

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/77876>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

Voetnoten

- 1 Richtlijn 85/577/EEG betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, PbEG L 372, 31.12.1985, p. 31 (hierna de 'Richtlijn'). Vroegere relevante arresten zijn HvJ EG 13 december 2001, Heininger, zaak C-481/99, Jur. 2001, p. I-9945, noten van o.m. L. Bernardeau, 'Le droit de rétractation du consommateur: un pas de plus vers une doctrine d'ensemble', JCP 2002, n° 40, 1719-1725; E. Van den Haute, Euredia 2001-02, 487-498; N. Reich, U. Rörig, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002, 87-89; P. Rott, Verbraucher und Recht 2002 49-55; N. Fischer, Der Betrieb 2002 727-731; N. Reich, Verbraucher und Recht 2003, 64-65; M. Van Huffel, D.C.C.R. 2003, 39-47 en HvJ EG 25 oktober 2005, Crailsheimer, zaak C-229/04, Jur. 2005, p. I-09273; HvJ EG 25 oktober 2005, Schulte, C-350/03, Jur. 2005, p. I-09215, noten van C. Hofmann, 'Case note Schulte v Badenia', European Review of Contract Law 2006 (2), 376 e.v.; K.-O. Knops, 'Die Umsetzung der EuGH-Urteile Crailsheimer Volksbank und Schulte für die Abwicklung an der Haustür vermittelter Finanzierungen von Anlagen in Immobilien und Immobilienfonds. Teil 1', Verbraucher und Recht 2006/3, 90-95; —, 'Teil 2', Verbraucher und Recht 2006/4, 127-137; P. Rott, 'Linked contracts and Doorstep Selling. Case note on ECJ, Judgments of 25 October 2005. Cases C-350/03-Schulte and C-229/04 – Crailsheimer Volksbank', Yearbook of Consumer Law 2007, Ashgate: Aldershot, 2007, 403-410; E. Terry, C.M.L. Rev. 2007, 501-518.
- 2 Hierover uitgebreid E. Terry, Bedenktijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 686.
- 3 Het gaat om een minimum harmonisatie richtlijn, art. 8 Richtlijn.
- 4 Art. 5 Richtlijn.
- 5 R.o. 46.
- 6 R.o. 47.
- 7 Zoals onder meer bleek uit de arresten Schulte en Crailsheimer, hiervoor geciteerd (voetnoot 1) alsook in het geannoteerde arrest.
- 8 Art. 6 Richtlijn 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten; PbEG L 144, 4.6.1997, p. 19; deze termijn loopt bij goederen, vanaf de ontvangst; bij diensten, vanaf het sluiten van de overeenkomst.
- 9 De Richtlijn Timesharing brengt de termijn waarbinnen het herroepingsrecht kan worden uitgeoefend op drie maand vanaf de ondertekening van de overeenkomst of van een bindende voorlopige overeenkomst indien de vereiste informatie niet werd verstrekt (art. 5 Richtlijn 94/47/EC betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, PbEG L 280, 29.10.1994, p. 83).
- 10 Art. 6 lid 1 Richtlijn 2002/65/EG betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, PbEG L 271, 9.10.2002, p. 16; art. 14 Richtlijn 2008/48/EG betreffende consumentenkrediet, PbEG L 133, 22.5.2008, p. 66.
- 11 Zie Art. 5: 103 (1) Acquis Principles in Principles of the Existing EC Contract Law.

