



Aan

Kennisgroep Dividendbelasting

notitie

Aanleiding

Op 17 Augustus 2012 is met het tweede amendement van het Belastingplan voor het jaar 2012 in Frankrijk de contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés ingevoerd. Dit is een additionele heffing van 3% op dividenden alsmede 'deemed dividends' uitgekeerd door vennootschappen onderworpen aan de Franse vennootschapsbelasting (hierna: Franse 3%-heffing).

67 Awr doet een verzoek om de afdrachtvermindering ex. art. 11a(1) Wet Div.belasting 1965 en van belang is of de Franse 3%-heffing kwalificeert als vennootschapsbelasting of bronbelasting. Deze kwalificatie van de Franse 3%-heffing speelt daarnaast ook een rol bij de casus 67 Awr

Vraag

In de casus van 67 Awr speelt de vraag of de Franse 3%-heffing voor de toepassing van art. 11a, lid 1 Wet Div.belasting 1965 als een buitenlandse bronheffing kan worden aangemerkt en daarmee in mindering kan komen op de af te dragen Nederlandse dividendbelasting. De KG Dividendbelasting heeft deze vraag voorgelegd aan IZV.

Kern

Voor de toepassing van art. 11a, lid 1 Wet Div.belasting 1965 kan met verwijzing naar jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ), worden gesteld dat voor het aanmerken van een buitenlandse belasting als een buitenlandse bronheffing de volgende drie criteria van belang zijn:

1. Het belastbare feit wordt gevormd door de uitkering van dividenden of elke andere opbrengst van waardepapieren;
2. De belastinggrondslag is de opbrengst van de waardepapieren; en
3. De belastingplichtige is de houder van de waardepapieren.

Directie Internationale
Zaken en
Verbruiksbelastingen

Inlichtingen

	5.1.2e
T	5.1.2e
F	5.1.2e
	5.1.2e
T	5.1.2e
F	5.1.2e
	5.1.2e @minfin.nl

Datum

14 juli 2015

Auteur

5.1.2e

In overeenstemming met

5.1.2e

Kopie aan

- Directie Algemene Fiscale Politiek (Europese en Douane Aangelegenheden)
- Directie Directe Belastingen (Winst)
- Kennisgroep IBR

Omdat in casu de Franse 3%-heffing wordt ingehouden van de uitkerende vennootschap (en niet van de aandeelhouder) en niet wordt voldaan aan het derde criterium, kan worden geconcludeerd dat er geen sprake is van een buitenlandse bronheffing. Dit heeft tot gevolg dat de afdrachtvermindering van art. 11a, lid 1 Wet Div.belasting 1965 niet van toepassing is en de Franse 3%-heffing niet in mindering kan komen op de Nederlandse dividendbelasting.

Toelichting

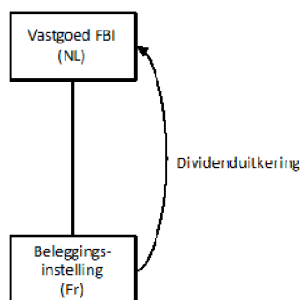
0. Inhoudsopgave

1. Feiten en omstandigheden
2. De Afdrachtvermindering art. 11a Wet Div.belasting 1965
 - 2.1 Algemeen
 - 2.2 'Ten laste van'-criterium art. 11a Wet Div.belasting 1965
 - 2.3 Het begrip buitenlandse bronheffing art. 11a Wet Div.belasting 1965
 - 2.3.1 Nationaal niveau: Surtax en art. 11 Wet Div.belasting 1965
 - 2.3.2 EU niveau: Jurisprudentie Hof van Justitie
 - 2.3.3 Internationaal niveau: OESO-Modelverdrag
3. Conclusie
 - 3.1 De Franse 3%-heffing en de afdrachtvermindering
 - 3.2 Gevolgen
 - 3.3 Gevolgen

67 Awr

1. Feiten en omstandigheden

De structuur van 67 Awr kan vereenvoudigd als volgt worden weergegeven:



67 Awr is een in Nederland gevestigde (vastgoed)FBI die dividenden ontvangt van een in Frankrijk gevestigde vennootschap (beleggingsinstelling). Op deze dividenden is de Franse 3%-heffing ingehouden. Kenmerken van deze Franse 3%-heffing zijn¹:

