgerechtigd is, alleen dat de belasting die ten hare laste wordt ingehouden niet kan worden verrekend omdat zij meestal in haar vestigingsstaat wordt vrijgesteld van belastingheffing. Die vraag is derhalve wie in deze situatie gehouden is de db-druk te neutraliseren.

Ten aanzien van de fbi kan worden geconcludeerd dat de huidige systematiek ertoe leidt dat een verschil in fiscale behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situatie ontstaat. Een verschil in fiscale behandeling was ook aanwezig in de systematiek in de periode van vóór 2008, toen de binnenlandse fbi's recht hadden op een teruggaaf, terwijl buitenlandse fbi's dit recht niet hadden. Een dergelijke bepaling werd in strijd geacht met het EU-recht, waardoor een afdrachtvermindering werd geïntroduceerd. Deze afdrachtvermindering is slechts toepasbaar wanneer de fbi binnen de db kan worden aangemerkt als inhoudingsplichtige. Echter om als inhoudingsplichtige te kunnen worden aangemerkt, dient de niet-ingezeten beleggingsinstelling te zijn gevestigd in Nederland.

Ten aanzien van de vbi kan worden geconcludeerd dat deze op een dusdanige manier is vormgegeven dat binnen de Wet DB 1965 geen onderscheid wordt gemaakt tussen ingezeten en niet-ingezeten vbi's.

stelt de minister van Financiën, onder verwijzing naar de compartimenteringsleer, dat Nederland onder het verdrag het heffingsrecht behoudt.

4. De voorheffingssystematiek en het EU-recht

4.1. Inleiding

In hoofdstuk 2 en 3 is voor vier onderscheiden groepen aandeelhouders onderzocht wat de fiscale behandeling is in zowel binnenlandse als grensoverschrijdende situaties. Voor deze groepen is geconcludeerd dat een verschil bestaat in fiscale behandeling. Ingezetten aandeelhouders worden – vanuit Nederlands perspectief – anders behandeld dan niet-ingezetten aandeelhouders. Dit verschil in fiscale behandeling kan leiden tot een nadeligere belastingheffing van de niet-ingezetten aandeelhouder ten opzichte van de ingezetten aandeelhouder.¹⁵⁸ In dit hoofdstuk wordt getoetst of de verschillen in overeenstemming zijn met het EU-recht. Het EU-recht eist dat lidstaten geen belemmeringen opwerpen en dat verplichtingen die voortvloeien uit het VwEU worden nagekomen door verdragsvrijheden te waarborgen. In dit hoofdstuk staat de EU-rechtelijke toetsing van het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetten en niet-ingezetten particuliere en rechtspersonen aandeelhouders centraal. Het gaat om de vraag of het in hoofdstuk 2 onderscheiden verschil – dat de db in binnenlandse situaties fungeert als een voorheffing, terwijl de db in grensoverschrijdende situaties een eindheffing vormt – in strijd is met het EU-recht. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetten en niet-ingezetten pensioenfondsen. Hierbij wordt de teruggaafregeling als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1965 getoetst aan het EU-recht. Voorts komt in hoofdstuk 5 het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetten en niet-ingezetten beleggingsinstellingen aan de orde. Hierbij wordt de afdrachtvermindering als bedoeld in artikel 11a Wet DB 1965 getoetst. In dit hoofdstuk staat derhalve de volgende deelvraag centraal:

Is het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetten en niet-ingezetten particuliere en vennootschappelijke aandeelhouders in strijd met het EU-recht?

In paragraaf 4.2 wordt eerst onderzocht welke verdragsvrijheid in welke situatie aan de orde komt. Tevens wordt kort ingegaan op de term ‘derde landen’. In paragraaf 4.3 wordt het verschil in fiscale behandeling getoetst aan het EU-recht. In paragraaf 4.4 wordt afgesloten met een conclusie.

¹⁵⁸ Hierbij dient wel de opmerking te worden gemaakt dat in de meeste gevallen de ingezetten aandeelhouder wordt gediscrimineerd ten opzichte van de niet-ingezetten aandeelhouder. De belastingdruk vanuit Nederlands perspectief op binnenlandse dividenden is in de meeste gevallen hoger dan op outbound dividenden. In het arrest HvJ 26 januari 1993 zaak C-112/91 (Werner) heeft het HvJ geoordeeld dat een lidstaat haar eigen onderdanen zwaarder mag belasten dan onderdanen van andere lidstaten.

4.2. Geëigende vrije verkeersbepaling en ‘derde landen’

4.2.1. De voorrangsregels

Ten aanzien van fiscale belemmeringen kan de vraag zich voordoen welke vrije verkeersbepaling van toepassing is. In pure EU-situaties is de van toepassing zijnde vrije verkeersbepaling niet relevant.¹⁵⁹ Strijdigheid van fiscale wetgeving met de vrije verkeersbepalingen leidt namelijk tot één conclusie: onverenigbaarheid met EU-recht.¹⁶⁰ In de rechtspraak is echter diverse malen de vraag opgeworpen of bepaalde fiscale bepalingen getoetst dienen te worden aan het vrij verkeer van kapitaal of het vrij verkeer van vestiging. De relevantie van deze vraag wordt verklaard in de situaties met derde landen. Artikel 64 VwEU bepaalt namelijk dat het vrije verkeer van kapitaal ook van toepassing is in relatie tot derde landen, terwijl het vrij verkeer van vestiging slechts van toepassing is in pure EU-situaties.

Voor de vraag welke vrijheid in concrete situaties van toepassing is, kent het VwEU geen voorrangsregels. Vanaf 2002 en met name vanaf 2006 heeft het HvJ nadrukkelijk regels ontwikkeld over hoe om te gaan met de samenloop van het vrij verkeer van kapitaal en het vrij verkeer van vestiging. In 2000 formuleerde het EVA-hof de regel dat alleen de dominante vrijheid van toepassing was.¹⁶¹ Het HvJ nam deze dominantieregel over.¹⁶² In het arrest *Überseeing*¹⁶³ heeft het HvJ de algemene voorrangsregel geformuleerd bij samenloop van beide verkeersbepalingen. Het HvJ stelde dat de verwerving van aandelen in een andere vennootschap in beginsel onder het vrij verkeer van kapitaal valt, zolang deze deelneming aan de aandeelhouder geen zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat zij de activiteiten ervan kan bepalen. Als het zich voordoet dat de aandeelhouder een dusdanig belang verwerft dat hem een zodanige invloed verschafft op de deelneming dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, is het vrij verkeer van vestiging van toepassing.^{164, 165} Het arrest *Überseeing* heeft echter met name duidelijkheid verschafft over welke bepaling van toepassing is in het kader van specifieke wetgeving.¹⁶⁶ Na het arrest *Überseeing* kan dus worden geconcludeerd dat wetgeving waarbij beslissende invloed vereist is (‘meerderheidsgevallen’), getoetst dient te worden aan het

¹⁵⁹ J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law: students edition*, Kluwer Deventer 2012, p. 55-57.

¹⁶⁰ Mits geen rechtvaardigingsgrond aanwezig wordt geacht en de belemmerende regeling proportioneel is om het gerechtvaardigde doel te bereiken.

¹⁶¹ EVA-hof 14 juli 2000, zaak E-1/00 (Islandsbanki).

¹⁶² HvJ 5 november 2002, zaak c-390/99 (Canal Satélite Digital), punt 31.

¹⁶³ HvJ 5 november 2002, zaak c-208/00, (*Überseeing*).

¹⁶⁴ HvJ 5 november 2002, zaak c-208/00, (*Überseeing*), punt 77

¹⁶⁵ Het criterium van het hebben van "een deelneming die een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat de betrokkenen de activiteiten ervan kunnen bepalen" wordt wel het "beslissende-invloedcriterium" genoemd. In feite volgde dit criterium reeds uit het arrest-Baars. (HvJ 13 april 2000, zaak c-251/98).

¹⁶⁶ Denk hierbij aan de fiscale eenheid voor het vrije verkeer van vestiging en de aflopende deelneming in het kader van de vrijheid van kapitaalverkeer.

vrije verkeer van vestiging. Wetgeving die uitsluitend van toepassing is in gevallen zonder dat beslissende invloed is vereist (minderheidsgevallen) dient te worden getoetst aan het vrije verkeer van kapitaal. In de X en Y-zaak¹⁶⁷ gaat het HvJ in op de vraag welke vrije verkeersbepaling van toepassing is in geval van wetgeving die zowel kan worden toegepast in gevallen van beslissende invloed, als in gevallen zonder beslissende invloed. Het HvJ oordeelde dat bij wetgeving die zowel van toepassing kan zijn bij gevallen met beslissende invloed als bij gevallen zonder beslissende invloed, naar de feiten van het geval moet worden gekeken om te bepalen welke vrijheid van toepassing is.¹⁶⁸ Indien op basis van de feiten van het geval sprake is van beslissende invloed, dient getoetst te worden aan het vrij verkeer van vestiging. Indien op basis van de feiten van het geval geen sprake is van beslissende invloed, dient getoetst te worden aan het vrij verkeer van kapitaal.¹⁶⁹

Deze voorrangsregels lijken duidelijk, maar het HvJ heeft zich in vervolgarresten – ten aanzien van generieke wetgeving niet gehouden aan deze voorrangsregels. In de literatuur is derhalve de juiste toepassingswijze van deze voorrangsregels niet onbesproken gelaten.¹⁷⁰ Zo heeft het HvJ in 2007 het arrest Holböck¹⁷¹ gewezen waarbij het ging om een generieke maatregel met beslissende invloed. Op basis van de arresten Überseeing en X en Y ligt het voor de hand dat het HvJ zou oordelen dat slechts aan het vrij verkeer van vestiging zou moeten worden getoetst. Echter, het HvJ toetste in Holböck aan beide vrijheden. Als gevolg van dit arrest zijn de Duitse en Franse rechter ook aan beide vrijheden gaan toetsen.¹⁷² In het arrest Glaxo Wellcome¹⁷³ ging het HvJ weer anders te werk. In dit arrest heeft het HvJ de derde voorrangsregel niet toegepast, en heeft zich slechts beperkt tot de eerste twee voorrangsregels. Door in het Glaxo Wellcome-arrest niet te motiveren waarom regel 3 niet opging, heeft het HvJ de onzekerheid over de rangorde van de vrijheden in stand gelaten.¹⁷⁴

¹⁶⁷ HvJ 21 november 2002, zaak C-436/00 (X en Y).

¹⁶⁸ HvJ EG 21 november 2002, zaak C-436/00 (X en Y), punten 37, 65 en 68.

¹⁶⁹ Deze alinea is een samenvatting van S.J.C. Hemels en J.W. Rompen, 'Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?', WFR2010/1058.

¹⁷⁰ D.S. Smit, 'Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting', TFO 2012/122; S.J.C. Hemels en J.W. Rompen, 'Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?', WFR2010/1058; B.J. 'Kiegebeld, Kapitaalverkeer versus vestigingsverkeer', NTFR-B 2009/47; M.G.H. van der Kroon, 'Het Baarscriterium krijgt invulling', WFR 2010/229; J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*; students edition, Kluwer Deventer 2012.

¹⁷¹ HvJ 24 mei 2007, zaak C-157/05 (Holböck).

¹⁷² Hemels en J.W. Rompen, 'Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?', WFR2010/1058.

¹⁷³ HvJ 17 september 2009, zaak C-182/08 (Glaxo Wellcome).

¹⁷⁴ S.J.C. Hemels en J.W. Rompen, 'Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?', WFR2010/1058.

In HR 26 september 2008 sprak de Hoge Raad zich voor het eerst uit over een dergelijk rangordevraagstuk.¹⁷⁵ In andere arresten, te weten: HR 15 mei 2009, HR 25 september 2009 en HR 9 april 2010 toetste de Hoge Raad – verwijzend naar de arresten Burda¹⁷⁶ en Holböck – slechts aan één vrijheid. Het criterium dat de Hoge Raad hiervoor gebruikte was: ‘wel of geen beslissende invloed’. Naar mijn mening merken Hemels en Rompen terecht op dat als gevolg hiervan een meerderheidsaandeelhouder – die volgens de Hoge Raad onder het vrije verkeer van vestiging valt – in vergelijking met een minderheidsaandeelhouder – die onder het vrije verkeer van kapitaal valt – nadeliger wordt behandeld wanneer de aandeelhouders zijn gevestigd in een derde land. Na Glaxo en Holböck vinden Hemels en Rompen dat de HR of een rechter uit een ander EU-lidstaat prejudiciële vragen moet stellen om hier duidelijkheid over te geven. Anders dan Hemels en Rompen achten Kiekebeld¹⁷⁷ en Kroon¹⁷⁸ de toepassing van het vrij verkeer van kapitaal en het vrij verkeer van vestiging wel duidelijk. Zo achtte Kiekebeld het juist dat na de arresten Burda en Glaxo Wellcome over de mogelijke samenloop van het recht van vrije vestiging en kapitaalverkeer, bij een beslissende bevoegdheid slechts het vrij verkeer van vestiging van toepassing is.

Aan deze discussie lijkt na het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*¹⁷⁹ (hierna: FII) een einde te zijn gekomen. In deze zaak heeft het HvJ de vraag of bij een meerderheidsbelang in een situatie betreffende derde landen een beroep kan worden gedaan op het vrije verkeer van kapitaal beantwoord.¹⁸⁰ Kiekebeld¹⁸¹ geeft echter naar aanleiding van het arrest FII aan dat de oude voorrangregels niet meer kloppen. In dit arrest stelt het HvJ bij generieke bepalingen dat bij feitelijk doorslaggevende zeggenschap, in beginsel aan beide vrijheden dient te worden getoetst. Kiekebeld stelt dat het HvJ met deze analyse ‘om’ gaat. Mede kijkend naar de analyse van Hemels en Rompen en de verschillende interpretaties die door verschillende Europese rechters aan de voorrangregels werden gekoppeld, lijken mij de voorrangregels niet onder een *acte éclairée* te vallen. Ik denk dus niet dat het HvJ ‘om’ gaat, maar dat hij duidelijkheid verschaft ten aanzien van de toepasselijkheid van het vrij verkeer van vestiging of het vrij verkeer van kapitaal in bepaalde situaties. Na het FII-arrest kan ook worden geconcludeerd dat de Hoge Raad de door hem beantwoorde vragen ten aanzien van de toepasselijkheid van verkeersvrijheden niet juist heeft afgedaan. De Hoge Raad dient bij generieke bepalingen waarbij het gaat om een

¹⁷⁵ S.J.C. Hemels en J.W. Rompen, ‘Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?’, WFR2010/1058.

¹⁷⁶ HvJ 26 juni 2008, zaak C-284/06 (Burda).

¹⁷⁷ B.J. Kiekebeld, ‘Kapitaalverkeer versus vestigingsverkeer’, NTFR-B 2009/47.

¹⁷⁸ M.G.H. van der Kroon, ‘Het Baarscriterium krijgt invulling’, WFR 2010/229.

¹⁷⁹ HvJ 13 november 2012, zaak C-035/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

¹⁸⁰ B.J. Kiekebeld, ‘Kapitaalverkeer versus vestigingsverkeer’, NTFR-B 2009/47.

¹⁸¹ B.J. Kiekebeld, ‘Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?’, NTFR-B 2013/11.

meerderheidsbelang zowel te kijken naar het vrij verkeer van vestiging als naar het vrij verkeer van kapitaal.

Om te bepalen of sprake is van vrij verkeer van vestiging of vrij verkeer van kapitaal dient – op basis van het FII-arrest – de volgende voorrangregels in acht te worden genomen.

“1 Belemmerende regelingen die vanuit de doelstelling specifiek van toepassing zijn op situaties van doorslaggevende zeggenschap: alleen vrijheid van vestiging.

2 Belemmerende regelingen die vanuit de doelstelling specifiek van toepassing zijn op kapitaaltransacties: alleen vrij verkeer van kapitaal.

3 Belemmerende regelingen die vanuit de doelstelling generiek van toepassing zijn op zowel situaties waarin wel, als situaties waarin geen sprake is van doorslaggevende zeggenschap:

A Indien feitelijk geen doorslaggevende zeggenschap: alleen vrij verkeer van kapitaal;

B Indien feitelijk wel doorslaggevende zeggenschap: in beginsel beide vrijheden tenzij invloed op vestigingsvoorwaarden. In dat laatste geval alleen vestiging.”¹⁸²

4.2.2. Derde landen

Een andere relevante vraag is wat precies onder ‘derde landen’ wordt verstaan. Het VEU geeft hiervoor namelijk geen definitie. Echter artikel 52, eerste lid, VEU geeft een overzicht ten aanzien van welke landen het V(w)EU van toepassing is. A contrario kan volgens Smit¹⁸³ worden afgeleid dat de landen die niet zijn genoemd in artikel 52, eerste lid, VEU derde landen zijn.¹⁸⁴ Verder verwijst artikel 52, tweede lid VEU naar artikel 355 VwEU voor een verdere uitwerking van het territoriale toepassingsbereik. Dit artikel gaat in op de positie van de diverse geassocieerde en afhankelijke gebieden van de lidstaten. Deze gebieden zijn formeel gezien onderdeel van de lidstaten, maar het VwEU nuanceert echter de werking van het V(w)EU op deze gebieden. Deze gebieden zijn te onderscheiden in zogenaamde ‘ultraperifere gebieden’ (hierna: UPG) en ‘landen en gebieden overzee’ (hierna: LGO).¹⁸⁵ In beginsel is op de UPG het gehele EU-recht van toepassing. Zij kwalificeren derhalve als onderdeel van een lidstaat (artikel

¹⁸² Overzicht komt van B.J. Kiegebeld, ‘Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?’, NTFR-B 2013/11.

¹⁸³ D.S. Smit, ‘Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting’, TFO 2012/122.

¹⁸⁴ Dit geldt derhalve ook voor de EER landen Noorwegen, Liechtenstein en IJsland. HvJ 10 februari 2011, Zaken C-436/08 en C-437/08, (Haribo en Österreichische Salinen), punt 43.

¹⁸⁵ In een lijst die als bijlage II aan het VwEU is gehecht, worden de ‘landen en gebieden overzee’ (LGO) genoemd die het onderwerp zijn van een bijzondere associatieregeling zoals omschreven in het vierde deel van het VwEU (art. 355, lid 2 juncto art. 198 t/m 204 VwEU). Voor Nederland vallen hier Curaçao, Sint Maarten, Aruba en de BES-eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba; ook wel ‘Caribisch Nederland’ genoemd) onder. Volgens deze regeling zijn de algemene EU-Verdragsbepalingen zonder uitdrukkelijke verwijzing niet op de LGO van toepassing.

355 jo. 349 VwEU).¹⁸⁶ Ten aanzien van LGO is er discussie over welke gebieden wel en welke niet als ‘derde landen’ kunnen worden aangemerkt.

Volgens punt 4 van de preambule van het LGO-besluit¹⁸⁷ zijn het V(w)EU en de afgeleide wetgeving niet automatisch van toepassing op LGO. De LGO zijn geen derde landen, maar maken ook geen deel uit van de interne markt. De LGO kunnen zich alleen beroepen op de vrijheden, waarop zij nadrukkelijk recht hebben. Hieruit leid ik af dat een LGO als derde land kunnen worden aangemerkt, wanneer een bepaalde verkeersvrijheid uitdrukkelijk open staat voor die LGO. In het arrest *Prunus*¹⁸⁸ heeft het HvJ geoordeeld dat de Britse Maagdeneilanden (LGO van het Verenigd Koninkrijk) een ‘derde land’ zijn ten opzichte van de andere EU-lidstaten dan het Verenigd Koninkrijk. In de prejudiciële vragen¹⁸⁹ - die hebben geleid tot het arrest *X/TBG*¹⁹⁰ - heeft de Hoge Raad de vraag gesteld of voor de toepassing van het vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten en derde landen ‘eigen’-LGO (zoals de Nederlandse Antillen dat is van Nederland) ten opzichte van het moederland als derde land kwalificeert of dat dit een interne situatie binnen een lidstaat is waarop de verdragsvrijheden niet zien.¹⁹¹ In dit arrest stelt het HvJ, net als in het arrest *Prunus*, dat het bestaan van een bijzondere regeling tussen de EU en de LGO tot gevolg heeft dat de algemene bepalingen van het V(w)EU – zijnde die welke niet specifiek in het VwEU worden genoemd – niet op de LGO van toepassing zijn.¹⁹² Dit leidt er naar mijn mening toe dat ook de eigen LGO in beginsel een ‘derde land’ is. In de literatuur bestaat echter discussie over de juiste interpretatie van dit arrest.^{193, 194}

4.3. Particuliere en rechtspersoon aandeelhouders

4.3.1. *Verskil in fiscale behandeling*

In hoofdstuk 3 zijn de particuliere a.b.-houders en portfolio-aandeelhouders en de rechtspersoon aandeelhouders onderzocht. Ten aanzien van de rechtspersoon is een onderscheid gemaakt in

¹⁸⁶ D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, EBR.2.0.2.C.b Ultraperifere gebieden*, bijgewerkt tot 14 april 2014.

¹⁸⁷ Besluit 2013/755/EU van de Raad van 25 november 2013 betreffende de associatie van de landen en gebieden overzee met de Europese Unie (‘LGO-besluit’), PbEU L 344/1. Preambule punt 4.

¹⁸⁸ HvJ EU 5 mei 2011, C-384/09 (*Prunus*)

¹⁸⁹ HR 23 december 2011, nr. 11/00483, BNB 2012/197 en HR 23 december 2011, nr. 11/00453, BNB 2012/198.

¹⁹⁰ HvJ 5 juni 2014, gevoegde Zaken C- 24/12 (X) en C- 27/12 (TBG).

¹⁹¹ D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, EBR.2.0.2.C.b Ultraperifere gebieden*, bijgewerkt tot 14 april 2014.

¹⁹² HvJ 5 juni 2014, gevoegde Zaken C- 24/12 (X) en C- 27/12 (TBG), punt 45.

¹⁹³ Zie arrest HvJ 5 mei 2011, Zaak C-384/09 (*Prunus*) en HvJ 5 juni 2014, zaak C-24/12 (X bv) en zaak C-27/12 (TBG Limited)

¹⁹⁴ Er is een discussie over de vraag wanneer LGO dienen te worden aangemerkt als onderdeel van een lidstaat of als derde land. In deze scriptie zal ik aan deze discussie geen aandacht besteden. Zie voor een analyse: W.F.E.M. Egelie, *De LGO, het VwEU en de lopende zaak Prunus SARL, NTFR2010-2910*; A.F. Gunn, *Prunus: ongelijke behandeling Franse regeling bij zetel in LGO is volgens advocaat-generaal niet strijdig met EU-recht, NTFR 2011-76*; D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht, EBR.2.0.2.C.d Landen en gebieden overzee (LGO) en W.F.E.M. Egelie, De zaak X bv en TBG Limited: Prunus ‘revisited’!*, NTFR-B 2014-29.

portfolio-aandeelhouders en deelnemingsverhoudingen. Ten aanzien van de particuliere en rechtspersoon portfolio-aandeelhouder en de particuliere a.b.-houder is een verschil in fiscale behandeling tussen de ingezetenen en de niet-ingezetenen vastgesteld.¹⁹⁵ Het verschil in fiscale behandeling komt door het feit dat de db in binnenlandse situaties een voorheffing is en in grensoverschrijdende situaties een eindheffing. In binnenlandse situaties wordt vanuit Nederlands perspectief derhalve een voorkoming van juridische dubbele belasting gegeven, terwijl dat niet in grensoverschrijdende situaties gebeurt.

Vanuit internationaal perspectief kunnen twee dividendbetalingen worden onderscheiden. De eerste zijn outbound dividenden en de tweede zijn inbound dividenden. Bij beide kan – vanuit EU-rechtelijk perspectief – een verschil in fiscale behandeling optreden. De Europese wetgever (de MD-richtlijn)¹⁹⁶, de Europese Commissie (door de instelling van infractieprocedures en de uitvaardiging van mededelingen) en het HvJ (op basis van de artikelen 49 en 63 VwEU) hebben er gezamenlijk voor gezorgd dat belemmeringen op het gebied van dividendbetalingen in de afgelopen jaren zijn afgenomen. In deze paragraaf zal ik toetsen of vanuit Nederlands perspectief een belemmering wordt opgeworpen.

