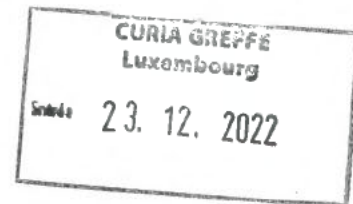




Datum van inontvangstneming : 08/03/2023



Beslissing

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team belastingrecht
 Meervoudige Belastingkamer
 Nummers: 20/00535 tot en met 20/00542

Beslissing inzake het hoger beroep van

XX [Belanghebbende],
 gevestigd in [vestigingsplaats] (Verenigd Koninkrijk),
 hierna: belanghebbende,

tegen de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant (hierna: de rechtbank) van
 24 augustus 2020, nummers BRE 19/1480 tot en met 19/1487, in het geding tussen
 belanghebbende en

de inspecteur van de Belastingdienst,
 hierna: de inspecteur.

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1243709</u>		
Luxemburg	03. 01. 2023	De Griffier, voor de...
Fax/E-mail: _____		
Neergelegd op: <u>14/12/22</u>		Administrateur

1. Ontstaan en loop van het geding

1.1. Belanghebbende en [Pensions], ook gevestigd in [vestigingsplaats] (hierna: Pensions) hebben verzoeken om teruggaaf van dividendbelasting ingediend. Pensions is als gevolg van een juridische fusie met belanghebbende per 1 januari 2012 opgegaan in belanghebbende. Met inbegrip van de door Pensions gedane verzoeken gaat het om de volgende verzoeken en bedragen:

- het jaar 2003 tot een bedrag van € 3.702.706;
- het jaar 2004 tot een bedrag van € 3.630.806;
- het jaar 2005 tot een bedrag van € 7.599.112;
- het jaar 2006 tot een bedrag van € 8.105.274;
- het jaar 2007 tot een bedrag van € 9.929.712;
- het jaar 2008 tot een bedrag van € 9.749.321;
- het jaar 2009 tot een bedrag van € 9.344.240;
- het jaar 2010 tot een bedrag van € 1.981.370.

1.2. De inspecteur heeft de in 1.1 bedoelde verzoeken afgewezen.

1.3. Belanghebbende heeft hiertegen bezwaar gemaakt. De inspecteur heeft uitspraak op bezwaar gedaan en het bezwaar ongegrond verklaard.

1.4. Belanghebbende heeft tegen deze uitspraak beroep ingesteld bij de rechtbank. De rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard.

1.5. Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep ingesteld bij het hof. De inspecteur heeft een verweerschrift ingediend.

1.6. Belanghebbende heeft in reactie op het verweerschrift een conclusie van repliek ingediend. De inspecteur heeft vervolgens een conclusie van dupliek ingediend.

1.7. Partijen hebben vóór de zitting nadere stukken ingediend. Deze stukken zijn doorgestuurd naar de andere partij.

1.8. Partijen hebben ieder voor de zitting een pleitnota toegezonden. Partijen zijn voorafgaand aan de zitting bekend geworden met deze pleitnota's. Deze pleitnota's worden met instemming van partijen geacht ter zitting te zijn voorgelezen. De inspecteur heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen overlegging van de bij deze pleitnota behorende bijlagen.

1.9. De zitting heeft plaatsgevonden op 7 oktober 2022 in 's-Hertogenbosch. Daar zijn verschenen [gemachtigde 1] en [gemachtigde 2], als gemachtigden van belanghebbende, ter bijstand vergezeld van [A], en, namens de inspecteur, [inspecteur 1], [inspecteur 2], [inspecteur 3], [inspecteur 4], [inspecteur 5] en [inspecteur 6].

1.10. Van de zitting is een proces-verbaal opgemaakt, dat gelijktijdig met de uitspraak aan partijen wordt verzonden.

1.11. Het hof heeft aan het einde van de zitting het onderzoek gesloten. Nadien, bij e-mail van 14 oktober 2022 en bij brief van 17 oktober 2022, heeft het hof het onderzoek heropend wegens het voornemen om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ook: het HvJ) te stellen.

1.12. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het voornemen van het hof om het HvJ een prejudiciële vraag voor te leggen alsmede over de inhoud van die vraag en over de feitenvaststelling. Belanghebbende heeft gereageerd met een e-mail van 26 oktober 2022 en de inspecteur heeft gereageerd met e-mails van 14 oktober 2022 en 4 november 2022. Elke van deze reacties is aan de wederpartij verstrekt.

1.13. Op 23 november 2022 heeft een nadere zitting plaatsgevonden. Aan het slot van deze zitting heeft het hof het onderzoek geschorst met het oog op het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJ.

1.14. Van de nadere zitting is een proces-verbaal opgemaakt, dat gelijktijdig met de uitspraak aan partijen wordt verzonden.

2. Feiten

2.1. Belanghebbende is een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. De enige aandeelhouder van belanghebbende is een in de Verenigde Staten van Amerika gevestigde, beursgenoteerde, vennootschap.

2.2. Belanghebbende is in het Verenigd Koninkrijk geregistreerd als verzekeringsmaatschappij. Zij sluit - vrijwel uitsluitend met in het Verenigd Koninkrijk gevestigde institutionele pensioenverzekeraars en werkgevers (hierna kortweg: cliënten) - overeenkomsten die worden aangeduid als "unit-linked polissen".

2.3. De cliënten maken gebruik van de diensten van belanghebbende wegens:
a) kostenvoordelen in verband met het gegeven dat belanghebbende door schaalvoordelen kostenefficiënt kan beleggen;

- b) de expertise van belanghebbende, die onderdeel vormt van de [B-groep], een van de grootste vermogensbeheerders ter wereld;
- c) een grotere risicospreiding die kan worden gerealiseerd door het beleggen via belanghebbende dan indien de cliënt zelf zou beleggen.

2.4. De overeenkomsten tussen belanghebbende en de cliënten hebben de juridische vorm (naar het recht van het Verenigd Koninkrijk) van een verzekeringsovereenkomst, hoewel die overeenkomsten geen verzekeringsrisico omvatten. De overeenkomsten tussen belanghebbende en de cliënten strekken (slechts) ertoe dat belanghebbende de van de cliënten ontvangen premiebedragen belegt teneinde beleggingsrendementen te genereren. Het (pensioen)verzekeringsrisico ten aanzien van tussen de cliënten en derden gesloten pensioenovereenkomsten berust bij de cliënten.

2.5.1. Cliënten kunnen kiezen uit verschillende effectenmandjes waarin zij kunnen deelnemen. In die mandjes zijn bepaalde beleggingen gebundeld met, bijvoorbeeld, differentiaties naar (beleggingen in) bepaalde sectoren. Bij de bepaling van de aard van de beleggingen wordt rekening gehouden met de vooraf met de cliënten afgesproken risicoprofielen.

2.5.2. Belanghebbende brengt de beleggingen in haar administratie dienovereenkomstig onder in afzonderlijk geadmistreerde unit-linkedfondsen (de hiervoor bedoelde effectenmandjes). Deze mandjes zijn uitsluitend voor boekhoudkundige doeleinden binnen het vermogen van belanghebbende afgezonderd. Belanghebbende geeft met betrekking tot de mandjes geen aandelenbewijzen uit en er zijn geen overeenkomsten waarin de onderlinge verhouding tussen de cliënten en/of verzekerden bij cliënten en die mandjes zijn geregeld. De aparte administratie van mandjes strekt ertoe dat de waardeontwikkeling van de mandjes separaat kan worden gevolgd.