- Franse en buitenlandse lichamen die onderworpen zijn aan de Franse Vpb, zijn ook onderworpen aan de 3%-heffing; de heffing vormt in de Franse visie een verhoging van de Vpb;
- De heffing wordt toegepast op uitgekeerde dividenden (dit is de grondslag voor de heffing), ongeacht of de dividenden worden uitgekeerd aan inwoners van Frankrijk of aan niet-inwoners;
- Naast deze heffing is inhouding van Franse dividendbelasting (ten laste van de ontvanger van het dividend) gewoon mogelijk; als Franse dividendbelasting wordt geheven, wordt de 3%-heffing toegepast op de brutodividenden vóór inhouding van de Franse dividendbelasting;

¹ Deze kenmerken zijn ontleend aan de informatie die is verkregen van de Franse fiscale attaché 5.1.2e

- Betaling van de 3%-heffing dient te geschieden tegelijk met de eerste vooruitbetaling van de Vpb, in de maand die volgt op de uitkering van het dividend;
- Als niet tijdig wordt betaald, gelden dezelfde sancties als voor de Vpb (rentebetaling en boete);
- De 3%-heffing is niet aftrekbaar van de Vpb-winst;
- Doel van de 3%-heffing is tweeledig:
 1. compenseren van verlies van opbrengst voor de Staat als gevolg van afschaffing van de inhouding op opbrengst uitgedeeld aan buitenlandse beleggingsvehikels; en
 2. een verschillende heffing introduceren voor Vpb-lichamen al naargelang zij hun winst herinvesteren of uitkeren. De maatregel zou ertoe moeten leiden dat ondernemingen hun winst vasthouden en zo hun investeringscapaciteit verbeteren door zelffinanciering en daarmee het eigen vermogen verbeteren.

2. De Afdrachtvermindering art. 11a Wet Div.belasting 1965

2.1 Algemeen

Een specifiek element in de dividendbelasting voor de FBI is de zogenoemde afdrachtvermindering. De voorloper van deze bepaling is de teruggaafregeling van art. 10, lid 2 Wet DB (oud), die tot 2008 de voorkoming van de economische dubbele belastingheffing ten aanzien van de dividendbelasting voor FBI's regelde.

Per 1 januari 2008 is de teruggaafregeling afgeschaft en vervangen door de afdrachtvermindering. De reden van deze wijziging ligt in de angst voor verlies van de Nederlandse belastingclaim op Nederlandse bronnen, omdat vanaf 1 augustus 2007 ook in het buitenland gevestigde vennootschappen in aanmerking kunnen komen voor het FBI-regime.² Hierdoor kregen buitenlandse FBI's ongelimiteerd recht op teruggaaf van ingehouden Nederlandse dividendbelasting, terwijl deze vennootschappen tegelijkertijd geen vennootschapsbelasting in Nederland verschuldigd zijn en niet onderworpen zijn aan Nederlandse dividendbelasting bij uitkering van hun winst

Ter vervanging van de teruggaafregeling is met ingang van 1 januari 2008 de afdrachtvermindering van art. 11a Wet Div.belasting 1965 ingevoerd.³ De afdrachtvermindering komt in essentie erop neer dat de FBI bij de afdracht van de door haar verschuldigde dividendbelasting een vermindering mag toepassen ter grootte van de som van de dividendbelasting en de buitenlandse bronbelasting die is ingehouden op de beleggingsopbrengsten.⁴

2.2 'Ten laste van'-criterium art. 11a Wet Div.belasting 1965

De afdrachtvermindering van art. 11a Wet Div.belasting 1965 kan worden verleend voor een buitenlandse bronheffing die 'ten laste van' de FBI is ingehouden. Dit impliceert naar onze mening dat de FBI als aandeelhouder de belastingplichtige voor de bronbelasting moet zijn. Aangezien bij de Franse 3%-heffing de uitkerende vennootschap de belastingplichtige is, kan ons inziens geen beroep worden gedaan op de afdrachtvermindering van art. 11a Wet Div.belasting 1965.

2.3 Het begrip buitenlandse bronheffing art. 11a Wet Div.belasting 1965

Daarnaast is het voor de afdrachtvermindering van art. 11a Wet Div.belasting 1965 van belang dat er sprake is van een buitenlandse bronbelasting. Wat moet

² Kamerstukken II 2007/08, 31 206, nr. 3.

³ Wet van 20 december 2007, *Stb.* 2007, 563 (Overige fiscale maatregelen 2008).

