

**De Nederlandse dividendbelasting en inbound
investeringen door buitenlandse
beleggingsinstellingen:
een Europeesrechtelijke toetsing**

**Door: B.A. van Dijk MSc.
Post-Master Directe Belastingen 2012/2013**

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
1. Inleiding	2
2. Beleggingsinstellingen en het EU-recht.....	4
2.1 Beleggingsfondsen versus beleggingsmaatschappijen	4
2.2 Beleggingsinstellingen en toepasselijke verdragsvrijheden	5
2.2.1 Verdragsvrijheden en directe belastingen.....	5
2.2.2 Vrijheid van vestiging.....	6
2.2.3 Vrijheid van kapitaal	6
2.2.4 Toepasselijke verdragsvrijheden	7
3. Buitenlandse beleggingsinstellingen en de Nederlandse dividendbelasting	9
3.1 Kenmerken Nederlandse dividendbelasting	9
3.2 Artikel 10 Wet DB in zuiver binnenlandse verhoudingen	10
3.3 Artikel 10 Wet DB in buitenlandse verhoudingen.....	10
3.4 Artikel 10 Wet DB en beleggingsinstellingen	11
3.5 De afdrachtsvermindering ex artikel 11a Wet DB	12
4. Jurisprudentie en beslismodel HvJ EU	14
4.1 Beslismodel HvJ EU	14
4.2 Algemene jurisprudentie	14
4.3 Specifieke jurisprudentie t.a.v. beleggingsinstellingen.....	18
5. Is artikel 10 Wet DB in overeenstemming met het EU-recht?	21
5.1 Casus EU-toets.....	21
5.2 Toetsing aan het primaire EU-recht.....	21
6. Conclusie.....	25
Literatuurlijst	27

1. Inleiding

‘Grote strop dreigt voor schatkist bij dividendbelasting’ meldde het Financieele Dagblad op zijn voorpagina op 14 maart 2012. Aanleiding voor deze krantenkop vormde een uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch van 9 maart 2012, waarin geoordeeld werd dat een in Finland gevestigd beleggingsfonds, dat in Finland niet aan belasting was onderworpen, recht had op teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting.¹ Gelet op de aandacht die deze uitspraak in de media en eveneens politiek heeft gekregen², kan wel gesteld worden dat de uitspraak de nodige stof heeft doen opwaaien. Die aandacht liet zich onder meer verklaren door de geschatte potentiële budgettaire impact van de uitspraak.³

De uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch staat echter niet op zichzelf. Indien men de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU ('HvJ EU') bekijkt, dan kan daaruit geconcludeerd worden dat de jurisprudentie op het terrein van de bronbelastingen de afgelopen jaren een vlucht genomen heeft. Diverse lidstaten hebben hun bronbelastingen getoetst zien worden door het HvJ EU, zowel naar aanleiding van door belastingplichtigen aangespannen rechtszaken⁴, als door gevolg van door de Europese Commissie opgestarte infractieprocedures.⁵ Diverse lidstaten, waaronder Nederland, hebben zich door deze ontwikkelingen gedwongen gezien hun nationale wetgeving te conformeren aan de Europese rechtspraak.⁶

Een aantal zaken op het gebied van bronbelastingen waar het HvJ EU zich afgelopen jaren over gebogen heeft, betroffen specifiek procedures waarbij de fiscale regelingen ten aanzien van beleggingsinstellingen⁷ in het geding waren. Zo heeft het HvJ EU in een tweetal recente arresten in 2012 geoordeeld dat de door Frankrijk⁸ en België⁹ gehanteerde wetgeving ten aanzien van bronbelastingen bij uitkeringen aan beleggingsmaatschappijen, in strijd was met de vrijheid van kapitaal. Een vraag die bij deze en eerdere vergelijkbare arresten een rol speelde, was de vraag in hoeverre binnenlandse en buitenlandse beleggingsmaatschappijen vergelijkbaar met elkaar waren, dit om te bepalen of de verschillende wijze van behandeling door de lidstaten van binnen- en buitenlandse beleggingsmaatschappijen, een verboden beperking van de verkeersvrijheden inhield.

In de hiervoor genoemde Nederlandse zaak, waarin Hof Den Bosch uitspraak heeft gedaan, draaide het eveneens om de vergelijkbaarheid tussen binnen- en buitenlandse beleggingsmaatschappijen. Hierbij stond de vraag centraal welke vergelijkingsmaatstaf moest worden gehanteerd bij de zogeheten 'dubbele toets' van artikel 10, lid 3, Wet op de dividendbelasting 1965 ('Wet DB'). Dit artikel, dat voorziet in een teruggaaf van ingehouden

¹ Hof 's-Hertogenbosch, MK IV, 9 maart 2012, nr. 11/00451, V-N 2012/21.21

² Zie de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 maart 2012, nr. DGB2012/1738M, V/N 2012/21,22 naar aanleiding van vragen van Tweede Kamerlid Omtzigt (CDA), en bijvoorbeeld het op 14 maart 2012 op de website van de NOS geplaatste bericht 'Kamer wil opheldering tegenvaller'.

³ Zie bijvoorbeeld het eerder genoemde artikel in het Financieële Dagblad, waarin een tegenvaller van 1 tot 1,5 miljard Euro gemeld werd.

⁴ Bijvoorbeeld de zaken HvJ EU 14 december 2006, C-170/05 (Denkavit II), HvJ EU 8 november 2007, C-379/05 (Amurta) en HvJ EU 10 mei 2012, C-338/11 (Santander).

⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 19 november 2009, C-540/07 (Commissie versus Italië) en HvJ EU 3 juni 2010, C-478/08 (Commissie versus Spanje).

⁶ Zie bijvoorbeeld de in 2007 en 2010 ingevoerde wijzigingen van de inhoudingsvrijstelling ex artikel 4 Wet op de dividendbelasting 1965.

⁷ Ingevolge artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht kan de term 'beleggingsinstelling' zien op zowel beleggingsfondsen als op beleggingsmaatschappijen. Zie verder hoofdstuk 2.

⁸ Zie arrest Santander, reeds aangehaald.

⁹ HvJ EU 25 oktober 2012, C-387/11 (Commissie versus België).

dividendbelasting aan niet aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen lichamen, stelt aan lichamen die in een andere lidstaat van de EU gevestigd zijn, de eis dat zij zowel in hun eigen lidstaat als in Nederland, indien zij in Nederland gevestigd zouden zijn, niet onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting. Hof Den Bosch oordeelde dat de door de Nederlandse wetgever voorgeschreven eis van niet-onderworpenheid in Nederland, indien zij in Nederland gevestigd zou zijn geweest, vanuit het doel van de regeling niet van belang is. Indien zij in het buitenland is vrijgesteld, is zij vergelijkbaar met een Nederlands vrijgesteld lichaam, en heeft derhalve recht op teruggaaf van dividendbelasting.

Zoals opgemerkt heeft deze uitspraak de nodige stof doen opwaaien. De staatssecretaris van Financiën kondigde dan ook vrijwel direct na de uitspraak aan in cassatie te gaan.¹⁰ Inmiddels heeft Advocaat Generaal Wattel op 28 november 2012 conclusie genomen in de betreffende zaak.¹¹ Wattel bestrijdt hierin het oordeel van het Hof, en bevestigt kort gezegd de eerdere uitspraak van Rechtbank Breda.¹² De uiteenlopende oordelen van de Nederlandse rechtsinstanties c.q. conclusie van de A-G ten aanzien van dit Europeesrechtelijke onderwerp, vormen voor mij de aanleiding om in deze verhandeling de Wet op de dividendbelasting aan een Europeesrechtelijke toetsing te onderwerpen ten aanzien van inbound investeringen door beleggingsinstellingen.¹³ Ik richt mij daarbij specifiek op toetsing van artikel 10 Wet DB, waarbij aan de hand van een analyse van de Europese jurisprudentie een uitspraak gedaan wordt over de vermeende strijdigheid van artikel 10 Wet DB met het primaire EU recht.

De probleemstelling van mijn verhandeling luidt derhalve als volgt:

In hoeverre handelt Nederland in strijd met het primaire EU recht in de situaties waarbij zij aan buitenlandse beleggingsinstellingen teruggaafverzoeken dividendbelasting op grond van artikel 10 Wet DB weigert?

Teneinde deze probleemstelling te beantwoorden, zal ik allereerst ingaan op de positie van beleggingsinstellingen binnen het EU-recht. Vervolgens wordt kort de werking van artikel 10 Wet DB beschreven. Daarna zal de relevante jurisprudentie inzake bronheffingen op dividenden worden weergegeven en wordt het beslismodel van het HvJ EU weergegeven. In het daaropvolgende hoofdstuk wordt vervolgens aan de hand van een casus geoordeeld hoe artikel 10 Wet DB zich verhoudt tot de EU jurisprudentie. Tot slot zal worden afgesloten met een conclusie.

¹⁰ Zie de eerder genoemde Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 23 maart 2012.

¹¹ Conclusie A-G Wattel, 28 november 2012, nr. 12/01866, V-N 2013/13.25.

¹² Rechtbank Breda 6 juni 2011, nr. AWB 10/1251.

¹³ Met inbound-investering wordt bedoeld een buitenlandse investeerder die in Nederland investeert. Ten aanzien van een dividend dat op een door een dergelijke investeerder aangeschaft aandeel wordt uitgekeerd, zal men in zo'n situatie normaliter spreken van een 'outbound dividend'.

2. Beleggingsinstellingen en het EU-recht

Deze verhandeling onderwerpt de Wet op de dividendbelasting aan een Europeesrechtelijke toetsing bij investeringen door buitenlandse beleggingsinstellingen. Dit hoofdstuk gaat nader in op het begrip 'beleggingsinstellingen', en beschrijft een aantal kenmerken van beleggingsinstellingen. Daarnaast wordt geschetst wat de positie van beleggingsinstellingen is binnen het Europese recht.

2.1 Beleggingsfondsen versus beleggingsmaatschappijen

Zoals opgemerkt staat in deze verhandeling de positie van buitenlandse beleggingsinstellingen binnen (artikel 10 van) de Nederlandse dividendbelasting centraal. Beleggingsinstellingen zijn er, zowel in binnenland als buitenland, in vele soorten en maten. Beleggingsinstellingen komen voort uit de wens beleggers in staat te stellen schaalvoordelen te behalen en kostenbesparingen te realiseren. Daarnaast stellen beleggingsinstellingen (de met name particuliere) beleggers in staat om beleggingsrisico's te beperken door middel van diversificatie van de beleggingen.¹⁴

In een Nederlandse context wordt ingevolge artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht bij beleggingsinstellingen een onderscheid gemaakt tussen enerzijds beleggingsfondsen, en anderzijds beleggingsmaatschappijen. Een beleggingsmaatschappij wordt daarbij beschreven als een *'rechtspersoon die gelden of andere goederen ter collectieve belegging vraagt of verkrijgt teneinde de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen te doen delen'*. Onder het begrip beleggingsfonds valt dan in feite de categorie beleggingsinstellingen waarbij geen sprake is van rechtspersoonlijkheid.¹⁵

Dit onderscheid bepaalt daarmee met name de verhouding van de beleggingsinstelling tot de deelnemers, namelijk of deze rechtspersonenrechtelijk of verbintenisrechtelijk van aard is.¹⁶ Beleggingsmaatschappijen hebben een rechtspersonenrechtelijke verhouding tot de deelnemers, hetgeen inhoudt dat het vermogen van de beleggingsinstelling is afgescheiden van het (privé)vermogen van de deelnemers. Een ander onderscheid tussen enerzijds beleggingsfondsen en anderzijds beleggingsmaatschappijen is de vraag wie het economisch eigendom van het belegde vermogen heeft.¹⁷ Bij beleggingsfondsen is het economisch eigendom veelal in handen van de deelnemers, bij beleggingsmaatschappijen berust dit eigendom bij de rechtspersoon.

