

**DE AFDRACHTSVERMINDERING VERSUS
DE VRIJHEID VAN KAPITAALVERKEER**

MAASTRICHT UNIVERSITY

NAAM: CLAUDIA SOPHIA HELMER

I-NUMMER: I6032381

BEGELEIDER: PROF. RAINER PROKISCH

DATUM: 3 AUGUSTUS 2015

TOTAAL AANTAL WOORDEN: 26.516

(WAARVAN SCRIPTIE: 16.127 & BIJLAGE: 8.744)

Voorwoord

Bij het inleveren van deze scriptie heb ik begrepen wat een wielrenner na een zware etappe ervaart als hij de eindstreep passeert. Af en toe heb ik moeten klimmen, maar toch denk ik voldaan terug aan deze rit. Om overzicht te houden en de samenhang in de materie te krijgen, heb ik de relevante arresten samengevat en in schema's gezet. De samenvattingen zijn in de bijlage opgenomen.

Deze scriptie heb ik mede te danken aan de deskundige hulp die mij in het zadel heeft gehouden. Ik wil dit voorwoord dan ook gebruiken om mijn scriptiebegeleider van Loyens en Loeff, Dennis Schäfer hartelijk te danken. Hij heeft me goed begeleid en gestimuleerd bij mijn onderzoek. Daarnaast bedank ik Prof. Förster en Felix Staaden die mij vanuit de Universität Düsseldorf hebben geholpen bij de Duitse wetgeving van beleggingsinstellingen. Tijdens de eindfase van het schrijven van mijn scriptie heeft Jasper Korving de moeite genomen om mijn hele scriptie te becommentariëren. Hiervoor ben ik hem zeer dankbaar. Tot slot spreek ik mijn dank uit aan mijn scriptiebegeleider Prof. Dr. Rainer Prokisch die mij enorm heeft gesteund bij het ontwikkelen van mijn scriptie. Hij had me voor de deze rit gewaarschuwd en toen ik er even helemaal doorheen zat, zei hij alleen: 'Ik heb je toch verteld dat het niet makkelijk is.' Hij heeft altijd tijd vrij gemaakt om met mij over mijn scriptie te prakkiseren.

Inhoudsopgave

1. Inleiding	7
2. Afdrachtsvermindering	10
2.1 Dividendbelasting.....	10
2.2. Voorganger afdrachtsvermindering	11
2.3. Afdrachtsvermindering	15
3. De fbi	17
3.1. Rechtsvorm	19
3.2. Beleggingsobjecten.....	19
3.3. Activiteitentoets	20
3.4. Onroerend goed	20
3.5 De vbi	21
3.6. Financieringslimiet	21
3.7. Uitdelingsverplichting.....	22
3.7.1. Gelijke winstverdeling.....	24
3.8 Aandeelhoudersvereisten.....	24
3.8.1. Normale aandeelhoudersvereisten	25
3.8.2. Lichtere aandeelhoudersvereisten	25
3.9 Buitenlands fonds of buitenlandse vennootschap	27
3.10. Aanvang en einde van de fbi-status.....	27
4. Een Duitse uitkering, fbi of aandeelhouder	28
4.1 Duitse uitkering	29
4.2 Duitse fbi.....	31
4.2.2 Rechtsvorm	33
4.2.3. Aandeelhoudersvereisten	35
4.2.4. Uitdelingsverplichting.....	36
4.2.5. Verdragstoepassing	37
4.2.6. Belastingssystematiek	37
4.3. Duitse aandeelhouders.....	40
5. Vrijheid van kapitaalverkeer	43
5.1. Achtergrond	43
5.2. Belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.....	45

5.2.1. Objectief vergelijkbare situaties omtrent beleggingsinstellingen	46
5.3. Dispariteit	51
5.4. Beperkingen van de vrijheid van kapitaalverkeer	52
5.4.1. Standstill-bepaling	52
5.4.2. Rechtvaardigingsgronden.....	52
6. Afdrachtsvermindering in het licht van de vrijheid van kapitaalverkeer	59
6.1. Duitse uitkering.....	60
6.1.2 Vrijheid van kapitaalverkeer.....	60
6.2. Duitse fbi.....	61
6.2.1. Vrijheid van kapitaalverkeer	61
6.2.2. Rechtvaardigingsgronden.....	64
6.3. Duitse aandeelhouder	67
6.3.1. Vrijheid van kapitaalverkeer	68
7. Aanbeveling	70
8. Conclusie	72
9. Bijlage 1.....	77
9.1. Uitspraken HvJ van de Europese Unie	77
9.1.1. Tekst Claimants FII Group Litigation	77
HvJ EU 13 november 2012, zaak C-35/11.	77
9.1.2. Commissie v. Koninkrijk België.....	78
HvJ EU 25 oktober 2012, c-387/11.....	78
9.1.3. Santander	79
HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11.....	79
9.1.4. Commissie v. Duitsland.....	81
HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09.....	81
9.1.5. Haribo & Salinen	83
HvJ 10 februari 2011, C-436/08. &.....	83
HvJ EU 10 februari 2011, C-437/08.....	83
9.1.6. Commissie v. Spanje.....	84
HvJ EU 3 juni 2010, c-487/08.	84
9.1.7. Commissie v. Italië	85
HvJ EG 19 november 2009, c-540/07.....	85
9.1.8. Aberdeen.....	87

HvJ EG 18 juni 2009, zaak c-303/07.....	87
9.1.9. Orange European Smallcap Fund NV.....	89
HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-194/06.....	89
9.1.10. The Test Claimants.....	92
HvJ EG 23 april 2008, zaak C-201/05.....	92
9.1.11. Amurta	93
HvJ EG 8 november 2007, c-379/05.....	93
9.1.12. Denkavit	95
HvJ EG 14 december 2006, zaak C-170/05.....	95
9.1.13. FII Group Litigation	97
HvJ EG 12 december 2006, zaak C-446/04.....	97
9.1.14. Kerckhaert Morres	100
HvJ EG 14 november 2006, zaak C-513/04.....	100
9.1.15. Stauffer	101
HvJ EG 14 september 2006, c-386/04.....	101
9.1.16. Cadbury Schweppes.....	102
HvJ EG 12 september 2006, C-196/04.....	102
9.1.17. Bouanich.....	103
HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04.....	103
9.1.18. Fokus Bank.....	103
EFTA Hof 23 november 2004, C e-1/04.....	103
9.1.19. Manninen.....	104
HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02.....	104
9.1.20. Lenz.....	106
HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-315/02.....	106
9.1.21. Verkooijen	107
HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98.....	107
9.1.22. Wielocks	108
HvJ EG 11 augustus 1995, c-80/97.....	108
9.1.23. Schumacker.....	109
HvJ EG 14 februari 1995, C-279/93.....	109
9.1.24. Bachmann.....	109
HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90.....	109
9.1.25. Avoir fiscal.....	110
HvJ EG 28 januari 1986, C-270/83.....	110

9.2. Nederlandse arresten.....	111
9.2.1. Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938.	111
9.2.2. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:279.	112
9.2.3. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1800.....	112
9.2.4. Rb. West-Brabant 5 maart 2013, nr. 12/00261.	113
9.2.5. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1128.	113
9.2.6. Hof Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6483.	114
10. Lijst van afkortingen	116
InvStG	116
11. Literatuurlijst.....	117
12. Jurisprudentielijst.....	121

1. Inleiding

In de droom om van gespaard geld een groter kapitaal te maken ligt waarschijnlijk de oorzaak van mijn affiniteit met het beleggen. Ik had genoeg wiskundig inzicht om deze droom nooit in het casino's te verwezenlijken. En tijdens mijn zoektocht naar een verantwoorde methode ben ik rechten gaan studeren en lag het voor de hand om me ook voor de juridische kant van het beleggen te interesseren. In mijn bachelorscriptie heb ik onderzocht in hoeverre een beleggingsopbrengst voorzienbaar is en in box 1 of box 3 thuishoort. Tijdens mijn stage bij Loyens en Loeff kwam ik op de afdeling investeringsfondsen terecht en kreeg ik voor het eerst te maken met de fbi.¹ Ik begreep dat de afdrachtsvermindering is ingevoerd om een belegging via een fbi fiscaal vergelijkbaar te maken met een rechtstreekste belegging. Via de afdrachtsvermindering kan een fbi in aanmerking komen voor de teruggave van dividendbelasting om dubbele dividendbelasting op een winstuitkering te voorkomen. Ik vroeg me toen af in hoeverre de afdrachtsvermindering niet-ingezetenen tekort doet. Om deze reden heb ik besloten mijn masterscriptie aan dit onderwerp te wijden.

De onderzoeksvraag van deze scriptie luidt:

Is de afdrachtsvermindering in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer?

Hoewel de vrijheid van kapitaalverkeer ook ziet op derde landen, zal bij de beantwoording van deze rechtsvraag alleen rekening worden gehouden met de vrijheid van kapitaalverkeer die geldt tussen lidstaten van de Europese Unie. Om mijn scriptie te verduidelijken werk ik met uitgangssituaties. In deze uitgangssituaties richt ik me op de behandeling van een Duitse dividenduitkering aan een Nederlandse fbi, een Duitse beleggingsinstelling die in aanmerking wenst te komen voor de fbi-status en een Duitse aandeelhouder van een Nederlandse fbi.

¹ Fbi is de afkorting van fiscale beleggingsinstelling. Afkortingenlijst staat achterin deze scriptie.

In hoofdstuk 2 zal de achtergrond en werking van de afdrachtsvermindering worden behandeld. Om in aanmerking te komen voor de afdrachtsvermindering moet een belanghebbende in het bezit zijn van de fbi-status. In hoofdstuk 3 worden de vereisten voor de fbi-status uiteengezet. Vervolgens worden in hoofdstuk 4 de uitgangssituaties behandeld. In hoofdstuk 5 zal de vrijheid van kapitaalverkeer worden uitgelegd. Naar aanleiding van het voorgaande wordt in hoofdstuk 6 geconcludeerd of de afdrachtsvermindering in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit leidt in hoofdstuk 7 tot een aanbeveling die ik ten aanzien van de afdrachtsvermindering doe. Uiteindelijk wordt de scriptie afgesloten met een conclusie.

In deze scriptie wordt niet ingegaan op de vrijheid van vestiging. De vrijheid van vestiging is van toepassing op deelnemingen in een vennootschap die een zodanige invloed op besluiten van een vennootschap kunnen uitoefenen dat enige zeggenschap ontstaat. Participaties die enkel als belegging worden gehouden zonder dat hierbij de intentie bestaat om een zeggenschap in de onderneming uit te oefenen, vallen binnen de vrijheid van kapitaalverkeer.² Portfoliodividenden zullen dus met een blik op het voorgaande in principe altijd binnen de vrijheid van kapitaalverkeer vallen. Om deze reden richt deze scriptie zich uitsluitend op de vrijheid van kapitaalverkeer.

Daarnaast is in deze scriptie de discussie over de rangorde bij een overlap van de vrijheid van kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging vooral een academische discussie. Dit komt doordat de rechtsvraag gericht is op de vrijheid van kapitaalverkeer tussen lidstaten en niet op de verhouding tussen derde landen. Het doel van beide verdragsvrijheden is namelijk om alle belemmerende en discriminerende bepalingen tussen lidstaten te verbieden.³ Ten aanzien van derde landen hebben niet alle verdragsvrijheden dezelfde reikwijdte, waardoor de rangorde van de

² HvJ 10 juni 2015, C-686/13.

³ Fase 2008.

verdragsvrijheden wel een belangrijke rol speelt. Dit zal echter in deze scriptie geen essentiële betekenis hebben.⁴

Tot slot moet worden opgemerkt dat deze scriptie niet de vbi en de werking van art. 10 Wet DB 1965 toetst aan de hand van de vrijheid van kapitaalverkeer.

⁴ Fase 2008.

2. Afdachtsvermindering

Zoals al in de inleiding naar voren kwam, is de afdachtsvermindering in het leven geroepen om de situatie tussen een individuele belegger die rechtstreeks belegt en een belegger die via een fbi belegt fiscaal vergelijkbaar te maken.⁵ Normaal gesproken leidt beleggen via een rechtspersoon tot economisch dubbele belasting, aangezien de rechtspersoon vennootschapsbelasting is verschuldigd en de individuele belegger tevens nog is onderworpen aan een enkelvoudige heffing.⁶ De afdachtsvermindering bewerkstelligt dat de economisch dubbele belasting wordt weggenomen en fiscale neutraliteit wordt gerealiseerd tussen een individuele belegger die rechtstreeks belegt en een belegging via een fbi.⁷ In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de dividendbelasting, de voorganger van de afdachtsvermindering en wordt ingegaan op de voorwaarden en werking van de afdachtsvermindering.

2.1 Dividendbelasting

De dividendbelasting in Nederland wordt geheven op het moment dat winsten een vennootschap verlaten. De dividendbelasting fungeert in binnenlandse situaties als voorheffing voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting conform art. 25 Wet Vpb 1969 en art. 9.2 Wet IB 2001. Voor niet-ingezetenen is de dividendbelasting in Nederland een eindheffing aangezien deze niet-ingezetenen in Nederland geen inkomsten- of vennootschapsbelasting verschuldigd zijn.⁸ De dividendbelasting is een belasting die geheven wordt op basis van het bronbeginsel. Een persoon of bedrijf dat gebruik maakt van de Nederlandse fiscale weg hoeft dus niet in Nederland te wonen of gevestigd te zijn om dividendbelasting te betalen.

⁵ www.ndfr.nl, deel dividendbelasting, commentaar door S.A. Tijn op Artikel 11a Wet DB 1965 vermindering. (geraadpleegd op 5 mei 2015)

HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672.

Noot S. Wolvers bij HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672.

⁶ Schuurman & Vermeulen 2014.

⁷ Schuurman & Vermeulen 2014.

⁸ Brandsma 2015.

Met deze belasting waarborgt Nederland belastinginkomsten van buitenlandse aandeelhouders oftewel beperkte belastingplichtigen.⁹ Normaal gesproken zal de woonstaat of vestigingsstaat van de belastingplichtige nog een keer over de winstuitkering belasting heffen waardoor dubbele internationale belastingheffing ontstaat.¹⁰ Veel landen hebben om deze reden belastingverdragen gesloten. Vaak is in een verdrag bepaald dat het bronland een maximum percentage over de opbrengst mag heffen en dat de vestigingsstaat over de gehele opbrengst belasting mag heffen maar wel de bronbelasting in aanmerking moet nemen. Op deze wijze wordt voorkomen dat dubbele belasting wordt betaald.¹¹

2.2. Voorganger afdrachtsvermindering

Een fbi in Nederland is onderworpen aan een vennootschapsbelastingtarief van 0% waardoor de Nederlandse dividendbelasting niet fungeert als voorheffing en deze niet met de vennootschapsbelasting verrekend kan worden.¹² Om deze reden was het mogelijk voor een fbi volledige teruggave van Nederlandse dividendbelasting te ontvangen via art. 10, lid 2, Wet DB 1965.¹³

Ten aanzien van de teruggave van buitenlandse bronbelasting kon een fbi een beroep doen op art. 6 BBI.¹⁴ In de teruggave werd niet tegemoetgekomen in bronbelasting op buitenlandse royalty's of op winst uit onroerende goed dat in het buitenland was gevestigd.¹⁵ De buitenlandse bronbelasting in het kader van art. 6 BBI werd berekend op grond van de feitelijk ingehouden bronbelasting. Opmerkelijk was dat hierbij geen

⁹ www.ndfr.nl, deel dividendbelasting, commentaar door B. Pijnaker, MSc & M.A.H. Reimert op Artikel 1 Wet DB 1965 Subjectieve belastingplicht. (geraadpleegd op 2 juni 2015)

¹⁰ Brandsma 2015.

¹¹ Brandsma 2015.

¹² www.ndfr.nl, deel dividendbelasting, commentaar door S.A. Tijl op Artikel 11a Wet DB 1965 vermindering. (geraadpleegd op 5 mei 2015)

¹³ Huidink & Veldhuizen 2008.

¹⁴ www.ndfr.nl, deel dividendbelasting, commentaar door S.A. Tijl op Artikel 11a Wet DB 1965 vermindering. (geraadpleegd op 5 mei 2015)

¹⁵ Vermeulen 2015.

rekening werd gehouden met de bronbelasting die geheven zou worden indien een particuliere belegger de uitkering had ontvangen in plaats van de fbi.¹⁶

De voorgaande regeling leek in strijd te zijn met het Europees recht aangezien alleen Nederlandse beleggingsinstellingen in aanmerking kwamen voor de fbi-status en daarmee een teruggave van dividendbelasting kregen. Om deze reden is het vanaf 1 augustus 2007 ook mogelijk om als buitenlandse beleggingsinstelling met of zonder vaste inrichting in Nederland gekwalificeerd te worden als fbi. Door deze wijziging zou ook een buitenlandse beleggingsinstelling een teruggave van dividendbelasting kunnen krijgen.¹⁷

In een recent arrest deed een niet-ingezetene een beroep op de teruggave van dividendbelasting. De niet-ingezetene achtte zich vergelijkbaar met een fbi. De Hoge Raad vond het van wezenlijk belang voor het regime van de fbi dat dividendbelasting wordt betaald over de doorgestoten dividenden. Een teruggave van dividendbelasting aan een niet-ingezetene die geen dividendbelasting inhoudt zou niet overeenstemmen met het doel van de teruggave van dividendbelasting.¹⁸ Deze uitspraak is opmerkelijk aangezien de niet-ingezetene niet aan de criteria uit art. 28 Wet Vpb 1969 werd getoetst.

In de zaak Santander werd door het HvJ aangehaald dat aandeelhouders in de vergelijking tussen ingezetene en niet-ingezetene mogen worden meegenomen. Dit mag er echter niet toe leiden dat het voordeel enkel wordt verschaft op basis van de vestigingsplaats.¹⁹ In hoofdstuk 5 wordt verder ingegaan op de vergelijkbaarheid.

¹⁶ HR 1 juni 1994, nr 28 844. (BNB 1994/260)

¹⁷ Vakstudie Vennootschapsbelasting 2014.

¹⁸ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777.

¹⁹ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11.(Santander)

Een buitenlandse fbi of een vaste inrichting in Nederland van een buitenlandse fbi is niet inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting.²⁰ De teruggave van dividendbelasting was niet gemaximeerd tot het bedrag dat de beleggingsinstelling aan dividend had ingehouden waardoor de situatie zich kon voordoen dat de buitenlandse fbi dividendbelasting terugkreeg terwijl winstuitkeringen uit de fbi niet aan Nederlandse dividendbelasting waren onderworpen.²¹ In feite liet Nederland door deze heffingstechniek een belastingclaim op Nederlandse bronnen liggen.²² Dit budgettaire nadeel is onderschept in 2008 door de afdrachtsvermindering.²³ Deze afdrachtsvermindering zal in de volgende paragraaf uitgebreid aan bod komen.

De teruggave van buitenlandse bronbelasting werd bij de voorganger van de afdrachtsvermindering op twee wijzen beperkt, waarbij ook de vraag ontstond in hoeverre deze beperkingen in overeenstemming waren met de Europese verdragsvrijheden.²⁴ Allereerst werd de teruggave van buitenlandse bronbelasting gemaximeerd tot het bedrag dat verrekend had kunnen worden conform een verdrag indien een belegger rechtstreeks in de uitkerende buitenlandse vennootschap had belegd. Dit wordt ook de verdragstoets genoemd.²⁵ Daarnaast moest voor de berekening van de maximaal toegestane teruggave van buitenlandse bronbelasting rekening gehouden worden met de aandeelhouders. Deze beperking werd ook wel de aandeelhouderstoets genoemd. Indien de fbi buitenlandse aandeelhouders had, dan werd de teruggave van buitenlandse bronbelasting verminderd met een bijpassende formule.²⁶

De teruggave van buitenlandse bronbelasting werd kortweg verminderd met de gederfde Nederlandse opbrengst indien de fbi Nederlandse

²⁰ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30533, nr. 3, p. 10.

Vakstudie Vennootschapsbelasting 2014.

²¹ Vakstudie Nieuws, Dividendbelasting 2013.

²² Vakstudie Vennootschapsbelasting 2014.

²³ Vakstudie Nieuws, Dividendbelasting 2013.

²⁴ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672.

²⁵ Huidink & Veldhuizen 2008.

²⁶ Vermeulen 2015.

aandeelhouders had gehad. Tenslotte mocht de teruggave van buitenlandse bronbelasting geenszins ertoe leiden dat deze teruggave tot een voordeligere positie zou leiden dan wanneer de fbi enkel Nederlandse aandeelhouders had gehad.²⁷ Opgemerkt moet worden dat geen rekening hoefde te worden gehouden met de aandeelhouders- en verdragstoets in het kader van teruggave van Nederlandse dividendbelasting.²⁸

De beperkingen tot teruggave van buitenlandse bronbelasting werden door middel van een prejudiciële vraag voorgelegd aan het HvJ.²⁹ Het HvJ heeft geoordeeld dat de verdragstoets geen inbreuk op de Europese verdragsvrijheden vormde aangezien buitenlandse en binnenlandse dividenden in Nederland hetzelfde werden belast. De aandeelhoudertoeets werd daarentegen wel gezien als een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Het is de vraag of met kennis van de zaak Santander de uitspraak hetzelfde zou zijn geweest. Het HvJ oordeelde in deze zaak namelijk dat de achterliggende aandeelhouders wel in aanmerking genomen mogen worden bij de vergelijkbaarheid tussen ingezetene en niet-ingezetene, maar dat het onderscheidscriterium niet alleen gericht mag zijn op de vestigingsplaats. In de zaak European Smallcap Fund NV werd echter geoordeeld dat binnenlandse en buitenlandse aandeelhouders van een ingezetene vergelijkbaar worden geacht waardoor een nadelige ongelijke behandeling van buitenlandse aandeelhouders ten opzichte van binnenlandse aandeelhouders niet in harmonie met het Europese recht is.³⁰ In hoofdstuk 5 wordt hier verder op ingegaan.

Naar aanleiding van de zaak European Smallcap Fund NV is op 1 januari 2008 de afdrachtsvermindering in art. 11a Wet DB 1965 geïntroduceerd. Dit artikel zou wel verenigbaar zijn met de vrijheid van kapitaalverkeer.³¹ De afdrachtsvermindering vervangt voor de fbi de teruggave van

²⁷ Vermeulen 2015.

²⁸ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672.

²⁹ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672. &
HR 9 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2003:AH9395.

³⁰ HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-194/06. (European Smallcap Fund NV)

³¹ *Kamerstukken II* 2007/2008, 31296, nr. 3, p. 8-9.

dividendbelasting conform art. 10, lid 2, Wet DB 1965 en de (gedeeltelijke) teruggave van buitenlandse bronbelasting conform art. 6BBI.³²

2.3. Afdachtsvermindering

Een beleggingsinstelling moet in het bezit zijn van de fbi-status om in aanmerking te komen voor de afdachtsvermindering. De afdachtsvermindering beoogt net als de voorganger van de afdachtsvermindering een rechtstreeks belegging en een belegging via een fbi fiscaal vergelijkbaar te maken. Dit gebeurt door buitenlandse bronbelasting en binnenlandse dividendbelasting terug te geven aan de fbi. In tegenstelling tot de voorganger van de afdachtsvermindering wordt de teruggave van binnenlandse dividendbelasting en buitenlandse bronbelasting gemaximeerd tot het bedrag dat de fbi zelf aan dividendbelasting heeft ingehouden op deze uitgekeerde dividenden en voor zover deze belasting nog niet in aanmerking is genomen.³³ Hierbij is de afdachtsvermindering maximaal gesteld op 15% van de opbrengst waarop de bronbelasting drukt.³⁴

In art. 11a, lid 1, Wet DB 1965 staat dat een fbi die tevens inhoudingsplichtige is een beroep kan doen op de afdachtsvermindering. In principe komt zowel een Nederlandse als een buitenlandse fbi in aanmerking voor de afdachtsvermindering. Hierbij moet echter een kanttekening worden geplaatst. In art. 7 Wet DB 1965 is een inhoudingsplichtige gedefinieerd als de vennootschap die dividendbelasting over de opbrengst inhoudt en de vennootschap die deze dividendbelasting via aangifte afdraagt aan de Nederlandse staat. Een buitenlandse fbi met of zonder een vaste inrichting in Nederland is niet inhoudingsplichtig voor Nederlandse dividendbelasting waardoor deze buitenlandse fbi effectief niet in aanmerking kan komen voor de afdachtsvermindering.³⁵

³² Huidink & Veldhuizen 2008.

³³ *Kamerstukken II* 2012/2013, 33403, nr. 9, p. 6-7.

³⁴ www.ndfr.nl, deel dividendbelasting, commentaar door S.A. Tijl op Artikel 11a Wet DB 1965 vermindering. (geraadpleegd op 5 mei 2015)

³⁵ Van den Brink-van Agtmaal 2010, p. 183-189.

Daarnaast wordt de afdrachtsvermindering verminderd met het bedrag aan dividendbelasting dat de aandeelhouder van de fbi terugkrijgt of krijgt verminderd op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting ten aanzien van doorgestoten winsten waar bronbelasting op drukt. De afdrachtsvermindering wordt ook gekort wanneer een aandeelhouder vermindering of teruggave van dividendbelasting krijgt op grond van art. 10 Wet DB 1965, de Belastingregeling voor het Koninkrijk of de Belastingregeling voor het land Nederland.³⁶ Deze beperking is onder andere opgenomen om te voorkomen dat Nederland feitelijk bronbelasting van buitenlandse aandeelhouders vergoedt.³⁷ Des te gunstiger een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met de woonstaat van de aandeelhouder is, des te kleiner is de afdrachtsvermindering voor de fbi.

Daarnaast kan voor een fbi de afdrachtsvermindering ten opzichte van de oude regeling tot een minder grote teruggave van buitenlandse bronbelasting en binnenlandse dividendbelasting leiden aangezien niet altijd evenveel Nederlandse dividendbelasting wordt inhouden als dat dividend- of bronbelasting op de fbi drukt.³⁸ Om te voorkomen dat de afdrachtsvermindering niet maximaal gebruikt wordt, heeft de wetgever toegestaan dat de onbenutte afdrachtsvermindering kan worden doorgeschoven naar het volgende jaar.³⁹ Hierbij moet worden opgemerkt dat ook wanneer een fbi meteen alle ontvangen dividenden uitkeert het benutten van de maximale afdrachtsvermindering moeilijk haalbaar is. Dit komt doordat de op de fbi drukkende dividendbelasting geheven wordt over het bruto-inkomen van de fbi terwijl de afdrachtsvermindering gebaseerd wordt op het netto-inkomen.⁴⁰ Om deze reden heeft de wetgever aangegeven dat een fbi ook meer mag uitkeren dan dat de fbi volgens de doorstootverplichting uit art. 28 Wet Vpb 1969 verplicht is. Op deze wijze

³⁶ Art. 11a Wet DB 1965.

³⁷ *Kamerstukken II* 2007/2008, 31206, nr. 15, p. 8.

³⁸ Huidink & Veldhuizen 2008.

³⁹ www.ndfr.nl, deel dividendbelasting, commentaar door S.A. Tijl op Artikel 11a Wet DB 1965 vermindering. (geraadpleegd op 5 mei 2015)

⁴⁰ Huidink & Veldhuizen 2008.

heeft de wetgever geprobeerd de afdrachtsvermindering toch maximaal benut te laten.⁴¹

Tenslotte moet nog worden opgemerkt dat de winstuitkeringen van de fbi naar de aandeelhouders moet worden verhoogd met de afdrachtsvermindering.⁴² Des te meer afdrachtsvermindering een fbi krijgt, des te hoger wordt dus de winstuitkering aan de aandeelhouders.

3. De fbi

Om als beleggingsinstelling in aanmerking te komen voor de afdrachtsvermindering moet deze beleggingsinstelling gekwalificeerd zijn als fbi. De vereisten van een fbi staan opgesomd in art. 28 Wet Vpb 1969. De

⁴¹ Huidink & Veldhuizen 2008.