2.5.3. De van cliënten ontvangen premies worden toegewezen aan één of meer gekozen (unit-linked) mandjes, in ruil waarvoor aan cliënten units worden toebedeeld. Volgens de overeenkomst tussen belanghebbende en de cliënt heeft de cliënt recht op een waarde die gelijk is aan het aantal units, vermenigvuldigd met de waarde per unit op elk moment waarop de cliënt recht heeft op uitkering. De momenten waarop cliënten recht hebben op uitkering worden bij reguliere afwikkeling van de overeenkomsten bepaald door de momenten waarop cliënten jegens hun verzekerden tot (pensioen)uitkering gehouden zijn.

2.5.4. De cliënten kunnen, behoudens de vaststelling van het risicoprofiel, de daadwerkelijke keuze van effecten waarin wordt belegd niet beïnvloeden. Zij hebben ook geen recht op onderliggende effecten waarin wordt belegd. Zij hebben slechts een afgeleid economisch belang bij de waarde van de effecten waarin de 'units' zijn belegd.

2.5.5. Belanghebbende besteedt de feitelijke beleggingswerkzaamheden uit [C] en/of [D], beide vennootschappen die tot de [B-groep] behoren.

2.6. Belanghebbende ontvangt een vergoeding voor de aan cliënten aangeboden (beleggings)werkzaamheden. De aan de cliënten in rekening gebrachte vergoeding is gelijk aan een percentage van de waarde van het door haar voor cliënten beheerde vermogen. De vergoeding die belanghebbende voor haar werkzaamheden ontvangt is dus - naast de omvang van de ontvangen premiebedragen - mede afhankelijk van de beleggingsresultaten die zij behaalt.

2.7. Tot de mandjes behoren in de onderhavige jaren aandelen in het kapitaal van in Nederland gevestigde vennootschappen. Op de dividenden die door deze vennootschappen zijn uitgekeerd is - per saldo - 15 percent Nederlandse dividendbelasting ingehouden.

2.8. De effecten waarin belanghebbende belegt, waaronder de aandelen in het kapitaal van in Nederland gevestigde vennootschappen, zijn vermeld op de balansen in jaarrekeningen van belanghebbende. De desbetreffende aandelen worden gewaardeerd op de reële waarde (*fair value*). De verplichtingen jegens cliënten worden eveneens gewaardeerd op *fair value*. Mutaties in de waarde van op *fair value* gewaardeerde beleggingen en overig beleggingsrendement (in de vorm van rentebaten) leiden, behoudens aan belanghebbende en aan haar gelieerde groepslichamen toekomende vergoedingen en ondergeschikte kosten, tot dienovereenkomstige mutaties in de waarde van de verplichtingen jegens cliënten.

2.9. Belanghebbende is in het Verenigd Koninkrijk onderworpen aan de heffing van winstbelasting. Zij kan in het Verenigd Koninkrijk geen aanspraak maken op verrekening van door Nederland geheven dividendbelasting.

3. Geschil en conclusies van partijen

3.1. Het geschil betreft het antwoord op de vraag of belanghebbende recht heeft op teruggaaf van de in 1.1 vermelde dividendbelasting ter zake van de door haar ontvangen dividenden. Het geschil betreft de volgende deelvragen:

I. Is belanghebbende a) de opbrengstgerechtigde en b) de uiteindelijke gerechtigde tot de dividenden?

II. Indien vraag I bevestigend moet worden beantwoord: is belanghebbende vergelijkbaar met een in Nederland vrijgesteld pensioenlichaam?

III. Indien vraag I bevestigend en vraag II ontkennend moet worden beantwoord: heeft belanghebbende op grond van het Unierecht recht op teruggaaf van dividendbelasting omdat zij niet zwaarder mag worden belast dan een met haar vergelijkbare binnenlandse belastingplichtige die is onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting?

3.2. Belanghebbende concludeert tot vernietiging van de uitspraak van de rechtbank en tot teruggave van de in de verzoeken vermelde dividendbelasting over die jaren. De inspecteur concludeert tot bevestiging van de uitspraak van de rechtbank.

4. Gronden

Ten aanzien van het geschil

Vooraf

4.0. De onderhavige beslissing van het hof mondt uit in het stellen van een prejudiciële vraag over de uitleg van het Unierecht aan het HvJ. Omdat tegen deze beslissing geen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend en deze beslissing primair de Unierechtelijke kwestie betreft waar het in de prejudiciële vraag om gaat, zal het hof in deze beslissing

slechts een summier antwoord geven op de geschilpunten van deelvragen I en II. Een uitgebreide motivering van het antwoord op die vragen zal worden opgenomen in de (eind)uitspraak van het hof in het onderhavige geding.

Ten aanzien van vragen I en II

4.1. Het hof is van oordeel dat belanghebbende de opbrengstgerechtigde en de uiteindelijk gerechtigde is tot de dividenden ter zake waarvan de onderhavige dividendbelasting is geheven. Belanghebbende moet in economische zin worden aangemerkt als rechthebbende van de vermogensrechten waarin zij belegt, waaronder de aandelen ter zake waarvan de onderhavige dividenden zijn uitgekeerd. De cliënten van belanghebbende hebben slechts een recht dat is afgeleid van de waarde van vermogensrechten waarin belanghebbende belegt. Zij kunnen in juridische noch economische zin als rechthebbende van de onderliggende vermogensrechten, waaronder aandelen, worden aangemerkt en evenmin als opbrengstgerechtigde zoals bedoeld in artikel 1, lid 1, Wet op de dividendbelasting 1965.

4.2. Belanghebbende is eveneens de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden. Zij is rechthebbende van de dividendbewijzen en beschikt vrijelijk over die bewijzen en ontvangen dividenden. Dat belanghebbende handelt met inachtneming van met cliënten afgesproken risicoprofielen doet daaraan niet af. Belanghebbende treedt niet op als zaakwaarnemer of lasthebber, terwijl *dividend stripping* niet aan de orde is.

4.3. Voor zover belanghebbende een beroep heeft gedaan op de subjectieve vrijstelling voor pensioenfondsen moet dat beroep worden verworpen, omdat belanghebbende rechtens noch feitelijk vergelijkbaar is met enig in artikel 5, lid 1, aanhef en letter b, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) aangeduid lichaam.

4.4. Gelet op het voorgaande moet de derde deelvraag van het geschil worden beantwoord, namelijk de vraag of de heffing van dividendbelasting van belanghebbende heeft geleid tot een zwaardere belastingheffing ten opzichte van die waaraan belanghebbende zou zijn onderworpen indien zij in Nederland gevestigd zou zijn geweest.

Ten aanzien van vraag III en het recht van de Europese Unie

Inleidende overwegingen inzake vraag III

4.5. Belanghebbende betoogt dat de heffing van dividendbelasting over door haar ontvangen dividenden van Nederlandse herkomst (hierna: Nederlandse dividenden) leidt tot een zwaardere belastingheffing dan die waaraan met belanghebbende vergelijkbare, in Nederland gevestigde, lichamen worden onderworpen. Zij betoogt daartoe in essentie dat de belastingdruk waaraan zij door Nederland wordt onderworpen, welke druk bestaat uit 15% dividendbelasting die wordt geheven over de brutobedragen van door haar ontvangen Nederlandse dividenden, moet worden vergeleken met een vennootschapsbelastingdruk van nihil. Bij de berekening van die laatstbedoelde belastingdruk van in Nederland gevestigde lichamen, houdt belanghebbende rekening met de omstandigheid dat het behalen van beleggingsrendementen door belanghebbende correspondeert met een dienovereenkomstige toename van de verplichtingen die belanghebbende uit hoofde van de unit-linked polissen jegens haar cliënten heeft. Belanghebbende beroept zich in dit verband onder andere op de

arresten van het HvJ inzake *Commissie/Finland*¹ en *College Pension Plan of British Columbia*² (hierna kortweg: CPPB).

