



Aan

notitie

Inhouding Dividendbelasting onder Verdragen

Directie Internationale
Zaken en
Verbruiksbelastingen

Inlichtingen

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e @minfin.nl

Datum

september 2015

Auteur

5.1.2e

In overeenstemming met

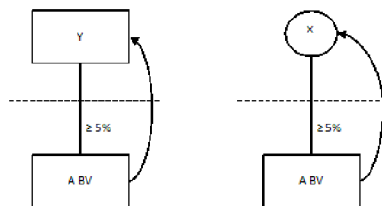
5.1.2e

Kopie aan

Aanleiding

De notitie van 5.1.2e van 23 juli 2015 vormt een aanzet tot de beantwoording van vragen die zijn gerezen naar aanleiding van een aantal recente casus in met name de IB maar ook in de VPB. In deze casusposities gaat het in hoofdlijnen om de situatie waarin:

- (i) een buitenlandse particulier (X) een aanmerkelijk belang heeft in een in Nederland gevestigd lichaam, respectievelijk
- (ii) een buitenlands lichaam (Y) een (belast) AB aanmerkelijk belang heeft in een in Nederland gevestigd lichaam in de zin van art. 17-3-b VPB, en
- (iii) ter zake van die aandelen een voordeel geniet (i) uit inkoop, (ii) bij liquidatie of (iii) een onzakelijke splitsing.



Voorts wordt opgemerkt dat de bovenstaande casusposities zien op situaties waarin een verdrag van toepassing is waarin geen protocolbepaling is opgenomen waarin expliciet is vastgelegd dat inkomsten genoten bij de inkoop van aandelen of liquidatie van de vennootschap worden beheerst door het dividendartikel.

Vraag

De eerste deelvraag die in de betreffende notitie wordt behandeld is de vraag of in casu het relevante belastingverdrag (mede in het licht van HR BNB 2004/123 en HR BNB 2007/41) het heffingsrecht van Nederland tot inhouding van dividendbelasting beperkt. Alvorens kan worden ingegaan op de andere deelvragen dient eerst antwoord te worden gegeven op deze eerste deelvraag.

Kern

In deze notitie wordt geconcludeerd dat het heffingsrecht van Nederland tot inhouding van dividendbelasting wel wordt beperkt door het verdrag.

Toelichting

1. Toepassing verdragen

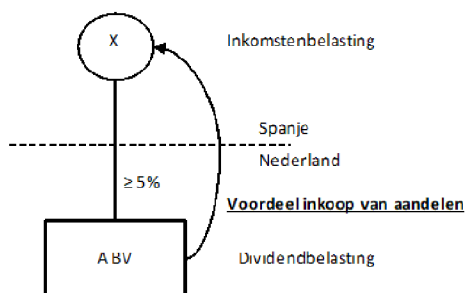
Uit het OESO-Modelverdrag komt niet duidelijk naar voren onder welk verdragsartikel het voordeel bij inkoop, liquidatie of onzakelijke splitsing (hierna: 'het voordeel') moet worden gerangschikt. Gezien het hybride karakter van deze transacties kan in plaats van artikel 13 OESO Modelverdrag (Vermogenswinsten), ook artikel 10 OESO Modelverdrag (Dividenden) een rol spelen. Zie onder andere het OESO Commentaar bij artikel 13, paragraaf 31:

31. If shares are alienated by a shareholder in connection with the liquidation of the issuing company or the redemption of shares or reduction of paid-up capital of that company, the difference between the proceeds obtained by the shareholder and the par value of the shares may be treated in the State of which the company is a resident as a distribution of accumulated profits and not as a capital gain. The Article does not prevent the State of residence of the company from taxing such distributions at the rates provided for in Article 10: such taxation is permitted because such difference is covered by the definition of the term "dividends" contained in paragraph 3 of Article 10 and interpreted in paragraph 28 of the Commentary relating thereto, to the extent that the domestic law of that State treats that difference as income from shares.

Kortom, het is dus afhankelijk van de nationale behandeling of het voordeel als dividend of als vervreemdingswinst moet worden aangemerkt in belastingverdragen. In de arresten van HR 25 mei 1994, BNB 1994/219, HR 12 december 2003, BNB 2004/123 en van HR 9 juni 2006, BNB 2007/41 gaat de Hoge Raad hier nader op in.