⁴² De Vakstudie vennootschapsbelasting 2015.

voorwaarden uit art. 28 Wet Vpb 1969 hebben vooral betrekking op de aandeelhouders en dividendpolitiek.⁴³ Een fbi is onderworpen aan een vennootschapsbelastingtarief van 0%. Desondanks wordt een fbi geacht onderworpen te zijn aan vennootschapsbelasting.⁴⁴ Mede om deze reden wordt een Nederlandse fbi gezien als een Nederlandse fiscale inwoner waardoor een beroep op het verdragennetwerk van Nederland kan worden gedaan.⁴⁵ Hierbij moet worden opgemerkt dat een fbi geen beroep kan doen op de Moeder-dochterrichtlijn of op de deelnemingsvrijstelling.⁴⁶ Koerswinsten verhogen dus de belastbare winst van de fbi en daarmee de uitdelingsverplichting conform art. 13, lid 8, Wet Vpb 1969. Het tegenovergestelde geldt voor koersverliezen.

Voor een particuliere belegger kan het voordelig zijn niet direct in een vennootschap maar via een fbi te beleggen. In het vorige hoofdstuk werd al aangehaald dat beide vormen van beleggen fiscaal zoveel mogelijk geneutraliseerd zijn. Desalniettemin kan een belegging via een fbi voordelen bieden aangezien binnen een fbi deskundigen aanwezig zijn, de fbi vaak gebruik kan maken van schaalvoordelen en een fbi soms in zaken kan beleggen waar een particuliere belegger niet bij kan. Daarnaast kan door de spreiding van beleggingen van een fbi minder risico gelopen worden op waardevermindering van belegd kapitaal.⁴⁷

In de volgende paragrafen zullen de verschillende voorwaarden en aspecten van een fbi afzonderlijk behandeld worden. Aan alle voorwaarden moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor de fbi-status.⁴⁸

⁴³ Staatssecretaris van Financiën in Vakstudie Nieuws 2014.

⁴⁴ Vermeulen 2014.

⁴⁵ Vermeulen 2013. &
Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.

⁴⁶ www.ndfr.nl, deel vennootschapsbelasting, commentaar door P.J.C.B. de Winter op art. 28 Wet Vpb 1969 Fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 3 mei 2015)

⁴⁷ Vermeulen 2013. &
Vermeulen 2015.

⁴⁸ *Kamerstukken II*, 1968/69, 6000, nr. 22, p. 16. &
Vermeulen 2015.

3.1. Rechtsvorm

Om in aanmerking te komen voor de fbi-status moet een beleggingsinstelling zijn opgericht in de vorm van een nv, bv of fonds voor gemene rekening. Sinds 1 augustus 2007 kunnen ook lichamen die zijn opgericht naar het recht van de Nederlandse Antillen, Aruba, een lidstaat van de Europese Unie of een staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft afgesloten en die vergelijkbaar zijn met een naar Nederlands opgerichte nv, bv of fonds voor gemene rekening, in aanmerking komen voor de fbi-status.⁴⁹ Het moet hierbij gaan om een naar aard en inrichting vergelijkbare rechtsvorm.⁵⁰ Hierbij mag het niet van belang zijn of Nederland de rechtsvorm kent.⁵¹ Indien een buitenlandse vennootschap met een vaste inrichting in Nederland voor een fbi-status voor deze vaste inrichting opteert dan moet de gehele onderneming aan de voorwaarden van art. 28 Wet Vpb 1969 voldoen.⁵²

3.2. Beleggingsobjecten

Vroeger waren er wettelijke beperkingen opgenomen ten aanzien van de objecten waar een fbi in mocht beleggen. Sinds 1 juli 1990 zijn er geen restricties meer omtrent beleggingsobjecten van een fbi.⁵³ Soms zijn bij bepaalde beleggingsobjecten wel extra voorwaarden opgenomen. Dit geldt bijvoorbeeld bij beleggingen in onroerend goed conform art. 28, lid 2, onderdeel a, Wet Vpb 1969. Verder is nog van belang dat licentie- en octrooirechten waaruit royalty's worden verkregen niet worden aangemerkt als beleggingen.⁵⁴

⁴⁹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30533, nr. 3, p. 10.

Vakstudie Vennootschapsbelasting 2014

⁵⁰ www.ndfr.nl, deel vennootschapsbelasting, commentaar door P.J.C.B. de Winter op art. 28 Wet Vpb 1969 Fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 3 mei 2015)

⁵¹ HvJ 18 juni 2009, zaak c-303/07 (Aberdeen)

⁵² www.ndfr.nl, deel vennootschapsbelasting, commentaar door P.J.C.B. de Winter op art. 28 Wet Vpb 1969 Fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 3 mei 2015)

⁵³ *Kamerstukken I*, 1989/90, 20 701, nr. 78b.

⁵⁴ Vermeulen 2015. &

Kamerstukken II 1988/1989, 20 701, nr. 6, p. 6.

3.3. Activiteitentoets

Uit art. 28, lid 2, Wet Vpb 1969 blijkt dat het doel van de fbi enkel mag bestaan uit beleggen. In de Wet Vpb 1969 is echter geen definitie opgenomen van het begrip beleggen. Om deze reden is besloten om aan te sluiten bij de omschrijving van beleggen in de inkomstenbelasting. In de inkomstenbelasting mag in het kader van beleggen geen materiële onderneming gedreven worden en moet het beleggen binnen de grenzen van normaal vermogensbeheer blijven.⁵⁵ Een uitzondering op deze voorwaarde is opgenomen ten aanzien van een fbi die belegt in onroerend goed.⁵⁶

Zowel in de statuten of fondsvoorwaarden als uit de feitelijke omstandigheden moet blijken dat het enige doel van de fbi beleggen is.⁵⁷ Het is onvoldoende om alleen feitelijk te beleggen terwijl de omschrijving in de statuten of de fondsvoorwaarden ruimer is dan enkel beleggen.⁵⁸

Daarnaast mag de fbi ook geen houdster of bestuurder zijn van een dochteronderneming die een materiële onderneming drijft.⁵⁹

3.4. Onroerend goed

Beleggen in onroerend goed kan door het gemis van de definitie van beleggen in de Wet Vpb 1969 zowel gezien worden als belegging dan wel als bedrijfsmatige activiteit die niet overeenstemt met beleggen.⁶⁰ Naar

⁵⁵ Vermeulen 2014.

⁵⁶ Borsje 2007.

⁵⁷ Vermeulen 2014.

⁵⁸ HR 1 oktober 1980, nr. 20043. (BNB 1980/304) & HR 6 december 1955, ECLI:NL:HR:1995:AA3105.

⁵⁹ Vermeulen 2014.

⁶⁰ www.ndfr.nl, deel vennootschapsbelasting, commentaar door P.J.C.B. de Winter op art. 28

aanleiding van veel onenigheden over activiteiten die betrekking hadden op onroerend goed in het kader van beleggen, heeft de Minister van Financiën in art. 28, lid 3, Wet Vpb 1969 een aantal situaties omschreven welke gezien worden als beleggen.⁶¹ Voorop staat dat een belangrijke voorwaarde van een fbi het beleggen van vermogen is. Desalniettemin vond de Minister van Financiën het in sommige situaties noodzakelijk om activiteiten te verrichten om het beleggen in onroerend goed naar wens te laten verlopen.⁶²

3.5 De vbi

Het is voor een lichaam niet mogelijk om tegelijkertijd zowel een vbi als een fbi te zijn. Conform art. 28, lid 6, Wet Vpb 1969 vervalt op het moment dat de vbi-status wordt toegekend de werking van art. 28 Wet Vpb 1969.

3.6. Financieringslimiet

Ten aanzien van een fbi is een financieringslimiet opgenomen. Deze voorwaarde is opgenomen om te voorkomen dat een fbi gaat beleggen met teveel extern vermogen. In art. 28, lid 2, onderdeel a, Wet Vpb 1969 is omschreven dat maximaal 60% van de boekwaarde van het onroerend goed gefinancierd mag zijn met extern vermogen. Voor overige beleggingen is dit maximum gesteld op 20% van de boekwaarde. Op deze voorwaarde wordt veel kritiek geleverd aangezien het ook niet ongebruikelijk is voor particuliere beleggers om een deel van de beleggingen extern te financieren.⁶³ Daarnaast is het moeilijk voor een startende fbi te voldoen aan het financieringslimiet. De Staatssecretaris heeft om deze reden een

Wet Vpb 1969 Fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 3 mei 2015)

⁶¹ Besluit van 22 februari 2001, CPP2000/2385.

Kamerstukken II 2005/2006, 30 689, nr. 3, p.1-3.

⁶² www.ndfr.nl, deel vennootschapsbelasting, commentaar door P.J.C.B. de Winter op art. 28 Wet Vpb 1969 Fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 3 mei 2015)

⁶³ Borsje 2007.

versoepeling opgenomen van het financieringslimiet voor de eerste 24 maanden nadat een fbi is opgericht.⁶⁴

3.7. Uitdelingsverplichting

Op grond van art. 28, lid 2, onderdeel b, Wet Vpb 1969 moet een fbi jaarlijks binnen acht maanden na het einde van het boekjaar alle winst moet hebben uitgekeerd. Dit wordt de uitdelingsverplichting of doorstootverplichting genoemd.⁶⁵ Toen dit vereiste werd ingevoerd, waren particuliere beleggers nog belast over de feitelijke dividenduitkering en niet over het vermogen waarop de belegger recht had op grond van zijn aandelen. De uitdelingsverplichting voorkwam dat een belegger onbelast beleggingen oppotte.⁶⁶ Inmiddels wordt een binnenlandse particuliere belegger op grond van art. 5.2 Wet IB 2001 belast over een forfaitair rendement over zijn of haar vermogen.⁶⁷ Voor de buitenlandse particuliere aandeelhouder zou de uitdelingsverplichting echter wel nog ervoor kunnen zorgen dat de dividenduitkering daadwerkelijk wordt belast, aangezien deze belegger niet onderworpen is aan de Nederlandse vermogensrendementsheffing.⁶⁸

Of aan de uitdelingsverplichting is voldaan moet feitelijk en niet statutair worden getoetst.⁶⁹ Desalniettemin werd door het gerechtshof geoordeeld dat in een jaar waarin een beleggingsinstelling verlies behaalt waardoor geen uitdelingsverplichting bestaat niet meteen aan de uitdelingsverplichting is voldaan.⁷⁰

⁶⁴ Staatssecretaris van Financiën in Vakstudie Nieuws 2014.

⁶⁵ Borsje 2007. & Vermeulen 2015.

⁶⁶ Borsje 2007.

⁶⁷ Ervan uitgaande dat geen sprake is van een box 2 situatie.

⁶⁸ Borsje 2007. & Hoofdstuk 7 Wet Inkomstenbelasting 2001.

⁶⁹ Vermeulen 2014.

⁷⁰ Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938.

De winst die moet worden uitgedeeld is gelijk aan de positief belastbare jaarwinst vermindert met verrekenbare verliezen en aftrekbare giften.⁷¹ De verrekenbare verliezen mogen alleen worden afgetrokken indien in het jaar waarin de verliezen zijn ontstaan de beleggingsinstelling gekwalificeerd was als fbi.⁷² Verder maakt het ook niet uit in welke vorm de winst wordt uitgedeeld. De uitdelingsverplichting hoeft dus niet in contanten plaats te vinden maar kan bijvoorbeeld ook in de vorm van aandelen. Essentieel bij de beoordeling van de uitdelingsverplichting is of er goed en tijdig is uitgedeeld.⁷³ Hierbij moet worden opgemerkt dat het terugbetalen van kapitaal niet wordt gezien als een winstuitdeling.⁷⁴

Indien een herbeleggingsreserve gevormd wordt of indien een fbi een paraplufonds bezit, gelden andere regels omtrent de uitdelingsverplichting.⁷⁵ Hier zal in deze scriptie verder geen aandacht aan worden besteed.

De Raad van State heeft door de invoering van de afdrachtsvermindering het belang van de uitdelingsverplichting minder belangrijk geacht. Door de afdrachtsvermindering worden namelijk geen buitenlandse bronbelastingen meer voorgeschoten aangezien een fbi pas teruggave van ingehouden bronbelastingen krijgt indien de fbi zelf dividendbelasting heeft ingehouden. De Raad van State heeft dan ook twijfels bij de waarde die gehecht wordt aan de uitdelingsverplichting.⁷⁶ Desondanks is de uitdelingsverplichting een essentiële voorwaarde om gekwalificeerd te worden als fbi.⁷⁷

⁷¹ Vermeulen 2015.

⁷² www.ndfr.nl, deel vennootschapsbelasting, commentaar door P.J.C.B. de Winter op art. 28 Wet Vpb 1969 Fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 3 mei 2015)

⁷³ www.ndfr.nl, deel vennootschapsbelasting, commentaar door P.J.C.B. de Winter op art. 28 Wet Vpb 1969 Fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 3 mei 2015)

⁷⁴ HR 30 november 1994, nr. 30250 (BNB 1995/32)

⁷⁵ Vermeulen 2015.&

Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 31206, nr. 4, p. 4.

⁷⁷ Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938 &

HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1128 &

Rb. Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332 &

Rb. Zeeland-West-Brabant 5 maart 2013, nr. 12/00261 &

HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777.

In mijn optiek mogen wel vraagtekens bij deze voorwaarde gesteld worden. Met betrekking tot Nederlandse aandeelhouders heeft de uitdelingsverplichting nagenoeg geen nut meer, aangezien bijna alle Nederlandse aandeelhouders in box 3 belasting verschuldigd zijn over een fictief rendement. Indien de uitdelingsverplichting ertoe dient dat buitenlandse aandeelhouders worden belast over de dividenduitkering dan ontbreekt naar mijn mening het verband tussen de waarde die gehecht wordt aan de uitdelingsverplichting en het daadwerkelijk belast zijn van de uitkering bij de achterliggende aandeelhouders.

3.7.1. Gelijke winstverdeling

Het is niet voldoende om als fbi binnen acht maanden na een belastingjaar de winst te hebben uitgekeerd. Een fbi moet namelijk ook in verhouding gelijke winst uitdelen aan de aandeelhouders.⁷⁸ Dit vereiste is ontstaan naar aanleiding van een bekend gemaakte constructie waarbij door niet gelijke winstuitdeling ten aanzien van soort aandelen belasting kon worden ontlopen. De werking van soort aandelen kon dus de uitdelingsverplichting frustreren. Om te voorkomen dat het betalen van belasting werd voorkomen door een dergelijke constructie, is deze aanvullende eis in het leven geroepen.⁷⁹

3.8 Aandeelhoudersvereisten

De aandeelhoudersvereisten kunnen worden onderverdeeld in normale en lichte aandeelhoudersvereisten.⁸⁰ Indien de aandelen in een beleggingsinstelling zijn toegelaten tot de handel op een markt in financiële instrumenten conform art. 1:1 Wft of indien de beleggingsinstelling of beheerder ervan over een vergunning in de zin van art. 2:65 of 2:69b Wft

⁷⁸ Vermeulen 2015.

⁷⁹ Vermeulen 2014.

⁸⁰ Woltring 2014.

beschikt dan zijn de lichtere aandeelhoudersvereisten van toepassing. De lichtere aandeelhoudersvereisten zijn ook van toepassing indien een beleggingsinstelling of de beheerder is vrijgesteld van de hierboven aangehaalde vergunningsplicht op basis van art. 2:66, lid 3, Wft of 2:69c, lid 3, Wft. Indien niet aan een van de bovenstaande voorwaarden is voldaan dan zijn de normale aandeelhoudersvereisten van toepassing. Kortweg is de reguleerde fbi onderworpen aan lichtere aandeelhoudersvereisten en de ongereguleerde fbi onderworpen aan normale aandeelhoudersvereisten.⁸¹ Indien de lichtere aandeelhoudersvereisten van toepassing zijn dan moet tevens worden voldaan aan de bestuurders- en commissarissenvereisten.⁸²

3.8.1. Normale aandeelhoudersvereisten

Allereerst mogen binnen de normale aandeelhoudersvereisten geen natuurlijke personen een aanmerkelijk belang conform art. 4.3 Wet IB 2001 hebben in de beleggingsinstelling. Deze bepaling is opgenomen om te voorkomen dat een uitstel van box 2 heffing wordt geëffectueerd.⁸³

Daarnaast moeten 75% of meer van de aandeelhouders van de beleggingsinstelling bestaan uit natuurlijke personen, vrijgestelde of niet onderworpen lichamen of gereguleerde fiscale beleggingsinstellingen. Deze aandeelhouders worden ook betiteld als 'goede' aandeelhouders. Een voorbeeld van een 'foute' aandeelhouder is een verzekeraar aangezien deze niet tot een van de hiervoor genoemde aandeelhouders behoort.⁸⁴

3.8.2. Lichtere aandeelhoudersvereisten

⁸¹ Borsje 2007. & Woltring 2014.

⁸² Staatssecretaris van Financiën in Vakstudie Nieuws 2014. & Art. 28 Wet Vob 1969.

⁸³ Borsje 2007.

⁸⁴ Vermeulen 2014.

Natuurlijke personen mogen binnen de lichte aandeelhoudersvereisten niet 25% of meer van de deelnemingen van de beleggingsinstelling bezitten.⁸⁵

Ten aanzien van goede en foute aandeelhouders is bij een gereguleerde beleggingsinstelling een ruimere grens opgenomen. De aandeelhouders van een gereguleerde beleggingsinstelling mogen niet voor 45% of meer bestaan uit lichamen die onderworpen zijn aan enige vorm van winstbelasting. Hier zijn echter wel enige uitzonderingen op gemaakt.⁸⁶ Voor de uitzonderingen wordt verwezen naar art. 28, lid 2, sub c, onderdeel 2, Wet Vpb 1969.

Een gereguleerde beleggingsinstelling moet in tegenstelling tot een ongereguleerde beleggingsinstelling ook voldoen aan de bestuurders- en commissarisvereisten.⁸⁷

3.8.2.1 Bestuurders- en commissarisvereisten

Volgens art. 28, lid 2, onderdeel f, Wet Vpb 1969 is in bepaalde situaties het verboden voor bestuurders of meer dan de helft van de raad van commissarissen van een gereguleerde beleggingsinstelling om een dienstbetrekking of eenzelfde functie te vervullen voor een ander lichaam. Dit is alleen verboden indien dit andere lichaam, al dan niet tezamen met een verbonden lichaam 25% of meer van de aandelen of deelgerechtigheid van de fbi bezit. Hierop geldt een uitzondering, namelijk indien het andere lichaam ook een gereguleerde beleggingsinstelling is.⁸⁸

De voorgaande regeling beoogt onafhankelijkheid tussen de fbi en de aandeelhouders te waarborgen.⁸⁹

⁸⁵ Borsje 2007.

⁸⁶ Borsje 2007.

⁸⁷ Staatssecretaris van Financiën in Vakstudie Nieuws 2014.

⁸⁸ Vermeulen 2014.&
Vermeulen 2015.

⁸⁹ Vermeulen 2014.

3.9 Buitenlands fonds of buitenlandse vennootschap

Om tegen te gaan dat binnenlandse aandeelhouders ter voorkoming van belasting via een buitenlands fonds of buitenlandse vennootschap een deelneming in een fbi houden, is in art. 28, lid 2, sub e, Wet Vpb 1969 een antimisbruikbepaling opgenomen.⁹⁰ Volgens deze bepaling is het verboden voor een buitenlands fonds voor gemene rekening of een buitenlandse vennootschap, waarvan het kapitaal voor 25% of meer in het bezit is van Nederlandse lichamen, een belang te hebben in een fbi.

3.10. Aanvang en einde van de fbi-status

Een fbi-status kan in principe voor het opvolgende jaar van rechtswege worden verleend indien aan alle voorwaarden is voldaan.⁹¹ Desalniettemin is door de Staatssecretaris aangegeven dat de fbi-status niet tegen de wil van een beleggingsinstelling zal worden opgelegd.⁹² Deze keuze kan een beleggingsinstelling bijvoorbeeld vermelden op een aangiftebiljet.⁹³ Ten aanzien van een nieuw opgerichte fbi bestaat de mogelijkheid vanaf de oprichting de fbi kwalificatie te krijgen.

Indien een fbi niet meer aan een van de in dit hoofdstuk behandelde voorwaarden voldoet, dan verliest deze beleggingsinstelling de fbi-status vanaf het jaar dat niet meer aan alle voorwaarden is voldaan. Indien een fbi niet meer aan de uitdelingsverplichting voldoet dan verliest de instelling de fbi-status vanaf het jaar waar de uitdelingsverplichting op zag.⁹⁴

⁹⁰ Vermeulen 2015.

⁹¹ *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 22, p. 16.

⁹² *Kamerstukken II* 1989/90, 20 701, nr. 9, p. 9. &
HR 19 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:355

⁹³ www.ndfr.nl, deel vennootschapsbelasting, commentaar door P.J.C.B. de Winter op art. 28 Wet Vpb 1969 Fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 3 mei 2015)

⁹⁴ Vermeulen 2015.

4. Een Duitse uitkering, fbi of aandeelhouder

In dit hoofdstuk worden de grensoverschrijdende gevolgen van een dividenduitkering ten aanzien van een fbi en de afdrachtsvermindering behandeld. Hoewel de situatie die ik ga schetsen voor veel lidstaten uit de EU geldt, beperk ik me in de vergelijking tot Duitsland. Allereerst wordt gekeken hoe een uitkering uit Duitsland aan een Nederlandse fbi fiscaal wordt gehandeld. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de

behandeling van een Duitse beleggingsinstelling die in Nederland voor de fbi-status in aanmerking wenst te komen. Ten slotte wordt gekeken wat de gevolgen zijn van een Nederlandse fbi die dividend uitkeert aan een Duitse aandeelhouder. In dit hoofdstuk ligt de nadruk op de Nederlandse fiscale behandeling van de verschillende situaties. Per paragraaf wordt eerst een uitgangshypothese geschetst om de gevolgen te verduidelijken.

In het kader van dit hoofdstuk moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad in een recent arrest nagenoeg geen aandacht besteedde aan art. 28 Wet Vpb 1969. Om als niet-ingezeten beleggingsinstelling vergelijkbaar geacht te worden met een ingezeten fbi is het volgens dat arrest van belang dat deze niet-ingezeten fbi dividendbelasting inhoudt.⁹⁵ Desalniettemin zal in dit hoofdstuk vooral aandacht worden besteed aan art. 28 Wet Vpb 1969. In hoofdstuk 5 zal uitgebreid worden uitgelegd waarom dit recente arrest niet leidend wordt geacht in deze scriptie.

4.1 Duitse uitkering

Uitgangshypothese

Een Nederlandse fbi heeft 4% belang in een Duitse onderneming. Deze Duitse onderneming keert 400 euro dividend uit aan de Nederlandse fbi.

Allereerst moet worden opgemerkt dat in beginsel een Nederlandse fbi in tegenstelling tot een Nederlandse vbi voor de verdragen die Nederland heeft afgesloten wordt gezien als een inwoner van Nederland. Hierdoor gelden voor een Nederlandse fbi de bepalingen uit verdragen die met Nederland zijn overeengekomen.⁹⁶ In sommige gevallen bestaat echter onenigheid tussen lidstaten over de verdragstoepassing van een belanghebbende. Om deze reden worden soms in een verdrag artikelen opgenomen waar expliciet de werking van een verdrag ten opzichte van een bepaalde belanghebbenden wordt toegekend. Dit is ook terug te zien in art. 15 van het protocol van het nieuwe verdrag ter voorkoming van dubbele belasting

⁹⁵ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777.

⁹⁶ Vermeulen 2013. &

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.

tussen Duitsland en Nederland waarin staat dat de vbi een beroep kan doen op dit verdrag.

Indien een Duitse onderneming dividend uitkeert aan een Nederlandse fbi dan zal met betrekking tot de heffingsbevoegdheden moeten worden gekeken naar het huidige verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Duitsland. Daarnaast is het interessant om te kijken hoe in het nieuwe verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Duitsland de heffingsbevoegdheden geregeld zijn. Dit verdrag is op 12 april 2012 door Nederland en Duitsland getekend, maar het is nog niet in werking.⁹⁷ De standaard bronbelasting die Duitsland heft over dividenduitkeringen bedraagt 25%.⁹⁸ Deze bronbelasting kan echter in verdragen worden gemaximeerd.

Conform art. 13, lid 1, lid 2 en lid 3 van het huidige verdrag en art. 10, lid 1, lid 2, onderdeel c en lid 3 van het nieuwe verdrag tussen Nederland en Duitsland ter voorkoming van dubbele belasting is Duitsland bevoegd 15% dividendbelasting te heffen over een dividenduitkering van een Duitse onderneming aan een Nederlandse fbi. Dit belastingtarief is mede gebaseerd op het feit dat de Nederlandse fbi een deelneming van 4% heeft in de Duitse onderneming. In de uitgangshouding is over de dividenduitkering dus 60 euro bronbelasting in Duitsland verschuldigd. Nederland heeft over deze dividenduitkering een niet gemaximeerd heffingsrecht.

In art. 20, lid 4 van het hiervoor aangehaalde huidige verdrag staat dat de geheven bronbelasting in Duitsland over de dividenduitkering zal worden verminderd met de in Nederland verschuldigde belasting over deze dividenduitkering. Ten opzichte van deze bepaling is een verandering

⁹⁷ Trb.2012, 123. &

IBFD tax research platform: verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Duitsland.

⁹⁸ Trb.2012, 123. &

Art. 2 Duitse uitvoeringsvoorschriften belastingovereenkomst Nederland-Bondsrepubliek Duitsland (staatssecretaris van Financiën) &
IBFD tax research platform: Germany – Treaty Withholding Rates Table.
(geraadpleegd op 22 mei 2015)

opgenomen in het nieuwe verdrag tussen Nederland en Duitsland ter voorkoming van dubbele belasting. In dit verdrag is in art. 22, lid 2, sub b bepaald dat de geheven bronbelasting over het uitgekeerde dividend in Duitsland kan worden verrekend met de in Nederland verschuldigde belasting.

Op de dividenduitkering van een Duitse onderneming aan een Nederlandse fbi kan evenals op een uitkering van een Nederlandse onderneming aan een Nederlandse fbi een bronbelasting respectievelijk dividendbelasting van 15% drukken. Conform art. 11a Wet DB 1965 en art. 5 DB 1965 kan voor zowel binnenlandse dividendbelasting als buitenlandse bronbelasting een afdrachtsvermindering van maximaal 15% geëffectueerd worden voor zover de fbi dividendbelasting inhoudt.⁹⁹ De Duitse en de Nederlandse dividenduitkering worden dus in Nederland fiscaal vergelijkbaar behandeld.

Hierbij moet worden opgemerkt dat indien het in de uitgangssituatie was gegaan om een dividenduitkering uit een Turkse onderneming, de situatie zich had kunnen voordoen dat ondanks een volledig benutte afdrachtsvermindering niet de gehele Turkse bronbelasting verrekend had kunnen worden. Dit komt aangezien de afdrachtsvermindering gemaximeerd is tot 15% terwijl 20% bronbelasting door Turkije had kunnen worden geheven.¹⁰⁰ Bij een maximaal benutte afdrachtsvermindering zal dus in dit geval nog steeds bronbelasting op de fbi drukken.

4.2 Duitse fbi

In deze paragraaf wordt gekeken in hoeverre een Duitse beleggingsinstelling voldoet aan de eisen van een fbi. Er zullen bewust een

⁹⁹ Hierbij wordt ervan uitgegaan dat aan alle andere voorwaarden uit hoofdstuk 2 van deze scriptie wordt voldaan.

¹⁰⁰ Trb. 1986, 67. &

IBFD tax research platform: Turkey – Treaty Withholding Rates Table.

(geraadpleegd op 22 mei 2015) &

Art. 10 verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Turkije en Nederland.

aantal Duitse termen gebruikt worden aangezien de Nederlandse vertaling van deze Duitse termen niet alomvattend zou zijn.

