

# **Dividendbelasting, Nederlandse Antillen en de werking van de standstill-bepaling**

---

**Door: mr. drs. M.J.C. Pieterse  
2011/2012**

## Inhoudsopgave

1.	Inleiding	blz.	2
2.	HR 23 december 2011, nr. 11/00453	blz.	4
3.	De vrijheid van kapitaalverkeer	blz.	6
4.	De werking van de standstill-bepaling	blz.	8
5.	Het arrest van de Hoge Raad in meer detail: wat zijn de te vergelijken situaties?	blz.	15
6.	Een parallel: <i>Denkavit en Amurta</i>	blz.	17
7.	Nog een parallel: <i>Schempp</i>	blz.	21
8.	Een uitstapje: douane en omzetbelasting	blz.	23
9.	Analyse	blz.	27
10.	Conclusie	blz.	33
11.	Literatuurlijst	blz.	34

## 1. Inleiding

1.1 In twee arresten van 23 december 2011<sup>1</sup> heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ).<sup>2</sup> In het navolgende neem ik de zaak met nr. 11/00453 als uitgangspunt.<sup>3</sup> Deze zaak betrof de uitkering van een dividend door een Nederlandse N.V. aan haar moedermaatschappij, een naar het recht van de Nederlandse Antillen opgerichte en op Curaçao gevestigde N.V. Ter zake van dit op 1 september 2006 ter beschikking gesteld dividend is op grond van de Wet op de dividendbelasting 1965 Nederlandse dividendbelasting verschuldigd. Op grond van artikel 11, derde lid, van de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK) werd het bronheffingspercentage in het onderhavige jaar teruggebracht tot 8,3 percent. In het vervolg zal ik, korthedshalve, niet steeds refereren aan het op basis van de nationale wet bestaande heffingsrecht, maar het op grond van de BRK maximaal in te houden percentage bronheffing.

1.2 In de navolgende verhandeling ga ik in op de tweede door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vraag inzake de standstill-bepaling van artikel 64 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU). Daarbij zal ik de volgende probleemstelling behandelen:

Valt de verhoging met ingang van het jaar 2002 van de door Nederland als bronheffing geheven dividendbelasting op deelnemingsdividenden zoals geregeld in artikel 11 van de BRK onder de werking van de standstill-bepaling als opgenomen in artikel 64 VwEU?

1.3 Opgemerkt dient te worden dat voordat in de onderhavige zaak aan mijn onderzoeksvraag wordt toegekomen eerst twee prealabele vragen

---

<sup>1</sup> Hoge Raad 23 december 2011, nr. 11/00453, *LJN* BT1530, *V-N* 2011/67.12, *NTFR* 2012/21, met commentaar Gunn, *FED* 2012/33, met noot Meussen en Hoge Raad 23 december 2011, nr. 11/00483, *LJN* BT1528, *V-N* 2011/67.13, *NTFR* 2012/22, met commentaar Gunn.

<sup>2</sup> De zaken zijn bij het HvJ geregistreerd onder de nrs. C-24/12 en C-27/12.

<sup>3</sup> Beide zaken betreffen dezelfde problematiek. Met het oog op de omschrijving van de casus bespreek ik slechts de zaak met nr. 11/00453.

bevestigend dienen te worden beantwoord. De eerste vraag is tevens de door de Hoge Raad in de arresten van 23 december 2011 gestelde prejudiciële vraag of de 'eigen' landen en gebieden over zee (hierna: LGO)<sup>4</sup> van een lidstaat als derde staat kunnen worden aangemerkt voor de toepassing van de vrijheid van kapitaalverkeer. Wanneer deze vraag bevestigend wordt beantwoord, komt de bij het HvJ door de High Court of Justice voorgelegde vraag aan de orde of, hoewel sprake is van een vestigingssituatie, de verschuldigdheid van dividendbelasting ook dient te worden getoetst aan de vrijheid van kapitaalverkeer.<sup>5</sup> Deze vragen zal ik niet behandelen.

Ik behandel evenmin de vraag waarom de Hoge Raad is afgeweken van de conclusie van A-G Wattel waarin hij uiteenzet dat op dit punt geen prejudiciële vraag behoeft te worden gesteld.<sup>6</sup>

1.4 In het navolgende schets ik eerst kort het procesverloop in de voorliggende zaak HR 23 december 2011, nr. 11/00453 (onderdeel 2). Vervolgens zal ik het bredere kader van de vrijheid van kapitaalverkeer (onderdeel 3) en de werking van de standstill-bepaling (onderdeel 4) behandelen. De vraag welke situaties dienen te worden vergeleken komt in onderdeel 5 aan de orde. Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden zal ik een parallel trekken met de arresten van het Hof van Justitie in de zaken *Denkavit* en *Amurta* (onderdeel 6). Ook in die zaken was sprake van een grensoverschrijdende dividenduitkering. De zaak *Schempp* wordt in onderdeel 7 besproken gezien de te trekken parallel inzake de corresponderende behandeling van de betaling in de ontvangstaat. In onderdeel 8 onderzoek ik of een uitstapje naar het douanerecht en de omzetbelasting kan bijdragen aan de beantwoording van de probleemstelling. Tenslotte zal ik in onderdeel 9 het voorgaande toepassen op de onderhavige casus en afsluiten met een conclusie (onderdeel 10).

---

<sup>4</sup> Landen en gebieden overzee als bedoeld in artikel 198 tot en met 204 VwEU en bijlage II behorende bij het VwEU.

<sup>5</sup> Deze zaak is geregistreerd onder nummer C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, PbEU 2011, C 103, blz. 15.

<sup>6</sup> Zie de onderdelen 4.1 – 4.11 van de Conclusie A-G Wattel van 19 augustus 2011 gepubliceerd in *V-N* 2011/62.18 en *NTRF* 2011/2381, met commentaar Vrolijk.

## 2. HR 23 december 2011, nr. 11/00453

2.1 Het procesverloop van de onderhavige zaak is als volgt. Belanghebbende heeft tegen de afdracht van dividendbelasting bezwaar gemaakt en heeft nadat dat bezwaar is afgewezen, beroep ingesteld bij de Rechtbank te Haarlem, die het beroep ongegrond heeft verklaard.<sup>7</sup> Voor het Gerechtshof te Amsterdam was in geschil of de verschuldigdheid van dividendbelasting in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer als bedoeld in, thans, artikel 63 VwEU<sup>8</sup>. Het Gerechtshof te Amsterdam heeft het hoger beroep ongegrond verklaard.<sup>9</sup>

2.2 In cassatie komen een aantal vragen aan de orde. Ten eerste gaat de Hoge Raad in op de vraag of de Nederlandse Antillen als derde land hebben te gelden en dus op de verhouding tussen een lidstaat en zijn 'eigen' LGO (r.o. 3.3.2 – 3.3.5).<sup>10</sup> Vervolgens komt, hoewel sprake is van een vestigingssituatie<sup>11</sup>, aan de orde of, indien er veronderstellenderwijs van wordt uitgegaan dat in het onderhavige geval de Nederlandse Antillen als derde staat wordt aangemerkt de verschuldigdheid van dividendbelasting ook dient te worden getoetst aan de vrijheid van kapitaalverkeer (r.o. 3.4.1 – 3.4.3).<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Rechtbank Haarlem 9 januari 2009, nr. 08/2759, LJV BI0608, V-N 2009/27.2.3, NTFR 2009/1070.

<sup>8</sup> Sinds het op 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon van 13 december 2007, PbEU 2007, C 306 kent het recht van de Europese Unie twee Verdragen, te weten het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

<sup>9</sup> Gerechtshof Amsterdam 16 december 2010, nr. 09/00147, LJV BP0298, NTFR 2011/638, met commentaar Vrolijk.

<sup>10</sup> Vgl. de zaak *Prunus* die zag op de verhouding tussen een lidstaat en de LGO van een andere lidstaat; HvJ 5 mei 2011, C-384/09 (*Prunus*), nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, LJV BQ4040, V-N 2011/32.24, NTFR 2011/1030, met commentaar Egelie.

<sup>11</sup> Er is immers sprake van een deelneming in het kapitaal van een vennootschap, i.c. is sprake van een 100%-deelneming, die aan de aandeelhouder ervan een zodanige invloed op de besluiten van belanghebbende verleent, dat hij de activiteiten ervan kan bepalen (zie HvJ 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*), *Jur.* 2000, I-02787 (punt 22), LJV AV2199, *BNB* 2000/242, met noot Van Vijfeijken, V-N 2000/20.22, NTFR 2000/669, met commentaar Van Beelen, *FED* 2000/546, met noot Weber).

<sup>12</sup> De Hoge Raad verwijst hier naar de door de High Court of Justice van Engeland en Wales gestelde prejudiciële vraag in de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11: "Wanneer de betrokken nationale wetgeving niet enkel van toepassing is op situaties waarin de moederonderneming een beslissende invloed uitoefent over de onderneming die het dividend uitkeert, kan een ingezeten onderneming zich dan beroepen op artikel 63 (voorheen artikel 56 EG) met betrekking tot dividenden ontvangen van een in een derde land gevestigde dochteronderneming waarover zij een beslissende invloed uitoefent?"

Tenslotte komt de Hoge Raad toe aan de vraag die in deze verhandeling centraal staat of, indien de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing is op de onderhavige investering, het voorbehoud van, thans, artikel 64, eerste lid, van het VwEU de verhoging van de bronheffing sauveert (r.o. 3.5.1-3.5.10). Aangezien deze vragen de uitleg van het Europees recht betreffen heeft de Hoge Raad op grond van artikel 267 VwEU twee vragen voorgelegd aan het HvJ:<sup>13</sup>

“1. Kan voor de toepassing van artikel 56 EG (thans: artikel 63 VWEU) de eigen LGO als derde staat worden aangemerkt, in welk geval ter zake van het kapitaalverkeer tussen een lidstaat en de eigen LGO een beroep kan worden gedaan op artikel 56 EG?

2.a. Moet, indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, in het onderhavige geval, waarin per 1 januari 2002 de bronheffing op deelnemingsdividenden uitgekeerd door een in Nederland gevestigde dochtervennootschap aan haar in de Nederlandse Antillen gevestigde houdstervennootschap ten opzichte van 1993 is verhoogd van 7,5 dan wel 5 percent naar 8,3 percent, voor de beantwoording van de vraag of voor de toepassing van artikel 57, lid 1, EG (thans: artikel 64, lid 1, VWEU) sprake is van een verhoging, uitsluitend acht worden geslagen op de verhoging van de Nederlandse bronheffing of moet mede in aanmerking worden genomen dat - in samenhang met de verhoging van de Nederlandse bronheffing - vanaf 1 januari 2002 door de Nederlands-Antilliaanse overheid vrijstelling wordt verleend ter zake van deelnemingsdividenden, ontvangen van een in Nederland gevestigde dochtervennootschap, terwijl voorheen die dividenden deel uitmaakten van de naar het tarief van 2,4 - 3 dan wel 5 percent belaste winst?

