

'TWO IS COMPANY, THREE IS A CROWD'. OVER DE STREKKING VAN DE VRIJHEID VAN KAPITAALVERKEER MET BETREKKING TOT DIVIDENDEN VAN EN NAAR DERDELANDEN

MR. J. VAN DER WAL¹

1 Inleiding

'Two is company, three is a crowd' is naar verluidt al sinds 1546 een Engels gezegde waarmee wordt aangegeven dat een derde persoon in het gezelschap de ideale combinatie van het paar verpest en dus eigenlijk niet echt welkom is. Hetzelfde gevoel kan men bekruipen wanneer men de jurisprudentie van het HvJ EU leest, waarin belastingplichtigen het HvJ EU verzochten belastingheffingen van de lidstaten te toetsen aan het verbod op belemmeringen van de vrijheid van kapitaalverkeer:² de vrijheid van kapitaalverkeer is in 1992 in gelijke bewoording en in hetzelfde EU-verdragsartikel van toepassing verklaard op niet-EU-lidstaten (hierna: 'derdelanden') en toch lijkt de vrijheid van kapitaalverkeer tussen EU-lidstaten en derdelanden 'anders' (lees: beperkter) dan de vrijheid van kapitaalverkeer tussen EU-lidstaten onderling.

Hoewel de vrijheid van kapitaalverkeer van invloed kan zijn op allerlei belastingheffingen over verscheidene soorten kapitaalbewegingen,³ richt ik mij uitsluitend op

de belastingheffing over dividenden. In deze bijdrage bespreek ik de vraag of de strekking van de vrijheid van kapitaalverkeer beperkter is wanneer het dividenden van en naar *derdelanden* betreft, waarbij ik de situatie van de aandeelhouder-natuurlijk persoon buiten beschouwing laat. De uitspraak van het HvJ EU in de gevoegde zaken Haribo en Oostenrijkse Salinen⁴ (hierna kortweg: 'Haribo') speelt bij de beantwoording van deze vraag een belangrijke rol. In onderdeel 2 geef ik daarom een beknopte beschrijving van de Haribo-casus. Na het in perspectief plaatsen van deze bijdrage in onderdeel 3, bespreek ik in onderdeel 4 de vraag of de vrijheid van kapitaalverkeer *in zijn algemeenheid* beperkter is wanneer het de relatie met derdelanden betreft. En in onderdeel 5 ga ik in op de vraag of de vrijheid van kapitaalverkeer op grond van de specifieke EU-verdragsbepalingen⁵ een beperktere strekking heeft wanneer het dividenden van en naar derdelanden betreft.

2 De Haribo-casus

Hoewel deze bijdrage niet bedoeld is als een inhoudelijke behandeling van Haribo, rechtvaardigt het belang van Haribo voor de bijdrage een beknopte beschrijving van de Haribo-casus. In 2001 ontving het Oostenrijkse Hari-

1 De auteur is als belastingadviseur verbonden aan Otterspeer, Haasnoot & Partners en is tevens freelancedocent internationaal belastingrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Hierna ook wel kortweg 'de vrijheid van kapitaalverkeer'. Zie voor een helder overzicht van de HvJ EU-jurisprudentie ter zake, onder andere Martha O'Brien 'Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues', *British Tax Review* 2008, issue 6, blz. 651 e.v.

3 Te denken valt onder andere aan belastingheffing over dividenden uit aandelen, rente op leningen, vermogenswinsten, successierechten, pensioenen.

4 HvJ EU 10 februari 2011, zaak C-436/08 (Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH), en C-437/08 (Oostenrijkse Salinen AG).

5 Dit betreft in het bijzonder de dwingende redenen van algemeen belang, die beter bekend staan als de 'rechtvaardigingsgronden'.

bo portfoliodividenten⁶ van vennootschappen gevestigd in andere lidstaten en van vennootschappen gevestigd in derdelanden. In Oostenrijk waren binnenlandse portfoliodividenten vrijgesteld van vennootschapsbelasting. Portfoliodividenten uit andere lidstaten en EER-lidstaten waren vrijgesteld mits belastingplichtigen onder andere konden aantonen dat de buitenlandse heffing vergelijkbaar is met de Oostenrijkse, dat het tarief vergelijkbaar is en dat geen sprake is van een vrijstelling. Een belastingplichtige die daar niet toe in staat was, kon in aanmerking komen voor een verrekening, mits bewijs kon worden geleverd van de in het buitenland betaalde belasting. Ten aanzien van EER-lidstaten gold dan bovendien de voorwaarde dat tussen Oostenrijk en de desbetreffende EER-lidstaat een verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand was gesloten. Portfoliodividenten uit derdelanden kwamen per definitie niet in aanmerking voor vrijstelling of verrekening.

Ten aanzien van het feit dat portfoliodividenten uit derdelanden in aanmerking kwamen voor vrijstelling noch verrekening, oordeelde het HvJ EU dat sprake is van een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer. Vervolgens oordeelt het HvJ EU dat deze belemmering niet gerechtvaardigd wordt door enige dwingende reden van algemeen belang.⁷ Beoordeeld werden de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid in combinatie met het gebrek aan wederkerigheid van verplichtingen, de derving van belastinginkomsten en de noodzaak om de doeltreffendheid van fiscale controles te waarborgen. Op dit deel van de uitspraak kom ik in onderdeel 5 terug.

6 In *Haribo* gedefinieerd als dividenden uit aandelenbelangen van minder dan 10% van het kapitaal.

7 Beter bekend als de rechtvaardigingsgronden.

8 Gedoeld wordt hier op de jurisprudentie van het HvJ EU (onder andere HvJ EG 24 mei 2007, zaak C-157/05 (*Holbock*); HvJ EG 26 juni 2008, zaak C-284/06 (*Burda*), en HvJ EG 17 september 2009, zaak C-182/08 (*Glaxo Wellcome*), op grond waarvan wetgeving die uitsluitend ziet op meerderheidssituaties ('specifieke wetgeving') alleen aan de vrijheid van vestiging kan worden getoetst, terwijl wetgeving waarvan de toepasselijkheid niet afhankelijk is van de omvang van het belang ('generieke wetgeving') a. uitsluitend aan de vrijheid van vestiging kan worden getoetst als de aandeelhouder een belang heeft dat hem in staat stelt beslissende invloed op de besluitvorming uit te oefenen en de activiteiten te bepalen, en b. aan het vrije kapitaalverkeer kan worden getoetst wanneer de aandeelhouder niet een dergelijk belang heeft.