Wanneer fiscale regelgeving leidt tot een verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders, kan sprake zijn van een belemmering. Het basisprincipe dat ten grondslag ligt aan de EU-rechtelijke jurisprudentie inzake directe belastingen is artikel 18 (het discriminatieverbod) en de verkeersvrijheden (waaronder de artikelen 49 en 63 VwEU). De verkeersvrijheden omvatten in beginsel twee basisrechten. Het eerste is het recht van grensovergang. Dit recht kan worden onderverdeeld in markttoegang en geen belemmeringen als personen de woonstaat willen verlaten. Het tweede recht is het recht om niet naar nationaliteit

¹⁹⁵ Ten aanzien van de deelnemingsverhoudingen bestaat in EU-situaties geen verschil in fiscale behandeling, omdat de inhoudingsvrijstelling niet alleen geldt voor binnenlandse situaties, maar op grond van artikel 4, eerste lid, onderdeel a Wet DB 1965 ook voor in andere EU/EER-staten gevestigde aandeelhouders. Echter in paragraaf 5.2 is geconcludeerd dat ten aanzien van het vrije verkeer van kapitaal ook de in derde landen gevestigde aandeelhouders op een gelijkwaardige wijze in de belastingheffing betrokken dienen te worden. Echter ten aanzien van de Wet DB 1965 hoeven in derde landen gevestigde aandeelhouders niet gelijk te worden behandeld als in Nederland gevestigde aandeelhouders. Dit is het gevolg van de temporele belemmering waar het vrije verkeer van kapitaal ten aanzien van derde landen aan is onderworpen (artikel 64, eerste lid, VwEU). Ik merk tot slot op dat in verdragen het heffingsrecht van de bronstaat in het kader van deelnemingsdividenden veelal wordt verlaagd tot nihil. In de NFV 2011 heeft de staatssecretaris als verdragssluiters gesteld te streven naar een woonstaatheffing in deelnemingsituaties. Wanneer dit daadwerkelijk wordt geïmplementeerd in de verschillende verdragen, dan bestaat er geen belemmering meer. Echter alvorens het zover is dien ik te concluderen dat ten aanzien van deelnemingsdividenden in derde landen – anders dan in EU-situaties – de Wet DB 1965 een belemmering opwerpt.

¹⁹⁶ Aangezien ik geen aandacht zal besteden aan deelnemingsdividenden, zal ik de MD-richtlijn in deze niet bespreken. Ik verwijs voor de werking van de MD-richtlijn en de verschillende discussies die op dat vlak plaatsvinden naar: H. van den Hurk, 'De voorgestelde gewijzigde Moeder-dochterrichtlijn geeft blijk van gebrek aan visie bij de Europese Commissie', WFR 2014/684; H. van den Hurk, 'De introductie van een algemene antimisbruikbepaling zet de Europese Unie jaren terug in de tijd', WFR 2014/732 en R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht, EBR.7.1.0 De EG-moeder-dochterrichtlijn*, bijgewerkt tot 7 april 2014.

gediscrimineerd te worden. Hieruit vloeit voort dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid.¹⁹⁷ Er is namelijk alleen sprake van een belemmering als verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regels worden toegepast op niet-vergelijkbare situaties.¹⁹⁸

Echter alvorens het HvJ oordeelt of een bepaalde regeling belemmerend is en derhalve niet verenigbaar is met de vrije verkeersbepalingen, dient te worden getoetst of ingezet en niet-ingezeten aandeelhouders objectief vergelijkbaar zijn. Slechts wanneer beide objectief vergelijkbaar zijn, dient de lidstaat beide gevallen op gelijke wijze te behandelen.¹⁹⁹

4.3.2. Objectieve vergelijkbaarheid

Het is vaste rechtspraak van het HvJ dat directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren. De lidstaten zijn echter verplicht die bevoegdheid in overeenstemming met het EU-recht uit te oefenen.²⁰⁰ Verder heeft het HvJ geoordeeld dat de woonplaats van de belastingplichtigen in het fiscale recht een rechtvaardigingsgrond kan zijn voor nationale regels waarbij ingezeten belastingplichtigen en niet-ingezeten belastingplichtigen verschillend worden behandeld.²⁰¹ Derhalve kan een verschillende behandeling van ingezet en niet-ingezeten belastingplichtigen als zodanig niet worden aangemerkt als belemmering in de zin van het EU-recht.²⁰² In onder andere de arresten Fokus bank²⁰³, Bouanich²⁰⁴, Denkavit²⁰⁵ en Aberdeen²⁰⁶ heeft het HvJ geoordeeld dat ingezet en niet-ingezeten aandeelhouders objectief vergelijkbaar zijn, wanneer de niet-ingezeten aandeelhouders aan de belastingheffing in het bronland worden onderworpen. Dit betekent vanuit Nederlands perspectief dat een niet-ingezeten aandeelhouder objectief vergelijkbaar is met een ingezeten aandeelhouder, omdat de niet-ingezeten aandeelhouder ook is onderworpen aan de Wet DB 1965. De niet-ingezeten aandeelhouder wordt derhalve door Nederland in de belastingheffing betrokken. In het arrest Test Claimants²⁰⁷ ging het om een Britse regeling waarbij ingezet en niet-ingezeten aandeelhouders recht hadden op een belastingkrediet, terwijl

¹⁹⁷ J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law; students edition*, Kluwer Deventer 2012, p. 36.

¹⁹⁸ HvJ 14 februari 1995, zaak C-279/93 (Schumacker) en HvJ 14 september 1999, zaak C-391/97 (Gschwind).

¹⁹⁹ J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law; students edition*, Kluwer Deventer 2012, p. 460 - 462.

²⁰⁰ Zie HvJ 11 augustus 1995, Zaak C-80/94 (Wielockx), punt 16; HvJ 7 september 2004, Zaak C-319/02 (Manninen), punt 19 en HvJ 19 januari 2006, Zaak C-265/04 (Bouanich), punt 28.

²⁰¹ HvJ 14 december 2006, zaak C-170/05 (Denkavit International), Punt 23 en HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03, (Marks & Spencer), punt 37.

²⁰² HvJ 14 december 2006, zaak C-170/05 (Denkavit International), Punt 24.

²⁰³ EVA-hof 23 november 2004, zaak E-1/04 (Focus Bank).

²⁰⁴ HvJ 19 januari 2006, Zaak C-265/04 (Bouanich).

²⁰⁵ HvJ 14 december 2006, zaak C-170/05 (Denkavit International)

²⁰⁶ HvJ 18 juni 2009, zaak C-303/07 (Aberdeen Property Fininvest)

²⁰⁷ HvJ 12 december 2006, zaak C-374/04 (Test Claimants In Class IV of the ACT Group Litigation Vs. Commissioners of Inland Revenue).

niet-ingezeten aandeelhouders hier geen recht op hadden. Het Britse recht bepaalde vervolgens dat dividenden van een niet-ingezeten aandeelhouder – anders dan die van een ingezeten aandeelhouder – door het VK niet in de belastingheffing werden betrokken. Het HvJ concludeert in dit arrest dat geen sprake is van objectief vergelijkbare situaties, omdat buitenlandse aandeelhouders voor het ontvangen dividend niet door het VK in de belastingheffing werden betrokken.

4.3.3. Juiste vergelijkingsmaatstaf

Nu is geconcludeerd dat ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders objectief vergelijkbaar zijn omdat Nederland de niet-ingezeten aandeelhouder in de belastingheffing betreft, is nu de vraag wat de juiste vergelijkingsmaatstaf is. Wat moet precies worden vergeleken? Gaat het in de binnenlandse situatie slechts om de db-druk (die er dus in feite niet is omdat de db fungeert als een voorheffing) of gaat het om ib-/vpb-druk (dit is de daadwerkelijke belasting die over dividenden in binnenlandse situaties wordt geheven).^{208, 209} Een arrest aan de hand waarvan deze vraag zou kunnen worden beantwoord is *Truck Center*²¹⁰. In dit arrest heeft een Luxemburgse vennootschap – die 48% van de aandelen heeft in *Truck Center* (een in België gevestigde vennootschap) – een lening verstrekt aan *Truck Center*. Op grond van de Belgische wet wordt een roerende voorheffing geïnd op rente die aan een niet-ingezeten vennootschap wordt betaald, terwijl rente die aan een ingezeten vennootschap wordt uitgekeerd is vrijgesteld van deze voorheffing. In binnenlandse situaties wordt rente namelijk belast met Belgische vpb. Het HvJ oordeelt dat het verschil in heffingstechnieken in binnenlandse en buitenlandse situaties objectief niet vergelijkbaar zijn.²¹¹ Ook al wordt in binnenlandse situaties dus geen roerende voorheffing geïnd, is de ontvangen rente wel onderworpen aan de vpb.²¹² Het HvJ gaat in dit arrest niet in op de vraag of het verschil in de uiteindelijk te betalen belasting door een ingezeten en een niet-ingezeten aandeelhouder ten aanzien van de ontvangen rente een beperking van de vestigingsvrijheid vormt. Het HvJ gaat dus, anders dan het Hof Amsterdam²¹³ meent, niet in op de vraag of ten aanzien van de materiële belastingheffing ingezeten en niet-ingezeten

²⁰⁸ Met de ib/vpb-druk gaat het dus om de ib/vpb-druk die ontstaat na de verrekening van de als voorheffing ten laste van de dividendontvangende aandeelhouder ingehouden db.

²⁰⁹ M.G.H. van der Kroon, 'Verslag van het EFS-seminar 'Bronbelasting: waar begint en eindigt de EU'', WFR 2012/898, bijdrage van E. Nijkeuter; O.C.R. Marres, 'Objectieve vergelijkbaarheid van binnenlanders en buitenlanders', NTFR-B 2009/9; J.J.A.M. Korving, 'Hoe lang moeten we (ons) nog inhouden?', WFR 2012/1120 en 'Nederlandse bronheffing op dividend van niet-inwoner is niet EU-proof', NTFR 2013/1232. J.J.A.M. Korving, 'Neutraliteit: inkleuren van een witte vlek', NTFRB2014/20; en zijn annotatie bij het arrest 20 december 2013, NTFR2014/326.

²¹⁰ HvJ 22 december 2008, zaak C-282/07 (*Truck center*).

²¹¹ HvJ 22 december 2008, zaak C-282/07 (*Truck center*), punt 42.

²¹² HvJ 22 december 2008, zaak C-282/07 (*Truck center*), punt 44.

²¹³ Hof Amsterdam 24 mei 2012, nr. 10/00608, V-N 2012/44.6.

aandeelhouders objectief vergelijkbaar zijn. De rechtbank²¹⁴ en de Hoge Raad²¹⁵ komen ook tot dit oordeel. De Graaf²¹⁶ en de redactie van V-N²¹⁷ gaan ook uit van deze interpretatiewijze. De veronderstelling dat ingezetenen en niet-ingezetenen op basis van dit arrest ongelijk behandeld dienen te worden, is naar mijn mening dan ook niet de juiste interpretatie van dit arrest. Op basis van dit arrest kan mijns inziens worden geconcludeerd dat ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders voor de formele belastingheffing niet objectief vergelijkbaar zijn. Het maakt derhalve niet uit aan welke soort belasting een aandeelhouder wordt onderworpen als de belastingdruk maar vergelijkbaar is. Naar mijn mening dient de ib-/vpb-druk (na verrekening van de db) in binnenlandse situaties vergeleken te worden met de db-druk in grensoverschrijdende situaties.²¹⁸ Deze zienswijze wordt ook verdedigd door Nijkeuter²¹⁹, Marres²²⁰, Wattel²²¹ en Kavelaars²²². Korving²²³ acht dit niet de juiste vergelijkingsmaatstaf. Hij geeft in zijn annotatie²²⁴ aan dat de effectieve db-druk in binnenlandse situaties vergeleken dient te worden met de effectieve db-druk in grensoverschrijdende situaties. In die situatie is er volgens hem vrijwel altijd sprake van een verschil in behandeling, aangezien de db in binnenlandse situaties geldt als een voorheffing. Naar mijn mening volgt uit de hierboven besproken arresten dat voor de vraag of de db wel of niet belemmerend werkt, het niet voldoende is om slechts te kijken naar de binnenlandse db-druk.^{225, 226} Voor Nederland zou dat mijns inziens betekenen dat de vergelijking in dezen gemaakt dient te worden tussen de ib-/vpb-druk (na verrekening van de

²¹⁴ Rechtbank Haarlem 3 augustus 2010, nr. 08/5180, V-N 2010/52.20.

²¹⁵ HR 20 december 2013, nr. 12/03235, BNB 2014/64.

²¹⁶ M. Evers en A.C.G.A.C. de Graaf, Pushing back frontiers - (Un) chartered territories in the field of international tax law and EC law. Artikel is geschreven als onderdeel van het onderzoeksprogramma 'fiscal autonomy and its boundaries' van de Erasmus School of Law.

²¹⁷ Zie het commentaar bij Hof Amsterdam, 24-05-2012, nr. 10/00608, V-N 2012/44.6.

²¹⁸ Deze vraag staat ook centraal in de procedure die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2013.

²¹⁹ M.G.H. van der Kroon, 'Verslag van het EFS-seminar 'Bronbelasting: waar begint en eindigt de EU'', WFR 2012/898, bijdrage van E. Nijkeuter.

²²⁰ O.C.R. Marres, 'Objectieve vergelijkbaarheid van binnenlanders en buitenlanders', NTFR-B 2009/9.

²²¹ Conclusie A-G Wattel HR 20 december 2013, nr. 12/03235, BNB 2014/64, Paragraaf 6.4.

²²² Kavelaars stelt in P. Kavelaars, 'Dividend(belasting) in de EU', TFO 2008/77: *'Het is echter onvoldoende alleen de bronheffingen te vergelijken. Bij de beoordeling of sprake is van een ongelijke behandeling van binnenlandse en uitgaande dividenden dient de bronheffing op outbound dividenden in principe te worden afgezet tegen de bronheffing tezamen met de (inkomsten)belastingheffing over binnenlandse dividenden. Praktisch zal dit alleen de inkomstenbelasting zijn omdat de bronheffing daarmee immers verrekenbaar is. Het ligt in de reden aan te nemen dat in de meeste gevallen van een verstoring geen sprake is omdat de (binnenlandse) inkomstenbelasting in de regel hoger is dan de bronheffing op uitgaande dividenden. Er is dus in zoverre eerder sprake van een omgekeerde discriminatie.'*

²²³ J.J.A.M. Korving, 'Hoe lang moeten we (ons) nog inhouden?', WFR 2012/1120 en 'Nederlandse bronheffing op dividend van niet-inwoner is niet EU-proof', NTFR 2013/1232. J.J.A.M. Korving, Neutraliteit: inkleuren van een witte vlek, NTFRB2014/20; en zijn annotatie bij het arrest 20 december 2013, NTFR2014/326.

²²⁴ Annotatie bij het arrest 20 december 2013, NTFR2014/326.

²²⁵ Ik ben van mening dat deze argumentatie niet teniet wordt gedaan door de arresten Commissie v. Finland en Emerging Markets Series (beide komen worden in hoofdstuk 6 besproken).

²²⁶ D.J.C.H. Pouw en J.A. de Rooij, 'De dividendbelasting in beweging: een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen', WFR 2006/911.

db-heffing) over het nettodividend in binnenlandse situaties en db-druk over het brutodividend in grensoverschrijdende situaties.²²⁷

Wanneer de materiële belastingdruk – vanuit het perspectief van de bronstaat – in grensoverschrijdende situaties hoger ligt dan in binnenlandse situaties, kan gesproken worden van een belemmering. Deze belemmering doet zich slechts voor wanneer de ib/vpb-druk (na verrekening van de db-heffing) over het nettodividend lager is dan de db-druk over het brutodividend in grensoverschrijdende situaties. Volgens de rechtbank²²⁸ leidt 15% heffing over het brutodividend tot een belastingdruk die in het algemeen lager is dan een ib/vpb-heffing van 25% over het nettodividend.²²⁹ Deze algemeenheid wordt doorbroken wanneer de niet-ingezeten aandeelhouder kan aantonen dat hij kosten heeft gemaakt van minimaal 40% van het brutodividend.^{230, 231}

Ten aanzien van de particuliere portfolio-aandeelhouder dient een andere berekening gemaakt te worden. De particuliere portfolio-aandeelhouder is namelijk belast over het forfaitair rendement over het netto vermogen. Dit betekent dat het dividend niet in de belastingheffing wordt betrokken, maar dat de grondslag wordt gevormd door de waarde van de aandelen te vermenigvuldigen met het fictieve rendementspercentage van 4% (zie paragraaf 2.4). De grondslag van de niet-ingezeten portfolio-aandeelhouder wordt bepaald door het daadwerkelijk ontvangen rendement. Hierdoor wijkt de grondslagbepaling nog meer af dan die bij de a.b.-houder en de rechtspersoon portfolio-aandeelhouder. Hierboven is geconcludeerd dat het verschil in grondslagbepaling niet in strijd is met het EU-recht.²³² Echter het berekenen van de precieze effectieve belastingdruk in box 3 is naar mijn mening lastig, omdat voor de belastingheffing niet

²²⁷ Ik vind dan ook dat in zijn annotatie bij HR 20 december 2013, nr. 12/03235, BNB 2014/64 P.G.H. Albert de spijker op zijn kop slaat wanneer hij het volgende stelt: “*Het komt (...) nogal eens voor dat een lidstaat voor inwoners een ander heffingssysteem heeft dan voor niet-inwoners. Als het inkomensbestanddeel naar een niet-inwoner vloeit, wordt het belast tegen een vast tarief (zonder kostenaf trek), terwijl het inkomensbestanddeel tegen een progressief (of hoger) tarief na kostenaf trek in de heffing wordt betrokken als het door een inwoner wordt genoten. In zo'n geval zegt het Hof van Justitie niet bij voorbaat dat de betwiste wetgeving discriminerend is (of een belemmering vormt). Voordat tot discriminatie (een belemmering) kan worden geconcludeerd, moet een tweede, feitelijk element in de beschouwing worden betrokken, namelijk: wordt de desbetreffende belastingplichtige in zijn concrete geval zwaarder belast dan wanneer hij inwoner was geweest?*”

²²⁸ Rechtbank Breda 27 maart 2012, nr. 10/5437, V-N 2012/44.3.2, punt 4.11: “*Steun voor het oordeel dat het gecombineerde Nederlandse heffingstarief in de beschouwing moet worden betrokken, vindt de rechtbank in de overwegingen van het HvJ in het arrest Gerritse (HvJ EG 12 juni 2003, nr. C-234/01, overweging 55) en Dividend mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (Brussel, 19.12.2003 COM (2003) 810 definitief, paragraaf 3.3.1).*”

²²⁹ Dit geldt slechts voor de a.b.-houders en de portfolio-houders in de vpb.

²³⁰ $((0.25-0.15)/0.25)*100 = 0.40$. Hierbij is 0.25 het vpb-tarief en 0.15 het tarief van de db.

²³¹ In de praktijk zal het zich niet snel voordoen dat sprake zal zijn van een kostencomponent van 40% dat toerekenbaar is aan de aandelen. Echter wanneer dit wel het geval zou zijn, dan worden niet-ingezeten aandeelhouders t.o.v. ingezeten aandeelhouders belemmerd. Daarnaast gaat het bij rechtspersoon aandeelhouders niet alleen om kosten die kunnen worden toegerekend aan het dividend, maar om fiscaal aftrekbare kosten in haar algemeenheid.

²³² HvJ 22 december 2008, zaak C-282/07 (Truck center).

wordt uitgegaan van het dividend maar van een forfaitair rendement dat afhankelijk is van verschillende componenten, te weten: de waarde van de bezittingen, de waarde van de schulden en het heffingvrij vermogen.²³³ Rechtbank²³⁴ en A-G Wattel in zijn conclusie²³⁵ bepalen de effectieve belastingdruk in de binnenlandse situatie door de waarde van de aandelen te vermenigvuldigen met het forfaitaire rendement. Vervolgens wordt op deze grondslag het tarief van 30% los gelaten.²³⁶

4.3.4. *Rechtvaardigingsgronden*

4.3.4.1. *Inleiding*

Het VwEU en de rechtspraak van het HvJ rechtvaardigen belemmerende maatregelen in bepaalde situaties. Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de geschreven rechtvaardigingsgronden – gronden die zijn opgenomen in het VwEU²³⁷ – en ongeschreven rechtvaardigingsgronden – de door het HvJ ontwikkelde dwingende reden van algemeen belang; ook wel de rule of reason genoemd.²³⁸ Het uitgangspunt bij de ongeschreven rechtvaardigingsgronden is dat ze slechts toepasbaar zijn wanneer geen sprake is van een belemmering op grond van woonplaats.²³⁹ Volgens Weber lijkt het erop dat het HvJ bij een zwaarwegende dwingende reden van algemeen belang op het terrein van belastingheffing de mogelijkheid open laat dat belemmerende maatregelen gerechtvaardigd kunnen worden. Hij merkt namelijk op dat in bijvoorbeeld de arresten Bachmann²⁴⁰ en Marks & Spencer²⁴¹ een belemmering op grond van de woon-/vestigingsplaats onder bepaalde voorwaarden kan worden gerechtvaardigd. Het HvJ heeft zes rechtvaardigingsgronden geaccepteerd. Ik acht ‘de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te handhaven’ en ‘het voorkomen dat een

²³³ Ik vind dat het heffingvrij vermogen niet meegenomen dient te worden, aangezien op grond van EU-recht de buitenlandse aandeelhouder geen recht heeft op een dergelijke belang, tenzij hij voor meer dan 90% van zijn inkomen uit Nederland genereert. Zie het arrest HvJ 14 februari 1995, Zaak C-279/93 (Schumacker).

²³⁴ Rechtbank Breda 27 maart 2012, nr. 10/5437, V-N 2012/44.3.2.

²³⁵ Conclusie A-G Wattel HR 20 december 2013, nr. 12/02502, BNB 2014/64.

²³⁶ Hoewel ik deze oplossing te gemakkelijk vind, acht ik deze toch de meest praktische. Deze oplossing houdt namelijk geen rekening met schulden die niet direct verband houden met de aandelen. Ook schulden die zijn aangegaan voor de koop van een tweede woning kunnen in box 3 worden meegenomen om de belastingdruk te berekenen. Deze schulden worden door de rechtbank en Wattel niet meegenomen. De vraag is derhalve of dit een juiste berekening is. In zijn proefschrift bespreekt Nijkeuter deze problematiek uitgebreider. Ook hij erkent dat de vergelijking niet gemakkelijk te maken is. Ten aanzien van het forfaitair rendement, vindt Nijkeuter dat een gedeelte dient te worden toegerekend aan vermogenswinst. Hij acht het onjuist om de vergelijking te baseren op het totale 4% fictief rendement (zie: E. Nijkeuter, *Belastingheffing van dividend en de interne markt*, SDU Uitgevers, p. 328 – 338).

²³⁷ De rechtvaardigingsgronden zijn voor het vrije verkeer van vestiging en het vrije verkeer van diensten in art. 51 en 52 VWEU. De belangrijkste uitzonderingen ten aanzien van het vrije verkeer van kapitaal staan in artikel 65 VWEU (en artikel 64 ten aanzien van derde landen).

²³⁸ HvJ 20 februari 1979, Zaak 120/78 (Cassis de Dijon) en HvJ 30 november 1995, Zaak C-55/94 (Gebhard).

²³⁹ D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht*, EBR.5.1.2.C Rule of reason.

²⁴⁰ HvJ 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann).