Naar aanleiding van een nieuwe Europese richtlijn die is ingevoerd om de integratie binnen de Europese markt van instellingen voor collectief beleggen in effecten te bevorderen, is op 22 juli 2013 in Duitsland een nieuwe wet omtrent beleggingsinstellingen ingevoerd.¹⁰¹ Door de invoering van dit nieuwe *Kapitalanlagegesetzbuch* (vanaf nu: *KAGB*) is de *Kapitalanlagegesellschaft* (vanaf nu: *KAG*) verdwenen en is deze beleggingsinstelling vervangen door de *Kapitalverwaltungsgesellschaft* (vanaf nu: *KVG*).¹⁰² De *KVG* is net als de *fbi* een beleggingsinstellingen in het kader van de nieuwe Europese richtlijn 2009/65/EC.¹⁰³ Deze richtlijn ziet vooral op Europese afspraken rondom feeder-icbe's en master icbe's. Het enkel vallen binnen deze richtlijn is onvoldoende om een beroep te kunnen doen op het regime van een *fbi*. Om op dit regime een beroep te kunnen doen is het noodzakelijk dat aan alle voorwaarden van een *fbi* wordt voldaan.¹⁰⁴

Binnen het *KAGB* wordt een onderscheid gemaakt tussen *Organismen für gemeinsame Anlage in Wertpapieren* (vanaf nu: *OGAWs*) en *Alternative Investmentfonds* (vanaf nu: *AIFs*). Een *OGAW* is altijd een open beleggingsfonds, terwijl een *AIF* zowel een open als gesloten beleggingsfonds kan zijn. Voor beide beleggingsfondsen gelden andere regels met betrekking tot de toelating en berichtgeving.¹⁰⁵ Het beheer van

¹⁰¹ Richtlijn 2009/65/EC -Europese markt voor beleggingsinstellingen gericht op instellingen voor collectieve beleggingen in effecten. & www.bvi.de – Deutscher Fondsverband, *Kapitalanlagegesetzbuch*. (geraadpleegd op 4 juni 2015.)

¹⁰² www.bvi.de – Deutscher Fondsverband, *Kapitalanlagegesetzbuch*. (geraadpleegd op 4 juni 2015.)

¹⁰³ Staatssecretaris J.C. de Jager, MvT op de Nota van Wijziging van de Wet op Financieel toezicht, 32 622.

¹⁰⁴ www.ndfr.nl, deel vennootschapsbelasting, commentaar door P.J.C.B. de Winter op art. 28 (geraadpleegd op 31-7-2015)
Wet Vpb 1969 Fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 31 juli 2015)

¹⁰⁵ www.bvi.de – Deutscher Fondsverband, *Kapitalanlagegesetzbuch*. (geraadpleegd op 4 juni 2015.)

het beleggingsvermogen van een *OGAW of AIF* wordt gedaan door een *KVG*.¹⁰⁶

In deze paragraaf wordt een uitgangspositie geschetst waarin een Duitse beleggingsinstelling opteert voor de Nederlandse *fbi*-status. Aan de hand van deze uitgangspositie wordt gekeken in hoeverre een *OGAW-Sondervermögen* vergelijkbaar is met een *fbi*. Een *Sondervermögen* wordt gezien als een afgezonderd vermogen.¹⁰⁷ In deze paragraaf zal de nadruk worden gelegd op een aantal belangrijke vereisten uit art. 28 Wet Vpb 1969 en wordt vervolgens uitgelegd wat de gevolgen zijn voor een Duitse *OGAW-Sondervermögen* die een *fbi*-status heeft.

Uitgangspositie

Een Duitse externe KVG in de vorm van een GmbH beheert een OGAW-Sondervermögen. Er wordt geopteerd voor de fbi-status in Nederland om in aanmerking te kunnen komen voor de afdrachtsvermindering. Het Duitse OGAW-Sondervermögen heeft 4% aandelen in een Nederlandse vennootschap. De KVG houdt zich alleen bezig met het beheren van het OGAW-Sondervermögen. De Nederlandse vennootschap keert 400 euro dividend uit aan het OGAW-Sondervermögen waarover 15% Nederlandse dividendbelasting wordt ingehouden. Daarnaast moet worden opgemerkt dat de Duitse KVG ook Nederlandse aandeelhouders heeft en niet in onroerend goed investeert. Alle aandeelhouders van het OGAW-Sondervermögen hebben de aandelen pas na 2009 verkregen.

4.2.2 Rechtsvorm

In casu wordt het beheer van het *OGAW-Sondervermögen* gedaan door een externe *KVG*. Deze *KVG* is een *GmbH*. Een *GmbH* kan worden vergeleken met een Nederlandse *bv*.¹⁰⁸ De *KVG* beheert het *OGAW-Sondervermögen*.

¹⁰⁶ §1 & §17 KAGB.

¹⁰⁷ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332. & §91 KAGB.

¹⁰⁸ Richtlijn 90/435/EEG.

Een *Sondervermögen* bestaat uit een contractuele overeenkomst tussen de *KVG* en aandeelhouders.¹⁰⁹ Het risico van het beheer van de *KVG* ligt bij de achterliggende beleggers.¹¹⁰

De beleggers hebben geld bij de *KVG* en hierdoor ontstaat een afgescheiden vermogen van de *KVG*. Dit afgescheiden vermogen vormt het *Sondervermögen*. Het *Sondervermögen* zelf heeft geen rechtspersoonlijkheid.¹¹¹

De rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft geoordeeld dat een *Sondervermögen* beschouwd moet worden als een niet-transparant lichaam. De reden hiervoor was, dat het vermogen van een *Sondervermögen* afgescheiden is en hierdoor vergeleken kan worden met doelvermogen conform art. 3, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb 1969. De rechtbank oordeelde dat een *Sondervermögen* te vergelijken is met een Nederlands fonds voor gemene rekening.¹¹² Deze conclusie werd onder andere getrokken aangezien het geld van het *Sondervermögen* niet in de failliete boedel van de beheerder valt. In de nieuwe wetgeving is dit opnieuw opgenomen. In § 99, lid 3 *KAGB* staat namelijk dat het *Sondervermögen* niet in de failliete boedel van de *KVG* valt.

Om als Duitse instelling in aanmerking te komen voor een fbi-status, moet deze instelling op grond van art. 28, lid 1, Wet Vpb 1969 een rechtsvorm zijn die vergelijkbaar is met een nv, bv of fonds voor gemene rekening. Een *Sondervermögen* wordt vergelijkbaar geacht met een fonds voor gemene rekening waardoor deze binnen de genoemde rechtsvormen van art. 28 Wet Vpb 1969 valt.¹¹³

Hierbij moet worden opgemerkt dat het niet helemaal duidelijk is wat de consequenties zouden zijn van een belanghebbende die opteert voor de Nederlandse fbi-status waarvan de rechtsvorm niet volledig overeenstemt met de in art. 28, lid 1, Wet Vpb 1969 genoemde rechtsvormen. In het

¹⁰⁹ Angsten 2015.

¹¹⁰ §1, lid 10, & *KAGB*

¹¹¹ Baur & Tappen 2014.

¹¹² Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332.

¹¹³ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332.

arrest Aberdeen werd aangehaald dat het niet kennen van een rechtsvorm geen reden is voor het niet toekennen van een status.¹¹⁴ De rechtbank heeft ook benadrukt dat bij buitenlandse samenwerkingsverbanden niet altijd mathematisch kan worden vastgesteld of sprake is van een niet-transparant lichaam.¹¹⁵ Het lijkt erop dat de voorwaarde omtrent de rechtsvorm van een fbi ruim kan worden uitgelegd.

4.2.3. Aandeelhoudersvereisten

In § 3.8 zijn de aandeelhoudersvereisten van een fbi uiteengezet. Hierbij werd een onderscheid gemaakt tussen lichtere en zwaardere aandeelhoudersvereisten. Sommige typen aandeelhouders mogen maar een maximaal gedeelte van het kapitaal in een fbi bezitten.¹¹⁶

Deze wettelijke beperking ten aanzien van aandeelhouders is niet terug te zien bij aandeelhouders in een *OGAW- Sondervermögen* in de *KAGB*.¹¹⁷ In de *KAGB* zijn wel bepalingen opgenomen waarbij een bepaalde professionaliteit is vereist bij de aandeelhouders. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een *Spezial-AIF*.¹¹⁸

In de eerder aangehaalde uitspraak van de rechtbank waarbij een Duits *Sondervermögen* maar één aandeelhouder had, werd benadrukt dat de aandeelhoudersvereisten voor een fbi-status zeer van belang worden geacht. Het argument hiervoor had betrekking op het doel van een fbi, namelijk dat het samengevoegde vermogen van aandeelhouders een risicospreiding moet waarborgen. Daarnaast zorgen aandeelhoudersvereisten onder andere ervoor dat een belegging via een fbi fiscaal vergelijkbaar is met een rechtstreekse belegging. Het lijkt niet uit te maken of deze aandeelhoudersvereisten door een nationale wettelijke bepaling of door de statuten of fondsvoorwaarden van een

¹¹⁴ HvJ 18 juni 2009, zaak c-303/07 (Aberdeen)

¹¹⁵ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332.

¹¹⁶ Hierbij wordt verwezen naar §3.8 van deze scriptie.

¹¹⁷ Angsten 2015.

¹¹⁸ §1, lid 6, KAGB.

beleggingsinstelling worden verplicht. Het enkel jaarlijks voldoen aan de aandeelhoudersvereisten uit art. 28 Wet Vpb 1969 schijnt voldoende te zijn.¹¹⁹

Met betrekking tot de uitgangspositie betekent dit dus, dat gekeken moet worden of een *OWAG-Sondervermögen* aan de aandeelhoudersvereisten voldoet. Aangezien geen nationale wettelijke bepaling de aandeelhoudersvereisten uit art. 28 Wet Vpb 1969 waarborgt, zal moeten worden gekeken of de statuten of fondsvoorwaarden van het *OWAG-Sondervermögen* aan de aandeelhoudersvereisten voldoen. Het lijkt echter ook al voldoende te zijn als het *OGAW- Sondervermögen* feitelijk aan de aandeelhoudersvereisten voldoet.¹²⁰

4.2.4. Uitdelingsverplichting

In Duitsland is het uitdelen van de winst door een *OGAW- Sondervermögen* niet wettelijk verplicht. Desalniettemin is vaak een uitdelingsverplichting in de statuten, fondsvoorwaarden of in een aanvullende overeenkomst tussen de aandeelhouders en de *KVG* opgenomen.¹²¹

Het is voldoende indien een *OWAG-Sondervermögen* feitelijk aan de uitdelingsverplichting voldoet.¹²² Het in een jaar toevallig voldoen aan de uitdelingsverplichting lijkt echter niet voldoende te zijn.¹²³

In § 3.7. is aangegeven dat de uitdelingsverplichting een essentiële voorwaarden van de fbi-status is.¹²⁴ In de uitgangspositie zal dus na 8 maanden na een boekjaar moeten worden getoetst of de winsten van het dat boekjaar zijn uitgedeeld. Om aan de uitdelingsverplichting te voldoen is

¹¹⁹ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332.

¹²⁰ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332.

¹²¹ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332. & www.bayerninvest.de, Bayer Invest: '*Besondere Anlagebedingungen*' (geraadpleegd op 2 juni 2015)

¹²² Vermeulen 2014.

¹²³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938.

¹²⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938 & Hoge Raad 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1128 & Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332.

het ook van belang dat binnen acht maanden na het einde van het boekjaar alle winst wordt uitgekeerd.¹²⁵ In sommige situaties is door middel van een besluit een ontheffing van de uitdelingsverplichting verleend. Het besluit ziet echter niet op deze casus.¹²⁶

4.2.5. Verdragstoepassing

Een *Sondervermögen* in Duitsland heeft geen rechtspersoonlijkheid waardoor in beginsel dit *Sondervermögen* zich niet kwalificeert als een verdragsinwoner conform art. 3 OECD Model Convention. Volgens § 11 InvStG wordt echter een *Sondervermögen* gezien als doelvermogen, waardoor het *Sondervermögen* onderworpen is aan de Duitse vennootschapsbelasting. In Duitsland hebben ze ondanks de onderworpenheid willen voorkomen dat over de winsten binnen een *Sondervermögen* door een *Sondervermögen* belasting wordt betaald. Dit is opgelost door een *Sondervermögen* vrijstelling voor de vennootschapsbelasting te verlenen. Deze vrijstelling lijkt nochtans een beroep door een *OGAW-Sondervermögen* op verdragen die Duitsland heeft afgesloten niet uit te sluiten.¹²⁷

4.2.6. Belastingssystematiek

Zoals al hiervoor is aangehaald, is een *OGAW-Sondervermögen* niet onderworpen aan winstbelasting.¹²⁸ Net als in Nederland worden zowel niet natuurlijke als natuurlijke binnenlandse aandeelhouders van het *OGAW-Sondervermögen* belast over de uitgedeelde winsten. Het Duitse systeem kent echter geen wettelijke verplichting ten aanzien van de uitdeling van winsten door een *OGAW-Sondervermögen*. Om te voorkomen dat niet uitgedeelde winsten onbelast blijven, worden niet uitgedeelde winsten

¹²⁵ Hierbij wordt verwezen naar §3.7 van deze scriptie.

¹²⁶ Besluit van 18 februari 2014, nr. BLKB2014/15M.

¹²⁷ Angsten 2015.

¹²⁸ Angsten 2015. + §11 InvStG.

geacht te zijn uitgedeeld. Over deze opbrengst zijn de aandeelhouders dus op deze wijze ook belasting verschuldigd.¹²⁹

De regels van een *OGAW-Sondervermögen* komen niet exact overeen met de regels van een fbi. Zo is bijvoorbeeld voor een *OGAW-Sondervermögen*, in tegenstelling tot een fbi, wettelijk bepaald waar 90% van de beleggingen uit moet bestaan.¹³⁰ Nederland acht daarentegen de uitdelingsverplichting cruciaal om gekwalificeerd te kunnen worden als fbi. Het doel achter de uitdelingsverplichting is om te voorkomen dat winsten onbelast blijven. Dit doel wordt op een andere wijze bij een *OGAW-Sondervermögen* bewerkstelligd. Zowel de heffingstechniek van een fbi als van een *OGAW-Sondervermögen* beoogt alleen de aandeelhouders te belasten. In hoofdstuk 6 zal getoetst worden of het stikt naleven van de voorwaarden uit art. 28 Wet Vpb 1969, zoals de uitdelingsverplichting in strijd is met de Europese verdragsvrijheden.

Indien ervan wordt uitgegaan dat het *OGAW-Sondervermögen* gekwalificeerd wordt als fbi, dan ontstaat echter een ander probleem. Een buitenlandse onderneming is namelijk niet inhoudingsplichtig voor de Nederlandse dividendbelasting, waardoor effectief ook geen afdrachtsvermindering kan plaatsvinden.¹³¹

Indien een Nederlandse fbi en een Duitse fbi beide 4% belang hebben in een Nederlandse onderneming en hieruit 400 euro dividend ontvangen, dan wordt over beide uitkeringen 15% oftewel 60 euro Nederlandse dividendbelasting geheven.¹³²

Indien zowel de Nederlandse fbi als de Duitse fbi de resterende 340 euro uitkeren aan hun Nederlandse aandeelhouders dan zal over deze 340 euro opnieuw 15% dividendbelasting verschuldigd zijn. Zowel de Nederlandse als

¹²⁹ §2 InvStG.

¹³⁰ §1, lid 2, sub b, onderdeel 5 InvStG.

¹³¹ Vakstudie Vennootschapsbelasting 2014.

¹³² Art. 1 & 5 Wet DB 1965 &

IBFD tax research platform: Netherlands – Treaty Withholding Rates Table.

(geraadpleegd op 3 juni 2015)

Duitse dividendbelasting bedraagt in dit geval 51 euro.¹³³ Enkel de Nederlandse fbi komt door de inhoudingsplicht in aanmerking voor een afdrachtsvermindering van 51 euro waarmee de winstuitkering moet worden verhoogd.¹³⁴ Indien alleen rekening wordt gehouden met de Nederlandse regelgeving dan is de winstuitkering van de Nederlandse fbi 451 euro terwijl de winstuitkering van de Duitse fbi maar 400 euro bedraagt.¹³⁵ De aandeelhouders van de Nederlandse en Duitse fbi ontvangen dus geen gelijke winstuitkering.¹³⁶

Op de Nederlandse fbi drukt nu nog een dividendbelasting van 9 euro terwijl op de Duitse fbi in de vorm van een *OGAW- Sondervermögen* nog een dividendbelasting drukt van 60 euro. Dit komt aangezien in Duitsland een *OGAW- Sondervermögen* geen winstbelasting verschuldigd is en in het oude en nieuwe verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Duitsland geen full credit bepaling is opgenomen. De ongelijke behandeling van een Nederlandse en Duitse fbi wordt dus niet door het huidige of nieuwe verdrag ter voorkoming van dubbele belasting gecompenseerd. De Duitse fbi oftewel het *OGAW- Sondervermögen* kan dus ook geen teruggave van de Nederlandse dividendbelasting in Duitsland krijgen op grond van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Duitsland. De onbenutte afdrachtsvermindering mag wel bij zowel de Duitse als bij de Nederlandse fbi doorgeschoven worden naar latere jaren.¹³⁷

¹³³ Art. 13 van het huidige verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Duitsland (art. 10 van het nieuwe verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Duitsland)

¹³⁴ De Vakstudie vennootschapsbelasting 2015.

¹³⁵ Art. 13 huidige verdrag tussen Nederland en Duitsland ter voorkoming van dubbele belasting en art. 10 nieuwe verdrag tussen Nederland en Duitsland ter voorkoming van dubbele belasting. Dit laatste verdrag is nog niet in werking getreden. & De Vakstudie vennootschapsbelasting 2015.

¹³⁶ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11.(Santander)

¹³⁷ www.ndfr.nl, deel dividendbelasting, commentaar door S.A. Tijl op Artikel 11a Wet DB 1965 vermindering. (geraadpleegd op 5 mei 2015)

In hoofdstuk 5 wordt getoetst of de ongelijke behandeling van een Duitse fbi ten opzichte van een Nederlandse fbi in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer.

4.3. Duitse aandeelhouders

Uitgangspositie:

Een Duitse onderneming heeft 4% belang in een Nederlandse fbi. Deze fbi keert 400 euro dividend uit aan de Duitse onderneming. Dit dividend heeft betrekking op winsten die de fbi uit buitenlandse deelnemingen heeft ontvangen. Op deze dividenden drukt een bronbelasting van 15%.

Over deze uitkering is op grond van art. 1, 3 en 5 Wet DB 1965 in Nederland 15% dividendbelasting verschuldigd. Deze dividendbelasting wordt conform art. 7 Wet DB 1965 ingehouden door de Nederlandse fbi. In casu zal de dividendbelasting dus 60 euro bedragen.

Conform art. 13 van het huidige verdrag en art. 10 van het nieuwe verdrag tussen Nederland en Duitsland ter voorkoming van dubbele belasting mag Nederland 15% dividendbelasting heffen, indien een Duitse onderneming een dividenduitkering ontvangt uit een Nederlandse deelneming van 4%. Nederland is dus bevoegd 60 euro dividendbelasting te heffen over deze uitkering. Op grond van art. 20, lid 2 van het huidige verdrag en art. 22, lid 1, sub b van het nieuwe verdrag ter voorkoming van dubbele belasting kan de geheven dividendbelasting in Duitsland worden verrekend. In casu kan de 60 euro dividendbelasting dus in Duitsland worden verrekend met de verschuldigde belasting van de aandeelhouders in Duitsland. Er wordt in dit stuk ervan uitgegaan dat Duitsland voor de verrekenmethode ook een belastingpercentage van 15% hanteert.

In art. 28 Wet Vpb 1969 staat niet dat een afdrachtsvermindering alleen gebruikt kan worden indien de fbi Nederlandse aandeelhouders heeft. Dit voorgaande impliceert dat een fbi ook een beroep kan doen op de afdrachtsvermindering, indien deze Duitse aandeelhouders heeft.

Een beperking is echter wel opgenomen met betrekking tot de omvang van de afdrachtsvermindering. Naast de algemene restricties die worden gesteld aan de omvang van de afdrachtsvermindering bestaat een aanvullende restrictie bij winsten die worden uitgekeerd aan buitenlandse aandeelhouders. De afdrachtsvermindering wordt namelijk gekort met de dividendbelasting die de aandeelhouder van de fbi terugkrijgt of verminderd krijgt op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. De teruggave van dividendbelasting moet wel betrekking hebben op doorgestoten winsten waar bronbelasting op drukt en de belanghebbende moet een belang hebben in de inhoudingsplichtige.¹³⁸ Indien ervan wordt uitgegaan dat de Duitse aandeelhouders voor meer dan 15% worden belast over de uitgekeerde dividenden, dan zal op grond van art. 20, lid 2 van het huidige verdrag en art. 22, lid 1, sub b van het nieuwe verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, de 60 euro geheven Nederlandse dividendbelasting in Duitsland volledig worden verrekend.

Wanneer met betrekking tot de bovenstaande casus op grond van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in plaats van het recht op verrekening van de in Nederland verschuldigde belasting een vermindering of teruggave van de in Nederland verschuldigde belasting bestond, dan had de afdrachtsvermindering met dit bedrag moeten worden verminderd. In de Tweede Kamer is een situatie beschreven waarbij dit voorgaande van toepassing is. De situatie ziet op een Amerikaans pensioenfonds dat 25% van de aandelen in een Nederlandse vennootschap bezit en hieruit dividend ontvangt. Het Amerikaanse pensioenfonds heeft nu recht op een vermindering van de in Nederland verschuldigde dividendbelasting. Indien het recht op teruggave of vermindering in de uitgangshouding zou zien op de volledige Nederlandse dividendbelasting dan zou door Nederland effectief ook 60 euro minder dividendbelasting geheven kunnen worden.¹³⁹

Wanneer ten aanzien van de casus van het voorgaande wordt uitgegaan dan had de afdrachtsvermindering van de Nederlandse fbi met 60 euro moeten worden verminderd.

¹³⁸ Art. 11a Wet DB 1965.

¹³⁹ *Kamerstukken II* 2007/2008, 31206, nr. 15, p. 8

In casu had dit betekend dat de afdrachtsvermindering voor de Nederlandse fbi die 400 euro winst uitkeert aan een Duitse aandeelhouder had moeten worden verminderd met 60 euro. Indien eenzelfde uitkering had plaatsgevonden aan een vergelijkbare Nederlandse aandeelhouder die tevens buiten art. 10 Wet DB 1965 zou vallen dan zou de afdrachtsvermindering niet worden verminderd.¹⁴⁰ De dividenduitkering van een Nederlandse fbi aan de hiervoor aangehaalde Nederlandse aandeelhouders zou dus 60 euro hoger zijn dan eenzelfde uitkering aan de hiervoor aangehaalde Duitse aandeelhouders zou. Dit komt doordat de omvang van de afdrachtsvermindering de grootte van de winstuitkering beïnvloedt.¹⁴¹ Hiertegenover staat dat de Duitse aandeelhouder een teruggave of vermindering van 60 euro Nederlandse dividendbelasting krijgt op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

De Duitse aandeelhouder ontvangt dus effectief een even grootte dividenduitkering. Dit komt doordat in Nederland effectief minder dividendbelasting is verschuldigd. Bij het voorgaande is ervan uitgegaan dat deze Duitse aandeelhouder op grond van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederlands en Duitsland een vermindering of teruggave van de Nederlandse dividendbelasting krijgt en deze aandeelhouder niet vergelijkbaar zou zijn geweest met een Nederlandse aandeelhouder uit art. 10 Wet DB 1965.

Daarnaast zal een beperkte heffingsbevoegdheid voor Nederland ook de afdrachtsvermindering beperken. Hoe lager het belastingtarief is dat Nederland mag heffen op basis van een belastingverdrag, hoe kleiner de afdrachtsvermindering wordt. Dit komt doordat de fbi in aanmerking komt voor een afdrachtsvermindering conform art. 11a Wet DB 1965 voor zover Nederlandse dividendbelasting wordt ingehouden.¹⁴²

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 2007/2008*, 31206, nr. 15, p. 8.

¹⁴¹ De Vakstudie vennootschapsbelasting 2015.

¹⁴² *Kamerstukken II 2012/13*, 33403, nr. 9, p. 6-7.

In hoofdstuk 5 wordt getoetst of het korten van de afdrachtsvermindering met het bedrag aan dividendbelasting dat een aandeelhouder terugkrijgt of verminderd krijgt ten aanzien van doorgestoten winsten waar bronbelasting op drukt in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer.

5. Vrijheid van kapitaalverkeer

In dit hoofdstuk zal allereerst worden uitgelegd wat wordt bedoeld met de vrijheid van kapitaalverkeer. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan het toepassingskader van de vrijheid van kapitaalverkeer, waarbij ook wordt behandeld wanneer een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer gerechtvaardigd kan worden.

5.1. Achtergrond

De vrijheid van kapitaalverkeer is een van de jongste verdragsvrijheden.¹⁴³ Sinds het Verdrag van Maastricht is de vrijheid van kapitaalverkeer

¹⁴³ www.europeesparlement.nl, deel vrij verkeer van kapitaal. geraadpleegd op 3 juni 2015)

opgenomen in het primaire recht.¹⁴⁴ In art. 56 EG-verdrag werd de vrijheid van kapitaalverkeer verankerd.¹⁴⁵ Hiervoor was de vrijheid van kapitaalverkeer enkel vastgelegd in een richtlijn.¹⁴⁶ Het toepassingsbereik van de vrijheid van kapitaalverkeer is in het primaire recht uitgebreid, aangezien deze ook derde landen dekt in tegenstelling tot de richtlijn.¹⁴⁷ Tegenwoordig is de vrijheid van kapitaalverkeer vastgelegd in art. 63 VWEU. Art. 63 VWEU verbiedt alle beperkingen van vrijheid van kapitaalverkeer tussen lidstaten en derde landen.

Ten aanzien van de vrijheid van kapitaalverkeer is geen definitie opgenomen in het EG-verdrag of het VWEU. In de zaak *Trummer & Mayer* is daarom aangegeven dat voor de indicatie van deze definitie moet worden aangesloten bij de bijlage van de richtlijn 88/361.¹⁴⁸

Alle beperkingen of verkapte vormen van beperkingen van de vrijheid van kapitaalverkeer zijn verboden.¹⁴⁹ Binnen de vrijheid van kapitaalverkeer vallen grensoverschrijdende directe investeringen, beleggingen in onroerend goed en verrichtingen omtrent effecten die op de kapitaalmarkt worden verhandeld.¹⁵⁰ Het toepassingsbereik wordt ook omschreven als bedragen uit beleggingen en investeringen en niet bedragen ter vergoeding van prestaties.¹⁵¹ Hierbinnen vallen dus ook dividenden uit een lidstaat die worden ontvangen door een aandeelhouder uit een andere lidstaat.¹⁵²

De verdragsvrijheden zijn geïntroduceerd om alle belemmeringen binnen de gemeenschappelijke markt van Europa te verwijderen. Door deze

¹⁴⁴ Verdrag betreffende de Europese Unie, Maastricht, 07-02-1992.

¹⁴⁵ www.ndfr.nl, deel Europees recht, commentaar door P. Fortuin op Artikel 63 VWEU vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer. (geraadpleegd op 2 juni 2015) & www.europarl.europa.eu, deel vrij verkeer van kapitaal.

¹⁴⁶ Korving 2011. & Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988.

¹⁴⁷ Korving 2011.

¹⁴⁸ HvJ EG 16 maart 1999, C-222/97. (*Trummer & Mayer*) & Bijlage van Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988.

¹⁴⁹ www.europeesparlement.nl, deel vrij verkeer van kapitaal. (geraadpleegd op 3 juni 2015)

¹⁵⁰ Jeremba & Shahid 2014.

¹⁵¹ Kapteyn & Verloren van Themaar 2003.

¹⁵² www.ndfr.nl, deel Europees recht, commentaar door P. Fortuin op Artikel 63 VWEU vrijheid van kapitaal- en betalingsverkeer. (geraadpleegd op 2 juni 2015)

liberalisering wordt geprobeerd een zo goed mogelijke interne markt te bewerkstelligen en de economische vooruitgang de stimuleren.¹⁵³

5.2. Belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer

Indien geconcludeerd is dat in een zaak aanspraak mag worden gedaan op het Europese recht, dan wordt vervolgens gekeken of in de betreffende zaak sprake is van discriminatie of belemmering van Europees recht. Er wordt gesproken van discriminatie indien een nationale bepaling onderscheid maakt op basis van nationaliteit. Indien het onderscheid wordt gevormd op basis van een ander onderscheidend criterium, maar het effect hetzelfde is als een onderscheid op basis van nationaliteit dan wordt dit gezien als indirecte discriminatie.¹⁵⁴

Soms is het effect van een bepaling dat een onderscheid gemaakt wordt op grond van een onderscheidend criterium, maar staat dit criterium niet in een nationale wettelijke bepaling. In zulke gevallen wordt gesproken van een belemmering.¹⁵⁵

Een lidstaat is bevoegd om nationale wetten op te stellen. Deze zijn echter verboden indien het een inbreuk vormt op de vrijheid van kapitaalverkeer. In beginsel mag een lidstaat in de nationale wetgeving ook een onderscheid maken in vestigingsplaats of de plaats waar het kapitaal wordt belegd conform art. 65, lid 1, sub a, VWEU. Dit beginsel wordt echter meteen beperkt door art. 63, lid 3, VWEU waarbij deze maatregelen niet mogen leiden tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer. Ook door het HvJ wordt benadrukt dat art. 65, lid 1, sub a, VWEU heel strikt moet worden uitgelegd.¹⁵⁶

Maatregelen in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer vormen mede bepalingen die niet-ingezetenen ervan laten afzien in een land te investeren

¹⁵³ www.europarl.europa.eu, deel vrij verkeer van kapitaal.