⁴ Voor een aantal voorbeelden van de afdrachtvermindering voor FBI's wordt verwezen naar J.M.J. Hendrikx en A.H.A. van Oostrom, Knelpunten bij de gewijzigde teruggaafregeling dividendbelasting voor vrijgestelde aandeelhouders in fiscale beleggingsinstellingen, *WFR* 2008/373.

worden verstaan onder 'buitenlandse bronheffing' wordt in de Wet Div.belasting 1965 niet nader gedefinieerd. Voor de uitleg van dit begrip wordt daarom in de volgende paragrafen gekeken naar de jurisprudentie van de Hoge Raad, de jurisprudentie van het HvJ en het OESO-Modelverdrag.

2.3.1 Nationale niveau: Surtax en art. 11 Wet Div.belasting 1965

De Surtax in Nederland

De surtax hield in dat tijdens de periode 1 januari 2001 tot en met 31 december 2005 20% additionele belasting werd geheven over het totaalbedrag van de in een kalenderjaar verrichte winstuitdelingen, voorzover dit totaalbedrag een bepaalde grens overschreed.⁵ Deze heffing was bedoeld om excessieve dividenduitkeringen na invoering van de Wet IB 2001 te voorkomen.

In de parlementaire geschiedenis van de surtax is opgemerkt dat de surtax geen bronbelasting is. Hierbij is van belang dat de surtax wordt geheven ten laste van de uitdelende vennootschap en niet ten laste van de aandeelhouders.

Kamerstukken II 1999/2000, 26 728, nr. 6, blz. 18

De additionele heffing heeft het karakter van vennootschapsbelasting en wordt geheven ten laste van de uitdelende vennootschap. Er is geen heffing ten laste van de aandeelhouders. De heffing heeft ook niet het karakter van een bronbelasting. De Moeder Dochterrichtlijn heeft betrekking op de heffing van winstbelasting door de Lidstaat van de aandeelhouder dan wel de inhouding van bronbelasting ten laste van de aandeelhouders. Een heffing ten laste van de uitdelende vennootschap valt niet onder de reikwijdte van die richtlijn. De additionele heffing wordt niet geheven ten laste van buitenlandse aandeelhouders. Om deze reden wordt de heffing van de additionele vennootschapsbelasting ook niet gelimiteerd door de belastingverdragen.

Kamerstukken I 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 202a, blz. 97

Bij de heffing van de additionele vennootschapsbelasting is dit laatste niet het geval. De additionele vennootschapsbelasting wordt geheven ten laste van de uitdelende vennootschap zelf en niet van de aandeelhouder. Daarom valt de heffing naar onze mening niet onder de reikwijdte van de moeder-dochterrichtlijn. De leden vragen voorts hoe bovenstaand standpunt zich verhoudt tot het standpunt dat is ingenomen in het Verslag van de Commissie van de verzoekschriften (Fiscaal-up-to-date 1999-1597). Het betrof een situatie waarin in België woonachtige aandeelhouders van hun in Nederland gevestigde BV een dividenduitkering ontvingen. Op grond van het belastingverdrag met België kon Nederland in dat geval een heffing opleggen aan de aandeelhouders, die op grond van de Nederlandse wetgeving vormgegeven zou worden als een aanslag vennootschapsbelasting. Een dergelijke heffing werd echter op grond van de moederdochterrichtlijn niet mogelijk geacht. Het essentiële verschil van die casus met het onderhavige vraagstuk is, dat de aanslag in dat geval werd Opgel egd aan de aandeelhouders en niet aan de uitdelende vennootschap. Er was dus wel sprake van een belastingheffing ten laste van de aandeelhouder, die, hoewel geen sprake was van een bronheffing, toch naar de geest van de moeder-dochterrichtlijn onder de reikwijdte die richtlijn zou vallen.

Art. 11 Wet Div.belasting 1965 en Hoge Raad 12 juli 2013, BNB 2013/225

Ook in het kader van art. 11 Wet Div.belasting 1965 is al eerder verduidelijking gegeven wat onder buitenlandse bronheffingen moet worden verstaan.⁶ Zo was

⁵ Invoeringswet Wet Inkomstenbelasting 2001, Hoofdstuk 2 (Overgangsrecht), Artikel IV (Overgangsrecht vennootschapsbelasting, Onderdeel B.