²⁴¹ HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer).

evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar komt' voor het geconstateerde verschil in fiscale behandeling relevant.²⁴²

4.3.4.2. *Handhaving samenhang belastingsysteem*

In het arrest Amurta²⁴³ heeft Nederland aangevoerd dat de inhoudingsvrijstelling essentieel is voor de instandhouding van de deelnemingsvrijstelling, omdat anders het van vpb vrijgestelde inkomen (tijdelijk) zou zijn belast.²⁴⁴ Nederland stelde dat beide vrijstellingen dezelfde belastingplichtige betreffen en dat de db in binnenlandse Nederlandse verhoudingen niet meer is dan een te verrekenen voorbelasting.²⁴⁵ Het HvJ acht deze argumentatie niet voldoende voor een rechtvaardiging en oordeelt in punt 46:

“Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof in de punten 28 respectievelijk 21 van de arresten Bachmann, reeds aangehaald, en van 28 januari 1992, Commissie/België (C- 300/90, Jurispr. blz. I- 305), heeft erkend dat de noodzaak om de samenhang van een belastingstelsel te verzekeren een beperking van de uitoefening van de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen. Een argument op basis van een dergelijke rechtvaardiging kan echter enkel worden aanvaard indien wordt bewezen dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel door een bepaalde heffing.”

De systematiek van de belastingheffing over deelnemingsdividenden kent geen fiscale heffing ter compensatie van de inhoudingsvrijstelling. Aangezien geen sprake is van een compenserende fiscale heffing, heeft het HvJ geoordeeld dat geen beroep kan worden gedaan op de rechtvaardigingsgrond.²⁴⁶ Een eventueel verschil in fiscale behandeling tussen de vpb/ib-heffing (na verrekening van de db-heffing) over het nettodividend en db-heffing over het brutodividend kan derhalve niet op basis van deze rechtvaardigingsgrond worden gerechtvaardigd.

²⁴² Ook 'de doeltreffendheid van fiscale controles' zoals deze aan de orde is gekomen in het arrest HvJ 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura Participations) zou een belangrijke rol kunnen spelen. Echter deze rechtvaardigingsgrond rechtvaardigt mijns inziens slechts een verzwaring van de formele eisen zoals een bewijsplicht. Ik ben van mening dat de doeltreffendheid van fiscale controle geen materieel verschil in fiscale behandeling rechtvaardigt. Zie hiervoor tevens Commissie v. Portugal, waar het HvJ oordeelde dat geen beroep kon worden gedaan om een verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen pensioenfondsen te rechtvaardigen. Portugal moest niet-ingezetenen pensioenfondsen de mogelijkheid geven te bewijzen dat ze voldoen aan de Portugese voorwaarden en mag ze derhalve niet principieel uitsluiten.

²⁴³ HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta).

²⁴⁴ HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), punten 43 t/m 45.

²⁴⁵ De in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling kan derhalve worden gerechtvaardigd door redenen die verband houden met de fiscale samenhang, zelfs wanneer deze regeling, anders dan de regeling die aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 28 januari 1992, Bachmann (C- 204/90, blz. I- 249), geen toekenning van een fiscaal voordeel, enerzijds, en de compensatie van dit fiscale voordeel door een heffing, anderzijds, inhoudt.

²⁴⁶ HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), punt 50.

4.3.4.3. Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten

In Amurta is ook de toepasbaarheid van ‘de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten’ aan bod gekomen. Er werd gesteld dat de heffing van de bronstaat voortvloeit uit het belastingverdrag, waarin is afgesproken dat zowel de bronstaat als de woon-/vestigingsstaat van de aandeelhouder over het dividend mag heffen. Deze verdeling wordt ondergraven wanneer de bronstaat geen bronstaatbelasting meer zou mogen heffen.²⁴⁷ Het HvJ stelt dat hij in het arrest Denkavit heeft bepaald dat een lidstaat zich niet op het belastingverdrag kan beroepen om te ontkomen aan de op hem rustende verplichtingen voortvloeiende uit het EU-recht.²⁴⁸ Verder stelt het HvJ dat hij in de arresten Marks & Spencer²⁴⁹ en Oy AA²⁵⁰ heeft opgemerkt dat de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen aanvaard in samenhang met andere rechtvaardigingsgronden die zijn gebaseerd op het gevaar voor belastingontwijking en het gevaar voor dubbele verliesverrekening.²⁵¹ Het HvJ stelt verder dat wanneer een lidstaat heeft gekozen om over bepaalde inkomsten geen belasting te heffen van ingezeten aandeelhouders, kan hij, ter rechtvaardiging van het heffen van belasting van ontvangende vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, geen beroep doen op de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen.²⁵²

Kijkend naar de door het HvJ geaccepteerde rechtvaardigingsgronden, kan worden geconcludeerd dat de belemmerende Nederlandse heffing niet kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

4.3.5. Neutralisatie

4.3.5.1. Neutralisatie middels een belastingverdrag

Wanneer op grond van bovenstaande vergelijking dient te worden geconcludeerd dat outbound dividenden zijn onderworpen aan een hogere belastingdruk dan binnenlandse dividenden, is de volgende vraag of de belemmerende heffing kan worden geneutraliseerd. In het arrest Amurta²⁵³ ging het om de situatie dat een ingezeten aandeelhouder zou zijn vrijgesteld van db (vanwege de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling), terwijl een niet-ingezeten aandeelhouder wel aan

²⁴⁷ HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), punt 54.

²⁴⁸ HvJ 14 december 2006, zaak C-170/05 (Denkavit International), punt 53.

²⁴⁹ HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer), punt 51.

²⁵⁰ HvJ 18 juli 2007, zaak C-231/05 (Oy AA), punt 60.

²⁵¹ HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), punt 56.

²⁵² HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), punten 58 t/m 60.

²⁵³ HvJ 08 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta).

de belastingheffing was onderworpen. Hierdoor werd de niet-ingezeten aandeelhouder gediscrimineerd ten opzichte van de ingezeten aandeelhouder. In dit arrest heeft het HvJ geoordeeld dat bij de beoordeling van de strijdigheid met het EU-recht van een belemmerende bronstaatheffing geen rekening dient te worden gehouden met het nationale recht van de woon-/vestigingsstaat²⁵⁴, maar wel met het bepaalde in het tussen beide lidstaten gesloten belastingverdrag. In het belastingverdrag committeert de woon-/vestigingsstaat zich de door de bronstaat geheven bronstaatbelasting te verrekenen. Een belastingverdrag maakt volgens het HvJ deel uit van het rechtssysteem van een land en derhalve dient daarmee rekening te worden gehouden.²⁵⁵ Een dergelijke verrekening op grond van nationale wetgeving van de woonstaat – zonder de aanwezigheid van een belastingverdrag – wordt door het HvJ niet geaccepteerd.^{256, 257} Opgemerkt dient wel te worden dat de niet-ingezeten aandeelhouder de facto niet wordt belemmerd, wanneer in zijn woon-/vestigingsstaat de db kan worden verrekend. Voor de niet-ingezeten aandeelhouder maakt het derhalve niet uit op basis waarvan de bronstaatheffing wordt geneutraliseerd. Eenzijdige neutralisatie door de woon-/vestigingsstaat voldoet in concrete situaties. De belemmering waartegen de niet-ingezeten aandeelhouder aanloopt wordt ten slotte in zijn woon-/vestigingsstaat geneutraliseerd. Hij heeft derhalve ook geen belang bij het klagen. De vraag is echter of de eenzijdige verrekening door de woonstaat vanuit EU-rechtelijk perspectief voldoende is om in abstracto de belemmerende bronstaatheffing te rechtvaardigen. Zelf ben ik van mening dat op grond van de arresten *Commissie v. Spanje*, *Commissie v. Italië* en *Amurta* die vraag ontkennend moet worden beantwoord. De tegemoetkoming moet het gevolg zijn van de toepassing van een belastingverdrag. Een abstracte EU-rechtelijke toetsing van de bronstaatheffing leidt ertoe dat in relatie tot elke EU-lidstaat een belastingverdrag moet zijn gesloten.²⁵⁸ Nederland heeft geen belastingverdrag gesloten met de Republiek Cyprus. In haar totaliteit is het Nederlandse verdragen netwerk niet in staat om in alle gevallen de Nederlandse neutralisatieverplichting te verleggen naar de woon-/vestigingsstaat van de niet-ingezeten aandeelhouder.

²⁵⁴ HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (*Amurta*), punten 78 en 79.

²⁵⁵ HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (*Amurta*), punt 80.

²⁵⁶ In het arrest HvJ 19 november 2009, C-540/07 (*Commissie v. Italië*) heeft het HvJ in de punten 40 en 41 geoordeeld dat een belemmerende Italiaanse bronstaatbelasting niet in alle situaties kan worden geneutraliseerd, omdat Italië geen belastingverdrag heeft gesloten met Slovenië.

²⁵⁷ Ook stelt het HvJ in *Commissie v. Spanje* dat Spanje niet aan haar verplichtingen heeft voldaan omdat zij geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten met Cyprus, maar dat deze lidstaat in zijn nationale wettelijke regeling voorziet in een algemene vrijstelling voor dividenden uit andere lidstaten, zodat aldaar geen dubbele belastingheffing plaatsvindt. Het HvJ stelt als reactie op deze stelling – in overeenkomst met hetgeen is bepaald in *Amurta* – dat een lidstaat zich niet kan beroepen op het bestaan van een voordeel dat unilateraal wordt verleend door een andere lidstaat, teneinde aan de verantwoordelijkheid die ingevolge het VwEU op de bronstaat rust te ontsnappen (arrest *Amurta*, punt 78).

²⁵⁸ Zie de voorbeelden onder voetnoot 103 en 104.

4.3.5.2. *Tot welk bedrag neutraliseren*

De volgende vraag die beantwoord dient te worden is tot welk bedrag het belastingverdrag dient te voorzien in een verrekening om de belemmerende bronstaatheffing te kunnen neutraliseren.²⁵⁹ Deze vraag stond centraal in het arrest Commissie v. Italië.²⁶⁰ In dit arrest ging het om de Italiaanse regeling die outbound dividenden tegen een hoger belastingtarief belast dan binnenlandse dividenden. Italië stelde dat dit verschil in behandeling slechts schijn is, omdat rekening moet worden gehouden met de door haar gesloten belastingverdragen.²⁶¹ Het HvJ stelt in dit arrest dat enkel de aanwezigheid van een belastingverdrag onvoldoende is om de belemmerende bronstaatbelasting te neutraliseren. Het is namelijk noodzakelijk dat door toepassing van het belastingverdrag de gevolgen van het uit de nationale wettelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling volledig wordt gecompenseerd. Het verschil in fiscale behandeling tussen outbound dividenden en binnenlandse dividenden verdwijnt volgens het HvJ pas volledig wanneer de op grond van de nationale wettelijke regeling geheven bronstaatbelasting kan worden verrekend met de in de andere lidstaat geheven belasting ten belope van het uit de nationale wettelijke regeling voortvloeiende verschil in fiscale behandeling. Dit arrest stelt mijns inziens dat de bronstaat zorg moet dragen voor het feit dat het verschil in fiscale behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties volledig wordt geneutraliseerd.

Belastingverdragen bevatten veelal een ordinary-creditmethode die in de woonstaat slechts een verrekening toestaat wanneer de belastinggrondslag in die staat toereikend is (zie ook paragraaf 2.2). Hierdoor vindt niet in alle gevallen volledige neutralisatie plaats.²⁶² Wanneer de aandeelhouder in de woon-/vestigingsstaat verlies leidt, of wanneer het dividend wordt vrijgesteld van belastingheffing, wordt de bronstaatheffing in de woon-/vestigingsstaat niet verrekend. In deze situaties kan worden gesteld dat de verrekeningsmethode in het belastingverdrag niet voldoet aan de eisen die het EU-recht stelt. Kijkend naar dit arrest lijkt het HvJ een full credit te eisen alvorens te accepteren dat op grond van een belastingverdrag een

²⁵⁹ HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), punt 83: *Derhalve dient de nationale rechter vast te stellen of in het hoofdgeding rekening moet worden gehouden met het [belastingverdrag] en, in voorkomend geval, na te gaan of met dit verdrag de gevolgen kunnen worden geneutraliseerd van de in het kader van de beantwoording van de eerste vraag in punt 28 van het onderhavige arrest genoemde beperking van het vrije verkeer van kapitaal.* Uit dit punt kan mijns inziens worden geconcludeerd dat geen sprake kan zijn van neutralisatie wanneer de woon-/vestigingsstaat feitelijk de bronstaatbelasting niet verrekend.

²⁶⁰ HvJ 19 november 2009, C-540/07 (Commissie v. Italië).

²⁶¹ HvJ 19 november 2009, C-540/07 (Commissie v. Italië), punten 33 en 34.

²⁶² Hierbij moet worden opgemerkt dat het HvJ alle internationaal aanvaarde methoden ter voorkoming van dubbel belasting erkent, ook al leidt dat tot verschillen. Bovendien erkent het HvJ de werking van verdragen en het feit dat het een 'geven en nemen' is; zie bijvoorbeeld het arrest HvJ 5 juli 2005, Zaak C-376/03 (D). De vraag is in deze niet of een bepaalde vorm van voorkoming wel of niet is toegestaan, maar of een bepaalde vorm van verrekening wel of niet toereikend is.

belemmerende bronstaatheffing kan worden geneutraliseerd.²⁶³ Tot eenzelfde conclusie lijkt het HvJ ook in de arresten Commissie v. Spanje²⁶⁴ en Commissie v. Duitsland²⁶⁵ te komen. Ik ben echter van mening dat de bronstaat het niet geneutraliseerde deel van de belemmerende bronstaatheffing terug dient te geven, wanneer een ordinary credit niet voldoende blijkt te zijn om die belemmerende heffing te neutraliseren.²⁶⁶ Van de woon-/vestigingsstaat kan namelijk niet worden verwacht dat zij – ten koste van haar eigen schatkist – de door de bronstaat ingehouden bronstaatheffing gaat teruggeven.²⁶⁷ Hierbij dient te worden opgemerkt dat niet de volledige in Nederland ingehouden db dient te worden verrekend. In Commissie v. Italië en Commissie v. Spanje is bepaald dat het bedrag dat in grensoverschrijdende situaties meer is geheven dan in binnenlandse situaties volledig dient te worden geneutraliseerd.²⁶⁸

In de literatuur zijn verschillende meningen te onderkennen ten aanzien van de juiste interpretatiewijze van het arrest Commissie v. Italië. In zijn conclusie²⁶⁹ geeft A-G Wattel aan dat volgens hem Commissie v. Italië niet vereist dat de woon-/vestigingsstaat van de aandeelhouder een full credit moet toekennen aan de aandeelhouder, alvorens op basis van het belastingverdrag de belemmering door de woonstaat kan worden geneutraliseerd. Hij meent dat de bewoordingen van dit arrest verklaard worden doordat het om een infractieprocedure ging en dus volgens Wattel om *‘een abstracte toetsing van de Italiaanse regelgeving in het licht van de EU-verkeersvrijheden’*. Ging de zaak over een concreet geval, dan zou het HvJ volgens Wattel

²⁶³ Een full credit wordt in het internationale belastingrecht niet gebruikt. Belastingverdragen – zie ook hoofdstuk 2 – bevatten over het algemeen een ordinary credit.

²⁶⁴ HvJ 3 juni 2010, zaak C-487/08 (Commissie v. Spanje), punten 59 t/m 64.

²⁶⁵ HvJ 23 juli 2009, zaak C-284/09 (Commissie v. Duitsland), punt 70: *“De Bondsrepubliek Duitsland kan bijgevolg niet met recht stellen dat door de verrekening van de in deze lidstaat betaalde belasting met de in de andere lidstaat verschuldigde belasting ingevolge de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de nationale wettelijke belastingregeling of deze verdragen waardoor het tarief van de bronbelasting wordt verlaagd, steeds kan worden gecompenseerd”*.

²⁶⁶ Kiekebeld bepleit naar analogie van het arrest Marks & Spencer dat de bronbelasting pas worden teruggevraagd door de aandeelhouder aan de bronstaat, wanneer de aandeelhouder duidelijk heeft gemaakt dat er geen mogelijkheid bestaat om te verrekenen in het woonland (B.J. Kiekebeld, ‘Dividendbelasting binnen de EU: nog steeds niet alles opgelost’, NTFR-B 2012-24). Ik ben het echter niet eens met de analyse van Kiekebeld. In Marks & Spencer heeft het HvJ de rechtvaardigingsgrond geaccepteerd dat de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten een verschil in fiscale behandeling rechtvaardigt, mits de belastingplichtige in de andere staat zijn verlies kan verrekenen. Echter in de jurisprudentie van de bronstaatheffingen en de outbound dividenden heeft het HvJ een dergelijke rechtvaardigingsgrond niet geaccepteerd. Naar mijn mening ligt derhalve de volledige verantwoordelijkheid van een belemmering bij die staat die deze opwerpt. De woon-/vestigingsstaat kan slechts tegemoet komen wanneer dit voortvloeit uit een belastingverdrag.

²⁶⁷ Een vervolgvraag zou kunnen zijn of de woon-/vestigingsstaat de mogelijkheid geeft om het bedrag dat niet is geneutraliseerd over te hevelen naar een volgend belastingjaar. Ik ben van mening dat een dergelijke carry forward uitkomst kan bieden voor de beperkingen van de ordinary credit en dat dus niet per se een full credit moet worden toegepast. Een eventuele carry forward dient wel voort te vloeien uit het verdrag. Opgemerkt dient te worden dat ook de carry forward de belemmerende bronstaatheffing niet kan neutraliseren, wanneer de niet-ingezeten aandeelhouder alleen maar verlies leidt en het onwaarschijnlijk is dat zij in de toekomst winst zal maken.

²⁶⁸ Aangezien Nederland ook in binnenlandse situatie belasting heft over de belastingheffing over dividenden, gaat het slechts om de situatie dat Nederland in grensoverschrijdende situaties meer heft dan in binnenlandse situaties.

²⁶⁹ Conclusie A-G Wattel bij HR 20 december 2013, nr. nr. 12/03235, BNB 2014/64.

anders hebben beslist. Ook Egelie is van mening dat een ordinary credit voldoende kan zijn om een belemmering als de onderhavige te neutraliseren, wanneer in het concrete geval in de woonstaat sprake is van voldoende belastingheffing om de discriminerende bronstaatbelasting te verrekenen.²⁷⁰ Hij gebruikt derhalve dezelfde redenering als Wattel, zij het dat Egelie zich beroept op de analyse van het HvJ in het arrest Denkavit. Weber²⁷¹ is het met de analyse van Egelie niet eens. Hij stelt: *‘Uitgangspunt van Egelie is dat een belemmering kan worden geneutraliseerd wanneer 1. het belastingverdrag in deze verrekening voorziet en 2. de aandeelhouder de verrekeningsmogelijkheid in de woonstaat ook daadwerkelijk hoeft moeten kunnen benutten. Dit maakt hij met name op uit het Denkavit Internationaal-arrest. Ik lees echter nergens in Denkavit Internationaal dat sprake is van neutralisatie wanneer sprake is van een concrete verrekening (voorwaarde 2). In dit arrest stelde het HvJ EG alleen vast dat in die casus geen sprake was van een neutralisatie (omdat er geen sprake was van verrekening in Nederland; aangezien Nederland het dividend vrijstelde). Het is zeer gevaarlijk om deze constatering vervolgens a contrario uit te leggen, zoals Egelie doet, en er een rechtsregel van te maken die inhoudt dat wanneer wel wordt verrekend sprake is van een neutralisatie. Het HvJ EG overziet de gevolgen van deze a contrario redenering niet (het zijn geen fiscalisten) en constateert alleen dat in de situatie van Denkavit geen sprake is van een neutralisatie (en dat klopt ook), zonder zich te bedenken wat een a contrario redenering met zich zou meebrengen (maar daar hoeven ze zich ook niet over te bekommeren).’*

Weber meent in zijn annotatie bij Commissie v. Italië dat het verdrag wel een full credit dient te bevatten, wil het verdrag in alle gevallen kunnen voorzien in een neutralisatie.²⁷² Weber verwijst onder andere ook naar de internationale literatuur. Lang²⁷³ en Dassesse²⁷⁴ hebben – vóór dat het HvJ het arrest Commissie v. Italië heeft gewezen – verdedigd dat een ordinary credit niet in alle gevallen voldoende compensatie kan bieden om een discriminerende bronstaatheffing op een juiste manier te neutraliseren. Weber merkt op dat in Nederland een dergelijke discussie is

²⁷⁰ W.F.E.M. 'Egelie, Denkavit: over bronstaatbelemmering en woonstaatneutralisering, opinie', NTFR 24 december 2009.

²⁷¹ D.M. Weber, Hogere belasting op grensoverschrijdend dividend niet gecompenseerd door ordinary credit in belastingverdrag; onder EER-overeenkomst ..., FED 2009/115.

²⁷² Weber: *“Uit het onderhavige arrest blijkt ondubbelzinnig dat een belemmering, in een situatie als het onderhavige, alleen kan worden weggenomen door een bepaling in een belastingverdrag wanneer deze voorziet in een full-credit. Een full-credit houdt in dat de andere lidstaat (zelfs als in die lidstaat geen belasting wordt geheven over het dividend), de in de bronstaat geheven belasting altijd moet verrekenen of teruggeven.”*

²⁷³ M. Lang, 'ECJ case law on cross-border dividend taxation - recent developments', EC Tax Review 2008-2, p. 71.

²⁷⁴ M. Dassesse, 'Belgian withholding taxes on outbound dividends and interest: the challenge of Community law', Bulletin 2008, blz. 337, zie met name p.. 342.

uitgebleven en dat men ervan uitgaat dat een ordinary credit ook neutralisatie kan bieden. Hierbij verwijst Weber onder andere naar Wattel²⁷⁵ en Egelie²⁷⁶.

Zelf ben ik het met zowel Weber als met Egelie eens. Ik denk dat Egelie juist oordeelt, wanneer hij stelt dat in concrete situaties geen sprake is van een belemmering indien de bronstaatbelasting – dankzij een ordinary credit – in de woonstaat volledig wordt geneutraliseerd. Er is in deze situatie geen belang voor de aandeelhouder te procederen, aangezien hij eenvoudigweg niet wordt belemmerd. Het staat namelijk buiten kijf dat ook rekening met het belastingverdrag gehouden dient te worden.²⁷⁷ Echter een belemmerende bronstaatheffing dient mijns inziens in elke situatie geneutraliseerd te kunnen worden. Ik ben het eens met Weber als hij zegt dat belastingverdragen hiervoor slechts kunnen zorgen wanneer zij een full credit bevatten. Zoals hiervoor al aangegeven acht ik de full credit in het internationaal belastingrecht niet reëel, waardoor ik ervoor pleit dat de oplossing moet komen vanuit de bronstaat. De bronstaat kan in een dergelijke oplossing voorzien middels een teruggave. Voor Nederland stel ik daarom ook een aanpassing voor (zie paragraaf 6.2).

Uit dit verschil in opvatting kan de vraag worden afgeleid tot hoever de invloed van het vrije verkeer van kapitaal gaat op fiscaal terrein. Wordt het geaccepteerd dat het belastingverdrag voldoende neutraliseert, wanneer wordt uitgegaan van de beginselen van het internationaal belastingrecht, zoals het toepassen van een ordinary credit. Wattel en Egelie zijn de mening toegedaan dat een volledige neutralisatie niet hoeft, en dat slechts moet worden aangesloten bij de verrekening waarin het belastingverdrag voorziet. Het bieden van een full credit is niet nodig, omdat belastingverdragen daar niet in voorzien. Echter, ik ben van mening dat het EU-recht nog verder gaat. Belastingverdragen worden slechts geaccepteerd, omdat zij volgens het HvJ deel uitmaken van het rechtssysteem van de lidstaten. Dus wanneer – ondanks toepassing van het belastingverdrag – een belemmering blijft bestaan, dan ben ik van mening dat de bronstaat deze belemmering moet neutraliseren door de belemmerende belastingheffing terug te geven aan de niet-ingezeten aandeelhouder. Met andere woorden: niet het belastingverdrag staat centraal, maar de mate van neutralisering. De verlegging van de neutralisatieplicht van de bronstaat naar de woonstaat middels een belastingverdrag is slechts een hulpmiddel om in die neutralisatie te

²⁷⁵ P.J. Wattel, 'Eenjurisdictionale of overall-toepassing van EG-verboden op bronheffingen', WFR 2006/6680, blz. 847.

²⁷⁶ W.F.E.M. 'Egelie, Denkavit: over bronstaatbelemmering en woonstaatneutralisering, opinie', NTFR 24 december 2009.