¹⁵⁴ Korving 2011.

¹⁵⁵ Korving 2011.

¹⁵⁶ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11. (Santander Asset Management)

en ingezetenen van een lidstaat stimuleren te investeren in andere landen.¹⁵⁷

Om te concluderen dat een bepaling een inbreuk vormt op de vrijheid van kapitaalverkeer moet sprake zijn van een ongelijke behandeling van objectief vergelijkbare situaties die niet door een dwingende reden van algemeen belang kan worden gerechtvaardigd.¹⁵⁸

Opgemerkt moet worden dat iedere vorm van een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer volgens art. 63 VWEU is verboden waardoor de discussie of sprake is van discriminatie of een belemmering meer theoretisch is.

5.2.1. Objectief vergelijkbare situaties omtrent beleggingsinstellingen

Indien een vennootschap uit een lidstaat dividenden uitkeert aan ingezetenen en niet-ingezetenen beleggingsinstellingen, dan verkeren deze beleggingsinstellingen niet per definitie in dezelfde situatie.¹⁵⁹ Wanneer geconcludeerd wordt dat een ingezetenen en niet-ingezetenen beleggingsinstelling niet vergelijkbaar zijn, dan mogen beide beleggingsinstellingen ook anders behandeld worden.¹⁶⁰ Indien beide ingezetenen echter worden onderworpen in deze lidstaat aan belasting over de uitgekeerde dividenden dan raken de situaties elkaar, aangezien door beide ingezetenen nu het risico wordt gelopen op dubbele belasting.¹⁶¹ Om deze reden worden de hierboven genoemde ingezetenen vergelijkbaar geacht.¹⁶² Het maakt hierbij niet uit of de heffingsbevoegdheid van de lidstaat volgt uit unilateraal recht of uit een overeenkomst. Indien in een

¹⁵⁷ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11. (Santander Asset Management)

¹⁵⁸ HvJ EG, 19 januari 2006, C-265/04. (Bouanich) & HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11. (Santander Asset Management)

¹⁵⁹ HvJ 8 november 2007, c-379/05. (Amurta)

¹⁶⁰ HvJ EU 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir fiscal)& HvJ 19 november 2009, c-540/07 (Commissie v. Italië)

¹⁶¹ HvJ EG 3 juni 2010, c-487/08 (Commissie v. Spanje)

¹⁶² HvJ 8 november 2007, c-379/05 (Amurta)

dergelijke situatie alleen compensatie door een lidstaat wordt geboden aan ingezetenen voor de geheven belasting door deze lidstaat, dan is sprake van een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer.¹⁶³

Het maakt voor de vergelijkbaarheid tussen een ingezetene en niet-ingezetene niet uit of de niet-ingezetene wel of niet een vaste inrichting heeft in het land waar de uitkerende vennootschap is gevestigd.¹⁶⁴

Het is toegestaan om als lidstaat voorwaarden te verbinden aan een bepaalde status.¹⁶⁵ De status die een instelling of vennootschap in een andere lidstaat heeft verkregen, hoeft niet meteen door een lidstaat te worden overgenomen.¹⁶⁶ Indien de buitenlandse instelling echter aan de voorwaarden van een status voldoet, dan moet deze instelling dezelfde behandeling krijgen als een vergelijkbare binnenlandse instelling met deze status.¹⁶⁷ Indien een lidstaat voorwaarden koppelt aan een vrijstelling, dan moet dus een niet-ingezetene ook in aanmerking komen voor deze vrijstelling indien deze niet-ingezetene aan de gestelde voorwaarden voldoet.¹⁶⁸ Het mag echter niet zo zijn dat deze vrijstelling wordt geweigerd aangezien de niet-ingezetene minder belasting betaalt in de lidstaat waar deze niet-ingezetene is gevestigd. Een uitzondering hierop is wanneer sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie.¹⁶⁹

¹⁶³ HvJ 8 november 2007, c-379/05 (Amurta)

¹⁶⁴ HvJ. 25 oktober 2012, c-387/11 (Commissie v. Koninkrijk België)

¹⁶⁵ HvJ 14 september 2006, c-386/04 (Stauffer) &
HvJ EU 23 april 2008, zaak C-201/05
(Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation)

¹⁶⁶ Hoge Raad 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1128. &
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938. &
HvJ 14 september 2006, c-386/04 (Stauffer)

¹⁶⁷ HvJ 14 september 2006, c-386/04 (Stauffer)

¹⁶⁸ HvJ EU 23 april 2008, zaak C-201/05
(Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation)

¹⁶⁹ HvJ EU 23 april 2008, zaak C-201/05
(Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation)

Indien bij de vergelijkbaarheid ook naar de achterliggende aandeelhouders van niet-ingezetenen en ingezetenen beleggingsinstellingen wordt gekeken, dan moeten een aantal dingen worden opgemerkt. Ten eerste worden aandeelhouders van binnenlandse beleggingsinstellingen en buitenlandse beleggingsinstellingen in beginsel niet vergelijkbaar geacht.¹⁷⁰

Opmerkelijk is dat in een recente uitspraak van de Hoge Raad en in de zaak Santander hiervan werd afgeweken. In deze uitspraken werd gesteld dat wel gekeken mag worden naar de achterliggende aandeelhouders. De Hoge Raad tolereerde een andere behandeling van een niet-ingezetene aangezien de aandeelhouders van deze niet-ingezetene anders minder Nederlandse dividendbelasting verschuldigd zouden zijn dan indien deze aandeelhouders rechtstreeks in Nederland zouden beleggen. In de zaak Santander werd echter benadrukt dat een andere behandeling met het oog op de achterliggende deelnemers niet getolereerd mag worden indien dit ertoe zou leiden dat een buitenlandse fbi nadeliger behandeld zou worden dan een Nederlandse fbi enkel omdat de eerste fbi niet in Nederland gevestigd is.¹⁷¹ Om te beoordelen of ingezetenen en niet-ingezetenen omtrent de dividendbelasting vergelijkbaar behandeld worden, mag ook de vennootschaps- en inkomstenbelasting in aanmerking worden genomen waarvan de dividendbelasting een voorheffing vormt.¹⁷² Voor de vergelijkbaarheid van een niet-ingezetenen fbi en ingezetenen fbi is dit echter niet zeer van belang aangezien een ingezetenen fbi is vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Om deze reden richt de vergelijkbaarheid van een ingezetenen fbi en niet-ingezetenen fbi zich nagenoeg alleen op de dividendbelasting

Daarnaast slaagt een vrijstelling voor enkel binnenlandse beleggingsinstellingen vaak niet, door het ontbreken van een verband. Vaak

¹⁷⁰ HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09 (Commissie v. Duitsland) & HvJ 19 november 2009, c-540/07 (Commissie v. Italië)

¹⁷¹ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11 (Santander) & HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777.

¹⁷² HvJ 25 juni 2015, C-10/14. (Miljoen) & HvJ 25 juni 2015, C-17/14. (Société Générale SA)

ontbreekt namelijk de correlatie tussen de vrijstelling en de belaste dividenduitkering bij de achterliggende aandeelhouders.¹⁷³ Indien echter dit verband aanwezig zou zijn, dan zouden ook buitenlandse beleggingsinstellingen een beroep op deze vrijstelling moeten kunnen doen, aangezien hun aandeelhouders ook over deze uitkering belast kunnen worden.¹⁷⁴ Verder moet worden opgemerkt dat het is toegestaan om buitenlandse dividenden te verrekenen en voor binnenlandse dividenden een vrijstelling te verlenen, indien de belastingdruk voor buitenlandse dividenden niet hoger is dan voor binnenlands dividend.¹⁷⁵

Tot slot verdient het eerder aangehaalde recente arrest van de Hoge Raad nog enige aandacht. In dit arrest wordt een niet-ingezeten beleggingsinstelling pas vergelijkbaar geacht met een ingezeten fbi indien over de doorgestoten winsten dividendbelasting is afgedragen. De overige vereisten uit art. 28 Wet Vpb 1969 lijken hierbij geen essentiële rol meer te spelen.¹⁷⁶

In deze scriptie zal deze uitspraak bij de toetsing van de teruggave van dividendbelasting aan niet-ingezeten beleggingsinstellingen om een aantal redenen niet leidend zijn.

Allereerst aangezien de mening die de Hoge Raad hier heeft ingenomen niet overeenstemt met de voorgaande beredeneringen die omtrent de vergelijkbaarheid van een fbi zijn ingenomen.¹⁷⁷ Ten tweede aangezien volledig wordt afgeweken van de wettelijke vereisten uit art. 28 Wet Vpb 1969. Daarnaast is in de zaak Santander door het HvJ aangehaald dat aandeelhouders in de vergelijking tussen ingezetene en niet-ingezetene

¹⁷³ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11 (Santander)

¹⁷⁴ HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09 (Commissie v. Duitsland)

¹⁷⁵ HvJ 12 december 2006, zaak C-446/04 (FII Group Litigation)

¹⁷⁶ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777.

¹⁷⁷ Zie bijvoorbeeld:

HR 20 december 2014, ECLI:NL:HR:2013:1800. &

HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:279. &

HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1128.

(Voor nog verdere arresten wordt verwezen naar de bijlage)

mogen worden meegenomen. Dit mag er echter niet toe leiden dat het voordeel enkel wordt verschaft op basis van de vestigingsplaats.¹⁷⁸ Volgens de Hoge Raad wordt het voordeel aan een niet-ingezetene fbi enkel niet verleend aangezien de buitenlandse beleggingsinstelling niet inhoudingsplichtig is voor de Nederlandse dividendbelasting.¹⁷⁹ Indirect is dit een onderscheids criterium enkel gericht op basis van de vestigingsplaats aangezien alleen een ingezetene fbi Nederlandse dividendbelasting kan inhouden.

In deze scriptie wordt vooral aandacht besteed aan de visie van het HvJ omtrent de vergelijkbaarheid van een niet-ingezetene en ingezetene. Op dit moment is de uitspraak van de Hoge Raad namelijk zo pril, dat ik verwacht dat deze uitspraak uiteindelijk ook getoetst zal worden door het HvJ. Ik kan me niet voorstellen dat hierover het laatste woord gezegd is.

Tot slot is het volgende wettelijke artikel moeilijk verenigbaar met de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad. In art. 11a Wet DB 1965 staat dat alleen een fbi teruggave van dividendbelasting krijgt voor zover deze fbi dividendbelasting inhoudt. Dit voorgaande impliceert dat het voor de fbi-status niet van belang is dat dividendbelasting over de doorgestoten winsten wordt ingehouden. In art. 11a lijkt de fbi-status los te staan van het inhouden van dividendbelasting. Het inhouden van de dividendbelasting wordt in art. 11a Wet DB 1965 als vereiste genoemd voor een volgens art. 28 Wet Vpb 1969 al gekwalificeerde fbi om teruggave van dividendbelasting te krijgen. Het feit dat de niet-ingezetene fbi geen dividendbelasting terugkrijgt in tegenstelling tot een ingezetene fbi door het ontbreken van de inhoudingsplicht lijkt nu door de Hoge Raad verantwoord te worden doordat een essentiële voorwaarde voor een fbi wordt dat dividendbelasting over de doorgestoten winsten wordt betaald. Op deze wijze wordt naar mijn mening van een voorziening van een fbi een voorwaarde van een fbi gemaakt.

¹⁷⁸ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11.(Santander)

¹⁷⁹ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777.

In deze scriptie wordt vooral gekeken of op basis van de uitspraken van het HvJ een ingezeten en niet-ingezeten fbi vergelijkbaar zijn om vervolgens te kijken of deze niet-ingezeten fbi teruggave van dividendbelasting kan worden onthouden vanwege het ontbreken van de inhoudingsplicht.

5.3. Dispariteit

In sommige gevallen is een ongunstigere behandeling niet te wijten aan de nationale wetgeving. Ondanks het doel om te werken aan een interne markt binnen Europa, zijn niet alle wetten binnen Europa geharmoniseerd. Dubbele belastingheffing kan ontstaan doordat twee landen parallel belasting heffen. Dispariteit kan worden voorkomen door wetten te harmoniseren. Indien geconcludeerd wordt dat de minder gunstige behandeling van buitenlandse belastingplichtigen wordt veroorzaakt door dispariteit, dan is geen sprake van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.¹⁸⁰ In de zaak Kerckhaert-Morres werden binnenlandse dividenden alleen onderworpen aan een voorheffing van 25% en buitenlandse dividenden waren alleen onderworpen aan een naheffing van 25%. Er was geen mogelijkheid om bronbelasting op dividenden te verrekenen. Door deze belastingtechniek werden buitenlandse dividenden soms geconfronteerd met dubbele belasting die niet verrekend kon worden. Het HvJ concludeerde dat het niet kunnen verrekenen van buitenlandse bronbelasting waardoor dubbele belasting ontstond werd veroorzaakt door dispariteit, aangezien in België de binnenlandse en buitenlandse dividenden voor hetzelfde tarief in de belasting werden onderworpen.¹⁸¹ In de zaak Orange European Smallcap Fund NV werd geoordeeld dat een lidstaat niet verantwoordelijk is voor de verrekening van buitenlandse bronbelasting, indien de buitenlandse bronbelasting net zo in de heffing wordt getrokken als binnenlandse bronheffing.¹⁸² Daarnaast werd in de zaak Manninen geconcludeerd dat een voorziening voor binnenlandse dividenden ook aan buitenlandse dividenden moet worden verschaft.¹⁸³ Er is in ieder geval geen

¹⁸⁰ Korving 2011.

¹⁸¹ HvJ EU 14 november 2006, zaak C-513/04, (Kerckhaert-Morres)

¹⁸² HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-194/06 (Orange European Smallcap Fund NV)

¹⁸³ HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02 (Manninen)

sprake van dispariteit indien de ongelijke behandeling door één lidstaat wordt veroorzaakt. Indien de bronstaat dus een vergelijkbare ingezetene en niet-ingezetene anders belast, dan wordt een beroep op dispariteit niet gehonoreerd.¹⁸⁴

5.4. Beperkingen van de vrijheid van kapitaalverkeer

In sommige situaties wordt de vrijheid van kapitaalverkeer beperkt door een standstill-bepaling. Daarnaast kan een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer in sommige gevallen worden gerechtvaardigd.

5.4.1. Standstill-bepaling

Bepalingen die de vrijheid van kapitaalverkeer belemmeren ten opzichte van derde landen mogen in stand blijven indien deze regeling al bestond voor 31 december 1993.¹⁸⁵ Het HvJ heeft zelfs aangegeven dat nieuw ingevoerde regelingen die de vrijheid van kapitaalverkeer belemmeren ten aanzien van derde landen, welke nagenoeg hetzelfde zijn als een oude regeling van voor 31 december 1993 in aanmerking kunnen komen voor de stand-still bepaling.¹⁸⁶

De standstill-bepaling kan echter niet worden ingeroepen voor een bepaling die de vrijheid van kapitaalverkeer beperkt tussen lidstaten.¹⁸⁷ Aangezien om deze reden de standstill-bepaling niet van belang is voor de beantwoording van mijn rechtsvraag, wordt hier niet verder op ingegaan.

5.4.2. Rechtvaardigingsgronden

In sommige gevallen is sprake van een gerechtvaardigde schending van de vrijheid van kapitaalverkeer. Er zijn geschreven rechtvaardigingsgronden

¹⁸⁴HvJ EU 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir fiscal)&

HvJ EG 3 juni 2010, c-487/08 (Commissie v. Spanje)

¹⁸⁵ Korving 2011.

¹⁸⁶ HvJ EU 12 december 2006, zaak C-446/04 (FII Group Litigation)

¹⁸⁷ Korving 2011.

zoals de bescherming van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.¹⁸⁸ Deze rechtvaardigingsgronden zijn in het kader van deze scriptie niet belangrijk. De ongeschreven rechtvaardigheidsgronden daarentegen vormen wel een belangrijke rol omtrent de vrijheid van kapitaalverkeer. In het arrest *Cassis de Dijon* werden voor het eerst ongeschreven rechtvaardigingsgronden aangevoerd onder de naam 'rule of reasons'.¹⁸⁹ Sinds dit moment spelen ongeschreven rechtvaardigingsgronden ook wel algemene redenen van algemeen belang genoemd een belangrijke rol. In deze scriptie worden een aantal van deze ongeschreven rechtvaardigingsgronden besproken, namelijk de noodzaak van fiscale doeltreffende controle, het voorkomen van belastingfraude, het in stand houden van de samenhang binnen het belastingstelsel en de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden.¹⁹⁰ Daarnaast wordt aandacht besteed aan de rol van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting die een heffingsbevoegdheid aan een lidstaat toekennen. Tot slot moet in het kader van deze scriptie nog worden opgemerkt dat de derving van belastinginkomsten en andere puur economische belangen systematisch worden afgewezen als rechtvaardigingsgrond door het HvJ.¹⁹¹

5.4.2.1. Doeltreffendheid van fiscale controles

Soms is het heel moeilijk erachter te komen wat in een bepaald land de fiscale behandeling inhoudt. Deze informatie kan relevant zijn ten aanzien van de belastingheffing. Indien een bepaling is ingevoerd ter controle van grensoverschrijdende situaties, dan kan een beroep worden gedaan op de doeltreffendheid van fiscale controles. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat dit beroep bij een niet-ingezetene uit een andere lidstaat nagenoeg onmogelijk is, vanwege de richtlijnen omtrent de uitwisseling van

¹⁸⁸ www.europeesparlement.nl, deel vrij verkeer van kapitaal.
(geraadpleegd op 3 juni 2015)

¹⁸⁹ HvJ EU 20 februari 1979, zaak 120/78 (*Cassis de Dijon*)

¹⁹⁰ Peeters 2005.

¹⁹¹ HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-194/06 (*Orange European Smallcap Fund NV*) & HvJ 14 september 2006, C-386/04 (*Stauffer*) & HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02 (*Manninen*) & HvJ EU 6 juni 2000, zaak C-35/98 (*Verkooijen*)

informatie.¹⁹² De doeltreffendheid van fiscale controles is echter wel een rechtvaardigingsgrond die in sommige situaties met derden landen kan slagen. Hierbij moet ook worden opgemerkt dat het niet hebben van een bepaling omtrent informatie-uitwisseling tussen lidstaten en derde landen niet meteen een beroep op de doeltreffendheid van fiscale controles laat slagen. Indien de nodige informatie op andere wijze kan worden verkregen dan vormt de doeltreffendheid van de fiscale controles geen dwingende reden van algemeen belang.¹⁹³

Daarnaast moet ook een verband kunnen worden aangetoond tussen de bepaling die een inbreuk van de vrijheid van kapitaalverkeer vormt en de waarborg van de fiscale controle.¹⁹⁴

Tot slot is van belang dat een beroep op de doeltreffendheid van fiscale controles ten aanzien van een bepaling niet slaagt indien de belastingheffing van deze bepaling alleen doelt op niet-ingezetenen.¹⁹⁵

5.4.2.2. Het voorkomen van belastingontwijking

Indien een bepaling een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer vormt, dan kan deze bepaling gerechtvaardigd worden als deze bepaling voorkomt dat belasting wordt ontweken. Het gaat hierbij vooral om bepalingen die volstrekt kunstmatige constructies tegengaan.¹⁹⁶ Ook hierbij speelt de informatie-uitwisseling weer een rol, aangezien op deze wijze kan worden vastgesteld hoe een buitenlandse belastingplichtige in de woonstaat wordt belast.¹⁹⁷ Een beroep op deze rechtvaardigingsgrond wordt niet gehonoreerd indien het gaat om een vermoeden.¹⁹⁸ Of sprake is van het

¹⁹² Korving 2011.

¹⁹³ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht 2014 .

¹⁹⁴ HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-194/06 (European Smallcap Fund NV) & HvJ 15 juli 2004, zaak C-315/02 (Lenz)

¹⁹⁵ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11 (Santander)

¹⁹⁶ Korving 2011.

¹⁹⁷ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht 2014.

¹⁹⁸ HvJ EU 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir fiscal) & HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Scheppees)

tegengaan van belastingontwijking zal per situatie beoordeeld moeten worden.¹⁹⁹ Daarnaast moet de regeling specifiek zijn gericht om belastingfraude tegen te gaan.²⁰⁰ Als laatste is van belang dat deze rechtvaardigingsgrond niet wordt gehonoreerd indien niet-ingezetenen door deze bepaling minder gunstig worden behandeld dan ingezetenen.²⁰¹

5.4.2.3. Samenhang van belastingstelsel

Soms komt het voor dat een bepaling een fiscaal nadeel compenseert. In een dergelijk geval kan een ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties worden gerechtvaardigd door het feit dat het fiscale voordeel alleen wordt verschaft indien de belastingplichtige ook het fiscale nadeel ondervindt.²⁰² Er moet een duidelijk verband bestaan tussen het voordeel en het gecompenseerde nadeel.²⁰³

In de zaak Bachmann werd een geslaagd geroep gedaan op de coherentie van het belastingstelsel. Een belastingplichtige wilde zijn premie voor verschillende verzekeringen in Duitsland aftrekken van zijn in België verschuldigde belasting. In België was echter alleen een aftrek van premie van Belgische verzekeringen mogelijk. Het HvJ honoreerde in deze zaak een beroep op de samenhang van het belastingstelsel aangezien in België uitkeringen waarvan de premie niet kon worden afgetrokken, waren vrijgesteld. Op deze wijze werd de belastingsamenhang dus gewaarborgd.²⁰⁴ Deze beredenering werd bevestigd in een parallelle zaak.²⁰⁵

De zaak Bachmann werd genuanceerd door de zaak Wielocks. In de zaak Wielocks weigerde de Nederlandse staat ten aanzien van een Belgische inwoner die werkzaam was in Nederland om een fiscale oudedagsreserve te

¹⁹⁹ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht 2014.

²⁰⁰ HvJ 18 juni 2009, zaak C-303/07 (Aberdeen)

²⁰¹ HvJ 19 november 2009, C-540/07 (Commissie v. Italië)

²⁰² Korving 2011.

²⁰³ HvJ EU 10 mei 2012, C-338/11 (Santander Asset Management) &

HvJ EU 6 juni 2000, zaak C-35/98 (Verkooijen)

²⁰⁴ HvJ 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachmann v. Belgische Staat)

²⁰⁵ HvJ 28 januari 1992, C-300/90 (Commissie v. België)

vormen. Over de jaarlijkse toevoeging aan de fiscale oudedagsreserve hoeft in Nederland geen belasting betaald te worden. Nederland deed een beroep op de samenhang van het belastingstelsel, aangezien Nederland hoogstwaarschijnlijk niet heffingsbevoegd zou zijn over de uitkering uit de fiscale oudedagsreserve. Het HvJ concludeerde dat deze beredenering niet opgaat, aangezien België en Nederland een bilateraal verdrag met elkaar hadden gesloten waarin werd afgesproken of de bron- of woonstaat heffingsbevoegd is. Het niet mogelijk maken van het vormen van een fiscale oudedagsreserve zou in strijd zijn met het afgesloten verdrag.²⁰⁶

Indien een dividenduitkering is vrijgesteld bij binnenlandse beleggingsinstellingen aangezien achterliggende aandeelhouders worden belast, dan is een duidelijk verband hiertussen essentieel om een beroep te kunnen doen op de samenhang van het belastingstelsel.²⁰⁷ Allereerst is hierbij van belang dat de winst ook daadwerkelijk wordt uitgekeerd aan aandeelhouders die belast zijn over deze uitkering.²⁰⁸ De vrijstelling of tegemoetkoming zal ook gekoppeld moeten zijn aan de belasting die daadwerkelijk door de aandeelhouders wordt betaald. Hierbij moet worden opgemerkt dat ook aandeelhouders van buitenlandse beleggingsinstellingen onderworpen kunnen zijn aan belasting over de dividenduitkering.²⁰⁹ Tot slot is van belang dat aandeelhouders van een binnenlandse fbi niet vergelijkbaar worden geacht met aandeelhouders van een buitenlandse fbi.²¹⁰

5.4.2.4 Evenwichtige verdeling heffingsbevoegdheden

De evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden is een rechtvaardigingsgrond die waarborgt dat een lidstaat kan heffen over de

²⁰⁶ HvJ 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (Wielocks)

²⁰⁷ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11 (Santander Asset Management) & HvJ EU 6 juni 2000, zaak C-35/98 (Verkooijen)

²⁰⁸ HvJ 18 juni 2009, zaak c-303/07 (Aberdeen)

²⁰⁹ HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02 (Manninen)

²¹⁰ HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09 (Commissie v. Duitsland) & HvJ 19 november 2009, c-540/07 (Commissie v. Italië)

activiteiten op het grondgebied van deze lidstaat. Deze rechtvaardigingsgrond slaagt echter niet ten aanzien van een bepaling, indien ingezetenen volgens deze bepaling zijn vrijgesteld van belasting terwijl vergelijkbare niet-ingezetenen wel belasting volgens deze bepaling verschuldigd zijn.²¹¹

5.4.2.5. De wederkerigheid van een belastingverdrag

Indien geconcludeerd wordt dat twee vergelijkbare situaties anders worden behandeld, dan kan ter rechtvaardiging een beroep gedaan worden op een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting waar een heffingsbevoegdheid aan een lidstaat is toegekend.

Allereerst moet worden opgemerkt dat verdragsvrijheden onvoorwaardelijk zijn en niet door een verdrag kunnen worden uitgesloten.²¹²

Uit de uitspraken van het HvJ blijkt dat een ongelijke behandeling van gelijke situaties kan worden gerechtvaardigd indien de ongelijke behandeling wordt geneutraliseerd op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen twee lidstaten.²¹³ Indien binnenlandse dividenden aan binnenlandse vennootschappen zijn vrijgesteld in een lidstaat, terwijl dezelfde dividenden aan buitenlandse vennootschappen zijn onderworpen aan bronbelasting, dan kan een beroep worden gedaan op een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Indien in dit verdrag een verrekenbeding is opgenomen voor de buitenlandse bronbelasting op dividenden, dan wordt dit beroep dus alleen gehonoreerd indien die belasting ook daadwerkelijk op basis van dat verdrag in de woonstaat kan worden verrekend.²¹⁴ In de zaak Fokus werd een nog verdergaand standpunt ingenomen. Volgens het HvJ maakte het in deze zaak niet uit of de woonstaat wel of niet op basis van een verdrag de ongelijke behandeling

²¹¹ HvJ. 25 oktober 2012, c-387/11 (Commissie v. België)

²¹² HvJ EU 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir fiscal).

²¹³ HvJ EG 3 juni 2010, c-487/08 (Commissie v. Spanje) & HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09 (Commissie v. Duitsland) & HvJ EG, 14 december 2006, zaak C-170/05 (Denkavit)

²¹⁴ HvJ EG 3 juni 2010, c-487/08 (Commissie v. Spanje & HvJ 19 november 2009, c-540/07 (Commissie v. Italië)

neutraliseerde. Het resultaat was dat de Engelse aandeelhouders tweemaal een beroep konden doen op een voorziening ten aanzien van de ongelijke behandeling.²¹⁵ In de noot van P.J. Wattel werd echter aangehaald, dat dit de strekking van het Europese recht te buiten gaat. De voorziening die in deze zaak door de bronstaat werd verschaft zou namelijk ook worden gegeven door de woonstaat. Dit voorgaande verschuift vooral een budgettair voordeel van de bronstaat naar de woonstaat.²¹⁶

Het benadrukken van andere voordelen van niet-ingezetenen rechtvaardigt geen inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer. Tot slot moet worden opgemerkt dat indien met de woonstaat van de niet-ingezetene geen verdrag is afgesloten, geen inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer kan worden gerechtvaardigd doordat de onvoordelige behandeling door deze woonstaat wordt gecompenseerd.²¹⁷

5.4.2.6. proportionaliteit en subsidiariteit

Met het oog op de algemene beginselen van de wet moeten de rechtvaardigingsgronden altijd binnen het kader van de proportionaliteit en subsidiariteit vallen voordat ze worden toegekend. De maatregelen moeten dus gepast zijn en mogen niet verder gaan dan nodig is om een doel te bereiken. Daarnaast zal altijd moeten worden gekeken of er geen alternatieve methode is die geschikter is om het doel te bereiken.²¹⁸ In de zaak Cadbury Schweppes werd geoordeeld dat een maatregel ter voorkoming van belastingfraude die gebaseerd is op een vermoeden niet proportioneel is.²¹⁹

Daarnaast werd door het HvJ geoordeeld dat omwille van de doelmatigheid van fiscale controles of omwille van het voorkomen van belastingfraude een

²¹⁵ EFTA Hof 23 november 2004, C e-1/04 (Fokus Bank)

²¹⁶ Noot P.J. Wattel bij EFTA Hof 23 november 2004, C e-1/04 (Fokus Bank).