4.6. De inspecteur bestrijdt dat belanghebbende wordt onderworpen aan een zwaardere belastingdruk dan die waaraan met belanghebbende vergelijkbare, in Nederland gevestigde, lichamen zijn onderworpen. Volgens de inspecteur moet geen rekening worden gehouden met de toename van verplichtingen van belanghebbende jegens haar cliënten uit hoofde van de unit-linked polissen. De inspecteur beroept zich in dit verband onder andere op het arrest van het HvJ inzake *Société Générale*³ (hierna ook kortweg: *Société Générale*).

4.7. Het hof stelt voorop dat, indien belanghebbende niet in het Verenigd Koninkrijk, maar in Nederland zou zijn gevestigd, de door haar ontvangen Nederlandse dividenden eveneens aan de heffing van dividendbelasting zouden zijn onderworpen. De dividendbelasting is voor ingezeten belastingplichtigen, die zijn onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting, echter een voorheffing op die eindheffing.⁴ De dividendbelasting is voor een dergelijke ingezeten belastingplichtige volledig verrekenbaar met de verschuldigde vennootschapsbelasting. Indien de verschuldigde vennootschapsbelasting minder bedraagt dan de geheven dividendbelasting, wordt het verschil aan de belastingplichtige betaald.

4.8. Indien belanghebbende niet in het Verenigd Koninkrijk, maar in Nederland zou zijn gevestigd, zou de door haar verschuldigde vennootschapsbelasting slechts worden geheven over de door belanghebbende behaalde vergoeding voor de door haar jegens haar cliënten verrichte diensten. Afgezien van die vergoeding leidt het behalen van beleggingsresultaten door belanghebbende tot een dienovereenkomstige wijziging in de hoogte van de verplichtingen van belanghebbende jegens haar cliënten. In de winst van belanghebbende zijn dus enerzijds de beleggingsresultaten (als baten) opgenomen en anderzijds de last als gevolg van een toename van de verplichtingen van belanghebbende (als kosten).

4.9. In dit verband is het, met het oog op de prejudiciële vraagstelling, van belang om de volgende twee aspecten te benoemen, namelijk (1) de wijze waarop Nederland vermindering ter voorkoming van dubbele belasting verleent in de spiegelbeeldige situatie van een in Nederland gevestigd lichaam dat met belanghebbende vergelijkbaar is en dividenden ontvangt op aandelen in een buiten Nederland gevestigde vennootschap en (2) het verband tussen de ontvangst van de onderhavige dividenden door belanghebbende en de (hoogte van de) verplichtingen van belanghebbende jegens haar cliënten.

4.10.1. Wat betreft de spiegelbeeldige situatie gaat het om het geval waarin een in Nederland gevestigd lichaam dat met belanghebbende vergelijkbaar is dividenden ontvangt op aandelen in een buiten Nederland gevestigd lichaam en het desbetreffende andere land die dividenden aan een bronheffing onderwerpt. Indien het gaat om een verdragsland, zal Nederland als regel vermindering ter voorkoming van dubbele belasting verlenen. Die vermindering is gelijk aan de laagste van de volgende twee bedragen: (a) het bedrag van de door het andere land geheven bronbelasting en (b) het bedrag van de Nederlandse vennootschapsbelasting dat toerekenbaar is aan de dividenden, verminderd met de daaraan toerekenbare kosten.⁵

¹ HvJ 8 november 2012, C-342/10, ECLI:EU:C:2012:688.

² HvJ 13 november 2019, C-641/17, ECLI:EU:C:2019:960.

³ HvJ 17 september 2015, gevoegde zaken C-10/14, C-14/14 en C-17/14, *Miljoen e.a.*, ECLI:EU:C:2015:608.

⁴ Artikel 25, lid 1, Wet Vpb.

⁵ Vgl. artikel 36, leden 2, 4 en 6, Besluit voorkoming dubbele belasting 2001.

4.10.2. Uitgaande van de bedrijfsvoering van belanghebbende, waarin de waarde van haar beleggingen vrijwel geheel correspondeert met de waarde van (unit-linked-)verplichtingen jegens cliënten, moet voor de berekening van het aan de dividenden toerekenbare vennootschapsbelastingbedrag rekening worden gehouden met de toename van verplichtingen jegens cliënten, hetgeen ertoe leidt dat het in Nederland gevestigde lichaam geen recht heeft op verrekening van de door het andere land geheven bronbelasting. Redengevend daarvoor is dat tegenover (positieve) beleggingsrendementen een toename van (toekomstige) betalingsverplichtingen jegens cliënten staat, die immers een van de waarde van de beleggingen afhankelijk recht op (toekomstige) uitbetaling hebben. Uit Nederlandse rechtspraak moet worden afgeleid dat als gevolg daarvan de te verrekenen bronbelasting nihil bedraagt. De vergoeding die een dergelijk lichaam ontvangt voor zijn dienstverlening jegens cliënten is weliswaar belast met Nederlandse vennootschapsbelasting, maar de daarover verschuldigde vennootschapsbelasting kan niet aan de ontvangen dividenden worden toegerekend.⁶ De desbetreffende rechtspraak is ook relevant voor een geval dat spiegelbeeldig is ten opzichte van het onderhavige, bij gebreke van rechtens relevante verschillen tussen het berechte geval en de spiegelbeeldige situatie van die van belanghebbende.

Volledigheidshalve merkt het hof op dat, zoals de gemachtigde van belanghebbende te kennen heeft gegeven, het Verenigd Koninkrijk op grond van een soortgelijke regel geen verrekening verleent van de onderhavige, van belanghebbende geheven, dividendbelasting.

4.11.1. Wat betreft het verband tussen de ontvangst van de onderhavige dividenden door belanghebbende en de (hoogte van de verplichtingen) van belanghebbende jegens haar cliënten geldt dat belanghebbende haar beleggingen in ieder geval voor jaarrekeningrechtelijke doeleinden waardeert op de reële waarde (*fair value*). Het gevolg van die waarderingsmethode is dat de ontvangst van dividenden als zodanig geen invloed heeft op de waarde van de verplichtingen van belanghebbende jegens haar cliënten. De dividenden stammen uit winsten behaald door de vennootschappen in wier aandelen belanghebbende belegt. Het behalen van winsten door die vennootschappen leidt tot een stijging van de *fair value* van die aandelen. Doordat belanghebbende de aandelen voor jaarrekeningrechtelijke doeleinden op die reële waarde waardeert, verantwoordt zij die waardeestijging reeds voordat de bedoelde winsten leiden tot dividenduitkeringen, terwijl die waardeestijging op hetzelfde moment leidt tot een dienovereenkomstige toename van de, eveneens op *fair value* gewaardeerde, verplichtingen van belanghebbende jegens haar cliënten. De ontvangst van dividenden als zodanig heeft per saldo geen invloed op de verschillende balansposities van belanghebbende, noch aan de actiefzijde van de balans, noch aan de passiefzijde.

4.11.2. Het voorgaande laat onverlet dat er een direct oorzakelijk verband bestaat tussen beleggingsrendementen ter zake van belanghebbendes beleggingen en mutaties in haar verplichtingen jegens cliënten. De dividenden zijn niets anders dan uitgekeerde winsten, zodat er een economisch verband bestaat tussen die dividenden, als onderdeel van de door belanghebbende behaalde beleggingsrendementen, en wijzigingen in de hoogte van haar verplichtingen jegens cliënten. Juist gelet op dat verband verleent Nederland in de onder 4.10 behandelde spiegelbeeldige situatie geen vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse bronbelasting op dividendinkomen. Gelet op dat verband zou belanghebbende bij denkbeeldige vestiging in Nederland geen vennootschapsbelasting verschuldigd zijn over haar dividendinkomen. Dat is ook zo indien belanghebbende naast

⁶ Hoge Raad 27 augustus 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3325.