3 Het referentiekader

De vrijheid van kapitaalverkeer zoals neergelegd in art. 63 VWEU is de enige van de 'EU-vrijheden' die van toepassing kan zijn op de relatie tussen EU-lidstaten en derdelanden. In derdelandensituaties zal het daarom steeds om de toepasselijkheid van deze vrijheid te doen zijn.

De mogelijke 'verdrijvende werking van de vrijheid van vestiging'⁸ vormt de facto reeds een belangrijke eerste inperking van de toepassing van de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit geldt evenzeer voor de relatie tussen EU-lidstaten onderling als voor de relatie tussen EU-lidstaten en derde landen. Echter, in het laatste geval laat deze beperking zich veel sterker voelen, wegens de volledige 'afhankelijkheid' van de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit overigens met het gevolg dat meerderheidsinvesteringen in of vanuit derdelanden onder het EU-recht geen 'bescherming' kunnen genieten, terwijl minderheidsinvesteringen in of vanuit derdelanden wel bescherming kunnen genieten. Dit gevolg lijkt – op zijn minst gevoelsmatig – onlogisch en onrechtvaardig, omdat meerderheidsinvesteringen meer economische binding hebben met het land waarin geïnvesteerd wordt dan minderheidsinvesteringen. De verdrijvende werking van de vrijheid van vestiging heeft echter al de nodige penen in beweging gebracht⁹ en zal daarom, hoewel nog steeds niet uitgekristalliseerd, in deze bijdrage met rust gelaten worden.

Wanneer de sluis van de verdrijvende werking van de vrijheid van vestiging eenmaal is gepasseerd en geconstateerd is dat een nationaal-rechtelijke bepaling in beginsel een belemmering van het vrije kapitaalverkeer oplevert, dient zich gelijk de volgende horde aan: de 'standstillclausule' van art. 64 VWEU. Onder deze bepaling zijn, kort gezegd, alle belemmeringen van het vrije kapitaalverkeer richting derdelanden betreffende 'directe investeringen' die op 31 december 1993 reeds bestonden, toegestaan zonder dat daarvoor een specifieke rechtvaardigingsgrond is vereist. Directe investeringen zijn in de jurisprudentie van het HvJ EU uitgelegd als investeringen die 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 activiteit, hetgeen bij aandelenbelangen veronderstelt dat de aandelen een aandeelhouder de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over

9 Zie onder andere prof. dr. S.J.C. Hemels en mr. J.W. Rompen, 'Vestiging of kapitaalverkeer, welke vrijheid heeft prioriteit', *WFR* 2010/1058; M.G.H. van der Kroon, 'Het Baarscriterium krijgt invulling', *WFR* 2010/229.

de betrokken vennootschap.¹⁰ Als gevolg van het feit dat de standstillclausule alleen van toepassing kan zijn bij directe investeringen en directe investeringen doorgaans grotere belangen plegen te zijn, genieten geringe belangen – wederom – eerder bescherming onder de vrijheid van kapitaalverkeer dan grotere belangen.

De vraag of de vrijheid van kapitaalverkeer een beperktere strekking heeft wanneer het dividend van en naar derdelanden betreft, is dan ook vrijwel uitsluitend van belang voor minderheidsinvesteringen die bovendien geen 'directe investeringen' zijn in de zin van de standstillclausule.¹¹ In de zaak-Haribo stelt het HvJ EU dat investeringen van minder dan 10% van het kapitaal niet binnen de werkingssfeer van de standstillclausule vallen¹² en bevestigt het daarmee impliciet dat kapitaaldeelnamen van minder dan 10% geen directe investeringen zijn. Het is, voor zover mij bekend, voor het eerst dat het HvJ EU zich *kwantitatief* uitlaat over het begrip 'directe investeringen'.¹³ Het lijkt aannemelijk dat het HvJ EU hiermee heeft bedoeld aan te sluiten bij de minimumkapitaaldeelname voor vrijstelling van winstbelasting en bronbelastingen zoals bedoeld in art. 3 moeder-dochterrichtlijn. Hoewel niet valt uit te sluiten dat ook kapitaaldeelnamen van 10% of meer beschermd worden door de vrijheid van kapitaalverkeer,¹⁴ lijkt na Haribo de toepassing van de vrijheid van kapitaalverkeer op

kapitaaldeelnamen van minder dan 10% in elk geval verzekerd. In het vervolg van deze bijdrage zal ik mij daarom verder beperken tot dividenden uit deze categorie van kapitaaldeelnamen, die ik hierna kortweg zal aanduiden als 'portfoliodividenden'.

4 Heeft de vrijheid van kapitaalverkeer in de relatie met derdelanden een algemeen beperktere strekking?

Uit de vaste jurisprudentie van het HvJ EU valt het volgende stappenplan af te leiden, aan de hand waarvan uiteindelijk wordt bepaald of de vrijheid van kapitaalverkeer zich inderdaad verzet tegen een potentieel belemmerende nationale regeling:

1. Heeft de belanghebbende toegang tot het verdrag?
2. Is er sprake van een kapitaalbeweging?
3. Is de vrijheid van kapitaalverkeer de toepasselijke EU-vrijheid?
4. Belemmert de in het geding zijnde nationaalrechtelijke regeling het vrije kapitaalverkeer?
5. Is deze belemmering toelaatbaar onder de standstillclausule?
6. Wordt de belemmering gerechtvaardigd door bepalingen in het EU verdrag of door dwingende redenen van algemeen belang en wordt daarbij voldaan aan de 'proportionaliteitseis'?¹⁵

In de Zweedse A-zaak¹⁶ verdedigden de regeringen van verschillende betrokken lidstaten voor het HvJ EU de stelling dat de vrijheid van kapitaalverkeer een *algemeen* beperktere strekking heeft wanneer het de relatie met derdelanden betreft.¹⁷ Daarmee trachtten deze regeringen ten aanzien van derdelanden een principieel beperktere invulling van de vierde stap van het toetsingskader te bewerkstelligen. Zij beargumenteerden daartoe dat: – de liberalisatie van het kapitaalverkeer met derde landen een ander doel zou nastreven dan de liberalisatie tussen de lidstaten onderling. In de betrekkingen met derde landen zou het niet gaan om de verwezenlijking van de interne markt, maar om het waarborgen van de geloofwaardigheid van de gemeenschappelijke eenheidsmunt op de wereldwijde financiële markten en het handhaven, in de lidstaten, van financiële centra op wereldschaal;

10 HvJ EG 12 december 2006, zaak C-446/05 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), punt 180-182.

11 *Immers, potentiële belemmeringen van de vrijheid van kapitaalverkeer met betrekking tot dividenden bestaan doorgaans reeds op 31 december 1993.*

12 HvJ EU 10 februari 2011, zaak C-436/08 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel Betriebs GmbH*), en zaak C-437/08 (*Osterreichische Salinen AG*), punt 137.

