

IBR 15.35, antwoord

Onderwerp: De inhoudingsvrijstelling dividendbelasting (art. 4-2 Wet DB 1965), de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU), de vrijheid van kapitaalverkeer (art. 63 VWEU) en het begrip 'directe investeringen' in de standstill (art. 64, lid 1 VWEU)

Datum: 2 november 2015

1. Casus

Ltd., gevestigd in 67 Awr, houdt 19,6% van de aandelen in BV, gevestigd in Nederland. Op 67 Awr worden alle 33.000 door P gehouden aandelen in BV ingekocht. Die inkoop geldt (in elk geval deels) ter amortisatie, anders dus dan ter tijdelijke belegging in de zin van art. 3-1-a Wet DB 1965.¹

Ter zake van de onderhavige inkoop is dus (in elk geval deels) dividendbelasting verschuldigd ex art. 3-1-a Wet DB 1965.

Omdat Ltd. in Nederland noch binnen de EU/EER is gevestigd, is de inhoudingsvrijstelling ex art. 4-2 Wet DB 1965 niet van toepassing.

Art. 4, lid 1 en lid 2 Wet DB 1965 luiden als volgt:

'1. Inhouding van de belasting mag achterwege blijven ten aanzien van opbrengsten van aandelen, winstbewijzen en geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, indien:

- a. de deelnemingsvrijstelling, bedoeld in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, of de deelnemingsverrekening, bedoeld in artikel 13aa van die wet, van toepassing is op de voordelen die de tot de opbrengstgerechtigde uit die aandelen, winstbewijzen en geldleningen geniet en de deelneming behoort tot het vermogen van zijn in Nederland gedreven onderneming;*
- b. de opbrengstgerechtigde en de inhoudingsplichtige deel uitmaken van dezelfde fiscale eenheid als bedoeld in artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de aandelen, winstbewijzen en geldleningen bij de opbrengstgerechtigde behoren tot het vermogen van zijn in Nederland gedreven onderneming.*

2. Inhouding van belasting blijft achterwege ten aanzien van de opbrengsten van aandelen, winstbewijzen en geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, indien:

- 1°. de opbrengstgerechtigde een lichaam is dat volgens de fiscale wetgeving van een andere lidstaat van de Europese Unie of een bij ministeriële regeling aangewezen staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte aldaar is gevestigd, en*
- 2°. de opbrengstgerechtigde op het tijdstip waarop de opbrengst ter beschikking wordt gesteld een belang in de inhoudingsplichtige heeft waarop de deelnemingsvrijstelling, bedoeld in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, of de deelnemingsverrekening, bedoeld in artikel 13aa van die wet, van toepassing zou zijn indien hij in Nederland zou zijn gevestigd.'*

Het DBV NL-67 Awr 2010 (in werking per 1 januari 2012) verzet zich evenmin tegen de onderhavige inhouding van dividendbelasting. In het DBV valt immers te lezen:

'At the signing today of the Convention between the Kingdom of the Netherlands and 67 Awr for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income (hereinafter referred to as "the Convention"), the Kingdom of the Netherlands and 67 Awr have agreed upon the following provisions, which shall form an integral part of the Convention.

¹ De kennisgroep dividendbelasting is competent voor de vraag in hoeverre in casu sprake is van inkoop ter amortisatie en/of ter tijdelijke belegging. Zie daarover onderdeel 7 van dit antwoord.

(...)

^{67 Awr} *With reference to Articles 10 and 13 of the Convention, the Netherlands treats income received in connection with the whole or partial winding-up of a company or a purchase of own shares by a company as dividends as referred to in Article 10 of the Convention and not as capital gains as referred to in Article 13 of the Convention.'*

Inkoop wordt onder het DBV NL ^{67 Awr} dus bestreken door het dividendartikel en niet door het vervreemdingswinstartikel. Dat betekent dat HR BNB 2004/123 geen beletsel vormt voor de onderhavige inhouding van dividendbelasting.²

2. Vraag

Is het in strijd met het VWEU dat de inhoudingsvrijstelling in casu toepassing mist?