⁶ J.H. Huidink en M.W.W. Veldhuizen, De nieuwe afdrachtvermindering voor fiscale beleggingsinstellingen, *MBB* 2008/04. Zie in de kader ook *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie*, artikel 11 Wet op de Dividendbelasting 1965, aantekeningen 2.1.1.

er beleid dat door Hongarije en een door Turkije geheven aanvullende belasting over de uitkering van winst voor de toepassing van art. 11 Wet Div.belasting 1965 moest worden beschouwd als een bronbelasting.⁷ De Income Tax on Distributed Profits in India en de Secondary Tax on Companies in Zuid-Afrika daarentegen werden niet gezien als een bronheffing.⁸

Daarnaast is de zaak met betrekking tot de 5% Britse bronbelasting op dividenden die administratief wordt verrekend met een 'tax credit' van belang.⁹ In deze zaak heeft eerst rechtbank Haarlem zich over het standpunt van de verweerder gebogen dat geen sprake is van een buitenlandse bronheffing, omdat de in het Verenigd Koninkrijk betaalde belasting niet bij wege van inhouding door de dochtermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk wordt geheven.¹⁰ Met inachtneming van doel en strekking van artikel 11, lid 1, onderdeel 2° Wet Div.belasting 1965, oordeelt de rechtbank dat de Britse income tax die door de ontvanger van het dividend wordt voldaan, moet worden aangemerkt als een bronbelasting. Hierbij wordt tevens een verwijzing gemaakt naar jurisprudentie van het HvJ.¹¹

4.10 Gezien het doel van de dooruitdelingskorting met betrekking tot dividenden uit verdragslanden, kan de wetgever niet bedoeld hebben om een belasting die de bronstaat volgens het toepasselijke verdrag mag heffen, maar die niet geheven wordt bij wijze van inhouding aan de bron, te hebben willen diskwalificeren.

4.11 De rechtbank wijst er nog op dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in vaste jurisprudentie met betrekking tot de term 'bronbelasting' in artikel 5 van de moeder-dochterrichtlijn (Richtlijn 90/435/EEG van 23 juli 1990, gewijzigd bij Richtlijn 2003/123/EG van 22 december 2003) evenmin onderscheid maakt tussen belastingen die ingehouden worden aan de bron en belastingen die op andere wijze geheven worden. Zie het arrest HvJEG van 25 september 2003, zaak C 58/01, Océ van der Grinten, het antwoord op de eerste prejudiciële vraag en de voorafgaande overwegingen 46 en 47 (gevolgd door HvJEG 8 juni 2000, Epson Europe, zaak C 375/98, overwegingen 22 en 23, HvJEG 4 oktober 2001, zaak C 294/99, Athinaiki Zythopoiia AE, overweging 26-29, en HvJEG 24 juni 2010, zaken C 338/08 en C 339/08, Ferrero, overwegingen 25 en 26).

4.12 De onderhavige 'income tax' wordt weliswaar niet ingehouden door het lichaam dat het dividend uitkeert, maar wordt door de Britse belastingdienst HMRC verrekend bij de uitkering van het belastingkrediet. Uit het hiervoor overwogene volgt dat ook een door middel van een aanslag of op nog andere wijze geheven belasting erkend moet worden als bronbelasting voor de toepassing van de dooruitdelingskorting."

De Hoge Raad volgt rechtbank Haarlem en geeft voorts aan dat in artikel 11, lid 1, onderdeel 2° Wet Div.belasting 1965 verwijst naar bronbelasting die is "ingehouden" hieraan niet af doet. Er bestaat geen aanleiding om "aan die bepaling een andere betekenis toe te kennen dan dat door de bronstaat een belasting moet zijn geheven die in mindering is gekomen op de opbrengst van het aandelenbelang".

⁷ Besluit staatssecretaris van Financiën 1 juli 1997, nr. IFZ 97/333, BNB 1997/318 en Besluit staatssecretaris van Financiën, nr. IFZ 96/1429M, V-N 1996/4833. Beide besluiten zijn inmiddels ingetrokken.

⁸ Mededeling staatssecretaris van Financiën 22 juni 1998, nr. IFZ 98/644, V-N 1998/34.10 en Besluit staatssecretaris van Financiën 4 april 1996, nr. IFZ 96/94U.3, V-N 1996/1513, 11. Besluit is inmiddels ingetrokken.

⁹ Hoge Raad 12 juli 2013, BNB 2013/225.

¹⁰ Rechtbank Haarlem, 28 januari 2011, V-N 2011/42.1.5.

¹¹ Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat naar onze mening aan het derde criterium dat is gevormd door het HvJ is voldaan, omdat de ontvanger van de dividenden de belastingplichtige is van de Britse income tax.