Fiscaal zijn er eveneens verschillen te onderkennen tussen beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen. Omdat beleggingsmaatschappijen rechtspersonelijkheid hebben, hebben zij in de regel niet de mogelijkheid om als fiscaal transparant te kunnen worden aangemerkt. Beleggingsfondsen kunnen deze mogelijkheid wel hebben. Dit onderscheid komt in de Nederlandse context naar voren bij het fonds voor gemene rekening (FGR). Dit lichaam wordt indien de bewijzen van deelgerechtigheid vrij verhandelbaar zijn, als 'open-FGR' aangemerkt en wordt daarmee belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.¹⁸ Indien de bewijzen van deelgerechtigheid niet vrij verhandelbaar zijn, wordt het fonds als

¹⁴ P. Borsjé en W. Specken, *Collective Investment Vehicles, Derivatives and Financial Instruments*, 2009, no.5, p. 162-168.

¹⁵ Zie ook H. Vermeulen, *Het regime voor de fiscale beleggingsinstelling (Fiscale monografieën)*, 3^e druk, Kluwer, Deventer, 2012, p.10.

¹⁶ Zie C.J. Groffen, N.B. Spoor en J.P.W.M. van der Velden, in: D. Busch e.a., *Onderneming en financieel toezicht*, 2e druk, Kluwer, Deventer, 2010, pag. 465-505.

¹⁷ C.J. Groffen e.a., t.a.p.

¹⁸ Artikel 2, lid 2, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

‘besloten’ aangemerkt, en kwalificeert het daarmee als fiscaal transparant. Het gevolg daarvan is dat de inkomsten en het vermogen van het fonds naar rato van hun deelgerechtigheid aan de participanten van het fonds worden toegerekend.

Alhoewel het verschil tussen beleggingsfondsen en beleggingsmaatschappijen in de regel zal resulteren in het hiervoor beschreven fiscale onderscheid (fiscaal transparant versus belastingplichtig), zijn er diverse landen waarin die conclusie niet zonder meer geldt. Alhoewel contractuele samenwerkingsverbanden in buitenlandse verhoudingen eveneens veelal fiscaal transparant zijn, kan bij rechtspersonen niet per definitie geconcludeerd worden dat zij onderworpen zijn aan winstbelastingen. Zo zijn er diverse landen die beleggingsmaatschappijen vrijstellen van winstbelasting, bijvoorbeeld doordat specifieke fiscale regimes gelden voor beleggingsmaatschappijen (of beleggingsfondsen).¹⁹

In dat kader dient eveneens aandacht te worden besteed aan de specifieke fiscale regimes die Nederland in het leven heeft geroepen voor beleggingsinstellingen. Ook in Nederland kunnen beleggingsinstellingen in aanmerking komen voor de voordelen die verbonden zijn aan specifieke fiscale regimes, te weten de voordelen verbonden aan de status van vrijgestelde beleggingsinstelling (‘VBI’) en de status van fiscale beleggingsinstelling (‘FBI’). Het VBI regime voorziet in een vrijstelling van vennootschapsbelasting, en daarnaast zijn uitkeringen door een VBI vrijgesteld van inhouding van dividendbelasting. Het FBI regime voorziet niet in een vrijstelling van vennootschapsbelasting, maar de FBI profiteert wel van een 0% tarief voor de vennootschapsbelasting. Daarnaast komt een FBI in aanmerking voor toepassing van de afdrachtsvermindering, waarmee voor de FBI een verrekeningsmogelijkheid wordt gecreëerd voor inkomende binnen- en buitenlandse bronbelasting. In onderdeel 3.4 wordt hier nog uitvoeriger op ingegaan.

In internationale verhoudingen kan het niet onderworpen zijn aan een belasting naar het inkomen, tot gevolg hebben dat de betreffende beleggingsmaatschappij niet als inwoner voor toepassing van belastingverdragen kan worden aangemerkt. Evenzeer kan dat spelen bij fiscaal transparante beleggingsfondsen.²⁰

2.2 Beleggingsinstellingen en toepasselijke verdragsvrijheden

2.2.1 Verdragsvrijheden en directe belastingen

In deze verhandeling wordt een Europeesrechtelijke toetsing uitgevoerd op de Nederlandse dividendbelasting ten aanzien van beleggingsinstellingen. De Nederlandse dividendbelasting behoort tot de directe belastingen.²¹ Een van de standaardoverwegingen die het HvJ EU in veel van haar arresten opneemt is de opmerking dat het vaste rechtspraak is *‘dat de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, maar dat deze niettemin verplicht zijn deze bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen.’*²² Anders dan de indirecte belastingen, waarbij binnen Europa een vergaande mate van harmonisatie heeft plaatsgevonden, hebben de lidstaten van de Europese Unie in beginsel hun soevereiniteit op het terrein van de directe belastingen behouden.²³ Wel dienen de lidstaten bij het uitoefenen van deze soevereiniteit rekening te houden met de vrije verkeersbepalingen, die voortvloeien uit het primaire EU-recht, en welke zijn opgenomen in

¹⁹ Een voorbeeld vormt Luxemburg met de vrijstelling voor haar SICAV’s.

²⁰ Dergelijke beleggingsfondsen kunnen in internationale verhoudingen bovendien geconfronteerd worden met gecompliceerdere problematiek als gevolg van kwalificatieverschillen tussen landen. In deze verhandeling ga ik echter niet verder in op dergelijke aspecten.

²¹ Zie ook artikel 1, lid 1, Wet DB.

²² Citaat uit overweging 25 van het arrest van het HvJ EU van 18 juni 2009, C-303/07 (Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy).

²³ Zie B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, 6^e druk, Kluwer, Deventer, 2012, p. 4.

het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VwEU'). Deze vrije verkeersbepalingen omvatten het vrije verkeer van burgers van de Unie (art. 21 VwEU), goederen (art. 28-32 VwEU), personen (werknemers art. 45-48 VwEU en vestiging 49-55 VwEU), diensten (art. 56-62 VwEU), kapitaal (art. 63-66 VwEU) en betalingen (art. 63-65 VwEU).²⁴ Deze verkeersvrijheden schrijven voor dat de verschillende soorten verplaatsingen binnen de lidstaten van de EU, zonder belemmeringen kunnen plaatsvinden.

In de relatie tot de investeringen door beleggingsinstellingen komt de vraag op welke specifieke verkeersvrijheden daar op van toepassing kunnen zijn. Bij investeringen door beleggingsinstellingen, lijken in eerste instantie zowel de vrijheid van vestiging (artikel 49 VwEU) als de vrijheid van kapitaal (artikel 63 VwEU) in aanmerking te komen.

2.2.2 Vrijheid van vestiging

Om een beroep op de vrijheid van vestiging te kunnen doen is ingevolge art. 49 VwEU vereist dat sprake is van een onderdaan. Art. 54 VwEU bepaalt dat *'vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, (...) gelijkgesteld (worden) met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.'* Vervolgens bepaalt hetzelfde artikel dat *'onder vennootschappen worden verstaan (...) de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen'*. Voor de kwalificatie van het begrip 'vennootschap' sluit het VwEU dus aan bij het nationale recht. In de literatuur wordt wel verdedigd dat onder vennootschappen ook vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid vallen.²⁵ Naar mijn mening zou dat eveneens kunnen betekenen dat bijvoorbeeld ook een Nederlands fonds voor gemene rekening als 'onderdaan' kan worden aangemerkt. Daardoor lijkt dan te kunnen worden geconcludeerd dat in theorie zowel beleggingsmaatschappijen als beleggingsfondsen een beroep kunnen doen op de vrijheid van vestiging.

Voor een beroep op de vrijheid van vestiging is echter voorts vereist dat sprake is van vestiging in een andere lidstaat en dat daarbij een (reële) economische activiteit wordt uitgeoefend in de lidstaat van vestiging.²⁶ Een reële economische activiteit kan omschreven worden als *'een activiteit die door een particuliere onderneming op een markt kan worden uitgeoefend en die in een professioneel kader is georganiseerd en gewoonlijk uit winstbejag wordt uitgeoefend.'*²⁷ Een economische activiteit kan echter ook indirect worden uitgeoefend, bijvoorbeeld door een (controleerend) belang in een andere vennootschap te houden waarover de zeggenschap kan worden uitgeoefend.²⁸

2.2.3 Vrijheid van kapitaal

Voor een beroep op de vrijheid van kapitaal daarentegen hoeft geen sprake te zijn van een economische activiteit. Daarnaast kunnen investeerders uit derdelanden ook een beroep doen op de vrijheid van kapitaal en kan dit dus ook worden ingeroepen door niet-lidstaten. Wel dient in dat verband rekening te worden gehouden met de 'standstill-bepaling' van artikel 64, lid 1, VwEU. Deze standstill-bepaling bepaalt dat beperkingen op het kapitaalverkeer van en naar derdelanden, gerechtvaardigd zijn indien zij reeds op 31

²⁴ K.M. Braun e.a., Studenteneditie 2011-2012, Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Kluwer, Deventer, 2011, onderdeel 5.0.1.

²⁵ Zie D.M. Weber, Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden, Kluwer, Deventer, 2003.

²⁶ Zie D.S. Smit, Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting, TFO 2012/122.

²⁷ Zie de conclusie van A-G Maduro van 18 mei 2004, C-8/03 (BBL)

²⁸ HvJ EU 10 januari 2006, C-222/04 (Cassa di Risparmio di Firenze).

december 1993 bestonden, en verband houden met directe investeringen, vestiging en het verrichten van financiële diensten. Portfolio-investeringen vallen dus nadrukkelijk niet onder de standstill-bepaling. Voor wat betreft de reikwijdte van de vrijheid van kapitaal, kan worden opgemerkt dat het HvJ EU een ruime uitleg van het begrip kapitaalverkeer aanhangt, en voor de invulling van dit begrip kan worden aangesloten bij de (niet-uitputtende) lijst van kapitaalbewegingen die is opgenomen in de nomenclatuur bij Richtlijn 88/361.²⁹ Hieronder vallen onder andere de verwerving van al dan niet ter beurs verhandelde obligaties, aandelen en rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging.

2.2.4 Toepasselijke verdragsvrijheden

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat mogelijk zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheid van kapitaal van toepassing kunnen zijn op beleggingsinstellingen. Welke verkeersvrijheid uiteindelijk kan worden ingeroepen zal afhangen van de kenmerken van de specifieke beleggingsinstelling. In een zuivere intra-EU situatie lijkt er geen direct belang te zijn om een specifieke verkeersvrijheid in te roepen. Gezien de werking naar derde landen van de vrijheid van kapitaal, kan dat echter anders zijn als een buiten de EU gevestigde beleggingsinstelling aanspraak wil maken op het EU-recht. In een dergelijke situatie zal het echter afhankelijk zijn van het soort beleggingsfonds of de vrijheid van kapitaal kan worden ingeroepen.