- Contract I, München: Sellier, 2007, 166 e.v. en het identieke art. II-5: 103 'Draft Common Frame of Reference', in: Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition, München: Sellier, 2008, VI, 396 p. zie ook – voor een commentaar E. Terry, 'The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference', in: R. Schulze (ed.), Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, München: Sellier, 2008, 145-176.
- 12 COM(08)614 def.
 - 13 Cf. het toenmalige § 2 lid 1 vierde zin Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften ('HwVG').
 - 14 Het mag duidelijk zijn dat het herroepingsrecht (als recht om terug te komen op een eerder uitgedrukte wilsuizing) ook reeds kan worden uitgeoefend vooraleer de gebeurtenis waarvan het ingaan van de bedenktijd afhankelijk werd gemaakt, plaatsvindt – cf., E. Terry, Proefschrift, o.c., nr. 548; voor Duitsland: H. Heinrichs, § 355 BGB, in Palandt, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Ergänzungsband zu Palandt, BGB 61. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2002, 227; voor Frankrijk: S. Mirabail, La rétractation en droit privé français, Parijs: L.G.D.J., 1997, 224.
 - 15 Punt 32.
 - 16 Punt 31.
 - 17 R.o. 36.
 - 18 R.o. 39.
 - 19 R.o. 40.
 - 20 R.o. 41.
 - 21 R.o. 42.
 - 22 R.o. 43.
 - 23 HvJ EG 25 oktober 2005, Schulte, C-350/03, Jur. 2005, p. I-09215, r.o. 88.
 - 24 R.o. 46.
 - 25 Zie o.m. B. Stauder, 'Pacta sunt servanda et le droit de repentir', La semaine judiciaire 1982, 32, 481-500; M. Loos, 'De effectiviteit van de bedenktijd als instrument van consumentenbescherming', TvC 2003, 1, 10-11; G. Reiner, 'Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen', AcP 2003, 9-11; J. Hijma, W. Valk, De wettelijke bedenktijd, Deventer: Kluwer 2005, p. 142.
 - 26 Zie mijn proefschrift voor meer details en verwijzingen naar studies waaruit blijkt dat inderdaad vaak te hoge prijzen worden aangerekend bij huis aan huis verkoop (o.c., p. 547, nr. 873) en OFT Study on doorstep selling, <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/doorstep.htm>, p. 77.
 - 27 Cf. het naar Belgisch recht geldende verbod tot levering van diensten (maar niet van producten) bij een verkoop buiten de onderneming (art. 89 WHPC).
 - 28 Lidstaten kunnen dit wel nog verbieden als verdergaande beschermingsmaatregel. De ontwerp richtlijn 'consumentenrechten' verplicht de lidstaten zelfs uitvoering tijdens de bedenktijd toe te laten (cf. art. 12 (4) COM(08)614).
 - 29 Zijn eveneens van mening dat het verbod van rechtsmisbruik geldt voor het herroepingsrecht: J. Hijma, Wettelijke bedenktijd, Deventer: Kluwer 2004, 76; M. Schmidt-Kessel, 'Die gesetzliche Ausweitung der Widerrufsrechte nach Heininger', ZGS 2002, 313; P. Mankowski, Beseitigungsrechte, Tübingen: Mohr Siebeck 2003, 840. In tegenovergestelde zin: Cass. Fr. 2° civ. 7

maart 2006, J.C.P. 2006, II 10056 met kritische noot. Over de toepassing van de leer van het rechtsmisbruik op het herroepingsrecht: E. Terry, o.c., nr. 538 e.v.

56 Zaak C-194/06, Orange European Smallcap Fund NV

Hof van Justitie EG 20 mei 2008 (Grote kamer), n.g.g.

Art. 56-58 EG – Vrij verkeer van kapitaal – Belasting van dividenden – Aan fiscale beleggingsinstelling toegekende tegemoetkoming wegens door andere lidstaat ingehouden bronheffing op dividendontvangsten van deze instelling – Beperking van tegemoetkoming tot bedrag dat een ingezetene aandeelhouder van de lidstaat van vestiging van deze instelling bij rechtstreekse belegging zou kunnen verrekenen met de inkomstenbelasting krachtens verdrag tot vermindering van dubbele belasting – Beperking van tegemoetkoming naar evenredigheid van deelneming van niet-ingezetene aandeelhouders in kapitaal van beleggingsinstelling