(positief) aandelenrendement op bepaalde beleggingen, leidend tot dividenduitkeringen, op andere beleggingen negatief beleggingsrendement behaalt. In dat geval heeft het positieve aandelenrendement immers tot het bedrag daarvan een opwaartse invloed op de *fair value* van de verplichtingen van belanghebbende jegens cliënten. Volledigheidshalve wijst het hof erop dat dit “verliesscenario” zich in geen van de onderhavige jaren heeft voorgedaan.

4.11.3. Zoals gezegd, leidt de ontvangst van dividenden als zodanig dus niet tot een wijziging in de waarde van de verplichtingen van belanghebbende jegens cliënten, uitgaande van waardering op *fair value*. Daarvan uitgaande, heeft de winst waaruit de dividenden stammen reeds eerder geleid tot een opwaarts effect op de hoogte van die verplichtingen. Dat betekent ook dat de bedoelde wijziging in de hoogte van de verplichtingen van belanghebbende jegens de cliënten zich kan hebben voorgedaan in een jaar voorafgaand aan dat waarin winsten (van vennootschappen in wier aandelen is belegd) leiden tot dividenduitkeringen. Tot belastingheffing over het dividend leidt dat, bij ingezetene belastingplichtigen, echter niet, omdat het dividend in een zodanig geval zal worden afgeboekt op de (actuele) waarde van de desbetreffende aandelen en het de winst dus niet beïnvloedt.

4.12. Het partijdebat betreft in wezen de kwestie hoe in een geval als het onderhavige de belastingdruk waaraan belanghebbende door Nederland is onderworpen in verband met de ontvangst door haar van Nederlandse dividenden moet worden vergeleken met de belastingdruk waaraan een vergelijkbare, in Nederland gevestigde, belastingplichtige zou zijn onderworpen. Het hof zal deze kwestie betreffende de drukvergelijking tussen ingezetene en niet-ingezetene belastingplichtigen hierna vanuit Unierechtelijk oogpunt behandelen.

Ten aanzien van het recht van de Europese Unie

4.13. Tussen partijen is buiten geschil dat het onderhavige geval binnen de materiële werkingssfeer van het recht op vrij kapitaalverkeer van artikel 63 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) valt. Het hof acht dat juist.

4.14. Belanghebbende wordt, als niet-ingezetene in Nederland, geconfronteerd met een verschil in fiscale behandeling ten opzichte van aldaar ingezetene belastingplichtigen. Ingezetene belastingplichtigen zijn, althans in Nederland, onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting over hun wereldwijd behaalde winsten,⁷ terwijl niet-ingezetene belastingplichtigen slechts beperkt vennootschapsbelastingplichtig zijn in Nederland, namelijk voor zover zij Nederlands inkomen genieten.⁸ Belanghebbende geniet geen Nederlands inkomen in de zin van de Wet Vpb en is dus niet vennootschapsbelastingplichtig in Nederland; zij is slechts onderworpen aan de dividendbelasting die voor haar een eindheffing vormt. Die dividendbelasting wordt geheven over het brutobedrag van het dividend, zonder mogelijkheid van aftrek van kosten. Ingezetene belastingplichtigen die hetzelfde dividendinkomen genieten als belanghebbende worden eveneens aan de heffing van dividendbelasting onderworpen, maar voor hen is die dividendbelasting een volledig verrekenbare voorheffing op de vennootschapsbelasting, waaraan hun dividendinkomen, net als overig inkomen, na aftrek van alle gemaakte kosten, wordt onderworpen.⁹

⁷ Zie artikel 7, leden 1 en 2, in verbinding met artikel 8, lid 1, Wet Vpb in verbinding met artikel 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001.

⁸ Artikel 3, lid 1, Wet Vpb in verbinding met artikel 17 Wet Vpb.

⁹ Voor ingezetene belastingplichtigen is de dividendbelasting een (geheel verrekenbare) voorheffing op de vennootschapsbelasting, zie overweging 4.7 hiervóór. Zie verder de uitgangspunten omtrent de Nederlandse

4.15. De zojuist geschetste regels leiden ertoe dat belanghebbende aan een zwaardere belastingheffing over de Nederlandse dividenden wordt onderworpen dan een ingezeten belastingplichtige die dezelfde activiteiten verricht en dezelfde dividenden ontvangt. De door belanghebbende ontvangen dividenden zijn immers onderworpen aan een heffing van 15% over het brutobedrag van de dividenden, terwijl een ingezeten belastingplichtige die dezelfde dividenden ontvangt en overigens vergelijkbare werkzaamheden uitoefent als belanghebbende effectief niet over die dividenden wordt belast. De nettogrondslag voor de vennootschapsbelasting ter zake van die dividenden bedraagt in dat geval namelijk nihil, doordat bij de winstbepaling rekening wordt gehouden met de toename van verplichtingen jegens cliënten uit hoofde van de unit-linked-polissen.¹⁰ De waarde van die verplichtingen hangt oorzakelijk samen met de waarde van de beleggingen van belanghebbende. De geheven dividendbelasting is voor ingezetenen volledig verrekenbaar met die vennootschapsbelasting, zodat die uiteindelijk niet op de ingezeten belastingplichtige drukt. Dit verschil in behandeling kan afbreuk doen aan het recht op vrij kapitaalverkeer van belanghebbende en het vrije kapitaalverkeer dus belemmeren.

4.16. Het in het kader van de belastingheffing maken van onderscheid tussen ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen is echter niet zonder meer onverenigbaar met het recht op vrij (kapitaal)verkeer. Het HvJ heeft immers in bestendige rechtspraak aanvaard dat de onbeperkte belastingplicht voor ingezeten belastingplichtigen en de beperkte belastingplicht voor niet-ingezetenen verband houdt met objectieve verschillen tussen deze respectieve belastingplichtigen, overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel.¹¹

4.17. Een ongelijke behandeling van ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen kan echter een belemmering van het recht op vrij verkeer opleveren indien die belastingplichtigen objectief vergelijkbaar zijn. Wat betreft (het brutobedrag van) de dividenden is belanghebbende vergelijkbaar met een ingezeten belastingplichtige die dezelfde dividenden ontvangt, aangezien Nederland in beide gevallen die dividenden in de heffing betreft. Het is echter de vraag of belanghebbende ook vergelijkbaar is met een ingezeten ontvanger van dividenden in overigens gelijke omstandigheden vanuit het oogpunt van de lasten die worden opgeroepen door de toename van verplichtingen jegens cliënten, welke toename een oorzakelijk gevolg is van het behalen van winsten door vennootschappen in wier aandelen belanghebbende heeft belegd.¹²

4.18. Het hof benoemt hieronder enkele voor de laatstbedoelde vraag relevante regels die uit de tot dusverre gewezen rechtspraak van het HvJ kunnen worden afgeleid, zonder volledigheid na te streven of te pretenderen.

4.19. Een belastingstelsel waarin voor de berekening van de heffingsgrondslag van niet-ingezeten belastingplichtigen in een bepaalde lidstaat uitsluitend rekening wordt gehouden met winsten en verliezen die op het grondgebied van die lidstaat zijn ontstaan, is in overeenstemming met het algemeen erkende territorialiteitsbeginsel. Met kosten die rechtstreeks verband houden met door een niet-ingezetene in die (bron)lidstaat verworven inkomsten moet door die lidstaat rekening worden gehouden, indien die lidstaat ingezeten

regelgeving zoals opgenomen in *Société Générale*, aangehaald in voetnoot 3.