Zo kenmerken beleggingsinstellingen die vergelijkbaar zijn met instellingen in de zin van de ICBE richtlijn zich bijvoorbeeld door portfoliobeleggingen, waarbij kleine belangen in andere ondernemingen worden gehouden en waarbij het rendement op de beleggingen het primaire doel is.³⁰ Zo bepaalt artikel 1 lid 2 van de ICBE richtlijn dat de richtlijn van toepassing is op instellingen *‘waarvan het uitsluitende doel is de collectieve belegging in effecten en/of in andere in artikel 19, lid 1, bedoelde liquide financiële activa van uit het publiek aangetrokken kapitaal, met toepassing van het beginsel van risicospreiding.’* Verder bepaalt artikel 22 van de richtlijn dat een ICBE in beginsel slechts maximaal 5% van haar vermogen mag beleggen in effecten van één instelling.³¹ De medezeggenschap en invloed op het gevoerde beleid is dan van secundair belang. De vrijheid van kapitaal lijkt derhalve door dit type beleggingsinstellingen te kunnen worden ingeroepen. Is echter sprake van beleggingsinstellingen waarbij wel grote belangen worden aangehouden in andere vennootschappen, en waarbij zeggenschap over het beleid van de deelneming wel c.q. een grotere rol speelt, te denken valt aan private equity fondsen, dan lijkt een beroep op de vrijheid van kapitaal minder snel haalbaar.

Uit de jurisprudentie van het HvJ EU volgde aanvankelijk dat wanneer een aandeelhouder een controlerend belang in een vennootschap heeft, de vrijheid van vestiging van toepassing is, en niet de vrijheid van kapitaal.³² Deze benadering is in latere jurisprudentie genuanceerd, waarbij het HvJ EU heeft bepaald dat bij de bepaling welke verdragsvrijheid van toepassing is, ook naar de in geschil zijnde nationale regeling gekeken dient te worden.³³ Zo valt een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op belangen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, onder de vrijheid van vestiging. In het recente

²⁹ K.M. Braun en anderen, t.a.p., 5.0.2.B.b.

³⁰ Richtlijn van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), (85/611/EEG).

³¹ Lidstaten mogen dit percentage verhogen tot maximaal 10%, hetgeen door Nederland geïmplementeerd is in artikel 134, lid 1, Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

³² Zie HvJ EU 13 april 2000, C-251/98 (Baars), BNB 2000/242.

³³ Zie HvJ EU 26 juni 2008, zaak C-284/06 (Burda) en HvJ EU 17 september 2009, zaak C-182/08 (Glaxo Wellcome), alsmede HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (FII-2).

arrest FII-2 werd nog eens herhaald dat *‘nationale bepalingen die van toepassing zijn op participaties die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur en de zeggenschap van de onderneming uit te oefenen, (...) uitsluitend aan het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal (moeten) worden getoetst.’* Indien echter sprake is van een generieke nationale bepaling waarbij de omvang van de deelneming niet relevant is, dan volgt uit FII-2 dat beide vrijheden kunnen worden ingeroepen en het in feite niet van belang is of een controlerend belang in een deelneming wordt gehouden.³⁴

Op basis van het bovenstaande meen ik dat geconcludeerd kan worden dat zolang sprake is van beleggingsinstellingen in de zin van de ICBE richtlijn, doorgaans de vrijheid van kapitaal van toepassing zal zijn. Dat betekent eveneens dat soortgelijke beleggingsinstellingen uit derdelanden eveneens een beroep kunnen doen op de vrijheid van kapitaal. De specifieke nationale regeling waar dergelijke beleggingsinstellingen, gericht op het collectief beleggen vanuit het publiek aangetrokken kapitaal met toepassing van het beginsel van risicospreiding, mee te maken hebben lijkt in die situatie minder relevant.³⁵

³⁴ Zie ook de noot van Wattel bij FII-2 in H&I 2013/3.1, en I.M. de Groot en P.J. te Boekhorst, Gevolgen FII-2 voor de Nederlandse deelnemingsverrekening, WFR 2013/388, alsmede B.J. Kiekebeld, Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?, NTFRB2013-11.

³⁵ Het is immers niet erg waarschijnlijk dat wetgeving die specifiek gericht is op controlerende belangen, van toepassing is op beleggingsinstellingen die louter portfoliobeleggingen houden.

3. Buitenlandse beleggingsinstellingen en de Nederlandse dividendbelasting

Dit hoofdstuk gaat kort in op systematiek van de Nederlandse dividendbelasting. Daarbij wordt de werking van artikel 10 Wet DB beschreven en wordt daarnaast specifiek aandacht besteed op welke wijze buitenlandse beleggingsinstellingen te maken kunnen krijgen met de Nederlandse dividendbelasting.

3.1 Kenmerken Nederlandse dividendbelasting

Artikel 1 Wet DB bepaalt, kortweg, dat dividendbelasting wordt geheven van degenen die gerechtigd zijn tot de opbrengst van o.a. aandelen in Nederlandse kapitaalvennootschappen. Met aandelen in kapitaalvennootschappen worden op grond van artikel 1, lid 2, Wet DB gelijk gesteld bewijzen van deelgerechtigdheid in een Nederlands (open) fonds voor gemene rekening. De heffing van dividendbelasting grijpt aan bij waar het uitdelende lichaam is gevestigd. Is dat in Nederland, dan is de opbrengst van aandelen, welk begrip mede dividenuitkeringen omvat, onderworpen aan dividendbelasting tegen een tarief van 15%. De belasting wordt ingehouden en vervolgens afgedragen door de uitkerende vennootschap.

Bij het bepalen van de belastingplichtigen voor de heffing van dividendbelasting, is de woonplaats van de opbrengstgerechtigde niet relevant. De heffing grijpt dus aan bij het inkomen uit Nederlandse bron, zonder rekening te houden met de woonplaats van de aandeelhouders. Indien een Nederlandse vennootschap dividend uitkeert, wordt dus zowel ten laste van de binnen- als buitenlandse aandeelhouders dividendbelasting ingehouden. De Nederlandse dividendbelasting fungeert voor de binnenlandse belastingplichtigen echter als voorheffing op de Nederlandse inkomsten- of vennootschapsbelasting.³⁶ Indien het bedrag aan te betalen inkomsten- of vennootschapsbelasting minder bedraagt dan de ingehouden dividendbelasting, wordt dit verschil teruggegeven.

Voor buitenlandse aandeelhouders fungeert de Nederlandse dividendbelasting in de regel echter als eindheffing. Veelal zullen de in het buitenland woonachtige aandeelhouders niet onderworpen zijn aan de Nederlandse inkomsten- of vennootschapsbelasting, zodat de dividendbelasting niet in Nederland verrekend kan worden. Wel kan een buitenlandse aandeelhouder op basis van een tussen Nederland en het woonland gesloten belastingverdrag recht hebben op vermindering van de Nederlandse dividendbelasting. Daarnaast kan hij mogelijk in aanmerking komen voor verrekening van de Nederlandse dividendbelasting in zijn woonstaat. In de regel zal de buitenlandse aandeelhouder echter onderworpen moeten zijn een belasting naar het inkomen indien hij in aanmerking wil komen voor deze mogelijkheden om de Nederlandse dividendbelasting te verminderen c.q. neutraliseren.

Voor een buitenlandse aandeelhouder die in zijn woonstaat niet belastingplichtig is, zullen deze mogelijkheden echter niet openstaan. Voor dergelijke aandeelhouders dreigt de Nederlandse dividendbelasting dan onverrekenbaar te worden. Voor Nederlandse aandeelhouders die niet belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting is dat echter niet anders. Zij hebben immers evenmin de mogelijkheid de dividendbelasting te verrekenen. Om te voorkomen dat de dividendbelasting voor dergelijke aandeelhouders als onverrekenbare eindheffing zou gaan fungeren, heeft de wetgever een speciale

³⁶ Zie artikel 9.2, lid 1, letter b, Wet inkomstenbelasting 2001 respectievelijk artikel 25, lid 1, Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

teruggaafregeling in het leven geroepen. Deze regeling is opgenomen in artikel 10 Wet DB en wordt hierna afzonderlijk behandeld.

3.2 Artikel 10 Wet DB in zuiver binnenlandse verhoudingen

De ratio van artikel 10 is, zoals hiervoor reeds werd opgemerkt, het neutraliseren van dividendbelasting in de situatie dat bij de ontvanger van het dividend geen verrekening plaats kan vinden bij gebrek aan onderworpenheid.³⁷ De geschiedenis van artikel 10 gaat ver terug. Een voorloper van het huidige artikel 10 was reeds te vinden in artikel 8 Besluit Dividendbelasting 1941, ingevoerd bij de belastingherziening 1949.³⁸ In de wetsgeschiedenis van de invoering van dit artikel wordt opgemerkt dat:

*'de z.g. beperkte belastingplicht voor de vennootschapsbelasting een belemmering vormt voor de deelneming van institutionele beleggers en andere, materieel niet aan die belasting onderworpen rechtspersonen, in Nederlandse naamloze vennootschappen. De bedoelde beperkte belastingplicht heeft namelijk ten gevolge, dat de van de genoemde rechtspersonen geheven dividendbelasting niet wordt teruggegeven. (...) De ondergetekende acht het wenselijk dit verschil op te heffen, en daartoe de mogelijkheid van teruggaaf van dividendbelasting aan vorengenoemde rechtspersonen - mits zij hier te lande gevestigd zijn - te openen.'*³⁹

Zoals opgemerkt is de teruggaafregeling in de huidige Wet DB opgenomen in artikel 10, lid 1, Wet DB, en voorziet aldus in een teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting die is ingehouden ten laste van een in Nederland gevestigde rechtspersoon die niet aan de vennootschapsbelasting is onderworpen. Om in aanmerking te komen voor de teruggaaf dient de vrijgestelde rechtspersoon een verzoek te richten aan de inspecteur, welk verzoek geschiedt middels het indienen van een aangifte.⁴⁰ Lid 1 bepaalt voorts dat vrijgestelde beleggingsinstellingen ('VBI') in de zin van artikel 6a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ('Wet VPB'), niet in aanmerking komen voor een teruggaaf van dividendbelasting.

3.3 Artikel 10 Wet DB in buitenlandse verhoudingen

Aanvankelijk kwamen slechts in Nederland gevestigde rechtspersonen in aanmerking voor de teruggaaf ex artikel 10 Wet DB. In de literatuur werd het ontbreken van de teruggaafmogelijkheid voor in het buitenland gevestigde rechtspersonen bekritiseerd.⁴¹ Mede naar aanleiding daarvan heeft de wetgever de teruggaafregeling per 1 januari 2007 ook opengesteld aan in de EU gevestigde rechtspersonen. Per die datum geldt de teruggaafregeling krachtens artikel 10, lid 2, Wet DB ook voor lichamen die gevestigd zijn in een EU-lidstaat.⁴² Dergelijke lichamen dienen daarvoor aan de volgende twee, cumulatieve eisen te voldoen:

³⁷ Zie J.J.A.M. Korving, Dividendbelasting: Hoe lang moeten we (ons) nog inhouden?, WFR 2012/1120.

³⁸ Zie punt 5.3 van de Conclusie van A-G Wattel van 28 november 2012, reeds aangehaald.