2.b. Moeten, indien mede rekening moet worden gehouden met de door invoering van de hiervoor in 2.a bedoelde deelnemingsvrijstelling bewerkstelligde verlaging van de belasting in de Nederlandse Antillen, voorts nog in aanmerking worden genomen Nederlands-Antilliaanse regelingen in de uitvoeringssfeer - in het onderhavige geval: de Nederlands-Antilliaanse rulingpraktijk - welke mogelijk tot gevolg hadden dat vóór 1 januari 2002 - en ook reeds in 1993 - de feitelijk verschuldigde belasting ter zake van de in Nederland gevestigde dochtervennootschap ontvangen dividenden substantieel lager was dan 8,3 percent?”

---

<sup>13</sup> In het arrest *CILFIT* heeft het HvJ over de plicht tot het stellen van prejudiciële vragen overwogen: “21 (...) dat een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, gehouden is een vraag van gemeenschapsrecht die voor haar rijst, te verwijzen, tenzij zij heeft vastgesteld dat de opgeworpen vraag niet relevant is of dat de betrokken gemeenschapsbepaling reeds door het Hof is uitgelegd of dat de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is, dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan; bij de vraag of zich een dergelijk geval voordoet, moet rekening worden gehouden met de eigen kenmerken van het gemeenschapsrecht, de bijzondere moeilijkheden bij de uitlegging ervan en het gevaar van uiteenlopende rechtspraak binnen de Gemeenschap (...);” HvJ 6 oktober 1982, C-283/81 (*CILFIT*), *Jur.* 1982, I-03415, *LJN* AB9511, *NJ* 1983/55.

### 3. De vrijheid van kapitaalverkeer

3.1 Na in het voorgaande onderdeel kort het procesverloop van de onderhavige zaak te hebben geschetst, zal ik in deze paragraaf de problematiek in het bredere kader van de vrijheid van kapitaalverkeer plaatsen. De vrijheid van kapitaalverkeer is opgenomen in het huidige artikel 63, eerste lid, van het VwEU en luidt:<sup>14</sup>

“1. In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.”

3.2 Anders dan de andere vrijheden (goederen, personen en diensten) is de vrijheid van kapitaalverkeer eenzijdig en dus zonder wederkerigheidseis van toepassing in relatie tot derde landen.<sup>15</sup> In artikel 63, eerste lid, van het VwEU is een duidelijk en onvoorwaardelijk verbod geformuleerd dat geen enkele uitvoeringsmaatregel vereist<sup>16</sup> en justitiabelen rechten toekent waarop

---

<sup>14</sup> Zie over de vrijheid van kapitaalverkeer onder meer B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, blz. 71-83; D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 399-403; B.J. Kiegebeld & J.A.R. van Eijdsden, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 57-67; D.S. Smit & B.J. Kiegebeld, *EC free movement of capital, income taxation and third countries: four selected issues*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, blz. 45; K.J.M. Mortelmans, 'The Functioning of the Internal Market: The Freedoms', in: P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren Van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, blz. 766-778; M. Dahlberg, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, Den Haag: Kluwer Law International 2005, blz. 275 ev; C.A.T. Peters & J. Gooijer, 'Het vrije verkeer van kapitaal met derde landen', in: *Alle wegen leiden naar Brussel. 50 jaar NOB, 50 jaar Europese jurisprudentie en wetgeving*, Amsterdam: De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2004, blz. 130-135 en M. O'Brien, 'Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues', *British Tax Review* 2008 nr. 6, blz. 628-632.

<sup>15</sup> Zie B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, blz. 72; C.A.T. Peters & J. Gooijer, 'Het vrije verkeer van kapitaal met derde landen', in: *Alle wegen leiden naar Brussel. 50 jaar NOB, 50 jaar Europese jurisprudentie en wetgeving*, Amsterdam: De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2004, blz. 133-135 en C.A.T. Peters & J. Gooijer, 'The free movement of capital and third countries: some observations', *European Taxation* November 2005, blz. 475-481 (in het vervolg zal ik alleen het eerstgenoemde artikel van Peters en Gooijer aanhalen). Zie ook HvJ 18 december 2007, C-101/05 (*Skatteverket v. A*), *Jur.* 2007, I-11531 (punt 31), *LJN* BC3212, *V-N* 2008/7.14, *NTFR* 2008/46, met commentaar Thomas, *FED* 2008/57, met noot Smit en HvJ 10 februari 2011, C-436 en 437/08 (*Haribo en Österreichische Salinen*), nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie* (punt 127), *LJN* BP5262, *BNB* 2011/165, met noot Wattel, *V-N* 2011/16.15, *NTFR* 2011/909, met commentaar Smit.

<sup>16</sup> HvJ 14 december 1995, C-163/94, 165/94 en 250/94 (*Sanz de Lera e.a.*), *Jur.* 1995, I-048021 (punt 41), *LJN* AC3936, *NJ* 1997/35. Zie ook F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010, blz. 343 en D.M. Weber,

zij zich in rechte kunnen beroepen en die door de nationale rechterlijke instanties moeten worden beschermd.<sup>17</sup>

Eenzijds mogen lidstaten als ontvangstaat geen onderscheid maken tussen kapitaalbewegingen tussen de lidstaten, maar ook niet vanuit derde landen naar de desbetreffende lidstaat en anderzijds mogen lidstaten als vertrekstaat geen belemmeringen opwerpen voor inwoners ter zake van kapitaalbewegingen naar derde landen. Aangezien deze eenzijdige verklaring van de lidstaten aan de rest van de wereld ver gaat en om de impact ervan ten opzichte van die derde landen in te perken is onder meer in artikel 64, eerste lid, van het VwEU een standstill-bepaling opgenomen.<sup>18</sup> In het volgende onderdeel zal ik nader op deze standstill-bepaling ingaan.

---

*Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden. Een onderzoek naar de Europeesrechtelijke grenzen van de bestrijding van belastingontwijking*, Kluwer: Deventer 2003, blz. 83-85.

<sup>17</sup> HvJ 14 december 1995, C-163/94, 165/94 en 250/94 (*Sanz de Lera e.a.*), *Jur.* 1995, I-048021 (punt 43), *LJN* AC3936, *NJ* 1997/35.

<sup>18</sup> D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 667.



## 4. De werking van de standstill-bepaling

4.1 Lidstaten mogen op 31 december 1993 bestaande beperkingen in verband met het kapitaalverkeer met derde landen ter zake van onder meer directe investeringen handhaven.<sup>19</sup> Artikel 64, eerste lid, van het VwEU bepaalt daarover als volgt:

“1. Het bepaalde in artikel 63 doet geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan uit hoofde van het nationale recht of het recht van de Unie inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen - met inbegrip van investeringen in onroerende goederen -, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten. (...)”

Aldus geeft de standstill-bepaling de lidstaten de mogelijkheid hun soevereiniteit ten aanzien van kapitaalbewegingen tussen de lidstaten en derde landen (gedeeltelijk) te handhaven.<sup>20</sup> Lidstaten mogen bestaande beperkingen wel verminderen.

---

<sup>19</sup> Zie o.m. J.J.A.M. Korving, *Europees belastingrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, blz. 50-51; D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 667-696; D.S. Smit & B.J. Kiegebeld, *EC free movement of capital, income taxation and third countries: four selected issues*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, blz. 45 ev; P. Plansky, 'The impact of the fundamental freedoms on tax treaties with third countries', in: M. Lang, J. Schuch & C. Staringer, *Tax treaty law and EC law*, Wenen: Linde 2007, blz. 299-305; M. O'Brien, 'Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues', *British Tax Review* 2008 nr. 6, blz. 657-660; A. Cordewener, G.W. Kofler & C.P.Schindler, 'Free movement of capital, third country relationships and national tax law: an emerging issue before the ECJ', *European Taxation* March 2007, blz. 107-119 en D.S. Smit, 'Capital movements and third countries: the significance of the standstill-clause ex-Article 57(1) of the EC-Treaty in the field of direct taxation', *EC Tax Review* 2006-4, blz. 203-214. Volgens Peters en Gooijer lijkt deze uitzondering gebaseerd op artikel 7 van richtlijn 88/361/EEG; C.A.T. Peters & J. Gooijer, 'Het vrije verkeer van kapitaal met derde landen', in: *Alle wegen leiden naar Brussel. 50 jaar NOB, 50 jaar Europese jurisprudentie en wetgeving*, De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs: Amsterdam 2004, blz. 132 en 136. Zie ook Smit die schrijft: "The standstill provision under Article 64(1) TFEU can be considered the successor of Article 7 of the earlier Directive 88/361/EEC."; D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg University: Tilburg 2011, blz. 668-669. Artikel 7, eerste lid, tweede volzin, van richtlijn 88/361/EEG luidde: "Het in de vorige alinea bepaalde laat onverlet de toepassing ten opzicht van derde landen van nationale of communautaire voorschriften, en met name van eventuele wederkerigheidsvoorwaarden, met betrekking tot vestigingen, financiële dienstverrichtingen en toelating van effecten tot de kapitaalmarkten."

<sup>20</sup> Vgl. D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 665.

4.2 Deze uitzondering op het verbod op beperkingen van kapitaalverkeer is zo nauwkeurig geformuleerd dat zij de lidstaten of de Uniewetgever geen enkele beoordelingsmarge laat met betrekking tot zowel de datum waarop de beperkingen kunnen bestaan, als de categorieën van kapitaalverkeer die kunnen worden beperkt.<sup>21</sup> In het algemeen dienen uitzonderingen strikt te worden uitgelegd. Aangenomen wordt dat dit ook het geval is met de standstill-bepaling van artikel 64, eerste lid, van het VwEU.<sup>22</sup>

4.3 Een nationale maatregel die een beperking vormt van de vrijheid van kapitaalverkeer kan worden gesauveerd door de standstill-bepaling als cumulatief wordt voldaan aan de volgende vereisten:

- a) Er dient sprake te zijn van een op 31 december 1993 bestaande beperking uit hoofde van het nationale recht of het recht van Unie;
- b) Er dient sprake te zijn van kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten.