²⁷⁷ Opgemerkt dient te worden dat ook bij eenzijdige neutralisatie van de woon-/vestigingsstaat – zonder dat een belastingverdrag van toepassing is – er geen belang meer is bij de aandeelhouder om tegen een belemmerende bronstaatbelasting te procederen (zie paragraaf 4.3.5.1).

voorzien. Voorziet de toepassing van het belastingverdrag niet in volledige neutralisatie, dan dient de bronstaat alsnog op een andere wijze te voorzien in neutralisatie.

4.3.5.3. Conclusie

Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat de verantwoordelijkheid van de neutralisatie wordt neergelegd bij de bronstaat (en niet bij de woonstaat). Het HvJ accepteert het dat de woon-/vestigingsstaat de neutralisatie op zich neemt, maar dan alleen in die situaties dat de woon-/vestigingsstaat op grond van het belastingverdrag de belemmerende bronstaatheffing neutraliseert. Voorts leid ik uit de jurisprudentie af dat – ondanks dat de woon-/vestigingsstaat zich middels een belastingverdrag heeft gecommitteerd de bronstaatheffing te neutraliseren – ook dient te worden beoordeeld of de woon-/vestigingsstaat ook feitelijk de bronstaatheffing neutraliseert. Wanneer een woon-/vestigingsstaat – om welke reden dan ook – zich in het belastingverdrag wel heeft gecommitteerd te neutraliseren, maar dit feitelijk niet doet, acht ik dat de belemmering nog in stand is gebleven. Dan heeft de bronstaat de verantwoordelijkheid de teveel geheven db terug te geven aan de niet-ingezetene aandeelhouder.²⁷⁸ Met andere woorden: een belemmerende bronstaatheffing kan pas door de woon-/vestigingsstaat worden geneutraliseerd wanneer zij daartoe wordt gedwongen door een belastingverdrag en zij ook feitelijk tot neutralisatie over gaat.

4.3.6. Dividendmededeling

Daar waar de MD-richtlijn ziet op vennootschappelijke aandeelhouders in deelnemingsverbanden, is de dividendmededeling²⁷⁹ (hierna: mededeling) tot stand gebracht ten behoeve van particuliere aandeelhouders. De Mededeling bevat een analyse van de implicaties die kunnen ontstaan bij belastingheffing over dividenden in grensoverschrijdend EU-verband.²⁸⁰ De mededeling borduurt voort op het rapport-Ruding uit 1992 en anderzijds op het arrest Verkooijen. De EC streeft er met de mededeling naar de systemen van heffing van db en ib over door deze beleggers ontvangen dividenden in overeenkomst met het EU-recht. De mededeling richt zich met name op de problematiek ten aanzien van de economische dubbele belasting die voortvloeit uit de heffing van vpb en ib over uitgekeerde winst.²⁸¹

²⁷⁸ Het opheffen van de belemmering betekent dus niet dat Nederland of de verdragsstaat de gehele geheven db dient te verrekenen. Waar het om gaat is dat het verschil tussen hetgeen Nederland in binnenlandse situaties aan ib/vpb zou heffen tegenover hetgeen Nederland inhoudt aan db ten laste van de niet-ingezetene aandeelhouder.

²⁷⁹ Mededeling van de Europese Commissie van 19 december 2003, 'Belasting op dividend van natuurlijke personen in de interne markt', COM(2003)810.

²⁸⁰ Dividendmededeling, p. 3

²⁸¹ P. Kavelaars, 'Dividend(belasting) en de EU', TFO 2008/77.

De juridische analyse begint met de fiscale behandeling van de inbound dividenden en derhalve de voorkoming van economische dubbele belasting.^{282, 283} In paragraaf 3.3 van de mededeling wordt ingegaan op outbound dividenden. De EC stelt dat uit het VwEU voortvloeit dat het niet is toegestaan om outbound dividenden zwaarder te belasten dan in binnenlandse situaties. In paragraaf 3.3.1 van de Mededeling, geeft de EC aan dat de basis voor de vergelijking tussen binnenlandse dividenden en outbound dividenden wordt gevormd door de binnenlandse effectieve belastingdruk over dividenden te vergelijken met de effectieve bronstaatheffing over de outbound dividenden. Dit uitgangspunt acht ik – kijkend naar de hiervoor besproken jurisprudentie – juist.²⁸⁴ Ten aanzien van in het bijzonder de outbound dividenden acht ik de dividendmededeling niet meer actueel. Er hebben zich in de laatste jaren veel ontwikkelen voorgedaan, met name ten aanzien van de neutralisatie. Ik acht het – gekeken naar de hoeveelheid nieuwe jurisprudentie op het gebied van de uitgaande dividenden – wenselijk als de EC met een herzien dividendmededeling komt.

Mijns inziens dient in een herziening van de dividendmededeling aandacht te worden besteed aan de neutralisatie. In de literatuur is namelijk discussie ontstaan over de wijze waarop de neutralisatie dient te worden vormgegeven. De vraag is bijvoorbeeld of een ordinary credit – hoewel de gangbare methode in het internationale belastingrecht om dubbele db te neutraliseren – wel voldoende is om aan de EU-verplichtingen te voldoen. Verder is de vraag of slechts het commitment van de woon-/vestigingsstaat in het belastingverdrag om te gaan verrekenen voldoende is voor de bronstaat om te voldoen aan haar verplichtingen, als de woon-/vestigingsstaat feitelijk een dergelijke neutralisatie niet bewerkstelligt. Ik ben van mening dat deze vragen ontkennend beantwoord dienen te worden. Een herzien mededeling dient op basis van de besproken jurisprudentie te bepalen dat een belastingverdrag er de facto en de jure toe moet leiden dat de belemmering door de woonstaat wordt opgeheven.

²⁸² HvJ 6 juni 2000, C-35/98 (Verkooijen). In deze zaak ging het om de Nederlandse inwoner Verkooijen die dividend ontving uit buitenlandse aandelen. Deze aandelen werden meegenomen in de Nederlandse belastinggrondslag en derhalve ook belast. Als Verkooijen aandelen had gehouden in een Nederlandse vennootschap, dan zou hij voor het ontvangen dividend worden vrijgesteld van belastingheffing. Dergelijke wetgeving leidt ertoe dat een Nederlandse burger wordt belemmerd om in buitenlandse aandelen te investeren. Het HvJ heeft dan ook bepaald dat lidstaten die binnenlandse dividenden (ten dele) vrijstellen dienen deze vrijstelling uit te breiden naar inkomende dividenden. Behalve een vrijstelling mogen ook binnenlandse dividenden bij de aandeelhouder niet tegen een lager tarief worden belast (HvJ 15-07-04, C-315/02; Lenz) en mag ook niet tegen een lager tarief worden verrekend in vergelijking met inkomende dividenden (HvJ 09-09-04, C-319/02; Manninen).

²⁸³ Aangezien de verrekening bij inkomende dividenden met name gaat om de voorkoming van economische dubbele belasting, zal hierop niet verder worden ingegaan.

²⁸⁴ Dit uitgangspunt volgt tevens uit de later arresten HvJ 19 januari 2006, Zaak C-265/04 (Bouanich) en HvJ 22 december 2008, zaak C-282/07 (Truck center).

4.3.7. Oordeel

Op basis van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de Nederlandse voorheffingssystematiek in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal als bedoeld in artikel 63 VwEU. Er zullen zich daarentegen niet veel situaties voordoen waarbij niet-ingezeten aandeelhouders ten opzichte van ingezeten aandeelhouders worden belemmerd. Dit is het gevolg van het feit dat in het leeuwendeel van de gevallen de binnenlandse ib-/vpb-druk (na verrekening van de db) over het nettodividend een hogere belastingdruk tot gevolg heeft dan de db-druk over het brutodividend. Dit geldt zowel voor de particuliere a.b.-houder als voor de particuliere en rechtspersoon portfolio-aandeelhouder.

Voorts – wanneer de ten laste van de niet-ingezeten aandeelhouder geheven belasting hoger is dan de ten laste van de ingezeten aandeelhouder geven belasting – wordt op grond van het belastingverdrag in de woon-/vestigingsstaat ordinary credit verstrekt.²⁸⁵ Als deze ordinary credit niet toereikend is om het belemmerende gedeelte van de bronstaatheffing te neutraliseren, dan is sprake van een discriminatoire heffing. Of in een concrete situatie wel of geen sprake is van een belemmerende bronstaatheffing is derhalve het gevolg van het feit dat de effectieve belastingdruk en de neutralisatie afhankelijk zijn van verschillende variabelen, te weten:

- de db-grondslag in grensoverschrijdende situaties t.o.v. de ib/vpb-grondslag (na verrekening van db) in binnenlandse situaties; en
- de mogelijkheid tot verrekening op basis van het belastingverdrag in de woonstaat.

Een dergelijke belemmerende bronstaatheffing kan niet worden gerechtvaardigd. Nederland dient derhalve in een teruggave te voorzien voor de gevallen waarbij na neutralisatie een belemmerende deel van de db over blijft.

4.4. Conclusie

In dit hoofdstuk is getoetst of het in hoofdstuk 2 geanalyseerde verschil tussen ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders verenigbaar is met het vrij verkeer van kapitaal als bedoeld in artikel 63 VwEU.

In paragraaf 4.2 is ten eerste onderzocht aan welke verkeersvrijheid het verschil in fiscale behandeling getoetst dient te worden. Het HvJ heeft in diens jurisprudentie drie voorrangregels ontwikkeld om te bepalen of bepaalde wetgeving getoetst moet worden aan het vrije verkeer van

²⁸⁵ Dit is niet het geval in de relatie tot Cyprus, omdat Nederland geen belastingverdrag heft gesloten met die EU-lidstaat.

kapitaal of aan het vrije verkeer van vestiging. De eerste voorrangsregel is dat getoetst moet worden aan het vrije verkeer van vestiging wanneer het gaat om belemmerende regelingen die vanuit de doelstelling specifiek van toepassing zijn op situaties van doorslaggevende zeggenschap. De tweede voorrangsregel is dat belemmerende regelingen die vanuit de doelstelling specifiek van toepassing zijn op kapitaaltransacties getoetst dienen te worden aan het vrij verkeer van kapitaal. De derde voorrangsregel ziet op generieke regelingen waaronder zowel situaties vallen met en zonder doorslaggevende zeggenschap. Deze dienen te worden getoetst aan het vrij verkeer van kapitaal indien feitelijk geen doorslaggevende zeggenschap bestaat. Indien feitelijk wel sprake is van doorslaggevende zeggenschap dient in beginsel aan beide vrijheden te worden getoetst. Echter, wanneer het gaat om een regeling die ziet op vestigingsvoorwaarden dient slechts te worden getoetst aan het vrije verkeer van kapitaal.

Alvorens het HvJ oordeelt of een bepaalde regeling discriminatoir is en dus in strijd is met het vrije verkeer van kapitaal of het vrije verkeer van vestiging, dient te worden getoetst of ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders objectief vergelijkbaar zijn. Slechts wanneer beide objectief vergelijkbaar zijn, dient de lidstaat beide gevallen op gelijke wijze te behandelen. Wordt echter de niet-ingezeten aandeelhouder belemmerd ten opzichte van de ingezeten aandeelhouder, dan is sprake van – mits geen rechtvaardiging – strijdigheid met EU-recht.

In paragraaf 4.3 is het verschil in fiscale behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders aan bod gekomen. Aan de hand van jurisprudentie van het EU-recht en literatuur is geconcludeerd dat ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders objectief vergelijkbaar zijn, wanneer de niet-ingezeten aandeelhouder aan de belastingheffing in het bronland wordt onderworpen. Dit betekent vanuit Nederlands perspectief dat een niet-ingezeten aandeelhouder objectief vergelijkbaar is met een ingezeten aandeelhouder, omdat de niet-ingezeten aandeelhouder is onderworpen aan de Wet DB 1965. Voor wat betreft de formele belastingheffing zijn ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders niet vergelijkbaar. Een lidstaat kan ervoor kiezen ingezeten aandeelhouders slechts te onderwerpen aan een ib/vpb en de niet-ingezeten aandeelhouders aan een bronstaatheffing. Vervolgens is de vraag wat precies vergeleken dient te worden beantwoord. Gaat het om de effectieve belastingdruk waarbij wordt gekeken naar zowel de ib/vpb-druk tezamen met de db-druk of alleen naar de db-druk. Deze vraag staat ook centraal in de procedure die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2013. Naar mijn mening volgt uit de arresten Fokus Bank, Bouanich en Truck Center dat de ib/vpb-druk (na verrekening van de db) in binnenlandse situaties vergeleken dient te worden met de db-druk in grensoverschrijdende situaties.

Wanneer op grond van bovenstaande vergelijking dient te worden geconcludeerd dat outbound dividenden zijn onderworpen aan een hogere belastingdruk dan binnenlandse dividenden, is het de vraag of dit nog kan worden geneutraliseerd. In het arrest Amurta is bepaald dat een discriminerende belastingheffing geneutraliseerd kan worden door een belastingverdrag. In het belastingverdrag committeert de woonstaat zich om de door de bronstaat ingehouden bronstaatbelasting te verrekenen. Een dergelijke verrekening op grond van de nationale wetgeving van de woonstaat wordt door het HvJ onvoldoende geacht om een belemmerende bronstaatheffing te neutraliseren.. Voorts ben ik van mening dat een neutralisatie op grond van het belastingverdrag slechts in overeenstemming met het EU-recht is, wanneer de woonstaat overgaat op feitelijke volledige neutralisatie van de belemmerende bronstaatheffing.

Uiteindelijk is geoordeeld dat de Nederlandse voorheffingssystematiek in theorie in strijd is met het vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 VwEU). De reden dat slechts in theorie sprake kan zijn van een verschil in fiscale behandeling, is dat het niet vaak zal voorkomen dat de binnenlandse ib-/vpb-druk (na verrekening van de db) over het nettodividend lager zal uitkomen dan de db-druk over het brutodividend. Dit zelfde geldt voor de portfolio-aandeelhouder. Als er dan toch een situatie is waarbij belaste bedrag in binnenlandse situaties lager ligt dan in grensoverschrijdende situaties, dan zal de woon-/vestigingsstaat op basis van het verdrag een credit geven. Er zijn derhalve wel situaties denkbaar waarbij Nederland een belemmering opwerpt. Dit is het gevolg van het feit dat de effectieve belastingdruk en de neutralisatie afhankelijk is van verschillende variabelen, te weten: de db-grondslag in grensoverschrijdende situaties t.o.v. de ib/vpb-grondslag in binnenlandse situaties en de mogelijkheid tot verrekening op basis van het verdrag in de woonstaat. In dergelijke situaties accepteert het HvJ in elk geval vooralsnog geen rechtvaardigingsgronden.

5. De teruggaafregeling, de afdrachtvermindering en het EU-recht

5.1. Inleiding

Na in hoofdstuk 5 de in hoofdstuk 2 geanalyseerde verschillen in fiscale behandeling in EU-rechtelijke context te hebben geplaatst, staan in dit hoofdstuk de in hoofdstuk 3 geanalyseerde verschillen in fiscale behandeling centraal. Het betreft de volgende verschillen. De fiscale behandeling van ingezeten pensioenfondsen is anders dan die van niet-ingezeten pensioenfondsen. Dit is het gevolg van een extra voorwaarde die wordt gesteld aan buitenlandse pensioenfondsen alvorens zij in aanmerking komen voor de teruggaafregeling als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1965. Verder bleek uit de analyse van hoofdstuk 4 dat fbi's recht hebben op de afdrachtvermindering als bedoeld in artikel 11a Wet DB 1965. De afdrachtvermindering is echter op een dusdanige manier vormgegeven dat deze alleen effectief is voor ingezeten beleggingsinstellingen die de status van een fbi hebben. Niet-ingezeten beleggingsinstellingen die vergelijkbaar zijn met een fbi komen derhalve niet in aanmerking voor de neutralisatie van de Nederlandse db. Voor beleggingsinstellingen geldt de bronbelasting derhalve als eindheffing. Ten aanzien van de vbi is geconstateerd dat er geen verschil in de fiscale behandeling valt te onderkennen, zodat daarop niet wordt ingegaan. In dit hoofdstuk staat derhalve de volgende deelvraag centraal:

Is de extra toets in de teruggaafregeling als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1965 en de afdrachtvermindering als bedoeld in artikel 11a Wet DB 1965 in strijd met het vrije verkeer van kapitaal als bedoeld in artikel 63 VWEU en het vrije verkeer van vestiging als bedoeld in artikel 49 VWEU?

In paragraaf 5.2 wordt de belemmering in de huidige teruggaafregeling van artikel 10 Wet DB 1965 getoetst. In paragraaf 5.3 komt de afdrachtvermindering als bedoeld in artikel 11a Wet DB 1965 aan de orde. Tot slot wordt in paragraaf 5.4 afgesloten met een conclusie.

5.2. EU-rechtelijke toets teruggaafregeling

5.2.1. Verschil in fiscale behandeling

In paragraaf 3.2 is de fiscale positie van pensioenfondsen en andere van vpb vrijgestelde lichamen binnen de db besproken. In die paragraaf heb ik geconcludeerd dat db die ten laste van pensioenfondsen is ingehouden niet is aan te merken als een voorheffing. Om de db toch te kunnen neutraliseren is de teruggaafregeling in artikel 10 Wet DB 1965 opgenomen. Voor niet-ingezeten pensioenfondsen geldt een dubbele toets. Ten eerste dienen zij van een belasting

geheven naar winst in de vestigingsstaat te zijn vrijgesteld. Ten tweede dienen de niet-ingezeten pensioenfondsen ook van vpb te zijn vrijgesteld als zij in Nederland zouden zijn gevestigd.²⁸⁶

5.2.2. Objectieve vergelijkbaarheid

In onder andere de arresten *Denkavit*²⁸⁷, *Bouanich*²⁸⁸ en *Aberdeen*²⁸⁹ heeft het HvJ geoordeeld dat directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren. De lidstaten zijn niettemin verplicht die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen en elke belemmering te voorkomen.²⁹⁰ Het HvJ oordeelt dat ingezetenen en niet-ingezeten aandeelhouders op een gelijke wijze in de belastingheffing dienen te worden betrokken, wanneer geen objectief verschil bestaat op grond waarvan een ongelijke behandeling kan worden gerechtvaardigd.²⁹¹ Uit onder andere de arresten *Test Claimants*²⁹² en *Denkavit*²⁹³ blijkt dat ingezetenen en niet-ingezeten aandeelhouders objectief vergelijkbaar zijn, wanneer de niet-ingezeten aandeelhouder aan de belastingheffing in het bronland wordt onderworpen. Dit betekent – vanuit Nederlands perspectief – dat een niet-ingezeten aandeelhouder objectief vergelijkbaar is met een ingezeten aandeelhouder, omdat de niet-ingezeten aandeelhouder is onderworpen aan de Wet DB 1965. De vraag die derhalve relevant is, is wat de belastingheffing zou zijn als het niet-ingezeten pensioenfonds in Nederland zou zijn gevestigd. Zou het pensioenfonds dan wel in aanmerking komen voor een teruggaaf?

In het arrest *Stauffer*²⁹⁴ gaat het om een naar Italiaans recht opgerichte stichting die in Italië is erkend als stichting van algemene nut waardoor zij voor een belastingvrijstelling in aanmerking komt. Deze stichting bezit een bedrijfspand in Duitsland waaruit zij inkomsten genereert. Voor deze inkomsten werd zij in Duitsland in de belastingheffing betrokken, terwijl ingezeten stichtingen van algemeen nut voor dergelijke inkomsten zouden zijn vrijgesteld van belastingheffing.²⁹⁵ Op grond van deze vergelijking oordeelde het HvJ dat EU-recht de lidstaten

²⁸⁶ Ik ga niet in op de mogelijkheid voor de niet-ingezeten beleggingsinstelling om in aanmerking te komen voor de teruggaafregeling, omdat de Hoge Raad het *Fins beleggingsfonds* arrest heeft bepaald dat een niet-ingezeten beleggingsinstelling die in zijn vestigingsstaat niet onderworpen is aan een winstbelasting niet vergelijkbaar is met de ingezetenen van vpb vrijgestelde vennootschap als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1969.

²⁸⁷ HvJ 14 december 2006, zaak C-170/05 (*Denkavit International*).

²⁸⁸ HvJ 19 januari 2006, Zaak C-265/04 (*Bouanich*).

²⁸⁹ HvJ 18 juni 2009, zaak C-303/07 (*Aberdeen Property Fininvest*).

²⁹⁰ HvJ 14 december 2006, zaak C-170/05 (*Denkavit International*), punt 19.

²⁹¹ HvJ 14 december 2006, zaak C-170/05 (*Denkavit International*), punten 25 t/m 30.

²⁹² HvJ 13 november 2012, zaak C-035/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

²⁹³ HvJ 14 december 2006, zaak C-170/05 (*Denkavit International*).

²⁹⁴ HvJ 14 september 2006, zaak C-386/04 (*Stauffer*).

²⁹⁵ In deze situatie is geen sprake van vrijheid van vestiging omdat de stichting niet de activiteiten ontplooide in Duitsland die zij ontplooid in Italië. Daarnaast wordt het pand beheerd door een Duitse beheerder en de stichting slechts de inkomsten. Er is dus geen sprake van een duurzame aanwezigheid in Duitsland, waardoor in casu slechts getoetst dient te worden aan het vrij verkeer van kapitaal (HvJ 14 september 2006, zaak C-386/04 (*Stauffer*), punten 18 t/m 20).

niet dwingt niet-ingezeten stichtingen die in hun vestigingsstaat zijn erkend als van algemeen nut, op hun grondgebied automatisch dezelfde erkenning te verstrekken.²⁹⁶ Volgens het HvJ beschikken de lidstaten in dit opzicht over een beoordelingsmarge waarvan zij in overeenstemming met het EU-recht gebruik mogen maken.²⁹⁷ In het arrest Persche²⁹⁸ oordeelde het HvJ – ten aanzien van een Portugees bejaardencentrum dat in aanmerking wilde komen voor fiscale voordelen in Duitsland – in overeenstemming met Stauffer, dat het een lidstaat vrij staat in het kader van zijn eigen wetgeving ten aanzien van de fiscale aftrekbaarheid van giften ingezeten en niet-ingezeten instellingen van algemeen nut ongelijk te behandelen, wanneer de niet-ingezeten instellingen niet voldoen aan de voorwaarden die de lidstaat in haar eigen wetgeving stelt.²⁹⁹ Uit deze arresten blijkt voorts dat een verschil in fiscale behandeling niet mag voortvloeien uit een verschil in vestigingsplaats.

Bij de toepassing van beide arresten op pensioenfondsen dient echter een kanttekening te worden geplaatst. De vraag is namelijk of de vergelijking tussen ingezeten en niet-ingezeten anbi's dezelfde is als de vergelijking tussen ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen. Een lidstaat kent fiscale voordelen toe aan rechtspersonen die bepaalde aangewezen activiteiten ontplooiën waarvan zij het maatschappelijk nut dusdanig groot acht, dat zij aan het ontplooiën van die activiteiten fiscale voordelen koppelt. Achter deze fiscale voordelen zit een bepaalde overtuiging. Het is derhalve evident dat het HvJ stelt dat alvorens een niet-ingezeten anbi in aanmerking dient te komen voor fiscale voordelen, zij eerst dient te voldoen aan de voorwaarden die die lidstaat noodzakelijk acht. Aan ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen ligt in beginsel dezelfde gedachte ten grondslag, te weten: het voorzien in het levensonderhoud van voormalige werknemers. De vpb-vrijstelling (en in het verlengde daarvan de teruggaafregeling) is vervolgens het gevolg van de omkeerregel. Deze omkeerregel stelt dat pensioenpremies en het rendement dat op die premies wordt behaald niet belast worden. Aan de andere kant worden uitkeringen die door het pensioenfonds gedaan worden wel in de belastingheffing betrokken. De vrijstelling van pensioenfondsen binnen de vpb is dus het gevolg van de gedachte dat pensioenfondsen het vermogen dat is opgehaald met de pensioenpremies belastingvrij kunnen laten renderen. Dit uitgangspunt – het belastingvrij laten renderen van pensioenvermogen – vormt ook het uitgangspunt in andere EU/EER-lidstaten. Dit maakt ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen mijns inziens in beginsel objectief vergelijkbaar. Echter dit betekent niet dat

²⁹⁶ HvJ 14 september 2006, zaak C-386/04 (Stauffer), punt 39.