³⁹ Kamerstukken II 1949-1950, 1251, nr. 9 (Nota van Wijzigingen), blz. 9.

⁴⁰ Ingevolge artikel 21c Uitvoeringsregeling Algemene wet inzake rijksbelastingen, wordt deze aangifte gedaan binnen drie jaren na afloop van het kalenderjaar waarin de opbrengst ter beschikking is gesteld.

⁴¹ Zie D.S. Smit, Europeesrechtelijke perikelen rondom de Nederlandse dividendbelasting, TFO 2010/83.

⁴² Met ingang van 1 januari 2010 maken ook lichamen uit EER-lidstaten aanspraak op de regeling.

- 1) Het lichaam is in haar lidstaat van vestiging niet onderworpen aan een belastingheffing naar de winst; *en*
- 2) Het lichaam zou ook niet aan Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen zijn wanneer zij in Nederland gevestigd zou zijn geweest.

De teruggaafregeling is per 1 januari 2012 nog verder uitgebreid, en is sinds die datum ook van toepassing in relatie tot lichamen in derdelanden. Ook hier moet aan de zogeheten 'dubbele toets' worden voldaan. Daarnaast gelden als aanvullende voorwaarden dat het lichaam is gevestigd in een land waarmee Nederland een regeling is overeengekomen die voorziet in de uitwisseling van inlichtingen, en dat de ingehouden dividendbelasting betrekking heeft op opbrengsten uit portfolio investeringen. Deze laatste voorwaarde regelt hiermee expliciet dat het artikel niet kan worden ingeroepen ten aanzien van directe investeringen. Dergelijke investeringen worden daarmee ondervangen door de standstill-bepaling ex art. 64 VwEU.

3.4 Artikel 10 Wet DB en beleggingsinstellingen

Indien een in het buitenland gevestigde beleggingsinstelling Nederlands dividend ontvangt, zal op dit dividend door de uitkerende vennootschap 15% dividendbelasting worden ingehouden. Indien deze beleggingsinstelling in de lidstaat⁴³ van vestiging niet is onderworpen aan een winstbelasting, moet door de beleggingsinstelling voldaan worden aan de hiervoor beschreven dubbele toets uit artikel 10 lid 2 Wet DB om in aanmerking te kunnen komen voor een teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting.

De vraag die men zich kan stellen, is of deze dubbele toets die door Nederland gesteld wordt, niet op gespannen voet staat met het primaire EU-recht. Nederland beperkt hier de teruggaafregeling namelijk tot lichamen die, zoals Korving het noemt,⁴⁴ *'fiscaal en materieel vergelijkbaar zijn'* met Nederlandse niet-onderworpen lichamen. In feite past Nederland daarmee een herkwalificatie naar Nederlands recht toe op de buitenlandse lichamen. Gesteld zou echter kunnen worden dat het voldoende is dat een lichaam in het buitenland niet is onderworpen aan winstbelasting, en dat de kwalificatie van het lichaam in Nederland verder niet relevant is. Indien sprake is van niet-onderworpenheid in het buitenland, dan zal de Nederlandse dividendbelasting die wordt ingehouden immers evenmin verrekenbaar zijn in het buitenland. Als de regeling tot doel heeft het neutraliseren van dividendbelasting ingeval bij de ontvanger geen verrekening van de dividendbelasting plaats kan vinden, zou de gedachte kunnen zijn dat als die situatie zich voordoet in een grensoverschrijdende situatie, de teruggaafregeling eveneens van toepassing moet zijn.⁴⁵ Het door Nederland opwerpen van een extra eis voor buitenlandse lichamen zou daarom gezien kunnen worden als een indirecte discriminatie naar vestigingsplaats waardoor buitenlandse partijen belemmerd worden om Nederlandse aandelen te houden.

⁴³ In het vervolg ga ik uit van een beleggingsinstelling gevestigd in een lidstaat van de EU.

⁴⁴ J.J.A.M. Korving, t.a.p.

⁴⁵ Dit is ook exact de gedachtegang van het Hof Den Bosch in de eerder genoemde zaak. Het Hof oordeelde dat de situatie van het Finse beleggingsfonds vanuit de doel van de regeling objectief vergelijkbaar was met situaties waarop artikel 10 Wet DB betrekking heeft, aangezien de dividendbelasting in geval van belanghebbende eveneens bleef drukken. Een interessant aspect is overigens ook nog de vraag of Nederland in situaties waarbij een buitenlandse beleggingsinstelling *wel* is onderworpen in het buitenland, na moet gaan in hoeverre de Nederlandse dividendbelasting feitelijk kan worden geneutraliseerd. Indien dat slechts in beperkte mate mogelijk is, kan gesteld worden dat Nederland in die situatie alsnog een (gedeeltelijke) teruggaaf moet verlenen. Ik ga echter niet verder op dit aspect in.

Anderzijds zou men ook kunnen stellen dat voor de vraag of sprake is van indirecte discriminatie door Nederland, alleen van belang is of het buitenlands lichaam in aanmerking zou komen voor teruggaaf als zij in Nederland zou zijn gevestigd, derhalve de door Nederland gestelde 'al ware zij in Nederland gevestigd'-eis. In die situatie behandelt Nederland binnenlandse aandeelhouders namelijk hetzelfde als buitenlandse aandeelhouders.

In essentie is deze problematiek te herleiden tot de vraag wanneer een buitenlandse aandeelhouder vergelijkbaar is met een binnenlandse aandeelhouder. Is daarvan sprake wanneer zij beiden zijn vrijgesteld op grond van de wetgeving van de lidstaat van vestiging, of mag men in de bronstaat de vergelijkbaarheid toetsen aan bepaalde juridische en feitelijke kenmerken? In de literatuur lopen de meningen hierover uiteen. Zo menen Kiekebeld⁴⁶, Smit⁴⁷ en Nijkeuter⁴⁸ dat voor de vergelijkbaarheid de fiscale behandeling in de bronstaat, indien het lichaam daar gevestigd zou zijn, leidend zou moeten zijn. Korving⁴⁹, en in minder sterke bewoordingen Van den Honert en Van Graafeiland,⁵⁰ menen juist dat de kwalificatie in het land van vestiging bepalend zou moeten zijn. Het antwoord op de vraag welke vergelijkingsmaatstaf moet worden toegekend, vormt de belangrijkste kernvraag van deze verhandeling. Indien namelijk geen sprake is van objectieve vergelijkbaarheid kan niet gesteld worden dat het verschil in behandeling een op grond van artikel 63 VwEU verboden beperking van het kapitaalverkeer oplevert. In hoofdstuk 4 en 5 wordt verder ingegaan op deze materie.

3.5 De afdrachtsvermindering ex artikel 11a Wet DB

In de verhouding tussen buitenlandse beleggingsinstellingen en de Nederlandse dividendbelasting is nog een ander aspect van belang. Dat is de relatie tot de in artikel 11a Wet DB opgenomen afdrachtsvermindering. Artikel 10, lid 4, Wet DB bepaalt namelijk nog expliciet dat de teruggaafregeling zoals opgenomen in het tweede en derde lid van artikel 10 (EU en EER-lidstaten en derdelanden) niet geldt voor lichamen die een vergelijkbare functie vervullen als beleggingsinstellingen als bedoeld in artikel 6a en artikel 28 Wet VPB. Hiermee wordt bedoeld op de VBI respectievelijk FBI. Een vrijgestelde beleggingsinstelling, zowel een Nederlandse VBI als een buitenlandse lichaam vergelijkbaar met de VBI, komt niet in aanmerking voor een teruggaaf van dividendbelasting.

In Nederland gevestigde beleggingsinstellingen die op grond van artikel 28 Wet VPB de FBI status hebben, kunnen evenmin aanspraak maken op de teruggaafregeling ex artikel 10 Wet DB. Zij zijn immers onderworpen aan een belasting naar de winst, zij het dat het vennootschapsbelastingtarief 0% bedraagt. Voor FBI's is in de dividendbelasting echter een afzonderlijke faciliteit opgenomen.

Deze faciliteit, de 'afdrachtsvermindering', voorziet in feite in een compensatie voor het feit dat een FBI wegens haar 0% VPB tarief effectief geen dividendbelasting kan verrekenen.

De compensatie wordt vormgegeven door de verschuldigde dividendbelasting die de FBI inhoudt op de uitkering aan haar aandeelhouders, te verminderen met de dividendbelasting c.q. buitenlandse bronheffing die ten laste van de FBI is ingehouden op de door haar ontvangen dividenden. Het bedrag aan dividendbelasting dat de FBI moet inhouden en

⁴⁶ B.J. Kiekebeld, 'Dividendbelasting binnen de EU: nog steeds niet alles opgelost', NTFRB 2012-24.

⁴⁷ D.S. Smit, TFO 2010-83, reeds aangehaald.

⁴⁸ E. Nijkeuter, 'Vergelijkbaarheid van lichamen in outbound-situaties onder het Europees recht', MBB 2011/10.

⁴⁹ J.J.A.M. Korving, t.a.p.

⁵⁰ M.J.A. van den Honert en M.M.A. van Graafeiland, 'Van Aberdeen tot Santander: teruggaaf van dividendbelasting aan beleggingsinstellingen', NTFR 2012/598.

afdragen ten aanzien van de dooruitdeling van haar winst aan haar aandeelhouders, komt aan de FBI zelf toe en hoeft niet te worden afgedragen aan de fiscus. De dividendbelasting die ten laste van de aandeelhouders is ingehouden kan door die aandeelhouders van de FBI vervolgens weer worden verrekend in de inkomsten- of vennootschapsbelasting. Het doel van de afdrachtsvermindering is dan ook te voorkomen dat beleggen via een beleggingsinstelling nadeliger is dan rechtstreeks beleggen, doordat op het niveau van de FBI bronbelasting onverrekend blijft door toepassing van het 0% tarief.⁵¹

De voorloper van de afdrachtsvermindering was opgenomen in artikel 10, lid 2, Wet DB. Destijds voorzag artikel 10 in een specifieke bepaling voor de teruggaaf van dividendbelasting die was ingehouden ten laste van FBI's. In 2007 is deze teruggaaf ook opengesteld aan buitenlandse beleggingsinstellingen met een vaste inrichting in Nederland. Om de budgettaire impact daarvan te beperken is per 1 januari 2008 de afdrachtsvermindering ingevoerd, welke faciliteit beperkt blijft tot FBI's die inhoudingsplichtig zijn voor de Nederlandse dividendbelasting.⁵² Hierdoor kan de afdrachtsvermindering effectief niet worden toegepast door buitenlandse beleggingsinstellingen, daar zij niet gehouden zullen zijn Nederlandse dividendbelasting in te houden op de uitkeringen, en er zodoende geen afdracht is waar de inkomende bronbelasting tegen kan worden afgezet. Men kan zich overigens nog de vraag stellen of het (effectief) louter openstellen van de afdrachtsvermindering aan binnenlandse beleggingsinstellingen geen indirecte discriminatie oplevert die in strijd is met artikel 63 VwEU. In deze verhandeling ga ik echter niet verder op die vraag in.

⁵¹ Zie punt 5.7 en 5.11 van de Conclusie van A-G Wattel van 28 november 2012, reeds aangehaald.