¹⁰ Zie 4.10 hiervóór.

¹¹ Vgl. reeds HvJ 15 mei 1997, C-250/95, *Futura Participations en Singer*, ECLI:EU:C:1997:239 en HvJ 15 februari 2007, C-345/04, *Centro Equestre da Lezíria Grande*, ECLI:EU:C:2007:96.

¹² Zie 4.11 hiervóór.

belastingplichtigen op nettogrondslag, na aftrek van dergelijke kosten, in de belastingheffing betreft. Vanuit het oogpunt van dergelijke rechtstreeks met de in de (bron)lidstaat verworven inkomsten bevinden ingezetenen en niet-ingezetenen zich namelijk in een vergelijkbare situatie.¹³

4.20. Kosten houden rechtstreeks verband met inkomsten in de zojuist bedoelde zin indien zij in een rechtstreeks economisch verband staan met een activiteit in een lidstaat waaruit inkomsten worden verkregen die door die lidstaat in de heffing worden betrokken.¹⁴ Daarbij gaat het erom of uitgaven onlosmakelijk verbonden zijn met de activiteit die tot de belaste inkomsten heeft geleid.¹⁵ Het bestaan van een verband tussen uitgaven of kosten van de niet-ingezeten belastingplichtige en zijn belaste inkomsten in de (bron)lidstaat is niet afhankelijk van de aard van de inkomsten.¹⁶ Desalniettemin noopt de rechtspraak tot op heden tot een zekere differentiatie, al naar gelang de aard van de inkomsten.

4.21. Wat betreft het verband tussen uitgaven of kosten van een niet-ingezetene die *aandeleninkomen* verwerft in een (bron)lidstaat geldt het volgende.

4.22. Bij belastingheffing over het voordeel dat wordt behaald ter gelegenheid van een inkoop van aandelen moet de lidstaat waar de aandeleninkopende vennootschap is gevestigd rekening houden met de aankoopkosten die de aldaar niet-ingezeten belastingplichtige heeft gemaakt in verband met de verwerving van de desbetreffende aandelen. Dergelijke aankoopkosten houden rechtstreeks verband met het bij de inkoop van de aandelen aan de aandeelhouder betaalde bedrag, zodat ingezetenen en niet-ingezetenen belastingplichtigen dienaangaande in een vergelijkbare situatie verkeren.¹⁷

4.23. Indien het voordeel waarover belasting wordt geheven niet voortkomt uit een dergelijke inkoop van aandelen, maar bestaat uit een (reguliere) dividenduitkering, heeft het HvJ aanvankelijk geoordeeld, in een zaak waarin (beleggings)aandelen werden aangehouden in het kader van een effectenbedrijf, dat kosten die rechtstreeks verband houden met dividendinkomen beperkt zijn tot kosten verbonden aan de inning van de dividenden.¹⁸ Voor in de aankoopprijs van de aandelen begrepen (meegekochte) dividenden en voor financieringskosten in verband met het houden van de aandelen als zodanig heeft het HvJ geoordeeld dat die kosten niet rechtstreeks verband houden met de inning als zodanig van dividenden, zodat zij niet als rechtstreeks met die dividenden verband houdende kosten kunnen worden aangemerkt. Het HvJ overwoog:

“57. In dit verband is het vaste rechtspraak van het Hof dat met betrekking tot uitgaven, zoals beroepskosten die rechtstreeks verband houden met een activiteit waardoor in een lidstaat belastbare inkomsten zijn verworven, ingezetenen en niet-ingezetenen van deze lidstaat in een vergelijkbare situatie verkeren, zodat een regeling van deze staat die bij de belastingheffing aan niet-ingezetenen geen aftrek van dergelijke uitgaven toestaat terwijl die

¹³ Bijv. HvJ 12 juni 2003, C-234/01, [REDACTED] ECLI:EU:C:2003:340; HvJ 3 oktober 2006, C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, ECLI:EU:C:2006:630; HvJ 15 februari 2007, *Centro Equestre da Lezíria Grande*, aangehaald in voetnoot 11; HvJ 13 juli 2016, C-18/15, [REDACTED] ECLI:EU:C:2016:549; HvJ 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, *N Luxembourg 1 e.a.*, EU:C:2019:134.

¹⁴ Bijv. HvJ 15 februari 2007, C-345/04, *Centro Equestre da Lezíria Grande*, punt 25, aangehaald in voetnoot 11; HvJ 3 maart 2011, C-450/09, [REDACTED] ECLI:EU:C:2011:198, punt 43-44.

¹⁵ HvJ 31 maart 2011, C-450/09, [REDACTED] *ibid.* punt 43.

¹⁶ HvJ 24 februari 2015, C-559/13, [REDACTED] ECLI:EU:C:2015:109, punt 35.

¹⁷ HvJ 19 januari 2006, C-265/04, [REDACTED] ECLI:EU:C:2006:51, punt 40.

¹⁸ *Société Générale*, punt 58, aangehaald in voetnoot 3.

regeling dit daarentegen wel toestaat aan ingezetenen, in het nadeel kan werken van hoofdzakelijk staatsburgers van andere lidstaten en dus indirecte discriminatie op grond van nationaliteit in het leven roept (arrest ██████████ C-450/09, EU:C:2011:198, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

58 Meer in het bijzonder is in het geval van inkomsten in de vorm van dividenden van een dergelijk verband slechts sprake indien die kosten, ook al kunnen zij in voorkomend geval rechtstreeks verband houden met een bij een waardepapiertransactie betaald bedrag, rechtstreeks samenhangen met de inning als zodanig van die inkomsten (zie in die zin arrest Commissie/Duitsland, C-600/10, EU:C:2012:737, punt 20).”

4.24. In enkele latere arresten van het HvJ is de beperkte opvatting inzake rechtstreeks met dividendinkomen verband houdende kosten uit het zojuist aangehaalde arrest inzake, onder andere, *Société Générale* niet herhaald.

4.25. Zo heeft het HvJ geoordeeld dat de (bron)lidstaat waar de dividenduitkerende vennootschap is gevestigd bij de belastingheffing van een aldaar niet-ingezetene aandeelhouder het recht op vrij kapitaalverkeer schond door geen rekening te houden met verliezen die de niet-ingezetene aandeelhouder had geleden.¹⁹ Het is niet zonder meer duidelijk hoe het desbetreffende arrest zich verhoudt tot eerdere rechtspraak van het HvJ, waaronder de arresten inzake *Société Générale*²⁰ en *Futura*²¹.

4.26. In de zaak ██████████,²² waarin een niet-ingezetene in Duitsland als tegenprestatie voor de verkrijging van een aandelenbelang in een in Duitsland gevestigde vennootschap onderhoudsuitkeringen moest verrichten, werd een rechtstreeks verband aanwezig geacht tussen die uitkeringen en het aandeleninkomen. De verplichting tot het verrichten van die onderhoudsuitkeringen was, als noodzakelijke voorwaarde daarvoor, onlosmakelijk verbonden met de verkrijging van het aandelenbezit. In deze zaak ging het overigens niet om een beleggingsbelang, maar om een 50%-belang, in een vennootschap die een materiële onderneming dreef. Het arrest behelst een gelijke benadering van het verband tussen kosten of uitgaven en inkomsten uit de verhuur van een onroerende zaak enerzijds en kosten of uitgaven en inkomsten uit een (meerderheids)aandelenbelang anderzijds, aangezien de aard van de inkomsten in dit verband irrelevant is voor het bestaan van een rechtstreeks verband in de onderhavige zin.²³ Omdat het in ██████████ ging om andere uitgaven dan inningskosten in verband met dividendinkomen, rijst ook hier de vraag naar de verhouding tot *Société Générale*.