2. Hoge Raad van 25 mei 1994, BNB 1994/219

Het arrest van Hoge Raad van 25 mei 1994, BNB 1994/219 betrof de inkoop van tot een aanmerkelijk belang behorende aandelen door een in Nederland gevestigde vennootschap van een in Spanje woonachtige natuurlijke persoon.

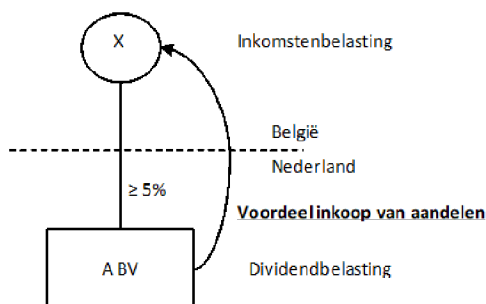


In geschil was of het voordeel behaald met de inkoop van aandelen het 15%-tarief van artikel 10, van het verdrag Nederland-Spanje dan wel het 20%-tarief van artikel 14 van het verdrag (vergelijkbaar met artikel 13 OESO Modelverdrag) van toepassing is. De Hoge Raad heeft in dit arrest de overweging gemaakt dat er geen aanknopingspunten zijn voor de opvatting dat het vijfde lid van artikel 14 van het verdrag Nederland-Spanje bedoeld is als een uitzondering op de regel van artikel 10. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat artikel 14 van het verdrag Nederland-Spanje niet van toepassing is op de door X genoten inkoopbate.

Het bovenstaande arrest gaat dus 'slechts' nader in op de vraag of er een rangorderegels bestaat tussen art. 10 en art. 13 OESO Modelverdrag. Er werd niet bestreden of de opbrengst bij inkoop van eigen aandelen als de onderhavige onder het dividendartikel viel. Voor deze vraag zijn naar onze mening met name de volgende twee arresten van belang.

3. Hoge Raad van 12 december 2003, BNB 2004/123

Het arrest van de Hoge Raad van 12 december 2003 had betrekking op de inkoop van aanmerkelijkbelangaandelen door een inwoner van België met betrekking tot een in Nederland gevestigde vennootschap.



Aan de belanghebbende X was ten aanzien van de inkoop van aandelen in 1997 een aanslag inkomstenbelasting naar een belastbaar inkomen van f 2.024.549 opgelegd. Daarnaast had de BV 15% dividendbelasting ingehouden op het voordeel genoten bij de inkoop van aandelen van in totaal f 284.886. De inspecteur kwalificeerde de voordelen van de inkoop van aandelen onder de werking van artikel 10 (Dividenden), terwijl de belanghebbende echter van mening was de inkomsten moeten worden beschouwd als vervreemdingswinsten onder artikel 13 (Vermogenswinsten) van het verdrag.

Hof 's-Hertogenbosch volgde op 10 juni 2002 de belanghebbende en oordeelde het volgende:

-4.5. Nederland mag op grond van het in 4.1 tot en met 4.4 overwogene derhalve naar het oordeel van het Hof de verkoopopbrengst bij inkoop van eigen aandelen als de onderhavige met ingang van 1997 niet meer aan heffing van inkomstenbelasting onderwerpen. Die opbrengst - na aftrek van de verkrijgingsprijs - is, zowel voor de toepassing van de Nederlandse nationale wet als voor artikel 13 van het Verdrag een vervreemdingswinst. De heffing daarover komt blijkens het bepaalde in artikel 13, paragraaf 4, van het Verdrag uitsluitend aan België toe, nu de uitzondering daarop van artikel 13, paragraaf 5, van dat Verdrag niet van toepassing is. (onderstreping auteur)

In Nederland is de kwalificatie in de nationale wetgeving niet eenduidig. Onder de dividendbelasting wordt de inkoop van aandelen als dividend beschouwd, terwijl de inkomstenbelasting een inkoop van aanmerkelijkbelangaandelen als een vervreemding aanmerkt. Het hof acht de kwalificatie van het voordeel onder de inkomstenbelasting van doorslaggevende betekenis en artikel 13 (Vermogenswinsten) is daarom volgens het hof in deze casus van toepassing. Als gevolg hiervan werd het belastbaar bedrag van de aanslag inkomstenbelasting verlaagd met het bedrag dat is genoten bij de inkoop van aandelen. Voorts werd een verrekening / teruggave verleend voor de geheven dividendbelasting. Naar onze mening kan naar aanleiding hiervan worden afgeleid dat ten aanzien van het behaalde voordeel Nederland voor de inkomstenbelasting én de dividendbelasting niet mag heffen op basis van het belastingverdrag.