*Ad a) Een op 31 december 1993 bestaande beperking*

4.4 Niet alleen op 31 december 1993 bestaande beperkingen vallen onder de werking van de standstill-bepaling, maar ook nadien vastgestelde maatregelen die op de voornaamste punten identiek zijn aan de vroegere wetgeving of indien daarin enkel een in de vroegere wetgeving bestaande

---

<sup>21</sup> HvJ 14 december 1995, C-163/94, 165/94 en 250/94 (*Sanz de Lera e.a.*), *Jur.* 1995, I-048021 (punt 44), *LJN* AC3936, *NJ* 1997/35.

<sup>22</sup> Punt 50 van de conclusie van A-G Geelhoed voor HvJ 23 september 2003, C-452/01 (*Margarethe Ospelt*), *Jur.* 2003, I-09743; D.S. Smit & B.J. Kiekebeld, *EC free movement of capital, income taxation and third countries: four selected issues*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, blz. 65; D.S. Smit, 'Capital movements and third countries: the significance of the standstill-clause ex-Article 57(1) of the EC-Treaty in the field of direct taxation', *EC Tax Review* 2006-4, blz. 212 en D.M. Weber, 'Het Bosal Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen', *WFR* 2003/1844, blz. 1864. Zie ook het arrest *Société Cadi Surgelés* waarin het HvJ overwoog: "21 Het hiermee erkende recht van de Lid-Staten om in hun betrekkingen met derde landen de reeds op 1 juli 1968 bestaande heffingen van gelijke werking als douanerechten te handhaven, vormt een uitzondering op de in het gemeenschappelijk douanetarief en de gemeenschappelijke handelspolitiek verankerde beginselen van eenvormigheid. Aan dit recht dient dan ook een beperkte toepassing te worden gegeven." HvJ 7 november 1996, nr. C-126/94 (*Société Cadi Surgelés*), *Jur.* 1996, I-05647, *LJN* BF4121.

belemmering wordt verminderd of opgeheven.<sup>23</sup> Om tot een gelijkstelling met die vroegere wetgeving te kunnen komen dient de nadien vastgestelde regeling niet op een andere hoofdgedachte te berusten en geen nieuwe procedures in te voeren.<sup>24</sup> Dit wordt wel aangeduid als het Konle-criterium. Plansky schrijft hierover:<sup>25</sup>

“(...) it’s not the *application* before the end of 1993 that is important, but the *existence* of a restriction.”

4.5 Kiekebeld en Van Eijsden merken over de toepassing van het Konle-criterium op:<sup>26</sup>

“Helemaal voor de hand ligt de toepassing van het Konle-criterium niet. Volgens de tekst van art. 57, eerste lid, EG [MP: het huidige artikel 64, eerste lid, van het VwEU] is slechts van belang of de toegepaste *belemmering* reeds op 31 december 1993 bestond. Of de achterliggende regeling als zodanig op deze datum ook al bestond, is voor deze bepaling eigenlijk niet relevant.”

<sup>23</sup> HvJ 1 juni 1999, C-302/97 (*Konle*), *Jur.* 1999, I-03099 (punt 52), LJV AD4386, NJ 1999/766. De zaak *Konle* zag kort gezegd op de wettelijke regeling van de Oostenrijkse deelstaat Tirol waarbij een vergunning was vereist voor de handel in terreinen; zie ook F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2010, blz. 344 en R. Fontana, ‘Direct Investments and Third Countries: Things are Finally Moving ... in the Wrong Direction’, *European Taxation* oktober 2007, blz. 434-435. Het HvJ verwijst in punt 190 van arrest in de zaak *Test Claimants in the FII Litigation v. Commissioners of Inland Revenue* voor de toepassing van de standstill-bepaling naar het arrest *Konle*.

<sup>24</sup> HvJ 1 juni 1999, C-302/97 (*Konle*), *Jur.* 1999, I-03099 (punt 53), LJV AD4386, NJ 1999/766. In punt 192 van het arrest in de zaak *Test Claimants in the FII Litigation v. Commissioners of Inland Revenue* neemt het HvJ de punten 52 en 53 van het arrest *Konle* samen; HvJ 12 december 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*), *Jur.* 2006, I-11753, LJV AZ6797, BNB 2007/130, met noot Wattel, V-N 2007/5.9, NTFR 2007/125, met commentaar De Kroon. De zaak *Test Claimants in the FII Litigation v. Commissioners of Inland Revenue* zag kort gezegd op de fiscale behandeling van dividenden die belanghebbenden ontvingen van niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen. Zie ook HvJ 24 mei 2007, nr. C-157/05 (*Holböck*), *Jur.* 2007, I-04051 (punt 41), LJV BA7638, V-N 2007/27.10, NTFR 2007/1083, met commentaar Van Beelen, FED 2007/57, met noot Smit. Zie verder C.H.J.I. Panayi, ‘The Fundamental Freedoms and Third Countries: Recent Perspectives’, *European Taxation* November 2008, blz. 577-578. In punt 49 van het arrest *Skatteverket v. A* verduidelijkt het HvJ dat “(...) het Hof niet heeft willen doelen op bepalingen die, hoewel zij op de voornaamste punten identiek zijn aan een op 31 december 1993 bestaande wettelijke regeling, opnieuw een belemmering van het vrij verkeer van kapitaal hebben ingevoerd die na intrekking van de vroegere wettelijke regeling niet meer bestond.” HvJ 18 december 2007, C-101/05 (*Skatteverket v. A*), *Jur.* 2007, I-11531 (punt 49), LJV BC3212, V-N 2008/7.14, NTFR 2008/46, met commentaar Thomas, FED 2008/57, met noot Smit.

<sup>25</sup> P. Plansky, ‘The impact of the fundamental freedoms on tax treaties with third countries’, in: M. Lang, J. Schuch & C. Staringer, *Tax treaty law and EC law*, Wenen: Wenen 2007, blz. 302.

<sup>26</sup> B.J. Kiekebeld & J.A.R. van Eijsden, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 62. Zie eveneens D.S. Smit & B.J. Kiekebeld, *EC free movement of capital, income taxation and third countries: four selected issues*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, blz. 59-60.

4.6 In het arrest *Skatteverket v. A* overweegt het HvJ met betrekking tot het begrip ‘op 31 december 1993 bestaande beperking’ dat het juridisch raamwerk waarin de betrokken beperking is opgenomen, sinds die datum ononderbroken deel heeft uitgemaakt van de betrokken lidstaat.<sup>27</sup> Het HvJ voegt daaraan toe:

“48. (...) Zou dit anders zijn, dan zou een lidstaat immers op enig tijdstip opnieuw beperkingen van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen kunnen invoeren die op 31 december 1993 in de nationale rechtsorde bestonden, doch niet zijn gehandhaafd.”<sup>28</sup>

4.7 In het arrest *Prunus* hanteert het HvJ de omschrijving:<sup>29</sup>

“36. (...) dat de op 31 december 1993 van kracht zijnde versie van de regeling en de versie die gedurende de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belastingjaren (...) van toepassing was, slechts enkele redactionele verschillen vertonen die geenszins afbreuk doen aan de logica van het rechtskader dat sinds 31 december 1993 ononderbroken deel uitmaakt van de rechtsorde van de betrokken lidstaat.”

4.8 Smit schrijft over het begrip ‘beperking’:<sup>30</sup>

“(…) [i]t is reasonable to assume that the concept of restriction under the standstill clause under Article 64(1) TFEU should be interpreted neither more broadly nor more restrictively than the concept of restriction under Article 63(1) TFEU. (...) [F]or the question whether a restriction within the meaning of Article 64(1) TFEU exists in the field of corporate income taxation, it is the actual restriction applied in the concrete case which is relevant. It follows that the concept of restriction under Article 64(1) TFEU is a factual one; it covers the actual restriction of free movement of capital under Article 63(1) TFEU rather than the underlying rule from which the restriction follows.”

Over het begrip ‘bestaande beperking’ schrijft Smit:<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> HvJ 18 december 2007, C-101/05 (*Skatteverket v. A*), *Jur.* 2007, I-11531 (punt 48), *LJN* BC3212, *V-N* 2008/7.14, *NTFR* 2008/46, met commentaar Thomas, *FED* 2008/57, met noot Smit. Zie ook C.H.J.I. Panayi, ‘The Fundamental Freedoms and Third Countries: Recent Perspectives’, *European Taxation* November 2008, blz. 578.

<sup>28</sup> Voetnoot toegevoegd MP: Het HvJ herhaalt deze rechtsoverweging in de zaak *Prunus* (punt 34); HvJ 5 mei 2011, C-384/09 (*Prunus*), nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, *LJN* BQ4040, *V-N* 2011/32.24, *NTFR* 2011/1030, met commentaar Egelie.

<sup>29</sup> HvJ 5 mei 2011, C-384/09 (*Prunus*), nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, *LJN* BQ4040, *V-N* 2011/32.24, *NTFR* 2011/1030, met commentaar Egelie.

<sup>30</sup> D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 674.

<sup>31</sup> D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 683. Smit verwijst hierbij naar het arrest *Danfoss and AstraZeneca*: “42. In casu zij

“If a restrictive tax measure that already existed on 31 December 1993 is amended afterwards, the question arises whether such a measure can still be considered as “existing” restriction within the meaning of the standstill provision. In this regard, it is observed that it is not only legislative acts in the strict sense that must be taken into account in this regard, but also administrative measures and practices of the public authorities of the Member States concerned.”

#### *Ad b) Kapitaalverkeer en directe investeringen*

4.9 Het VwEU bevat geen definitie van het begrip kapitaalverkeer.<sup>32</sup> In het arrest *Luisi en Carbone* heeft het HvJ de volgende omschrijving gegeven van het begrip kapitaalverkeer:<sup>33</sup>

“21. (...) kapitaalverkeer (...) bestaat uit financiële operaties die in wezen op belegging of investering van het betrokken bedrag zijn gericht en niet op vergoeding van een prestatie. (...)”

4.10 De nomenclatuur van het kapitaalverkeer als bijlage opgenomen bij de niet langer van kracht zijnde richtlijn 88/361/EEG<sup>34</sup> heeft haar indicatieve waarde voor de definitie van het begrip kapitaalverkeer echter behouden, aldus het HvJ in de zaak *Trummer en Mayer*.<sup>35</sup>

---

vastgesteld dat de Deense overheid zich met de invoering, middels een administratieve praktijk die werd toegepast van november 1978 tot en met 1999, van een recht op volledige aftrek van de voorbelasting op het verstrekken van voedsel en drank in bedrijfskantines, de mogelijkheid heeft ontzegd om het recht op aftrek van die belasting later te beperken. In dit verband zij erop gewezen dat in de context van artikel 17, lid 6, tweede alinea, van de Zesde richtlijn niet alleen rekening moet worden gehouden met wetgevende handelingen in eigenlijke zin, maar ook met bestuurshandelingen en met de administratieve praktijken van de overheidsinstanties van de betrokken lidstaat (...).” HvJ 11 december 2008, C-371/07 (*Danfoss and AstraZeneca*), *Jur.* 2008, I-09549, *LJN* BG7796, *V-N* 2009/3.24, *NTFR* 2008/2508, met commentaar Sanders.