2.3.2 EU niveau: Jurisprudentie Hof van Justitie

Hof van Justitie 8 juni 2000, C-375/98 (Epson)

In de zaak *Epson* moest het HvJ zich voor het eerst uitlaten over de vraag of een belastingheffing als een bronbelasting kon worden aangemerkt. Deze zaak betrof de 5% Portugese successie- en schenkingsrechten bij de overdracht om niet van aandelen van vennootschappen, die bij elke winstuitkering worden geheven over dividenden uitgekeerd door in Portugal gevestigde vennootschappen. Het HvJ beslist uiteindelijk dat de 5% Portugese successie- en schenkingsrechten moet worden beschouwd als een bronbelasting waarop de Moeder-dochterrichtlijn van toepassing is en neemt hierbij een drietal criteria in beschouwing:

1. Het belastbare feit wordt gevormd door de uitkering van dividenden of elke andere opbrengst van waardepapieren;
2. De belastinggrondslag is de opbrengst van de waardepapieren; en
3. De belastingplichtige is de houder van de waardepapieren.

Deze drie criteria vloeien voort uit de volgende rechtsoverweging:

23. Immers, uit de verwijzingsbeschikking en uit de krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG ingediende opmerkingen volgt, dat de ISD een bronbelasting is, en dat het belastbare feit de uitkering van dividenden of elke andere opbrengst van waardepapieren is, dat de grondslag van die belasting de opbrengst daarvan is en dat de belastingplichtige de houder van die waardepapieren is.

Hof van Justitie 4 oktober 2001, C-294/99 (Athinaiki Zythopoiia)

De zaak *Athinaiki* ging over een Griekse dochtermaatschappij die winst uitkeert aan een in Nederland gevestigde moedermaatschappij. In Griekenland werden bepaalde winsten vooralsnog vrijgesteld van belastingheffing en gereserveerd in een zogenoemde besmette reserve. Pas op het moment dat en voorzover er dividend werd uitgekeerd uit deze reserve was belanghebbende alsnog vennootschapsbelasting verschuldigd.

Het HvJ beoordeelt wederom aan de hand van de objectieve kenmerken dat er sprake is van een bronbelasting. Allereerst wordt aangegeven dat het belastbare feit ook nu de uitkering van dividend is. Bovendien is de belastingheffing rechtstreeks gekoppeld aan de omvang van de gedane uitkering. Opvallend is dat het HvJ niet verder in gaat op het derde criterium (i.e. de belastingplichtige is de houder van de waardepapieren). Het HvJ lijkt hiermee een meer economische benadering gekozen te hebben. Van belang is dan op wie de belastingheffing in essentie drukt. Het derde criteria lijkt hiermee in betekenis af te nemen.

Hof van Justitie 28 september 2003, C-58/01 (Océ van der Grinten)

In de zaak *Océ* kwam de vraag aan de orde of een bronbelasting op een belastingcredit die werd geheven door de lidstaat van de dochtervennootschap en die samenhang met de winstuitkering door deze dochter, als een bronbelasting in de zin van art. 5 van de Moeder-dochterrichtlijn moest worden beschouwd. Aangezien de betaling van de belastingcredit door de lidstaat geen winstuitkering door de dochtervennootschap is, maar een belastingteruggave door de autoriteiten van de dochterstaat, valt deze heffing volgens het HvJ niet onder de Moeder-dochterrichtlijn. In casu is er dus geen sprake van bronbelasting, omdat aan het eerste criterium (i.e. het belastbare feit wordt gevormd door de uitkering van dividenden of elke andere opbrengst van waardepapieren) niet wordt voldaan.

Hof van Justitie 12 december 2006, C-446/04 (FII GLO)

In de zaak *FII GLO* verwijst het HvJ naar de drie eerder genoemde arresten en geeft in de onderstaande rechtsoverweging de volgende definitie van

bronbelasting. In deze definitie wordt expliciet verwezen naar de drie vereisten, inclusief het vereiste dat de belastingplichtige de houder is van de waardepapieren. Volgens Terra en Wattel wordt deze zaak beschouwd als "tacitly correcting its earlier Athinaiki Zythopoiia case".¹²

109 Het begrip „belasting aan de bron” moet in de context van artikel 6 van richtlijn 90/435 eender worden uitgelegd. Een „belasting aan de bron” in de zin van dat artikel is dus elke belastingheffing op inkomsten die een moedermaatschappij verwerft van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming, ter zake van de uitkering van dividenden of elke andere opbrengst van waardepapieren, waarbij de grondslag van die belasting de opbrengst van de waardepapieren en de belastingplichtige de houder van die waardepapieren is.