13 Het HvJ EU heeft in dit verband tot op heden slechts bevestigd dat als directe investeringen niet kunnen worden beschouwd deelnemingen in een vennootschap die niet worden genomen teneinde duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven tussen de aandeelhouder en de betrokken vennootschap en de aandeelhouder niet de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap (*Test Claimants in the FII Group Litigation*, r.o. 196). Wel heeft het HvJ EU zich, in onder andere HvJ EU 12 januari 2010, zaak C-311/08 (*SGI vs. Belgische Staat*), punt 34-35, *kwantitatief* uitgelaten over het begrip 'beslissende invloed' in het kader van de verdrijvende werking van het recht van vrije vestiging bij (substantiële) minderheidsinvesteringen, maar dat terzijde.

14 Zolang deze kapitaaldeelnamen niet worden genomen teneinde duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven en de aandeelhouder niet de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap.

15 *Dat wil zeggen, is de in het geding zijnde nationaalrechtelijke bepaling geschikt om het door deze bepaling nagestreefde doel te bereiken en gaat de bepaling niet verder dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken?*

16 HvJ EG 18 december 2007, zaak C-101/05 (*Skatteverket vs. A*).

17 Zie onder andere conclusie A-G Bot van 11 september 2007, zaak C-101/05 (*Skatteverket vs. A* ('Zweedse A-zaak')), punt 68-72.

– de liberalisatie van het kapitaalverkeer met derdelanden het resultaat is van een eenzijdige stap van de Gemeenschap die niet noodzakelijkerwijs door een tegenprestatie van deze landen is gevolgd ('gebrek aan wederkerigheid'). Zou in de betrekkingen met derde landen aan art. 56, eerste lid, EG-verdrag (thans art. 63 VWEU) dezelfde strekking worden toegekend als in het intracommunautaire kader, dan zou dit derhalve een verzwakking betekenen van de positie van de Gemeenschap in haar onderhandelingen met die landen;

– bij de uitlegging van art. 56, eerste lid, EG-verdrag, zou rekening moeten worden gehouden met het feit dat derdelanden niet gebonden zijn aan het gemeenschapsrecht en in het bijzonder niet aan richtlijn 77/799/EEG;¹⁸ en dat

– ook in aanmerking moet worden genomen dat de werkingssfeer van het vrije kapitaalverkeer en die van de vrijheid van vestiging elkaar kunnen overlappen. Daarom zou moeten worden vermeden dat door de uitlegging van art. 56, eerste lid, EG-verdrag, wat de betrekkingen met derdelanden betreft, marktdeelnemers die niet voldoen aan de voorwaarden voor een beroep op de vrijheid van vestiging in een lidstaat, kans zien om deze voorwaarden te omzeilen.

Het HvJ EU werd echter niet overtuigd. Zo overwoog het HvJ EU dat de lidstaten er destijds voor hebben gekozen om de vrijheid van kapitaalverkeer in hetzelfde artikel en in identieke bewoording te verankeren voor het kapitaalverkeer binnen de Unie en voor het kapitaalverkeer met derdelanden.¹⁹ Hier valt uit af te leiden dat, indien de EU-lidstaten een algemeen beperktere betekenis en strekking van de vrijheid van kapitaalverkeer tussen lidstaten en derdelanden voor ogen hadden, de lidstaten dit ook in de tekst van de vrijheid van kapitaalverkeer tot uitdrukking hadden kunnen, en moeten, brengen. Door dit willens en wetens na te laten kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de lidstaten aanvankelijk een vrij kapitaalverkeer naar derdelanden voor ogen hadden dat in beginsel gelijk is aan het vrije kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling.

Voorts overwoog het HvJ EU dat uit het geheel van de in het verdrag opgenomen bepalingen blijkt dat de lidstaten het nodig hebben gevonden vrijwaringsclausules en uitzonderingen op te nemen die specifiek van toepassing zijn op het kapitaalverkeer naar of uit derde landen. Dit teneinde rekening te houden met het feit dat het doel en

de juridische context van de liberalisatie van het kapitaalverkeer verschillen al naargelang het gaat om de betrekkingen tussen lidstaten en derdelanden of om het vrije verkeer van kapitaal tussen lidstaten onderling. Met andere woorden, voor zover bij de toetsing aan de vrijheid van kapitaalverkeer rekening moet worden gehouden met de verschillen in doelstelling en juridische context, voorziet het VWEU hier al in door middel van art. 64 en 65. Art. 64 VWEU betreft de standstillclausule. Art. 65 VWEU betreft de ongelijke behandeling van objectief ongelijke gevallen en de rechtvaardigingsgronden.²⁰

Uit bovengenoemde overwegingen kan worden afgeleid, dat de vrijheid van kapitaalverkeer geen algemeen beperktere strekking heeft wanneer het derdelanden betreft. A-G Kokott gaat een stap verder en meent zelfs dat het HvJ EU in de Zweedse A-zaak *uitdrukkelijk* heeft geweigerd het begrip 'beperking van het kapitaalverkeer' in de betrekkingen tussen lidstaten en derde landen anders uit te leggen dan in de betrekkingen tussen lidstaten.²¹ In een geheel andere zaak, *Prunus*,²² komt ook A-G Cruz Villalón tot deze conclusie.²³

Nu betrof de Zweedse A-zaak een situatie van EU *uitgaande* dividenden. Echter, op grond van *Haribo* kan worden geconcludeerd dat de vrijheid van kapitaalverkeer met betrekking tot EU *inkomende* dividenden evenmin

20 Art. 64 en 65 VWEU bevat ook een aantal bevoegdheden voor de Raad of de Commissie tot het nemen van 'noodmaatregelen', als gevolg waarvan belemmeringen van het vrije kapitaalverkeer gerechtvaardigd kunnen zijn. Tot deze maatregelen moet met eenparigheid van stemmen worden besloten. Dergelijke maatregelen zijn voor zover mij bekend nog nooit genomen en wellicht heeft dit met de, niet eenvoudig te realiseren, eenparigheid van stemmen te maken. In *Haribo* maar ook in de Zweedse A-zaak laat het HvJ EU deze bevoegdheden geheel buiten beschouwing.