<sup>32</sup> HvJ 31 januari 1984, C-286/82 en 26/83 (*Luisi en Carbone*), *Jur.* 1984, I-00377 (punt 20), *LJN* AC7764, *NJ* 1984/695, met noot Wichers Hoeth en HvJ 16 maart 1999, C-222/97 (*Trummer en Mayer*), *Jur.* 1999, I-01661 (punt 20), *LJN* AD3025, *NJ* 1999/714. Zie ook F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010, blz. 343-344 en C.A.T. Peters & J. Gooijer, ‘Het vrije verkeer van kapitaal met derde landen’, in: *Alle wegen leiden naar Brussel. 50 jaar NOB, 50 jaar Europese jurisprudentie en wetgeving*, Amsterdam: De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2004, blz. 136-138.

<sup>33</sup> HvJ 31 januari 1984, C-286/82 en 26/83 (*Luisi en Carbone*), *Jur.* 1984, I-00377 (punt 21), *LJN* AC7764, *NJ* 1984/695, met noot LWH.

<sup>34</sup> Pb. 1988, L 178, blz. 5.

<sup>35</sup> HvJ 16 maart 1999, C-222/97 (*Trummer en Mayer*), *Jur.* 1999, I-01661 (punt 21), *LJN* AD3025, *NJ* 1999/714. Zie bijvoorbeeld ook HvJ 20 mei 2008, C-194/06 (*Orange European Smallcap Fund NV*), *Jur.* 2008, I-03747 (punt 100), *LJN* BD4760, *BNB* 2008/290, *V-N* 2008/28.11, *NTFR* 2008/1101, met commentaar Douma, *FED* 2008/116, met noot Davits, *NJ* 2008/446, met noot Mok; HvJ 24 mei 2007, nr. C-157/05 (*Holböck*), *Jur.* 2007, I-04051 (punt 33), *LJN* BA7638, *V-N* 2007/27.10, *NTFR* 2007/1083, met commentaar Van Beelen, *FED* 2007/57, met noot Smit; HvJ 2 juni 2005, C-174/04 (*Commissie v. Italië*),



4.11 Wat onder het begrip ‘directe investeringen’ in de zin van artikel 64, eerste lid, van het VwEU dient te worden verstaan is door het HvJ toegelicht in onder meer het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*.<sup>36</sup> In deze zaak heeft het HvJ vastgesteld dat het begrip ‘directe investeringen’ niet in het Verdrag is gedefinieerd (punt 177). Dit begrip is in het Unierecht echter omschreven in de nomenclatuur van het kapitaalverkeer die is opgenomen in bijlage I van de niet langer van kracht zijnde richtlijn 88/361/EEG (punt 178). Het is vaste rechtspraak van het HvJ dat deze nomenclatuur de indicatieve waarde voor het begrip kapitaalverkeer heeft behouden (punt 179).<sup>37</sup> Nieuw in het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation* was de volgende stap, te weten dat de nomenclatuur van het kapitaalverkeer ook voor de uitlegging van het begrip ‘directe investeringen’ die indicatieve waarde heeft (punt 180). Tevens heeft het HvJ overwogen dat de beperkingen van het kapitaalverkeer in verband met directe investeringen of de vestiging in de zin van het huidige artikel 64, eerste lid, van het VwEU ook maatregelen omvatten die de uitkering van daaruit voortvloeiende dividenden beperken (punt 183). Het HvJ overwoog:<sup>38</sup>

“185. (...) dat een beperking van het kapitaalverkeer, zoals een fiscaal ongunstiger behandeling van buitenlandse dividenden, onder artikel 57, lid 1, EG [MP: het huidige artikel 64, eerste lid, van het VwEU] valt voor zover zij verband houdt met deelnemingen die worden genomen teneinde duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven tussen de aandeelhouder en de betrokken vennootschap en die de aandeelhouder de

---

*Jur.* 2005, I-04933 (punt 27) en HvJ 28 september 2006, C-282 en 283/04 (*Commissie v Nederland*), *Jur.* 2006, I-09141 (punt 19), *LJN* AZ2162, *NJ* 2007/129, met noot Mok.

<sup>36</sup> HvJ 12 december 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*), *Jur.* 2006, I-11753, *LJN* AZ6797, *BNB* 2007/130, met noot Wattel, *V-N* 2007/5.9, *NTFR* 2007/125, met commentaar De Kroon. In het arrest *Hölbock* verwijst het HvJ in de punten 33 tot en met 37 naar de hierna weergegeven oordelen in het arrest *Claimants in the FII Group Litigation*; HvJ 24 mei 2007, C-157/05 (*Hölbock*), *Jur.* 2007, I-04051, *LJN* BA7638, *V-N* 2007/27.10, *NTFR* 2007/1083, met commentaar Van Beelen, *FED* 2007/57, met noot Smit.

<sup>37</sup> Het HvJ verwijst naar de arresten HvJ 16 maart 1999, C-222/97 (*Trummer en Mayer*), *Jur.* 1999, I-01661 (punt 21), *LJN* AD3025, *NJ* 1999/714 en HvJ 23 februari 2006, C-513/03 (*Van Hilten-van der Heijden*), *Jur.* 2006, I-01957 (punt 39), *LJN* AV5214, *BNB* 2006/194, met noot Van Vijfeijken, *V-N* 2006/14.22, *NTFR* 2006/353, met commentaar Lucas Luijckx.

<sup>38</sup> In punt 37 van het arrest *Hölbock* verwijst het HvJ naar deze rechtsoverweging; HvJ 24 mei 2007, nr. C-157/05 (*Hölbock*), *Jur.* 2007, I-04051 (punt 37), *LJN* BA7638, *V-N* 2007/27.10, *NTFR* 2007/1083, met commentaar Van Beelen, *FED* 2007/57, met noot Smit.

mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap.”

#### 4.12 Smit concludeert:<sup>39</sup>

“(…) [T]he approach followed by the ECJ (…) is in line with the idea of progressive rather than full liberalization underlying the standstill clause and can be endorsed to the extent the ECJ focuses on the actual new restrictive effects of posterior amendments in national tax legislation which worsen the position of the taxpayer. By doing so, the ECJ gives preference to the objective of international economic integration over Member States’ apparent wish to partially maintain their sovereignty with respect to capital movements between Member States and third countries. To the extent the ECJ focuses solely on the underlying legislation rather than on the actual restrictive effects, the result is less convincing since taxpayers may be able to claim a higher degree of liberalization even though their factual situation has not worsened compared to the situation as would have existed on 31 December 1993.”

---

<sup>39</sup> D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 689.

## 5. Het arrest van de Hoge Raad in meer detail: wat zijn de te vergelijken situaties?

5.1 Na de uiteenzetting over de werkingssfeer van de vrijheid van kapitaalverkeer en de standstill-bepaling in de voorgaande onderdelen, keer ik in deze paragraaf terug naar het arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft in r.o. 3.5.4. geconstateerd dat de Nederlandse inhouding van dividendbelasting op deelnemingsdividenden zoals geregeld in de BRK met ingang van het jaar 2002 is gewijzigd, doordat sprake is van een verhoging van het bronbelastingtarief maar dat geen sprake is van een nieuwe beperking, aangezien de heffing nog altijd op dezelfde hoofdgedachte berust. In de kern komen de voorgelegde vergelijkingen neer op de vraag of de totale belastingdruk moet worden bekeken dan wel of alleen naar de Nederlandse kant van de heffing dient te worden gekeken.<sup>40</sup> Oftewel, in hoeverre beïnvloeden ontwikkelingen buiten de fiscale jurisdictie de begrenzing van de fiscale soevereiniteit van een lidstaat?<sup>41</sup> Om te beoordelen of de verhoging onder de werking van de standstill-bepaling valt, kunnen de volgende situaties worden onderscheiden:

		Voor 1-1-2002	Na 1-1-2002
1	NL bronheffing op dividenden	7,5% dan wel 5%	8,3%
2a	NL bronheffing en wijziging NA winstbelasting (vrijstelling)	7,5% + 2,4-3% <sup>42</sup>	8,3%
2b		5% + 5,5% <sup>43</sup>	8,3%
3	NL bronheffing, wijziging NA winstbelasting (vrijstelling) en NA rullingpraktijk <sup>44</sup>	7,5% + NA rulling dan wel 5% + NA rulling	8,3%

<sup>40</sup> Zie ook de aantekening van de Redactie van V-N in V-N 2011/67.12.

<sup>41</sup> Zie ook het commentaar van Gunn in NTFR 2012/21.

<sup>42</sup> De totale druk zou dan variëren van 9,72% (7,5%+ (100-7,5)\*2,4) tot 10,275% (7,5%+ (100-7,5)\*3).

<sup>43</sup> De totale druk zou dan 10,225 (5%+ (100-5)\*5,5) zijn.

<sup>44</sup> De Hoge Raad overweegt over het in aanmerking nemen van de Nederlands-Antilliaanse rullingpraktijk dat "3.5.10. (...) denkbaar [is] dat de verhoging van de bronheffing op



5.2 Vóór het in aanmerking nemen van de wijziging van de Nederlands-Antilliaanse winstbelasting pleit dat de door Nederland geheven bronbelasting, ingevolge artikel 11, derde lid, letter b BRK aan de Nederlandse Antillen moet worden afgedragen. Nederland verzorgt door de inhouding de heffing van belasting voor de Nederlandse Antillen.<sup>45</sup>

5.3 Tegen het in aanmerking nemen van de Nederlands-Antilliaanse rullingpraktijk pleit dat de gevolgen hiervan voor de belastingdruk per belastingplichtige wellicht verschillend zullen zijn, afhankelijk van de individuele omstandigheden van het geval. Daarbij is niet uit te sluiten dat de effectieve belastingdruk na 2002 van een specifieke belastingplichtige vergeleken met die vóór 1994 is verhoogd.<sup>46</sup>

5.4 Aangezien de beantwoording van de onderzoeksvraag een analyse vergt van het al dan niet in aanmerking nemen van een corresponderende heffing in de staat van ontvangst, zal ik in het volgende onderdeel een drietal zaken over die problematiek behandelen.

---

deelnemingsdividenden (...) een verzwaring inhoudt, afhankelijk van de mate waarin de voorheen bestaande rullingpraktijk de effectieve belastingdruk verminderde.”