In de betreffende zaak werd de geheven ATC niet als bronbelasting in strijd met de Moeder-dochterrichtlijn beschouwd. De Britse Advanced Corporation Tax (ATC) werd namelijk geheven wegens de uitkering van dividenden van een vennootschap aan haar aandeelhouders (en niet wegens ontvangst van dividenden). Naar onze mening wordt hiermee aan het derde criterium niet voldaan.

Hof van Justitie, 26 juni 2008, C-284/06 (Burda)

De zaak *Burda* betrof een Duitse vennootschap Burda GmbH die winsten uitkeerde aan haar Duitse en Nederlandse moedermaatschappij. Ook hier speelde de vraag of de belasting op de uitgekeerde winst een bronbelasting vormt die verboden is volgens de Moeder-dochterrichtlijn. Omdat in casu de aandeelhouder niet de belastingplichtige is, besliste het HvJ dat er geen sprake was van een bronbelasting. Deze zaak maakt duidelijk dat voor de definitie 'bronbelasting' cumulatief aan alle de drie vereisten moet worden voldaan. Met deze verwijzing naar de onderstaande rechtsoverweging zijn Terra en Wattel van mening dat "the Court in guarded terms admitted having made a mistake in Athinaiki Zythopoiia".¹³

61. Om te beginnen zij vastgesteld dat uit de rechtspraak na het reeds aangehaalde arrest Athinaiki Zythopoiia blijkt dat het Hof als voorwaarde voor het begrip 'bronbelasting' in de zin van artikel 5, lid 1 artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435 vasthoudt aan de voorwaarde dat de belastingplichtige houder van de waardepapieren moet zijn (zie reeds aangehaalde arresten Océ van der Grinten, punt 47, en Test Claimants in the FII Group Litigation, punt 108).

Hof van Justitie, 24 juni 2010, C-338/08 (Ferrero) en C-339/08 (General Beverage)

In de gevoegde zaken *Ferrero* en *General Beverage* ging het om de vraag of de inhouding van de 5% die de Italiaanse belastingadministratie toepast op de teruggaaf van de „maggiorazione di conguaglio” door Italiaanse vennootschappen aan hun Nederlandse moedermaatschappijen een verboden bronbelasting in de zin van de Moeder-dochterrichtlijn vormt. In de onderstaande rechtsoverweging wordt de bestaande jurisprudentie door het HvJ als volgt samengevat.

26. Dienaangaande volgt uit vaste rechtspraak dat elke belastingheffing op inkomsten verworven in de staat waar de dividenden worden uitgekeerd, ter zake van uitkering van dividend of elke andere opbrengst van waardepapieren, waarbij de grondslag van die belasting de opbrengst van de waardepapieren en

¹² B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Fiscale handboeken, nr. 10), Deventer: Kluwer 2011, par. 9.6.3.

¹³ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Fiscale handboeken, nr. 10), Deventer: Kluwer 2011, par. 9.6.3.

de belastingplichtige de houder van die waardepapieren is, een bronbelasting op winstuitkering in de zin van artikel 5, lid 1, van de richtlijn vormt (zie met name arrest Océ van der Grinten, reeds aangehaald, punt 47, en arrest van 26 juni 2008, Burda, C-284/06, Jurispr. blz. I-4571, punt 52).

Ook hier wordt weer expliciet verwezen naar de drie criteria. In deze zaak was het tweede criterium (i.e. grondslag van de belasting is de opbrengst van de waardepapieren) in het geding. Uiteindelijk verwees het HvJ de zaak door naar de Italiaanse rechter om te onderzoeken of de 'maggiorazione di conguaglio' al dan niet van fiscale aard is.

Lopende procedure Fairness Tax

In juli 2013 is in België de fairness tax ingevoerd. Deze belasting betreft een afzonderlijke aanslag van 5,15% geheven van de winsten uitgekeerd door Belgische vennootschappen of vaste inrichtingen die niet effectief belast worden als gevolg van de toepassing van aftrek voor risicokapitaal of overgedragen verliezen. Een kenmerk van deze heffing is dat de uitkerende vennootschap de belastingplichtige is.

In januari 2014 is bij het Belgische Grondwettelijk Hof een beroep ingediend om de fairness tax te vernietigen. In het tussenarrest van 28 januari 2015 heeft het Belgische Grondwettelijk Hof beslist om drie prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ, waaronder de vraag of de fairness tax in strijd is met de Moeder-dochterrichtlijn.¹⁴

België had reeds bij de invoering ervan de fairness tax voorgelegd aan de Europese Commissie die de verenigbaarheid met de Europese regelgeving zou onderzoeken. De Europese Commissie heeft laten weten dat zij de fairness tax niet onverenigbaar achten met de Moeder-dochterrichtlijn.¹⁵ Het HvJ is niet verplicht deze visie van de Europese Commissie te volgen en het is uiteindelijk afwachten hoe het HvJ zal beslissen op de voorgelegde prejudiciële vragen.