21 HvJ EU 10 februari 2011, zaak C-436/08 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel Betriebs GmbH*), en zaak C-437/08 (*Osterreichische Salinen AG*), concl. A-G Kokott van 11 november 2010, punt 105.

22 HvJ EU 9 december 2010, zaak C-384/09 (*Prunus S.a.r.l.*), (uitspraak 5 mei 2011).

23 HvJ EU 9 december 2010, zaak C-384/09 (*Prunus S.a.r.l.*), (uitspraak 5 mei 2011), concl. A-G Villalón van 9 december 2010, punt 76: '(...) Op basis van deze premisse moet worden geconstateerd, zoals het hof deed in de arresten A en Test Claimants, dat het kapitaalverkeer naar of uit de Britse Maagdeneilanden in een andere juridische context plaatsvindt dan het kapitaalverkeer binnen de Unie. Hoewel dit verschil in rechtskader van beslissende invloed kan zijn bij de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden voor een maatregel als in casu in geding, belet het het hof in het geheel niet om rechtstreeks en zonder omwegen het bestaan van een beperking in de zin van artikel 63, lid 1, VWEU vast te stellen.'

18 EU-richtlijn betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen en heffingen op verzekeringspremies (richtlijn 77/799/EEG).

19 HvJ EG 18 december 2007, zaak C-101/05 (*Skatteverket vs. A*), punt 31.

een algemeen beperktere strekking heeft: in Haribo constateert het HvJ EU een belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer, zonder enige bijzonderheid te onderkennen in de derdelandenrelatie.²⁴

Kortom, als de strekking van de vrijheid van kapitaalverkeer al beperkter is wanneer het de relatie met derde landen betreft, zal dit gevonden moeten worden in de sfeer van de specifieke VWEU-bepalingen.

5 Heeft de vrijheid van kapitaalverkeer met betrekking tot portfoliodivenden van en naar derdelanden een beperktere strekking door de specifieke VWEU-bepalingen?

In Haribo vat het HvJ EU treffend samen dat een belemmerende nationaal-rechtelijke bepaling (die niet wordt gesauveerd door de standstillclausule) in feite slechts verenigbaar is met de vrijheid van kapitaalverkeer, indien het verschil in behandeling:

- betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn; of
- wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.²⁵

5.1 Objectief vergelijkbare situaties

In Haribo laat het HvJ EU er geen misverstand over bestaan dat de situatie van een vennootschap-aandeelhouder die portfoliodivenden uit een derdeland ontvangt, met betrekking tot een belastingregel als die in het hoofdgeding, die ertoe strekt een economische dubbele belasting over winstuitkeringen te voorkomen,²⁶ vergelijkbaar is met die van een vennootschap-aandeelhouder die binnenlandse portfoliodivenden ontvangt, voor zover de winst in beide gevallen in beginsel opeenvolgende keren kan worden belast.²⁷ Het HvJ EU past hier exact dezelfde overweging toe, die het eerder toepaste bij een EU-vennootschap-aandeelhouder die dividenden uit een andere EU-lidstaat ontving²⁸ en maakt dus geen onderscheid tussen EU-situaties en derdelandsituaties.

Nu betrof Haribo uitsluitend EU *inkomende* portfoliodivenden. Is bij EU *uitgaande* portfoliodivenden dan wel sprake van objectief ongelijke situaties? Uit vaste jurisprudentie van het HvJ EU²⁹ inzake de belastingheffing op uitgaande dividenden *binnen* de EU kan worden afgeleid dat, hoewel ingezeten aandeelhouders en niet-ingezeten aandeelhouders zich³⁰ niet noodzakelijkerwijs in dezelfde situatie bevinden, de situatie van deze niet-ingezeten aandeelhouders evenwel die van de ingezeten aandeelhouders benadert zodra een lidstaat³¹ niet alleen ingezeten aandeelhouders, maar ook niet-ingezeten aandeelhouders voor het dividend dat zij van een ingezeten vennootschap ontvangen, aan de inkomstenbelasting onderwerpt. Het is volgens het HvJ EU namelijk uitsluitend de uitoefening door deze staat van zijn fiscale bevoegdheid die, los van enige belasting in een andere lidstaat, een risico van opeenvolgende belastingheffingen of dubbele economische belasting meebrengt.³²

29 Zie onder andere HvJ EG 12 december 2006, zaak C-374/04 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*); HvJ EG 8 november 2007, zaak C-379/05 (*Amurta*), en HvJ EG 14 december 2006, zaak C-170/05 (*Denkavit Internationaal en Denkavit France*).

30 Met betrekking tot maatregelen die een lidstaat heeft getroffen om opeenvolgende belastingheffingen of dubbele economische belasting van door een ingezeten vennootschap uitgekeerde winst te voorkomen of te verminderen.

31 Hetzij unilateraal hetzij door het sluiten van overeenkomsten.

32 In een dergelijk geval worden de niet-ingezeten ontvangende vennootschappen volgens het HvJ EU alleen dan niet geconfronteerd met een in beginsel door artikel 56 EG-verdrag (thans art. 63 VWEU) verboden beperking van het vrije kapitaalverkeer, wanneer de staat van vestiging van de uitkerende vennootschap erop toeziet dat, wat het in zijn nationale recht vervatte mechanisme ter voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of dubbele economische belasting betreft, niet-ingezeten vennootschappen-aandeelhouders op dezelfde wijze worden behandeld als ingezeten vennootschappen-aandeelhouders; HvJ EG 8 november 2007, zaak C-379/05 (*Amurta*), punt 39. Dit aspect, de mogelijke 'neutralisatie' (impliciete rechtvaardiging) van belemmeringen door compenserende fiscale voordelen in het bestemmingsland (bijvoorbeeld een vrijstelling of verrekening, unilateraal toegekend dan wel voortvloeiend uit dubbelbelastingverdragen), dient op dezelfde wijze te worden uitgelegd voor EU-situaties en derdelandsituaties. Het kan daarom de vrijheid van kapitaalverkeer met betrekking tot derdelanden niet meer beperken dan de vrijheid van kapitaalverkeer binnen de EU. Ik laat dit aspect daarom verder buiten beschouwing. Voor meer over de neutralisatie van belemmeringen, zie onder andere HvJ EG 19 november 2009, zaak C-540/07 (*Commissie vs. Italiaanse Republiek*), en Hof Amsterdam 2 maart 2009, nr. 04/01252, 2009/23.15 (*Hof Amsterdam in Amurta, na verwijzing door HvJ EG*).