<sup>45</sup> Zie het slot van r.o. 3.5.8. in Hoge Raad 23 december 2011, nr. 11/00453, *LJN* BT1530, *V-N* 2011/62.18, *NTFR* 2012/21, met commentaar Gunn, *FED* 2012/33, met noot Meussen.

<sup>46</sup> Zie het slot van r.o. 3.5.10. in Hoge Raad 23 december 2011, nr. 11/00453, *LJN* BT1530, *V-N* 2011/62.18, *NTFR* 2012/21, met commentaar Gunn, *FED* 2012/33, met noot Meussen.

## 6. Een parallel: *Denkavit* en *Amurta*

6.1 Alvorens de arresten *Amurta* en *Denkavit Internationaal BV en Denkavit France SARL* (hierna: *Denkavit*) te bespreken schenk ik eerst kort aandacht aan de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Vrijhandelsassociatie in de zaak *Fokus Bank*.<sup>47</sup> Op grond van een Noorse belastingbepaling was op dividenden uitgekeerd aan inwoners van Noorwegen effectief geen dividendbelasting verschuldigd. Op dividenden uitgekeerd aan niet-Noorse aandeelhouders diende echter 15 percent dividendbelasting te worden ingehouden. In het EER-Verdrag is de vrijheid van kapitaalverkeer op vrijwel identieke wijze vormgegeven als in het EG-Verdrag en het huidige VwEU. Het Hof van Justitie van de Europese Vrijhandelsassociatie heeft overwogen dat de Noorse regeling in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer (punt 26).

De Noorse regering heeft als rechtvaardigingsgrond aangevoerd dat de vestigingsstaten van de aandeelhouders, onder andere vennootschappen gevestigd in Duitsland en Engeland, de Noorse bronheffing op grond van het tussen Noorwegen en Duitsland en respectievelijk Engeland gesloten Dubbelbelastingverdrag verrekenen. Oftewel, volgens de Noorse regering zou de totale belastingdruk op de ontvangen dividenden in ogenschouw dienen te worden genomen. Het Hof van Justitie van de Europese Vrijhandelsassociatie verwerpt deze stelling en overweegt:

“37. In that respect, it suffices to state that a restriction and discrimination, such as that resulting from the tax legislation at issue, can not be offset by advantages which shareholders may obtain in their countries of residence. As a general rule, and supposing that tax advantages do in fact exist, unfavourable tax treatment contrary to a fundamental freedom cannot be justified by the existence of such tax advantages (...). A Contracting Party cannot shift its obligation to comply with the EEA Agreement to another Contracting Party by relying on the latter to make good for discrimination and disadvantages caused by the former’s legislation. Likewise, the principle of legal certainty would require that the granting, or not, of an imputation tax credit to a non-resident shareholder, may not depend on whether a tax credit is granted in his or her state of residence in respect of dividend payments.

38. Accordingly, the Court holds that Article 40 EEA precludes legislation whereby shareholders resident in a specific Contracting Party are granted a

---

<sup>47</sup> Hof van Justitie van de Europese Vrijhandelsassociatie 23 november 2004, E-1/04 (*Fokus Bank*), LJV AV0752, BNB 2005/168, met noot Wattel, V-N 2004/64.19, FED 2005/89, met noot Thomas.

tax credit on dividends paid by a company resident in that Contracting Party, whereas nonresident shareholders are not granted such a tax credit. Whether the taxpayer is resident in another Contracting Party which, in a tax agreement with the Contracting Party upon the territory of which the dividend is distributed, has undertaken to grant credit for withholding tax, or whether the taxpayer in the specific case actually is granted, or will be granted, credit for the withholding tax, is of no legal significance.”

6.2 In het arrest *Denkavit* heeft het HvJ overwogen dat neutralisering in de vestigingsstaat de geconstateerde verschillende behandeling in beginsel wél kan rechtvaardigen. In de voorgelegde casus is dat niet het geval aangezien de Nederlandse deelnemingsvrijstelling maakt dat de in het Dubbelbelastingverdrag voorziene verrekening niet kan worden toegepast aangezien de dividendbetalingen niet in de belastinggrondslag zijn begrepen.<sup>48</sup>

“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 *Denkavit 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.”

Het HvJ concludeert:

“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.”

6.3 Van belang is derhalve dat als gevolg van het van toepassing zijnde Dubbelbelastingverdrag overall uiteindelijk geen verschil in belastingdruk

---

<sup>48</sup> HvJ 14 december 2005, C-170/05 (*Denkavit*), *Jur.* 2006, I-11949, *LJN* AZ6538, *BNB* 2007/132, met noot Wattel, *V-N* 2007/4.24, *NTFR* 2007/126, met commentaar Wolvers, *FED* 2007/11, met noot Smit. De zaak *Denkavit* betrof overigens een intra-EU situatie.

resteert tussen de interne en de grensoverschrijdende situatie. Daarbij houdt het HvJ ook rekening met de fiscale behandeling van het dividend in de vestigingsstaat van de dividendontvanger.

6.4 In het arrest *Amurta* heeft het HvJ onder meer overwogen dat een voordeel dat unilateraal door de vestigingsstaat wordt verleend, in casu een volledig belastingkrediet, de bronstaat niet ontslaat van zijn verplichting dividendontvangende vennootschappen gevestigd in de bronstaat dan wel in een andere lidstaat gelijk te behandelen.<sup>49</sup>

“77. Tevens volgt uit punt 39 van dit arrest [MP: van het onderhavige arrest in de zaak *Amurta*] dat, aangezien deze ontvangende vennootschappen zich met betrekking tot de doelstelling van het voorkomen van dubbele economische belasting in een vergelijkbare situatie bevinden als ontvangende vennootschappen die in Nederland hun zetel hebben (...), het Koninkrijk der Nederlanden verplicht is erop toe te zien dat, wat het in zijn nationale recht vervatte mechanisme ter voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of dubbele economische belasting betreft, in een andere lidstaat gevestigde ontvangende vennootschappen op dezelfde wijze worden behandeld als in Nederland gevestigde ontvangende vennootschappen.

78. Bijgevolg kan het Koninkrijk der Nederlanden zich niet beroepen op het bestaan van een voordeel dat unilateraal wordt verleend door een andere lidstaat, teneinde te ontsnappen aan de ingevolge het Verdrag op hem rustende verplichtingen.”

Een Dubbelbelastingverdrag zou het onderscheid kunnen neutraliseren:

“79. Aan de andere kant valt niet uit te sluiten dat een lidstaat erin slaagt de eerbiediging van zijn uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen te verzekeren door met een andere lidstaat een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting te sluiten (...).

80. Aangezien de belastingregeling die voortvloeit uit een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, deel uitmaakt van het op het hoofdgeding toepasselijke rechtskader en als zodanig door de verwijzende rechterlijke instantie is gepresenteerd, dient het Hof hiermee rekening te houden om een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te geven (...).

81. Zoals de advocaat-generaal in punt 85 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan evenwel uit niets in de verwijzingsbeslissing worden opgemaakt dat het Gerechtshof te Amsterdam aan de relevante bepalingen van het DBV heeft willen refereren.

82. Het staat aan de nationale rechter om te bepalen welk recht op het hoofdgeding van toepassing is.”

---

<sup>49</sup> HvJ 8 november 2007, nr. C-379/05 (*Amurta*), *Jur.* 2007, I-09569, *LJN* BB9570, *NJ* 2008/54, met noot Mok, *V-N* 2007/57.16, *NTFR* 2007/2100, met commentaar Wolvers. De zaak *Amurta* betrof overigens eveneens een intra-EU situatie.

## 6.5 O'Brien schrijft over de neutralisering in de vestigingsstaat van de dividendontvanger:<sup>50</sup>

“The Court’s primary concern with respect to outbound dividends is, as with inbound dividends, that measures imposed by a single Member State do not result in a restriction on cross border capital movements. The Court regards the subjection of corporate profits to a series of tax charges (...) by a single Member State as restricting free movement of capital where the Member State offsets the double taxation for its residents, but not for non-residents. (...) The Court (...) ruled that unilateral tax relief provided by the recipient’s home state could not “neutralise” the restrictive effect of the Netherlands withholding tax. At least in theory, the Court accepted that relief provided in a DTC could neutralize the restriction, but the Court gave no guidance as to what type of relief would have this effect. *Amurta* indicates that withholding tax on dividends will in many instances be incompatible with free movement of capital, and it is difficult to see how this would not also constitute a prohibited restriction in third country context.

(...)

The ECJ will take into account, as part of the legal context, the provisions of a DTC to determine whether, on the basis of domestic law and the actual effect of the tax in combination, there is unequal treatment or a restriction of a fundamental freedom. (...) In *Amurta*, the ECJ confirmed the principle that the source Member State may not rely on a tax advantage granted unilaterally (i.e. in its domestic law) by the home Member State to avoid its obligation to treat outbound dividends equally to domestic dividends. However, a tax advantage provided in a DTC may be taken into account. In principle, it seems that if the effect of a DTC is to eliminate any inequality in treatment or a restrictive effect, a Member State’s tax law will not be incompatible with a Treaty freedom. (...) It seems that a Member State can defend an otherwise restrictive tax measure in its own domestic law by demonstrating that the measure’s restrictive or discriminatory effects are offset by obligations imposed by a DTC on that Member State to provide relief.”

6.6 Na de parallel met de grensoverschrijdende intra-EU dividendbetaling te hebben besproken, zal ik in het volgende onderdeel een zaak van het HvJ behandelen waarin eveneens aandacht wordt geschonken aan de corresponderende behandeling van de betaling in de staat van ontvangst.

---

<sup>50</sup> M. O'Brien, 'Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues', *British Tax Review* 2008 nr. 6, blz. 628 en 649-650.

## 7. Nog een parallel: *Schempp*

7.1 In het arrest *Schempp* over grensoverschrijdende alimentatiebetalingen die voor de heer Schempp, inwoner van Duitsland, alleen aftrekbaar waren indien zij bij zijn voormalig echtgenote, inmiddels woonachtig in Oostenrijk, belast waren, heeft het HvJ over de Duitse regeling overwogen.<sup>51</sup>

“24. Zoals de advocaat-generaal in punt 19 van zijn conclusie, zakelijk weergegeven, heeft opgemerkt, houdt de in het hoofdgeding toepasselijke nationale regeling voor het bepalen van de aftrekbaarheid van de door een in Duitsland wonende belastingplichtige aan een in een andere lidstaat wonende ontvanger betaalde alimentatie rekening met de fiscale behandeling van deze alimentatie in de woonstaat van de ontvanger. Hieruit volgt noodzakelijkerwijs dat de omstandigheid dat Schempps voormalige echtgenote in casu gebruik heeft gemaakt van haar in artikel 18 EG bepaalde recht om in een andere lidstaat te reizen en te verblijven, invloed heeft op de mogelijkheid voor haar voormalige echtgenoot om de aan haar betaalde alimentatie in Duitsland van zijn belastbaar inkomen af te trekken.”