2.3.3 Internationaal niveau: OESO-Modelverdrag

In het OESO-Modelverdrag wordt niet nader ingegaan wat onder een 'buitenlandse bronheffing' moet worden verstaan. In dat geval is op basis van artikel 3, lid 2 van het OESO-Modelverdrag de betekenis volgens de nationale belastingwetgeving van de staten van belang, tenzij de context van het verdrag anders vereist.

Ook in Artikel 10 (Dividenden) van het OESO-Modelverdrag is te zien dat de belastingwetgeving van de bronstaat van belang is voor wat onder een 'buitenlandse bronheffing' moet worden verstaan.

However, dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State (...)

Daarnaast benadrukt het commentaar bij Artikel 10 (Dividenden) van het OESO-Modelverdrag dat de heffing van de bronheffing wordt overgelaten aan de nationale wetgeving van de betreffende staat.

18. Paragraph 2 lays down nothing about the mode of taxation in the State of source. It therefore leaves that State free to apply its own laws and, in

¹⁴ Belgische Grondwettelijk Hof Arrest 28 januari 2015, nr. 11/2015. Zie <http://www.const-court.be/public/n/2015/2015-011n.pdf>. HvJ EU C-68/15.

¹⁵ IBFD News 3 March 2015, European Commission: Belgian Fairness Tax not incompatible with Parent Subsidiary Directive – erratum als correctie op IBFD News 27 February 2015, European Commission: Belgian Fairness Tax incompatible with Parent Subsidiary Directive and TFEU freedoms.

particular, to levy the tax either by deduction at source or by individual assessment.

3. Conclusie

3.1 De Franse 3%-heffing en de afdrachtvermindering

Bij de afdrachtvermindering van art. 11a Wet Div.belasting 1965 moet het gaan om een bronbelasting 'ten laste van' de FBI is ingehouden. Dit impliceert naar onze mening dat de FBI als aandeelhouder de belastingplichtige voor de bronbelasting moet zijn. Aangezien bij de Franse 3%-heffing de uitkerende vennootschap de belastingplichtige is, kan ons inziens om die reden al geen beroep worden gedaan op de afdrachtvermindering.

Daarnaast is het voor de afdrachtvermindering van art. 11a Wet Div.belasting 1965 van belang dat er sprake is van een buitenlandse bronbelasting. In de Wet Div.belasting 1965 en het OESO Modelverdrag wordt de term 'buitenlandse bronheffing' niet nader gedefinieerd. Wel is tijdens de parlementaire behandeling van de surtax opgemerkt dat een bronheffing wordt geheven van de aandeelhouder en niet van de uitdelende vennootschap. Daarnaast is in het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, BNB 2013/225 te zien dat bij verduidelijking wat onder buitenlandse bronheffingen moet worden verstaan verwezen wordt naar jurisprudentie van het HvJ.

Op basis van de bovengenoemde arresten van het HvJ kan worden geconcludeerd dat het HvJ een zelfstandige, economische en onafhankelijke betekenis aan de term 'bronbelasting' heeft toegekend. Niet relevant is hoe de belasting wordt genoemd of wat de classificatie van de belasting in de nationale wetgeving is. Volgens het HvJ is een bronbelasting bedoeld in de Moeder-dochterrichtlijn iedere belasting die voldoet aan de volgende drie criteria:

1. Het belastbare feit wordt gevormd door de uitkering van dividenden of elke andere opbrengst van waardepapieren;
2. De belastinggrondslag is de opbrengst van de waardepapieren; en
3. De belastingplichtige is de houder van de waardepapieren.

In geval van de Franse 3%-heffing wordt aan de eerste twee criteria voldaan. Zoals bij de feiten en omstandigheden wordt genoemd, wordt de 3% geheven ter zake van uitgekeerde dividenden. Deze dividenden vormen ook de grondslag van de Franse 3%-heffing.

De centrale vraag bij de Franse 3%-heffing is of ook het derde criterium van toepassing is. Op basis van de zaak *Athinaiki* kan gesteld worden dat dit criterium economische benaderd moet worden.¹⁶ Omdat de Franse 3%-heffing in essentie drukt op de aandeelhouder en de aandeelhouder in essentie kan worden beschouwd als de belastingplichtige zou ook aan het derde criterium van toepassing kunnen zijn. Met deze economische benadering lijkt het derde criteria nauwelijks betekenis te hebben.