24 HvJ EU 10 februari 2011, concl. A-G Kokott bij zaak C-436/08 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH*), en zaak C-437/08 (*Osterreichische Salinen AG*), punt 109-110.

25 HvJ EU 10 februari 2011, zaak C-436/08 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH*), en zaak C-437/08 (*Osterreichische Salinen AG*), punt 112.

26 Vrijstelling, dan wel verrekening van de belasting in het bronland.

27 HvJ EU 10 februari 2011, zaak C-436/08 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH*), en zaak C-437/08 (*Osterreichische Salinen AG*), punt 113.

28 HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenue*).

Nu ingezeten aandeelhouders en niet-ingezeten aandeelhouders *binnen* de EU met betrekking tot uitgaande dividenden feitelijk in objectief vergelijkbare situaties verkeren, komt vervolgens de vraag op of dit evenzeer geldt voor aandeelhouders in *derdelanden*. Deze vraag is aan de orde gekomen in *Commissie vs. Nederland*.³³

.....

‘Het verschil in juridische integratie staat de lidstaten niet toe om ten aanzien van aandeelhouders in derdelanden materieel andere voorwaarden te hanteren’

.....

In *Commissie vs. Nederland* werd de Nederlandse vrijstelling van dividendbelasting voor ‘deelnemingssituaties’ aan de tand gevoeld. De Nederlandse regeling stelde dividenden betaald aan aandeelhouders-vennootschappen gevestigd in Nederland dan wel in de EU vrij van dividendbelasting indien zij ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal van de uitkerende Nederlandse vennootschap bezaten en ook overigens aan de voorwaarden voor de vrijstelling voldeden. Dividenden betaald aan aandeelhouders-vennootschappen gevestigd in EER-lidstaten, in casu Noorwegen en IJsland, werden op grond van deze regeling niet vrijgesteld.³⁴ De Nederlandse regering betoogde dat aandeelhouders in Noorwegen en IJsland (beide derdelanden) in een objectief andere situatie verkeerden dan aandeelhouders in lidstaten. Het verschil in situatie zou zijn gelegen in de omstandigheid dat krachtens de met Noorwegen en IJsland gesloten bilaterale verdragen niet kan worden verzekerd dat de desbetreffende ontvangende vennootschappen daadwerkelijk voldoen aan de voorwaarden van de vrijstelling. Aangezien richtlijn 77/799/EEG inzake wederzijdse bijstand niet van toepassing is op Noorwegen en IJsland, stelde de Nederlandse regering dat er geen

dwingende regel bestaat op grond waarvan het de inlichtingen kan inwinnen die zijn bedoeld om na te gaan of aan de voorwaarden voor de vrijstelling is voldaan. Het HvJ EU oordeelde in dit verband dat een dergelijk verschil in het juridische stelsel van verplichtingen van de betrokken staten op belastinggebied ten opzichte van dat van de lidstaten van de Gemeenschap, er weliswaar een rechtvaardiging voor vormt dat Nederland de vrijstelling van inhouding van bronbelasting op dividenden voor IJslandse en Noorse vennootschappen afhankelijk stelt van het bewijs dat zij daadwerkelijk voldoen aan de in de Nederlandse wettelijke regeling neergelegde voorwaarden, doch dat dit nog niet kan rechtvaardigen dat deze wettelijke regeling de vrijstelling afhankelijk stelt van het bezit van een grotere deelneming in het kapitaal van de uitkerende vennootschap. Anders gezegd, het verschil in juridische integratie tussen enerzijds lidstaten onderling en anderzijds lidstaten en derdelanden, staat de lidstaten toe van aandeelhouders in derdelanden te verlangen dat zij bewijs leveren van het voldoen aan de voorwaarden voor vrijstelling. Het staat de lidstaten echter niet toe om ten aanzien van aandeelhouders in derdelanden materieel andere (lees: zwaardere) voorwaarden te verbinden aan het in aanmerking komen voor de vrijstelling. Het HvJ EU zegt het niet met zoveel woorden, maar zijn uitspraak laat geen andere conclusie toe dan dat aandeelhouders in derdelanden zich, met betrekking tot dividenden ontvangen uit lidstaten, in beginsel in vergelijkbare situaties bevinden als aandeelhouders in lidstaten.

Ik concludeer dat de situatie van de EU-aandeelhouder die dividend uit een derdeland ontvangt in beginsel objectief vergelijkbaar is met die van de EU-aandeelhouder die dividend uit een andere lidstaat ontvangt. Evenzo is de situatie van de aandeelhouder in een derdeland die dividend ontvangt uit een lidstaat in beginsel objectief vergelijkbaar met de situatie van de EU-aandeelhouder die dividend ontvangt uit een andere lidstaat.³⁵

5.2 Dwingende redenen van algemeen belang

Dwingende redenen van algemeen belang die het HvJ EU in zijn jurisprudentie tot op heden heeft erkend als mogelijke rechtvaardigingen voor belemmerende maatregelen, zelfstandig dan wel in combinaties, zijn:

- evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid;

33 HvJ EG 11 juni 2009, zaak C-521/07 (*Commissie vs. Nederland*), punt 41 e.v.

34 Het was slechts op grond van de betreffende bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting dat aandeelhouders-vennootschappen in Noorwegen en IJsland in aanmerking konden komen voor vrijstelling van dividendbelasting, indien zij ten minste 25% respectievelijk 10% van het nominaal gestorte kapitaal van de uitkerende Nederlandse vennootschap bezaten.

