

# Leiden internationale ontwikkelingen tot een hervorming van de dividendbelasting?

Beschouwing naar aanleiding van Dr. J.C.K.W. Bartel, Dividendbelasting, MBB 2006/179

Prof. mr. F.P.G. Pötgens\*

## 1. Deelnemingsdividenden onder belastingverdragen

In de in margine genoemde bijdrage heeft Jan-Kees Bartel niet alleen een prachtige historische analyse gegeven van de dividendbelasting maar haar ook in een breder internationaal kader geplaagd. In dat verband heeft hij er, onder meer, op gewezen dat het voor Nederland vrijwel onmogelijk is de dividendbelasting af te schaffen voor doorstroomdividenden vanwege het uitstekende verdragenetwerk. Immers, in dat perspectief, zo betoogt hij, zou het afschaffen van de Nederlandse dividendbelasting voor veel bronstaten tot een onaanvaardbare uitholling leiden (mede met inachtneming van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling).<sup>1</sup>

## 2. Uiteindelijk gerechtigde

Tegen deze achtergrond moet ook, zoals Jan-Kees Bartel aangeeft, de opname in de Nederlandse dividendbelastingwetgeving worden gezien van een negatieve definitie van uiteindelijk gerechtigde die gericht is op het tegengaan van dividendstripping (art. 4, lid 7, Wet op de dividendbelasting 1965: “**Wet. Div.bel**”). Betoogd zou kunnen worden dat de betekenis die art. 4, lid 7, Wet Div.bel aan uiteindelijk gerechtigde geeft ook effect heeft op de door Nederland gesloten belastingverdragen.

Het begrip “uiteindelijk gerechtigde” is in de belastingverdragen niet gedefinieerd zodat voor de betekenis daarvan op basis van een met art. 3, lid 2, van het OESO-Modelverdrag overeenkomende interpretatiebepaling te rade kan worden gegaan bij het nationale recht van de verdragstoepassende staten. Deze gevonden nationaalrechtelijke betekenis (in casu art. 4, lid 7, Wet Div.bel) heeft evenwel geen effect op de Nederlandse belastingverdragen indien de context in de zin van een op art. 3, lid 2, van het OESO-Modelverdrag gebaseerde bepaling een andere betekenis vereist. Zoals Jan-Kees Bartel ook aangeeft in zijn bijdrage volgt de Hoge Raad in zijn uitspraak van 16 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217 een beperkte juridische uitleg van dat begrip. Op het moment dat de Hoge Raad BNB 1994/217 wees ontbrak in het Nederlandse nationale recht een definitie van uiteindelijk gerechtigde (en evenmin was daarin een negatieve definitie opgenomen). De Hoge Raad heeft het betreffende begrip derhalve autonoom geïnterpreteerd waarbij hij bleef binnen de contouren van het destijds geldende Commentaar op het OESO-Modelverdrag dat “agents” en “nominees” uitsloot van het begrip uiteindelijk gerechtigde. Hiermee heeft de Hoge Raad een contextuele betekenis

---

\* Hoogleraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en belastingadviseur bij De Brauw Blackstone Wetbroek te Amsterdam.

<sup>1</sup> Blijkens de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 45 streeft Nederland er in zijn belastingverdragen naar een uitsluitende woonstaatheffing voor deelnemingsdividenden overeen te komen. Dit lukt uiteraard in een aanzienlijk aantal gevallen niet vanwege de bezwaren die Jan-Kees Bartel in zijn bijdrage ook reeds heeft genoemd.

van uiteindelijk gerechtigde vastgesteld die prevaleert boven de nationaalrechtelijke betekenis op basis van art. 4, lid 7, Wet. Div.bel.<sup>2</sup>

Inmiddels heeft de OESO een Discussion Draft uitgevaardigd die uiteindelijk tot wijziging van het Commentaar op het OESO-Modelverdrag moet leiden (bij art. 10, 11 en 12 van het OESO-Modelverdrag) en waarin naast een juridische benadering ook een economische benadering wordt genoemd en toegelaten.<sup>3</sup> Indien deze Discussion Draft tot daadwerkelijke wijziging van het OESO-Commentaar leidt, ontbreekt in dat verband dus nog steeds een duidelijk en eenduidig standpunt omtrent de benadering van "uiteindelijk gerechtigde" die de voorkeur verdient.<sup>4</sup>