Echter, deze zienswijze lijkt op basis van latere jurisprudentie van het HvJ niet meer voor de hand te liggen. Zo stellen Terra en Wattel dat *Athinaiki* "seems to have been decided incorrectly".¹⁷ Ook Robert ondersteunt een formele benadering van het derde criterium en concludeert dat de Franse 3%-heffing niet moet worden beschouwd als een bronbelasting in de zin van de Moeder-dochterrichtlijn.¹⁸ Omdat bij de Franse 3%-heffing niet de aandeelhouder maar

¹⁶ E.N. Kasoko, Does the Belgian Fairness Tax Conform with EU Law?, Taxanalysts 28 July 2014.

¹⁷ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, European Tax Law (Fiscale handboeken, nr. 10), Deventer: Kluwer 2011, par. 9.6.3.

¹⁸ E. Robert, The New French 3% Withholding Tax on Profit Distributions: A Minefield for the French

de uitkerende vennootschap de belastingplichtige is, wordt aan het derde criterium niet voldaan. Dit was ook het geval in de zaak *Burda*.

55. Vastgesteld zij dat *Burda* ter zake van de winstuitkering vennootschapsbelasting verschuldigd is, terwijl *Burda International* en *RCS* de houders van de waardepapieren zijn.

56. In het hoofdgeding wordt dus niet voldaan aan de derde voorwaarde voor het bestaan van bronbelasting in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435.

Daarnaast wordt in de zaken *FII GLO*, *Ferrero* en *General Beverage* ook expliciet verwezen naar het derde criterium. Hiermee lijkt het HvJ in deze zaken waarde toe te kennen aan dit derde criterium en een formele benadering te volgen. Voorts komt deze formele benadering overeen met de zienswijze van de Europese Commissie in de procedure over de Belgische fairness tax.

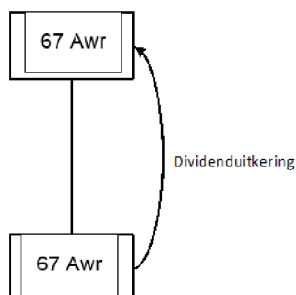
3.2 Gevolgen 67 Awr

De Franse 3%-heffing komt niet ten laste van de FBI en moet niet worden beschouwd als een bronbelasting, maar als een aanvullende vennootschapsbelasting op basis van het bovenstaande. Dit heeft tot gevolg dat geconcludeerd kan worden dat de afdrachtvermindering ex. Art. 11a(1) Wet Div.belasting 1965 niet kan worden toegepast door 67 Awr. De Franse 3%-heffing kan daarom niet in mindering worden gebracht op de Nederlandse dividendbelasting.

De invoering van de Franse 3%-heffing zorgt er daarom voor dat investeringen in Frankrijk zwaarder worden belast. 67 Awr die onder de Franse additionele heffing valt, gaat hierdoor per saldo, meer belasting betalen in Frankrijk. Dit heeft tot gevolg dat het uit te keren rendement vanuit de Franse beleggingsinstelling daalt.

3.3 Gevolgen 67 Awr

Volledigheidshalve, wordt kort ingegaan op de casus 67 Awr. In deze casus gaat het om 67 Awr een open CV die in Nederland gevestigd is en dividenden ontvangt van 67 Awr. Over deze dividenden is de Franse 3% heffing ingehouden.



In 2013 is aan de KG IBR de vraag voorgelegd of voor de verdragstoepassing de Franse 3%-heffing een bronbelasting ten laste van de NL (moeder)vennootschap vormt. De KG IBR heeft deze vraag voorgelegd aan IZV.

Uitgaande van de veronderstelling dat de Franse 3%-heffing de enige heffing op dividend betaald door 67 Awr aan 67 Awr is geconcludeerd dat deze heffing niet door artikel 10 (dividend) van het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk wordt belemmerd.

Vanwege de deelnemingsvrijstelling is het dividend van 67 Awr aan 67 Awr 67 Awr vrijgesteld. Zodoende wordt het dividend niet in de Nederlandse grondslag

begrepen en is toepassing van artikel 24 (bepaling tot vermijding van dubbele belasting) van het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk en de vraag of de Franse 3%-heffing verrekend of vrijgesteld moet worden niet aan de orde geweest.