35 Mogelijke objectieve verschillen kunnen uitsluitend worden gevonden in feitelijke omstandigheden, zoals de hoedanigheid van de aandeelhouder (vennootschap of particulier, vrijgesteld of onderworpen), de omvang en aard van het belang en de doelstelling van de in het geding zijnde nationale bepaling.

- het behoud van de fiscale coherentie van het nationale belastingstelsel;
- het voorkomen van belastingontduiking;
- het voorkomen van dubbele verliesnemings;
- de noodzaak om de doeltreffendheid van fiscale controles te waarborgen.

Daarnaast blijven de lidstaten altijd bevoegd om regels in te voeren of te handhaven die specifiek tot doel hebben volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de nationale wet te omzeilen of eraan te ontsnappen, van een belastingvoordeel uit te sluiten.³⁶

In *Test Claimants in the FII Group Litigation*³⁷ oordeelde het HvJ EU dat '(...) niet kan worden uitgesloten dat een lidstaat in staat zou zijn aan te tonen 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'. In feite zet het HvJ EU hier de deur open naar een ruimere toepassing van de dwingende redenen van algemeen belang op het kapitaalverkeer met derdelanden. Deze overweging is door het HvJ EU in meerdere arresten, waaronder de Zweedse A-zaak, herhaald en 'dreigt' vaste jurisprudentie te worden. Maar tot nu toe is, voor zover mij bekend, van een invulling van deze overweging nog niets terecht gekomen.

5.2.1 Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

In *Haribo* trachtten de regeringen van de betrokken lidstaten een ruimere toepassing van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te bewerkstelligen, door deze te koppelen aan een gebrek aan wederkerigheid van de zijde van derdelanden en de daarmee sterk verband houdende verslechtering van de positie van lidstaten bij verdragsonderhandelingen met derdelanden.³⁸ Het HvJ EU kan echter niet worden overtuigd en oordeelt uiteindelijk dat een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid de in het geding zijnde belemmering niet rechtvaardigt, met de volgende argumentatie: 'wanneer door een ingezeten vennootschap ontvangen portfoliodividenden op dezelfde wijze worden behandeld ongeacht of zij afkomstig zijn van een andere ingezeten vennootschap dan wel van een in derdeland gevestigde vennoot-

schap, heeft dit niet tot gevolg dat inkomsten die normaliter in de lidstaat van vestiging van de ontvangende vennootschap belastbaar zijn, worden verplaatst³⁹ naar het betrokken derdeland. Het gaat niet om de heffingsbevoegdheid voor economische activiteiten op het nationale grondgebied, maar om de belasting van buitenlandse inkomsten. Het verschil in behandeling van portfoliodividenden op grond van binnenlandse dan wel buitenlandse herkomst kan dus niet worden gerechtvaardigd uit hoofde van de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en andere derde staten dan de EER te handhaven.'

.....

'In dit licht is het ook te begrijpen waarom het HvJ EU de evenwichtige verdeling van de heffingsrechten en wederkerigheid van verplichtingen geheel van tafel veegt'

.....

Overigens is de uitspraak van het HvJ EU op dit punt in de literatuur⁴⁰ ook wel geïnterpreteerd als een *aanvaarding* door het HvJ EU dat de vrijheid van kapitaalverkeer beperkter is wanneer het de relatie met derdelanden betreft. Dit ten onrechte, omdat het HvJ EU⁴¹ namelijk louter refereert aan de stellingen ingenomen door de regeringen van de betrokken lidstaten en niet zijn eigen mening weergeeft. De Nederlandse vertaling van de uitspraak maakt deze cruciale nuance helaas niet heel duidelijk, maar de leidende Duitse vertaling wel,⁴² en de Engelse vertaling helemaal.⁴³ In dit licht is het ook te begrijpen waarom het HvJ EU, in de daarop volgende

³⁶ HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446/03 (*Marks & Spencer*), punt 57.

³⁷ HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation vs. Commissioners of Inland Revenue*), punt 171.

³⁸ HvJ EU 10 februari 2011, zaak C-436/08 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel Betriebs GmbH*), en zaak C-437/08 (*Osterreichische Salinen AG*), punt 118.

³⁹ Aangenomen wordt dat het HvJ EU hier doelde op een verplaatsing van het heffingsrecht over de inkomsten en niet op een verplaatsing van de inkomsten zelf.

⁴⁰ Zie V-N 2011/16.15, blz. 73/74, en V-N 2011/23.32.

⁴¹ In de betreffende r.o. 118.

⁴² De gekozen vervoeging van de gebruikte werkwoorden maakt duidelijk dat het gaat om een referentie naar stellingen van de regeringen van de betrokken lidstaten en niet om de eigen mening van het HvJ EU.

⁴³ In de Engelse versie spreekt het HvJ EU expliciet van 'those governments' en 'they' welke woorden duidelijk terug slaan op de stellingen van de regeringen van de betrokken lidstaten.

rechtsoverwegingen, de evenwichtige verdeling van de heffingsrechten en wederkerigheid van verplichtingen⁴⁴ – als mogelijke rechtvaardigingsgrond – geheel van tafel veegt.

In de omgekeerde situatie van EU *uitgaande* portfoliodividenden, lijkt een aanvaarding door het HvJ EU van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid niet ondenkbaar. De vraag is echter of de belastingheffing op EU uitgaande dividenden *wel* betrekking heeft op de 'heffingsbevoegdheid voor economische activiteiten op het nationale grondgebied'. En vervolgens, of een vrijstelling van belastingheffing op EU uitgaande dividenden *wel* tot gevolg kan hebben dat (het heffingsrecht over) 'inkomsten die normaliter in de lidstaat van vestiging van de uitkerende vennootschap belastbaar zijn, worden verplaatst naar het betrokken derdeland'. Ik meen dat het antwoord op beide vragen ontkennend luidt en dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid daarmee ook bij EU uitgaande portfoliodividenden geen rechtvaardiging kan zijn. Immers, de lidstaat van vestiging van de uitkerende vennootschap zal de winsten van de uitkerende vennootschap reeds vóór uitkering hebben belast⁴⁵ en op die manier de heffingsbevoegdheid voor economische activiteiten op het nationale grondgebied hebben uitgeoefend.⁴⁶ Voorts zijn dividenden geen inkomsten die 'normaliter in de lidstaat van vestiging van de uitkerende vennootschap (als bronland) belastbaar zijn'. Dividenden zijn volgens de internationaal aanvaarde OESO-standaard in beginsel belastbaar in zowel 'woonland' als 'bronland'.⁴⁷ Een uitsluitende woonstaathffing past volgens de OESO zelfs beter bij de aard van dividenden als inkomsten uit investeringen.⁴⁸ Wellicht zou kunnen worden gezegd dat (het heffingsrecht over) dividenden worden 'verplaatst', wanneer het bronland op grond van de vrijheid van kapitaalverkeer gehouden is het dividend vrij te stellen en het woonland daardoor geen verrekening verleent en het heffingsrecht 'opvult'. Echter, van een daadwerkelijk 'verplaatsen' is nog steeds geen sprake. Verplaatsing impliceert immers dat de woonstaat, indien