4.27. In de context van een regeling van een lidstaat die voor ingezetene pensioenfondsen voorzag in een winstbelastingheffing op forfaitaire grondslag, terwijl niet-ingezetene pensioenfondsen bij de ontvangst van dividenden uit die lidstaat aan een bronbelasting over het brutobedrag van die dividenden werden belast, is enerzijds geoordeeld dat die respectieve pensioenfondsen onvergelijkbaar zijn in het licht van het doel van een dergelijke heffing op forfaitaire grondslag. Anderzijds is, onder verwijzing naar het arrest inzake *Société Générale*, geoordeeld dat niet-ingezetene pensioenfondsen vergelijkbaar zijn met in de desbetreffende lidstaat ingezetene pensioenfondsen, voor zover het gaat om rechtstreeks met de ontvangst van de dividenden verband houdende beroepskosten, indien bij ingezetene

¹⁹ HvJ 22 november 2018, C-575/17, *Sofina*, ECLI:EU:C:2018:943.

²⁰ Aangehaald in voetnoot 3.

²¹ Aangehaald in voetnoot 11.

²² Aangehaald in voetnoot 16.

²³ ██████████ punt 35, aangehaald in voetnoot 16.

pensioenfondsen, door de op hen toegepaste forfaitaire heffingswijze, die kosten wel in aanmerking worden genomen. In dat verband is meer bepaald gewezen op de mogelijkheid van het in aanmerking nemen van schulden bij de berekening van de grondslag van de forfaitaire heffing van ingezeten pensioenfondsen.²⁴

Ook hier geldt dat niet zonder meer duidelijk is waarom de beslissing inzake met de dividenden verband houdende kosten afwijkt van die inzake *Société Générale*, in het bijzonder wat betreft financieringskosten die verband houden met het houden van aandelen als zodanig.

4.28. Twee gewezen arresten die voor de onderhavige zaak mogelijk in het bijzonder relevant zijn, en evenmin zonder meer te verenigen zijn met *Société Générale*, betreffen die in de zaken *Commissie/Finland*²⁵ en, in het bijzonder, *CPPB*²⁶.

4.29. In het arrest-*Commissie/Finland* betrof het een belastingregeling waarin niet in Finland ingezeten pensioenfondsen werden onderworpen aan een bronbelasting over het brutobedrag van uit Finland afkomstige dividenden, terwijl ingezeten pensioenfondsen aldaar (vrijwel) waren vrijgesteld van inkomstenbelasting, omdat in het kader van die eindheffing rekening werd gehouden met lasten verbonden aan de toename van pensioenvoorzieningen. De desbetreffende pensioenfondsen (ingezeten *versus* niet-ingezeten) werden objectief vergelijkbaar geacht, omdat volgens de relevante Finse rechtsregels bedragen die werden toegevoegd aan een voorziening om pensioenverplichtingen te voldoen, werden gelijkgesteld met kosten voor het verwerven of in stand houden van inkomsten uit een bedrijfsactiviteit. De nationale wetgeving voorzag dus in een rechtstreeks verband tussen (kortweg) kosten verbonden aan dotaties aan pensioenvoorzieningen en belastbaar inkomen uit beleggingsactiviteiten die het pensioenfonds verricht ter dekking van pensioenverplichtingen, tot welk inkomen ook dividenden behoorden.²⁷

4.30. Het arrest-*CPPB* betrof een sterk met *Commissie/Finland* vergelijkbaar geval, zij het dat voor die zaak relevante Duitse regels geen soortgelijke regel kenden op grond waarvan uitdrukkelijk werd bepaald dat (kosten wegens) dotaties aan pensioenvoorzieningen in rechtstreeks verband stonden met belastbaar inkomen dat een pensioenfonds geniet. De verwijzende rechter gaf de volgende context voor de desbetreffende zaak:

" 31. Wat de mogelijkheid betreft om toevoegingen aan voorzieningen voor pensioenverplichtingen van het belastbare resultaat af te trekken, bevat het Duitse recht geen soortgelijke regel als die welke aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 8 november 2012, *Commissie/Finland* (C-342/10, EU:C:2012:688), en waarin uitdrukkelijk werd bepaald dat toevoegingen aan de wiskundige en soortgelijke technische voorzieningen, als aftrekbare kosten kunnen worden afgetrokken van het belastbare inkomen. Toch wordt volgens de Duitse wetgeving in een belastingjaar alleen de nettoverrijking van een belastingplichtige onderneming belast. Bij dividenduitkeringen aan een pensioenfonds neemt het vermogen van het pensioenfonds alleen toe indien en voor zover de extracomptabele beleggingsopbrengsten niet worden overgeboekt ten gunste van de verschillende pensioenfondsovereenkomsten. Voor zover de uitgekeerde dividenden de wiskundige voorzieningen en/of andere passivaposten verhogen, blijft het resultaat van het pensioenfonds

²⁴ HvJ 2 juni 2016, C-252/14, *Pensioenfondsen Metaal en Techniek*, ECLI:EU:C:2016:402, punten 63 en 64 tot en met 66.

²⁵ Aangehaald in voetnoot 1.

²⁶ Aangehaald in voetnoot 2.

²⁷ Aangehaald in voetnoot 1, punt 40-41.

ongewijzigd en is er dus geen sprake van een belastbare verrijking. Bijgevolg zijn de voorzieningen ter dekking van de pensioenverplichtingen, die het belastbare resultaat verminderen, het rechtstreekse gevolg van de ontvangst van dividenden, zodat volgens de verwijzende rechter ingezetenen en niet-ingezetenen pensioenfondsen zich, wat de behandeling van toevoegingen aan wiskundige en soortgelijke technische voorzieningen als beroepskosten betreft, in een vergelijkbare situatie bevinden.”

4.31. Het HvJ constateerde een verschil in behandeling, omdat:

57. (...) ook al is de (...) [bronbelasting; hof] die aanvankelijk wordt ingehouden op aan ingezetenen pensioenfondsen uitgekeerde dividenden hoger dan die op dividenden die worden uitgekeerd aan niet-ingezetenen pensioenfondsen, de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Duitse regeling van het mechanisme voor de verrekening van de door het ingezetenen pensioenfonds verschuldigde (...) [bronbelasting; hof] met de door dat fonds verschuldigde vennootschapsbelasting en voor de terugbetaling van die belasting wanneer de verschuldigde vennootschapsbelasting lager is dan de ingehouden (...) [bronbelasting; hof], in combinatie met de wijzen van berekening van de belastinggrondslag van het pensioenfonds, ertoe leidt dat dividenden die worden uitgekeerd aan ingezetenen pensioenfondsen uiteindelijk geheel of gedeeltelijk worden vrijgesteld van belasting.”

4.32. Het HvJ achtte ingezetenen en niet-ingezetenen pensioenfondsen objectief vergelijkbaar, ondanks het verschil in toepasselijke nationale regels ten opzichte van *Commissie/Finland*. Het HvJ overwoog onder meer:

“78 (...) dat, volgens de verwijzende rechter, wanneer de uitgekeerde dividenden de wiskundige voorzieningen of andere passivaposten verhogen, het resultaat van het pensioenfonds ongewijzigd blijft en er dus geen sprake is van een belastbare verrijking. Hij voegt daaraan toe dat de voorzieningen voor pensioenverplichtingen, die het belastbare resultaat verminderen, het rechtstreekse gevolg zijn van de ontvangst van dividenden. Bijgevolg bevinden ingezetenen en niet-ingezetenen pensioenfondsen zich volgens die rechter in een vergelijkbare situatie wat betreft de inaanmerkingneming van de toevoegingen aan de wiskundige en soortgelijke technische voorzieningen voor de vaststelling van hun belastinggrondslag met betrekking tot de dividenden die zij ontvangen.