Ook A-G Watten concludeerde vervolgens dat het voordeel bij de inkoop van aandelen moet worden gekwalificeerd als vervreemding onder het verdrag.

Het hierboven geciteerde OESO-Commentaar verwijst voor de kwalificatie van inkoopvoordelen naar nationaal recht omdat die transactie voor verdragsdoeleinden zowel een vervreemding als een dividend kan inhouden. Alsdan geeft de nationale behandeling in de bronstaat de doorslag. Het kan zijn dat deze de vermogenswinst belast, en het is evengoed mogelijk dat hij het met de aandelen corresponderende deel van de vennootschappelijke winstreserves belast. Het ligt in dit systeem voor de hand om uit te gaan van de behandeling in het concrete geval, omdat het concrete heffingsobject bepalend is voor de verdragskwalificatie. De omstandigheid dat een inkoop van aanmerkelijk-belangaandelen aldus anders zou kunnen worden gekwalificeerd dan inkoop van diezelfde aandelen van een niet-a.b.-houder, acht ik geen bezwaar. Laatstgenoemde

wordt ook ter zake van een ander object belast, en op een ander tijdstip. Ik zou menen dat bij dergelijke verschillen wellicht juist ook een verschillende kwalificatie past.

-6.23. Dan rest de keuze om voor de toepassing van het Verdrag aan te sluiten bij de nationale dividendbelasting of bij de nationale inkomstenbelasting voor aanmerkelijk-belanghouders. Het gaat voor de verdragskwalificatie om de keuze uit art. 13 (vermogenswinsten) en art. 10 (dividenden). Dit impliceert mijns inziens dat het om een keuze binnen het object van de inkomstenbelasting gaat. Subjectieve vermogenswinsten kunnen immers als regel geen voorwerp van (inhouding van) nationale dividendbelasting zijn. Ook ingeval van inkoop kan dat als regel niet, omdat de subjectieve verkrijgingsprijs zich in beginsel onttrekt aan de waarneming van de vennootschap. De dividendbelasting is een objectieve belasting op uitdelingen door vennootschappen ten laste van aandeelhouders. Zij is daarom verrekenbaar met de individuele Nederlandse eindheffing van aandeelhouders (en na Nederlandse vermindering onder verdragen veelal ook met de buitenlandse eindheffing van buitenlandse aandeelhouders). Aldus blijft als Nederlands heffingsobject uiteindelijk over - na verrekening of restitutie van dividendbelasting - het verschil tussen vervreemdingsprijs en verkrijgingsprijs, dus de subjectieve vermogenswinst. Hoewel een voorheffing, anders dan een voorlopige aanslag, wel zelfstandige betekenis kan hebben [33] (en dus kan verkeren in een eindheffing [34]), meen ik dat op grond van het bovenstaande doorslaggevend is de kwalificatie en het heffingsobject in de inkomstenbelasting waarop de dividendbelasting slechts een verrekenbare voorheffing is. (onderstreping auteur)

Om te bepalen of voordeel genoten bij de inkoop van aandelen valt onder de werking van artikel 10 (Dividenden) of artikel 13 (Vermogenswinsten) is volgens A-G Wattel de concrete fiscale positie van de belastingplichtige van belang. Dit betekent naar onze mening dat wanneer er alleen dividendbelasting wordt geheven, de bepalingen uit deze wetgeving voor gaan. Echter, in geval er sprake is van meerdere heffingen, zoals bij buitenlandse belastingplichtige die onderhevig zijn aan de inkomstenbelasting en de dividendbelasting, dan gaat de belastingwetgeving van de eindheffing voor, ervan uitgaande dat de bronheffing hiermee verrekend kan worden. Na de verrekening van dividendbelasting met inkomstenbelasting resteert alleen nog de subjectieve vermogenswinst, zoals A-G Wattel betoogt en is voor de kwalificatie onder het verdrag alleen de inkomstenbelasting relevant.