3. Antwoord

Om de navolgende redenen is van strijd met het VWEU in casu geen sprake.

1. Primair: de onderhavige nationale regeling wordt exclusief bestreken door de vrijheid van vestiging. In derdelandengevallen zoals in casu kan daarop geen beroep worden gedaan. Aan toepassing van de vrijheid van kapitaalverkeer wordt in die situatie niet toegekomen;
2. Subsidiair: indien in casu moet worden getoetst aan de vrijheid van kapitaalverkeer, wordt de onderhavige belemmering, hoewel niet gerechtvaardigd, gesauveerd door de standstill ex art. 64-1 VWEU.

Zie (ten overvloede) over de betekenis van de arresten *Groupe Steria* (HvJ 2 september 2015, C-386/14) en *Finanzamt Linz* (HvJ 6 oktober 2015, C-66/14) onderdeel 5.

4. Beschouwing

Ad 1. De vrijheid van vestiging

Het is vaste jurisprudentie van het HvJ, dat een regelgeving, die zich specifiek richt op een bepaald soort rechtsverhoudingen, alleen getoetst moet worden aan de Europese regelgeving die ziet op dat soort rechtsverhoudingen. Zie de arresten *Lankhorst Hoorst* (HvJ EG, 12 december 2002, nr. C-324/00), *Cadbury Schweppes* (HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04), *Lasertec* (HvJ EG 10 mei 2007, nr. C-492/04) en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (HvJ EG 13 maart 2007, nr. C-524/04). In al deze gevallen concludeerde het HvJ dat de vragen slechts beantwoord behoeften te worden in het licht van de vrijheid van vestiging, omdat de betreffende regelgeving zich specifiek richtte op concernverhoudingen.

In de zaak *X AB* (HvJ 10 juni 2015, C-686/13) heeft het HvJ de daarin voorliggende (Zweedse) deelnemingsvrijstelling aangemerkt als een zogenoemde generieke bepaling, i.e. een bepaling waarop de vrijheid van zowel vestiging als kapitaalverkeer van toepassing kan zijn. Gelet op de feiten in die zaak concludeerde het HvJ dat aan de vrijheid van vestiging moet worden getoetst. Aangezien *X AB* een intra-EU-geval betrof maakte het in die zaak, anders dan in de onderhavige derdelandencasus, geen verschil aan welke van beide vrijheden moest worden getoetst.

Het is de vraag of het oordeel van het HvJ in de zaak *X AB* over de Zweedse deelnemingsvrijstelling (het is een generieke regeling) concludent is voor de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Het Zweedse regime lijkt immers ruimer dan het Nederlandse.

In mijn commentaar onder *X AB* in NTFR 2015/1761 heb ik daarover het volgende opgemerkt:

² Ik ga er in dat licht overigens van uit dat art. 17-3-b Wet VPB 1969 in casu niet aan de orde is.

'Welke vrijheid is in geding?

*De Zweedse regeling is van toepassing in een drietal situaties (zie r.o. 3-5). Bij niet-beursgenoteerde deelnemingen is de regeling van toepassing ongeacht de omvang van de deelneming. De regeling is dus van toepassing op zowel deelnemingen waarmee een beslissende invloed kan worden uitgeoefend als deelnemingen die zijn verworven met het uitsluitende doel om te beleggen. Het HvJ bestempelt de Zweedse regeling, afgemeten aan het voorwerp, dan ook als een generieke bepaling (r.o. 22). In intra-EU-gevallen geven de feiten alsdan de doorslag. Die feiten impliceren een 45%-belang. Het oordeel van het HvJ (de regeling moet in casu worden getoetst aan de vrijheid van vestiging) zou wat mij betreft aan kracht winnen als de zaak *Columbus Container Services BVBA & Co* (HvJ 6 december 2007, zaak C-298/05, NTFR 2007/2295, met mijn commentaar) daarbij mede in de overweging wordt betrokken. Daarin hechtte het HvJ bij de vraag of sprake is van de voor vestiging vereiste 'controle' mede betekenis aan een samenwerkende groep van aandeelhouders. Omdat de resterende 55% in handen is van de 100%-moeder van belanghebbende is hier naar mijn mening feitelijk sprake van een 100%-belang. In het licht van Nederlandse deelnemingsvrijstelling rijst mijns inziens nog wel de vraag of ook het regime van art. 13 Wet VPB 1969 als een generieke bepaling moet worden gezien. Het criterium van ten minste 5% lijkt te laag om te concluderen dat het regime van de deelnemingsvrijstelling in hoofdzaak vestiging regardeert (zie ook r.o. 21). Doel en strekking (met het 5%-criterium is beoogd om 'beleggen' te onderscheiden van 'deelnemen') zouden echter tot een andere conclusie kunnen leiden. In intra-EU-gevallen (zoals in de uitspraak van Hof Den Haag) is om het even of moet worden getoetst aan vestiging of aan kapitaalverkeer. In derdelandengevallen maakt het echter verschil of de regeling generiek is (en dus of, gelet op HvJ 13 november 2012, zaak C-35/11 (*FII-GLO-II*), NTFR 2012/2763, met commentaar van Gunn, ook aan het vrije kapitaalverkeer mag worden getoetst) of uitsluitend door de vestiging wordt bestreken.'*