⁵² Zie punt 5.11 van de Conclusie van A-G Wattel van 28 november 2012, reeds aangehaald. Zie eveneens J.P. van den Berg, M.M.A. van Graafeiland, Over de teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting aan buitenlandse beleggingsinstellingen, WFR 2013/466.

4. Jurisprudentie en beslismodel HvJ EU

In dit hoofdstuk wordt een overzicht geschetst van de belangrijkste jurisprudentie op het gebied van outbound dividenden. Hierbij ligt de nadruk op het verschil in behandeling tussen binnenlandse en buitenlandse aandeelhouders en de vraag of lidstaten de fiscale kwalificatie in een ander land moeten erkennen. Dit om te kunnen concluderen hoe de dubbele toets uit artikel 10 Wet DB zich verhoudt tot de Europese jurisprudentie op dit terrein.

Zoals reeds opgemerkt in hoofdstuk 3, is het essentieel om vast te stellen in hoeverre binnen- en buitenlandse aandeelhouders vergelijkbaar zijn. Immers, een eventuele beperking van het vrije verkeer van kapitaal kan alleen worden toegestaan als de situaties waartussen onderscheid gemaakt wordt, niet objectief vergelijkbaar zijn. Allereerst wordt kort het beslismodel van het HvJ EU beschreven.

4.1 Beslismodel HvJ EU

Alvorens de jurisprudentie op het terrein van outbound dividenden te bespreken, is hieronder samengevat op welke wijze het HvJ EU toetst of in een concrete casus rechten ontleend kunnen worden aan het primaire EU recht, en of al dan niet sprake is van een schending van een uit het primaire EU-recht voortvloeiende vrijheid. Hiertoe doorloopt het HvJ EU steevast de volgende stappen:

- 1) Allereerst wordt vastgesteld of de belanghebbende toegang heeft tot het EU-recht en of de verdragsrechten kunnen worden ingeroepen.
- 2) Vervolgens bepaalt het Hof of sprake is van een maatregel die in strijd is met de direct werkende gemeenschapsrechten op vrij verkeer en non-discriminatie.
- 3) Indien sprake is van een belemmerende maatregelen, beoordeelt het Hof of hier een rechtvaardiging voor kan worden aangedragen.
- 4) Indien een rechtvaardiging voor de belemmering kan worden aangedragen, is de betreffende maatregel dan ook geschikt daarvoor?
- 5) Proportionaliteitstoets. Indien de maatregelen geschikt is, gaat deze niet verder dan noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken?

4.2 Algemene jurisprudentie

In dit onderdeel is de belangrijkste jurisprudentie van het HvJ EU/EVA weergegeven op het terrein van outbound dividenden en daarmee samenhangende onderwerpen.

Avoir fiscal

Reeds in de allereerste directe belasting zaak die voorlag aan het HvJ EU, kwam vast te staan dat als een lidstaat in binnenlandse situaties maatregelen treft om economisch dubbele belasting tegen te gaan, zij deze ook moet verlenen aan buitenlandse aandeelhouders, indien zij niet-ingezetenen voor de behaalde winst op dezelfde wijze in de heffing betreft als een ingezetene.⁵³ Het feit dat de niet-ingezetene een andere woonplaats heeft kan dus geen rechtvaardiging vormen voor een andere behandeling.

In dit arrest, dat weliswaar zag op de vennootschapsbelasting, kwam dus al vast te staan dat een ongelijke behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen niet toegestaan is als zij verder op dezelfde wijze belast worden.

⁵³ HvJ EU 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir fiscal).

Fokus Bank

Het eerste arrest dat specifiek zag op het verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen in een outbound dividend situatie, was de zaak Fokus Bank, welke zaak voorlag aan het Hof van Justitie van de EVA (Europese Vrijhandelsassociatie).⁵⁴ Deze zaak draaide om de vraag of Noorwegen onderscheid mocht maken tussen dividenduitkeringen aan niet-ingezetenen aandeelhouders en uitkeringen aan ingezetenen aandeelhouders. In geval van uitkeringen aan niet-ingezetenen werd 15% dividendbelasting ingehouden, terwijl uitkeringen aan binnenlandse aandeelhouders waren vrijgesteld door toepassing van een tax credit.⁵⁵ Vanuit de gedachte achter de tax credit, zijnde het voorkomen van economisch dubbele belastingheffing, kwam het Hof van Justitie van de EVA tot de conclusie dat er geen reden was ingezetenen en niet-ingezetenen anders te behandelen, aangezien beide soorten aandeelhouders immers met dubbele belasting geconfronteerd (kunnen) worden. Het HvJ EU oordeelde dan ook dat sprake was van een niet-toegestane belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Het Hof van Justitie van de EVA oordeelde verder dat de behandeling van het dividend in de woonstaat niet van belang is.⁵⁶ Ook als er niet daadwerkelijk sprake is van dubbele belastingheffing mag de bronstaat geen onderscheid maken. Het hof voegde er nog aan toe dat het evenmin van belang is of een belastingverdrag de bronbelasting neutraliseert. Samengevat concludeert het Hof ook hier dat ingezetenen en niet-ingezetenen vergelijkbare gevallen zijn en dat het aan de bronstaat is om de belemmering weg te nemen.

Bouanich

Een ander arrest dat van belang is, is de zaak Bouanich.⁵⁷ Na het arrest Fokus Bank van het Hof van Justitie van de EVA, fungeerde dit arrest als reactie van het HvJ EU op de Fokus Bank zaak in een outbound dividend situatie. Deze zaak betrof de situatie waarbij Zweden de inkoop van aandelen in binnenlandse situaties als vermogenswinst behandelde (met daarbij aftrek van kosten), terwijl de inkoop in buitenlandse verhoudingen als dividend werd belast. Uit dit arrest volgt dat niet-ingezetenen op een andere manier in de heffing betrokken mogen worden, bijvoorbeeld over een andere grondslag, zolang de niet-ingezetene effectief maar niet zwaarder belast wordt. Ook hier oordeelt het Hof dat de ingezetenen en niet-ingezetenen in een objectief vergelijkbare situatie verkeren.⁵⁸ De bruto heffing ten laste van de niet-ingezetenen mag dus niet hoger zijn dan de netto heffing van de ingezetene. Het HvJ EU betrok in deze vergelijking expliciet de werking van het belastingverdrag tussen de twee lidstaten. Ten opzichte van het Fokus Bank arrest van het Hof van Justitie van de EVA is dat dus een andere benadering.

Denkavit

Het volgende arrest waar het onderscheid in de belastingheffing over dividenden tussen binnen- en buitenlandse lichamen centraal stond, was de zaak Denkavit.⁵⁹ Alhoewel hier de vrijheid van vestiging in het geding was, heeft dit arrest een aantal conclusies opgeleverd die van invloed geweest zijn op latere jurisprudentie op het gebied van de outbound dividenden. De zaak Denkavit draaide om het door Frankrijk gemaakte onderscheid tussen dividenduitkeringen door een Franse vennootschap aan buitenlandse aandeelhouders, en uitkeringen aan binnenlandse aandeelhouders. Alleen ingeval van uitkeringen aan buitenlandse aandeelhouders (in casu Nederland) werd in Frankrijk dividendbelasting

⁵⁴ Hof van Justitie EVA 23 november 2004, E1-04 (Fokus Bank ASA), NTFR2005-80.

⁵⁵ Op grond van uitvoeringsregeling kon heffing van dividendbelasting daardoor achterwege blijven. Zie NTFR2005-80.

⁵⁶ Overweging 37.

⁵⁷ HvJ EU 19 januari 2006, C-265/04.

⁵⁸ Overweging 39-40.

⁵⁹ HvJ EU 14 december 2006, C-170/05 (Denkavit International and Denkavit France).

ingehouden. De hier onder opgenomen overwegingen uit het arrest geven een goed beeld van de conclusies die reeds uit eerdere, en hierboven aangehaalde jurisprudentie volgt.⁶⁰

'23. Het is juist dat het Hof reeds heeft 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.

24. Derhalve kan een verschillende behandeling van ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen als zodanig niet worden aangemerkt als discriminatie in de zin van het EG-Verdrag.

25. Een ongelijke behandeling van deze twee categorieën van belastingplichtigen moet echter worden aangemerkt als discriminatie in de zin van het Verdrag, wanneer er geen objectief verschil bestaat dat grond kan opleveren voor die ongelijke behandeling.

36. In casu verkeren de dividend ontvangende moedermaatschappijen, of zij die dividenden nu als ingezeten moedermaatschappijen ontvangen, als niet-ingezeten moedermaatschappijen die in Frankrijk over een vaste vestiging beschikken dan wel als niet-ingezeten moedermaatschappijen die in Frankrijk niet over een vaste vestiging beschikken, met betrekking tot de belasting in Frankrijk van door ingezeten dochtermaatschappijen uitgekeerde dividenden in een vergelijkbare situatie. In al die gevallen onderwerpt die lidstaat de van een ingezeten vennootschap ontvangen dividenden immers aan belasting.

45. Aangezien de belastingregeling die voortvloeit uit het Frans-Nederlands verdrag deel uitmaakt van het in het hoofdgeding toepasselijke rechtskader en als zodanig door de verwijzende rechterlijke instantie is gepresenteerd, dient het Hof in casu hiermee rekening te houden om een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te geven.

46. Met betrekking tot de fiscale behandeling die uit het Frans-Nederlands verdrag voortvloeit, zij eraan herinnerd dat een niet-ingezeten vennootschap als Denavit Internationaal op grond van dit verdrag in beginsel gerechtigd is om de 5 % bronbelasting die over de dividenden uit Franse bron is geheven, te verrekenen met de in Nederland verschuldigde belasting. Deze verrekening mag echter niet meer bedragen dan het bedrag van de Nederlandse belasting die normaliter over die dividenden verschuldigd zou zijn. Vaststaat evenwel dat de Nederlandse moedermaatschappijen door het Koninkrijk der Nederlanden zijn vrijgesteld van belasting over dividenden uit buitenlandse, dus uit Franse bron, zodat geen enkele vermindering wordt verleend uit hoofde van de Franse bronbelasting.

47. Er moet dus worden vastgesteld dat de toepassing van het Frans-Nederlands verdrag in samenhang met de relevante Nederlandse wettelijke regeling het onmogelijk maakt, de gevolgen van de in het kader van het antwoord op de eerste vraag vastgestelde beperking van de vrijheid van vestiging te neutraliseren.'

Het arrest laat er dus geen twijfel over bestaan dat het daadwerkelijke effect van een belastingverdrag, plus de uitwerking daarvan in de woonstaat, moet worden meegenomen om te bepalen of sprake is van een belemmering. In de concrete casus leidde dat aldus tot

⁶⁰ Verwijzingen in de overwegingen naar andere arresten zijn weggelaten.

de conclusie dat het weigeren van de vrijstelling door Frankrijk aan Denkvit strijdig was met de vrijheid van vestiging, omdat door toepassing van de deelnemingsvrijstelling door Nederland de in het verdrag opgenomen verrekeningmogelijkheid niet geëffectueerd kon worden.