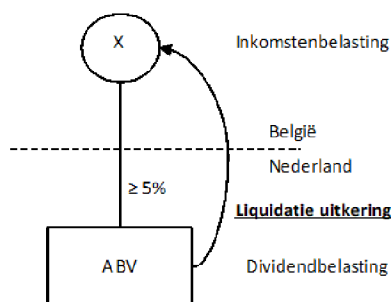
Het voorgaande betekent dat in situaties wanneer alleen dividendbelasting wordt geheven (bijvoorbeeld een buitenlandse niet-aanmerkelijkbelanghouder van een Nederlandse BV) het voordeel moet worden gerangschikt onder de werking van artikel 10 (Dividenden). Het voordeel genoten door een buitenlandse aanmerkelijkbelanghouder van een Nederlandse BV die onderhevig is aan zowel dividendbelasting en inkomstenbelasting valt daarentegen onder de werking van artikel 13 (Vermogenswinsten). Dat de inkoop van aandelen door een aanmerkelijkbelanghouder anders wordt gekwalificeerd dan de inkoop van aandelen door een niet-aanmerkelijkbelanghouder acht A-G Wattel 'geen bezwaar'.

Uiteindelijk sluit ook de Hoge Raad in lijn met de conclusie van A-G Wattel aan bij de concrete fiscale positie van de belastingplichtige en oordeelt dat inkoop van aandelen moeten worden aangemerkt als een voordeel behaald bij de vervreemding van aandelen.

3.6. Het voordeel dat door belanghebbende in 1997 is gerealiseerd ter gelegenheid van de inkoop/verkoop van aandelen door, respectievelijk aan de BV, wordt in de wet, op grond waarvan hij ter zake van dit voordeel in de Nederlandse belastingheffing wordt betrokken, te weten de Wet op de inkomstenbelasting 1964, aangemerkt als een voordeel behaald bij de vervreemding van aandelen, terwijl het ook wordt belast volgens de maatstaven geldende voor het berekenen van vervreemdingswinst. Hem valt aldus ingevolge de hier van belang zijnde Nederlandse wetgeving geen andere behandeling ten deel ter zake van het in geding zijnde voordeel dan het geval zou zijn geweest bij vervreemding van de aandelen aan een willekeurige derde. (onderstreping auteur)

4. Hoge Raad van 9 juni 2006, BNB 2007/41

In het arrest van de Hoge Raad van 9 juni 2006 is te zien dat de Hoge Raad voor liquidatie-uitkeringen consequent blijft. De casus betrof een Belgische aandeelhouder die een liquidatie-uitkering van een in Nederland gevestigde BV ontving.



Met verwijzing naar het arrest van 12 december 2003, oordeelt de Hoge Raad dat ook in deze casus uiteindelijk de uitleg onder de inkomstenbelasting prevaleert.

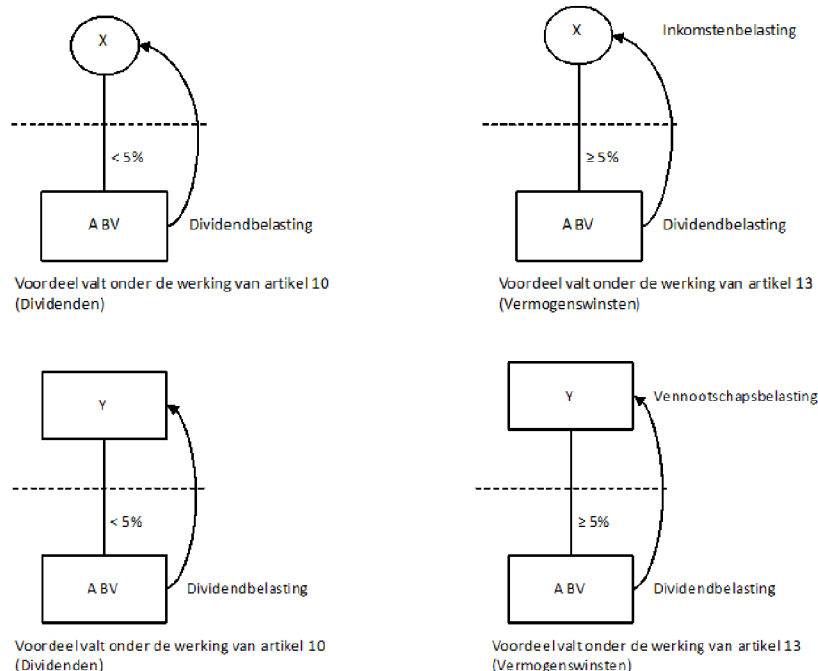
-3.3. Dit oordeel wordt door het middel vergeefs bestreden. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 12 december 2003, nr. 38 461, BNB 2004/123, beslist dat inkomsten uit inkoop van eigen aandelen door een in Nederland gevestigde besloten vennootschap, gelet op de wijze waarop die inkomsten naar Nederlands nationaal recht worden behandeld, voor de toepassing het Verdrag moet worden aangemerkt als opbrengst van een vervreemding van aandelen en dat daarom aan Nederland ter zake van die opbrengst geen heffingsrecht toekomt op grond van artikel 10, paragraaf 2, van het Verdrag. Nu artikel 20a, lid 6, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 zowel het inkopen van aandelen als het betaalbaar stellen van liquidatie-uitkeringen als een vervreemding van aandelen aanmerkt, is er, in het licht van het Verdrag, onvoldoende grond om voor een liquidatie-uitkering anders te oordelen.