Noot

1. Orange European Smallcap Fund NV (hierna: OESF) betreft een zaak van een fiscale beleggingsinstelling (hierna: fbi) welke op grond van art. 28 Wet VPB 1969 is onderworpen aan een vennootschapsbelastingtarief van 0%.¹ Andere wijzen van fiscale behandeling van een beleggingsinstelling zijn de vrijgestelde beleggingsinstelling² (een mogelijkheid die Nederland met ingang van 1 augustus 2007 heeft gecreëerd), en het fiscaal transparante beleggingsvehicule. De kern van het fiscale fbi-regime bestaat hierin dat dergelijke institutionele beleggingsmaatschappijen een intermediaire functie vervullen tussen particuliere beleggers aan de ene kant en veelal beursgenoteerde ondernemingen aan de andere kant, waarbij zowel beleggers als ondernemingen zich in heel Europa (en de rest van de wereld) kunnen bevinden. In een dergelijke constellatie is het duidelijk dat – indien particuliere beleggers gebruikmaken van een fiscale beleggingsinstelling – dit niet mag leiden tot een additionele vennootschapsbelastingdruk. Particuliere beleggers mogen bij gebruikmaking van een fiscale beleggingsinstelling qua belastingdruk niet slechter af zijn dan wanneer zij direct in de betreffende beursgenoteerde ondernemingen zouden beleggen, anders heeft een dergelijk lichaam uiteraard in belangrijke mate geen bestaansrecht.³ Op straffe van verlies van haar status moet een fbi haar gehele voor uitdeling beschikbare winst, verminderd met enkele in de wet toegestane reserveringen, binnen een termijn van negen

maanden na afloop van het betreffende boekjaar aan haar aandeelhouders uitkeren.

2. Gezien de hiervoor vermelde intermediaire functie ontvangt een fbi dividenden van binnenlandse en buitenlandse ondernemingen (deelnemingen) en gaat zij vervolgens zelf over tot uitbetaling van dividend aan haar binnenlandse en buitenlandse aandeelhouders.

Het arrest van het HvJ EG in de zaak OESF heeft dan ook betrekking op de fiscale behandeling van grensoverschrijdende dividendbetalingen, een problematiek die al in tal van arresten van het HvJ EG aan de orde is geweest.

Tot 1 januari 2008 werd op verzoek de ten laste van een fbi ingehouden Nederlandse dividendbelasting⁴ aan haar teruggegeven op grond van art. 10 lid 2 Wet DB 1965 (oud). Daarnaast kon een fbi kiezen voor een verrekening van de dividendbelasting op de voet van art. 25 lid 1 Wet VPB 1969.

Ten aanzien van buitenlandse bronheffingen (op ontvangen buitenlandse dividenden ingehouden buitenlandse dividendbelasting) voorzagt art. 28 lid 1 onderdeel b Wet VPB 1969 juncto art. 6 Besluit Beleggingsinstellingen in een tegemoetkoming. Het is de omvang van deze tegemoetkoming die onderwerp is van geschil bij het HvJ EG. De regeling compenseert de beleggingsinstelling voor het feit dat de tussenschakeling van een belegger en zijn beleggingen, de verrekening van buitenlandse bronbelasting onmogelijk maakt. De te verlenen tegemoetkoming maakt deel uit van de belastbare winst van de beleggingsinstelling en verhoogt daarmee de voor uitdeling beschikbare winst.

De in het geding zijnde tegemoetkoming is onderworpen aan een aantal voorwaarden, waaronder de zogenoemde verdragtoets en de aandeelhouderstoets. In geschil is de vraag of deze beide toetsen in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht.