Amurta

Het arrest Amurta⁶¹ vertoont grote overeenkomsten met het Denkvit arrest. In casu ging het om een bronheffing op dividenden die door Nederland werd ingehouden op een uitkering aan een in Portugal gevestigde aandeelhouder. Dit terwijl in binnenlandse situaties, bij een zelfde belang, geen bronheffing zou worden ingehouden. Ook hier oordeelt het HvJ EU dat de ongelijke behandeling een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer oplevert. De vraag die hier nog speelde was of nog van belang was dat in Portugal een full credit zou worden verleend. Het Hof merkte echter op dat Nederland zich niet kon beroepen op het bestaan van een voordeel dat Portugal unilateraal verleende. Een door de woonstaat unilateraal toegekend voordeel kon Nederland niet ontslaan van de ingevolge het EG-Verdrag op haar rustende verplichtingen.⁶² Het Hof merkt nog op dat dit anders is als de verrekening voortvloeit uit de toepassing van het belastingverdrag dat tussen de twee lidstaten is gesloten. De neutralisatie van de bronbelasting moet dus voortvloeien uit een belastingverdrag, en eenzijdige tegemoetkomingen in de woonstaat mogen niet in aanmerking worden genomen. Een vraag die in dit kader nog gesteld kan worden, is of een discriminerende heffing ook wordt geneutraliseerd als in de woonstaat weliswaar geen (volledige) verrekening mogelijk is, maar het niet verrekenbare bedrag aan buitenlandse bronheffing kan worden doorgeschoven.⁶³ Ik ga daar echter niet verder op in.

Stauffer

In de analyse van de jurisprudentie over de vergelijkbaarheid tussen binnen- en buitenlandse lichamen, neemt het arrest Stauffer eveneens een belangrijke plaats in.⁶⁴ Anders dan de hiervoor genoemde arresten, draaide dit arrest niet om het verschil in behandeling van dividenden uitgekeerd aan binnen- en buitenlandse aandeelhouders, maar betrof het de vraag of een lidstaat de status van buitenlandse algemeen nut beogende instelling (anbi) moest erkennen. Een Italiaanse anbi werd voor huurinkomsten uit in Duitsland gelegen onroerend goed belast, terwijl dergelijke inkomsten voor een in Duitsland gevestigde anbi zouden zijn vrijgesteld. Duitsland voerde in deze zaak aan dat een Italiaanse anbi niet automatisch naar Duitse maatstaven het algemeen nut bedient. Het HvJ EU oordeelde dat een lidstaat in beginsel niet verplicht is om de kwalificatie als anbi die in een ander lidstaat is toegekend, op eigen grondgebied te erkennen. Echter, als een dergelijke anbi dezelfde belangen nastreeft als stichtingen die in de andere staat (Duitsland) als anbi zijn aangemerkt, moet de lidstaat ook deze anbi erkennen. Het HvJ EU overwoog.⁶⁵

'In de tweede plaats verplicht het gemeenschapsrecht (...) de lidstaten niet om ervoor zorg te dragen dat buitenlandse stichtingen die in hun lidstaat van herkomst zijn erkend als van algemeen nut, op hun grondgebied automatisch dezelfde erkenning krijgen. De lidstaten beschikken in dit opzicht immers over een beoordelingsmarge waarvan zij in overeenstemming met het gemeenschapsrecht gebruik moeten maken. In deze omstandigheden kunnen zij vrijelijk beslissen, welke belangen van de gemeenschap zij willen bevorderen door het toekennen van voordelen aan

⁶¹ HvJ EU 8 november 2007, C-379/05 (Amurta).

⁶² Zie commentaar S. Wolvers bij NTFR2007-2100.

⁶³ Zie D.S. Smit, TFO 2012/122, reeds aangehaald en eveneens B.J. Kiekebeld, Het arrest Denkvit en de belastingheffing in het andere land, NTFRB2007-13.

⁶⁴ HvJ EU 14 september 2006, C-386/04 (Walter Stauffer).

⁶⁵ Opgenomen zijn punt 39 en 40 uit het arrest Stauffer.

verenigingen en stichtingen die belangeloos met deze belangen verbonden doelstellingen nastreven.'

'Dit neemt niet weg dat wanneer een stichting die in een lidstaat is erkend als van algemeen nut tevens voldoet aan de daartoe in de wetgeving van een andere lidstaat gestelde voorwaarden en de bevordering van identieke gemeenschapsbelangen nastreeft, hetgeen de nationale autoriteiten van deze laatste staat, de rechterlijke instanties daaronder begrepen, dienen te beoordelen, de autoriteiten van deze lidstaat deze stichting het recht op gelijke behandeling niet kunnen weigeren op de enkele grond dat zij niet op hun grondgebied is gevestigd.'

Hieruit kan worden afgeleid dat een lidstaat aan niet-ingezetenen dezelfde eisen mag stellen die aan ingezetenen worden gesteld, ook als het niet-ingezetene lichaam in de woonstaat op basis van de daar geldende regels kan worden aangemerkt als anbi. Die beoordeling hoeft de bronstaat dus echter niet zonder meer te volgen.

4.3 Specifieke jurisprudentie t.a.v. beleggingsinstellingen

Aberdeen

Het arrest Aberdeen draaide eveneens om de vergelijkbaarheid tussen binnen- en buitenlandse aandeelhouders.⁶⁶ De regeling in kwestie was een Finse vrijstelling van dividendbelasting die werd toegekend aan binnenlandse aandeelhouders. Finland weigerde de vrijstelling toe te kennen aan de moeder van Aberdeen, Nordic Fund SICAV, een Luxemburgs beleggingsmaatschappij met de SICAV rechtsvorm, omdat de SICAV niet in de bijlage van de Moeder-Dochterrichtlijn was opgenomen en de SICAV in Luxemburg was vrijgesteld. Daarnaast bracht Finland in de procedure in dat Finland geen rechtsvorm kende die vergelijkbaar was met de SICAV, zodat daardoor geen sprake was van vergelijkbare gevallen tussen de SICAV en Finse beleggingsinstellingen. Een ander argument dat werd ingebracht was dat Finse beleggingsinstellingen op de uitkeringen aan buitenlandse aandeelhouders wel bronheffing inhielden, terwijl een SICAV dat niet deed.

Het Hof herhaalt haar vaste rechtspraak dat alhoewel de binnen- en buitenlandse aandeelhouders in beginsel niet in een vergelijkbare positie verkeren, het feit dat Finland beide aandeelhouders aan een belasting onderwerpt, maakt dat de positie van beide aandeelhouders vergelijkbaar wordt.⁶⁷ Verder kan het feit dat Finland geen rechtsvorm kent die vergelijkbaar is volgens het Hof geen verschil in behandeling rechtvaardigen.

Omdat Finland geen bronheffing inhoudt op uitkeringen aan binnenlandse vennootschappen, waar de betreffende inkomsten evenmin belast worden, kan een bronbelasting op buitenlandse lichamen, die eveneens vrijgesteld zijn, niet gerechtvaardigd worden.

Finland bracht (o.a.) nog de samenhang van het fiscale stelsel als rechtvaardiging in.⁶⁸ Volgens Finland was de achterliggende gedachte van de vrijstelling van bronbelasting c.q. belasting naar de winst op het niveau van een ingezetene fonds, dat de aandeelhouders in een dergelijk fonds wel belast werden voor deze inkomsten. Het Hof pareert dit door op te merken dat:⁶⁹

'In de in het hoofdgeding aan de orde zijnde fiscale regeling is de vrijstelling van de dividenden van bronbelasting evenwel niet afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat

⁶⁶ HvJ EU 18 juni 2009, C-303/07 (Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy).

⁶⁷ Zie punt 43.

⁶⁸ Punt 61.

⁶⁹ Opgenomen zijn punt 73 en 74.

de naamloze vennootschap de door haar ontvangen dividenden opnieuw uitkeert en dat de vrijstelling van bronbelasting kan worden gecompenseerd door de heffing van belasting van de aandeelhouders van deze vennootschap.

Er bestaat dus geen rechtstreeks verband in de zin van de in punt 72 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak tussen de vrijstelling van bronbelasting en het feit dat deze dividenden worden belast als inkomsten van de aandeelhouders van een naamloze vennootschap.⁷

In de literatuur lopen de meningen over de conclusies die aan het Aberdeen arrest verbonden kunnen worden, uiteen. Sommige auteurs menen uit het arrest te kunnen afleiden dat de kwalificatie van een lichaam in de woonstaat wel degelijk van belang is. Nu Finland namelijk geen vergelijkbare rechtsvorm als de SICAV heeft, moet zij namelijk toch de vrijstelling van bronbelasting toekennen. Anderen menen uit Aberdeen op te kunnen maken dat de al dan niet onderworpenheid in de woonstaat juist niet van belang is.⁷⁰

Santander

Bij de analyse naar vergelijkbaarheid van binnen- en buitenlandse lichamen komt ook enig belang toe aan het arrest Santander.⁷¹ Dit arrest draaide om de vraag of Frankrijk in haar dividendbelastingwetgeving, onderscheid mocht maken tussen uitkeringen aan binnen- en buitenlandse beleggingsinstellingen. Uitkeringen aan buitenlandse beleggingsinstellingen werden belast met bronheffing, terwijl uitkeringen aan binnenlandse beleggingsinstellingen waren vrijgesteld. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie kwam het Hof al snel tot de conclusie dat de Franse regeling een verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal inhield.

Bij de vraag of onder het Franse systeem sprake was van objectief vergelijkbare gevallen werd nog aandacht besteed aan een door de Franse rechter opgeworpen vraag. Het Franse systeem was namelijk zo ingericht dat dividenden uitgekeerd door Franse beleggingsinstellingen belast werden bij de achterliggende aandeelhouders. De vraag van de Franse rechter was of in de vergelijking tussen uitkeringen aan binnen- en buitenlandse beleggingsinstellingen, eveneens de belastingpositie van de achterliggende aandeelhouders in aanmerking moet worden genomen.

Het Hof oordeelt hierop dat als lidstaten een bepaald onderscheidingscriterium vaststellen voor de belasting over winstuitkeringen, bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid van situaties, rekening gehouden moet worden met dergelijke criteria. Het Hof oordeelt dat:⁷²

Enkel de criteria die in de betrokken regeling als relevante onderscheidingscriteria zijn vastgesteld, moeten in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of het uit een dergelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling een weerspiegeling vormt van objectief verschillende situaties. Wanneer een lidstaat ervoor opteert om 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 icbe's, is de fiscale situatie van de deelnemers van deze icbe's niet relevant bij de beoordeling of deze regeling discriminerend is.

⁷⁰ Vergelijk J.J.A.M. Korving, reeds aangehaald, enerzijds, en o.a. E. Nijkeuter, MBB 2011/10, reeds aangehaald, anderzijds. In zijn conclusie van 28 november 2012, reeds aangehaald, deelt Wattel de visie van Nijkeuter.

⁷¹ Zaak C-338/11, reeds aangehaald.

⁷² Opgenomen is punt 28 van het arrest.

Oftewel, het Hof concludeert dat in principe alle relevante onderscheidingscriteria in aanmerking moeten worden genomen bij de bepaling van de vergelijkbaarheid. Nu Frankrijk in haar wetgeving echter louter een onderscheid maakt naar woonplaats van de beleggingsinstellingen, is de positie van de aandeelhouder niet meer relevant. Frankrijk toetst namelijk niet of de aandeelhouder in Frankrijk wel daadwerkelijk belast wordt. Vandaar dat in de vergelijking slechts de positie van de beleggingsinstellingen wordt betrokken.⁷³ Het verschil in behandeling kan daarom niet gerechtvaardigd worden door een relevant verschil in de situatie tussen ingezetene en niet-ingezetene.