5.1.2i

5.1.2i

5.1.2i

Gelet op het voorgaande valt hier primair te bepleiten dat de onderhavige regelingen (de inhoudingsvrijstelling in combinatie met de deelnemingsvrijstelling) exclusief worden bestreken door de vrijheid van vestiging.

5.1.2i

Ad 2. De vrijheid van kapitaalverkeer

- belemmering

Het feit dat de inhoudingsvrijstelling binnenlands wel maar in de onderhavige derde-landensituatie niet van toepassing is lijkt een belemmering van art. 63 VWEU op te leveren. Uit niets blijkt immers dat, ware Ltd. in NL gevestigd, de deelnemingsvrijstelling toepassing zou missen op haar belang in BV.

- (geen) rechtvaardiging

Een rechtvaardiging lijkt niet voor handen. Analoge toepassing van HR BNB 2014/81 (Zwitsers pensioenfonds, geen info-uitwisseling op basis van het toenmalige DBV NL-Zwi, dus gerechtvaardigd in verband met de bestrijding van belastingfraude en de noodzaak

om de doeltreffendheid van fiscale controles te waarborgen) lijkt niet aan de orde. Art. 25 DBV NL ^{67 Awr} voorziet in de mogelijkheid van uitwisseling van informatie.

Ingevolge art. ^{67 Awr} lid 1 en lid 2 DBV NL ^{67 Awr} wordt in ^{67 Awr} geen verrekening verleend voor de onderhavige dividendbelasting (dividenden ter zake belangen van ^{67 Awr} zijn in ^{67 Awr} vrijgesteld). De in HvJ 17 september 2015, C-10/14, 14/14 en 17/14 (de zaken X/Miljoen/SocGen) als zodanig aangemerkte rechtvaardigingsgrond van neutralisatie gaat hier dus evenmin op.

- de standstill

Resteert de vraag of deze belemmering van het vrije kapitaalverkeer (met derde landen) wordt gesauveerd door de standstill.

Meer in het bijzonder: wordt het onderhavige aandelenbelang van 19,61% in een (niet ter beurse genoteerde) vennootschap (anders dan belh. stelt⁴) bestreken door de bewoordingen 'kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen (...), vestiging' ex art. 64, lid 1, VWEU?

De kenniscgroep citeert (met enkele aanpassingen) uit het verweerschrift van ^{67 Awr} in de zaak die heeft geleid tot Hof Arnhem 14 oktober 2014, NTFR 2014/2908.

Ingeval er, niettegenstaande het hiervoor vermelde, toch sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, dient deze schending nog te worden getoetst aan artikel 64 VwEU waarin de zogenoemde standstill is neergelegd.

Artikel 64 VwEU luidt als volgt:

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

De beperking van artikel 64 VwEU geldt alleen voor een limitatief opgesomd aantal vormen van kapitaalverkeer: directe investeringen, vestiging, verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten. In het kader van het onderhavige geschil is van belang om vast te stellen of in casu sprake is van een directe investering.