De aftrek is voor Schempp dus afhankelijk van de belastbaarheid van de alimentatieontvangsten bij zijn voormalige echtgenote. Als de voormalige echtgenote van Schempp in Duitsland was blijven wonen, waren de ontvangen alimentaties voor haar eveneens niet belast nu het totaal van die bedragen onder de door Duitsland gehanteerde drempel lag vanaf waar belasting is verschuldigd. Voor het HvJ maakt dit de zaak niet anders nu sprake is van verschillende situaties die niet gelijk hoeven te worden behandeld:

“39 (...) [D]e omstandigheid dat een alimentatie om die reden [MP: het niet boven de drempel uitkomen van de ontvangsten] in Duitsland niet wordt belast, [kan] geenszins worden gelijkgesteld met de situatie in Oostenrijk, waar deze uitkering niet belastbaar is, aangezien de fiscale gevolgen van deze situaties ter zake van de inkomstenbelasting voor de betrokken belastingplichtigen verschillen.”

7.2 Meussen schrijft hierover in *BNB*:<sup>52</sup>

“Kennelijk wenst het Hof van Justitie de in het geding zijnde regelgeving slechts in abstracto te toetsen, zonder daarbij de situatie van de individuele belastingplichtige in ogenschouw te nemen. Het Hof zou immers ook hebben

<sup>51</sup> HvJ 12 juli 2005, C-403/03 (*Schempp*), *Jur.* 2005, I-06435, *LJN* AV0991, *BNB* 2005/342, met noot Meussen, *V-N* 2005/36.14, *NTFR* 2005/1756.

<sup>52</sup> *BNB* 2005/342.

kunnen oordelen dat aan Schempp wél een aftrekrecht moet worden toegestaan indien en voorzover onder gelijkblijvende omstandigheden de alimentatie-uitkeringen bij zijn voormalige echtgenote, indien zij wel in Duitsland zou hebben gewoond, feitelijk niet in de Duitse belastingheffing zouden zijn betrokken. (...) [Het] zou mijn voorkeur hebben gehad indien het Hof van Justitie meer op detailniveau was afgedaald en zou hebben geoordeeld dat de Duitse regeling discriminatoir is indien en voorzover in een vergelijkbare 'Duitse' situatie wel recht op aftrek zou hebben bestaan, terwijl de alimentatie-uitkeringen aldaar niet belast zijn omdat zij bij de voormalige echtgenote onder de belastingvrije voet blijven. Alsdan worden twee economisch gelijke situaties ook fiscaal gelijk behandeld.”

7.3 Na de bespreking van een viertal directe belastingzaken in deze en de voorgaande paragraaf maak ik in het volgende onderdeel een uitstapje naar de douane en de omzetbelasting.



## 8. Een uitstapje: douane en omzetbelasting

8.1 De zaak *Société Cadi Surgelés*<sup>53</sup> ging over de heffing van het zogenoemde ‘octroi de mer’ en het ‘bijkomend recht’, dat door de douaneadministratie werd geheven bij de invoer van goederen, die afkomstig waren uit andere regio’s van Frankrijk, andere lidstaten en derde landen, in de Franse overzeese departementen. Bij de invoering van het gemeenschappelijk douanetarief op 1 juli 1968 werd in deze overzeese gebieden een ‘octroi de mer’ geheven over alle ingevoerde goederen (punt 4 van het arrest). Aan het HvJ was de vraag voorgelegd of het Verdrag zich ertegen verzet dat een lidstaat bij de invoer van goederen uit niet door een bijzondere overeenkomst met de Gemeenschap verbonden derde landen heffingen van gelijke werking als een douanerecht toepast, zoals het onderhavige ‘octroi de mer’ en bijkomend recht (punt 12). Het HvJ overwoog eerst in algemene zin:

“13. In artikel 9, lid 1, van het Verdrag is bepaald, dat de Gemeenschap is gegrondvest op een douane-unie, welke zich uitstrekt over het gehele goederenverkeer. Deze unie brengt zowel het verbod van alle in- en uitvoerrechten en van alle heffingen van gelijke werking, als de invoering van een gemeenschappelijk douanetarief in het handelsverkeer tussen de Lid-Staten en derde landen mee.

14. Volgens vaste rechtspraak wordt met dit gemeenschappelijk douanetarief de gelijkstelling beoogd van de douanerechten die aan de grenzen van de Gemeenschap op de uit derde landen ingevoerde produkten drukken, teneinde distorsies in het interne vrije verkeer of in de mededingingsvoorwaarden te voorkomen (...).”

In punt 18 verwijst het HvJ naar r.o. 22 van het arrest *Diamantarbeiders* waarin het HvJ overwoog:<sup>54</sup>

“22. Overwegende dat op de gestelde vragen derhalve dient te worden geantwoord dat de Lid-Staten sedert de instelling van het gemeenschappelijk douanetarief niet eenzijdig nieuwe heffingen op rechtstreekse importen uit derde landen kunnen leggen of het peil van de op die datum bestaande heffingen kunnen verhogen (...).”

Het is de lidstaten niet toegestaan eenzijdig, bovenop de krachtens de gemeenschapsregeling verschuldigde rechten, nog binnenlandse

<sup>53</sup> HvJ 7 november 1996, nr. C-126/94 (*Société Cadi Surgelés*), *Jur.* 1996, I-05647, LJV BF4121.

<sup>54</sup> HvJ 13 december 1973, C-37/73 en 38/73 (*Diamantarbeiders*), *Jur.* 1973, I-1609.



vergoedingen te heffen. Dat zou immers in strijd zijn met de gedachte van de interne markt. De gemeenschapsregeling zou als gevolg daarvan haar noodzakelijke eenvormige karakter verliezen, aldus het HvJ in punt 19. Het HvJ vervolgt over reeds bestaande heffingen:

“20. Dit geldt evenwel niet voor de heffingen van gelijke werking als douanerechten die reeds bestonden op het tijdstip van inwerkingtreding van het gemeenschappelijk douanetarief, te weten 1 juli 1968 (hierna: “bestaande heffingen”). Immers, in voornoemd arrest *Diamantarbeiders* heeft het Hof weliswaar verklaard dat de totstandbrenging van de gemeenschappelijke handelspolitiek de opheffing van alle nationale fiscale en commerciële dispariteiten in het handelsverkeer met derde landen dient mee te brengen (...), maar heeft het ook geoordeeld dat verlaging of opheffing van bestaande heffingen een optreden van de Gemeenschap veronderstelt en derhalve onder de gemeenschapsinstellingen ressorteert (...).

(...)

22. Enkel een heffing die, gelet op al haar wezenlijke kenmerken, identiek is aan een reeds op 1 juli 1968 geldende heffing, kan derhalve als een bestaande heffing worden aangemerkt.

23. Om vast te stellen of de onderhavige heffingen als een bestaande heffing moeten worden aangemerkt, dient de nationale rechter de op deze heffingen toepasselijke regels te vergelijken met de op 1 juli 1968 geldende regels. Daarbij dient hij rekening te houden met alle elementen die kenmerkend zijn voor een heffing, zoals de benaming, het belastbare feit, de heffingsgrondslag, de toepassingscriteria, de kring van daaraan onderworpen personen en de bestemming van de opbrengst.”

Van belang is dus om vast te stellen dat sprake dient te zijn van een heffing die, gelet op al haar wezenlijke kenmerken, identiek is aan een reeds op 1 juli 1968 bestaande heffing. Daarbij dient de nationale rechter een vergelijking te maken tussen de gewraakte regeling en de op 1 juli 1968 bestaande regeling. Het HvJ overweegt vervolgens dat als sprake is van een bestaande heffing, nagegaan dient te worden of zij na 1 juli 1968 is verhoogd:

“27. (...) Uit voornoemd arrest *Diamantarbeiders* volgt immers dat iedere verhoging na 1 juli 1968, hoe gering ook, onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

28. (...) Per produkt waarop in casu de heffing is toegepast, zou derhalve het thans ter zake van de heffing verschuldigde bedrag moeten worden vergeleken met het bedrag dat op grond van de op 1 juli 1968 geldende regels aan heffing verschuldigd zou zijn voor een zelfde produkt, uitgaande van een gelijke waarde. Het surplus dient als onverenigbaar met het Verdrag te worden beschouwd.”

Van een bestaande heffing is derhalve alleen het surplus onverenigbaar met het Verdrag.

8.2 De Zesde richtlijn (77/388EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz. 1; hierna: “Zesde richtlijn”) bevat ook een standstill-bepaling in artikel 17, zesde lid:<sup>55</sup>

“Uiterlijk binnen vier jaar te rekenen vanaf de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn, bepaalt de Raad, op voorstel van de Commissie, met eenparigheid van stemmen, voor welke uitgaven geen recht op aftrek van de [btw] bestaat. De uitgaven die geen strikt professioneel karakter hebben, zoals weelde-uitgaven en uitgaven voor ontspanning of representatie, zijn in elk geval van het recht op aftrek uitgesloten. Totdat de hierboven bedoelde voorschriften in werking treden kunnen de lidstaten elke uitsluiting handhaven waarin hun wetgeving ten tijde van de inwerkingtreding van deze richtlijn voorzag.”

8.3 In het arrest *Magoora* over de aftrek van btw over de aankoop van brandstof voor bepaalde voertuigen los van het gebruiksdoel ervan, heeft het HvJ overwogen dat een beperking van het aftrekrecht om onder de standstill-bepaling van artikel 17, zesde lid, van de Zesde richtlijn te vallen, niet mag worden uitgebreid:<sup>56</sup>

“45. (...) Het [MP: artikel 17, zesde lid, tweede alinea, van de Zesde richtlijn] verzet zich hoe dan ook ertegen dat een lidstaat zijn op dat tijdstip [MP: bij de omzetting van de Zesde richtlijn in nationaal recht] in werking getreden wetgeving naderhand wijzigt in die zin dat daardoor de werkingssfeer van die beperkingen wordt uitgebreid ten opzichte van de vóór dat tijdstip bestaande situatie.”