5. Conclusie naar aanleiding van HR BNB 2004/123 en HR BNB 2007/41

Voor de vraag of het voordeel behaald met 'inkoop', 'liquidatie' of 'onzakelijke splitsing' als dividend of als vervreemdingswinst moet worden gekwalificeerd voor verdragsdoeleinden, moet worden gekeken naar de nationale behandeling. Hierbij moet worden gekeken naar de concrete fiscale positie van de belastingplichtige.

Naar onze mening kan op basis van de bovenstaande arresten worden afgeleid dat in geval alleen dividendbelasting wordt geheven, de bepalingen uit deze wetgeving voor gaan voor de kwalificatie van het voordeel onder het betreffende verdrag. Onder de dividendbelasting wordt het voordeel als dividend beschouwd en het voordeel valt dan onder de werking van artikel 10 (Dividenden). Mocht er echter sprake zijn van meerdere heffingen, zoals bij buitenlandse belastingplichtigen die onderhevig zijn aan de inkomstenbelasting en de dividendbelasting, dan gaat de belastingwetgeving van de eindheffing voor, ervan uitgaande dat de bronheffing hiermee verrekenend kan worden. Zoals A-G Wattel bij HR 12 december 2003, BNB 2004/123 concludeert "blijft als Nederlands heffingsobject uiteindelijk over - na verrekening of restitutie van dividendbelasting - het verschil tussen vervreemdingsprijs en verkrijgingsprijs, dus de subjectieve vermogenswinst". Omdat de inkomstenbelasting het voordeel als een vervreemding aanmerkt, valt deze subjectieve vermogenswinst onder de werking van artikel 13 (Vermogenswinsten). Het heffingsrecht ten aanzien van het behaalde voordeel wordt dan toegewezen aan de woonstaat van de aandeelhouder. Dit betekent dat in de bovenstaande casus het heffingsrecht van Nederland wordt beperkt.

Het bovenstaande heeft tot gevolg dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen de volgende situaties:



Overigens, in geval een protocolbepaling in het verdrag is opgenomen waarin expliciet is vastgelegd dat inkomsten genoten bij de inkoop van aandelen of liquidatie van de vennootschap vallen onder de reikwijdte van het dividendartikel, dan doet het bovenstaande onderscheid tussen aanmerkelijkbelanghouders en niet-aanmerkelijkbelanghouders zich uiteraard niet voor.

5. Overige literatuur

De zienswijze dat in geval van meerdere heffingen, de kwalificatie van het voordeel onder de eindheffing voor gaat (in geval de bronheffing hiermee verreken kan worden) wordt tevens ondersteunt door Vleggeert en Engelen.

J. Vleggeert, Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht, Deventer: Kluwer 2009, par. 11.6.2.3

Het derde onderdeel van de definitie heeft betrekking op 'vennootschappelijke rechten'. Deze uitdrukking wordt niet gedefinieerd. De inkomsten uit een vennootschappelijk recht worden alleen als dividend aangemerkt wanneer zij door de wetgeving van de bronstaat op dezelfde wijze aan belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit aandelen. Wat wordt bedoeld met de wetgeving van de bronstaat? Het komt mij voor dat hiermee wordt bedoeld op de wetgeving op grond waarvan de desbetreffende inkomsten in de bronstaat aan belasting worden onderworpen. Heft de bronstaat uitsluitend dividendbelasting, dan verwijst art. 10, lid 3, OESO-modelverdrag dus naar deze belasting. Wanneer de bronstaat alleen inkomstenbelasting (of vennootschapsbelasting) over het dividend heft, dan verwijst het derde lid van de dividendbepaling naar deze belasting. Ten slotte is het denkbaar dat de bronstaat zowel dividendbelasting als inkomstenbelasting (of vennootschapsbelasting) over de inkomsten heft en dat de definitie van het begrip 'inkomsten uit aandelen' in deze belastingen verschilt. In dat geval verwijst art. 10, lid 3, OESO-modelverdrag naar mijn mening naar de inkomstenbelasting (of de vennootschapsbelasting) omdat de dividendbelasting in het algemeen met deze belasting kan worden verrekend. (onderstreping auteur)