²¹⁷ HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09 (Commissie v. Duitsland) & HvJ 8 november 2007, c-379/05 (Amurta)

²¹⁸ Korving 2011.

²¹⁹ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Scheppes)

vrijstelling alleen gegeven mocht worden onder de voorwaarde dat een verdrag omtrent wederzijdse administratieve bijstand was gesloten. Het koppelen van de vrijstelling aan het sluiten van een verdrag van wederzijdse gerechtelijke bijstand werd echter disproportioneel geacht. Dit was niet nodig om het gewenste doel te bereiken.²²⁰

6. Afdrachtsvermindering in het licht van de vrijheid van kapitaalverkeer

In dit hoofdstuk zal aan de hand van de geschetste uitgangsposities uit hoofdstuk 4 worden gekeken of de afdrachtsvermindering in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer. Hierbij wordt een stappenplan gehanteerd. Allereerst wordt gekeken of de belastingplichtige toegang heeft tot het VWEU. Indien dit het geval is, dan zal worden gekeken of objectief vergelijkbare situaties ongelijk behandeld worden waardoor de vrijheid van kapitaalverkeer kan worden belemmerd. Op het moment dat er sprake is van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer, zal gekeken worden in hoeverre deze belemmering kan worden gerechtvaardigd. Ten slotte zal bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond worden getoetst of deze rechtvaardigingsgrond geschikt is om het doel na te streven en of de belemmerende werking van de nationale bepaling niet verder gaat dan nodig is om het doel te behalen.²²¹

Indien sprake is van een lidstaat van de Europese Unie dan kan een beroep worden gedaan op het VWEU. Op deze vraag zal hieronder dus niet meer afzonderlijk worden gegaan.²²²

²²⁰ HvJ 10 februari 2011, C-437/08 (Salinen) & HvJ 10 februari 2011, C-436/08 (Haribo)

²²¹ Larking & Monteiro 2011.

²²² HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes) & HvJ 10 februari 2011, C-437/08 (Salinen) &

6.1. Duitse uitkering

In deze uitgangssituatie is de vraag of het in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer dat via de afdrachtsvermindering maximaal 15% bronbelasting verrekend kan worden conform art. 11a Wet DB 1965. In de uitgangssituatie uit hoofdstuk 4 ging het om een Duitse uitkering aan een Nederlandse fbi. Een Duitse en een Nederlandse uitkering aan een Nederlandse fbi worden niet anders behandeld. In hoofdstuk 4 is echter wel aangetoond dat het in theorie mogelijk is dat niet alle buitenlandse bronbelasting wordt verrekend.

6.1.2 Vrijheid van kapitaalverkeer

Gekeken moet worden of objectief vergelijkbare situaties ongelijk behandeld worden. Getoetst moet dus worden of buitenlandse en binnenlandse dividenden objectief vergelijkbaar zijn. Uit de zaak Manninen blijkt dat de ontvangen binnenlandse en buitenlandse dividenden bij een ingezetene vergelijkbaar zijn.²²³ Op grond hiervan wordt naar mijn mening een Duitse dividenduitkering en een Nederlandse dividenduitkering aan een Nederlandse fbi vergelijkbaar geacht. Een lidstaat is niet verantwoordelijk voor de verrekening van buitenlandse bronbelasting. Indien de buitenlandse en binnenlandse dividenduitkering in een lidstaat hetzelfde in de heffing worden betrokken, dan wordt dit gezien als een gelijke behandeling van beide uitkeringen.²²⁴ Aangezien zowel Duitse als de Nederlandse dividenduitkeringen aan een Nederlandse fbi in aanmerking komen voor een afdrachtsvermindering van 15%, is in mijn optiek sprake van een gelijke behandeling. Naar aanleiding hiervan concludeer ik dat geen sprake is van enige inbreuk in de vrijheid van kapitaalverkeer. Deze conclusie geldt naar mijn mening ook voor dividenduitkeringen uit andere lidstaten aan een Nederlandse fbi. Het maakt hierbij niet uit of er meer of minder dan 15%

HvJ 10 februari 2011, C-436/08 (Haribo)

²²³ HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02 (Manninen)

²²⁴ HvJ EU 14 november 2006, zaak C-513/04, (Kerckhaert-Morres) & HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-194/06 (Orange European Smallcap Fund NV)

bronbelasting over deze uitkering is geheven, aangezien deze buitenlandse dividenduitkering dezelfde fiscale behandeling in Nederland krijgt als een binnenlandse dividenduitkering.²²⁵ In mijn opinie vormt de hiervoor beschreven situatie geen inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer, waardoor de overige vragen uit de inleiding niet beantwoord hoeven te worden.

6.2. Duitse fbi

In hoofdstuk 4 is aangetoond dat zowel een Duitse fbi als een Duitse beleggingsinstelling die niet aan alle voorwaarden van art. 28 Wet Vpb 1969 voldoet effectief geen afdrachtsvermindering kan krijgen over een dividenduitkering uit een Nederlandse vennootschap terwijl een Nederlandse fbi over dezelfde uitkering wel een afdrachtsvermindering krijgt.²²⁶

6.2.1. Vrijheid van kapitaalverkeer

Deze ongelijke behandeling vormt alleen een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer indien de Duitse fbi of Duitse beleggingsinstelling die niet aan alle voorwaarden van art. 28 Wet Vpb 1969 voldoet met een Nederlandse fbi vergelijkbaar wordt geacht.²²⁷

Allereerst wordt getoetst of een Duitse beleggingsinstelling die niet aan alle voorwaarden van art. 28 Wet Vpb 1969 voldoet vergelijkbaar is met een Nederlandse fbi. Zoals ook al in § 4.2. is aangehaald, is het niet geheel duidelijk hoe strikt alle voorwaarden uit art. 28 Wet Vpb 1969 worden

²²⁵ HvJ EU 14 november 2006, zaak C-513/04, (Kerckhaert-Morres) &

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

²²⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938 &

Hoge Raad 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1128 &

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332 &

Rechtbank-West-Brabant 5 maart 2013, nr. 12/00261.

²²⁷ HvJ EG, 19 januari 2006, C-265/04 (Bouanich) of

HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11 (Santander Asset Management)

getoetst.²²⁸ Desalniettemin acht ik het niet in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer indien een beleggingsinstelling uit een andere lidstaat alleen in aanmerking komt voor de fbi-status indien deze instelling aan alle voorwaarden uit art. 28 Wet Vpb 1969 voldoet. Een lidstaat hoeft namelijk niet de status over te nemen die een vennootschap of instelling in een andere lidstaat heeft.²²⁹ Het is toegestaan als lidstaat voorwaarden aan een status te koppelen. Indien echter een vennootschap of instelling uit een andere lidstaat aan deze voorwaarden voldoet, dan moet deze vennootschap of instelling wel dezelfde voorzieningen krijgen als een binnenlandse instelling of vennootschap met deze status.²³⁰ Dit zou dus ook zo moeten zijn bij de fbi-status. De vraag is echter in hoeverre een Duitse fbi en een Nederlandse fbi vergelijkbaar zijn.

Op het moment dat een Duitse beleggingsinstellingen aan alle voorwaarden van art. 28 Wet Vpb voldoet en de fbi-status verkrijgt, dan kan deze Duitse fbi alsnog effectief niet in aanmerking komen voor de afdrachtsvermindering. Hierdoor ondervindt de Duitse fbi effectief een andere behandeling dan een Nederlandse fbi.

Een Duitse fbi en een Nederlandse fbi zijn echter niet per definitie vergelijkbaar.²³¹ Volgens het HvJ worden de Duitse en de Nederlandse fbi echter vergelijkbaar geacht indien beide in Nederland aan belasting over een dividenduitkering zijn onderworpen, aangezien nu zowel de Nederlandse als Duitse fbi het risico op dubbele belasting loopt.²³² Dit is het geval bij een uitkering door een Nederlandse vennootschap, aangezien hierover een voor- of bronheffing in de vorm van dividendbelasting verschuldigd is conform art. 1 Wet DB 1965. Naar mijn mening is bij een Nederlandse uitkering aan een Duitse fbi dus sprake van een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer, aangezien deze Duitse fbi objectief vergelijkbaar is met een Nederlandse fbi, maar anders wordt behandeld.

²²⁸ Zie ook: HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777.

²²⁹ Hoge Raad 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1128. & Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938. & HvJ 14 september 2006, c-386/04 (Stauffer)

²³⁰ HvJ 14 september 2006, c-386/04 (Stauffer)

²³¹ HvJ 8 november 2007, c-379/05 (Amurta)

²³² HvJ 8 november 2007, c-379/05 (Amurta) & HvJ EG 3 juni 2010, c-487/08 (Commissie v. Spanje)

Nederland zou kunnen opmerken dat het doel van de fbi is om achterliggende aandeelhouders te belasten waardoor deze aandeelhouders mee moeten worden genomen in de vergelijkbaarheid.²³³ Allereerst moet worden opgemerkt dat aandeelhouders van een binnenlandse fbi in beginsel niet vergelijkbaar zijn met aandeelhouders van een buitenlandse fbi.²³⁴ Aandeelhouders mogen echter wel in de vergelijking worden meegenomen.²³⁵ Hierbij moet worden opgemerkt dat ook aandeelhouders van een buitenlandse fbi belast kunnen zijn over de dividenduitkering, waardoor een beroep op de afdrachtsvermindering ook door een buitenlandse fbi zou moeten kunnen worden geëffectueerd.²³⁶ Een verband tussen een belaste uitkering bij de aandeelhouders en de afdrachtsvermindering ontbreekt. Naar mijn mening leidt daarom een vergelijking op het niveau van de aandeelhouders dus niet tot een andere uitkomst.

Tot slot zou door Nederland kunnen worden aangevoerd dat de ongelijke behandeling van een Nederlandse en Duitse fbi wordt veroorzaakt door dispariteit. Hierbij moet worden opgemerkt dat geen beroep gedaan mag worden op dispariteit indien de ongelijke behandeling door één lidstaat wordt veroorzaakt. Aangezien alleen binnen Nederland het verschil van wel en geen afdrachtsvermindering wordt veroorzaakt, kan naar mijn mening geen beroep worden gedaan op dispariteit. Ten aanzien van buitenlandse dividenden ligt dit anders, aangezien de bronbelasting van een buitenlandse dividenduitkering aan een Duitse fbi een stroom is die niet in Nederland plaatsvindt. Ook wordt de Duitse fbi op deze wijze niet onderworpen aan belasting in Nederland, waardoor naar mijn mening geen sprake is van een vergelijkbare situatie met een Nederlandse fbi die buitenlandse dividenden met bronbelasting ontvangt.

²³³ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672. &

Noot S. Wolvers bij HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672.

²³⁴ HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09 (Commissie v. Duitsland) &

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

²³⁵ HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11 (Santander)

²³⁶ HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09 (Commissie v. Duitsland)

Het niet mogelijk maken van de afdrachtsvermindering voor Nederlandse dividenden bij een fbi uit een andere lidstaat door een voorwaarde te verbinden aan de afdrachtsvermindering die alleen geëffectueerd kan worden door een Nederlandse fbi, is naar mijn mening in strijd met vrijheid van kapitaalverkeer.

6.2.2. Rechtvaardigingsgronden

In mijn optiek is de afdrachtsvermindering in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer. Ik zal in deze paragraaf toetsen of de vrijheid van kapitaalverkeer gerechtvaardigd kan worden.

6.2.2.1. Doeltreffendheid van fiscale controle

Op de rechtvaardigingsgrond die betrekking heeft op de doeltreffendheid van fiscale controles kan geen beroep worden gedaan ten aanzien van lidstaten, door de richtlijnen omtrent de uitwisseling van informatie.²³⁷ Ten aanzien van een Duitse fbi of een fbi uit een andere lidstaat zal naar mijn mening dus deze rechtvaardigingsgrond niet slagen.

6.2.2.2. Het voorkomen van belastingontwijking

Sommige bepalingen die een inbreuk vormen op de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen worden gerechtvaardigd doordat deze bepaling belastingontwijking voorkomt. Allereerst is het essentieel dat de bepaling waar deze rechtvaardigingsgrond voor geldt specifiek is gericht op het tegengaan van belastingontwijking.²³⁸ Hier is naar mijn mening bij de afdrachtsvermindering al geen sprake van, aangezien op geen enkele wijze wordt getoetst of de Nederlandse dividenduitkering nog wordt belast in de lidstaat waar de buitenlandse fbi is gevestigd. Daarnaast wordt deze rechtvaardigingsgrond niet gehonoreerd indien niet-ingezetenen door de

²³⁷ Korving 2011.

²³⁸ HvJ 18 juni 2009, zaak c-303/07 (Aberdeen)

bepaling waar de rechtvaardigingsgrond op ziet minder gunstig worden behandeld dan ingezetenen.²³⁹ Zoals in hoofdstuk 4 is aangegeven, pakt de afdrachtsvermindering ten aanzien van Nederlandse dividenden minder gunstig uit bij een fbi uit een andere lidstaat dan bij een Nederlandse fbi. Deze rechtvaardigingsgrond wordt op basis van het voorgaande dus naar mijn mening niet toegekend.

6.2.2.3. Samenhang van belastingstelsel

Een bepaling die de samenhang van een belastingstelsel beschermt, kan alleen de inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer rechtvaardigen als deze bepaling een fiscaal nadeel compenseert.²⁴⁰ Indien een dividenduitkering volgens de afdrachtsvermindering is vrijgesteld bij binnenlandse beleggingsinstellingen met het doel om achterliggende aandeelhouders te belasten, dan is hiertussen een duidelijk verband essentieel om een beroep te kunnen doen op de samenhang van het belastingstelsel.²⁴¹ De uitdelingsverplichting uit art. 28 Wet Vpb 1969 waarborgt dat de fbi daadwerkelijk de winst uitkeert. De omvang van de afdrachtsvermindering is echter niet gekoppeld aan het bedrag dat daadwerkelijk bij de aandeelhouders is belast. De aandeelhouders mogen wel in de vergelijking worden meegenomen.²⁴² Aandeelhouders van een fbi die in een andere lidstaat gevestigd zijn kunnen echter ook belast zijn over de Nederlandse dividenduitkering. Dit is ook te zien in § 4.2, waarin is aangetoond dat Duitse aandeelhouders van een *OWAG-Sondervermögen* ook belast worden over dividenduitkeringen.²⁴³ Ik concludeer uit het voorgaande dat deze rechtvaardigingsgrond niet slaagt, aangezien allereerst te weinig verband bestaat tussen het voordeel en het gecompenseerde nadeel en aangezien

²³⁹ HvJ 19 november 2009, c-540/07 (Commissie v. Italië)

²⁴⁰ Korving 2011.

²⁴¹ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672. & Noot S. Wolvers bij HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672. HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11 (Santander Asset Management) & HvJ EU 6 juni 2000, zaak C-35/98 (Verkooijen)

²⁴² HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11 (Santander Asset Management)

²⁴³ §2 InvStG.

aandeelhouders van een fbi uit een andere lidstaat ook belasting verschuldigd kunnen zijn over de Nederlandse dividenduitkering.

Tot slot moet worden aangehaald dat een voordeel alleen aan een belastingplichtige kan worden verschaft indien dezelfde belastingplichtige ook het fiscale nadeel ondervindt.²⁴⁴ Een voordeel in de dividendbelasting lijkt wel verschaft te kunnen worden ten aanzien van een nadeel in de vennootschap- of inkomstenbelasting en andersom.²⁴⁵

6.2.2.4. Evenwichtige verdeling heffingsbevoegdheden

Een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid vormt een rechtvaardigingsgrond voor een bepaling die het heffen over activiteiten op een grondgebied waarborgt. Deze rechtvaardigingsgrond slaagt echter niet indien een bepaling uit een lidstaat ertoe leidt dat een uitkering voor ingezetenen is vrijgesteld, terwijl dezelfde uitkering bij niet-ingezetenen wel in deze lidstaat belast is.²⁴⁶ Zoals is aangetoond in hoofdstuk 4 leidt de afdrachtsvermindering tot een nagenoeg gehele vrijstelling voor binnenlands dividend voor de Nederlandse fbi in tegenstelling tot een Duitse fbi of een fbi uit een andere lidstaat. Deze rechtvaardigingsgrond slaagt gezien dit voorgaande volgens mij dus niet.

6.2.2.5. De wederkerigheid van een belastingverdrag

In sommige gevallen kan een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer worden gerechtvaardigd door een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dat is afgesloten tussen het bron- en woonland. De ongelijke behandeling moet dan echter wel door dit verdrag worden geneutraliseerd.²⁴⁷ Volgens de zaak Fokus maakt het zelfs niet uit of de

²⁴⁴ Korving 2011.&

HvJ EU 6 juni 2000, zaak C-35/98 (Verkooijen)

²⁴⁵ HvJ 25 juni 2015, C-10/14. (Miljoen) &

HvJ 25 juni 2015, C-17/14. (Société Générale SA)

²⁴⁶ HvJ. 25 oktober 2012, c-387/11 (Commissie v. Koninkrijk België)

²⁴⁷ HvJ EG 3 juni 2010, c-487/08 (Commissie v. Spanje) &

woonstaat op basis van het verdrag de ongelijke behandeling neutraliseert.²⁴⁸ Op basis van beide invalshoeken slaagt deze rechtvaardigingsgrond echter naar mijn mening niet ten aanzien van de Duitse fbi. Zoals in hoofdstuk 4 is aangegeven, is een *OWAG-Sondervermögen* namelijk geen belasting verschuldigd over de winst in Duitsland waardoor geen verrekening van bronbelasting op dividenduitkeringen kan plaatsvinden en de ongelijke behandeling niet geneutraliseerd wordt.²⁴⁹ In alle gevallen waarbij de Nederlandse dividendbelasting niet wordt geneutraliseerd op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting door een andere lidstaat kan in mijn optiek deze rechtvaardigingsgrond niet slagen.

Aangezien naar mijn mening geen van alle rechtvaardigingsgronden slagen, is sprake van een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer omtrent de behandeling van een Duitse fbi in de vorm van een *OWAG-Sondervermögen* die niet gerechtvaardigd kan worden. Hierbij merk ik op dat deze inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer hoogstwaarschijnlijk ten aanzien van veel beleggingsinstellingen uit andere lidstaten geldt op grond van dezelfde argumenten.

6.3. Duitse aandeelhouder

Op grond van het verdrag tussen Nederland en Duitsland ter voorkoming van dubbele belasting is aangetoond dat de Duitse aandeelhouder uit de uitgangssituatie van hoofdstuk 4 recht had op verrekening van de Nederlandse dividendbelasting. Indien in dit verdrag echter het recht had bestaan op een vermindering of teruggave van de Nederlandse dividendbelasting dan was de afdrachtsvermindering voor de Nederlandse fbi gekort met deze teruggave of vermindering. Om aan te tonen wat het gevolg kan zijn van deze vermindering, is in hoofdstuk 4 ervan uitgegaan

HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09 (Commissie v. Duitsland) &

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

²⁴⁸ EFTA Hof 23 november 2004, C e-1/04 (Fokus Bank)

²⁴⁹ Art.. 20 lid 2 van het huidige verdrag en art. 22 lid 1 sub b van het nieuwe verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

dat in plaats van het recht op verrekening een recht op teruggave of vermindering van de Nederlandse dividendbelasting bestond voor de Duitse aandeelhouders. Hierbij moet worden opgemerkt dat dit in werkelijkheid voor een Duitse aandeelhouder zoals deze in de uitgangssituatie is geschetst niet het geval is. Aangetoond werd dat indien werd uitgegaan van de geschetste uitgangssituatie een Nederlandse fbi met deze Duitse aandeelhouder de afdrachtsvermindering minder effectief kan gebruiken dan een Nederlandse fbi met vergelijkbare Nederlandse aandeelhouders. Hierbij moet worden opgemerkt dat de Nederlandse aandeelhouders buiten art. 10 Wet Db 1965 vallen. De effectieve dividenduitkering die de Nederlandse en Duitse aandeelhouder ontvangt is echter vanuit het Nederlandse perspectief even groot, aangezien voor het bedrag waarmee de afdrachtsvermindering is verminderd ook effectief minder Dividendbelasting door de aandeelhouder is verschuldigd.

6.3.1. Vrijheid van kapitaalverkeer

Getoetst moet worden of deze ongelijke behandeling plaatsvindt ten opzichte van twee vergelijkbare situaties. Volgens het HvJ worden de Duitse en de Nederlandse aandeelhouder vergelijkbaar geacht indien beide in Nederland over een dividenduitkering aan belasting zijn onderworpen. Op dat moment lopen beide aandeelhouders namelijk het risico op dubbele belasting.²⁵⁰ Dit is het geval bij een uitkering uit een Nederlandse fbi aan een Duitse en Nederlandse aandeelhouder, aangezien over deze uitkeringen dividendbelasting wordt ingehouden op grond van art. 1 Wet DB 1965.

Met betrekking tot de uitgangssituatie zal een ingezeten fbi met Nederlandse aandeelhouders moeten worden vergeleken met een ingezeten fbi met Duitse aandeelhouders. Uit hoofdstuk 4 is gebleken dat door het verschil in grootte van de afdrachtsvermindering in sommige gevallen een ingezeten fbi met Nederlandse aandeelhouders meer winst kan uitkeren dan

²⁵⁰ HvJ 8 november 2007, c-379/05 (Amurta) &
HvJ EG 3 juni 2010, c-487/08 (Commissie v. Spanje)

dezelfde ingezeten fbi met niet-ingezeten aandeelhouders. Om te beoordelen of de behandeling van een ingezeten fbi met niet-ingezeten aandeelhouders ten opzichte van een ingezeten fbi met ingezeten aandeelhouders een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer vormt, mogen de aandeelhouders in aanmerking worden genomen.²⁵¹

Aangezien in hoofdstuk 4 is aangetoond dat het gevolg van de hiervoor aangehaalde vermindering van de afdrachtsvermindering effectief niet leidt tot een minder grootte dividenduitkering bij de niet-ingezeten aandeelhouder ten opzichte van een ingezeten aandeelhouder, wordt naar mijn mening de niet-ingezeten aandeelhouder en de ingezeten aandeelhouder niet anders behandeld. Daarnaast vindt precies dezelfde behandeling van deze Duitse aandeelhouders ook plaats ten opzichte van Nederlandse aandeelhouders die binnen art. 10 Wet DB 1965 vallen, waardoor naar mijn mening geen sprake is van een ongelijke behandeling. Om deze reden is volgens mij geen sprake van een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer, waardoor de rechtvaardigingsgronden niet getoetst hoeven te worden.

²⁵¹ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777. & HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11.(Santander)

7. Aanbeveling

In het vorige hoofdstuk heb ik getoetst in hoeverre de afdrachtsvermindering in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer. De maximale afdrachtsvermindering van 15% ten opzichte van bronbelasting acht ik niet in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit maximum kan naar mijn mening dus ook gehandhaafd blijven.

In mijn optiek is het echter niet in overeenstemming met de vrijheid van kapitaalverkeer dat de afdrachtsvermindering effectief alleen door een Nederlandse fbi kan worden gebruikt. Hierbij zou ik aanbevelen om ook een fbi uit een andere lidstaat ten aanzien van Nederlandse dividenduitkeringen in aanmerking te laten komen voor de afdrachtsvermindering voor zover de fbi belasting over deze dividenduitkering inhoudt. Aangezien lidstaten onderling informatie uitwisselen over belastingen, kan Nederland achterhalen hoeveel belasting de fbi uit een andere lidstaat in deze lidstaat aan voorheffing of bronheffing inhoudt ten aanzien van de aandeelhouders van deze fbi.²⁵²

In die zin ben ik het eens met de recente beredenering van de Hoge Raad, dat een ingezeten en niet-ingezeten fbi alleen teruggave van dividendbelasting krijgen voor zover ook belasting over de doorgestoten winst is ingehouden.²⁵³ Naar mijn mening hoeft dit echter in het kader van de vrijheid van kapitaalverkeer geen Nederlandse dividendbelasting te zijn. Een vergelijkbare bronbelasting die wordt ingehouden door een niet-

²⁵² Korving 2011.

²⁵³ HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777.

ingezeten fbi in een andere lidstaat zorgt in mijn optiek voor een vergelijkbare situatie voor de fbi en de aandeelhouders.

Het verkleinen van de omvang van de afdrachtsvermindering bij een Nederlandse fbi voor het bedrag dat de aandeelhouder op basis van art. 10 Wet DB 1965, de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, terugkrijgt of verminderd krijgt ten aanzien van doorgestoten dividenden waarop bronbelasting drukt, acht ik geen inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit concludeer ik aangezien deze vermindering effectief niet tot een lagere dividenduitkering bij een niet-ingezeten aandeelhouder leidt waarbij deze vermindering wordt toegepast ten opzichte van een vergelijkbare ingezeten aandeelhouder waarbij deze vermindering niet wordt toegepast. Daarnaast bestaat er een gelijke behandeling en dus vermindering van de afdrachtsvermindering voor ingezeten aandeelhouders die recht hebben op een teruggave van dividendbelasting. Deze regeling kan naar mijn mening dan ook gehandhaafd blijven.

8. Conclusie

De dividendbelasting is in Nederland voor onbeperkte belastingplichtigen een voorheffing en voor beperkte binnenlands belastingplichtigen een eindheffing. De dividendbelasting fungeert in dit laatste geval als een vergoeding voor het gebruik maken van de Nederlandse weg.

Ten aanzien van een fbi is de heffing van dividendbelasting complex. Dit komt doordat geprobeerd wordt het beleggen via een fbi fiscaal vergelijkbaar te maken met een rechtstreekse belegging. Om dit te bewerkstelligen is ten aanzien van een fbi de afdrachtsvermindering geïntroduceerd. De voorganger van de afdrachtsvermindering werd in strijd geacht met de vrijheid van kapitaalverkeer aangezien de teruggave van dividendbelasting aan een fbi werd beperkt indien deze fbi buitenlandse aandeelhouders had. Het HvJ achtte een lichaam met buitenlandse aandeelhouders en binnenlandse aandeelhouders objectief vergelijkbaar waardoor de voorganger van de afdrachtsvermindering is afgeschaft. In mijn rechtsvraag onderzoek ik of de afdrachtsvermindering eveneens in strijd is met de vrijheid van kapitaalverkeer.

Om in aanmerking te komen voor de fbi-status moet een vennootschap of instelling aan de voorwaarden uit art. 28 Wet Vpb 1969 voldoen. Het maakt voor art. 28 Wet Vpb 1969 niet uit of een onderneming wel of niet in Nederland is gevestigd. In art. 28 Wet Vpb 1969 staan echter wel vereisten omtrent de aandeelhouders, rechtsvorm en de periode waarin de winst moet worden uitgekeerd. Vooral deze uitdelingsverplichting blijkt vaak voor buitenlandse instellingen een obstakel te vormen waardoor de fbi-status niet verkregen wordt. Een lidstaat mag voorwaarden stellen aan het verkrijgen van een bepaalde status. Deze lidstaat hoeft dus niet de status die een belastingplichtige in een andere lidstaat heeft over te nemen. Om deze reden is het in mijn optiek toegestaan om een niet-ingezetene te

toetsen aan de voorwaarden uit art. 28 Wet Vpb 1969 voordat de fbi-status kan worden verkregen.