de bronstaat *niet* gehouden zou zijn het dividend vrij te stellen, geen heffingsrecht zou hebben dan wel vrijstelling of verrekening zou moeten toepassen. En dat de woonstaat dit heffingsrecht pas krijgt,⁴⁹ *doordat* de bronstaat gehouden is het dividend vrij te stellen. Daarvan is echter geen sprake: de woonstaat had reeds een heffingsrecht maar kon dit, bij toepassing van een dubbelbelastingverdrag, slechts niet of niet volledig effectueren.

.....

'Het HvJ EU wees ook het argument van derving van belastinginkomsten categorisch af'

.....

Nadat het HvJ EU in Haribo had vastgesteld dat een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het gebrek aan wederkerigheid van verplichtingen geen rechtvaardiging opleverde, wees het HvJ EU ook het argument van derving van belastinginkomsten categorisch af, geheel in lijn met, en onder verwijzing naar, vaste jurisprudentie.⁵⁰

5.2.2 Coherentie van het nationale belastingstelsel

De coherentie van het nationale belastingstelsel is niet zelden aangedragen als een mogelijke rechtvaardiging van belemmeringen van de vrijheid van kapitaalverkeer,⁵¹ maar is in de context van belastingheffing van dividenden – tot op heden – steeds door het HvJ EU afgewezen.⁵² Een essentiële voorwaarde voor de toepassing van deze rechtvaardigingsgrond is dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het belastingvoordeel (de vrijstelling van het dividend) en een daarmee samenhangende belastingheffing.⁵³ In beginsel dient dit belastingvoordeel en

44 Het argument van gebrek aan wederkerigheid wordt van tafel geveegd omdat de lidstaten er voor hebben gekozen het vrije kapitaalverkeer in hetzelfde artikel en in identieke bewoordingen te verankeren voor het kapitaalverkeer binnen de Unie en voor het kapitaalverkeer dat betrekkingen met derdelanden betreft.

45 Of zal het recht hebben gehad de winsten, vóór uitdeling, te belasten.

46 Of kunnen hebben uitgeoefend. Het eventuele feit dat die lidstaat reeds een vrijstelling of verrekening heeft toegepast (bijvoorbeeld in het geval van een houdstervenootschap), doet daar niets aan af.

47 Art. 10, eerste en tweede lid, OESO-modelverdrag.

48 Commentaar bij art. 10, eerste lid, OESO-modelverdrag, par. 6.

49 Dan wel: geen vrijstelling of verrekening hoeft te verlenen.

50 HvJ EG 7 september 2004, zaak C-319/02 (Manninen), punt 49.

51 Zie onder andere HvJ EG 8 november 2007, zaak C-379/05 (Amurta), en HvJ EG 19 november 2009, zaak C-540/07 (Commissie vs. Italiaanse Republiek).

52 Zowel ten aanzien van uitgaande dividenden, als ten aanzien van inkomende dividenden.

53 HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-204/90 (Bachman), r.o. 21 tot en met 23, en HvJ EG 28 januari 1992, zaak C-300/90 (Commissie vs. België), r.o. 14 tot en met 16. Gedacht kan worden aan aftrekbare pensioenpremies en de latere heffing over de uitkeringen.

de samenhangende belastingheffing betrekking te hebben op hetzelfde belastingmiddel en op één en dezelfde belastingplichtige.⁵⁴ In de context van de belastingheffing van dividenden is de fiscale coherentie als rechtvaardigingsgrond telkenmale gesneuveld op het feit dat geen verband kon worden aangetoond tussen de vrijstelling van het dividend enerzijds en een fiscale heffing ter compensatie van die vrijstelling anderzijds. Een vrijstelling van belasting op dividend, aan de bron dan wel bij de ontvanger, is in de regel niet afhankelijk van latere fiscale compenserende heffing, noch hangt zij daarmee samen. De belastingheffing op dividenden kan dan ook niet worden gerechtvaardigd door de coherentie van het nationale belastingstelsel. Dat is principieel en geldt daarom zowel voor dividenden binnen de EU, als voor dividenden van en naar derdelanden.

5.2.3 De noodzaak om de doeltreffendheid van effectieve fiscale controles te waarborgen

Wanneer we dan de situaties van volstrekt kunstmatige constructies en belastingontduiking buiten beschouwing laten, blijft in feite alleen nog over 'de noodzaak om de doeltreffendheid van effectieve fiscale controles te waarborgen'. Ook deze mogelijke rechtvaardigingsgrond werd in de zaak-Haribo in stelling gebracht. De toepasselijke dubbelbelastingverdragen met de betreffende derdelanden zouden volgens de regeringen van de betrokken lidstaten niet dezelfde mate van informatie-uitwisseling verzekeren als richtlijn 77/799/EEG. Het HvJ EU verwierp echter ook dit argument en overwoog dienaangaande, kort gezegd, het volgende:

- Het bij richtlijn 77/799/EEG ingevoerde kader voor samenwerking tussen de lidstaten, bestaat niet tussen de lidstaten en derdelanden indien die derdelanden *geen enkele* verplichting tot wederzijdse bijstand zijn aangegaan.
- Wanneer de toekenning van een belastingvoordeel door een lidstaat afhankelijk is gesteld van de vervulling van voorwaarden waarvan de naleving slechts kan worden gecontroleerd door het verkrijgen van inlichtingen van een derdeland, mag die lidstaat de toekenning van het voordeel weigeren wanneer het, met name vanwege het ontbreken van een overeenkomst of verdrag inzake uitwisseling van inlichtingen, *onmogelijk* blijkt om deze inlichtingen van het derdeland te verkrijgen.