Het begrip directe investering is gedefinieerd in bijlage 1 bij de Nomenclatuur van het kapitaalverkeer bedoeld in artikel 1 van de Richtlijn van de Raad van de EG van 24 juni 1988 (88/361/EEG):

In de zin van deze nomenclatuur worden, uitsluitend ten behoeve van deze richtlijn, verstaan onder:

Directe investeringen

Alle investeringen welke door natuurlijke personen of door commerciële, industriële of financiële ondernemingen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of de onderneming anderzijds, voor wie de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit. Dit begrip dient derhalve in de ruimste zin te worden opgevat.
(...)

⁴ Belanghebbende betoogt (terecht) niet dat het hier gaat om een op 31 december 1993 nog niet bestaande (of nadien in betekenisvolle mate gewijzigde) belemmering.

In het kader van de definitie van directe investeringen wijst de kennisgroep op HvJ 10 februari 2011, C-473/08 (Haribo/Salinen), r.o. 36:

36. In casu staat vast dat beide hoofdgedingen betrekking hebben op de belasting, in Oostenrijk, van dividenden die ingezeten vennootschappen ontvangen uit deelnemingen die zij aanhouden in niet-ingezeten vennootschappen en die minder dan 10 % van het kapitaal ervan bedragen. Deelnemingen van een dergelijke omvang bieden niet de mogelijkheid om een zodanige invloed op de besluiten van de betrokken vennootschappen uit te oefenen dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald.

Deze rechtsoverwegingen dienen te worden gelezen binnen de context van de regeling die aan het onderzoek van het Hof van Justitie EU is onderworpen.

De deelnemingsvrijstelling, zoals deze in de Nederlandse wetgeving is opgenomen (art. 13 Wet VPB 1969), kent een vrijstelling voor deelnemingen van 5% en groter. Als ratio voor deze vrijstelling wordt wel de verlengstukgedachte genoemd, alle winsten in het verlengde van de activiteiten van de belastingplichtige worden slechts éénmaal getroffen met een winstbelasting). Die heffing geschiedt dan bij de primaire winstgenieter en niet meer bij de volgende (vennootschappelijke) schakel(s). Voor deelnames onder de 5% wordt er van uit gegaan dat er sprake is van portfoliodividenden waarbij de verlengstukgedachte niet opgaat.

In Haribo/Salinen, r.o. 137 concludeert het HvJ:

'137. Als directe investeringen kunnen volgens de rechtspraak niet worden beschouwd deelnemingen in een vennootschap die niet worden genomen teneinde duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven tussen de aandeelhouder en de betrokken vennootschap en de aandeelhouder niet de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap (arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 196). Aangezien de in het kader van deze vraag onderzochte wettelijke regeling alleen ziet op deelnemingen van minder dan 10 % van het vennootschapskapitaal van de uitkerende vennootschap, valt zij niet binnen de materiele werkingssfeer van artikel 64, lid 1, VWEU.'

Naar de mening van de kennisgroep kan dit niet anders worden gelezen dan dat de werking van de standstill van artikel 64, lid 1 VwEU, gelet op de Oostenrijkse regeling die kennelijk enkel bedoeld is voor portfoliodividenden, niet toepasbaar is op de aldaar belaste kapitaalstroom.

Bedacht moet worden dat de Oostenrijkse wetgeving ook een deelnemingsvrijstelling kent, alleen geldt hiervoor een aandeelhouderspercentage van ten minste 10%. De regelgeving, die het onderwerp was van de zaak Haribo/Salinen was een regelgeving, voorziet in een verrekeningsrecht voor participaties van minder dan 10%.

De Oostenrijkse regelgeving maakt dus een onderscheid tussen participaties van minder dan 10%, waarvan het Hof van Justitie EU zegt dat dit in principe geen directe investeringen zijn, en participaties van ten minste 10%. Aangenomen moet worden dat het Hof van Justitie EU van een dergelijke regeling zal zeggen dat deze zich in principe richt op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of de onderneming anderzijds, dus op directe investeringen.