²⁹⁷ In het verlengde hiervan is het lidstaten ook toegestaan maatregelen toe te passen die hem in staat stellen na te gaan of een niet-ingezeten stichting voldoet aan de voorwaarden die de nationale wetgeving stelt om hiervoor in aanmerking te komen.

²⁹⁸ HvJ 27 januari 2009, zaak c-318/07 (Persche).

²⁹⁹ HvJ 27 januari 2009, zaak c-318/07 (Persche), punt 47.

aan pensioenfondsen geen voorwaarden worden gesteld waarmee de lidstaten het pensioenvermogen veilig stellen. De vraag is of ook deze voorwaarden meegenomen dienen te worden in de vergelijkbaarheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen pensioenfondsen. Het antwoord op deze vraag volgt mijns inziens uit het arrest *Commissie v. Portugal*³⁰⁰. In dit arrest heeft het HvJ – ten aanzien van een verschil in fiscale behandeling van ingezetenen en niet-ingezetenen pensioenfondsen – geoordeeld dat de voorwaarde dat niet-ingezetenen pensioenfondsen aan de Portugese voorwaarden moeten voldoen, alvorens hen van belastingheffing vrij te stellen, in overeenstemming met het EU-recht geacht. Niet-ingezetenen pensioenfondsen mogen echter niet slechts op basis van hun vestigingsplaats worden belemmerd. Zij moeten de mogelijkheid krijgen te bewijzen dat zij voldoen aan de Portugese voorwaarden. In dit arrest gaat het HvJ niet in op de arresten *Stauffer en Persche*.³⁰¹ De juistheid van de extra toets – of de niet-ingezetenen vennootschap zou zijn vrijgesteld van belastingheffing, als hij in Nederland zou zijn gevestigd – heeft de Hoge Raad ten aanzien van een Finse beleggingsinstelling in *BNB 2014/20* onderstreept.³⁰² In zoverre kan worden geoordeeld dat artikel 10 Wet DB 1965 geen belemmering is voor niet-ingezetenen pensioenfondsen die niet voldoen aan de Nederlandse voorwaarden, aangezien deze niet objectief vergelijkbaar zijn. Ten aanzien van deze nationale regelgeving heeft het HvJ in het arrest *Emerging Market Series*³⁰³ geoordeeld dat voor wat betreft het criterium dat niet-ingezetenen vennootschappen hun activiteiten dienen uit te oefenen in overeenstemming met bepaalde wetgeving, geen rechtvaardiging voor een verschil in fiscale behandeling kan bieden wanneer het voor die niet-ingezetenen vennootschap onmogelijk is om aan die regelgeving te voldoen. Wanneer dergelijke regels gesteld zouden kunnen worden, verwordt het vrij verkeer van kapitaal tot een dode letter voor deze niet-ingezetenen vennootschappen.³⁰⁴

³⁰⁰ HvJ 6 oktober 2011, C-493/09 (*Commissie v. Portugal*).

³⁰¹ HvJ 6 oktober 2011, C-493/09 (*Commissie v. Portugal*), punt 47: “*een nationale regeling die een pensioenfonds volstrekt belet het bewijs te leveren dat het de voorwaarden vervult waaronder het voor de vrijstelling in aanmerking zou komen, indien het in Portugal gevestigd was, kan evenwel niet door de doeltreffendheid van de fiscale controles gerechtvaardigd worden. Immers valt niet van tevoren uit te sluiten dat in een andere lidstaat dan de Portugese Republiek gevestigde pensioenfondsen relevante bewijsstukken kunnen overleggen aan de hand waarvan de Portugese belastingdiensten duidelijk en nauwkeurig kunnen nagaan dat zij in hun staat van vestiging voorwaarden vervullen die gelijkwaardig zijn aan die welke naar Portugees recht gelden.*”

³⁰² In HR 15 november 2013, nr. 12/01866, *BNB 2014/20* heeft de Hoge Raad beoordeeld of Nederland ten aanzien van de terugaafregeling de fiscale positie van de beleggingsinstelling in haar vestigingsstaat dient over te nemen. In r.o. 3.3. oordeelt de Hoge Raad als volgt: *Voor de beantwoording van de vraag of artikel 56 EG (thans artikel 63 VWEU) ertoe noopt belanghebbende teruggaaf van dividendbelasting te verlenen, moet eerst worden beoordeeld of belanghebbende objectief vergelijkbaar is met een in Nederland gevestigde vennootschap die onder het bereik van artikel 10, lid 1, van de Wet DB 1965 valt. Uit de in onderdeel 6.9 van de conclusie van de Advocaat-Generaal vermelde jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat voor de vaststelling of een lidstaat bij de wetgeving betreffende inhouding van belasting over bepaalde baten vennootschappen uit een andere lidstaat discrimineert, in het algemeen niet van belang is hoe die baten door die andere lidstaat fiscaal worden behandeld. Een lidstaat behoeft bij de belastingheffing niet (automatisch) een door een andere lidstaat aan een in die andere lidstaat gevestigde vennootschap verleende fiscale faciliteit over te nemen (vgl. HvJ EU 14 september 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, C-386/04, V-N 2006/47.11, punt 39, en HvJ EU 27 januari 2009, *Persche*, C-318/07, V-N 2009/8.13, punt 48).*

³⁰³ HvJ 10 april 2014, Zaak C-190/12 (*Emerging Markets Series*).

³⁰⁴ HvJ 10 april 2014, Zaak C-190/12 (*Emerging Markets Series*), punten 64 en 65.

Op grond van deze jurisprudentie kan naar mijn mening worden gesteld dat de toets dat gekeken dient te worden naar wat de fiscale behandeling zou zijn geweest, wanneer de buitenlandse vennootschap in Nederland zou zijn gevestigd, juist is.³⁰⁵ Niet-ingezetenen die niet voldoen aan de voorwaarden die artikel 5 Wet VpB 1969 stelt, zijn niet objectief vergelijkbaar met de ingezeten vennootschappen die wel aan de voorwaarden van dat artikel voldoen en derhalve recht hebben op een teruggaaf van dividendbelasting. Korving acht deze analyse onjuist.³⁰⁶ Hij geeft aan dat het uitgangspunt van de teruggaafregeling is dat de dividendbelasting moet worden geneutraliseerd in de omstandigheid dat bij de ontvanger geen verrekening kan plaatsvinden omdat de aandeelhouder niet is onderworpen aan de vpb. Hij acht dit uitgangspunt ook toepasbaar in de grensoverschrijdende situatie. Hij is derhalve van mening dat Nederland de kwalificatie van de vestigingsstaat over dient te nemen. Hoewel ik me kan vinden in de analyse van Korving – de teruggaafregeling is inderdaad slechts het gevolg van het feit dat de dividendbelasting moet worden geneutraliseerd in de omstandigheid dat bij de ontvanger geen verrekening kan plaatsvinden vanwege een gebrek aan onderworpenheid – acht ik de conclusie dat ook niet-ingezetenen pensioenfondsen voor een teruggaaf in aanmerking dienen te komen slechts juist wanneer de belemmering ontstaat vanwege enkel verschil in vestigingsplaats. Echter wanneer een lidstaat specifieke voorwaarden aan ingezeten vennootschappen verbindt alvorens ze in aanmerking te laten komen voor fiscale voordelen, acht ik het op grond van het EU-recht juist dat deze niet-ingezetenen vennootschappen ook dienen te voldoen aan die voorwaarden.³⁰⁷ Wanneer niet-ingezetenen pensioenfondsen niet voldoen aan die voorwaarden kunnen zij derhalve ook niet in aanmerking komen voor de fiscale voordelen. Ook Nijkeuter acht de visie van Korving onjuist. Nijkeuter acht het voor de toepassing van artikel 10 Wet DB 1965 slechts van belang wat de fiscale behandeling zou zijn als het niet-ingezetenen pensioenfonds in Nederland zou zijn gevestigd. Wanneer het pensioenfonds – als het in Nederland zou zijn gevestigd – niet zou zijn onderworpen aan de vpb en het lichaam het recht zou hebben op een teruggave van db, dan moet een teruggave van Nederlandse db worden verleend. De onderworpenheid van het lichaam in de vestigingsstaat acht Nijkeuter op grond van het arrest Aberdeen³⁰⁸ niet van belang.³⁰⁹

³⁰⁵ Wattel heeft in zijn conclusie geoordeeld dat slechts gekeken dient te worden naar de fiscale positie als de vennootschap in Nederland zou zijn gevestigd. Het is derhalve niet van belang wat de fiscale behandeling is in zijn vestigingsstaat.

³⁰⁶ J.J.A.M. Korving, 'Dividendbelasting: Hoe lang moeten we (ons) nog inhouden?', WFR 2012/1120.

³⁰⁷ Wanneer niet wordt voldaan aan die voorwaarden dan resteert nog altijd de vergelijking met een aan de vpb onderworpen lichaam.

³⁰⁸ HvJ 18 juni 2009, zaak C-303/07 (Aberdeen Property Fininvest).

³⁰⁹ E. Nijkeuter, 'Vergelijkbaarheid van lichamen in outbound situaties onder het Europees recht', MBB 2011/10.

De vraag die nu rijst is in hoeverre de niet-ingezeten pensioenfondsen dienen te voldoen aan alle voorwaarden die aan ingezeten pensioenfondsen worden gesteld. Het niet-ingezeten pensioenfonds zal voornamelijk voldoen aan de voorwaarden die worden gesteld in de eigen vestigingsstaat. Zij zal bij toeval voldoen aan de voorwaarden die Nederland stelt. Naar mijn mening wordt in deze situatie het vrij verkeer van kapitaal een dode letter wanneer zou worden geëist dat exact aan alle voorwaarden – de elementaire en de niet-elementaire – zou moeten worden voldaan.³¹⁰ In plaats van in detail elke voorwaarde te vergelijken, dient mijns inziens te worden gekeken naar het doel en de strekking van de vrijstelling ex artikel 5 Wet VpB 1969. Nijkeuter³¹¹ en Korving³¹² merken op dat voor de objectieve vergelijkbaarheid criteria geformuleerd dienen te worden. Zij zijn van mening dat de staatssecretaris een besluit zou moeten publiceren waaruit blijkt welke niet-ingezeten lichamen reeds wel en welke reeds niet vergelijkbaar zijn verklaard met ingezeten lichamen, en welke criteria daarbij zijn gehanteerd.

5.2.3. Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat de dubbele toets niet strijdig is met het EU-recht, omdat de niet-ingezeten pensioenfondsen – net als ingezeten pensioenfondsen – recht hebben op een teruggave van db. Wanneer niet voldaan wordt aan criteria die vanuit het doel en de strekking van artikel 5 Wet VpB 1969 relevant zijn, kan het niet-ingezeten pensioenfonds geen beroep doen op de teruggaafregeling als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1965. Het niet-ingezeten pensioenfonds dient (dan) te worden vergeleken met de ingezeten ondernemende of beleggende rechtspersoon.

5.3. EU-rechtelijke toets afdrachtvermindering

5.3.1. Verschil in fiscale behandeling

In paragraaf 3.4 is gekeken naar de fiscale behandeling van zowel ingezeten als van niet-ingezeten beleggingsinstellingen. Er zijn hierbij drie situaties onderscheiden. In de eerste situatie zijn zowel de beleggingsinstelling, de vennootschap waarin wordt belegd als de aandeelhouder in de beleggingsinstelling in Nederland gevestigd. In dit geval vindt ten aanzien van zowel de beleggingsinstelling als de aandeelhouder volledige neutralisatie plaats van de dividendbelasting. De tweede situatie doet zich voor wanneer de beleggingsinstelling en de vennootschap waarin wordt belegd in Nederland zijn gevestigd, terwijl de aandeelhouder in het buitenland woont of is gevestigd. Ook in deze situatie wordt de ten laste van de beleggingsinstelling inhouden db volledig geneutraliseerd. De derde situatie doet zich voor

³¹⁰ HvJ 10 april 2014, Zaak C-190/12 (Emerging Markets Series), punten 64 en 65.

³¹¹ E. Nijkeuter, 'Vergelijkbaarheid van lichamen in outbound situaties onder het Europees recht', MBB 2011/10.

³¹² J.J.A.M. Korving, 'Dividendbelasting: Hoe lang moeten we (ons) nog inhouden?', WFR 2012/1120.

wanneer zowel de beleggingsinstelling als de aandeelhouder in het buitenland zijn gevestigd, terwijl de vennootschap waarin wordt belegd in Nederland is gevestigd. In deze situatie vindt geen neutralisatie van db plaats. Ten laste van de niet-ingezeten beleggingsinstelling ingehouden db bestaat derhalve een verschil in de situatie dat een beleggingsinstelling niet in Nederland is gevestigd. De afdrachtvermindering werkt namelijk op een dusdanige manier dat alleen beleggingsinstellingen die zijn aangemerkt als inhoudingsplichtige in aanmerking komen voor de afdrachtvermindering. Het is daarnaast pas mogelijk om als inhoudingsplichtige te worden aangemerkt, wanneer een beleggingsinstelling ingezeten is. Tot slot kan pas voor de afdrachtvermindering in aanmerking worden gekomen wanneer de beleggingsinstelling vergelijkbaar is met de fbi.

5.3.2. Objectieve vergelijkbaarheid

In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat op grond van Stauffer³¹³, Persche³¹⁴ en Commissie v. Portugal³¹⁵ de lidstaten aan belastingplichtigen eigen voorwaarden mogen opleggen alvorens een fiscaal voordeel toe te kennen. De bronstaat hoeft derhalve niet de fiscale kwalificatie van de vestigingsstaat over te nemen.

Ten aanzien van de objectieve vergelijkbaarheid dient derhalve de inhoudingsplicht als voorwaarde te worden geanalyseerd. Voorts dient de vergelijkbaarheid van de fbi te worden geanalyseerd. Slechts wanneer in beide gevallen sprake is van vergelijkbaarheid, is de niet-ingezeten beleggingsinstelling objectief vergelijkbaar met de fbi en dient deze derhalve op eenzelfde manier te worden behandeld.³¹⁶

³¹³ HvJ 14 september 2006, zaak C-386/04 (Stauffer).

³¹⁴ HvJ 27 januari 2009, zaak c-318/07 (Persche).

³¹⁵ HvJ 6 oktober 2011, C-493/09 (Commissie v. Portugal).

³¹⁶ Wanneer een niet-ingezeten beleggingsinstelling wordt vergeleken met een ingezeten beleggingsinstelling, dan kan deze niet-ingezeten beleggingsinstelling met drie verschillende belastingplichtigen worden vergeleken. Wanneer de niet-ingezeten belastingplichtige voldoet aan de voorwaarden voldoet aan de voorwaarden zoals die gelden in artikel 6a Wet VpB 1969, dan zal geen sprake zijn van discriminatie. Ook in binnenlandse situaties wordt namelijk ten laste van de vbi dividendbelasting ingehouden die vervolgens niet verrekenbaar is. Daarnaast kan de niet-ingezeten beleggingsinstelling – wanneer zij voldoet aan de voorwaarden in artikel 28 Wet VpB 1969 – vergeleken worden met een fbi. Wanneer niet aan de voorwaarden van artikel 6a Wet VpB 1969 wordt voldaan en ook niet aan de voorwaarden als bedoeld in artikel 28 Wet VpB 1969, dan dient de buitenlandse beleggingsinstelling vergeleken te worden met een ‘gewone’ rechtspersoon aandeelhouder. Hierbij dient wel rekening gehouden te worden met het feit dat de niet-ingezeten vennootschap is vrijgesteld in eigen land. Dit heeft gevolgen voor de verrekenbaarheid van de bronstaatheffing in de woonstaat. Op grond van het belastingverdrag wordt de bronstaatheffing in de woonstaat slechts verrekend wanneer deze de beleggingsinstelling ook in de belastingheffing betreft. Gebeurt dit niet, dan zal er geen sprake zijn van een verrekening. Zie hoofdstuk 3 en 5.

5.3.3. Inhoudingsplicht als voorwaarde voor de afdrachtvermindering

Bij de Wet van 20 december 2007³¹⁷ is artikel 11a Wet DB 1965 geïntroduceerd, waarin voor de fbi's een afdrachtvermindering is geregeld. Dit artikel verving zowel de verrekening van dividendbelasting op de voet van artikel 25 Wet VpB 1969 als de teruggaafregeling op de voet van artikel 10, tweede lid Wet DB 1965 en de tegemoetkoming vanwege buitenlandse bronheffingen op de voet van artikel 6 BBI 1970.³¹⁸ Met ingang van 1 augustus 2007 kunnen naast binnenlandse, ook buitenlandse beleggingsinstellingen in aanmerking komen voor het regime van artikel 28 Wet VpB 1969. Tot 1 augustus 2007 was de teruggaafregeling voorbehouden aan in Nederland gevestigde beleggingsinstellingen. Op deze manier werd het ook mogelijk voor de buitenlandse beleggingsinstellingen om een teruggaaf te verkrijgen (zie paragraaf 3.4.2.2). Omdat aan de andere kant de in het niet-ingezeten beleggingsinstellingen niet als inhoudingsplichtige voor de dividendbelasting kunnen worden aangemerkt, kon met behulp van een beleggingsinstelling de Nederlandse dividendbelasting worden ontweken in grensoverschrijdende situaties.^{319, 320} Een andere reden om de regeling aan te passen was de mogelijke strijdigheid met EU-recht van artikel 6 BBI, waarin de tegemoetkoming voor buitenlandse bronbelasting was opengesteld.³²¹

Door de introductie van de afdrachtvermindering is de neutralisatie van de db op het niveau van de beleggingsinstelling afhankelijk gesteld van de inhoudingsplicht van de beleggingsinstelling. Een beleggingsinstelling kan echter pas worden aangemerkt als inhoudingsplichtige wanneer deze in Nederland is gevestigd. Naar mijn mening kan dit worden aangemerkt als een vestigingsplaatseis. In de arresten *Stauffer*³²², *Persche*³²³ en *Commissie v. Portugal*³²⁴ heeft het HvJ bepaald dat een verschil in fiscale behandeling op grond van de vestigingsplaats niet in overeenstemming is met het EU-recht. *Wattel*³²⁵ stelt ten aanzien van de afdrachtvermindering dat geen sprake is van een materieel verschil in fiscale behandeling, omdat volgens hem het uiteindelijke effect in grensoverschrijdende situaties hetzelfde is als bij binnenslands gevestigde

³¹⁷ Stb. 2007, 563

³¹⁸ MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 40.

³¹⁹ Vakstudie Vennootschapsbelasting, artikel 11a Wet DB 1965, Bijgewerkt tot: 05-11-2014.

³²⁰ MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3, p. 8-9 en 39-41.

³²¹ J.H. Huidink en M.W.W. Veldhuizen, 'De nieuwe afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen', MBB 2008/04.

³²² HvJ 14 september 2006, zaak C-386/04 (*Stauffer*).

³²³ HvJ 27 januari 2009, zaak c-318/07 (*Persche*).

³²⁴ HvJ EG 6 oktober 2011, C-493/09 (*Commissie v. Portugal*).

³²⁵ Conclusie A-G *Wattel* bij HR 15 november 2013, nr. 12/01866, BNB 2014/20 (*Fins beleggingsfondsarrest*).

fbi's. Volgens Wattel blijft er in beide gevallen 15% in Nederland 'hangen'.³²⁶ De vraag is echter of deze vergelijking klopt.

Van den Berg en Graafeiland hebben commentaar op de vergelijking van Wattel.³²⁷ Zij merken op dat het recht op de afdrachtvermindering slechts bestaat indien een uitkerende instelling inhoudingsplichtig is. Een beleggingsinstelling is slechts inhoudingsplichtig, wanneer deze in Nederland is gevestigd. Dit maakt het onderscheid tussen een ingezetene en een niet-ingezetene beleggingsinstelling afhankelijk van de vestigingsplaats. Dit onderscheid is volgens Van den Berg en Van Graafeiland niet toegestaan, omdat dit een onderscheidend criterium is dat slechts aansluit bij de vestigingsplaats. Van den Berg en Van Graafeiland vergelijken derhalve – anders dan Wattel – de fiscale positie van de beleggingsinstelling en achten de vergelijkingsmaatstaf van Wattel onjuist. De Hoge Raad is in BNB 2014/20 op deze vergelijkingsmaatstaf niet ingegaan, omdat hij vindt dat de niet-ingezetene beleggingsinstelling geen uitdelingsverplichting kent en derhalve niet vergelijkbaar is met een fbi. De Hoge Raad toetst de afdrachtvermindering derhalve niet.

Deze theoretische analyse leidt naar mijn mening tot de volgende uitkomst. De fbi is onderworpen aan een 0%-tarief in de vpb. Dit leidt tot een vpb-druk op de ontvangen inkomsten van 0%. Ten laste van de fbi wordt wel dividendbelasting ingehouden. Deze dividenden moeten vervolgens worden doorbetaald aan de aandeelhouders. Hierover moet de fbi db inhouden. Echter deze db hoeft niet te worden afgedragen. Dit leidt tot de conclusie dat op de db geen materiële belastingdruk rust. De db-druk wordt met het dividend doorgeschoven naar de deelnemers. Wanneer Nederland wel db gaat inhouden van vergelijkbare niet-ingezetene beleggingsinstellingen, dan worden naar mijn mening objectieve vergelijkbare situaties op een

³²⁶ Overweging 5.13 A-G Wattel bij HR 15 november 2013, nr. 12/01866, BNB 2014/20 (Fins beleggingsfondsarrest): *“Een buitenslands gevestigd lichaam dat voor zijn binnenlandse vaste inrichting de fbi-status verwerft, kan bij dooruitdeling geen afdracht verminderen, domweg omdat er in dat geval geen afdracht is: een niet in Nederland gevestigd lichaam is immers niet inhoudingsplichtig voor de Nederlandse dividendbelasting. Het uiteindelijke effect is echter hetzelfde als bij binnenslands gevestigde fbi's: er blijft in beide gevallen 15% in Nederland hangen; in het geval van een binnenslands gevestigde fbi doordat die fbi bij dooruitdeling op haar beurt 15% inhoudt (op een uitdeling die vergroot is als gevolg van de afdrachtsvermindering); bij een buitenslands gevestigde fbi doordat de 15%-inhouding op de door de fbi ontvangen dividenden van Nederlandse vennootschappen in stand blijft ook bij (buitenlandse) dooruitdeling omdat geen afdrachtvermindering mogelijk is.”*

³²⁷ J.P. van den Berg en M.M.A. van Graafeiland, 'over de teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting aan buitenlandse beleggingsinstellingen', WFR 2013/466. *“het doel van het FBI-regime is de mogelijkheid te creëren om collectief belastingneutraal te kunnen beleggen. De vervanging van de ten laste van de FBI ingehouden dividendbelasting door ten laste van haar aandeelhouders in te houden dividendbelasting is slechts een middel om dit doel te bereiken. Wij betwijfelen of dit middel op zich een relevant criterium is om te toetsen of sprake is van een vergelijkbare situatie. Wij betwijfelen dit te meer nu het feit dat die vervanging ontbreekt in de grensoverschrijdende situatie, niet betekent dat er geen sprake is van vergelijkbare situaties. Of dit het geval is, dient — zoals wij in onderdeel 5 nader uiteen zullen zetten — te worden beoordeeld in het licht van het hierboven omschreven doel van het FBI-regime. Dit doel wordt niet gediend door het voordeel waar de afdrachtvermindering toe leidt, te beperken tot FBI's.”*

ongelijke wijze in de belastingheffing betrokken. Er is derhalve sprake van een belemmerende regeling.³²⁸

Verder wordt in het Nader Rapport bij meergenoemde wetswijziging beargumenteert dat geen sprake is van een belemmering, maar slechts van een dispariteit³²⁹:

“Materieel gezien is overigens geen sprake van een verschil in behandeling. Immers, de afdrachtvermindering werkt voor een in Nederland gevestigde beleggingsinstelling dusdanig dat ook deze niet meer kan verrekenen dan de beleggingsinstelling zelf ter zake van een winstuitdeling aan Nederlandse dividendbelasting moet inhouden. Anders dan de Raad stelt is van een met het vrij verkeer van kapitaal strijdige discriminatie dan ook geen sprake. Nu de vaste inrichting in Nederland geen dividendbelasting hoeft in te houden en geen vennootschapsbelasting betaalt, valt ook niet in te zien hoe er sprake zou kunnen zijn van een belemmering. Voor zover de buitenlandse beleggingsinstelling zich benadeeld voelt door het feit dat in het land van het hoofdhuis geen afdrachtvermindering op de dividendbelasting bestaat, moet worden opgemerkt dat in dat geval sprake is van een dispariteit. Nederland is niet Europeesrechtelijk verplicht dat nadeel op enigerlei wijze op te heffen.”