### **3. Het Base Erosion and Profit Shifting-project van de OESO**

In weerwil van de opmerkingen die hiervoor zijn gemaakt over de interpretatie van "uiteindelijk gerechtigde" onder de door Nederland gesloten belastingverdragen, zal Het OESO-rapport Addressing Base Erosion and Profit Shifting en het Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting<sup>5</sup> een behoorlijke impact kunnen hebben op, onder andere, de hiervoor genoemde doorstroomdividenden. Dit geldt met name voor de recent uitgevaardigde Discussion Draft die ziet op het tegengaan van verdragsmisbruik (Action 6).<sup>6</sup> Hierin wordt een specifieke bepaling voorgesteld voor deelnemingsdividenden op basis waarvan alleen aanspraak bestaat op het verlaagde tarief dat voor dergelijke dividenden in de bronstaat geldt (art. 10, lid 2, van het OESO-Modelverdrag) indien de aandelen gedurende een nog te bepalen aantal maanden werden gehouden op het moment dat de dividenden werden betaald.<sup>7</sup> Verder wordt naast een Limitation-on-benefits-bepaling<sup>8</sup> een main purpose-bepaling<sup>9</sup> opgenomen (die per transactie wordt toegepast). Aan beide bepalingen dient te zijn voldaan, willen de verdragsvoordelen van toepassing zijn. Daarenboven wordt voorzien in een onverkorte doorwerking van nationaalrechtelijke anti-misbruikconcepten naar belastingverdragen<sup>10</sup> en wordt voor dual resident-vennootschappen de mutual agreement-procedure in alle gevallen voorgeschreven om de verdragswoonplaats daarvan te bepalen (de feitelijke leiding van de vennootschap is dan niet langer per definitie doorslaggevend zoals het geval is bij het huidige art. 4, lid 3, van het OESO-Modelverdrag)<sup>11</sup>.

---

<sup>2</sup> F.P.G. Pötgens, "Uiteindelijk gerechtigde" onder Nederlandse belastingverdragen; nationaal recht of context?, in: K. Braun e.a. (red.), 40 Jaar Cursus Belastingrecht. Opstellen aangeboden aan Leno Sillevius en Nico de Vries, ter gelegenheid van hun afscheid als hoofdredacteur respectievelijk lid van de hoofdredactie bij het 40-jarig bestaan van de Cursus Belastingrecht, Kluwer 2010, p. 175 en 76.

<sup>3</sup> Revised Public Discussion Draft, Beneficial ownership – Revised Proposals concerning the meaning of 'beneficial owner' in Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax convention, OESO, 2012.

<sup>4</sup> Vgl. ook J. Gooijer, 'Beneficial owner': eindelijk duidelijkheid? MBB, 2013. Nr. 5, p. 171-183.

<sup>5</sup> F.A. Engelen en A.F. Gunn, Het BEPS-project: een inleiding, WFR 2013/1413.

<sup>6</sup> Discussion Draft on BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OESO, 2014.

<sup>7</sup> Para. 43 van de Discussion Draft on BEPS Action 6. Er wordt input gevraagd met betrekking tot de vaststelling van de uiteindelijke lengte van de houdsterperiode.

<sup>8</sup> Art. X (para. 11 t/m 17 van de Discussion Draft on BEPS Action 6).

<sup>9</sup> Art. X (para. 18 t/m 34 van de Discussion Draft on BEPS Action 6).

<sup>10</sup> Para. 59 van de Discussion Draft on BEPS Action 6.

<sup>11</sup> Para. 50 t/m 56 van de Discussion Draft on BEPS Action 6.

#### 4. **Dividendbelasting in relatie tot in het buitenland woonachtige particuliere beleggers en uitgeleide**

Jan-Kees Bartel doet in zijn bijdrage de terechte suggestie de heffing van dividendbelasting in de buitenlandse verhouding te beperken tot contante winstuitdelingen. Verder wijst hij er op dat sinds de introductie van de Wet inkomstenbelasting 2001 ("**Wet IB 2001**") en de daarin vervatte vermogensrendementsheffing ( box 3) de nauwe verbinding tussen de inkomstenbelastingheffing en de dividendbelasting als voorheffing is verbroken. Hij refereert verder aan het advies van de Raad van State inzake de Versterking fiscale rechtshandhaving waarin is opgemerkt dat de dividendbelasting alleen nog in buitenlandse verhoudingen betekenis heeft.