3. Aangaande de zogenoemde verdragtoets vraagt de verwijzende rechter (Hoge Raad) aan het HvJ EG of art. 56 en 58 EG-Verdrag (vrijheid van kapitaalverkeer) zich verzetten tegen een wettelijke regeling waarbij de tegemoetkoming voor de fbi wordt beperkt tot het bedrag aan buitenlandse bronbelasting dat een Nederlandse aandeelhouder bij een rechtstreekse belegging van zijn geld in een buitenlandse onderneming op basis van een vigerend bilateraal belastingverdrag had kunnen verrekenen. Specifiek betreft het in dit geval de relatie met de landen Duitsland en Portugal. Met Duitsland bestond op het in geding zijnde tijdstip wel een bilateraal belastingverdrag, maar dit voorzagt niet in

een verrekening van buitenlandse bronbelasting, met Portugal bestond toentertijd nog in het geheel geen bilateraal belastingverdrag.

Volgens het HvJ EG is deze verdragtoets niet in strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer als bedoeld in art. 56 EG-Verdrag. Weliswaar worden Duitse en Portugese dividenden op deze wijze minder gunstig behandeld dan dividenden uit sommige (andere) verdragsstaten, maar dit vloeit volgens het Hof voort uit het verschil in verdragsituatie en er is daardoor sprake van objectief van elkaar verschillende situaties. Reeds in de bekende D-zaak⁵ oordeelde het HvJ EG dat meestbegünstiging geen Europeesrechtelijk beginsel is en dat Nederland een in Duitsland woonachtige belastingplichtige niet dezelfde fiscale behandeling behoeft te geven als een Belgische ingezetene, simpelweg omdat het belastingverdrag Nederland-Duitsland een andere inhoud heeft dan het bilaterale belastingverdrag dat gesloten is tussen Nederland en België. Dat de Nederlandse dividendbelasting in een dergelijke situatie volledig aan de fbi wordt teruggegeven doet daar volgens het HvJ EG niet aan af. Het betreft immers een andere situatie, te weten een puur binnenlandse aangelegenheid.

4. Zoals Burgers in haar annotatie bij het arrest onder BNB 2008/290 terecht opmerkt is het doel van de regeling voor het HvJ EG maatgevend bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit komt pregnant naar voren bij de hiervoor beschreven verdragtoets, alwaar A-G Bot wél een inbreuk aanwezig achtte op de vrijheid van kapitaalverkeer, doch het Hof deze niet aanwezig achtte. Het HvJ EG kent namelijk in betekende mate betekenis toe aan de situatie hoe de positie van de aandeelhouder zou zijn indien geen fiscale beleggingsinstelling zou zijn tussengeschoven. Door een vergelijking met een rechtstreekse belegging door een particuliere aandeelhouder concludeert het Hof dat de verdragtoets géén strijd oplevert met de vrijheid van kapitaalverkeer.

5. De aandeelhouderstoets kon echter geen genade vinden in de ogen van het HvJ EG wegens strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer. De aan OESF te verlenen tegemoetkoming volgens het toenmalige art. 6 Besluit Beleggingsinstellingen is beperkt met het evenredige aandeel van buitenlandse aandeelhouders in het kapitaal van OESF. Doordat de voor uitdeling beschikbare winst, berekend met inachtneming van de tegemoetkoming voor buitenlandse bronbelasting, naar evenredigheid wordt verdeeld tussen alle aandeelhouders van de fbi, worden

alle aandeelhouders ongeacht het land waar zij wonen door de aandeelhouderstoets benadeeld. De regeling creëert volgens het Hof namelijk een ongelijke behandeling tussen beleggingsinstellingen waarvan alle aandeelhouders in Nederland wonen of gevestigd zijn, en beleggingsinstellingen met aandeelhouders woonachtig c.q. gevestigd niet alleen in Nederland maar ook in andere landen. Het is voor een fbi derhalve voordeliger, aldus het Hof, om aandeelhouders aan te trekken die woonachtig zijn of gevestigd zijn in Nederland, want hoe geringer de deelneming van in andere lidstaten woonachtige of gevestigde aandeelhouders in haar kapitaal, hoe hoger de aan de aandeelhouders uit te keren winst uitvalt. Daarmee kunnen beleggers uit andere lidstaten erdoor worden afgeschrikt om aandelen in deze beleggingsinstelling te kopen. De ongeoorloofde inperking van de vrijheid van kapitaalverkeer heeft naar het oordeel van het Hof in gelijke mate te gelden in relatie tot derde landen, tenzij de aandeelhouderstoets wordt gesauveerd door de standstill-bepaling van art. 57 EG-Verdrag. In die zin ziet het HvJ EG dan ook geen verschil tussen de aard en omvang van de vrijheid van kapitaalverkeer bij relaties tussen lidstaten dan wel tussen lidstaten en derde landen.