Indien een beleggingsinstelling gekwalificeerd is als fbi, kan deze in Nederland voor afdrachtsvermindering in aanmerking komen. Via de afdrachtsvermindering kan een fbi de buitenlandse bronbelasting of Nederlandse dividendbelasting terugkrijgen voor zover deze fbi dividendbelasting inhoudt bij de dooruitdeling van winst aan de aandeelhouders. Daarnaast is de teruggave gemaximeerd tot 15% van de dividenduitkering waar de teruggave op ziet en wordt de afdrachtsvermindering verminderd met het bedrag dat de aandeelhouder op grond van een verdrag terugkrijgt of krijgt verminderd. Ten aanzien van een buitenlandse fbi moet worden opgemerkt dat deze niet voor de Nederlandse dividendbelasting inhoudingsplichtig is, waardoor de afdrachtsvermindering in feite niet geëffectueerd kan worden.

In deze scriptie waren drie uitgangsposities geschetst en aan de hand hiervan werd gekeken of de afdrachtsvermindering in strijd was met de vrijheid van kapitaalverkeer. Binnen de vrijheid van kapitaalverkeer vallen grensoverschrijdende directe investeringen, beleggingen in onroerend goed en verrichtingen omtrent effecten die op de kapitaalmarkt worden verhandeld. Iedere vorm van inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer is verboden. De vrijheid van kapitaalverkeer reikt verder dan Europa en geldt eveneens ten aanzien van derde landen, ook al beperkt zich deze scriptie tot de schending van de vrijheid van kapitaalverkeer ten aanzien van lidstaten. Het HvJ heeft geoordeeld dat binnen de vrijheid van kapitaalverkeer objectief vergelijkbare situaties gelijk behandeld moeten worden. Indien objectief vergelijkbare situaties ongelijk worden behandeld dan wordt de vrijheid van kapitaalverkeer geschonden.

In sommige gevallen ontstaat de ongelijke behandeling niet door een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer, maar door dispariteit. De onvoordelige behandeling komt in dat geval door de parallelle uitoefening van heffingsbevoegdheden van lidstaten. Er kan geen beroep worden gedaan op dispariteit indien de ongelijke behandeling door één land wordt veroorzaakt.

Indien geconcludeerd wordt dat een bepaling een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer vormt, dan kan deze inbreuk in sommige gevallen nog worden gerechtvaardigd. Rechtvaardigingsgronden die van toepassing kunnen zijn op de inbreuk van de vrijheid van kapitaalverkeer bij grensoverschrijdende dividenduitkeringen zijn de doeltreffendheid van fiscale controles, het voorkomen van belastingmisbruik, de samenhang van een belastingstelsel, een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden en de balans van de wederkerigheid van een belastingverdrag. Hierbij is wel van belang dat de rechtvaardigingsgrond geschikt is en niet verder gaat dan nodig is om een bepaald doel bereiken.

In de eerste uitgangssituatie werd de Nederlandse behandeling tussen een Duitse uitkering en een Nederlandse uitkering aan een Nederlandse fbi vergeleken. Uiteindelijk bleek dat beide uitkeringen hetzelfde behandeld werden. Ook indien het land waar de uitkerende vennootschap is gevestigd meer dan 15% belasting over de dividenduitkering heft, wordt in Nederland deze uitkering niet anders behandeld dan een Nederlandse dividenduitkering aan een Nederlandse fbi. De gelijke behandeling van binnenlandse en buitenlandse dividenden aan een fbi vormt naar mijn mening dus geen inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer.

Daarnaast werd gekeken hoe een Nederlandse fbi en een Duitse fbi die Nederlandse dividenden ontvangen in Nederland worden behandeld. Hier werd aangetoond dat een Duitse fbi een minder gunstige behandeling ondervindt dan een Nederlandse fbi, aangezien de Duitse fbi geen Nederlandse dividendbelasting inhoudt waardoor in feite geen afdrachtsvermindering mogelijk is. Nederland heeft een voorwaarde aan de afdrachtsvermindering gekoppeld waar effectief alleen een binnenlandse fbi aan kan voldoen. De ongelijke behandeling in Nederland tussen een Nederlandse en Duitse fbi is alleen in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer indien een Nederlandse en een Duitse fbi vergelijkbaar worden geacht. Het HvJ heeft aangegeven indien uitkeringen aan niet-ingezetenen en ingezetenen in een lidstaat worden belast de ingezetenen vergelijkbaar zijn. Beide lopen namelijk het risico op dubbele belasting.

Aangezien een fbi uit een andere lidstaat onderworpen is aan Nederlandse dividendbelasting indien de uitkering uit een Nederlandse vennootschap komt, acht ik een fbi uit een andere lidstaat vergelijkbaar met een Nederlandse fbi. De ongelijke behandeling tussen de Nederlandse fbi en een fbi uit een andere lidstaat is in mijn optiek dus in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer, aangezien ze objectief vergelijkbaar zijn maar een andere behandeling in Nederland ondervinden. De ongelijke behandeling ontstaat doordat alleen een Nederlandse fbi effectief in aanmerking kan komen voor de afdrachtsvermindering. Naar mijn mening kan hierbij geen beroep worden gedaan op dispariteit omdat de ongelijke behandeling omtrent de afdrachtsvermindering alleen door Nederland wordt veroorzaakt. Aangezien in mijn perceptie de rechtvaardigingsgronden ook niet konden slagen, acht ik op dit punt de afdrachtsvermindering in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer.

Tot slot is in hoofdstuk 4 onderzocht hoe een Nederlandse aandeelhouder en een Duitse aandeelhouder van een Nederlandse fbi worden behandeld. Om de gevolgen van de afdrachtsvermindering te verduidelijken werd ervan uitgegaan dat in het verdrag tussen Duitsland en Nederland ter voorkoming van dubbele belasting een recht op teruggave of vermindering van de Nederlandse dividendbelasting was opgenomen ten aanzien van Duitse aandeelhouders die dividend uit Nederland ontvangen. De afdrachtsvermindering wordt gekort met de dividendbelasting die een aandeelhouder op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting terugkrijgt of verminderd krijgt ten aanzien van doorgestoten winsten waar bronbelasting op drukt. In hoofdstuk 4 en 6 werd aangetoond dat het vermindering van de afdrachtsvermindering geen schending van de vrijheid van kapitaalverkeer vormt, aangezien deze vermindering effectief niet leidt tot een lagere dividenduitkering voor een niet-ingezeten aandeelhouder waarbij deze vermindering wordt toegepast ten opzichte van een ingezeten aandeelhouder van een Nederlandse fbi waarbij deze vermindering niet wordt toegepast. Daarnaast bestaat er een vergelijkbare behandeling voor ingezeten aandeelhouders van een fbi.

Concluderend uit het voorgaande, acht ik de afdrachtsvermindering in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit komt niet doordat maar 15% bronbelasting voor de afdrachtsvermindering in aanmerking mag worden genomen of doordat de afdrachtsvermindering wordt verminderd met het bedrag dat een aandeelhouder terugkrijgt of verminderd krijgt op grond van art. 10 Wet DB 1965, de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. De afdrachtsvermindering is naar mijn mening in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer aangezien een fbi die in een andere lidstaat is gevestigd en Nederlandse dividenden ontvangt altijd een minder gunstige behandeling krijgt dan een vergelijkbare Nederlandse fbi. Dit komt doordat uitsluitend een Nederlandse fbi kan voldoen aan één van de voorwaarden om effectief in aanmerking te komen voor de afdrachtsvermindering.

Om deze reden is het naar mijn mening essentieel in het kader van de vrijheid van kapitaalverkeer om een verandering aan te brengen in het artikel van de afdrachtsvermindering. Ik stel voor ook een fbi uit een andere lidstaat bij Nederlandse dividenduitkeringen effectief in aanmerking te laten komen voor de afdrachtsvermindering. De omvang van deze afdrachtsvermindering zou gesteld kunnen worden op het bedrag dat de fbi aan belasting inhoudt over de oorspronkelijk Nederlandse dividenden. Aangezien lidstaten onderling kennis over belastingen uitwisselen, beschikt Nederland over de nodige informatie om de fbi uit een andere lidstaat eveneens afdrachtvermindering te kunnen verlenen.

Toen de voorlopige versie van deze scriptie al klaar was, deed de Hoge Raad uitspraak in de SICAV-zaak waarbij werd benadrukt dat voor de vergelijkbaarheid van een ingezetene en niet-ingezetene fbi de ingehouden dividendbelasting over de doorgestoten winsten van belang is. Ik zie dit als goed bedoelde poging van de Hoge Raad om de ongelijke behandeling van twee vergelijkbare situaties recht te praten. Een mogelijke reden hiervoor zou kunnen zijn om de derving van belastinginkomsten beperkt te houden, ook al is dit een niet gehonoreerde rechtvaardigingsgrond. De conclusie dat een buitenlandse fbi enkel vergelijkbaar wordt geacht met een binnenlandse

fbi indien deze buitenlandse fbi dividendbelasting inhoudt, is naar mijn mening een onderscheidscriterium enkel gericht op de vestigingsplaats van de fbi. Een onderscheidscriterium op basis van een vestigingsplaats is volgens het HvJ niet toegestaan. In mijn optiek kan het HvJ uitsluitend de conclusie trekken dat deze beredenering niet overeenstemt met de vrijheid van kapitaalverkeer.

9. Bijlage 1

In deze bijlage zijn uitspraken van het HvJ en Nederlandse rechterlijke uitspraken samengevat. De samenvattingen van het HvJ zijn geschreven vanuit het perspectief van het land van wie de regeling of behandeling wordt getoetst door het HvJ. De behandeling van dit land wordt aangeduid met binnenlandse aandeelhouders of uitkering. De nadruk wordt gelegd op de behandeling van aandeelhouders of uitkeringen uit andere lidstaten. Indien in deze bijlage over buitenlandse uitkeringen of aandeelhouders wordt gesproken dan worden dus hiermee aandeelhouders en uitkeringen uit andere Europese Lidstaten bedoeld. Indien het gaat over derde landen dan wordt dit nadrukkelijk vermeld. Tot slot moet worden opgemerkt dat alleen de stukken zijn samengevat die voor mijn scriptie van belang zijn.

9.1. Uitspraken HvJ van de Europese Unie

9.1.1. Tekst Claimants FII Group Litigation

HvJ EU 13 november 2012, zaak C-35/11.

Situatie 1: niet toegestaan door art. 49 en 63 VWEU.

De voorheffing op binnenlandse dividenden konden bij ingezeten vennootschappen worden afgetrokken van de verschuldigde vennootschapsbelasting. De voorheffing op buitenlandse dividenden kwamen bij ingezeten vennootschappen niet in aanmerking voor deze aftrekmogelijkheid.

Situatie 2: niet toegestaan door art. 49 en 63 VWEU.

Binnenlandse dividenden die worden uitgekeerd door een ingezeten vennootschap aan aandeelhouders werden vrijgesteld van de voorheffing op vennootschapsbelasting.

Buitenlandse dividenden die werden uitgekeerd door een ingezeten vennootschap aan aandeelhouders kwamen niet in aanmerking voor deze vrijstelling maar konden deze voorheffing recupereren met de vennootschapsbelasting. Ze waren echter verplicht de voorheffing te betalen.

9.1.2. Commissie v. Koninkrijk België

HvJ EU 25 oktober 2012, c-387/11.

Inkomsten uit kapitaal en roerende goederen verkregen door een binnenlandse Belgische beleggingsinstelling werden vrijgesteld of verrekend. Inkomsten uit kapitaal en roerende goederen verkregen door buitenlandse beleggingsinstellingen zonder vaste inrichting in België kwamen niet in aanmerking voor de vrijstelling of mogelijkheid tot verrekening.

In principe mag Unierecht worden toegepast. Het HvJ benadrukt echter dat een onderscheid op basis van vestigingsplaats niet meteen verenigbaar is met de Europese verdragsvrijheden. Het risico op dubbele belasting ligt ook bij een buitenlandse beleggingsinstelling zonder vaste inrichting. Om deze reden wordt een binnenlandse beleggingsinstelling en een buitenlandse beleggingsinstelling zonder vaste inrichting objectief vergelijkbaar geacht. Het HvJ concludeerde dat sprake was van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer aangezien niet-ingezetenen ongunstiger werden behandeld dan ingezetenen. Van belang was hierbij wel dat ingezetenen en niet-ingezetenen vergelijkbaar worden geacht.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor evenwichtige verdeling heffingsbevoegdheden.

Deze rechtvaardigingsgrond gaat niet op indien ingezetenen ook niet belast worden over dezelfde inkomsten. In casu werden ingezetenen niet belast door middel van verrekening of vrijstelling.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor doeltreffende fiscale controles.

Niet-ingezetenen beleggingsinstellingen kregen geen vrijstelling of verrekening ongeacht welke waarborg ze boden. Om deze reden werd deze rechtvaardigingsgrond niet gehonoreerd.

Inkomsten uit kapitaal en roerende goederen verkregen door Belgische beleggingsinstellingen werden vrijgesteld of hiervoor gold een mogelijkheid tot verrekening. Inkomsten uit kapitaal en roerende goederen verkregen door buitenlandse beleggingsinstellingen zonder vaste inrichting in België kwamen niet in aanmerking voor deze vrijstelling of mogelijkheid tot verrekening.

Aangezien zowel bij ingezetenen als bij niet-ingezetenen zonder vaste inrichting het risico bestond op dubbele belasting werden niet-ingezetenen zonder vaste inrichting vergelijkbaar geacht met ingezetenen. De ongunstigere behandeling van niet-ingezetenen zonder vaste inrichting vormde een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. De rechtvaardigingsgronden slaagden niet.

9.1.3. Santander

HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11.

Op grond van art. 63 en 65 VWEU mag geen bronheffing plaatsvinden op dividenden die worden uitgekeerd aan buitenlandse beleggingsinstellingen, indien deze dividenden niet belast zouden zijn wanneer ze aan binnenlandse beleggingsinstellingen zouden zijn uitgekeerd. Deze bepaling vormt namelijk een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer die enkel kan worden gerechtvaardigd indien geen sprake is van objectieve vergelijkbare situaties of door dwingende reden van algemeen belang.

Een dividenduitkering aan een binnenlandse en buitenlandse aandeelhouder werd in casu objectief vergelijkbaar geacht.

Maatregelen die de vrijheid van kapitaalverkeer beperken, zijn maatregelen die niet-ingezetenen ervan laten afzien om investeringen te doen in een

lidstaat en ingezetenen uit deze lidstaat stimuleert om in een andere lidstaat te investeren. Het enkel belasten van uitkeringen aan buitenlandse aandeelhouders stimuleert niet-ingezetenen beleggingsinstellingen om zich ergens anders te vestigen en ingezetenen worden ontmoedigd om bij niet-ingezetenen beleggingsinstellingen te beleggen.

Bij de objectieve vergelijking moet duidelijk zijn of naast het niveau van de instelling ook wordt gekeken naar de aandeelhouders. De vestigingsplaats is hierbij echter geen relevant onderscheidscriterium.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: samenhang van belastingsysteem. In Frankrijk werden binnenlandse beleggingsinstellingen niet belast met het doel achterliggende aandeelhouders te belasten. Het HvJ vond dit geen rechtvaardigingsgrond, aangezien in Frankrijk niet getoetst werd of de aandeelhouder daadwerkelijk belast werd. De vrijstelling was niet gekoppeld aan een belaste uitkering bij de aandeelhouder.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid.

Binnen deze rechtvaardigingsgrond vallen bepalingen die voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de heffingsbevoegdheid van activiteiten op een grondgebied. Deze rechtvaardigingsgrond slaagde in casu niet, aangezien ingezetenen over dezelfde activiteit geen belasting betaalden.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: doeltreffendheid van fiscale controles. Dit argument werd niet toegekend, aangezien de belasting alleen gericht was op niet-ingezetenen.

Een uitkering aan een niet-ingezetene werd in casu objectief vergelijkbaar geacht met een uitkering aan een ingezetene. Indien uitsluitend de uitkering aan de niet-ingezetene belast is dan vormt dit een inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit komt doordat niet-ingezeten beleggingsinstellingen worden aangemoedigd in een ander land te investeren en ingezetenen worden ontmoedigd om bij niet-ingezeten beleggingsinstellingen te beleggen. De rechtvaardigingsgronden werden niet gehonoreerd.

9.1.4. Commissie v. Duitsland

HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09.

In deze samenvatting wordt alleen ingegaan op de werking binnen de Europese Unie. Er is geen aandacht besteed aan de EER-Overeenkomst. Verder ging deze zaak over deelnemingen die niet aan de minimumdrempel van artikel 3, lid 1, sub a, van richtlijn 90/435/EEG en richtlijn 2003/123/EG voldeden.

Dividenden aan binnenlandse vennootschappen konden worden verrekend. Dividenden die niet verrekend konden worden met de inkomstenbelasting werden terugbetaald. Dividenden aan buitenlandse vennootschappen werden niet verrekend of terugbetaald.

HvJ concludeerde dat de vergelijking van moedermaatschappijen alleen moet plaatsvinden op het niveau van de kapitaalvennootschap. Er moet niet gekeken worden naar de belastingdruk op dividendontvangsten van de ingezeten moedermaatschappij aan ingezeten personen. Het HvJ achtte ingezeten moedermaatschappijen en niet-ingezeten moedermaatschappijen objectief vergelijkbaar. Daarnaast werd opgemerkt dat indien conform een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting een bronbelastingstarief wordt verlaagd voor een niet-ingezeten moedermaatschappij, dit niet meteen leidt tot een economisch gelijke behandeling vergeleken met ingezeten moedermaatschappij.

Duitsland betoogde dat de ingezeten moedermaatschappij en de niet-ingezeten moedermaatschappij niet objectief vergelijkbaar waren, aangezien de dividendinkomsten bij de ingezeten moedermaatschappijen bij de achterliggende aandeelhouders werden belast.

Het HvJ gaf aan dat met betrekking tot opeenvolgende belastingen ingezeten moedermaatschappijen en niet-ingezeten moedermaatschappijen niet noodzakelijkerwijs in exact dezelfde situatie hoeven te verkeren. Indien een lidstaat beide moedermaatschappijen echter belast dan raken de situaties elkaar, aangezien beide moedermaatschappijen nu het risico van opeenvolgende belastingheffing lopen. Indien deze lidstaat vervolgens een bepaling heeft ter voorkoming van dubbele belasting voor ingezeten moedermaatschappijen dan moet deze bepaling ook worden toegepast ten aanzien van niet-ingezeten moedermaatschappijen. Wanneer dit niet is gebeurd, dan is volgens het HvJ sprake van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Omtrent de aandeelhouders merkte het HvJ op, dat ook aandeelhouders van niet-ingezeten moedermaatschappijen belast kunnen worden over de dividenduitkering. Daarnaast zijn volgens het HvJ aandeelhouders van buitenlandse moederverenootschappen en aandeelhouders van binnenlandse moedermaatschappijen niet vergelijkbaar.

Ter verdediging werd aangevoerd, dat de totale belastingdruk van niet-ingezetenen niet hoger is dan van ingezetenen. Hierbij wordt verwezen naar alle verdragen ter voorkoming van dubbele belasting die Duitsland heeft afgesloten. Het HvJ concludeerde dat een lidstaat een beroep kan doen op het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, indien de gevolgen van de nationale onvoordelige behandeling hierdoor volledig worden gecompenseerd.

Duitsland beargumenteerde ten slotte dat binnenlandse moedermaatschappijen naast inkomstenbelasting ook bedrijfsbelasting verschuldigd zijn in tegenstelling tot buitenlandse moedermaatschappijen. Het HvJ gaf aan dat een ongunstigere behandeling welke in strijd is met een

fundamentele verdragsvrijheid niet gecompenseerd kan worden door andere voordelen.

9.1.5. Haribo & Salinen

HvJ 10 februari 2011, C-436/08. &

HvJ EU 10 februari 2011, C-437/08.

In deze zaak heeft het HvJ een aantal situaties omschreven die wel en niet in overeenstemming met art. 63 VWEU worden geacht.

Volgens het HvJ is het in strijd met art. 63 VWEU indien binnenlandse dividenden bij ingezetenen worden vrijgesteld van vennootschapsbelasting, terwijl buitenlandse dividenden uit derde landen binnen de EER niet zijn vrijgesteld en ook niet in aanmerking komen voor verrekening. Het was in deze zaak ook niet toegestaan om belasting op dividenden uit derde landen binnen de EER alleen in aanmerking te laten komen voor verrekening indien de lidstaat waar de uitdelende vennootschap gevestigd was een verdrag inzake administratieve en gerechtelijke bijstand had gesloten met het derde land waarin de ontvangende vennootschap was gevestigd. Alleen de administratieve bijstand was noodzakelijk om de doeltreffendheid van fiscale controles te waarborgen. De gerechtelijke bijstand was disproportioneel om dit doel te bereiken. Tenslotte is het volgens het HvJ ook in strijd met art. 63 VWEU indien een ingezeten vennootschap verliezen kan doorschuiven en binnenlandse dividenden worden vrijgesteld terwijl voor de belasting op buitenlandse dividenden een verrekening wordt toegepast en deze niet kunnen worden doorgeschoven indien de ontvangende vennootschap verlies heeft gemaakt.

Het is niet per definitie verplicht om als lidstaat bronbelasting die in een andere lidstaat of in een derde staat over het dividend is geheven te verrekenen. De oorzaak van deze juridische dubbele belasting kan liggen in de parallelle uitoefening van heffingsbevoegdheden door de betrokken staten.

9.1.6. Commissie v. Spanje

HvJ EU 3 juni 2010, c-487/08.

Binnenlandse dividenden die werden uitgekeerd aan ingezetenen werden anders behandeld dan binnenlandse dividenden die uitgekeerd werden aan niet-ingezetenen.

Indien binnenlandse dividenden werden uitgekeerd aan niet-ingezetenen dan waren deze alleen vrijgesteld indien de niet-ingezetenen meer belang in de uitkerende binnenlandse vennootschap had dan de ingezeten moedermaatschappij.

Niet-ingezeten moedermaatschappijen en ingezeten moedermaatschappijen zijn niet per definitie gelijk. Desalniettemin raakten de situaties elkaar doordat bij zowel ingezetenen als niet-ingezetenen een bronheffing werd geheven. Hierdoor ontstond bij beide moedermaatschappijen het risico op dubbele belastingheffing. In een dergelijke situatie moet voor de niet-ingezeten vennootschappen dezelfde bepalingen ter voorkoming van dubbele belasting gelden als voor ingezeten vennootschappen. Het nalaten hiervan wordt gezien als een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.

Nadelige behandeling door parallelle uitoefening van heffingsbevoegdheden oftewel dispariteit wordt niet gezien als een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Er is echter geen sprake van parallelle uitoefening van heffingsbevoegdheden indien de nadelige behandeling enkel wordt veroorzaakt door de lidstaat waar de uitkerende vennootschap is gevestigd. Een beroep op een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting kan alleen worden gehonoreerd indien op grond van dit verdrag de onvoordelige behandeling volledig wordt gecompenseerd. Bij een bepaling tot verrekening in een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is hiervan dus alleen sprake indien de woonstaat van de dividend ontvangende vennootschap genoeg belasting heft. Alleen op deze wijze kan de onvoordelige behandeling van de bronstaat namelijk volledig worden gecompenseerd.

De bepaling in casu vormde een belemmering van de vrijheid in kapitaalverkeer.

Binnenlandse dividenden die werden uitgekeerd aan ingezetenen werden anders behandeld dan binnenlandse dividenden die uitgekeerd werden aan niet-ingezetenen.

Indien binnenlandse dividenden werden uitgekeerd aan niet-ingezetenen dan waren deze alleen vrijgesteld indien de niet-ingezetene meer belang in de uitkerende binnenlandse vennootschap had dan ingezeten moedermaatschappijen. Niet-ingezeten moedermaatschappijen en ingezeten moedermaatschappijen werden vergelijkbaar geacht omdat beide in de bronstaat werden belast. Hierdoor ontstond bij beide het risico op dubbele belasting. Er is geen sprake van dispariteit indien de nadelige behandeling alleen wordt veroorzaakt door de lidstaat waar de uitkerende vennootschap ligt. Een rechtvaardigingsgrond op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting kan alleen worden gehonoreerd indien de onvoordelige behandeling van de bronstaat volledig wordt gecompenseerd door dit verdrag.

9.1.7. Commissie v. Italië

HvJ EG 19 november 2009, c-540/07.

Uitgekeerde dividenden aan ingezetenen werden gunstiger behandeld dan dividenden die uitgekeerd werden aan niet-ingezetenen.

Het werd buitenlandse vennootschappen ontmoedigd om in Italië te investeren. Het bovenstaande vormde een belemmering voor de vrijheid van kapitaalverkeer.

Italië beargumenteerde dat op grond van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting een verrekening mogelijk was. Een bronstaat kan een ongelijke behandeling rechtvaardigen op grond van een afgesloten

belastingverdrag. Deze ongelijke behandeling zou dan door de woonstaat moeten worden gecompenseerd. Het HvJ gaf echter aan dat het verdrag geen mogelijkheid bood tot het verrekenen van alle bronbelasting. Daarnaast voerde Italië aan dat naar het gehele belastingstelsel gekeken moest worden. In Italië werden namelijk de achterliggende aandeelhouders belast.

Volgens het HvJ zijn aandeelhouders van binnenlandse vennootschappen en aandeelhouders van buitenlandse vennootschappen niet vergelijkbaar. Het HvJ gaf aan dat met betrekking tot opeenvolgende belastingen ingezeten moedermaatschappijen en niet-ingezeten moedermaatschappijen niet noodzakelijkerwijs in dezelfde situatie hoeven te verkeren. Indien een lidstaat echter beide moedermaatschappijen belast dan raken de situaties elkaar, aangezien door beide nu het risico op opeenvolgende belastingheffing wordt gelopen. Italië veroorzaakte door deze heffing het risico van dubbele belasting. Het HvJ oordeelde dat een binnenlandse moedermaatschappij en een buitenlandse moedermaatschappij die binnenlandse dividenden ontvangen gelijk behandeld moeten worden.

Ten slotte gaf Italië aan dat een onderscheid op basis van vestigingsplaats gemaakt mag worden. Door het HvJ werd dit weerlegd aangezien dit alleen mogelijk is indien het niet om objectief vergelijkbare situaties gaat. Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk ter voorkoming van belastingfraude. Hierbij moet het gaan om een regeling die erop gericht is zuivere kunstmatige constructies tegen te gaan. Het mag dus niet gaan om een vermoeden. De minder gunstige behandeling kreeg echter elke niet-ingezeten aandeelhouder waardoor deze rechtvaardigingsgrond niet opging.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor de samenhang van het belastingstelsel en noodzakelijke voor de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden.

Deze laatste twee rechtvaardigingsgronden werden door het HvJ weerlegd aangezien ingezeten en niet-ingezeten aandeelhouders die binnenlandse dividenden ontvangen vergelijkbaar werden geacht.

In casu was sprake van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer die niet gerechtvaardigd kon worden.

Uitgekeerde dividenden aan ingezetenen werden gunstiger behandeld dan dividenden die uitgekeerd werden aan niet-ingezetenen. Vennootschappen werden ontmoedigd om in Italië te investeren. Deze bepaling vormt een belemmering voor de vrijheid van kapitaalverkeer. Een beroep op een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting wordt bij een onvoordelige behandeling van een vergelijkbare situatie alleen gehonoreerd indien de onvoordelige behandeling volledig wordt gecompenseerd. Indien binnenlandse moedermaatschappijen een neutralisatie krijgen voor de dubbele belasting dan moeten buitenlandse moedermaatschappijen dit ook krijgen, aangezien beide belast worden in hetzelfde land waardoor de situaties vergelijkbaar zijn. Ingezetenen en niet-ingezetenen moedermaatschappijen waren gelijk en werden ongelijk behandeld. Hierbij moet worden opgemerkt dat aandeelhouders van buitenlandse moedermaatschappijen en aandeelhouders van binnenlandse moedermaatschappijen in beginsel niet vergelijkbaar worden geacht, waardoor op dit niveau geen onderscheid gemaakt kan worden. Geconcludeerd werd dat sprake was van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. De rechtvaardigingsgronden werden ongegrond verklaard.

9.1.8. Aberdeen

HvJ EG 18 juni 2009, zaak c-303/07.

Een binnenlandse dividenduitkering aan een binnenlandse (Finse) aandeelhouders was niet onderworpen aan bronbelasting, terwijl een binnenlandse dividenduitkering aan een buitenlandse Luxemburgse SICAV wel was onderworpen aan bronbelasting.