Met dit antwoord wordt gereageerd op een kanttekening die was geplaatst door de Raad van State (hierna: Raad), waarbij de Raad inging op de verenigbaarheid van de afdrachtvermindering met het vrij verkeer van kapitaal. De Raad stelt namelijk dat de buitenlandse beleggingsinstelling een lager bedrag kan uitkeren dan een Nederlandse beleggingsinstelling doordat de mogelijkheid van verrekening aan die buitenlandse beleggingsinstelling wordt onthouden. De Raad adviseert dat ook de afdrachtvermindering in dit licht te heroverwegen.³³⁰

³²⁸ Smit merkt op in D.S. Smit, Europeesrechtelijke perikelen rondom de Nederlandse dividendbelasting, TFO 2010/83: *‘Per 1 januari 2008 is de regeling wezenlijk aangepast. De nieuwe regeling is neergelegd in art. 11a Wet DB 1965 en komt er op neer dat een FBI voortaan in aanmerking komt voor een afdrachtvermindering in de sfeer van de dividendbelasting op dooruitdelingen verricht door de FBI. Voor zover er binnenlandse of buitenlandse bronbelasting drukt op de uitgekeerde winsten van de FBI, hoeft de FBI (een deel van) de ingehouden dividendbelasting niet af te dragen. Dit ingehouden doch niet af te dragen gedeelte vloeit dus weer terug naar de kas van de FBI, waardoor per saldo een groter bedrag aan winst beschikbaar komt voor uitdeling aan de aandeelhouders van de FBI. Per saldo komt de nieuwe regeling er dus op neer dat een in Nederland gevestigde FBI nog steeds een tegemoetkoming krijgt voor de te haren laste ingehouden Nederlandse dividendbelasting, hoewel de methodiek aanzienlijk verschilt met de terugaafregeling zoals die gold tot 2008.’*

³²⁹ Nader rapport, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 4 (Advies RvS en Nader Rapport), p. 4.

³³⁰ Nader rapport, Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 4 (Advies RvS en Nader Rapport), p. 3.

5.3.4. Vergelijkbaarheid met de fbi

5.3.4.1. Juiste vergelijkingsmaatstaf

Alvorens de niet-ingezeten beleggingsinstelling vergeleken kan worden met een ingezeten beleggingsinstelling, dient behalve naar de vestigingsvereiste ook te worden gekeken naar de vereisten die worden gesteld aan de fbi. Slechts wanneer de niet-ingezeten beleggingsinstelling vergelijkbaar is met de ingezeten fbi, kan die niet-ingezeten beleggingsinstelling in aanmerking komen voor de neutralisatie die in binnenlandse situaties het gevolg is van de afdrachtvermindering.

Diverse malen is aan bod gekomen dat een lidstaat haar eigen eisen mag stellen ten aanzien van de toekenning van fiscale voordelen aan ingezeten en niet-ingezeten beleggingsinstellingen.³³¹ De door Nederland aan de fbi gestelde voorwaarden zijn in het leven geroepen om het fbi-regime in stand te kunnen houden en misbruik van het regime te voorkomen.³³² De vraag is echter wat precies vergeleken dient te worden en welke voorwaarden voor deze vergelijking relevant zijn. Hierover kan het arrest Santander mogelijk duidelijkheid verschaffen. In het arrest Santander³³³ gaat het om de Franse regeling waarbij niet-ingezeten beleggingsinstellingen waren onderworpen aan een bronstaatbelasting terwijl ingezeten beleggingsinstellingen zijn vrijgesteld. De Franse regering stelt echter dat de situaties niet vergelijkbaar zijn, omdat bij ingezeten beleggingsinstellingen naast de fiscale positie van de beleggingsinstelling ook de fiscale positie van de deelnemers in aanmerking moet worden genomen. In dit verband benadrukt de Franse regering dat beleggingsinstellingen niet in eigen naam beleggen, maar collectieve beleggingsinstrumenten vormen en als zodanig optreden voor rekening van hun deelnemers. Aangezien de tussenkomst van beleggingsinstellingen fiscaal neutraal is, zijn de dividenden die zij ontvangen onbelast. Bijgevolg moet ook rekening worden gehouden met de situatie van deze deelnemers teneinde uit te maken of het feit dat aan niet-ingezeten beleggingsinstellingen uitgekeerde dividenden anders worden behandeld dan aan ingezeten beleggingsinstellingen uitgekeerde dividenden, betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn. Het gaat volgens Frankrijk om de belastingdruk ten aanzien van de uiteindelijke deelnemers en niet om het fiscaal transparante beleggingsvehikel.³³⁴

³³¹ Ik herhaal hierbij de veelvuldig aangehaalde arresten Persche, Stauffer en Commissie v. Portugal.

³³² In deze scriptie wordt niet ingegaan op de voorwaarden van de fbi. Hierbij wordt verwezen naar de analyse die Vermeulen heeft gemaakt in zijn proefschrift. Ik verwijs naar: H. Vermeulen, 'Het regime voor de fiscale beleggingsinstelling', Kluwer Deventer 2012, hoofdstuk 3.

³³³ HvJ 10 mei 2012, gevoegde zaken c-338/11 – C- 347/11 (Santander).

³³⁴ HvJ 10 mei 2012, gevoegde zaken c-338/11 – C- 347/11 (Santander), punt 25.

Het HvJ stelt echter dat om te beoordelen of sprake is van objectief vergelijkbare situaties enkel de criteria die in de betrokken regeling als relevante onderscheidingscriteria zijn vastgesteld in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of het uit een dergelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling een weerspiegeling vormt van objectief verschillende situaties.³³⁵ Wanneer een lidstaat ervoor opteert zijn bevoegdheid tot het heffen van belastingen over de door ingezeten vennootschappen uitgekeerde dividenden uit te oefenen, en deze heffing uitsluitend doet afhangen van de vestigingsplaats van de begunstigde beleggingsinstelling, is de fiscale situatie van de deelnemers van deze beleggingsinstelling niet relevant bij de beoordeling of deze regeling belemmerend is.³³⁶ Aan de fiscale vrijstelling die voor ingezeten beleggingsinstellingen geldt, is immers niet de voorwaarde verbonden dat de deelnemers van deze beleggingsinstellingen over de uitgekeerde inkomsten worden belast.³³⁷ In *Commissie v. België*³³⁸ oordeelt het HvJ overeenkomstig *Santander*.³³⁹ Kijkend naar artikel 28 Wet VpB 1969 kan ik concluderen dat het fbi-regime, voor de toepassing van het 0%-tarief, niet eist dat de opvolgende aandeelhouder in de belastingheffing wordt betrokken. Hierbij dient naar mijn mening – anders dan Wattel stelt – de dividendbelasting niet te worden meegenomen. Deze wordt in binnenlandse situaties namelijk altijd geneutraliseerd. Verder is het fbi-regime van toepassing ongeacht de belastingplicht van de aandeelhouder. Op grond van het arrest *Santander* en *Commissie v. België* dient voor de juiste vergelijkingsmaatstaf derhalve te worden gekeken naar wijze waarop de beleggingsinstelling in de belastingheffing wordt betrokken.

5.3.4.2. De relevante voorwaarden van artikel 28 Wet VpB 1969

De volgende vraag is derhalve aan welke voorwaarden de niet-ingezeten beleggingsinstelling dient te voldoen om te kwalificeren voor neutralisatie. Volgens Smit is een niet-ingezeten beleggingsinstelling vergelijkbaar met een ingezeten beleggingsinstelling met de fbi-status, wanneer de niet-ingezeten beleggingsinstelling is onderworpen aan een regime dat op dezelfde grondgedachte is gebaseerd als het Nederlandse fbi-regime, te weten: het creëren van fiscale neutraliteit tussen rechtstreeks en collectief beleggen.³⁴⁰ Het gaat volgens Smit te ver om te eisen dat een niet-ingezeten beleggingsinstelling precies aan alle voorwaarden moet voldoen die ook voor een Nederlandse fbi gelden. Hij stelt dat de niet-ingezeten beleggingsinstelling er slechts belang bij heeft om te voldoen aan de regels zoals die gelden in haar vestigingsstaat en zal slechts

³³⁵ HvJ 10 mei 2012, gevoegde zaken c-338/11 – C- 347/11 (*Santander*), punt 28.

³³⁶ HvJ 10 mei 2012, gevoegde zaken c-338/11 – C- 347/11 (*Santander*), punt 28.

³³⁷ HvJ 10 mei 2012, gevoegde zaken c-338/11 – C- 347/11 (*Santander*), punt 30.

³³⁸ HvJ 25 oktober 2012, Zaak C-387/11 (*Commissie v. België*)

³³⁹ M.J.A. van den Honert en M.M.A. van Graafeiland, 'Van Aberdeen tot Santander: teruggaaf dividendbelasting aan beleggingsinstellingen', NTFR2012-598.

³⁴⁰ D.S. Smit, 'Europeesrechtelijke perikelen rondom de Nederlandse dividendbelasting', TFO 2010/83.

bij toeval aan de voorwaarden voor een in Nederland gevestigde fbi voldoen. Volgens Smit heeft de wetgever met behulp van de uitdelingsverplichting gestalte gegeven aan deze gedachte. Concluderend acht Smit het dus essentieel dat een niet-ingezeten beleggingsinstelling aan een vergelijkbare regeling is onderworpen.^{341, 342} In zijn oratie bespreekt Vermeulen de vergelijkbaarheid van ingezeten en niet-ingezeten beleggingsinstellingen.³⁴³ Vermeulen stelt dat EU-lidstaten grensoverschrijdende situaties niet nadeliger mogen behandelen dan zuiver binnenlandse situaties. Uit de zaken Santander en Aberdeen volgt volgens Vermeulen dat wanneer bij een ingezeten beleggingsinstelling wordt afgezien van inhouding van bronheffing, dit ook moet gelden ten aanzien van vergelijkbare niet-ingezeten beleggingsinstellingen. Ten aanzien van de vergelijkingsmaatstaf leidt Vermeulen uit de zaak Commissie v. Finland³⁴⁴ af dat een regime voor beleggingsinstellingen dat erin voorziet dat de heffing bij de belegger plaatsvindt door een herwaarderingsverplichting, mogelijk vergelijkbaar kan zijn met een regime voor beleggingsinstellingen dat eveneens erin voorziet dat de heffing bij de belegger plaatsvindt maar dan door een uitdelingsverplichting. Vermeulen meent dat het HvJ kijkt naar de heffing op het niveau van de belegger, waardoor hij een dergelijke vergelijking juist acht.³⁴⁵ Mijns inziens is een systeem waarbij in plaats van een dooruitdelingsverplichting een herwaarderingsverplichting³⁴⁶ geldt niet objectief vergelijkbaar. De reden hiervoor is dat het systeem binnen een bepaalde lidstaat wordt vergeleken. Een herwaarderingsverplichting door de aandeelhouder in een

³⁴¹ In een andere bijdrage (D.S. Smit, 'Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting', TFO 2012/122) herhaalt Smit de gedachte dat voor de vergelijkbaarheid van beleggingsinstellingen gekeken dient te worden naar de doelstelling van het regime waaraan zij zijn onderworpen. Is de doelstelling van dit regime, bijvoorbeeld, het creëren van fiscale neutraliteit tussen rechtstreekse beleggingen en beleggingen via een beleggingsfonds, dan zal vergelijkbaarheid kunnen worden aangenomen indien het buitenlandse beleggingsfonds aan een regime is onderworpen dat op een soortgelijke gedachte stoelt.

³⁴² Smit vindt verder dat het arrest Santander niet de gewenste duidelijkheid geeft, aangezien de Franse verwijzende rechter hier bij de vergelijkbaarheidsanalyse slechts de focus had op één specifiek element, namelijk de fiscale behandeling van de achterliggende aandeelhouders. Het HvJ heeft zich volgens Smit in zijn beantwoording dus ook slechts beperkt tot dit ene element. De aanwezigheid van een fiscale dooruitdelingsverplichting bij het buitenlandse beleggingsfonds kan daarbij een belangrijke rol spelen indien binnenlandse beleggingsfondsen ook aan een dergelijke verplichting zijn onderworpen.

³⁴³ C. Wisman, 'Verslag oratie prof. dr. H. Vermeulen', WFR 2013/1368.

³⁴⁴ HvJ 8 november 2012, Zaak C-342/10 (Commissie tegen Finland). In dit arrest gaat het om de Finse bepaling waarbij ingezeten en niet-ingezeten pensioenfondsen die ten aanzien van dividenden op een ongelijke wijze in de belastingheffing worden betrokken. Ingezetten pensioenfondsen kunnen de dividenden als passiefpost opvoeren, waardoor zij de facto zijn vrijgesteld van dividendbelasting, terwijl het niet-ingezeten pensioenfondsen verboden is deze dividenden af te trekken van de winst die aan hun beleggingen in Finland kan worden toegerekend. Het HvJ oordeelt dat een dergelijke systeem ervoor zorgt dat ten behoeve van ingezeten pensioenfondsen een bijzondere belastinggrondslag wordt toegepast, waardoor enkel deze ingezeten pensioenfondsen de facto zijn vrijgesteld van de belasting. Een dergelijke ongunstige behandeling van dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezeten pensioenfondsen in vergelijking met de behandeling van dividenden die worden uitgekeerd aan ingezeten pensioenfondsen, kan in een andere lidstaat dan Finland gevestigde vennootschappen ervan doen afzien in Finland te investeren en vormt dus een beperking van het vrije kapitaalverkeer die in beginsel verboden is door artikel 63 VWEU. Een dergelijke belemmering kan niet worden gerechtvaardigd.

³⁴⁵ Ook Kiekebeld acht deze zienswijze juist. B.J. Kiekebeld, 'Dividendbelasting binnen de EU: nog steeds niet alles opgelost', NTFR-B 2012-24.

³⁴⁶ In een adem kan ook een eventuele forfait worden genoemd als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel a jo. artikel 4.14 Wet IB 2001.

beleggingsinstelling leidt wel tot fiscale neutraliteit wanneer de aandeelhouders van de beleggingsinstelling in hetzelfde land wonen of zijn gevestigd. Wanneer een aandeelhouder in een andere staat is gevestigd, wordt de belastingheffing bij de aandeelhouder niet gegarandeerd. Dit geldt ook wanneer de beleggingsinstelling in de vestigingsstaat transparant is. Aangezien lidstaten vanuit hun eigen wetgeving beoordelen of een beleggingsinstelling wel of niet transparant is, leidt dit niet altijd tot belastingplicht van de aandeelhouder. De woon-/vestigingsstaat van de aandeelhouder kan de beleggingsinstelling namelijk aanmerken als niet-transparant, waardoor zij de aandeelhouder niet in de belastingheffing betreft.

De Hoge Raad gaat in BNB 2014/20 niet in op de vergelijkbaarheid van een niet-ingezeten beleggingsinstelling met een ingezeten beleggingsinstelling die bezit over een fbi-status. De Hoge Raad concludeert – zonder in te gaan op het vereiste van de inhoudingsplicht – dat de Finse beleggingsinstelling niet vergelijkbaar is met een fbi, omdat zij niet voldoet aan de uitdelingsverplichting als bedoeld in artikel 28, tweede lid, onderdeel b Wet VpB 1969. De Hoge Raad is derhalve van mening dat voldaan dient te worden aan de eisen die worden gesteld in artikel 28 Wet VpB 1969. De Hoge Raad gaat hierop echter niet uitgebreid in, waardoor het onduidelijk blijft of de niet-ingezeten beleggingsinstelling dient te voldoen aan alle voorwaarden die artikel 28 Wet VpB 1969 stelt. Verschillende auteurs zijn het er over eens dat de uitdelingsverplichting een elementaire voorwaarde is om de gedachte van fiscale neutraliteit te verwezenlijken.³⁴⁷ Ik ben voorts van mening dat het systeem beoordeeld dient te worden op het niveau van de beleggingsinstelling en niet op het niveau van de aandeelhouder.

Nijkeuter analyseert in zijn annotatie bij het arrest Santander, de gevolgen van dat arrest voor de vergelijkbaarheid met het Nederlandse fbi-regime.³⁴⁸ Nijkeuter stelt de vraag – zonder deze te beantwoorden – welke voorwaarden als bedoeld in artikel 28 Wet VpB 1969 nu echt relevant zijn voor de vergelijkingsmaatstaf. Nijkeuter concludeert naar aanleiding van het arrest Santander dat gekeken dient te worden naar die voorwaarden die ook in binnenlandse situaties elementair zijn. Kiekebeld³⁴⁹ stelt ten aanzien van het arrest Santander dat de vraag centraal staat of bij de vergelijking van een ingezeten en een niet-ingezeten beleggingsinstelling slechts dient te worden gekeken naar de beleggingsinstelling sec of dat daarbij mede de positie van de aandeelhouders

³⁴⁷ D.S. Smit, 'Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting', TFO 2012/122, E. Nijkeuter, 'Franse belastingregeling voor dividenden aan niet-ingezeten icbe's strijdig met EU-recht', NTFR2012-1372, B.J. Kiekebeld, 'Dividendbelasting binnen de EU: nog steeds niet alles opgelost', NTFR-B 2012-24.

³⁴⁸ E. Nijkeuter, 'Franse belastingregeling voor dividenden aan niet-ingezeten icbe's strijdig met EU-recht', NTFR2012-1372.

³⁴⁹ B.J. Kiekebeld, 'Dividendbelasting binnen de EU: nog steeds niet alles opgelost', NTFR-B 2012-24.

van de beleggingsinstelling in betrokken moet worden. Kiegebeld is naar aanleiding van het arrest Santander van mening dat slechts gekeken dient te worden naar de criteria die in de betrokken regeling als relevante onderscheidingscriteria zijn vastgesteld, in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of het uit een dergelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling een weerspiegeling vormt van objectief verschillende situaties. De vraag is volgens Kiegebeld relevant op welke wijze het dividend belast zou worden als de betrokken aandeelhouder in Nederland zou zijn gevestigd. Verder maakt Kiegebeld ook een onderscheid tussen belangrijke en ondergeschikte verschillen. Dit moet vanuit het doel en de strekking van de regeling worden beoordeeld. Hij stelt dat wanneer verschillen niet relevant zijn, deze niet in de vergelijking meegenomen dienen te worden. Een dergelijke visie komt overeen met die van Smit³⁵⁰ en Nijkeuter³⁵¹.

Korving³⁵² stelt dat wanneer een in Nederland gevestigde vennootschap een dividend uitkeert aan een niet-ingezeten beleggingsinstelling deze db – anders dan binnenlandse situaties – niet kan worden geneutraliseerd. Korving stelt dat dit verschil in fiscale behandeling een inbreuk vormt op het EU-recht. Hoewel een dividenuitkering aan een (binnenlandse of buitenlandse) fbi(-achtige) steeds is onderworpen aan dividendbelasting, wordt slechts in binnenlandse verhoudingen voorzien in neutralisering van de heffing. Zonder in te gaan op de besproken jurisprudentie oordeelt Korving dat op basis van Commissie v. Duitsland³⁵³ Nederland zorg dient te dragen voor de neutralisatie in grensoverschrijdende situaties, omdat zij dit ook doet in binnenlandse situaties. ingezeten fbi's ondervinden geen uit de bronbelasting voortvloeiende belastingdruk, terwijl de bronbelasting aan buitenlandse beleggingsinstellingen als bevrijdend kan worden beschouwd. Nederland wordt derhalve verplicht om de inhouding van dividendbelasting aan buitenlandse fbi's tot hetzelfde niveau te neutraliseren als van toepassing zou zijn geweest in binnenlandse situaties. Ook voor Korving is derhalve de vergelijking op het niveau van de beleggingsinstelling centraal. Hoewel hij er niet op ingaat, acht Korving de systematiek van de afdrachtvermindering niet relevant en kijkt hij slechts naar de materiële uitwerking.

³⁵⁰ D.S. Smit, 'Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting', TFO 2012/122.

³⁵¹ E. Nijkeuter, 'Franse belastingregeling voor dividenden aan niet-ingezeten icbe's strijdig met EU-recht', NTFR2012-1372.

³⁵² J.J.A.M. Korving, 'Dividendbelasting: Hoe lang moeten we (ons) nog inhouden?', WFR 2012/1120.

³⁵³ HvJ 20 oktober 2011, Zaak C-284/09 (Commissie vs. Duitsland).

5.3.5. Conclusie

Naar aanleiding van de besproken jurisprudentie en de besproken literatuur kan ik concluderen dat voor de objectieve vergelijkbaarheid van niet-ingezeten beleggingsinstellingen en de fbi slechts gekeken dient te worden naar die criteria die ook ten grondslag liggen aan de fiscale behandeling van ingezetene beleggingsinstellingen. Hiervoor dient naar het doel en de strekking te worden gekeken van het fbi-regime. Artikel 28 Wet VpB 1969 bevat voorwaarden waarin in binnenlandse situaties voldaan moet worden alvorens binnenlandse situaties een beroep kunnen doen op het fbi-regime en de daarbij behorende afdrachtvermindering. Hoewel in de arresten *Stauffer*³⁵⁴, *Persche*³⁵⁵ en *Commissie v. Portugal*³⁵⁶ het HvJ heeft bepaald dat de niet-ingezetene pas in aanmerking kan komen voor bepaalde fiscale voordelen als deze ook voldoet aan de voorwaarden die de lidstaat aan de ingezetene vennootschappen stelt, meen ik dat het te ver gaat om van niet-ingezetene beleggingsinstellingen te eisen dat ze aan alle voorwaarden moeten voldoen. Met Smit ben ik van mening dat gekeken dient te worden naar de elementaire voorwaarden. De dooruitdelingsverplichting is in ieder geval een van die voorwaarden.³⁵⁷ De vraag is echter of de niet-ingezetene beleggingsinstelling slechts objectief vergelijkbaar is met een fbi, wanneer deze een dooruitdelingsverplichting kent. Het gaat naar mijn mening om het doel van de dooruitdelingsverplichting – namelijk dat het dividend bij de deelnemers wordt belast. Transparantie naar het recht van vestiging acht ik – anders dan *Kiegebeld*³⁵⁸ - in dezen onvoldoende, omdat deelnemers die in andere lidstaten zijn gevestigd wellicht niet worden belast. Transparantie van een vennootschap wordt namelijk beoordeeld door de woon-/vestigingsstaat van de deelnemer. Verder acht ik een forfaitair voordeel op het niveau van de deelnemers ook onvoldoende, omdat ik van mening ben dat de vergelijking op het niveau van de beleggingsinstelling plaats dient te vinden. Ook hier is het gevolg dat een deelnemer die in een andere lidstaat is gevestigd niet wordt belast voor een forfaitair voordeel, maar slechts voor het daadwerkelijk ontvangen dividend. Op deze wijze kan een aandeelhouder voorkomen dat hij wordt belast. De enige mogelijkheid die ik zie ten aanzien van een juiste vergelijkbaarheid is dan ook de dooruitdelingsverplichting op het niveau van de beleggingsinstelling. Hierbij is het naar mijn mening irrelevant of de uiteindelijke deelnemer wel of niet belast is voor het dividend dat hij ontvangt. In Nederland is dat namelijk ook niet relevant. Zo is de afdrachtvermindering bij

³⁵⁴ HvJ 14 september 2006, zaak C-386/04 (*Stauffer*).

³⁵⁵ HvJ 27 januari 2009, zaak C-318/07 (*Persche*).