Het Hof herhaalt⁶ echter wel dat er mogelijk verschillen kunnen zijn ten aanzien van door de lidstaten aan te voeren rechtvaardigingsgronden, daar waar het de relatie met derde landen betreft. In r.o. 90 stelt het Hof: 'Het is voorts niet uitgesloten dat een lidstaat zou kunnen aantonen dat een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen om een bepaalde reden gerechtvaardigd is, in omstandigheden waarin die reden geen geldige rechtvaardiging zou opleveren voor een beperking van het kapitaalverkeer tussen lidstaten.' Een dergelijke uitzonderlijke rechtvaardigingsgrond in relatie tot derde landen is door het Hof recent erkend in het arrest Zweedse A.⁷ Deze zaak betrof een in Zweden woonachtige aandeelhouder A van een in Zwitserland gevestigde vennootschap O, die het voornemen had om aandelen in één van haar dochtermaatschappijen in de vorm van dividend uit te keren. In Zweden geldt voor een dergelijke uitkering – onder voorwaarden – een belastingvrijstelling. In relatie tot derde landen – zoals Zwitserland – geldt in Zweden onder ander als additionele voorwaarde dat er een belastingverdrag moet zijn en dat het verdrag een bepaling bevat over de uitwisseling van inlichtingen. In het geval van Zwitserland was dit niet het geval. Volgens de Zweedse Belastingdienst valt bij gebreke van informatie-uitwisseling in het geval van Zwitserland niet te controleren of bij de uitkering door de Zwitserse vennootschap aan alle voorwaarden voor de toepassing van

de vrijstelling wordt voldaan. De vrijstelling is volgens de Zweedse Belastingdienst dan ook niet van toepassing. Door het HvJ EG wordt deze specifieke rechtvaardigingsgrond in relatie tot derde landen – rechtvaardiging ontleend aan de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen – in het geval van Zweedse A erkend. Het Hof overweegt dienaangaande (r.o. 63) als volgt: 'Hieruit volgt dat wanneer de regeling van een lidstaat de toekenning van een fiscaal voordeel afhankelijk stelt van de vervulling van voorwaarden waarvan de naleving enkel kan worden gecontroleerd middels het verkrijgen van inlichtingen van de bevoegde autoriteiten van een derde land, deze lidstaat in beginsel dit voordeel mag weigeren, wanneer, met name vanwege het ontbreken van een verdragsverplichting voor dit derde land om informatie te verstrekken, het onmogelijk blijkt om deze inlichtingen van dit land te krijgen.'

In de zaak OESF heeft Nederland bij de aandeelhouderstoets eveneens een beroep gedaan op deze specifieke rechtvaardigingsgrond in relatie tot derde landen, doch deze is door het Hof mijns inziens terecht afgewezen. De beperking van de in geding zijnde tegemoetkoming maakt namelijk geen onderscheid of aandeelhouders woonachtig of gevestigd zijn in een lidstaat dan wel in een derde land. Op dezelfde grond strandt eveneens het beroep van de Nederlandse regering op nog weer een nieuwe rechtvaardigingsgrond te weten de noodzaak om vermindering van belastingopbrengsten te voorkomen.