Omdat de in Haribo in het geding zijnde nationale regeling de eventuele vrijstelling of verrekening niet afhankelijk stelde van de voorwaarde dat tussen de lidstaat en het derdeland een verdrag inzake wederzijdse bijstand is gesloten, kon het verschil op het vlak van de samenwerking tussen lidstaten enerzijds en lidstaten en

derdelanden anderzijds, geen rechtvaardiging vormen voor het verschil in behandeling. Dit lijkt ook volkomen logisch.

'Ik vraag me echter af of deze rechtvaardigingsgrond in de praktijk nog veel kans van slagen heeft'

Ik vraag me echter af of deze rechtvaardigingsgrond, wanneer een nationale bepaling in het geding is die de toekenning van een voordeel *wel* afhankelijk stelt van voorwaarden waarvan de naleving moet worden kunnen gecontroleerd, in de praktijk nog veel kans van slagen heeft. Immers, niet alleen een groot en toenemend aantal dubbelbelastingverdragen, maar ook een toenemend aantal informatie-uitwisselingsverdragen (zogenoemde TIEA's), voorziet reeds in OESO-normconforme wederzijdse bijstand. Aangezien het HvJ EU de lat voor toepassing van deze rechtvaardigingsgrond in Haribo heel hoog legt, zal zelden sprake zijn van situaties waarin derdelanden 'geen enkele' verplichting tot wederzijdse bijstand zijn aangegaan en het vanwege het ontbreken van een overeenkomst of verdrag inzake uitwisseling van inlichtingen 'onmogelijk' blijkt om inlichtingen van het derdeland te verkrijgen. De betekenis van de noodzaak om de doeltreffendheid van effectieve fiscale controles te waarborgen, als rechtvaardigingsgrond, zal dan ook beperkt blijven tot derdelandensituaties waarin een dubbelbelastingverdrag noch een informatie-uitwisselingsverdrag van toepassing is.⁵⁵

6 Conclusies

Ik ben van mening dat de vrijheid van kapitaalverkeer geen algemeen beperktere strekking heeft wanneer het portfoliodividenden van en naar derdelanden betreft. De lidstaten hebben er destijds voor gekozen om de vrijheid van kapitaalverkeer in hetzelfde artikel en in identieke bewoording te verankeren voor het kapitaalverkeer binnen de Unie en voor het kapitaalverkeer met derdelanden. Voorts hebben de lidstaten specifieke bepalingen opgenomen in het VWEU, teneinde rekening te houden met het feit dat het doel en de juridische context van de

⁵⁴ HvJ EU 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), r.o. 187.

⁵⁵ Zoals het geval is in HvJ EU 28 oktober 2010, zaak C-72/09 (Etablissements Rimbaud SA).

liberalisatie van het kapitaalverkeer verschillen al naargelang het gaat om de betrekkingen tussen lidstaten en derde landen of om het vrij verkeer van kapitaal tussen lidstaten onderling.

Zo de vrijheid van kapitaalverkeer al een beperkter strekking heeft met betrekking tot portfoliodividenden van en naar derdelanden, zal dit gevonden moeten worden in deze specifieke rechtvaardigingsgronden. Op basis van bestaande jurisprudentie van het HvJ EU kunnen, behoudens situaties van volstrekt kunstmatige constructies en belastingontduiking, de door het HvJ EU algemeen erkende rechtvaardigingsgronden uiteindelijk niet worden aanvaard als rechtvaardiging voor belemmeringen met betrekking tot portfoliodividenden van en naar derdelanden. De mogelijkheid om de rechtvaardigingsgronden in derdelandensituaties ruimer toe te passen en de vrijheid van kapitaalverkeer in derdelandensituaties derhalve verder te beperken, zoals het HvJ EU die in *Test Claimants in the FII Group Litigation* introduceerde, lijkt in de context van de belastingheffing op EU inkomende en uitgaande portfoliodividenden een dode letter geworden. En wanneer zelfs rechtvaardigingsgronden als het gebrek aan wederkerigheid in combinatie met het ondermijnen van de onderhandelingspositie bij belastingverdragen en de derving van belasting inkomsten, waar het de EU-lidstaten begrijpelijkerwijs om te doen zal zijn, door het HvJ EU worden afgewezen, laten zich in deze context geen rechtvaardigingsgronden indenken die door het HvJ EU wel zouden worden aanvaard. De enige rechtvaardigingsgrond die nog hout snijdt, de noodzaak om de doeltreffendheid van effectieve fiscale controles te waarborgen, heeft slechts betekenis voor die gevallen waarin een dubbelbelastingverdrag noch informatie-uitwisselingsverdrag van toepassing is.⁶

7 Mogelijke gevolgen voor de Nederlandse belastingwetgeving

Gesteld dat de belastingheffing door de EU-lidstaten van portfoliodividenden van en naar derdelanden, behoudens situaties van volstrekt kunstmatige constructies en belastingontduiking, een niet te rechtvaardigen belemmering van de vrijheid van kapitaalverkeer vormt, betekent dit dat ook de volgende bepalingen in de Nederlandse belastingwetgeving, voor zover zij portfoliodividenden belemmeren, in strijd zijn met de vrijheid van kapitaalverkeer.

- Art. 17, lid 3b, Wet VPB 1969 (buitenlandse belastingplicht voor aanmerkelijk belang, voor zover van toepassing op portfoliodividenden betaald aan derdelanden).
- Art. 23c, derde lid, Wet VPB 1969 (keuze voor verrekening van daadwerkelijk op laagbelaste beleggingsdeelneming drukkende winstbelasting, uitsluitend voorbehouden aan laagbelaste beleggingsdeelnemingen in de EU).

- Art. 4 Wet DB 1965 (inhoudingsvrijstelling dividendbelasting, voor zover niet van toepassing op portfoliodividenden betaald aan derdelanden).
- Art. 10 Wet DB 1965 (teruggaaf van dividendbelasting, voor zover niet van toepassing op vrijgestelde lichamen, bijvoorbeeld pensioenfondsen, gevestigd in derdelanden).

De Nederlandse wetgever zou deze bepalingen in de Nederlandse belastingwetgeving zodanig moeten aanpassen dat portfoliodividenden van en naar derdelanden niet langer slechter worden behandeld dan portfoliodividenden van en naar EU-lidstaten.