Het Hof zegt echter niet dat de positie van de aandeelhouder niet relevant kan zijn. Slechts nu in de Franse regeling nergens gekeken wordt naar de positie van de aandeelhouder, kan dat aspect in de vergelijkingsmaatstaf ook buiten beschouwing worden gelaten.

Commissie versus België

Het laatste arrest in de reeks arresten op het gebied van de dividendbelastingen ten aanzien van beleggingsinstellingen betreft het arrest in de zaak Europese Commissie versus Koninkrijk België.⁷⁴ De zaak vertoont enkele overeenkomsten met de hiervoor besproken Santander zaak. In de door de Europese Commissie opgestarte infractieprocedure was het volgende in geschil; België belaste zowel dividenden betaald aan binnenlandse als buitenlandse beleggingsmaatschappijen. Echter, Belgische beleggingsmaatschappijen waren in België (beperkt) belastingplichtig en vrijgesteld over dergelijke inkomsten, en hadden daarnaast de mogelijkheid de bronheffing te verrekenen en een eventueel restantbedrag terug te vragen. Buitenlandse beleggingsmaatschappijen hadden deze mogelijkheid echter niet.

Volgens België bevonden binnenlandse en buitenlandse beleggingsmaatschappijen zich echter niet in een vergelijkbare situatie. Het Hof reageert daarop door op te merken dat België er blijkbaar vanuit gaat dat niet-ingezetene beleggingsvennootschappen zijn vrijgesteld in hun woonstaat. Het HvJ EU constateert echter dat, overeenkomstig de benaderingswijze uit het Santander arrest, de Belgische wetgeving geen onderscheid maakt of de niet-ingezetene wel of niet is vrijgesteld. Er wordt namelijk altijd bronheffing ingehouden op uitkeringen aan niet-ingezetene aandeelhouders. Om diezelfde reden kan ook geen gehoor worden gegeven aan de stelling van België dat de fiscale positie van de aandeelhouders moet worden meegenomen in de beoordeling of sprake is van gelijke gevallen. Immers, nu de regeling slechts onderscheid maakt op basis van vestiging van de beleggingsvennootschap dient de beoordeling of de situaties vergelijkbaar zijn slechts op het niveau van de beleggingsvennootschap te worden uitgevoerd.⁷⁵ Ook de Belgische regeling vormt derhalve een beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

⁷³ Zie punt 39 van het arrest.

⁷⁴ Zaak C-387/11, reeds aangehaald.

⁷⁵ Zie punt 67.

5. Is artikel 10 Wet DB in overeenstemming met het EU-recht?

Nu in voorgaande hoofdstukken de werking van artikel 10 Wet DB is beschreven, en vervolgens de relevante jurisprudentie van het HvJ EU is geschetst, wordt in dit hoofdstuk beoordeeld in hoeverre artikel 10 Wet DB zich verhoudt tot die jurisprudentie. Die beoordeling wordt gemaakt aan de hand van een casus welke feitelijk vergelijkbaar is met de zaak die voorlag bij Hof Den Bosch.

5.1 Casus EU-toets

De casus van waaruit artikel 10 Wet DB getoetst wordt aan het primaire EU recht en de daaraan gerelateerde relevante jurisprudentie, ziet er als volgt uit:

X is een in Luxemburg gevestigde beleggingsinstelling met rechtspersoonlijkheid, welke in Luxemburg niet is onderworpen aan een belastingheffing naar de winst. Het lichaam valt onder de reikwijdte van Richtlijn 85/611/EEG (ICBE-richtlijn). De beleggingsinstelling belegt dientengevolge in kleine effectenpakketten. Op basis van haar nationale recht heeft X geen verplichting om de door haar ontvangen revenuen c.q. winsten binnen een bepaalde periode uit te keren aan haar aandeelhouders.

X ontvangt dividend uit Nederland, waarop door de uitkerende vennootschap 15% dividendbelasting is ingehouden. Op grond van artikel 10, lid 2, Wet DB⁷⁶, dient X een (tijdig) verzoek in tot teruggaaf van de ingehouden dividendbelasting. Het verzoek van X wordt afgewezen door de inspecteur omdat X niet voldoet aan de in lid 2 van artikel 10 Wet DB genoemde voorwaarden.

De vraag luidt of het verzoek van X op basis van het primaire EU-recht ten onrechte wordt afgewezen. Immers, in binnenlandse situaties voorziet de Wet DB in een teruggaaf van dividendbelasting aan niet-onderworpen lichamen. Dit om te voorkomen dat de onverrekenbare dividendbelasting als eindheffing gaat fungeren. Bij X is dat echter ook het geval.

5.2 Toetsing aan het primaire EU-recht

Zoals beschreven in hoofdstuk 3.3, stelt artikel 10, lid 2, Wet DB twee eisen om in aanmerking te komen voor een teruggaaf van ingehouden Nederlandse dividendbelasting. Het buitenlandse lichaam dient zowel in zijn woonstaat, als in Nederland, al ware hij in Nederland gevestigd, niet te zijn onderworpen aan een belastingheffing naar de winst. Aan de eerste voorwaarde voldoet X aangezien zij in haar woonstaat is vrijgesteld. Een beleggingsmaatschappij is in Nederland in beginsel echter belastingplichtig. X voldoet derhalve niet aan de eis van de niet-onderworpenheid in Nederland.

Zoals in hoofdstuk 3.3 reeds werd opgemerkt, komt de vraag op of Nederland deze dubbele toets mag stellen. Levert het feit dat X in haar woonstaat is vrijgesteld niet voldoende grond op om haar een teruggaaf van dividendbelasting te verlenen? De Nederlandse dividendbelasting blijft immers ook op haar drukken. Is zij daarmee niet vergelijkbaar met een in Nederland gevestigd niet-onderworpen lichaam dat wel in aanmerking komt voor de teruggaaf?

⁷⁶ Wettekst 2013.

Van belang is derhalve of in de vergelijking tussen niet-ingezetenen en ingezetenen sprake is van (objectief) vergelijkbare gevallen. Uit de in hoofdstuk 5 beschreven jurisprudentie volgt dat dergelijke lichamen in beginsel niet vergelijkbaar zijn. Echter, indien een lidstaat er voor kiest om beiden op dezelfde wijze in de heffing te betrekken, zij in zoverre wel vergelijkbaar zijn.⁷⁷ Indien de lidstaat vervolgens maatregelen neemt om slechts in binnenlandse situaties ongewenste effecten van een bronheffing weg te nemen, dan leidt dat tot de conclusie dat sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Uit onder andere de arresten Fokus Bank en Denkavit volgt dan dat het aan de bronstaat is om een dergelijke belemmering weg te nemen. Uit Denkavit volgt eveneens dat een belemmering geneutraliseerd kan worden door een tussen twee lidstaten afgesloten belastingverdrag. Eventuele unilaterale maatregelen die de woonstaat heeft getroffen kunnen een door de bronstaat veroorzaakte belemmering echter niet neutraliseren, zo volgt uit Amurta.

Het oordeel in de arresten Amurta en Denkavit, inhoudende dat de behandeling in de woonstaat niet van belang is omdat puur bekeken dient te worden of vanuit de bronstaat bezien sprake is van een ongelijke behandeling, roept de vraag op of de eis van niet-onderworpenheid in de woonstaat überhaupt wel relevant is. Ook in de zaak Aberdeen kijkt het Hof van Justitie niet naar de behandeling in de woonstaat, maar constateert dat de Finse regeling ingezetenen vrijgestelde vennootschappen vrijstelt. Onder die constatering is sprake van een verschil in behandeling als Finland vervolgens wel bronheffing inhoudt op uitkeringen aan buitenlandse vennootschappen, ongeacht of die vrijgesteld zijn.

In Aberdeen moet de vergelijking dus gemaakt worden tussen een ingezetenen en niet-ingezetenen aandeelhouders in het kader van de Finse regeling die ziet op belastingheffing over dividenden, en lijkt de fiscale behandeling in Luxemburg (woonplaats aandeelhouder Aberdeen) niet relevant. Vanuit deze gedachtegang van het HvJ EU lijken kritische kanttekeningen te kunnen worden geplaatst bij de eis die Nederland stelt met de niet-onderworpenheid in de woonstaat, daar deze eis niet ondersteund lijkt te worden in de jurisprudentie.

De 'niet-onderworpen al ware hij in Nederland gevestigd' lijkt daarentegen wel ondersteund te worden door de jurisprudentie. Uit het arrest Stauffer kan namelijk worden afgeleid dat lidstaten aan niet-ingezetenen dezelfde eisen mogen stellen die ook aan ingezetenen worden gesteld. De bronstaat hoeft dus niet zonder meer een door de woonstaat gemaakte kwalificatie te volgen. Mijns inziens biedt Stauffer dan ook ondersteuning voor de 'niet-onderworpen al ware hij in Nederland gevestigd'-eis die Nederland stelt.⁷⁸ De belastingplicht van een niet-ingezetenen lichaam mag dan immers op basis van de Nederlandse criteria vastgesteld worden, zonder te kijken wat de beoordeling van de woonstaat daarbij is.

Wattel merkt in zijn conclusie op dat het *'bij de fiscale discriminatievraag (gaat) om een éénjurisdictionaal onderzoek naar de mogelijke discriminerende werking van de criteria in de nationale regeling op basis van de ratio van de te testen nationale regeling.'*⁷⁹

In het arrest Santander is eveneens ondersteuning voor deze gedachte te vinden. In dit arrest overweegt het HvJ EU namelijk dat in principe alle relevante onderscheidingscriteria in aanmerking moeten worden genomen bij de bepaling of sprake is van vergelijkbare gevallen. In deze zaak, waar het argument van de Franse regering luidde dat de aandeelhouder in Frankrijk belast werd hetgeen een vrijstelling van bronheffing op de uitkering aan binnenlandse beleggingsfondsen rechtvaardigde, ging dat argument uiteindelijk niet op aangezien Frankrijk in haar wetgeving slechts een onderscheid maakte naar woonplaats van

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld het arrest Denkavit, reeds aangehaald.

⁷⁸ De staatssecretaris van Financiën stelde in beroepschrift in cassatie in de zaak van Hof Den Bosch hetzelfde. Zie punt 4.3 van de conclusie van Wattel.

⁷⁹ Conclusie Wattel, reeds aangehaald, punt 6.12.

de betreffende beleggingsinstellingen. Door ook in interne situaties niet te toetsen of de aandeelhouder in Frankrijk daadwerkelijk belast werd, kon het onderscheid in behandeling niet gerechtvaardigd worden door een relevant verschil in de situatie tussen een ingezetene en niet-ingezetene.

Mijn inziens impliceert dat dat als Nederland voor ingezetene lichamen de teruggaafregeling slechts openstelt aan lichamen die op basis van objectieve criteria al dan niet vrijgesteld zijn, Nederland deze criteria ook mag toepassen ten aanzien van buitenlandse lichamen. In die situatie behandelt Nederland namelijk lichamen die dezelfde feitelijke en juridische kenmerken hebben, op gelijke wijze.