Voor de Nederlandse dividenden geldt de deelnemingsvrijstelling voor participaties vanaf 5%, met (tot 2007) zelfs nog de mogelijkheid voor specifieke participaties van minder dan 5%, mits ondernemings-gerelateerd. Afgezien van dit afwijkende percentage maakt de Nederlandse regelgeving een onderscheid dat vergelijkbaar is met de Oostenrijkse

regelgeving: een deelnemingsvrijstelling voor participaties waarbij een duurzame en directe betrokkenheid verondersteld wordt en een beperktere (of geen) tegemoetkoming voor situaties waarin geen duurzame en directe betrokkenheid verondersteld wordt.

Belanghebbendes betoog komt er enerzijds op neer dat, ware Ltd. gevestigd in Nederland, de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou zijn op haar 19,6%-belang in BV, maar anderzijds dat dit belang niet kwalificeert als directe investering (noch als 'vestiging'). Dat betoog lijkt innerlijk tegenstrijdig.

Los daarvan valt moeilijk vol te houden dat het onderhavige belang van 19,6% moet worden gerekend tot 'deelnemingen in een vennootschap die niet worden genomen teneinde duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven tussen de aandeelhouder en de betrokken vennootschap en de aandeelhouder niet de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap'.

De mate waarin gedurende de bezitsperiode al dan niet is gebruikgemaakt van de mogelijkheid om deel te nemen in het bestuur (volgens de indiener heeft Ltd., 67 Awr etc.) zelfs nooit 67 Awr deelgenomen aan de aandeelhoudersvergaderingen van BV) is daartoe naar de mening van de kennisgroep irrelevant.

5. De impact van de arresten Groupe Steria en Finanzamt Linz

Ingevolge art. 4-1-b Wet DB 1965 is de inhoudingsvrijstelling (binnenlands) ook van toepassing als de opbrengstgerechtigde en de inhoudingsplichtige deel uitmaken van dezelfde fiscale eenheid.

Omdat Ltd. slechts 19,6% van de aandelen in BV bezit kan de in bovenvermelde arresten neergelegde per-aspect-benadering (hoever die voor Nederland ook reikt) Ltd/BV in casu niet baten.

Dat argument zal in derdelandengevallen overigens hoe dan ook niet slagen, omdat het bij de per-aspect-benadering in het licht van het FE-regime steeds zal draaien om de vrijheid van vestiging en die werkt in derdelandengevallen niet.

6. Conclusie

Volgens de kennisgroep IBR/winst levert de onderhavige inhouding van dividendbelasting geen strijd op met het VWEU.

7. Amortisatie/tijdelijke belegging: kennisgroep dividendbelasting

De vraag of in casu sprake is van inkoop ter amortisatie dan wel ter tijdelijke belegging (dan wel beiden voor een deel) is kort voorgelegd aan de kennisgroep dividendbelasting.

Namens de kennisgroep is daarover desgevraagd opgemerkt:

'Voor wat betreft de dividendbelasting sla ik met name aan op de inkoop ter tijdelijke belegging. Zoals ^{5.1.2a} in zijn preadvies terecht aangeeft is ter amortisatie de hoofdregel en is slechts bij hoge uitzondering sprake van inkoop ter tijdelijke belegging. Het doorslaggevende criterium volgens de HR (BNB 1957/20, BNB 1962/60 en BNB 2005/367) is of "de ingekochte aandelen voor belanghebbende het karakter hadden van verhandelbare effecten, zodat zij hun waarde behielden en als zodanig in het vermogen van belanghebbende een plaats innamen onder de activa. In economisch opzicht kwamen de aandelen geenszins overeen met aandelen in portefeuille". Voor verhandelbaarheid wordt met name een beursnotering of het voornemen daartoe als

criterium gehanteerd. Daar is hier geen sprake van. Wat mij betreft zou 5.1.2e voor alle 33.000 aandelen inkoop ter amortisatie kunnen stellen en na kunnen heffen.'

Namens de kennisgroep IBR/winst.

5.1.2e

2 november 2015.