79 Uit de door de verwijzende rechter verstrekte inlichtingen blijkt dus dat er een causaal verband bestaat tussen de ontvangst van dividenden, de verhoging van de wiskundige voorzieningen en andere passivaposten en de niet-verhoging van de belastinggrondslag van het ingezetenen fonds, aangezien de voor de technische voorzieningen aangewende dividenden het belastbare resultaat van het pensioenfonds niet verhogen, hetgeen overigens door de Duitse regering ter terechtzitting is bevestigd. Volgens die regering moet een groot deel van de winst die met de investering wordt behaald namelijk ten goede komen aan de aangeslotene, hetgeen betekent dat deze winst niet tot het vermogen van het pensioenfonds kan blijven behoren en dat de inkomsten de voorwaarde zijn voor de uitgaven voor de voorzieningen.

80 Een nationale regeling die volledige of nagenoeg volledige vrijstelling van aan ingezetenen pensioenfondsen uitgekeerde dividenden mogelijk maakt, vergemakkelijkt dus de accumulatie van kapitaal door deze fondsen, terwijl, zoals de Duitse regering ter terechtzitting heeft opgemerkt, alle pensioenfondsen in beginsel verplicht zijn om verzekeringspremies op de kapitaalmarkt te beleggen om inkomsten te genereren in de vorm

van dividenden die hen in staat stellen om hun toekomstige verplichtingen uit hoofde van verzekeringsovereenkomsten na te komen.

81 Een niet-ingezeten pensioenfonds dat de ontvangen dividenden – uit eigen beweging of overeenkomstig de in zijn staat van vestiging geldende wetgeving – gebruikt voor toevoeging aan de voorzieningen voor pensioenen die het in de toekomst moet betalen, bevindt zich in dat opzicht in een situatie die vergelijkbaar is met die van een ingezeten pensioenfonds.”

4.33. Volledigheidshalve noemt het hof de rechtspraak betreffende de drukvergelijking in gevallen waarin het genoten inkomen geen aandeleninkomen betreft, maar inkomen in de vorm van *rentebaten op geldleningen*.

4.34. De zaak ████████⁸ betref een bronheffing van een niet-ingezeten ontvanger van rente-inkomsten, zijnde een financiële instelling. Door die financiële instelling gemaakte kosten in verband met de desbetreffende (lenings)financiering werden in het kader van die bronheffing niet in aanmerking genomen, hetgeen bij ingezeten kredietverstrekkers wel het geval zou zijn geweest. Het HvJ kwam tot een schending van het recht op vrij dienstenverkeer, omdat ingezeten en niet-ingezeten kredietverstrekkers gelijk werden geacht vanuit het oogpunt van aftrek van rechtstreeks met rente-inkomsten uit een financieringsovereenkomst verbonden kosten. In dat kader herhaalt het HvJ de norm uit ████████ inhoudend dat bedrijfskosten rechtstreeks zijn verbonden met de inkomsten verkregen in de lidstaat van uitoefening van de activiteit indien de kosten voor de uitoefening van de activiteit noodzakelijk zijn.²⁹ Tot die voor de kredietverstrekking noodzakelijke kosten behoren ook financieringskosten.³⁰

4.35. Tot slot noemt het hof het arrest in de zaak-*Viva Telecom Bulgaria*,³¹ waarin is geoordeeld over rentekosten van een niet-ingezeten moedermaatschappij in verband met een aan haar ingezeten dochtermaatschappij verstrekte renteloze lening. Het HvJ oordeelde, onder verwijzing naar het arrest-*CPPB*³², dat niet-ingezeten vennootschappen wat betreft de rechtstreeks aan leningen verbonden kosten moeten worden geacht zich in een vergelijkbare situatie te bevinden als van die van ingezeten vennootschappen.³³

Prejudiciële vraagstelling

4.36. Het hof ziet zich geconfronteerd met de vraag hoe moet worden beoordeeld welke kosten, als rechtstreeks verband houdend met dividenden, in aanmerking moeten worden genomen bij de vergelijking van een niet-ingezeten belastingplichtige met een ingezeten belastingplichtige, in de context van de voorliggende zaak. Volledigheidshalve herhaalt het hof dat het aan die vraag toekomt, omdat de nationaalrechtelijke (voor)vragen inzake opbrengstgerechtigdheid en uiteindelijk gerechtigdheid in het voordeel van belanghebbende zo moeten worden beantwoord dat belanghebbende de opbrengstgerechtigde en de uiteindelijke gerechtigde tot de Nederlandse dividenden is en belanghebbende niet vergelijkbaar is met een pensioenlichaam dat in Nederland subjectief is vrijgesteld van vennootschapsbelasting en daardoor recht heeft op teruggaaf van dividendbelasting.³⁴

²⁸ Aangehaald in voetnoot 13.

²⁹ *Ibid.*, punt 46.

³⁰ *Ibid.*, punt 48.

³¹ HvJ 24 februari 2022, C-257/20, ECLI:EU:C:2022:125.

³² Aangehaald in voetnoot 2.

³³ Arrest-*Viva Telecom Bulgaria*, punten 102 en 103, aangehaald in voetnoot 31.

³⁴ Zie overwegingen 4.1 tot en met 4.3 hiervóór.

4.37. De onderhavige zaak wordt erdoor gekenmerkt dat belanghebbende belegt, onder meer in de Nederlandse aandelen, ter dekking van verplichtingen die zij uit hoofde van unit-linked-contracten met cliënten heeft.³⁵ Afgezien van een vergoeding die belanghebbende voor haar dienstverlening jegens die cliënten ontvangt (en te verwaarlozen kostenposten), hebben beleggingsresultaten die belanghebbende behaalt tot gevolg dat de waarde van de verplichtingen uit hoofde van die contracten jegens de cliënten dienovereenkomstig wijzigt. Ofwel, wederom afgezien van de bedoelde dienstverleningsvergoeding (en kosten), als belanghebbende een beleggingsresultaat van (positief) 100 behaalt, nemen de verplichtingen jegens de cliënten met hetzelfde bedrag toe, als gevolg van de contractuele afspraken die belanghebbende met de cliënten heeft gemaakt.

4.38. Partijen zijn erover verdeeld of in een geval als het onderhavige in het kader van de heffing van dividendbelasting rekening moet worden gehouden met kosten die worden opgeroepen door de toename van verplichtingen van belanghebbende jegens haar cliënten. Volgens de inspecteur moet die vraag ontkennend worden beantwoord, omdat het antwoord op die vraag uitsluitend wordt bepaald door het arrest-*Société Générale*. Het arrest-*CPPB* is volgens hem irrelevant, omdat belanghebbende geen verzekeringsactiviteiten ontplooit, maar beleggingsdiensten aanbiedt. Belanghebbende betoogt, naar het hof begrijpt, dat er geen relevant verschil is tussen het onderhavige geval van belanghebbende en de casus van het arrest-*CPPB*.

4.39. De hiervóór behandelde rechtspraak van het HvJ overziend, kan niet eenduidig worden bepaald aan de hand van welke rechtskundige maatstaf de bedoelde vraag moet worden beantwoord.