Er werden verschillende argumenten aangevoerd om een Luxemburgse SICAV met variabel kapitaal niet vergelijkbaar te achten met een Finse vennootschap.

Allereerst werd geopperd dat Finland geen vergelijkbare rechtsvorm met de SICAV kende. De SICAV was niet opgenomen in de richtlijn 90/435/EEG. Het HvJ vond dit geen andere behandeling rechtvaardigen. Op deze wijze zou de vrijheid van vestiging worden uitgehold, aangezien niet alle Europese wetten zijn geharmoniseerd.

Daarnaast opperde Finland dat een SICAV niet belast is in Luxemburg. Het HvJ concludeerde echter dat een vergelijkbare Finse vennootschap ook niet belast is over deze dividenduitkering. Het niet worden belast in Luxemburg rechtvaardigt geen heffingsbevoegdheid in Finland.

Ten slotte werd door Finland aangevoerd dat het een taak is van de woonstaat om opeenvolgende belastingen te voorkomen. Dit argument wordt niet gehonoreerd door het HvJ aangezien Finland ervoor heeft gekozen bronbelasting te heffen over dividenduitkeringen.

HvJ vond de aangehaalde verschillen door Finland onvoldoende om een objectief verschil te honoreren in het heffen van bronbelasting over de dividenduitkering. Geconcludeerd werd dat de bepaling in strijd was met de vrijheid van vestiging.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: vermijden van belastingontwijking. Deze rechtvaardigingsgrond werd niet toegekend door het HvJ aangezien de bepaling niet specifiek erop gericht was een volstrekt kunstmatige constructie tegen te gaan.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk om evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden te waarborgen.

Binnen deze rechtvaardigingsgrond vallen bepalingen die voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de heffingsbevoegdheid omtrent activiteiten op het grondgebied. Dit argument slaagt niet in deze zaak aangezien ingezetenen over dezelfde activiteit geen belasting betalen.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: samenhang van belastingstelsel.

Op deze rechtvaardigingsgrond kan alleen een beroep worden gedaan indien een rechtstreeks verband bestaat tussen het fiscale voordeel en de compensatie van dit voordeel.

In Frankrijk werden binnenlandse beleggingsinstellingen niet belast met de gedachte achterliggende aandeelhouders te belasten. Het HvJ vond deze gedachte onvoldoende om een beroep te kunnen doen op deze rechtvaardigingsgrond, aangezien niet getoetst werd of de aandeelhouder daadwerkelijk belast werd. Daarnaast was de vrijstelling ook niet gekoppeld aan het opnieuw uitkeren van de dividenden.

Dividenduitkeringen aan buitenlandse aandeelhouders mogen niet belast worden indien dividenduitkeringen aan binnenlandse aandeelhouders ook niet onderworpen zijn aan bronbelasting. De reden om buitenlandse aandeelhouders, waarvan de rechtsvorm niet in de richtlijn 90/435/EEG was opgenomen niet vergelijkbaar te achten met binnenlandse aandeelhouders, slaagde niet. De rechtvaardigingsgronden werden ook niet toegekend.

9.1.9. Orange European Smallcap Fund NV **HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-194/06.**

Binnenlandse bronheffing op dividenden werd aan een fbi teruggegeven terwijl de teruggave van buitenlandse bronheffing alleen aan een fbi kon geschieden onder twee voorwaarden.

a) Allereerst mocht het bedrag niet meer bedragen dan het bedrag dat had kunnen worden verrekend, indien een Nederlandse belegger rechtstreeks had belegd in de lidstaat waar de uitkerende onderneming gevestigd was conform het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met deze lidstaat. (VERDRAGSVEREISTE)

b) Daarnaast werd de teruggave van buitenlandse bronbelasting beperkt indien de fbi niet-ingezeten aandeelhouders had.
(AANDEELHOUDERSVEREISTE)

In deze zaak konden Duitse dividenden niet worden verrekend aangezien in het toenmalige verdrag tussen Nederland en Duitsland ter voorkoming van dubbele belasting geen verrekenmogelijkheid voor dit soort dividenden was

opgenomen. De Portugese dividenden konden niet worden teruggegeven aangezien geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van kracht was tussen Portugal en Nederland.

Het HvJ oordeelde dat het vestigingsland van de vennootschap die de dividenden ontvangt niet verplicht is de bronbelasting uit het andere land te compenseren. De buitenlandse en binnenlandse dividenden werden hetzelfde in Nederland belast. Daarnaast is het doel van de bepaling om beleggingen via een fbi zoveel mogelijk overeen te laten komen met rechtstreekse beleggingen. Het HvJ oordeelde dat de verdragstoets niet in strijd was met de vrijheid van kapitaalverkeer. De Duitse en Portugese bronbelasting hoefde dus niet door Nederland te worden terugbetaald. Ten aanzien van de aandeelhouderstoets nam het HvJ een andere positie in. Het was voor een fbi nadeliger om buitenlandse aandeelhouders te hebben dan binnenlandse aandeelhouders. Het HvJ achtte een lichaam met buitenlandse aandeelhouders en binnenlandse aandeelhouders objectief vergelijkbaar. Hierbij moet nog worden opgemerkt dat het niet uitmaakt of de aandeelhouders in een lidstaat gevestigd zijn waarmee Nederland wel of geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft. De ongelijke behandeling van objectief vergelijkbare situaties werd in strijd geacht met de vrijheid van kapitaalverkeer.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond ten aanzien van aandeelhoudersvereiste: derving belastinginkomsten.

Het HvJ oordeelde dat de derving van belastinginkomsten geen dwingende reden van algemeen belang is.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond ten aanzien van aandeelhoudersvereiste: noodzakelijk om doeltreffende belastingcontroles te waarborgen.

De belasting werd ingehouden bij de fbi. Er werd geen verband geconstateerd door het HvJ tussen het verminderen van de belastingteruggave ten aanzien van buitenlandse aandeelhouders en de waarborg van de doeltreffendheid van fiscale belastingcontroles.

Het verdragsvereiste werd niet in strijd geacht met Europees recht. Het

aandeelhoudersvereiste werd daarentegen wel gezien als een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. De hiervoor aangevoerde rechtvaardigingsgronden werden ongegrond verklaard.

Een binnenlandse bronheffing werd aan een fbi teruggegeven terwijl de teruggave van buitenlandse bronheffing alleen aan een fbi kon geschieden onder twee voorwaarden.

a) Allereerst mocht het bedrag niet meer bedragen dan het bedrag dat had kunnen worden verrekend, indien een Nederlandse belegger rechtstreeks had belegd in de lidstaat waar de uitkerende onderneming gevestigd was conform het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met deze lidstaat. (VERDRAGSVEREISTE)

b) Daarnaast werd de teruggave van buitenlandse bronbelasting beperkt indien de fbi niet-ingezeten aandeelhouders had. (AANDEELHOUDERSVEREISTE)

Het verdragsvereiste werd door het HvJ niet gezien als een belemmering van de vrijheid van kapitaal, aangezien buitenlandse en binnenlandse dividenden in Nederland hetzelfde werden belast. Door deze heffingstechniek werd een zo groot mogelijke vergelijkbaarheid met een rechtstreekse belegging van een Nederlandse aandeelhouder bewerkstelligd.

Het aandeelhoudersvereiste werd daarentegen wel gezien als een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Een fbi met buitenlandse aandeelhouders werd vergelijkbaar geacht met een fbi met binnenlandse aandeelhouders. De nadelige ongelijke behandeling van een fbi met buitenlandse aandeelhouders werd gezien als een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Niet van belang is of met de woonstaat van de aandeelhouder een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is afgesloten. De aangevoerde rechtvaardigingsgronden werden niet gehonoreerd.

(In deze samenvatting is geen rekening gehouden met de behandeling van derde landen.)

9.1.10. The Test Claimants

HvJ EG 23 april 2008, zaak C-201/05.

In deze samenvatting is alleen ingegaan op de vrijheid van kapitaalverkeer. Binnenlandse dividenden werden vrijgesteld van vennootschapsbelasting terwijl buitenlandse dividenden niet in aanmerking kwamen voor deze vrijstelling. Het ontvangen van binnenlandse dividenden werd vergelijkbaar geacht met het ontvangen van buitenlandse dividenden. Conform art. 56 EG vormde deze bepaling een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor het voorkomen van dubbele belasting.

Indien een lidstaat wilt voorkomen dat dubbele belasting ontstaat in binnenlandse situaties dan vormt dit niet meteen een rechtvaardiging voor een schending van een verdragsvrijheid. Ook eventuele moeilijkheden bij het vaststellen van de daadwerkelijk betaalde belasting in een andere lidstaat, is onvoldoende om een schending te rechtvaardigen.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor de samenhang van het belastingstelsel.

Indien een samenhang zou bestaan tussen het voordeel en de gecompenseerde heffing, dan zou dit volgens het HvJ juist ertoe hebben geleid dat er ook een vrijstelling zou zijn voor buitenlandse dividenden.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk om belastingontwijking te voorkomen.

Het HvJ concludeerde dat deze rechtvaardigingsgrond ook niet van toepassing is indien door een buitenlandse vennootschap in een andere lidstaat minder belasting wordt betaald. Een uitzondering geldt indien sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie. Er is geen sprake van een volstrekt kunstmatige constructie indien uit objectieve en door derden controleerbare elementen blijkt dat de buitenlandse vennootschap daadwerkelijk in een andere lidstaat is gevestigd en hier economische activiteiten uitoefent.

Tot slot gaf het HvJ aan dat een lidstaat een vrijstelling voor buitenlandse dividenden mag weigeren indien de benodigde inlichtingen over de voorwaarden van de vrijstelling onmogelijk verkrijgbaar blijken te zijn door het ontbreken van een verdragsverplichting.

In deze samenvatting is alleen ingegaan op de vrijheid van kapitaalverkeer.

Binnenlandse dividenden werden vrijgesteld van vennootschapsbelasting terwijl buitenlandse dividenden niet in aanmerking kwamen voor deze vrijstelling. Het ontvangen van binnenlandse dividenden werd vergelijkbaar geacht met het ontvangen van buitenlandse dividenden.

Conform art. 56 EG vormde deze bepaling een belemmering voor de vrijheid van kapitaalverkeer. Rechtvaardigingsgronden slaagden niet. Door het HvJ werd wel aangehaald dat een lidstaat voorwaarden aan een vrijstelling mag koppelen en dat ze mogen vorderen dat deze voorwaarden controleerbaar zijn. Niet toegestaan is het weigeren van een vrijstelling ten aanzien van buitenlandse dividenden omdat deze vennootschap minder belasting betaalt in de woonstaat. Een uitzondering hierop wordt gemaakt indien sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie.

9.1.11. Amurta

HvJ EG 8 november 2007, c-379/05.

Bronbelasting werd geheven over dividenduitkeringen aan niet-ingezeten vennootschappen. Er werd geen bronbelasting geheven op dividenduitkeringen aan binnenlandse vennootschappen of aan vaste inrichtingen van buitenlandse ondernemingen waar de uitkerende aandelen betrekking op hadden.

In deze zaak ging het om deelnemingen die aan de minimumdrempel uit art. 5 lid 1 richtlijn 90/435 voldeden.

Door de ongelijke behandeling van dividenden werden buitenlandse vennootschappen ontmoedigd om in Nederland te investeren. Dividenden aan ingezetenen en dividenden aan niet-ingezetenen verkeren niet per definitie in een vergelijkbare situatie. Indien de lidstaat waaruit de dividenden worden uitgekeerd echter over beide dividenden unilateraal of op basis van een overeenkomst belasting heft, dan is de situatie van buitenlandse aandeelhouders nagenoeg gelijk aan de situatie van binnenlandse aandeelhouders. De lidstaat waaruit de dividenden worden uitgekeerd veroorzaakt nu namelijk het risico op dubbele belasting. Indien de lidstaat waaruit de dividenden worden uitgekeerd een bepaling heeft ten aanzien van binnenlandse aandeelhouders ter voorkoming van dubbele belasting dan moet dezelfde regeling worden toegepast op buitenlandse aandeelhouders. Indien hier niet aan wordt voldaan dan is sprake van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor de samenhang van een belastingstelsel en noodzakelijk voor de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden. Ten slotte werd een beroep gedaan op het territorialiteitsbeginsel. Rechtvaardigingsgronden werden niet toegekend aangezien voor de vrijstelling van uitgekeerde dividenden alleen binnenlandse aandeelhouders in aanmerking kwamen.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: heffing op grond van verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

HvJ concludeerde dat een rechter moet beoordelen of de ongelijke behandeling volledig geneutraliseerd wordt door een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Hierbij moet nog worden opgemerkt dat geen beroep kan worden gedaan op neutralisatie van ongelijke behandeling door een ander land indien geen verdrag is afgesloten.

Bronbelasting werd geheven op dividenduitkeringen aan niet-ingezeten vennootschappen. Er werd geen bronbelasting geheven op dividenduitkeringen aan binnenlandse vennootschappen of aan vaste inrichtingen van buitenlandse ondernemingen waar de uitkerende aandelen betrekking op hadden.

(Deelnemingen vielen buiten het kader van richtlijn 90/435.) Indien de lidstaat waar de uitkerende vennootschap is gevestigd zowel uitkeringen aan binnenlandse ondernemingen als aan buitenlandse onderneming confronteert met een belastingheffing, dan benadert de situatie van deze buitenlandse aandeelhouders de situatie van binnenlandse aandeelhouders. Voor beide is door deze heffing namelijk het risico op dubbele belasting ontstaan. De ongelijke behandeling ter voorkoming van dubbele belasting voor alleen ingezetenen vormt een belemmering voor de vrijheid van kapitaalverkeer. Ter rechtvaardiging van deze ongelijke behandeling kan een lidstaat een beroep doen op een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, indien door dit verdrag de onvoordelige behandeling volledig wordt geneutraliseerd. Een lidstaat kan de ongelijke behandeling niet rechtvaardigen indien unilateraal een volledig belastingkrediet wordt verleend door de lidstaat waar de dividend ontvangende vennootschap is gevestigd maar met deze laatstgenoemde lidstaat geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is afgesloten.

9.1.12. Denkavit

HvJ EG 14 december 2006, zaak C-170/05.

Dividenden van ingezeten dochtermaatschappijen aan niet-ingezeten moedermaatschappijen waren belast. Dividenden van ingezeten dochtermaatschappijen aan ingezeten moedermaatschappijen waren (nagenoeg) geheel vrijgesteld.

Volgens het HvJ mocht alleen een onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen in het Unierecht gemaakt worden indien het gaat om objectief verschillende situaties.

Het HvJ concludeerde dat in deze zaak sprake was van een belemmering van de vrijheid van vestiging aangezien de niet-ingezetenen en de ingezetenen moedermaatschappij in vergelijkbare situaties verkeerden.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: heffing op grond van het territorialiteitsbeginsel.

Deze rechtvaardigingsgrond slaagt alleen indien de situatie van een ingezetenen niet vergelijkbaar is met de situatie van een niet-ingezetenen. Om deze reden werd deze rechtvaardigingsgrond ongegrond verklaard.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: bepaling ter voorkoming van dubbele belasting.

Dit argument ging niet op aangezien ingezetenen moedermaatschappijen niet aan belasting waren onderworpen.

Daarnaast werd nog ingegaan op het feit of de belastingheffing over de niet-ingezetenen moedermaatschappij toegestaan was op basis van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting waarin verrekening van de bronbelasting door de woonstaat werd mogelijk gemaakt. In de woonstaat van de moedermaatschappij waren inkomsten van de moedermaatschappij echter vrijgesteld waardoor verrekening onmogelijk werd. Het HvJ oordeelde dat bij de verdeling van heffingsbevoegdheden het gemeenschapsrecht in acht moest worden genomen. Ondanks het feit dat de heffing was toegestaan op basis van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, bleef de heffing op binnenlandse dividenden aan niet-ingezetenen moedermaatschappijen in strijd met de vrijheid van vestiging. Dit kwam doordat de verrekening niet kon worden toegepast in de woonstaat.

Tot slot werd nog benadrukt dat een geringe beperking van de vrijheid van vestiging al verboden is.

Dividenden van ingezeten dochtermaatschappijen aan niet-ingezeten moedermaatschappijen waren belast. Dividenden van ingezeten dochtermaatschappijen aan ingezeten moedermaatschappijen waren (nagenoeg) geheel vrijgesteld.

Het HvJ vond een ingezeten en een niet-ingezeten moederverenootschap met of zonder vaste inrichting die dividenden ontvangt uit een binnenlandse dochterverenootschap objectief vergelijkbaar. Het enkel belasten van niet-ingezetenen vormde een belemmering van de vrijheid van vestiging. Een heffingsbevoegdheid op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting rechtvaardigt geen heffing indien de verrekening effectief niet in de woonplaats kan plaatsvinden.

9.1.13. FII Group Litigation

HvJ EG 12 december 2006, zaak C-446/04.

Situatie 1: toegestaan conform art. 56 en 43 EG.

Binnenlandse dividenden waren bij ingezetenen vrijgesteld voor vennootschapsbelasting. Buitenlandse dividenden uit een deelneming van ten minste 10% waren onderworpen aan belasting. Deze buitenlandse dividenden kwamen echter in aanmerking voor een belastingkrediet:

- a) ter hoogte van de betaalde belasting die niet hoger was dan op binnenlandse dividenden in de lidstaat waar de uitgekeerde vennootschap was gevestigd en;
- b) het belastingkrediet ten minste gelijk was aan de betaalde belasting in de lidstaat waar de uitkerende vennootschap was gevestigd.

De administratieve lasten ten aanzien van een verrekening is geen schending van de vrijheid van kapitaalverkeer.

Situatie 2: niet toegestaan conform art. 56 EG.

Binnenlandse dividenden waren bij ingezeten vennootschappen vrijgesteld voor vennootschapsbelasting.

Buitenlandse dividenden uit een deelneming van minder dan 10% waren onderworpen aan belasting bij ingezeten vennootschappen, waarbij geen belastingkrediet werd gegeven voor de werkelijk betaalde belasting in de lidstaat waar de uitkerende vennootschap was gevestigd.

Eventuele moeilijkheden bij het vaststellen van de daadwerkelijk betaalde belasting in de lidstaat waar de uitkerende vennootschap is gevestigd kan een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer niet rechtvaardigen.

Situatie 3: niet toegestaan conform art. 56 en 43 EG.

De voorheffing op binnenlandse dividenden kon bij ingezeten vennootschappen worden afgetrokken van de verschuldigde vennootschapsbelasting.

De voorheffing op buitenlandse dividenden kwam bij ingezeten vennootschappen niet in aanmerking voor deze aftrekmogelijkheid.

De rechtvaardigingsgrond met betrekking tot de samenhang van het belastingstelsel werd niet gehonoreerd aangezien geen verband bestond tussen het voordeel en de gecompenseerde belastingschuld. In dat geval had hetzelfde belastingvoordeel namelijk ook ten aanzien van buitenlandse dividenden bij ingezeten vennootschappen moeten kunnen worden gegeven.

Situatie 4: toegestaan conform art. 56 en 43 EG.

Betaalde belastingen op buitenlandse dividenden konden verrekend worden bij ingezeten vennootschappen, voor zover deze ingezeten vennootschap voorheffing inhield bij de verdere uitdeling aan aandeelhouders. Dit was geen belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.

Dit voorgaande levert pas een belemmering op indien een ingezeten vennootschap die buitenlandse dividenden ontvangt over andere middelen beschikt om het overschot aan voorheffing te verrekenen dan een ingezeten vennootschap die binnenlandse dividenden ontvangt.

Situatie 5: niet toegestaan conform art. 43 EG.

Ingezet moedermaatschappij kon voorheffing niet met vennootschapsbelasting verrekenen, maar deze moedermaatschappij kon

wel deze voorheffing, inclusief de mogelijkheid om deze voorheffing te verrekenen, overdragen aan een ingezeten dochter.

Ingezetten moedermaatschappij mocht dit voorgaande echter niet overdragen aan een niet-ingezeten dochtermaatschappij die tevens in deze lidstaat belasting over de winst moest betalen.

Situatie 6: niet toegestaan conform art. 56 en 43 EG.

Binnenlandse dividenden die werden uitgekeerd door een ingezeten vennootschap aan aandeelhouders werden vrijgesteld voor de voorheffing van vennootschapsbelasting.

Buitenlandse dividenden die werden uitgekeerd door een ingezeten vennootschap aan aandeelhouders kwamen niet in aanmerking voor deze vrijstelling, maar konden de voorheffing recupereren met de vennootschapsbelasting. Ze waren echter verplicht de voorheffing te betalen.

Zowel ten aanzien van buitenlandse als ten aanzien van binnenlandse belastingen ontstaat op deze wijze het risico van economische dubbele belasting. De tijd die het kost om een heffingstechniek toe te passen bij buitenlandse dividenden vormt geen rechtvaardigingsgrond.

Indien uitgekeerde binnenlandse dividenden aan ingezeten vennootschappen in aanmerking komen voor een belastingvermindering ter vermijding van dubbele belasting, dan moeten uitgekeerde buitenlandse dividenden aan ingezeten vennootschappen ook in aanmerking komen voor een gelijke behandeling.

Indien binnenlandse dividenden worden vrijgesteld terwijl buitenlandse dividenden worden verrekend dan mag de totale belastingdruk van buitenlandse dividenden niet hoger zijn van binnenlandse dividenden.

9.1.14. Kerckhaert Morres

HvJ EG 14 november 2006, zaak C-513/04.

In België werden binnenlandse dividenden en buitenlandse dividenden onderworpen aan hetzelfde tarief in de inkomstenbelasting. Buitenlandse dividendbelasting konden echter niet worden verrekend. Opmerkelijk was hierbij de heffingstechniek. Binnenlandse dividenden waren alleen onderworpen aan een voorheffing van 25% en buitenlandse dividenden waren alleen onderworpen aan naheffing van 25%. Aangezien op de dividenden uit Frankrijk een bronbelasting drukte, was de totale belastingdruk op deze Franse dividenden hoger dan op binnenlandse dividenden. In België werd echter over beide soorten dividenden evenveel belasting geheven. Het HvJ oordeelde dat de oorzaak van de nadelige gevolgen door de parallelle uitoefening van heffingsbevoegdheden kwam. Het HvJ benadrukte hierbij dat België geen onderscheid maakte tussen binnenlandse en buitenlandse dividenden aangezien beide in de inkomstenbelasting voor hetzelfde tarief werden belast. Afgezien van een aantal richtlijnen en overeenkomsten is het binnen het gemeenschapsrecht niet verplicht om een bepaling om te nemen ter voorkoming van dubbele belasting. De dividenden in deze zaak vielen niet binnen deze richtlijnen of overeenkomsten.

Het HvJ oordeelde dat in deze zaak geen sprake was van een bepaling die de vrijheid van kapitaalverkeer belemmerde.

In België werden binnenlandse dividenden en buitenlandse dividenden onderworpen aan hetzelfde tarief in de inkomstenbelasting. Buitenlandse dividendbelasting konden echter niet worden verrekend. HvJ oordeelde dat een hogere totale belastingdruk op buitenlandse dividenden het gevolg was van dispariteit. België was niet verplicht buitenlandse bronbelasting terug te geven conform een richtlijn. België behandelde buitenlandse dividenden niet anders dan binnenlandse dividenden waardoor geen sprake was van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Opmerkelijk was hierbij de heffingstechniek. Binnenlandse dividenden waren alleen onderworpen aan voorheffing van 25% en buitenlandse dividenden waren alleen onderworpen aan naheffing van 25%.

9.1.15. Stauffer

HvJ EG 14 september 2006, c-386/04.

Een binnenlandse stichting die algemeen nut beoogde was vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Een buitenlandse stichting die algemeen nut beoogde kreeg echter voor dezelfde soort inkomsten geen vrijstelling. Een lidstaat wordt niet verplicht de status die een stichting in een ander land heeft verkregen over te nemen. Indien een buitenlandse stichting echter aan alle opgestelde voorwaarden in een lidstaat voor een bepaalde kwalificatie voldoet, dan moet de lidstaat de buitenlandse stichting hetzelfde behandelen als een binnenlandse stichting met deze status. De ongelijke behandeling van een binnenlandse stichting en een buitenlandse stichting die aan dezelfde voorwaarden voldoen wordt gezien als een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: bepaling nodig voor de doeltreffendheid van belastingcontroles.

Het HvJ gaf aan dat een lidstaat zelf de voorwaarden mag opstellen waaraan een stichting moet voldoen om te kwalificeren als algemeen nut beogende instelling. Het feit dat de voorwaarden moeilijker bij een

buitenlandse stichting te controleren zijn, vormt geen gerechtvaardigde reden om een buitenlandse stichting anders te behandelen. Dit zijn slechts administratieve ongemakken.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor de samenhang van het belastingstelsel.

Samenhang tussen voordeel en gecompenseerde heffing kon niet worden aangetoond.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: bepaling ter voorkoming van derving van belastingopbrengsten.

Het HvJ oordeelde dat derving van belastinginkomsten geen dwingende reden van algemeen belang is.

Een binnenlandse stichting die algemeen nut beoogde was vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Een buitenlandse stichting die algemeen nut beoogde kreeg echter voor dezelfde soort inkomsten geen vrijstelling.

Een lidstaat wordt niet verplicht de status die een stichting in een ander land heeft verkregen over te nemen. Indien een buitenlandse stichting echter aan alle opgestelde voorwaarden in een lidstaat voor een bepaalde kwalificatie voldoet, dan moet deze lidstaat de buitenlandse stichting hetzelfde behandelen als een binnenlandse stichting met deze status. De lidstaat is wel vrij om voorwaarden aan een kwalificatie te koppelen. Rechtvaardigingsgronden werden ongegrond verklaard.

9.1.16. Cadbury Schweppes

HvJ EG 12 september 2006, C-196/04.

In deze zaak werd geoordeeld dat indien op basis van vermoeden een bepaling is opgenomen die belastingfraude moet voorkomen, deze bepaling disproportioneel is.

9.1.17. Bouanich

HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04.

De terugkoop van aandelen werd voor binnenlandse belastingplichtigen na aftrek van inkoopkosten als vermogenswinst belast. De terugkoop van aandelen werd voor buitenlandse belastingplichtigen belast als dividenduitkering zonder dat een aftrek van inkoopkosten mogelijk was. Het HvJ oordeelde dat sprake was van discriminatie aangezien objectief dezelfde situaties anders werden behandeld. Een fiscaal voordeel dat alleen aan ingezetenen wordt verschaft terwijl dit fiscale voordeel bij niet-ingezetenen wordt geweigerd, is in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer.

Een bepaling uit een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting mag worden gebruikt indien een nationale regeling niet tot een minder gunstige behandeling van niet-ingezetenen leidt.

De terugkoop van aandelen werd voor binnenlandse belastingplichtigen na aftrek van inkoopkosten als vermogenswinst belast. De terugkoop van aandelen werd voor buitenlandse belastingplichtigen belast als dividenduitkering zonder dat een aftrek van inkoopkosten mogelijk was.

Het weigeren van een fiscaal voordeel aan niet-ingezetenen is in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer.

Een bepaling uit een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting mag worden gehandhaafd indien dit niet tot een minder gunstige behandeling van de niet-ingezetenen leidt.

9.1.18. Fokus Bank

EFTA Hof 23 november 2004, C e-1/04.

Binnenlandse dividenduitkeringen aan ingezetenen (Engelse) aandeelhouders waren niet onderworpen aan dividendbelasting en kwamen in aanmerking

voor een imputatieregeling. Dit kwam erop neer dat de binnenlandse aandeelhouders geen belasting verschuldigd waren over de binnenlandse dividenduitkeringen.

Binnenlandse dividenduitkeringen aan niet-ingezeten aandeelhouders waren onderworpen aan een dividendbelasting van 15% en kwamen niet in aanmerking voor een imputatieregeling.

Geoordeeld werd dat sprake was van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer aangezien buitenlandse aandeelhouders ook met dubbele belasting geconfronteerd konden worden. Het feit dat de bronbelasting in de vestigingsstaten van de Duitse en Engelse aandeelhouders op basis van een belastingverdrag kon worden verrekend, werd niet essentieel geacht. De UK-aandeelhouders hadden naar aanleiding van dit oordeel zelfs tweemaal recht op een imputatieregeling, namelijk door Noorwegen en door Engeland.