8.4 In het arrest *Puffer*, over het recht op aftrek van voorbelasting van de kosten voor oprichting van een gebouw dat is bestemd om te behoren tot het bedrijfsvermogen, heeft het HvJ in soortgelijke zin overwogen:<sup>57</sup>

“86. Een nationale regeling vormt daarentegen geen door artikel 17, lid 6, tweede alinea, van de Zesde richtlijn toegestane afwijking (...) indien zij de

---

<sup>55</sup> Als geciteerd in punt 3 van het in de volgende voetnoot nader gedefinieerde arrest *Magoora*.

<sup>56</sup> HvJ 22 december 2008, C-414/07 (*Magoora*), *Jur.* 2008, I-10921, *LJN* BG9385, *V-N* 2009/3.25, *NTFR* 2009/52. Zie ook D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 686-687.

<sup>57</sup> HvJ 23 april 2009, C-460/07 (*Puffer*), *Jur.* 2009, I-03251, *LJN* BI3057, *V-N* 2009/25.17, *NTFR* 2009/1030, met commentaar Sanders.

draagwijdte van de bestaande uitsluitingen na de inwerkingtreding van de richtlijn uitbreidt en zich daardoor van de doelstelling van de richtlijn verwijdt (...).”

Het HvJ past vervolgens de leer uit het arrest *Holböck* ook toe in deze zaak over omzetbelasting:

“87. De in artikel 17, lid 6, van de Zesde richtlijn toegestane afwijking geldt ook voor een bepaling die op de voornaamste punten identiek is aan de vroegere wetgeving of die daarin alleen een belemmering voor de uitoefening van de communautaire rechten en vrijheden in de vroegere wetgeving vermindert of opheft. Daarentegen kan een wettelijke regeling die op een andere hoofdgedachte berust dan de vorige en nieuwe procedures invoert, niet worden gelijkgesteld met de wettelijke regeling die bestaat op het door de betrokken gemeenschapshandeling bepaalde tijdstip (zie in die zin (...) reeds aangehaald arrest *Holböck*, punt 41).”

8.5 Smit schrijft dat niet van belang is dat andere belastingplichtigen mogelijk slechter af zijn na een wijziging.<sup>58</sup> Hij verwijst hierbij naar punt 70 van het arrest *X Holding en Oracle Nederland* waarin, heel kort gezegd, de verenigbaarheid van het Besluit uitsluiting aftrek omzetbelasting 1968 met EU-recht aan de orde kwam:<sup>59</sup>

“70. Zoals de advocaat-generaal in punt 86 van zijn conclusie heeft opgemerkt, betekent de enkele mogelijkheid dat een dergelijk ongunstig effect zich kan voordoen, evenwel niet dat een dergelijke, na de inwerkingtreding van de Zesde richtlijn opgetreden, wijziging van de regeling in strijd is met artikel 17, lid 6, van die richtlijn, wanneer deze wijziging in zijn algemeenheid voordeliger is voor de belastingplichtigen dan de eerder bestaande regeling. In deze omstandigheden doet het bestaan van een dergelijk opzichzelfstaand of uitzonderlijk geval, zelfs indien het was bewezen, niet af aan het beginsel dat de na de inwerkingtreding van de Zesde richtlijn vastgestelde wijziging van de nationale regeling de werkingssfeer van de voordien bestaande uitsluitingen van het recht van aftrek heeft beperkt.”

---

<sup>58</sup> D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 685.

<sup>59</sup> HvJ 15 april 2010, C-538/08 en 33/09 (*X Holding en Oracle Nederland*), *Jur.* 2010, I-03129, *LJN* BM2199, *BNB* 2010/220, met noot Hummel, *V-N* 2010/19.22, *NFR* 2010/1023, met commentaar Sanders.

## 9. Analyse

9.1 Na de bespreking in de voorgaande onderdelen van onder meer de te vergelijken situaties en te trekken parallellen kom ik nu toe aan de analyse. De vraag of de verhoging met ingang van het jaar 2002 van de door Nederland als bronheffing geheven dividendbelasting op deelnemingsdividenden zoals geregeld in artikel 11 van de BRK onder de werking van de standstill-bepaling als opgenomen in artikel 64 VwEU valt, laat zich niet gemakkelijk beantwoorden. In de literatuur is, voor zover ik heb kunnen nagaan, de beantwoording niet aan de orde gekomen. Dat kan te maken hebben met de specifieke omstandigheden van het geval of met het feit dat voordat het HvJ aan deze vraag toekomt het eerst de twee voorvragen die ik niet inhoudelijk bespreek, te weten of de 'eigen' LGO als een derde land kwalificeert en of de vrijheid van kapitaal in dit geval de vrijheid van vestiging verdrukt, bevestigend dient te beantwoorden (zie 1.3).

9.2 Wat de onderhavige zaak moeilijk maakt is dat geen sprake is van een echte derde landen situatie. Met welk ander derde land zou Nederland de afspraak maken dat zij de heffing van bronbelasting op zich neemt om vervolgens de opbrengst geheel door te betalen aan dat derde land (zie 5.3).

9.3 Uit de tekst van artikel 11 van de BRK volgt dat de hoofdregel is dat dividenden mogen worden belast in de vestigingsstaat van het ontvangende lichaam (eerste lid). Het tweede lid maakt hierop een uitzondering voor de inhouding van een bronbelasting van maximaal 15 percent. Het derde lid maakt vervolgens daarop een uitzondering voor dividenden die vanuit Nederland zijn verschuldigd aan een dividendontvangend lichaam op de Nederlandse Antillen. In dat geval bedraagt de bronheffing ten hoogste 8,3 percent indien het ontvangende lichaam kort gezegd tenminste 25 percent van de aandelen in het uitkerende lichaam houdt én op de Nederlandse Antillen met de bronbelasting formeel of in feite niet zodanig rekening wordt gehouden dat de feitelijke gecombineerde belastingdruk op de Nederlandse Antillen minder dan 8,3 percent bedraagt (onderdeel a van het derde lid). De

aan de Nederlands-Antilliaanse overheid overgemaakte opbrengst wordt gekort indien bij de definitieve aanslagregeling blijkt dat de feitelijke gecombineerde belastingdruk lager is dan 8,3 percent. In dat geval bedraagt de korting het hierop betrekking hebbende bedrag (aldus onderdeel b van het derde lid). Daarnaast is in dat geval geen 8,3 percent verschuldigd, maar 15 percent. Voor deze wijziging per 1 januari 2002 was van een doorbetaling en eventuele korting geen sprake.

9.4 Uit de wetsgeschiedenis behorende bij de wijziging van de Belastingregeling voor het Koninkrijk 1964 (belastingheffing deelnemingsdividenden) is opgemerkt dat:<sup>60</sup>

“(…) vooralsnog [is] gekozen voor een formule die in combinatie met het Nieuw Fiscaal Raamwerk voor belastingplichtige de bestaande situatie materieel continueert (...). (...) Uitgangspunt is handhaving van de huidige effectieve druk, terwijl de hieruit voortvloeiende belastingopbrengst volledig ten bate zal komen van de Nederlandse Antillen. Deze benadering past in het door Nederland in de relatie tussen de landen van het Koninkrijk voorgestane beleid dat, indien over deelnemingsdividenden die worden betaald aan inwoners van de landen overzee adequaat wordt geheven, het ingevolge artikel 11 van de Belastingregeling voor het Koninkrijk in beginsel aan Nederland toekomende bedrag naar die landen toevloeit.”

Deze wijzigingen waren een gevolg van de internationale discussie, zowel in EU- als in OESO-verband, over schadelijke belastingconcurrentie.<sup>61</sup>

9.5 Om als kapitaalverkeerbeperkende maatregel te kunnen worden gesauveerd, dient op basis van artikel 64, eerste lid, van het VwEU sprake te zijn van een bestaande beperking. De geconstateerde beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer kan slechts in stand blijven indien sprake is van eenzelfde of een kleinere beperking. Een tekstuele analyse van dit artikel brengt ons niet verder. Ook de aan een uitzondering op een hoofdregel toe te passen strikte toepassing doet dat niet. De tekst van artikel 64 van het VwEU geeft geen antwoord op de vraag of bij de bepaling of sprake is van een verhoging rekening mag worden gehouden met een corresponderende wijziging in het andere land.

<sup>60</sup> *Kamerstukken II 2000/01, 27 910 (R 1695), nr. 3, blz. 1-2.*

<sup>61</sup> *Kamerstukken II 2000/01, 27 910 (R 1695), nr. 3, blz. 2-3.*

9.6 Dat maakt dat andere interpretatiemethoden moeten worden beproefd. Daarbij zal ik eerst ingaan op de situatie dat geen rekening wordt gehouden met de Nederlands Antilliaanse rullingpraktijk. Wellicht zou naar analogie het neutraliseringargument uit *Denkavit* en *Amurta*, intra-EU zaken, kunnen worden toegepast. Punten 45 en 46 van *Denkavit* (zie 6.2) zouden dan na het accepteren van de BRK als Dubbelbelastingverdrag, welke stap mij overigens niet zo groot lijkt na de veronderstelling dat de Nederlandse Antillen echte derde landen zijn, aanleiding kunnen geven tot een overall benadering waarbij geen verhoging in belastingdruk kan worden geconstateerd tussen de situatie vóór en de situatie na de wijziging per 1 januari 2002. De toepassing van de BRK zou in dit geval tot gevolg hebben dat in de situatie voor 1 januari 2002 de totale druk maximaal 10,225 percent was, terwijl dit in de situatie na 1 januari 2002 8,3 percent zou zijn (zie 5.1).

9.7 In punt 78 van *Amurta* (zie 6.4) oordeelde het HvJ dat de bronstaat zich niet kan beroepen op het bestaan van een voordeel dat unilateraal wordt verleend door een andere lidstaat. Als dit arrest zou kunnen worden toegepast, behoeft Nederland bij de vraag of sprake is van een verhoging geen rekening te houden met de Nederlands Antilliaanse rullingpraktijk. Deze analogie voelt enerzijds wat vreemd aangezien door het niet toepassen van het unilaterale voordeel een beperking wordt gesauveerd die vanuit alleen Nederlandse optiek juist een vergroting van de bestaande beperking inhoudt. Anderzijds zou kunnen worden gesteld dat *Amurta* is geweest in een intra-EU situatie en dat derhalve in een derde landen situatie des te meer reden is geen rekening te houden met de Nederlands Antilliaanse rullingpraktijk aangezien Nederland geen gebruik kan maken van de intra-EU geldende mogelijkheden om inlichtingen te verkrijgen. Daar kan overigens tegenin worden gebracht dat artikel 37 van de BRK voorziet in een uitwisseling van inlichtingen.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Vgl. HvJ 18 december 2007, C-101/05 (*Skatteverket v. A*), *Jur.* 2007, I-11531 (punt 31), *LJN* BC3212, *V-N* 2008/7.14, *NTFR* 2008/46, met commentaar Thomas, *FED* 2008/57, met noot Smit en M.M.A. van Graafeiland, 'Ontwikkelingen EU-recht; CCCTB. Verslag van de

9.8 Punt 79 van het arrest *Amurta* (zie 6.4) helpt ons niet verder: een lidstaat kan erin slagen de eerbiediging van zijn uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen te verzekeren door met een andere staat een Dubbelbelastingverdrag te sluiten, maar dit zegt niets over het wel of niet in aanmerking nemen van de Nederlands Antilliaanse rullingpraktijk.