In aanvulling hierop kan worden opgemerkt dat de dividendbelasting voor niet in Nederland wonende particuliere beleggers (die geen buitenlandse belastingplichtigen zijn omdat zij geen aanmerkelijk belang hebben in een in Nederland gevestigde vennootschap en hun aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap waarop zij dividenden ontvangen evenmin behoren tot de Nederlandse bezittingen die onderdeel uitmaken van de rendementsgrondslag van art. 7.7, lid 2, Wet IB 2001) eindheffing is. Voor hen kan de dividendbelasting onder deze omstandigheden niet het onderwerp van een teruggaaf of verrekening uitmaken; art. 9.2, lid 8, Wet IB 2001 wijst voor buitenlandse belastingplichtigen de geheven dividendbelasting die betrekking heeft op bestanddelen van het verzamelinkomen als voorheffing op de inkomstenbelasting aan. Daarmee heeft de dividendbelasting voor zodanige in het buitenland woonachtige particuliere beleggers, zoals Jan-Kees Bartel terecht aangaf, terdege betekenis.

Een binnenlandse belastingplichtige particuliere belegger heeft daarentegen wel aanspraak op de verrekening en teruggaaf van dividendbelasting voor zijn onder box 3 kwalificerende aandelenbezit indien hij tenminste als uiteindelijk gerechtigde kan worden gezien met betrekking tot de opbrengst waarop dividendbelasting is ingehouden (art. 9.2, lid 2, Wet IB 2001). In voorkomende gevallen kan een buitenlandse particuliere belegger voor zijn aandelenbezit — en vanwege het feit dat de dividendbelasting eindheffing is — in een ongunstigere positie komen te verkeren dan een binnenlandse belastingplichtige. Een keuze die tot 1 januari 2015 mogelijk is voor de toepassing van de regels voor binnenlandse belastingplichtigen kan deze nadeligere behandeling evenmin opheffen (art. 2.5 Wet IB 2001). Voor buitenlandse belastingplichtigen (die tevens als particulier in aandelen belegt in een in Nederland gevestigde vennootschap) die vanaf 1 januari 2015 in aanmerking komen voor de aldan geldende regeling voor kwalificerende buitenlandse belastingplicht (art. 7.8 Wet IB 2001) doet opgeld dat zij evenmin aanspraak kunnen maken op verrekening of teruggaaf van dividendbelasting.<sup>12</sup>

De vraag komt op hoe dit verschil in behandeling zich verhoudt tot het vrije verkeer van kapitaal in de zin van art. 63 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("**VWEU**"). Naar aanleiding van deze problematiek heeft de Hoge Raad<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Deze regeling is besproken door J.J.A.M. Korving, Kwalificerende buitenlandse belastingplichtigen: je hebt geen keuze!, NTFR Beschouwingen 2014/4 en F.P.G. Pötgens, Van een kiezende naar een kwalificerende buitenlandse belastingplichtige, WFR 2013/1348.

<sup>13</sup> HR 20 december 2013, nr. 12/02502, BNB 2014/65 en HR 20 december 2013, nr. 12/04717, BNB 2014/66; zie ook M.V. Lambooy, Discriminerende heffing over dividenden, NTFR Beschouwingen 2014/8.

prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie ("**HvJ EU**"). In BNB 2014/66 heeft de Hoge Raad als één van de prejudiciële vragen die zijn gesteld aan het HvJ EU tevens gevraagd of ook rekening moet worden gehouden met het alleen voor inwoners geldende heffingsvrije vermogen (art. 5.5 Wet IB 2001). Afhankelijk van de antwoorden van het HVJ EU op deze prejudiciële vragen zal de dividendbelasting danig herzien moeten worden hetgeen tevens een mooie gelegenheid is de door Jan-Kees Bartel gesuggereerde wijzigingen mee te nemen.