Indien dit criterium dan wordt toegepast op X, de buitenlandse beleggingsinstelling, leidt dat tot de constatering dat X, hoewel in zijn land van vestiging niet onderworpen aan een belasting naar de winst, in Nederland wel onderworpen zou zijn aan de Nederlandse vennootschapsbelasting indien X in Nederland gevestigd zou zijn geweest. In Nederland is X als beleggingsinstelling 'normaal' onderworpen aan de vennootschapsbelasting, en geldt voor een dergelijk lichaam geen subjectieve vrijstelling die voor in Nederland gevestigde pensioenfondsen of goedgevoel lichamen wel gelden. X is immers niet vergelijkbaar met dergelijke in Nederland voor de vennootschapsbelasting subjectief vrijgestelde lichamen.

Dat leidt ertoe dat X geen beroep kan doen op de teruggaafregeling van artikel 10 Wet DB. Een vergelijking met een Nederlandse VBI of FBI kan X evenmin baten, aangezien deze typen beleggingsinstellingen specifiek zijn uitgesloten in artikel 10 Wet DB.⁸⁰ Dergelijke beleggingsinstellingen hebben niet de mogelijkheid artikel 10 Wet DB in te roepen.

In de vergelijking met het FBI regime kan nog worden opgemerkt dat X evenmin een beroep zal kunnen doen op het toepassen van de afdrachtsvermindering, om op die manier alsnog de op haar drukkende dividendbelasting te kunnen verrekenen. X kent in haar land van vestiging namelijk geen doorstootverplichting (aanname), en daarnaast zal X geen af te dragen Nederlandse dividendbelasting hebben waartegen de op haar drukkende Nederlandse dividendbelasting kan worden afgezet.

De conclusie lijkt mij daarom dat de 'niet-onderworpen al ware hij in Nederland gevestigd' eis van artikel 10 niet in strijd is met het primaire EU-recht, aangezien X niet ongelijk behandeld wordt. Op basis van de criteria die Nederland voor ingezetenen en niet-ingezetenen stelt, komt X niet in aanmerking voor een teruggaaf. X zou op basis van de feitelijke en juridische kenmerken van X, indien hij in Nederland gevestigd zou zijn, belastingplichtig zijn, en aldus eveneens in de belasting worden betrokken over de dividenden.⁸¹ In de vergelijking tussen de positie van X en de in Nederland gevestigde lichamen die in Nederland niet onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting, kan daarom niet gesteld worden dat sprake is van objectief vergelijkbare gevallen. X is namelijk niet vergelijkbaar met een pensioenfonds of goedgevoel lichaam die wel specifiek vrijgesteld zijn. Het weigeren van de artikel 10 teruggaaf aan X lijkt mij daarom geoorloofd op basis van het Europese recht.

Zoals reeds opgemerkt plaats ik wel een kanttekening bij de 'niet-onderworpenheid in de woonstaat eis' die artikel 10 Wet DB eveneens stelt. De jurisprudentie biedt mijns inziens geen basis voor een dergelijke eis. Echter, deze eis zal bij een beroep op artikel 10 Wet DB in de regel niet de spelbreker zijn. Zeker met betrekking tot beleggingsinstellingen zal de omgekeerde situatie (onderworpen in het buitenland, vrijgesteld naar Nederlandse maatstaven) zich niet of niet snel voordoen. Wat dat betreft is deze eis in relatie tot beleggingsinstellingen minder relevant. Maar, gezien de Europeesrechtelijke kanttekeningen

⁸⁰ Zie artikel 10, lid 4, Wet DB.

⁸¹ Een andere discussie die nog gevoerd kan worden is of het verschil in heffing tussen belast tegen 15% op brutobasis versus belast tegen 25,5% op nettobasis geoorloofd is. Ik ga daar echter niet verder op in.

die ik plaats bij het stellen van deze toets, meen ik dat het de voorkeur heeft dat de Nederlandse wetgever deze eis schrapt en dat voor een beroep op artikel 10 Wet DB slechts nog gekeken wordt naar de fiscale behandeling in Nederland indien het betreffende lichaam hier te lande gevestigd zou zijn geweest. Daarmee zou artikel 10 Wet DB zich beter conformeren aan de Europese jurisprudentie.

6. Conclusie

In deze verhandeling stond de toetsing van artikel 10 Wet DB centraal bij inbound investeringen door buitenlandse beleggingsinstellingen. Daarbij is, eendachtig de uitspraak van Hof Den Bosch van 9 maart 2012, beoordeeld in hoeverre Nederland teruggaafverzoeken op grond van artikel 10 Wet DB door buitenlandse beleggingsinstellingen mag weigeren. De vraag die daarbij centraal stond was welke vergelijkingsmaatstaf moest worden gehanteerd bij het in behandeling nemen van teruggaafverzoeken ex artikel 10 Wet DB, en of Nederland bij het toekennen van de teruggaaf de zogeheten 'dubbele toets' mocht stellen, inhoudende dat Nederland zowel kijkt naar de fiscale behandeling in de woonstaat, als naar de fiscale behandeling van de buitenlandse beleggingsinstelling in Nederland, al ware zij in Nederland gevestigd. Dit vanwege het feit dat voor een in zijn woonstaat vrijgestelde buitenlander, de Nederlandse dividendbelasting in beginsel evengoed als (onverrekenbare) eindheffing fungeert.

Teneinde deze vraag te beantwoorden, zijn allereerst enkele relevante fiscale en civiele aspecten van beleggingsinstellingen beschreven, en is weergegeven wat de relatie is van beleggingsinstellingen tot het gemeenschapsrecht. Daaruit werd de conclusie getrokken dat in relatie tot beleggingsinstellingen veelal de vrijheid van kapitaal van toepassing zal zijn, alhoewel dat afhankelijk kan zijn van het soort beleggingsinstelling. Vervolgens is aan de hand van de Europese jurisprudentie geanalyseerd hoe de dubbele toets zich verhoudt tot het primaire Europese recht.

Het beeld dat uit deze analyse naar voren komt is dat de Europese jurisprudentie lidstaten er niet toe dwingt zonder meer kwalificaties uit andere lidstaten te volgen. Het staat lidstaten vrij om in hun wetgeving zelf objectieve criteria vast te stellen die bepalen of belastingplichtigen al dan niet voor bepaalde voordelen in aanmerking komen. Door een regeling af te laten hangen van objectieve juridische en feitelijke kenmerken, wordt juist bereikt dat een zo objectief mogelijke vergelijking kan worden gemaakt tussen binnen- en buitenlandse aandeelhouders. De fiscale kwalificatie van een buitenlandse aandeelhouder in diens woonstaat is daarbij in beginsel niet van belang, omdat de vergelijking juist gemaakt moet worden vanuit de bronstaat, rekening houdend met de voor de betreffende regeling geldende onderscheidingscriteria.

Toegepast op de in hoofdstuk 5 beschreven casus, welke casus vergelijkbaar is met de Hof Den Bosch procedure, leidt dat tot de conclusie dat het primaire Europese recht Nederland niet belet de door buitenlandse beleggingsinstellingen ingediende teruggaafverzoeken te weigeren. Nederland mag haar eigen objectieve criteria voor toekenning van de teruggaaf toepassen op dergelijke aandeelhouders. Omdat deze naar Nederlandse maatstaven wel onderworpen zullen zijn aan een belasting naar de winst, komen zij niet in aanmerking voor de teruggaaf. Zij zijn niet objectief vergelijkbaar met de in Nederland vrijgestelde pensioenfondsen en goedgeoeddoel lichamen, die in binnenlandse verhoudingen een beroep op de teruggaafregeling kunnen doen. Indien de buitenlandse beleggingsinstellingen vergelijkbaar zijn met een Nederlandse VBI, en om die reden als vrijgesteld kwalificeren, wordt geen teruggaaf toegekend op basis van artikel 10, lid 4, Wet DB. Ik meen daarom dat Nederland niet in strijd handelt met het Europese recht door teruggaaf van ingehouden dividendbelasting te weigeren aan buitenlandse beleggingsinstellingen.

Ik plaats wel een kanttekening bij de 'niet-onderworpenheid in de woonstaat eis' die artikel 10 Wet DB eveneens stelt. De Europese jurisprudentie biedt mijns inziens geen basis voor een dergelijke eis. Een buitenlandse beleggingsinstelling die een beroep doet op artikel 10

Wet DB zal echter (vrijwel) altijd voldoen aan deze eis, zodat deze eis wat dat betreft van minder groot belang is. Echter, gezien de Europeesrechtelijke kanttekeningen die ik plaats bij het stellen van deze toets, meen ik dat het de voorkeur heeft dat de Nederlandse wetgever deze eis schrapt en dat voor een beroep op artikel 10 Wet DB slechts nog gekeken wordt naar de fiscale behandeling in Nederland indien het betreffende lichaam in Nederland gevestigd zou zijn geweest. Na een dergelijke aanpassing zal artikel 10 Wet DB mijns inziens (nog) beter in lijn zijn met de Europese jurisprudentie. Alle ophef rondom de procedure van Hof Den Bosch lijkt daarmee voor niets te zijn geweest. Maar goed, zoals altijd zal ook hier uiteindelijk de Hoge Raad het laatste woord hebben...

Literatuurlijst

Boeken:

- K.M. Braun e.a., Studenteneditie 2011-2012, Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Kluwer, Deventer, 2011.
- C.J. Groffen, N.B. Spoor en J.P.W.M. van der Velden, in: D. Busch e.a., Onderneming en financieel toezicht, 2e druk, Kluwer, Deventer, 2010, pag. 465-505.
- B.J.M. Terra en P.J. Wattel, European Tax Law, 6e druk, Kluwer, Deventer, 2012.
- H. Vermeulen, Het regime voor de fiscale beleggingsinstelling (Fiscale monografieën), 3e druk, Kluwer, Deventer, 2012.
- D.M. Weber, Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden, Kluwer, Deventer, 2003.

Tijdschriftartikelen:

- J.P. van den Berg, M.M.A. van Graafeiland, 'Over de teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting aan buitenlandse beleggingsinstellingen', WFR 2013/466, blz. 466-475.
- P. Borsjé en W. Specken, 'Collective Investment Vehicles', Derivatives and Financial Instruments, 2009, no.5, p. 162-168.
- I.M. de Groot en P.J. te Boekhorst, 'Gevolgen FII-2 voor de Nederlandse deelnemingsverrekening', WFR 2013/388, blz. 388-408.
- M.J.A. van den Honert en M.M.A. van Graafeiland, 'Van Aberdeen tot Santander: teruggaaf van dividendbelasting aan beleggingsinstellingen', NTFR 2012/598.
- B.J. Kiekebeld, 'Kapitaalverkeer versus vestiging: eindelijk echt duidelijk?', NTFRB2013-11.
- B.J. Kiekebeld, 'Dividendbelasting binnen de EU: nog steeds niet alles opgelost', NTFRB 2012-24.
- B.J. Kiekebeld, 'Het arrest Denkavit en de belastingheffing in het andere land', NTFRB2007-13.
- J.J.A.M. Korving, 'Dividendbelasting: Hoe lang moeten we (ons) nog inhouden?', WFR 2012/1120, blz. 1120-1126.
- E. Nijkeuter, 'Vergelijkbaarheid van lichamen in outbound-situaties onder het Europees recht', MBB 2011/10.
- D.S. Smit, 'Europeesrechtelijke perikelen rondom de Nederlandse dividendbelasting', TFO 2010/83.
- D.S. Smit, 'Europese verdragsvrijheden en derde landen: invloed op de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting', TFO 2012/122.