6. De standstillbepaling van art. 57 EG-Verdrag inhoudende dat alle op 31 december 1993 bestaande inbreuken op de vrijheid van kapitaalverkeer in relatie tot derde landen worden gesauveerd, verwijst onder meer naar het begrip 'directe investeringen' door beleggers. Het HvJ EG definieert dit begrip als een investering door natuurlijke personen of rechtspersonen verricht en gericht op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen zijn bestemd met het oog op de uitoefening van een economische activiteit. Dit impliceert dat de aandelen de aandeelhouder hetzij ingevolge de bepalingen van de nationale wetgeving op de vennootschappen, hetzij uit anderen hoofde, de mogelijkheid moeten bieden om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap. De Hoge Raad zal nu moeten beslissen of in casu aan deze voorwaarde wordt voldaan bij participaties in OESF van Nederlands-Antilliaanse particulieren (in totaal 3,11%), Amerikaanse particulieren (in totaal 0,07%),

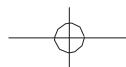
Zwitserse particulieren (in totaal 0,44%) en Zwitserse lichamen (in totaal 0,71%). Naar het oordeel van de Hoge Raad in zijn arrest van 9 januari 2009, nr. 40 037 is hiervan geen sprake. Hij verwijst naar het oordeel van het HvJ EG dat het bij directe investeringen gaat om investeringen die door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht en gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische functie. Volgens de Hoge Raad is dat bij het participeren in een beleggingsinstelling over het algemeen niet het geval. In deze specifieke casus is dienaangaande ook niets door belanghebbende of de inspecteur aangevoerd en heeft het Gerechtshof Amsterdam ook geen feiten vastgesteld die erop duiden dat er daarentegen wél sprake is van duurzame betrekkingen.

7. Met ingang van 1 januari 2008 is bovengenoemde regeling gewijzigd. De regeling inzake teruggaaf van ingehouden dividendbelasting en een tegemoetkoming voor buitenlandse bronbelasting zijn vervallen. In plaats daarvan is de mogelijkheid gecreëerd om zowel de Nederlandse dividendbelasting als de buitenlandse bronheffing in mindering te brengen op de door de fbi zelf af te dragen dividendbelasting (aangaande door haar uitgekeerd dividend).⁸ Naar het zich laat aanzien is deze nieuwe regeling in grote lijnen EU-proof, terwijl er toch nog de ene of andere fiscale oneffenheid is blijven bestaan.⁹ Bovendien heeft Nederland, vooruitlopend op de uitkomst van het OESF-arrest, de regelgeving inzake de vennootschapsbelasting zodanig gewijzigd dat per 1 augustus 2007 geen eisen meer worden gesteld aan de vestigingsplaats van de fbi. Ook een buitenlandse fbi met een vaste inrichting in Nederland kan met ingang van genoemde datum een beroep doen op het fbi-regime.

8. Het onderhavige OESF-arrest is een goed voorbeeld van een arrest van het HvJ EG waarbij het Hof zich over een fiscaal-technisch gecompliceerde materie heeft moeten buigen. Met name A-G Wattel bij de Hoge Raad heeft in het verleden herhaaldelijk zijn bedenkingen geuit tegen een dergelijke situatie. Gegeven het feit dat het HvJ EG alsmede de A-G's bij het Hof niet 'bemensd' zijn met fiscale specialisten, zou het Hof volgens hem in een dergelijke situatie geen zinnig arrest kunnen wijzen eenvoudigweg omdat het Hof de reikwijdte van de fiscale problematiek niet kan overzien. De tijd heeft inmiddels geleerd dat deze voorspelling niet is uitgekomen. Indien met name ook de

procespartijen alsmede de verwijzende rechter maar moeite genoeg doen om een fiscaal-technisch gecompliceerde regeling op een heldere wijze aan het Hof uit te leggen, slaagt het HvJ EG er zeer wel in deze regeling Europeesrechtelijk te duiden.