F. Engelen, Interpretation of Tax Treaties under International Law, Amsterdam: IBFD Academic Counsel 2004, blz. 487

But how should Article 3(2) be applied in cases where a contracting State levies a withholding tax and an income tax at the same time, both of which are covered by the treaty, and a term used in the treaty is defined differently for the purposes of the different laws imposing those taxes? It is submitted that in such cases the meaning that the term in question has under the law imposing the income tax ultimately due prevails over the meaning it has under the law imposing the withholding tax, assuming that the withholding tax can be fully credited against the final income tax. For example, in a recent case

decided by the Hoge Raad, a Belgium resident individual sold shares to the Dutch resident company that had issued the shares. Under the 1964 Dutch Income Tax Act (Wet op de inkomstenbelasting 1964), the difference between the selling price and the cost basis of the shares was taxed as a capital gain, while the 1965 Dutch Dividend Withholding Tax Act (Wet op de dividendbelasting 1965) treated the difference between the selling price and the average paid-up capital as a dividend subject to withholding tax. However, under domestic law the dividend withholding tax could be fully credited against the income tax due in respect of the capital gain, even if this would have resulted in a tax refund, and it was decided that for the purpose of the 1970 DTC between the Netherlands and Belgium the income derived from the share buy-back should be treated as a capital gain and not as a dividend, as a result of which the income was exempt from tax in the Netherlands in accordance with Article 13(4) of the Convention. (onderstreping auteur)

Daarnaast wordt opgemerkt dat de bovenstaande redenering in lijn is met de uitspraak van Hof Arnhem–Leeuwarden van 14 oktober 2014. In deze casus ging het om een buitenlands lichaam met een belang van 4,25 procent in het aandelenkapitaal van een Nederlandse BV. Er wordt alleen dividendbelasting geheven in Nederland en voor de kwalificatie van de voordelen van de inkoop van aandelen onder het verdrag zijn dan alleen de bepalingen uit de dividendbelasting van belang.

Hof Arnhem–Leeuwarden 14 oktober 2014, V-N 2015/6.16

4.2 Een omschrijving in de BRK van het aldaar gebezigde begrip dividend ontbreekt. Daarom moet in dit geval daaronder, voor de toepassing van de BRK, worden verstaan hetgeen de "desbetreffende belastingregeling" van Nederland daaronder verstaat. Omdat het hier gaat over de heffing van dividendbelasting is slechts van belang wat voor de toepassing van de bepalingen omtrent de heffing van dividendbelasting onder dividend wordt verstaan. (onderstreping auteur)

Ook het citaat van Marres en Wattel verwijst naar onze mening in beginsel naar situaties waarbij er slechts alleen dividendbelasting wordt geheven. Wanneer er echter inkomstenbelasting wordt geheven, dan zal de dividendbelasting als voorheffing worden verrekend met de inkomstenbelasting, zoals expliciet in de voetnoot wordt vermeld. In dat geval blijft alleen het verschil tussen de vervreemdingsprijs en de verkrijgingsprijs over (i.e. de subjectieve vermogenswinst) en moet ons inziens het voordeel onder de werking van art. 13 (Vermogenswinsten) worden gebracht.

O.C.R. Marres en P.J. Wattel, Dividendbelasting (FED 26), Deventer: Kluwer 2001, blz. 175 en 176:

Wanneer het echter zou gaan om de heffing van dividendbelasting zou Nederland wel mogen heffen op grond van art. 10, lid 2, van OESO- of NSV-conforme bedragen. Een inkoopopbrengst vormt voor de dividendbelasting immers een opbrengst van aandelen ingevolge art. 3, lid 1, onderdeel a, Div.B., en wordt ook als dividend belast (dat wil zeggen: niet het verschil tussen inkoopprijs en aankoopprijs wordt belast, maar het verschil tussen inkoopprijs en het op de aandelen gestorte kapitaal). [63]

Voetnoot 63 luidt:

"Indien de opbrengst tevens in de IB belast is (bijvoorbeeld als inkomen uit aanmerkelijk belang in een in NL gevestigde vennootschap) zal die dividendbelasting overigens als voorheffing verrekend kunnen worden."