9.9 Kan het arrest *Schempp* (zie 7.1) behulpzaam zijn voor de oplossing van de onderhavige zaak? Enerzijds valt, parallel aan punt 24 van dat arrest, uit de wetsgeschiedenis omtrent de wijziging van artikel 11 van de BRK op te maken dat de wijzigingen in Nederland samenhangen met de wijzigingen op de Nederlandse Antillen (zie 9.4). Anders gezegd, de wijziging van artikel 11 van de BRK valt alleen te begrijpen wanneer de corresponderende situatie op de Nederlandse Antillen in ogenschouw wordt genomen. Als ik de redenering van Meussen (zie 7.2) kopieer naar de onderhavige situatie zou de verhoging van de bronbelasting naar 8,3 percent slechts dan niet gesauveerd worden door de standstill-bepaling indien en voor zover de totale belastingdruk op het ontvangen dividend hoger is dan in de situatie voor 1 januari 2002. Het HvJ toetst echter, zoals hij schrijft, in abstracto, dus zonder de situatie van de individuele belastingplichtige in ogenschouw te nemen. Dat zou er m.i. voor pleiten geen rekening te houden met de rullingpraktijk op de Nederlandse Antillen, aangezien die per definitie is toegesneden op de individuele belastingplichtige. Uit punt 39 van het arrest *Schempp* zou m.i. kunnen worden opgemaakt dat de behandeling in de staat van ontvangst niet relevant is. Deze overweging zou zo kunnen worden uitgelegd dat in de onderhavige situatie in ieder geval niet met de Nederlands Antilliaanse rullingpraktijk rekening dient te worden gehouden. Daarbij dient wel te worden aangetekend dat ook *Schempp* een situatie tussen lidstaten betrof en de onderhavige situatie, als het HvJ tot die conclusie komt, een situatie betreft tussen een lidstaat en een derde land. Daarnaast betreft het arrest *Schempp* niet de inhouding van een bronbelasting, maar de mogelijke aftrekbaarheid van

---

rondetafelbijeenkomst gehouden op 2 en 3 november 2011 te Zeist', *WFR* 2012/411, blz. 413.



persoonlijke onderhoudsverplichtingen. Gezamenlijk maakt dit het arrest *Schempp* mijns inziens van minder waarde voor de oplossing van de in de inleiding gestelde vraag dan de arresten *Denkavit* en *Amurta*.

9.10 Rekening houdend met alle elementen die kenmerkend zijn voor de onderhavige dividendbelasting zou m.i. naar analogie van het arrest *Société Cadi Surgelés* (zie 8.1) moeten worden geconcludeerd dat sprake is van een bestaande heffing. Het arrest *Société Cadi Surgelés* geeft geen antwoord op de vraag of in de onderhavige zaak de corresponderende heffing op de Nederlandse Antillen in ogenschouw dient te worden genomen. Bij importheffingen is immers geen sprake van een corresponderende heffing. Wel stelt het HvJ in punt 28 van *Société Cadi Surgelés* dat het “thans ter zake van de heffing verschuldigde bedrag moet worden vergeleken met het bedrag dat op grond van de op 1 juli 1968 geldende regels aan heffing verschuldigd zou zijn”. Als hieruit een overall benadering is af te leiden, zou de verhoging aan Nederlandse zijde in de onderhavige zaak met ingang 1 januari 2002 geen overall verhoging zijn. De Nederlands Antilliaanse rullingpraktijk is mijns inziens niet te begrijpen onder de op 31 december 1993 bestaande regels, maar berust op Nederlands Antilliaans beleid. Zo met dit beleid wel rekening dient te worden gehouden, is slechts het surplus onverenigbaar met het Verdrag.<sup>63</sup> Hoe een en ander in de praktijk zou moeten worden geëffectueerd, is echter niet duidelijk. Een wettelijke basis lijkt te ontbreken, maar aangezien Europees recht van een hogere orde is en direct werkt, zou dat mijns inziens niet uit moeten maken. Het is aan de lidstaten om de geconstateerde beperking weg te nemen.

9.11 In het geval van de standstill-bepaling is van belang dat de belastingplichtige niet met een hogere heffing wordt geconfronteerd dan voor de wijziging van de BRK. Smit schrijft in dit verband dat “(...) the ECJ focuses on the actual new restrictive effects of posterior amendments in national tax

---

<sup>63</sup> D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011, blz. 693-694.



legislation which worsen the position of the taxpayer” (zie 4.12) en dat niet van belang is dat andere belastingplichtigen mogelijk slechter af zijn na een wijziging. Dit laatste leidt genoemde auteur af uit het arrest *X Holding and Oracle Nederland*. Dit arrest betreft een omzetbelasting-zaak. Aangezien het HvJ in een eerdere omzetbelasting-zaak, *Puffer* (zie 8.4) expliciet verwijst naar het voor de directe belastingen gewezen arrest *Holböck* zie ik geen reden waarom de conclusie dat de wijziging in zijn algemeenheid voordeliger is (punt 70 van het arrest in de zaak *X Holding en Oracle Nederland*; zie 8.5) niet zou kunnen worden doorgetrokken naar de onderhavige zaak.

## 10. Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de rechtspraak van het HvJ geen pasklaar antwoord geeft op de vraag of voor de vaststelling of sprake is van een verhoging in de zin van de standstill-bepaling rekening dient te worden gehouden met de feitelijke situatie in het andere land. Ik zie echter niet in waarom je geen rekening zou moeten houden met de corresponderende wijzigingen in het andere land. Het gaat er immers om dat de positie van de dividendontvangende vennootschap niet verslechtert na de wijziging. Naar analogie van de arresten *Denkavit* en *Amurta* in combinatie met *X Holding en Oracle Nederland*, waaruit volgt dat het Dubbelbelastingverdrag deel uitmaakt van het toepasselijke rechtskader en de wijziging in zijn algemeenheid voordeliger is, zou naar mijn mening moeten worden geconcludeerd dat in ieder geval rekening moet worden gehouden met de vanaf 1 januari 2002 van kracht zijnde corresponderende wijziging in de winstbelasting op de Nederlandse Antillen. Een overall benadering zou mijns inziens het meeste rechtdoen aan de beantwoording van de in de inleiding gestelde vraag.

Uit het arrest *Amurta* in combinatie met *Société Cadi Surgelés* zou naar mijn zienswijze moeten volgen dat geen rekening dient te worden gehouden met de Nederlands Antilliaanse rullingpraktijk. Uit *Société Cadi Surgelés* zou mijns inziens kunnen worden afgeleid dat de Nederlands Antilliaanse rullingpraktijk niet is aan te merken als op 31 december 1993 geldende regels.

Resumerend concludeer ik derhalve, abstraherend van de casus van HR 23 december 2011, nr. 11/00453 en bevestigende beantwoording van de prealabele vragen, dat de vraag of de verhoging met ingang van het jaar 2002 van de door Nederland als bronheffing geheven dividendbelasting op deelnemingsdividenden zoals geregeld in artikel 11 van de BRK onder de werking van de standstill-bepaling als opgenomen in artikel 64 VwEU valt, bevestigend dient te worden beantwoord. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de corresponderende wijzigingen op de Nederlandse Antillen, maar niet met de daar voorheen geldende rullingpraktijk.

## 11. Literatuurlijst

### Boeken:

1. F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010;
2. M. Dahlberg, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, Den Haag: Kluwer Law International 2005;
3. B.J. Kiekebeld en J.A.R. van Eijdsen, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2009;
4. J.J.A.M. Korving, *Europees belastingrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011;
5. K.J.M. Mortelmans, 'The Functioning of the Internal Market: The Freedoms', in: P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren Van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008;
6. C.A.T. Peters & J. Gooijer, 'Het vrije verkeer van kapitaal met derde landen', in: *Alle wegen leiden naar Brussel. 50 jaar NOB, 50 jaar Europese jurisprudentie en wetgeving*, Amsterdam: De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs 2004;
7. P. Plansky, 'The impact of the fundamental freedoms on tax treaties with third countries', in: M. Lang, J. Schuch & C. Staringer, *Tax treaty law and EC law*, Wenen: Linde 2007;
8. D.S. Smit, *Freedom of Investment between EU and Non/EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union*, Tilburg: Tilburg University 2011;
9. D.S. Smit & B.J. Kiekebeld, *EC free movement of capital, income taxation and third countries: four selected issues*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008;
10. B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012;

11. D.M. Weber, *Belastingontwijking en de EG-Verdragsvrijheden. Een onderzoek naar de Europeesrechtelijke grenzen van de bestrijding van belastingontwijking*, Kluwer: Deventer 2003.

Tijdschriftartikelen:

1. A. Cordewener, G.W. Kofler & C.P. Schindler, 'Free movement of capital, third country relationships and national tax law: an emerging issue before the ECJ', *European Taxation* March 2007, blz. 107-119;
2. R. Fontana, 'Direct Investments and Third Countries: Things are Finally Moving ... in the Wrong Direction', *European Taxation* oktober 2007, blz. 431-436;
3. M.M.A. van Graafeiland, 'Ontwikkelingen EU-recht; CCCTB. Verslag van de rondetafelbijeenkomst gehouden op 2 en 3 november 2011 te Zeist', *WFR* 2012/411, blz. 411-417.
4. M. O'Brien, 'Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues', *British Tax Review* 2008 nr. 6, blz. 628-632;
5. C.H.J.I. Panayi, 'The Fundamental Freedoms and Third Countries: Recent Perspectives', *European Taxation* November 2008, blz. 571-582;
6. C.A.T. Peters & J. Gooijer, 'The free movement of capital and third countries: some observations', *European Taxation* November 2005, blz. 475-481;
7. D.S. Smit, 'Capital movements and third countries: the significance of the standstill-clause ex-Article 57(1) of the EC-Treaty in the field of direct taxation', *EC Tax Review* 2006-4, blz. 203-214;
8. D.M. Weber, 'Het Bosal Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen', *WFR* 2003/1844, blz. 1844-1868.