9. Bij de belastingheffing over uitgekeerde dividenden, komen er een drietal belastingen in beeld te weten de vennootschaps-, dividend- en inkomstenbelasting. Over winsten van aandelenvennootschappen wordt allereerst vennootschapsbelasting geheven, vervolgens is bij de uitkering van dividend mogelijkwerwijs dividendbelasting verschuldigd en aan de ontvangende kant is onder omstandigheden inkomstenbelasting (bij particuliere aandeelhouders) of vennootschapsbelasting (bij lichamen/aandeelhouders) verschuldigd. Lidstaten passen aan de ontvangende kant soms een vrijstellings- en soms een verrekeningsmethode toe. Aangezien al deze vormen van belastingheffing binnen de Europese Unie niet zijn geharmoniseerd,¹⁰ zorgt dit in de sfeer van grensoverschrijdende dividendbetalingen voor grote problemen in relatie tot de toepassing van het gemeenschapsrecht. Daarbij gaat het zowel om economisch dubbele belastingheffing (de combinatie van vennootschaps- en inkomstenbelasting) als om juridisch dubbele belastingheffing (de combinatie van dividend- en inkomstenbelasting). Het gaat zowel om situaties van bronheffingen (outbound dividend) als de belastingheffing op inkomende dividenden (inbound dividend). Het HvJ EG heeft de afgelopen tien jaar een stroom van arresten gewezen op het terrein van grensoverschrijdende dividendbetalingen¹¹ waarbij diverse elementen van deze gecombineerde vorm van belastingheffing door de Europese rechters zijn getoetst. Het onderhavige OESF-arrest is een voorbeeld van één zo'n aspect en wel aangaande het fiscale regime van de Nederlandse fiscale beleggingsinstelling. Een stuk van de problematiek zou al kunnen worden weggenomen door in Europees verband de dividendbelasting in zijn geheel af te schaffen, maar Nederland en ook andere lidstaten willen zover nog niet gaan. Als wellicht voorbode voor een algehele afschaffing heeft Nederland met ingang van 1 januari 2007 het algemene tarief voor de dividendbelasting verlaagd van 25% naar 15%.¹² Uiteindelijk is ook hier een verregaande harmonisatie van nationale wetgevingen op het terrein van directe belastingen de sleutel om de diverse fiscale problemen op het terrein van grensoverschrijdende dividendbetalingen in relatie tot het gemeenschapsrecht op te lossen. Maar de Europese molens malen traag, om niet te zeggen zeer traag.



Alsdan kan alleen het HvJ EG stukje bij beetje, maar gestaag, lidstaten een groter bewustzijn op het terrein van Europees belastingrecht bijbrengen.

G.T.K. Meussen

Voetnoten

- 1 Zie tevens O.C.R. Marres voor een commentaar op dit arrest in NTFR-B 2008/35 alsmede I.J.J. Burgers in een annotatie bij het arrest in BNB 2008/290.
- 2 Vanaf 1 augustus 2007 kunnen fiscale beleggingsinstellingen verzoeken om toepassing van het regime van de vrijgestelde beleggingsinstelling op de voet van art. 6a Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De zogenoemde vbi is vrijgesteld van de heffing van vennootschaps- en dividendbelasting doch geniet geen verdragsbescherming. Voor een overzicht van deze regeling zij onder meer verwezen naar J.A. Hoefstmit, 'Een nieuw regime voor beleggingsinstellingen, het werd hoog tijd!', WFR 2007/1189 en E.J. Spoelder, 'Techniek en toepassing van de vrijgestelde beleggingsinstelling', MBB 2007, 215.
- 3 Beleggers kunnen door de grotere expertise verwachten bij een beleggingsinstelling een groter rendement op hun beleggingen te halen, maar indien dit geheel ongedaan wordt gemaakt door een hogere belastingdruk, zullen zij massaal afhaken.
- 4 Bedacht dient te worden dat de dividendbelasting een voorheffing is op door een particuliere aandeelhouder verschuldigde inkomstenbelasting of een door een 'corporate' aandeelhouder verschuldigde vennootschapsbelasting.
- 5 HvJ EG 5 juli 2005, C-376/03, D-zaak, Jur., p. I-5821.
- 6 Vergelijk r.o. 171 in het arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, HvJ EG 12 december 2006, zaak C-446/04, Jur 2006, p. I-11753 en r.o. 37 uit het arrest *Zweedse A*, HvJ EG 18 december 2007, zaak C-101/05, Jur. 2007, p. I-11531.
- 7 HvJ EG 18 december 2007, zaak C-101/05, *Zweedse A*, V-N 2008/7.14.
- 8 Vergelijk art. 11a Wet DB 1965.
- 9 Vergelijk de Redactie van het Vakstudienieuws in een commentaar op het OESF-arrest in V-N 2008/28.11 alsmede V-N 2007/52.3. Zie tevens Burgers in haar noot onder BNB 2008/290, p. 4409 en 4410.
- 10 Een partiële harmonisatie op het terrein van de dividendbelasting is bereikt door de introductie van de zogenoemde Moederdochterrichtlijn: Richtlijn van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, nr. 90/435/EEC, PbEG 1990, L 225. De richtlijn heeft betrekking op winstuitkeringen die worden gedaan door een in een lidstaat gevestigde, kwalificerende vennootschap aan een in een andere lidstaat gevestigde kwalificerende vennootschap. Op het niveau van de uitkerende vennootschap dient een bronheffing in de vorm van een dividendbelasting achterwege te blijven. Op het niveau van de ontvangende vennootschap dient hetzij een vrijstelling van vennootschapsbelasting te worden toegepast, hetzij een verrekening van de in het ontvangen dividend begrepen onderlig-