In de noot van P.J. Wattel wordt aangehaald, dat dit voorgaande de strekking van het Europese recht te buiten gaat. Het voordeel dat in deze zaak door de bronstaat werd verschaft zou namelijk worden gegeven door de woonstaat. Dit voorgaande verschuift vooral een budgettair voordeel van de bronstaat naar de woonstaat.²⁵⁴

Tot slot werd door het EFTA Hof opgemerkt dat in het EER-Verdrag de vrijheid van kapitaalverkeer op gelijke wijze wordt geregeld als in het EG-Verdrag.

9.1.19. Manninen

HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02.

Voor dividenden uit binnenlandse vennootschappen werd bij inwoners wel een tegemoetkoming geboden terwijl voor dividenden uit buitenlandse vennootschappen geen tegemoetkoming mogelijk was.

Het doel van de regeling was om dubbele belasting te voorkomen. Het HvJ oordeelde dat ook dubbele belasting kon voorkomen op dividenden uit

²⁵⁴ Noot P.J. Wattel bij EFTA Hof 23 november 2004, C e-1/04 (Fokus Bank).

buitenlandse vennootschappen. Om deze reden was sprake van een ongelijke behandeling van objectief vergelijkbare situaties. De bepaling vormde dus een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.

In deze zaak werd aangevoerd dat een onderscheid gemaakt mocht worden tussen binnenlandse en buitenlandse dividenden. Het HvJ beargumenteerde dat dit niet in lijn met de vrijheid van kapitaalverkeer was omdat uitgekeerde dividenden in objectief dezelfde situatie verkeerden als binnenlandse dividenden.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor de samenhang van belastingstelsel.

De tegemoetkoming werd gekoppeld aan de belasting die door de uitkerende binnenlandse vennootschap was betaald. In deze zaak is dus een samenhang tussen voordeel en compensatie aanwezig. Desondanks werd geoordeeld door het HvJ dat deze bepaling niet noodzakelijk was voor de samenhang van het belastingstelsel. Dit zou echter ook bewerkstelligd kunnen worden door hetzelfde voordeel te verlenen ten aanzien van buitenlandse dividenden.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: ter voorkoming van derving van belastingopbrengsten.

Het HvJ oordeelde dat derving van belastinginkomsten geen dwingende reden van algemeen belang is.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: het leverde administratieve problemen op.

Hierbij werd benadrukt dat het in deze zaak ging om het nodig hebben van regels uit een andere lidstaat, waardoor de algemene belastingregels in een dergelijke staat makkelijk te vinden zijn. De administratieve problemen die ontstonden vormden volgens het HvJ geen dwingende reden van algemeen belang.

In deze zaak was dus sprake van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Er waren ook geen redenen om deze belemmering te rechtvaardigen.

Voor dividenden uit binnenlandse vennootschappen werd bij inwoners wel een tegemoetkoming geboden terwijl voor dividenden uit buitenlandse vennootschappen geen tegemoetkoming mogelijk was. Een onderscheid tussen buitenlandse en binnenlandse dividenden mocht niet worden gemaakt, aangezien de buitenlandse dividenden in objectief dezelfde situatie verkeerden als de binnenlandse dividenden. De rechtvaardigingsgronden werden niet gehonoreerd.

9.1.20. Lenz

HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-315/02.

Dividenden uit Buitenlandse vennootschappen werden zwaarder belast dan dividenden uit binnenlandse vennootschappen.

Ter verdediging werd aangevoerd dat een onderscheid gemaakt mocht worden tussen binnenlandse en buitenlandse dividenden. Dit was volgens het HvJ alleen toegestaan indien de situaties niet objectief vergelijkbaar zijn of op basis van dwingende redenen van algemeen belang.

Daarnaast werd aangevoerd dat buitenlandse vennootschappen niet objectief vergelijkbaar zijn met binnenlandse vennootschappen, aangezien Oostenrijk zowel op het niveau van aandeelhouders als op het niveau van de uitdelende vennootschap belasting heft. Het doel van de regeling was om dubbele belasting te verzachten.

Het HvJ merkte hierbij op dat ook dividenden uit buitenlandse vennootschappen dubbel belast konden zijn. Om deze reden achtte het HvJ dividenden uit buitenlandse vennootschappen vergelijkbaar met dividenden uit binnenlandse vennootschappen.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor de samenhang van het belastingstelsel.

Allereerst ging het hier om twee verschillende belastingen. Daarnaast was het voordeel niet gekoppeld aan de geheven belasting bij de uitkerende binnenlandse vennootschap. Het HvJ verklaarde de rechtvaardigingsgrond ongegrond.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: derving van belastingopbrengsten.

Het HvJ oordeelde dat de derving van belastinginkomsten geen dwingende reden van algemeen belang is.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor de doeltreffendheid van fiscale controles.

Volgens het HvJ was niet aangetoond dat het niet verlenen van fiscale voordelen voor buitenlandse dividenden noodzakelijk was voor de doeltreffendheid van fiscale controles.

In deze casus was dus sprake van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Er waren ook geen redenen om deze belemmering te rechtvaardigen.

Dividenden uit Buitenlandse vennootschappen werden zwaarder belast dan dividenden uit binnenlandse vennootschappen. Onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse dividenden mocht niet worden gemaakt omdat beide objectief vergelijkbaar waren en geen dwingende reden van algemeen belang van toepassing was.

9.1.21. Verkooijen

HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98.

Er was wel een vrijstelling voor binnenlandse dividenden in de inkomstenbelasting, maar niet voor buitenlandse dividenden.

Deze zaak werd getoetst aan de richtlijn 88/361, de voorganger van art. 67 van het Verdrag. Het HvJ oordeelde dat de vrijstelling voor louter binnenlandse dividenden het minder aantrekkelijk maakte voor inwoners om te investeren in een buitenlandse vennootschap en buitenlandse vennootschappen werden ontmoedigd om kapitaal in Nederland onder te brengen.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk voor de samenhang van het belastingstelsel.

Hierbij moet een verband bestaan tussen het voordeel en het bedrag dat wordt gecompenseerd. Volgens het HvJ voldeed de vrijstelling voor

binnenlandse dividenden hier niet aan. Het ging in deze zaak om twee verschillende belastingen bij twee verschillende belastingplichtigen. Het verband tussen een vrijstelling in de inkomstenbelasting bij aandeelhouders met binnenlands dividend en de belastingheffing op de winst van buitenlandse dividenden kon volgens het HvJ niet worden aangetoond. Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: regeling had betrekking op zuiver economisch belang.

Het HvJ oordeelde dat een zuiver economisch belang geen dwingende reden van algemeen belang is.

In deze casus was sprake van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Er waren ook geen redenen om deze belemmering te rechtvaardigen.

Het maakte voor de uitspraak geen verschil of de aandeelhouder een werknemer in het kader van een werknemersplan of een gewone aandeelhouder was.

Er was wel een vrijstelling voor binnenlandse dividenden in de inkomstenbelasting, maar niet voor buitenlandse dividenden. Conform de richtlijn 88/361 vormde deze bepaling een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Een binnenlandse aandeelhouder werd ontmoedigd om in buitenlandse vennootschappen te investeren en buitenlandse vennootschappen werden belemmerd om kapitaal in deze lidstaat bijeen te brengen. De rechtvaardigingsgronden werden niet gehonoreerd.

9.1.22. Wielocks

HvJ EG 11 augustus 1995, c-80/97.

De zaak Bachmann werd genuanceerd in de zaak Wielocks. In de zaak Wielocks weigerde de Nederlandse staat ten aanzien van een Belgische inwoner die werkende was in Nederland om een fiscale oudedagsreserve te vormen. Over de jaarlijkse toevoeging aan de fiscale oudedagsreserve hoeft in Nederland geen belasting betaald te worden. Nederland deed een beroep

op de samenhang van het belastingstelsel, aangezien Nederland hoogstwaarschijnlijk niet heffingsbevoegd zou zijn over de uitkering uit de fiscale oudedagsreserve. Het HvJ concludeerde dat deze beredenering niet opgaat, aangezien België en Nederland een bilateraal verdrag met elkaar hebben gesloten waarin wordt afgesproken of de bron- of woonstaat heffingsbevoegd is. Het niet mogelijk maken van het vormen van een fiscale oudedagsreserve zou in strijd zijn met het afgesloten verdrag.

9.1.23. Schumacker

HvJ EG 14 februari 1995, C-279/93.

Persoonlijke tegemoetkomingen mogen in aftrek worden genomen in de bronstaat wanneer een belastingplichtige 90% of meer van het totale inkomen verdient in deze bronstaat en de tegemoetkomingen niet in de woonstaat in aanmerking kunnen worden genomen.

Ingezetenen en niet-ingezetenen zijn voor directe belastingen niet meteen vergelijkbaar. Desalniettemin worden ze in bepaalde situaties vergelijkbaar geacht.

9.1.24. Bachmann

HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90.

Parallel arrest: HvJ EG 28 januari 1992, C-300/90. (Commissie v. België)

In de zaak Bachmann werd een geslaagd geroep gedaan op de coherentie van het belastingstelsel. Een belastingplichtige verzocht om zijn premie voor verschillende verzekeringen in Duitsland af te trekken van zijn in België verschuldigde belasting. In België was echter alleen een aftrek van premie van Belgische verzekeringen mogelijk. Het HvJ honoreerde in deze zaak een beroep op de samenhang van het belastingstelsel aangezien In België uitkeringen waarvan de premie niet kon worden afgetrokken waren vrijgesteld. Op deze wijze werd de belastingsamenhang gewaarborgd.

9.1.25.Avoir fiscal

HvJ EG 28 januari 1986, C-270/83.

Uitgekeerde binnenlandse dividenden aan binnenlandse (Franse) verzekeringsmaatschappijen en binnenlandse dochtermaatschappijen van buitenlandse verzekeringsmaatschappijen kwamen in aanmerking voor een belastingkrediet.

Uitgekeerde binnenlandse dividenden aan buitenlandse verzekeringsmaatschappijen met een filiaal of agentschap in Frankrijk kwamen niet in aanmerking voor het fiscaal voordelige belastingkrediet.

Ter verdediging werd aangevoerd dat een verschil gemaakt mocht worden tussen niet-ingezetenen en ingezetenen.

Het HvJ beaamde dat tussen niet-ingezetenen en ingezetenen af en toe een objectief onderscheid bestaat. Desalniettemin achtte het HvJ een niet-ingezetenen met aandelen in een Franse vennootschap objectief vergelijkbaar met een ingezetenen met aandelen in een Franse vennootschap.

Frankrijk beargumenteerde dat het probleem makkelijk kon worden vermeden door een dochtermaatschappij op te richten in Frankrijk.

Dit argument werd niet gehonoreerd aangezien dit een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging. Een onderneming die is opgericht conform de wetgeving van een lidstaat met de hoofdzetel in een lidstaat mag zijn activiteiten via een agentschap of filiaal in een andere lidstaat uitoefenen. Het HvJ oordeelde dat hier sprake was van objectief vergelijkbare situaties die ongelijk werden behandeld.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: de ongelijke behandeling komt door dispariteit.

Deze ongelijke behandeling kon niet worden gerechtvaardigd door niet geharmoniseerde belastingwetgeving. De ongelijke behandeling kwam namelijk door een andere behandeling van Frankrijk.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: noodzakelijk om belastingontwijking te voorkomen.

Dit is geen reden om af te wijken van de vrijheid van kapitaalverkeer.

Daarbij zou de regeling gebaseerd zijn op een veronderstelling, dit werd onvoldoende geacht.

Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: regeling op grond van een verdrag.

De vrijheid van vestiging is onvoorwaardelijk en kan niet worden uitgesloten door een verdrag ter voorkoming van dubbele belastingen.

Het HvJ oordeelde dat de regeling waarbij filialen en agentschappen van een verzekeringsmaatschappij met een zetel in een andere lidstaat geen voorziening kregen voor binnenlandse dividenden in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Indien binnenlandse verzekeringsmaatschappijen een fiscale voorziening krijgen voor de belasting op binnenlandse dividenden dan moeten filialen en agentschappen van verzekeringsmaatschappijen met een hoofdzetel in een andere lidstaat dit ook krijgen. Indien filialen en agentschappen van een verzekeringsmaatschappij met een zetel in een andere lidstaat deze voorziening niet krijgen dan is dit in strijd met de vrijheid van vestiging.

9.2. Nederlandse arresten

9.2.1. Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938.

In deze zaak werd geoordeeld dat een Luxemburgse SICAV niet objectief vergelijkbaar was met een Nederlandse fbi, aangezien de SICAV niet aan de doorstootverplichting conform art. 28 lid 2 Wet Vpb 1969 voldeed. De SICAV heeft namelijk 'accumulation shares' waar geen dividend uit werd gekeerd. Een beleggingsinstelling moet in materiële zin vergelijkbaar zijn met een fbi. Daarnaast werd door het HvJ gerefereerd naar de zaak Stauffer waarin bepaald werd dat een status van een vennootschap in een andere lidstaat niet per definitie hoeft te worden overgenomen door een lidstaat. Indien de SICAV in Nederland gevestigd was geweest, dan was dit fonds onderworpen geweest aan vennootschapsbelasting. Hierdoor is de SICAV

niet vergelijkbaar met een vrijgestelde instelling, zoals is bedoeld in art. 10 Wet DB 1965. Op grond van het voorgaande werd geoordeeld, dat de Luxemburgse SICAV geen recht had op teruggave van dividendbelasting. Daarnaast werd geconcludeerd dat het feit dat door een beleggingsinstelling in een jaar verlies wordt gemaakt, niet betekent dat hierdoor meteen is voldaan aan de uitdelingsverplichting.

9.2.2. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:279.

Omtrent de teruggave van dividendbelasting conform art. 10 Wet DB 1969 wordt onderscheid gemaakt tussen derde landen en lidstaten. Een beleggingsinstelling in Zwitserland voldeed aan alle eisen uit art. 10, lid 2, Wet DB 1965. Desalniettemin kwam deze beleggingsinstelling niet in aanmerking voor een teruggave van dividendbelasting, aangezien Zwitserland niet verplicht was om informatie uit te wisselen. Daarnaast werd nog opgemerkt, dat de uitkering niet binnen de reikwijdte van dividendbelasting viel conform de richtlijn met Zwitserland.

9.2.3. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1800.

In deze zaak werden prejudiciële vragen gesteld. Voor deze vragen wordt verwezen naar het arrest. Het ging in deze zaak om een deelneming van minder dan 5% in Nederlandse vennootschappen. De belanghebbende was gevestigd in Frankrijk. In het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Frankrijk en Nederland is een verrekenbeding opgenomen. In de jaren 2000 tot 2007 heeft de belanghebbende de Nederlandse dividendbelasting volledig kunnen verrekenen in Frankrijk. In 2008 heeft de belanghebbende echter een verlies gemaakt waardoor de Nederlandse dividendbelasting niet verrekend kon worden. Volgens de Hoge Raad moet een vennootschap uit een andere lidstaat gelijke aanspraak hebben op teruggave van ingehouden dividendbelasting door Nederland als een in Nederland gevestigde vergelijkbare vennootschap.

Indien ingezetenen en een niet-ingezetenen beide in de belastingheffing van de bronstaat worden betrokken, dan worden deze beide ingezetenen vergelijkbaar geacht. Daarnaast benadrukte de Hoge Raad, waarbij verwezen werd naar de zaak Bouanich dat een verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen voor niet-ingezetenen niet tot een hogere belastingdruk mag leiden.

9.2.4. Rb. West-Brabant 5 maart 2013, nr. 12/00261.

Een Buitenlands Luxemburgs beleggingsfonds, dat in eigen land niet was onderworpen aan winstbelasting had geen recht op teruggave van dividendbelasting, aangezien:

1.een vergelijkbare instelling in Nederland zou zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting, waardoor de buitenlandse beleggingsinstelling niet vergelijkbaar was met een vrijgestelde instelling conform art. 10 Wet DB 1965 en;

2 de instelling ook niet vergelijkbaar was met een fbi, aangezien de beleggingsinstelling niet voldeed aan de uitdelingsverplichting uit art. 28 Wet Vpb 1969. De uitdelingsverplichting is volgens de rechtbank een essentieel criterium voor de fbi. De Luxemburgse beleggingsinstelling had wel rechtspersoonlijkheid. Benadrukt werd dat geen sprake was van een rechtspersoonlijkheid die Nederland niet kende. Het feit dat de Luxemburgse beleggingsinstelling de bronbelasting niet kon verrekenen in Luxemburg was volgens de rechtbank niet de verantwoordelijkheid van Nederland. De Luxemburgse beleggingsinstelling werd volgens de rechtbank net zo behandeld als een vergelijkbare Nederlandse beleggingsinstelling. Volgens de rechtbank was geen sprake van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer.

9.2.5. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1128.

Een buitenlands Fins beleggingsfonds, dat in eigen land niet was onderworpen aan winstbelasting had geen recht op teruggave van dividendbelasting in Nederland. De reden hiervoor was:

1 dat de instelling in Nederland zou zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting, dus niet vergelijkbaar was met een vrijgestelde instelling conform art. 10 Wet DB 1965 en;

2 de instelling ook niet vergelijkbaar was met een fbi, aangezien niet werd voldaan aan de uitdelingsverplichting uit art. 28 Wet Vpb 1969. De Finse beleggingsinstelling was wel vergelijkbaar met een fonds voor gemene rekening.

Volgens de Hoge Raad moest gekeken worden of een belanghebbende objectief vergelijkbaar is met een in Nederland gevestigde vennootschap die binnen het regime van art. 10, lid 1, Wet DB 1965 valt. Het is hierbij niet van belang hoe de baten in de andere lidstaat worden beoordeeld.

Daarnaast moet in het achterhoofd worden gehouden dat art. 10, lid 1, Wet DB 1965 is opgenomen om de subjectieve niet-onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting uit te breiden naar de voorheffing. In casu was een vergelijkbare vennootschap in Nederland wel onderworpen geweest aan vennootschapsbelasting, waardoor de Hoge Raad vond dat de belanghebbende geen beroep kon doen op art. 10 Wet DB 1965.

De Hoge Raad liet de uitspraak van het gerechtshof niet in stand.²⁵⁵ In deze uitspraak vond het gerechtshof het niet van belang dat de belanghebbende in Nederland wel zou zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting. Het Finse beleggingsfonds was in Finland niet aan vennootschapsbelasting onderworpen. Het gerechtshof oordeelde dat de dividendbelasting op de belanghebbende zou blijven drukken en dat dit in strijd was met de vrijheid van kapitaalverkeer.

9.2.6. Hof Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6483.

Er is geen schending van vrijheid van kapitaalverkeer, indien de opgelegde dividendbelasting niet verrekend kan worden doordat een beleggingsinstelling een verlies heeft geleden, terwijl indien de beleggingsinstelling geen verlies had geleden de bronbelasting wel

²⁵⁵ Hof 's-Hertogenbosch van 9 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9630.

verrekend had kunnen worden op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. In § 9.2.3. is de uitspraak in cassatie te lezen.

10. Lijst van afkortingen

Volledige naam	Afkorting
alternative Investmentfonds	AIFs
Artikel	art.
Besluit beleggingsinstellingen	BBI
besloten vennootschap	bv
De overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte	EER
Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap	EG-Verdrag
fiscale beleggingsinstelling	Fbi
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	GmbH
Hof van Justitie	HvJ
Investmentsteuergesetz	InvStG
Kapitalanlagegesellschaft	KAG
Kapitalanlagegesetzbuch	KAGB
Kapitalverwaltungsgesellschaft	KVG
naamloze vennootschap	nv
Organismen für gemeinsame Anlage in Wertpapieren	OWAGs
vrijgestelde beleggingsinstelling	vbi
Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie	WVEU
Wet inkomstenbelasting 2001	Wet IB 2001
Wet op het financieel toezicht	Wft
Wet op de dividendbelasting 1965	Wet DB 1969
Wet op de vennootschapsbelasting 1969	Wet Vpb 1969

11. Literatuurlijst

Boeken en tijdschriften:

Angsten 2015

S. Angsten, 'Germany-Domestic and Regulatory Treatment of ETFs', *Derivatives & Financial Instruments*, Volume 17, No. 1.

Baur & Tappen 2014

J. Baur & F.Tappen, *Investmentgesetze*, De Gruyter: Berlin/Munchen 2014.

Borsje 2007

P. Borsje, 'Een nieuw regime voor beleggingsinstellingen', *Forfaitair*, 2007/176.

Brandsma 2015

R.P.C.W.M. Brandsma, *Cursus Belastingrecht*, Div.bel.050 Internationale aspecten van de Wet Div.bel. 1965. (geraadpleegd op 20 mei 2015)

Fase 2008

A.A. Fase, 'Het rangordevraagstuk in derdelandenverhoudingen', *Weekblad voor Fiscaal Recht*, WFR 2008/687.

Huidink & Veldhuizen 2008

J.H. Huidink & M.W.W. Veldhuizen, 'De nieuwe afdrachtsvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen', *Maandblad Belasting Beschouwingen*, 2008/04.

Jeremba & Shahid 2014

U. Jeremba & M. Shahid, 'De samenloop van het kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging: een duidelijke afbakening tussen de vrijheden op het gebied van fiscale behandeling van dividenden', *SEW*, november 2014.

Kapteyn & Verloren van Themaar 2003

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

Kluwer in De Vakstudie vennootschapsbelasting 2015

Kluwer in De Vakstudie vennootschapsbelasting 2015, 'Wet op dividendbelasting 1965, artikel 11a', *De Vakstudie*, Aantekeningen 1.10 EU-aspecten.

Korving 2011

J.J.A.M. Korving, *Europees belastingrecht*, SDU uitgevers: Den Haag 2011.

Larking & Monteiro 2011

B.H. Larking & W.W. Monteiro 2011, 'Over de vrijheid van kapitaaverkeer en rechtvaardigingsgronden: hoe ver reikt de EU in fiscalibus?', *Maandblad Belasting Beschouwingen*, 2011/06.

Peeters 2005

B. Peeters, *Europees belastingrecht*, De Boeck & Larcier Brussel: 2005.

Schuurman & Vermeulen 2014

J.H.E. Schuurman & H. Vermeulen, 'Het regime voor de fbi in de context van de Europese staatssteunregels', *Weekblad voor Fiscaal Recht*, WFR 2014/1399.

Staatssecretaris van Financiën in Vakstudie Nieuws 2014

Staatssecretaris van Financiën, 'Nieuw besluit over de fiscale beleggingsinstelling', *Vakstudie Nieuws*, V-N 2014/13.12.

Vakstudie Nieuws, Dividendbelasting 2013

Vakstudie Nieuws, Dividendbelasting 2013, 'Overige fiscale maatregelen 2013', V-N 2013/1.13.

Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht 2014

Vakstudie Vennootschapsbelasting, 'A zaak', *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, aantekening V.4.8C.

Vakstudie Vennootschapsbelasting 2014

Vakstudie Vennootschapsbelasting 2014, 'Verhouding tot art. 11a Wet DB 1965 bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 28', *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting*, aantekening 1.6.4.

Van den Brink-van Agtmaal 2010

W.M.M. van den Brink-van Agtmaal, *Lexplicatie Wet op dividendbelasting 1965*, Deventer: Kluwer 2010.

Vermeulen 2013

H. Vermeulen, 'Gelijke behandeling van het ongelijke. Belastingheffing van individuele en collectieve belegging', *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, NTFR 2013-1844.

Vermeulen 2014

H. Vermeulen, 'De fiscale beleggingsinstelling', *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, TFO 2014/135.1.

Vermeulen 2015

H. Vermeulen, *Cursus Belastingrecht*, Vpb. 7.0.1. Het regime voor fiscale beleggingsinstellingen. (geraadpleegd op 8 mei 2015)

Woltring 2014

L. Woltring, 'Enige toezichtrechtelijke aspecten rondom fiscale beleggingsinstellingen', *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, TFO 2014/135.3.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2012/13, 33403, nr. 9.
Kamerstukken II 2007/08, 31296, nr. 3.
Kamerstukken II 2007/08, 31206, nr. 15.
Kamerstukken II 2007/08, 31206, nr. 4.
Kamerstukken II 2005/06, 30 689, nr. 3.
Kamerstukken II, 2005/06, 30533, nr. 3.
Kamerstukken I, 1989/90, 20 701, 78b.
Kamerstukken II 1989/90, 20 701, nr. 9.
Kamerstukken II 1988/89, 20 701, 6.
Kamerstukken II, 1968/69, 6000, nr. 22.

Richtlijnen

Richtlijn 1988/361/EEG.
Richtlijn 1990/435/EEG.
Richtlijn 2009/65/EC.
Richtlijn 2003/123/EG

Websites

www.bvi.de (Deutscher Fondsverband)
www.bayerninvest.de
www.europarl.europa.eu
www.europeesparlement.nl

Overige bronnen

Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.
Besluit van 18 februari 2014, nr. BLKB2014/15M.
Besluit van 22 februari 2001, CPP2000/2385.
Duitse uitvoeringsvoorschriften belastingovereenkomst Nederland-Bondsrepubliek Duitsland (staatssecretaris van Financiën)
J.C. de Jager, MvT op de Nota van Wijziging van de Wet op Financieel toezicht, 32 622.
IBFD tax research platform
Trb. 2012, 123.
Trb. 1986, 67.

12. Jurisprudentielijst

Rechbanken

Rb. Zeeland-West-Brabant 6 mei 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3332.

Rb. West-Brabant 5 maart 2013, nr. 12/00261.

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1938.

Hof Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6483.

Hof 's-Hertogenbosch van 9 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9630.

Hoge Raad der Nederlanden

HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1777.

HR 20 december 2014, ECLI:NL:HR:2013:1800.

HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:279.

HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1128.

HR 9 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2003:AH9395.

HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672.

HR 30 november 1994, nr. 30250. (BNB 1995/32)

HR 1 juni 1994, nr 28 844. (BNB 1994/260)

HR 1 oktober 1980, nr. 20043. (BNB 1980/304)

HR 6 december 1955, ECLI:NL:HR:1995:AA3105.

Noten

Noot S. Wolvers bij HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT7672.

Noot P.J. Wattel bij EFTA Hof 23 november 2004, C e-1/04 (Fokus Bank).

HvJ van de Europese Unie

HvJ 25 juni 2015, C-10/14. (Miljoen) &

HvJ 25 juni 2015, C-17/14. (Société Générale SA)

HvJ 10 juni 2015, C-686/13.

HvJ EU 13 november 2012, zaak C-35/11.(Tekst Claimants FII Group Litigation)

HvJ EU 25 oktober 2012, c-387/11. (Commissie v. Koninkrijk België)

HvJ EU 10 mei 2012, c-338/11.(Santander)

HvJ EU 20 oktober 2011, c-284/09.(Commissie v. Duitsland)
HvJ 10 februari 2011, C-436/08. (Haribo)
HvJ EU 10 februari 2011, C-437/08. (Salinen).
HvJ EU 3 juni 2010, c-487/08. (Commissie v. Spanje)
HvJ EG 19 november 2009, c-540/07.(Commissie v. Italië)
HvJ EG 18 juni 2009, zaak c-303/07. (Aberdeen)
HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-194/06. (Orange European Smallcap Fund NV)
HvJ EG 23 april 2008, zaak C-201/05. (The Test Claimants)
HvJ EG 8 november 2007, c-379/05. (Amurta)
HvJ EG 14 december 2006, zaak C-170/05.(Denkavit)
HvJ EG 12 december 2006, zaak C-446/04.(FII Group Litigation)
HvJ EG 14 november 2006, zaak C-513/04.(Kerckhaert Morres)
HvJ EG 14 september 2006, c-386/04.(Stauffer)
HvJ EG 12 september 2006, C-196/04.(Cadbury Scheppees)
HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04.(Bouanich)
HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02.(Manninen)
HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-315/02.(Lenz)
HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98.(Verkooijen)
HvJ EG 16 maart 1999, C-222/97. (Trummer & Mayer)
HvJ EG 11 augustus 1995, c-80/97.(Wielocks)
HvJ EG 14 februari 1995,C-279/93.(Schumacher)
HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90.(Bachmann)
HvJ EG 28 januari 1992, C-300/90. (Commissie v. België)
HvJ EG 28 januari 1986, C-270/83. (Avoir fiscal)
HvJ EU 20 februari 1979, zaak120/78 (Casis de Dijon)

EFTA HOF

EFTA Hof 23 november 2004, C e-1/04.(Fokus Bank)