³⁵⁶ HvJ EG 6 oktober 2011, C-493/09 (*Commissie v. Portugal*).

³⁵⁷ D.S. Smit, 'Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting', TFO 2012/122.

³⁵⁸ B.J. Kiegebeld, 'Dividendbelasting binnen de EU: nog steeds niet alles opgelost', NTFR-B 2012-24.

een ingezeten fbi ook van toepassing wanneer van vpb vrijgestelde pensioenfondsen deelnemen in de fbi.^{359, 360}

Een andere voorwaarde die van belang is, is de aandeelhouderseis. Dit blijkt mede uit het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.³⁶¹ Ik denk dat de rechter verder zou moeten duiden welke voorwaarden nog meer relevant zijn. Zo kan ik me voorstellen dat de financieringseisen³⁶² en beleggingseisen³⁶³ ook relevant zijn.³⁶⁴

Ik concludeer dus dat de ten laste van een niet-ingezeten beleggingsinstelling ingehouden db door Nederland dient te worden geneutraliseerd, wanneer wordt voldaan aan de elementaire voorwaarden van artikel 28 Wet VpB 1969. De systematiek van de afdrachtvermindering kan hier naar mijn mening niet aan in de weg staan. Het enige wat naar mijn mening relevant is, is dat in ingezeten situaties de db materieel wordt geneutraliseerd.^{365, 366}

³⁵⁹ De afdrachtvermindering is in Nederland slechts van toepassing als de beleggingsinstelling daadwerkelijk zijn dividend uitkeert. Het is hierbij niet van belang of de deelnemer wel of niet belast is. De relevantie ligt in andere criteria zoals de uitdelingsverplichting en de aandeelhouderseis.

³⁶⁰ HvJ 10 mei 2012, gevoegde zaken c-338/11 – C- 347/11 (Santander).

³⁶¹ In haar vonnis heeft de Rechtbank Zeeland-West-Brabant geoordeeld dat een naar Duits recht opgericht beleggingsfonds (Spezial- Sondervermögen) waarvan een bank alle aandelen bezit niet vergelijkbaar was met een van vpb vrijgestelde vennootschap als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1965 en ook niet vergelijkbaar is met een fbi als bedoeld in artikel 28 Wet VpB 1969. Belanghebbende is een lichaam dat zich toelegt op het beleggen in vermogensbestanddelen. Een dergelijk lichaam is in Nederland, behoudens de bijzondere faciliteiten voor fiscale beleggingsinstellingen, aan de vennootschapsbelasting onderworpen. Belanghebbende heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij niet aan vennootschapsbelasting onderworpen zou zijn, indien zij in Nederland gevestigd zou zijn. Gelet daarop is belanghebbende naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende vergelijkbaar met een vrijgesteld lichaam, als bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de Wet DB en voldoet zij daardoor ook niet aan de in het vierde lid van die bepaling gestelde voorwaarden. Ten aanzien van de vergelijkbaarheid heeft de rechtbank geoordeeld dat alle aandelen in het Duitse beleggingsfonds in handen zijn van een Duitse bank. Er wordt derhalve niet voldaan aan de aandeelhoudersvereisten als bedoeld in artikel 28, tweede lid, Wet VpB 1969. Daarbij neemt de rechtbank nog in aanmerking dat [bank] vergelijkbaar moet worden geacht met “gewone” Nederlandse banken en aldus, indien zij in Nederland gevestigd zou zijn, belastingplichtig zou zijn voor de vennootschapsbelasting. Uit dit vonnis volgt derhalve dat de rechtbank vindt dat aan alle (materiële) voorwaarden dient te worden voldaan die worden gesteld in artikel 28 Wet VpB. Waar het in BNB 2014/20 ging om de uitdelingsverplichting gaat het in dit vonnis om de aandeelhouderseisen.

³⁶² De financieringseis zorgt er namelijk voor dat wordt voldaan aan de voorwaarde om met eigen vermogen te beleggen.

³⁶³ De beleggingseis zorgt ervoor dat met de fbi geen onderneming wordt gedreven. Dit is in het kader van het Nederlandse systeem essentieel, omdat het niet de bedoeling is dat ondernemingsactiviteiten onderworpen worden aan het 0%-tarief.

³⁶⁴ Deze voorwaarden zijn naar mijn mening universeleler dan de uitdelingsverplichting en de aandeelhouderseis. Ten aanzien van de rechtsvormeis heeft de wetgever al een uitbreiding toegelaten (zie artikel 28, tweede lid, Wet VpB 1969).

³⁶⁵ Dit betekent naar mijn mening niet dat de uiteindelijke belastingheffing ten aanzien van de deelnemers meegenomen dient te worden.

³⁶⁶ Verder dient gerealiseerd te worden dat de Nederlandse dividendbelasting kan worden ontweken, wanneer het HvJ daadwerkelijk deze conclusies overneemt. Wanneer een buitenlandse belegger via een niet-ingezeten beleggingsinstelling die op basis van het EU-recht heeft op een teruggaaf dividendbelasting wordt niet belasting in de dividendbelasting, terwijl de buitenlandse belegger die direct aandelen houdt in Nederlandse vennootschappen wel wordt onderworpen aan de Wet DB 1965 wanneer hij dividend ontvangt van die vennootschappen.

5.3.6. Rechtvaardigingsgronden

Tot slot resteert de vraag of een beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond. In het paragraaf 4.3.4 is geconcludeerd dat ten aanzien van het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders niet kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. Ik acht deze analyse ook van toepassing ten aanzien van het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen beleggingsinstellingen. Wel acht ik de noodzaak voor het verrichten van fiscale controles relevant. Ik vind dat de belastingdienst eisen zou mogen stellen aan bewijs, aangezien de niet-ingezetenen beleggingsinstelling zou moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 11a Wet DB 1965. Echter zoals in paragraaf 4.3.4 al opgemerkt, acht ik een dergelijk dwingende reden van algemeen belang slechts formele verschillen te kunnen rechtvaardigen. Een rechtvaardiging in materieel verschil acht ik niet aanwezig. Concluderend kan derhalve worden gesteld dat een verschil in fiscale behandeling niet kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.

5.4. Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen pensioenfondsen (paragraaf 5.2) en beleggingsinstellingen (paragraaf 5.3) getoetst aan het EU-recht.

Ten aanzien van de pensioenfondsen heb ik geconcludeerd dat de dubbele toets niet strijdig is met het EU-recht omdat de niet-ingezetenen pensioenfondsen – net als ingezetenen pensioenfondsen – recht hebben op een teruggave van db. Hierbij is de vraag of het pensioenlichaam in de vestigingsstaat onderworpen is aan een belasting geheven naar de winst niet relevant. Wanneer niet voldaan kan worden aan criteria die vanuit het doel en de strekking van artikel 5 Wet VpB 1969 relevant zijn, kan die niet-ingezetenen vennootschap geen beroep doen op de teruggaafregeling als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1965. De niet-ingezetenen vennootschap dient dan te worden vergeleken met de ingezetenen ondernemende of beleggende rechtspersoon.

Ten aanzien van het materiële verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen beleggingsinstellingen die vergelijkbaar zijn met een fbi als bedoeld in artikel 28 Wet VpB 1969, heb ik geconcludeerd dat het verschil niet verenigbaar is met het EU-recht. Echter hierbij is het onwaarschijnlijk dat een niet-ingezetenen beleggingsinstelling voldoet aan de voorwaarden die worden gesteld in artikel 28 Wet VpB 1969. Een niet-ingezetenen beleggingsinstelling heeft er namelijk slechts baat bij te voldoen aan de voorwaarden die worden gesteld in haar

vestigingsstaat. Om de vergelijking toch te kunnen maken, dient mijns inziens gekeken te worden naar het doel en de strekking van het fbi-regime en het regime waaraan de buitenlandse beleggingsinstelling is onderworpen: die dienen gelijkwaardig te zijn. Hierbij is het van belang om een onderscheid te maken tussen de voorwaarden die belangrijk zijn en voorwaarden die ondergeschikt zijn. Hierbij moet naar mijn mening worden gekeken naar de uitdelingsverplichting, de aandeelhouderseisen, de financieringseis en de beleggingseis. Als aan deze voorwaarden wordt voldaan kan de systematiek van de afdrachtvermindering mijns inziens niet aan een gelijke behandeling tussen ingezeten en niet ingezeten beleggingsinstellingen in de weg staan. Het enige dat naar mijn mening relevant is, is dat in ingezeten situaties de db materieel wordt geneutraliseerd. Aangezien deze neutralisatie niet plaatsvindt ten aanzien van niet-ingezeten beleggingsinstellingen, acht ik de afdrachtvermindering in strijd met het EU-recht. Nederland dient de regeling aan te passen.

6. Samenvatting en conclusies

6.1. Samenvatting

In deze scriptie is onderzocht op welke wijze Nederland ingezet en niet-ingezet ten aanzien van de door hun ontvangen dividend in de belastingheffing betreft ten aanzien van een viertal categorieën belastingplichtigen. Voorts is getoetst of hiertussen verschillen vallen te onderkennen en op welke wijze die verschillen zich verenigen met het vrij verkeer van kapitaal. Aan de hand van de volgende onderzoeksvraag is dit onderzoek uitgevoerd:

Op welke wijze is de Nederlandse belastingheffing van dividendinkomsten van vier categorieën ingezet en niet-ingezet aandeelhouders vormgegeven en hoe verhoudt deze belastingheffing zich tot het EU-recht?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden zijn de volgende deelvragen beantwoord:

- 1. Worden de onderzochte categorieën ingezet en niet-ingezet aandeelhouders voor dividenden op een gelijke wijze in de belastingheffing betrokken?*
- 2. Is het verschil in fiscale behandeling tussen de onderzochte ingezet en niet-ingezet particuliere en vennootschappelijke aandeelhouders in strijd met het EU-recht?*

In hoofdstuk 2 en 3 is voor vier groepen aandeelhouders onderzocht op welke wijze zij zijn onderworpen aan de db. In hoofdstuk 2 ging het om de particuliere en rechtspersoon aandeelhouders en in hoofdstuk 3 om pensioenfondsen en beleggingsinstellingen. In deze twee hoofdstukken stond de deelvraag *‘Worden binnenlandse en buitenlandse aandeelhouders voor dividenden op een gelijke wijze in de belastingheffing betrokken?’* centraal. Alvorens in hoofdstuk 2 de wijze waarop ingezet en niet ingezet aandeelhouders in de belastingheffing worden betrokken is onderzocht, is eerst de belastingheffing over dividend in context geplaatst. Hierbij zijn verschillende internationaalrechtelijke aspecten van de belastingheffing over dividend aan bod gekomen. Eerst is onderzocht op welke manier de verdeling van heffingsbevoegdheid over dividend in de belastingverdragen is geregeld. In artikel 10 OMV is bepaald dat de woon-/vestigingsstaat onbeperkte heffingsrecht heeft. De bronstaat heeft een beperkt heffingsrecht dat – afhankelijk van het type aandeelhouder – maximaal 15% bedraagt. Uit het NFV 2011 blijkt dat ten aanzien van deelnemingsdividenden Nederland streeft naar enkel een woonstaatheffing. Om internationale juridische dubbele belasting tegen te gaan die ontstaat vanwege het heffingsrecht van zowel de bronstaat als de woonstaat bevat het verdrag een verrekeningsmogelijkheid. De

toegankelijke wijze van de verrekening van bronstaatbelasting is de ordinary-creditmethode. Hierbij wordt de bronstaatheffing door de woon-/vestigingsstaat geneutraliseerd tot het bedrag waarvoor zij de aandeelhouder in de belastingheffing betreft. Wanneer de aandeelhouder in de woon-/vestigingsstaat is vrijgesteld van belastingheffing, of wanneer de te betalen belasting niet toereikend is om de bronstaatheffing te neutraliseren, geldt geen verrekening. Voorts is de rechtsgrondslag van de db geanalyseerd. Er is een aantal redenen genoemd die ten grondslag liggen aan het heffen van een db, waarvan het bronlandbeginsel de belangrijkste is. Daarnaast geeft de staatssecretaris aan dat een db noodzakelijk is om goed te kunnen onderhandelen bij belastingverdragen. Echter in de literatuur wordt sterk de voorkeur gegeven aan de afschaffing van de db, aangezien de motieven om een db te hebben niet geloofwaardig meer zijn.

Na de db in context te hebben geplaatst is onderzocht of er een verschil bestaat in fiscale behandeling tussen ingezet en niet-ingezet particuliere (a.b.-houders en de particuliere portfolio-aandeelhouder) en rechtspersoon aandeelhouders (portfolio-aandeelhouder en deelnemingssituaties). Ten aanzien van de a.b.-houder, de particuliere portfolio-aandeelhouders en de rechtspersoon portfolio-aandeelhouder valt een verschil in fiscale behandeling te onderkennen, omdat de aandeelhouders in binnenlandse situaties het recht hebben om de ten hunner laste geheven db te verrekenen, terwijl de niet-ingezet aandeelhouders dit recht niet hebben. Voor hen geldt de db derhalve als een eindheffing. Deze verrekening leidt er de facto toe dat in binnenlandse situaties ib (na de verrekening van db) wordt geheven over het nettodividend omdat ingezet aandeelhouders aan het dividend toerekenbare kosten in aftrek kunnen brengen. In grensoverschrijdende situaties wordt db geheven over het brutodividend, omdat niet-ingezet aandeelhouders geen kosten in aanmerking kunnen nemen. Echter door de werking van het belastingverdrag kunnen deze aandeelhouders – wanneer hun grondslag toereikend is en zij niet van een belasting geheven naar winst zijn vrijgesteld – de Nederlandse db in hun woon-/vestigingsstaat verrekenen. Ten aanzien van de deelnemingssituaties is geconcludeerd dat geen sprake is van een verschil in fiscale behandeling tussen ingezet en niet-ingezet aandeelhouders (wanneer de vestigingsplaats een ander EU/EER-lidstaat is). Dit komt doordat de inhoudingsvrijstelling die in deze situatie van toepassing is, zowel geldt voor ingezet als voor niet-ingezet aandeelhouders. Echter wanneer de niet-ingezet aandeelhouder in een derde land is gevestigd, geldt er wel een verschil in fiscale behandeling. De inhoudingsvrijstelling geldt niet voor hen. Echter in veel belastingverdragen heeft Nederland een db-tarief van 0% afgesproken en in het NFV 2011 heeft de staatssecretaris aangegeven dat hij in toekomstige verdragen in deze situaties slechts een bronstaatheffing wil overeenkomen. Nu dat nochtans niet

is verwezenlijkt, is in die situaties waarbij Nederland wel db heft over deelnemingsdividenden een verschil in fiscale behandeling.

In hoofdstuk 3 is onderzocht of er een verschil in fiscale behandeling bestaat tussen ingezeten en niet-ingezeten van vpb vrijgestelde vennootschappen (waarbij pensioenfondsen het uitgangspunt zijn), vbi's en fbi's. Bij de teruggaafregeling als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1965 geldt voor niet-ingezeten pensioenfondsen – in vergelijking met ingezeten pensioenfondsen – een dubbele toets. Zo dient het niet-ingezeten pensioenfonds zowel in het buitenland vrijgesteld te zijn van een belasting geheven naar winst, als vrijgesteld te zijn van Nederlandse vpb indien het pensioenfonds in Nederland zou zijn gevestigd. De situatie dat het buitenlandse pensioenfonds niet kan voldoen aan de voorwaarden die – op grond van artikel 5, eerste lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 – aan een Nederlands pensioenfonds worden gesteld is niet ondenkbaar. Verder heb ik geconcludeerd dat het pensioenfonds verdragsgerechtigd is, alleen dat de belasting die ten hare laste wordt ingehouden niet kan worden verrekend, omdat zij meestal in haar vestigingsstaat wordt vrijgesteld van belastingheffing. De vraag is derhalve wie in deze situatie gehouden is de db-druk te neutraliseren. In de belastingverdragen die Nederland heeft gesloten met andere landen (bijvoorbeeld de Verenigde Staten) blijkt dat de tegemoetkoming moet worden gegeven door de bronstaat.

Ten aanzien van de fbi kan worden geconcludeerd dat de huidige systematiek ertoe leidt dat een verschil in fiscale behandeling tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situatie bestaat. Een verschil in fiscale behandeling was ook aanwezig in de systematiek in de periode van vóór 2008, toen de binnenlandse fbi's recht hadden op een teruggaaf, terwijl buitenlandse fbi's dit recht niet hadden. Een dergelijke bepaling werd in strijd geacht met het EU-recht, waardoor een afdrachtvermindering werd geïntroduceerd. Deze afdrachtvermindering is slechts toepasbaar wanneer de fbi binnen de db kan worden aangemerkt als inhoudingsplichtige. Als gevolg van deze afdrachtvermindering kan een beleggingsinstelling slechts in aanmerking komen voor een afdrachtvermindering wanneer hij is gevestigd in Nederland en kan worden aangemerkt als een inhoudingsplichtige. Verder dient de niet-ingezeten beleggingsinstelling vergelijkbaar te zijn met een fbi.

Ten aanzien van de vbi kan worden geconcludeerd dat deze op een dusdanige manier is vormgegeven dat binnen de db geen verschil kan worden geconstateerd tussen een ingezeten en een niet-ingezeten vrijgestelde beleggingsinstelling.

In hoofdstuk 4 en 5 zijn de hiervoor genoemde verschillen in fiscale behandeling getoetst aan het EU-recht. In deze twee hoofdstukken stond de deelvraag *‘is het verschil in fiscale behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen particuliere en vennootschappelijke aandeelhouders in strijd met het EU-recht?’* centraal. In hoofdstuk 4 is ten eerste geanalyseerd aan welke verkeersvrijheid het verschil in fiscale behandeling getoetst dient te worden. Het HvJ heeft in diens jurisprudentie drie voorrangsregels ontwikkeld om te bepalen of bepaalde wetgeving getoetst moet worden aan het vrije verkeer van kapitaal of aan het vrije verkeer van vestiging. Ten aanzien van deze voorrangsregels is geconcludeerd dat onder de db zowel situaties vallen met als zonder doorslaggevende zeggenschap. Deze dienen te worden getoetst aan het vrij verkeer van kapitaal indien feitelijk geen doorslaggevende zeggenschap bestaat. Indien feitelijk wel sprake is van doorslaggevende zeggenschap dient in beginsel aan beide vrijheden te worden getoetst. Echter wanneer het gaat om een regeling die ziet op vestigingsvoorwaarden dient slechts te worden getoetst aan het vrije verkeer van kapitaal.

Vervolgens is in dit hoofdstuk het verschil in fiscale behandeling getoetst aan het EU-recht. In onder andere de arresten Denkavit, Bouanich en Aberdeen heeft het HvJ geoordeeld dat directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren. De lidstaten zijn niettemin verplicht die bevoegdheid in overeenstemming met het EU-recht uit te oefenen en elke belemmering te voorkomen. Het HvJ oordeelt dat ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders op een gelijke wijze in de belastingheffing dienen te worden betrokken wanneer geen objectief verschil bestaat dat grond kan opleveren voor een ongelijke behandeling. Uit onder andere de arresten Test Claimants en Denkavit blijkt dat ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders objectief vergelijkbaar zijn, wanneer de niet-ingezetenen aandeelhouder aan de belastingheffing in het bronland wordt onderworpen. Dit betekent – vanuit Nederlandse perspectief – dat een niet-ingezetenen aandeelhouder objectief vergelijkbaar is met een ingezetenen aandeelhouder, omdat de niet-ingezetenen aandeelhouder is onderworpen aan de Wet DB 1965. Voor wat betreft de formele belastingheffing zijn ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders niet vergelijkbaar. Een lidstaat kan ervoor kiezen om ingezetenen aandeelhouders slechts te onderwerpen aan een ib/vpb en de niet-ingezetenen aandeelhouders aan een bronstaatheffing.

Ten aanzien van de vergelijkingsmaatstaf dient te worden aangehaakt bij de effectieve belastingdruk. Hierbij wordt de ib/vpb-druk (na verrekening van db) in binnenlandse situaties vergeleken met de db-druk in grensoverschrijdende situaties. Wanneer op grond van bovenstaande vergelijking dient te worden geconcludeerd dat outbound dividenden zijn onderworpen aan een hogere belastingdruk dan binnenlandse dividenden, dan accepteert het

HvJ het dat de woon-/vestigingsstaat de neutralisatie op zich neemt, maar dan alleen in die situaties dat de woon-/vestigingsstaat op grond van het belastingverdrag de belemmerende bronstaatheffing neutraliseert. Voorts leid ik uit de jurisprudentie af dat – ondanks dat de woon-/vestigingsstaat zich middels een belastingverdrag heeft gecommitteerd de bronstaatheffing te neutraliseren – ook dient te worden beoordeeld of de woon-/vestigingsstaat feitelijk de bronstaatheffing neutraliseert. Wanneer een woon-/vestigingsstaat – om welke reden dan ook – zich in het belastingverdrag wel heeft gecommitteerd te neutraliseren, maar dit feitelijk niet doet, acht ik dat de belemmering nog in stand is gebleven. Dan heeft de bronstaat de verantwoordelijkheid de teveel geheven db terug te geven aan de niet-ingezeten aandeelhouder. Met andere woorden: een belemmerende bronstaatheffing kan pas door de woon-/vestigingsstaat worden geneutraliseerd wanneer zij daartoe wordt gedwongen door een belastingverdrag en zij ook feitelijk tot neutralisatie over gaat.

De Nederlandse voorheffingssystematiek is in strijd met het vrij verkeer van kapitaal als bedoeld in artikel 63 VwEU. Echter er zullen zich niet veel situaties voordoen waarbij ingezeten en niet-ingezeten situaties belemmerd worden. Dit is het gevolg van het feit dat in het leeuwendeel van de gevallen de binnenlandse ib-/vpb-druk (na verrekening van de db) over het nettodividend een hogere belastingdruk tot gevolg heeft dan de db-druk over het brutodividend. Dit geldt zowel voor de particuliere a.b.-houder als voor de particuliere en rechtspersoon portfolio-aandeelhouder.

Voorts – wanneer de ten laste van de niet-ingezeten aandeelhouder geheven belasting hoger is dan de ten laste van de ingezeten aandeelhouder geven belasting – wordt indien sprake is van een belastingverdrag in de woon-/vestigingsstaat ordinary credit verstrekt. Als deze ordinary credit niet toereikend is om het belemmerende gedeelte van de bronstaatheffing te neutraliseren, is sprake van een discriminatoire heffing. Of in een concrete situatie wel of geen sprake is van een belemmerende bronstaatheffing is derhalve het gevolg van het feit dat de effectieve belastingdruk en de neutralisatie afhankelijk zijn van verschillende variabelen, te weten:

- de db-grondslag in grensoverschrijdende situaties t.o.v. de ib/vpb-grondslag (na verrekening van db) in binnenlandse situaties; en
- de mogelijkheid tot verrekening op basis van het belastingverdrag in de woonstaat.

Een dergelijke belemmerende bronstaatheffing kan niet worden gerechtvaardigd.