gende buitenlandse vennootschapsbelasting te worden verleend, onder omstandigheden met verrekening van alle vennootschapsbelasting die in voorgaande schakels in een vennootschapsketen is geheven.

- 11 Zonder de pretentie van volledigheid vermeld ik hier onder meer: HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98, *Verkooijen*; HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-315/02, *Lenz*; HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02, *Manninen*; HvJ EG 14 november 2006, zaak C-513/04, *Kerckhaert-Morres*; HvJ EG 12 december 2006, zaak C-446/06, *Test Claimants in the FII Group Litigation*; HvJ EG 12 december 2006, zaak C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*; HvJ EG 18 december 2007, zaak C-101/05, *Zweedse A*, alsmede HvJ EG 18 december 2008, zaak C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*.
- 12 In de meeste bilaterale belastingverdragen bedraagt het van toepassing zijnde tarief voor de dividendbelasting voor zogenoemde portfoliodividen 15%. Door de verlaging van het tarief tot 15% is met name voor particuliere buitenlandse aandeelhouders een enorme vereenvoudiging bereikt.

R E C E N T V E R S C H E N E N

De rubriek recent verschenen wordt verzorgd door mr. H.J. van Harten en mr. drs. T.W.B. Beukers, beiden verbonden aan het Europa Instituut van de Universiteit van Amsterdam. Heeft u een recente publicatie (boek, proefschrift, oratie etc.) die relevant voor dit tijdschrift kan zijn of wilt u de aandacht op een recente, relevante publicatie vestigen, dan bent u van harte uitgenodigd contact op te nemen.

Per adres: Europa Instituut, Universiteit van Amsterdam, Postbus 1030, 1000 BA Amsterdam. Per email: h.j.vanharten@uva.nl, t.beukers@uva.nl.

57 J. Meeusen, G. Straetmans en A.M. van der Bossche (red.)

Het Verdrag van Lissabon: de Europese impasse doorbroken (?)

Antwerpen: Intersentia 2008, ISBN 978-9050958486, 114 p., €33

Dit boek over het Verdrag van Lissabon is het vierde deel in de serie *Studies Europees Recht* Universiteit Antwerpen. Hoewel de toekomst van het Verdrag van Lissabon onzeker is, is een nauwkeurige analyse van de verdrags teksten volgens de redacteurs van deze bundel nog steeds belangrijk.

Van den Bossche stelt in de eerste bijdrage de vraag voor hoe lang het Verdrag van Lissabon