In hoofdstuk 5 is vervolgens onderzocht of de in hoofdstuk 3 gesignaleerde verschillen in fiscale behandeling in strijd zijn met het EU-recht. In dit hoofdstuk is een onderscheid gemaakt tussen

de teruggaafregeling (pensioenfondsen) en de afdrachtvermindering (fbi's). Ten aanzien van de teruggaafregeling bij pensioenfondsen heb ik geconcludeerd dat de dubbele toets niet strijdig is met het EU-recht, omdat de niet-ingezeten pensioenfondsen – net als ingezeten pensioenfondsen – recht hebben op een teruggaaf van db. Hierbij is de vraag of de vennootschap in de vestigingsstaat is onderworpen aan een belasting geheven naar winst niet relevant. Wanneer niet voldaan kan worden aan criteria die vanuit het doel en de strekking van artikel 5 Wet VpB 1969 relevant zijn, kan de niet-ingezeten vennootschap geen beroep doen op de teruggaafregeling als bedoeld in artikel 10 Wet DB 1965. Dan dient de niet-ingezeten vennootschap te worden vergeleken met de ingezeten ondernemende of beleggende rechtspersoon. Ten aanzien van de afdrachtvermindering heb ik geconcludeerd dat het materiële verschil in belastingdruk – dat vanwege de toepassing van de afdrachtvermindering ontstaat tussen ingezeten en niet-ingezeten beleggingsinstellingen – een belemmering vormt die niet verenigbaar is met het EU-recht. Dit is echter alleen het geval wanneer de niet-ingezeten beleggingsinstelling voldoet aan de voorwaarden die worden gesteld in artikel 28 Wet VpB 1969. Echter het is onwaarschijnlijk dat een niet-ingezeten beleggingsinstelling voldoet aan de voorwaarden die in dat artikel worden gesteld. Een niet-ingezeten beleggingsinstelling heeft er namelijk slechts baat bij te voldoen aan de voorwaarden die worden gesteld in haar vestigingsstaat. Om de vergelijking toch te kunnen maken dient gekeken te worden naar het doel en de strekking van het fbi-regime en het regime waaraan de buitenlandse beleggingsinstelling is onderworpen. Hierbij is het van belang een onderscheid te maken tussen de voorwaarden die belangrijk zijn en voorwaarden die ondergeschikt zijn. belangrijke voorwaarden zijn de uitdelingsverplichting, de aandeelhouderseisen, de financieringseis en de beleggingseis. Als aan deze voorwaarden wordt voldaan, kan de systematiek van de afdrachtvermindering niet aan een gelijke behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten beleggingsinstellingen in de weg staan. Het enige dat relevant is, is dat in ingezeten situaties de db materieel wordt geneutraliseerd. Aangezien deze neutralisatie niet plaatsvindt ten aanzien van niet-ingezeten beleggingsinstellingen, acht ik de afdrachtvermindering niet verenigbaar met het EU-recht.

6.2. Beleidsadvies naar aanleiding van dit onderzoek

In deze scriptie ben ik tot de conclusie gekomen dat slechts op twee vlakken sprake is van een belemmering. De eerste belemmering betreft de voorheffingsystematiek als bedoeld in artikel 9.2 Wet IB 2001 en artikel 25 Wet VpB 1969. De tweede belemmering vormt de afdrachtvermindering als bedoeld in artikel 11a Wet DB 1965.

Het uitgangspunt van de db is dat deze in binnenlandse situaties dient als voorheffing en niet als eindheffing. In grensoverschrijdende situaties maakt Nederland door middel van de Wet DB 1965 gebruik van het heffingsrecht dat haar op grond van artikel 10 OMV toekomt, althans indien een verdrag van toepassing is. Ik ben van mening dat op basis van dit onderzoek in het algemeen kan worden geconcludeerd dat de db – wanneer deze in binnenlandse situaties volledig wordt geneutraliseerd – in grensoverschrijdende situaties slechts kan worden geheven wanneer voldaan wordt aan twee alternatieve voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat van ingezeten aandeelhouders weliswaar geen db wordt geheven, maar wel een ib/vpb. Wanneer van niet-ingezeten aandeelhouders geen ib/vpb wordt geheven, kan Nederland slechts de bronstaatbelasting heffen, wanneer deze op grond van een belastingverdrag in de woonstaat wordt geneutraliseerd (dit is tevens de tweede voorwaarde). Deze twee voorwaarden moeten naar mijn mening bij de vorming van een bronstaatbelasting als uitgangspunt dienen, ongeacht de wijze waarop de db in binnenlandse situaties wordt geneutraliseerd. Het is irrelevant of dit gebeurt via een verrekening, een inhoudingsvrijstelling, een teruggave of een afdrachtvermindering. Het uitgangspunt is namelijk in al deze situaties gelijk: de neutralisatie van db.

Met dit uitgangspunt in gedachten acht ik ten aanzien van de afdrachtvermindering dat het op grond van het EU-recht noodzakelijk is dat de afdrachtvermindering wordt aangepast en dat de neutralisatie ook toegankelijk wordt voor buitenlandse beleggingsinstellingen die vergelijkbaar zijn met ingezeten fbi's. Ik zie in het EU-recht geen mogelijkheden om ten laste van een niet-ingezeten beleggingsinstelling db te heffen, terwijl van een ingezeten beleggingsinstelling geen belasting (dus zowel geen db als geen vpb) wordt geheven. Of niet-ingezeten beleggingsinstellingen daadwerkelijk in aanmerking komen voor de neutralisatie van db is afhankelijk van het antwoord op de vraag of zij vergelijkbaar zijn met de fbi als bedoeld in artikel 28 Wet VpB 1969. Ik adviseer de wetgever dan ook om de teruggaafregeling open te stellen voor de niet-ingezeten beleggingsinstellingen. Voorts adviseer ik de wetgever de teruggaafregeling open te stellen voor niet-ingezeten particuliere en rechtspersoon portfolio-aandeelhouders en particuliere a.b.-houders waarbij het belemmerende deel van de db niet in de woon-/vestigingsstaat kan worden geneutraliseerd. Ik adviseer de wetgever artikel 10 Wet DB 1965 als volgt aan te passen:

(...)

2. Aan een vennootschap die voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt als beleggingsinstelling in de zin van artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969

wordt op haar verzoek bij een door de inspecteur te nemen voor bezwaar vatbare beschikking teruggaaf verleend van in een jaar te haren laste ingehouden dividendbelasting.

3. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van een lichaam dat is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie of in een bij ministeriële regeling aangewezen staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte dat aldaar niet aan een belastingheffing naar de winst is onderworpen en dat, ware het in Nederland gevestigd geweest, ook alhier niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting zou zijn onderworpen of vergelijkbaar is met een beleggingsinstelling in de zin van artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Voorts is het eerste lid van overeenkomstige toepassing ten aanzien van een lichaam dat is gevestigd en een persoon die woont in een andere lidstaat van de Europese Unie of in een bij ministeriële regeling aangewezen staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte dat respectievelijk die aldaar is gevestigd en aan wie geen tegemoetkoming ter zake van de krachtens deze wet ingehouden dividendbelasting wordt verleend, terwijl Nederland met die staat een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten. De vorige volzin is slechts van toepassing wanneer de in die volzin bedoelde aandeelhouder aannemelijk maakt dat Nederland over de door hem ontvangen dividend een lagere belasting zou heffen als hij in Nederland zou zijn gevestigd.

(...)

5. Het tweede en derde lid zijn niet van toepassing met betrekking tot lichamen die een vergelijkbare functie vervullen als beleggingsinstellingen als bedoeld in artikel 6a ~~of artikel 28~~ van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Voorts adviseer ik de wetgever de afdrachtvermindering te schrappen, omdat deze na de overname van voorgestelde wijzigingen geen relevantie meer heeft.

Jurisprudentieregister

Hof van Justitie

- HvJ 30 november 1995, Zaak C-55/94 (Gebhard).
- HvJ 28 januari 1986, zaak C-270/83 (Avoir Fiscal).
- HvJ 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann).
- HvJ 14 februari 1995, Zaak C-279/93 (Schumacker).
- HvJ 20 februari 1979, Zaak 120/78 (Cassis de Dijon).
- HvJ 11 augustus 1995, Zaak C- 80/94 (Wielockx).
- HvJ 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura Participations).
- HvJ 16 juli 1998, zaak C-264/96 (ICI).
- HvJ 14 september 1999, zaak c-391/97 (Gschwind).
- HvJ 13 april 2000, zaak c-251/98 (Baars).
- HvJ 6 juni 2000, C-35/98 (Verkooijen).
- HvJ 5 november 2002, zaak c-390/99 (Canal Satélite Digital).
- HvJ 5 november 2002, zaak c-208/00, (Überseeing).
- HvJ 21 november 2002, zaak c-436/00 (X en Y).
- HvJ 15 juli 2004, C-315/02 (Lenz).
- HvJ 7 september 2004, Zaak C-319/02 (Manninen).
- HvJ 5 juli 2005, Zaak C-376/03 (D).
- HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer).
- HvJ 19 januari 2006, Zaak C-265/04 (Bouanich).
- HvJ 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes).
- HvJ 14 september 2006, zaak C-386/04 (Stauffer).
- HvJ 12 december 2006, zaak C-374/04 (Test Claimants In Class IV of the ACT Group Litigation Vs. Commissioners of Inland Revenue).
- HvJ 14 december 2006, zaak C-170/05 (Denkavit International).
- HvJ 24 mei 2007, zaak C-157/05 (Holböck).
- HvJ 18 juli 2007, zaak C-231/05 (Oy AA).
- HvJ 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta).
- HvJ 26 juni 2008, zaak C-284/06 (Burda).
- HvJ 22 december 2008, zaak C-282/07 (Truck center).
- HvJ 27 januari 2009, zaak c-318/07 (Persche).
- HvJ 11 juni 2009, zaak C-521/07 (Commissie v. Nederland).
- HvJ 18 juni 2009, zaak C-303/07 (Aberdeen Property Fininvest).

HvJ 23 juli 2009, zaak C-284/09 (Commissie v. Duitsland).
HvJ 17 september 2009, zaak C-182/08 (Glaxo Wellcome).
HvJ 19 november 2009, zaak C-540/07 (Commissie v. Italië).
HvJ 3 juni 2010, zaak C-487/08 (Commissie v. Spanje).
HvJ 10 februari 2011, zaak C-437/08, (Österreichische Salinen).
HvJ 10 februari 2011, zaak C-436/08 (Haribo).
HvJ 5 mei 2011, Zaak C-384/09 (Prunus).
HvJ 6 oktober 2011, C-493/09 (Commissie v. Portugal).
HvJ 10 mei 2012, gevoegde zaken c-338/11 – C- 347/11 (Santander).
HvJ 25 oktober 2012, Zaak C-387/11 (Commissie v. België).
HvJ 8 november 2012, zaak C-342/10 (Commissie v. Finland).
HvJ 13 november 2012, zaak C-035/11 (Test Claimants in the FII Group Litigation).
HvJ 10 april 2014, Zaak C-190/12 (Emerging Markets Series).
HvJ 5 juni 2014, zaak C-24/12 (X bv).
HvJ 5 juni 2014, zaak C-27/12 (TBG Limited).

EVA-hof

EVA-hof 14 juli 2000, zaak E-1/00 (Islandsbanki).
EVA-hof 23 november 2004, zaak E-1/04 (Fokus Bank).

Hoge Raad

HR 7 november 1934, B. 5718.
HR 23 mei 1951, B.9015.
HR 9 februari 1955, nr. 12 145, BNB 1955/127.
HR 14 november 1956, nr. 12 894, BNB 1957/20.
HR 14 januari 1959, nr. 13775, BNB 1959/81.
HR 18 februari 1959, nr. 13 763, BNB 1959/124.
HR 27 mei 1964, nr. 15 133, BNB 1964/194.
HR 15 mei 1985, nr. 22 154, BNB 1985/271.
HR 12 januari 1994, nr. 29 131, BNB 1994/82.
HR 25 mei 1994, nr. 28 959, 1994/219.
HR 31 augustus 1998, nr. 33 108, BNB 1999/16.
HR 30 september 1998, nr. 33 668, BNB 1998/362.
HR 28 februari 2001, nr. 35 557, BNB 2001/295.
HR 8 februari 2002, nr. 36 155, BNB 2002/184.

HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34.
HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/279.
HR 5 september 2003, nr. 37 670, BNB 2003/281.
HR 12 december 2003, nr. 38 461, BNB 2004/123.
HR 12 mei 2006, nr. 40.450, BNB 2007/38.
HR 8 december 2006, nr. 41 711, BNB 2007/83.
HR 9 juni 2006, nr. 41 376, BNB 2007/41.
HR 12 september 2008, nr. 43 366, BNB 2009/13.
HR 16 januari 2009, nr. 43.128, NTFR 2009/192.
HR 4 december 2009, nr. 07/10383, V-N 2009/63.17.
HR 15 november 2013, nr. 12/01866, BNB 2014/20.
HR 20 december 2013, nr. 12/03235, BNB 2014/64.
HR 20 december 2013, nr. 12/02502, BNB 2014/65.
HR 20 december 2013, nr. 12/04717, BNB 2014/66.
HR 23 december 2011, nr. 11/00483, BNB 2012/197.
HR 23 december 2011, nr. 11/00453, BNB 2012/198.
HR 17 oktober 2014, nr. 13/03922, V-N 2014/54.17.

Gerechtshof

Hof Den Bosch 5 november 2010, nrs. 09/00675 en 09/00676, NTFR 2011/1034 en NTFR 2011/746.
Hof Amsterdam 24 mei 2012, nr. 10/00608, V-N 2012/44.6.

Rechtbank

Rechtbank Haarlem 3 augustus 2010, nr. 08/5180, V-N 2010/52.20.
Rechtbank Haarlem 31 augustus 2011, nr. AWB 11/443, V-N 2012/19.15.
Rechtbank Breda 27 maart 2012, nr. 10/5437, V-N 2012/44.3.2.
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, nr. 12/00155, ECLI:NL:RBZWB:2014:3531.

Literatuurlijst

- Aardema, E. Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip in enige belastingen (I), WFR 1986/817.
- Aardema, E. Winstuitkering; uitkering van winst?, WFR 1990/949.
- Arends, A.J.M. Cursus Belastingrecht, Afdeling 5.1 Belastbaar inkomen uit sparen en beleggen art. 5.1 t/m 5.6.
- Bartel, J.C.K.W. Dividendbelasting, NTFR 2005/1002.
- Berg, J.P. van den en M.M.A. van Graafeiland Over de teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting aan buitenlandse beleggingsinstellingen, WFR 2013/466.
- Bobeldijk, A.C.P. en A.W. Hofman Buitenlandse belastingplicht voor vennootschappen met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap, WFR 2004/87.
- Brandsma, R.P.C.W.M. Capita selecta dividendbelasting, diss, Vermande 1995.
- Brandsma, R.P.C.W.M. De verbetering van het fiscale vestigingsklimaat in Nederland en het achterwege laten van de inhouding van db, WFR 1995/1302.
- Brandsma, R.P.C.W.M. De belegger "stripped bare" door de wetgever?: dividendstripping in de 21e eeuw, WFR 2000/313.
- Brandsma, R.P.C.W.M. De dividendbelasting: een kat in het nauw maakt rare sprongen, TFO 2008/57.
- Brandsma, R.P.C.W.M. De afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen in de Wet op de dividendbelasting 1965, WFR 2009/797.
- Brandsma, R.P.C.W.M. Cursus Belastingrecht, EBR.7.1.0 De EG-moederdochterrichtlijn, bijgewerkt tot 7 april 2014.
- Brandsma, R.P.C.W.M. Cursus Belastingrecht, Div.bel.2.0.2.B.f Uitreiking van of bijschrijving op aandelen zonder storting (art. 3, lid 1, onderdeel c), Kluwer bijgewerkt tot 07-04-2014.
- Brandsma, R.P.C.W.M. Cursus Belastingrecht, Div.bel.2.0.2.B.f1 Algemeen, Kluwer bijgewerkt tot 07-04-2014.

- Bruijsten, C. Geld uit de eigen BV, deel 1: dividend en terugbetaling aandelenkapitaal, FBN 2010/09.
- Cornelisse, M.C. De heffing van vennootschapsbelasting ter zake van aanmerkelijk belang in optima forma?, WFR 2011/1456.
- Dassesse, M. Belgian withholding taxes on outbound dividends and interest: the challenge of Community law, Bulletin 2008/337.
- Egelie, W.F.E.M. Denkavit: over bronstaatbelemmering en woonstaatneutralisering, opinie, NTFR 2009/24.
- Egelie, W.F.E.M. De LGO, het VWEU en de lopende zaak Prunus SARL, NTFR 2010/2910.
- Egelie, W.F.E.M. VWEU-rechtelijke dividendbelastingclaims en buitenlandse 'vbi-lookalikes', NTFR 2013/1888.
- Egelie, W.F.E.M. De zaak X bv en TBG Limited: Prunus 'revisited'!, NTFR-B 2014/29.
- Engelen, F.A. en P.C. van der Vegt 'Werken aan winst in de Europese Unie', WFR 2006/6678.
- Evers, M. en A.C.G.A.C. de Graaf Pushing back frontiers - (Un)charted territories in the field of international tax law and EC law. Artikel is geschreven als onderdeel van het onderzoeksprogramma 'fiscal autonomy and its boundaries' van de Erasmus School of Law.
- Fortuin, P. en A.C.G.A. de Graaf Buitenlands lichaam: heffing van vennootschapsbelasting over dividend, rente en vervreemdingswinst bij aanmerkelijk belang, WFR 1995/610.
- Ganzeveld, J. Buitenlandse vennootschapsbelastingplicht en aanmerkelijk belang: een dode letter?, NTFR 2005/1254
- Graaf, A.C.G.A.C. de en F.P.G. Pötgens Verontrustende Hoge Raaduitleg verdragsbegrip "inwoner", WFR 2010/266.
- Graaf, A.C.G.A.C. de, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens. Internationaal belastingrecht, Fed fiscale studiereserie nr. 39, Deventer: FED 2013 (4e druk).

Gunn, A.F.	Prunus: ongelijke behandeling Franse regeling bij zetel in LGO is volgens advocaat-generaal niet strijdig met EU-recht, NTFR 2011-76.
Heithuis, E.J.W.	(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.
Hellemons, G.J.C.M.	Dividendbelasting en afkoop van opties op eigen aandelen', MBB 2005/152.
Hemels, S.J.C. en J.W. Rompen	Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?, WFR2010/1058.
Hendriks, J.M.J. en A.H.A. van Oostrom	Knelpunten bij de gewijzigde teruggaafregeling dividendbelasting, WFR 2008/6759.
Hofstra, J.P.	NDFR-Commentaar art. 4.13 Wet IB 2001, bijgewerkt tot 20 mei 2014.
Honert, M.J.A. van den en M.M.A. van Graafeiland	Van Aberdeen tot Santander: teruggaaf dividendbelasting aan beleggingsinstellingen, NTFR2012/598.
Huidink, J.H. en M.W.W. Veldhuizen	De nieuwe afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen, MBB 2008/04.
Hurk, H. van den	De voorgestelde gewijzigde Moeder-dochterrichtlijn geeft blijk van gebrek aan visie bij de Europese Commissie, WFR 2014/684.
Hurk, H. van den	De introductie van een algemene antimisbruikbepaling zet de Europese Unie jaren terug in de tijd, WFR 2014/732.
Kavelaars, P.	Dividend(belasting) en de EU, TFO 2008/77.
Kiekebeld, B.J.	Kapitaalverkeer versus vestigingsverkeer', NTFR-B 2009/47.
Kiekebeld, B.J.	Dividendbelasting binnen de EU: nog steeds niet alles opgelost', NTFR-B 2012/24.
Kiekebeld, B.J.	Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?, NTFR-B 2013/11.
Kiekebeld, B.J.	Dividendbelasting binnen de EU: the never ending story, NTFR 2013/45.
Kostense, H.E.	De vestigingsplaatsfictie in de dividendbelasting: een achterhaald concept?, WFR 2003/654.

- Korving, J.J.A.M. Dividendbelasting: Hoe lang moeten we (ons) nog inhouden?, WFR 2012/1120
- Korving, J.J.A.M. Nederlandse bronheffing op dividend van niet-inwoner is niet EU-proof, NTFR 2013/1232
- Korving, J.J.A.M. Annotatie bij het arrest 20 december 2013, NTFR2014/326.
- Korving, J.J.A.M. Neutraliteit: inkleuren van een witte vlek, NTFRB2014/20
- Kroon, M.G.H. van der Het Baarscriterium krijgt invulling, WFR 2010/229
- Kroon, M.G.H. van der Verslag van het EFS-seminar 'Bronbelasting: waar begint en eindigt de EU', WFR 2012/898
- Laarhoven, T.G. van Verrekening van db door buitenlands belastingplichtigen', WFR 2002/234.
- Lang, M. ECJ case law on cross-border dividend taxation - recent developments, EC Tax Review 2008/2.
- Lejour, A. en M. van 't Riet Bilaterale belastingverdragen en buitenlandse investeringen, CPB Policy Brief 2013/07.
- Litjens, J.W.E. en M. Tydeman-Yousef Akte van statutenwijziging: de fiscale gevolgen van teruggaaf van agio (deel 1), FBN 2011/48.
- Marres, O.C.R. Objectieve vergelijkbaarheid van binnenlanders en buitenlanders', NTFR-B 2009/9.
- Marres, O.C.R. en P.J. Wattel Dividendbelasting, Fed fiscale studiereserie nr. 26, Deventer: FED 2011 (4e druk).
- Merks, P.F.E.M. Lichaam en vennootschapsbelasting, WFR 2005/1154.
- Nijkeuter, E. Vergelijkbaarheid van lichamen in outbound situaties onder het Europees recht', MBB 2011/10.
- Nijkeuter, E. Belastingheffing van dividend en de interne markt, SDU Uitgevers 2011.
- Nijkeuter, E. Franse belastingregeling voor dividenden aan niet-ingezetenen icbe's strijdig met EU-recht', NTFR 2012-1372.
- Niet, H.A.J.P. te Beleggingslichamen in Nederland, TFO 2008/29
- Noordman, F.W. Vbi en fbi: de verschillen', Forfaitair 2009/200

- Pancham, S.R. en R.P.C.W.M. Brandsma
Fokus op bronstaatheffing over dividenden in de Europese Unie, WFR 2005/701.
- Pijl, H.
De verre uiteindelijk gerechtigde en beneficial owner in de verdragen, WFR 2003/621.
- Pötgens, F.P.G.
Verdragstoegang en inwonerschap in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, WFR 2011/532.
- Pötgens, F.P.G.
Cursus Belastingrecht, Afdeling 7.3 Belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang.
- Pouw, D.J.C.H. en J.A. de Rooij
De dividendbelasting in beweging: een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen', WFR 2006/911.
- Rijkers, A.C.
Cursus Belastingrecht, IB.4.5.1.C Terugbetaling van gestort kapitaal (art. 4.13, lid 1
- Rijkers, A.C.
Cursus Belastingrecht, IB.4.5.1.D Bonusaandelen, Kluwer bijgewerkt tot 18-02-2014.
- Rompen, J.W.
'Niet afschaffen van dividendbelasting vormt een steeds groter risico voor Nederland', WFR 2013/1009.
- Smit, D.S.
Europeesrechtelijke perikelen rondom de Nederlandse dividendbelasting, TFO 2010/83.
- Smit, D.S.
Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting, TFO 2012/122.
- Spoelder, E.J.
Techniek en toepassing van de vrijgestelde beleggingsinstelling (VBI), MBB, 2007/06.
- Streek, J.L. van de
Cursus Belastingrecht Vpb.2.4.0.B Grondslag van de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse en buitenlandse verhoudingen, Kluwer, bijgewerkt tot 29-04-2014.
- Terra, J.M. en P.J. Wattel
European Tax Law; students edition, Fed fiscale studieserie nr. 29, Deventer: FED 2012 (5e druk).
- Tuk, A.F.
"Deelnemingen", De NV 1960, blz. 112-116
- Vermeulen, H.
H. Vermeulen. Het regime voor de fiscale beleggingsinstelling, (Fiscale monografieën, 36). Deventer: Kluwer 2012 (derde druk).

- Wal, N.M. van der
Ook buitenlandse rechtspersonen hebben recht op volledige teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting, WFR 2006/639
- Wattel, P.J.
Eenjurisdictionale of overall-toepassing van EG-verboden op bronheffingen, WFR 2006/847.
Hogere belasting op grensoverschrijdend dividend niet gecompenseerd door ordinary credit in belastingverdrag; onder EER-overeenkomst ..., FED 2009/115.
- Weber, D.M.
Cursus Belastingrecht, EBR.2.0.2.C.b Ultraperifere gebieden, bijgewerkt tot 14 april 2014.
- Weber, D.M.
Verslag oratie prof. dr. H. Vermeulen, WFR 2013/1368.
- Wisman, C.
De bevrijding van de aanmerkelijkbelangheffing van buitenlandse lichamen nabij?, WFR 2011/1129.
- Wit, R.C.C. de en H.C.
Fiscaal Verdragsbeleid 2022; verdragsvoordelen vbi?, NTFR 2011/613.
- Reinoud
Wolvers, S.