4.40. Vóór toepassing van *Société Générale* pleit dat het houden van aandelen ter belegging vanuit bronstatelijk perspectief niet meer behelst dan het incasseren van dividenden. Ervan uitgaande dat de niet-ingezetene overigens geen activiteiten in de bronstaat ontplooit, kan worden betoogd dat de bronstaat slechts rekening hoeft te houden met kosten die rechtstreeks toerekenbaar zijn aan het in de bronstaat vergaarde inkomen. In een geval als het onderhavige is dat inkomen beperkt tot dividendinkomen, zodat verklaarbaar is dat de kostentoerekening beperkt is tot inningskosten inzake het dividendinkomen. Overige met de beleggingsactiviteiten gepaard gaande kosten moeten in deze benadering, gezien de beperkte aanwezigheid in of economische binding van de niet-ingezetene met de bronstaat, worden toegerekend aan de woon- of vestigingsstaat.

4.41. Tegen de toepassing van *Société Générale* pleit vooral dat het HvJ de strikte toerekening van kosten aan dividendinkomen in verschillende nadien gewezen arresten niet heeft herhaald. Het hof verwijst naar de hiervóór genoemde arresten *Sofina*, [REDACTED], *PMT* en *CPPB*. Het verschil in benadering tussen *Société Générale* aan de ene kant tegenover de benadering in de andere genoemde arresten kan volgens het hof niet goed worden verklaard vanuit een connexiteitsverschil met de bronstaat, behoudens [REDACTED] waarin een niet-beleggingsbelang werd aangehouden. In alle andere genoemde zaken lijkt die connexiteit beperkt tot het genieten van dividenden ter zake van door de niet-ingezetene ter belegging aangehouden aandelen.

4.42. Verder is de benadering van *Société Générale*, inhoudende dat slechts rekening behoeft

³⁵ Zie de feiten onder 2.

te worden gehouden met de rechtstreeks met de inning van dividenden verband houdende kosten, niet gevolgd in zaken betreffende bronheffingen op rente-inkomsten.³⁶ Weliswaar heeft het HvJ het houden van aandelen en het verstrekken van leningen in de context van (bijvoorbeeld) de omzetbelasting verschillend behandeld,³⁷ maar het is niet duidelijk waarom dat onderscheid van belang zou moeten zijn als het gaat om het duiden van een verband tussen kosten of uitgaven van de niet-ingezetene met bronstatelijk inkomen. Dat klemmt temeer indien wordt bedacht dat het beleggen in aandelen, dan wel obligaties (schuldpapier) vanuit het perspectief van een professionele belegger tot op zekere hoogte uitwisselbare beleggingsalternatieven zijn, uiteraard met inachtneming van mogelijke verschillen in risicoprofielen en (daarmee) rendementsverwachtingen. Uitgaande van - vanuit economisch opzicht - vergelijkbare beleggingsmogelijkheden in obligaties en aandelen zou kunnen worden betoogd dat er ook geen goede grond is om voor het beoordelen van een verband tussen kosten en inkomsten verschillende maatstaven te hanteren, mede gelet op de aard van de beleggingsactiviteit. Dat klemmt temeer indien acht wordt geslagen op (i) de regel uit het arrest- [REDACTED] dat het erom gaat of uitgaven onlosmakelijk verbonden zijn met de activiteit die tot de belaste inkomsten heeft geleid en (ii) het in het [REDACTED] geformuleerde uitgangspunt dat het bestaan van een verband tussen uitgaven of kosten van een niet-ingezetene en zijn belaste inkomsten in de (bron)lidstaat niet afhankelijk is van de aard van die inkomsten.³⁸

4.43. Ervan uitgaande dat de aard van de verrichte activiteit niet van belang is (op grond van of analoog aan [REDACTED] acht het hof het onderhavige geval waarin beleggingsactiviteiten worden verricht gelijk aan dat van *CPPB*, waarin het ging om pensioenverzekeringsactiviteiten. Maar ook ervan uitgaande dat de bedoelde regel niet zo algemeen mag worden opgevat, rijst de vraag of het verschil tussen een (pensioen)verzekeringsactiviteit en een beleggingsactiviteit als de onderhavige wel zo wezenlijk is dat de drukvergelijking verschillend moet worden beoordeeld voor die respectieve gevallen. Beide activiteiten worden erdoor gekenmerkt dat beleggingen worden aangehouden ter dekking van toekomstige verplichtingen. Natuurlijk loopt een (pensioen)verzekeraar een verzekeringsrisico dat een belegger als belanghebbende niet loopt, maar het economische verband tussen de waarde van beleggingen en de waarde van verplichtingen jegens verzekerden respectievelijk cliënten is wezenlijk gelijk.

4.44. Hoewel het volgens het hof dus meest aangewezen lijkt om in een geval als het onderhavige de vergelijkbaarheid van de situatie van belanghebbende met ingezetene belastingplichtigen te beoordelen aan de hand van het arrest-*CPPB* en niet aan de hand van het arrest *Société Générale*, is de juistheid van die benadering niet met voldoende zekerheid uit de tot dusverre gevormde jurisprudentie af te leiden. Dat is een gevolg van de hiervoor genoemde omstandigheden inzake onduidelijkheid van de verhouding van *Société Générale* ten opzichte van latere arresten betreffende door niet-ingezetenen genoten dividendinkomen, onduidelijkheid van de reikwijdte van de genoemde rechtsregels uit [REDACTED] en [REDACTED] en de omstandigheid dat niet geheel duidelijk is wat de betekenis is van de onder 4.11 hiervóór uiteengezette nuancering van het bestaan van een verband tussen de ontvangst van dividend als zodanig en mutaties in de waarde van verplichtingen uit hoofde van unit-linked-contracten. Het HvJ lijkt in *CPPB* te zijn uitgegaan van een rechtstreeks oorzakelijk verband tussen de ontvangst van dividenden en een toename van de waarde van (pensioenverzekerings)verplichtingen. Uitgaande van een waardering van beleggingen en

³⁶ Zie de in 4.34 en 4.35 aangehaalde arresten- [REDACTED] en *Viva Telecom Bulgaria*.

³⁷ Zie conclusie A-G Kokott in de zaak- [REDACTED], ECLI:EU:C:2016:182, punt 35.

³⁸ Zie ov. 4.20 hiervóór.

verplichtingen op *fair value*, kan in ieder geval vanuit jaarrekeningrechtelijk oogpunt worden betoogd dat zo'n rechtstreeks oorzakelijk verband ontbreekt. Anderzijds is het niet alleen twijfelachtig of die jaarrekeningrechtelijke verwerking, meer in het bijzonder de waardering van (beleggings)aandelen bij *CPPB* anders was dan bij belanghebbende en is het meer algemeen de vraag hoe strikt het HvJ dat verband ziet alvorens de benadering van *CPPB* moet worden toegepast.

4.45. Gezien de hiervóór geschetste Unierechtelijke onduidelijkheid zal het hof zich tot het HvJ wenden met een prejudiciële vraag om duidelijkheid te verkrijgen. Bij de beslissing om een prejudiciële vraag aan het HvJ voor te leggen heeft het hof meegewogen dat de onderhavige kwestie niet alleen relevant is voor de beslechting van het onderhavige geschil maar, naar mag worden verwacht, ook relevant is voor verzoeken om teruggaaf van dividendbelasting die zijn ingediend door niet-ingezetenen die, net als belanghebbende, verplichtingen hebben waarvan de waarde (in hoge mate) correspondeert met de waarde van aangehouden beleggingen, zoals verzekeringsmaatschappijen en pensioenlichamen.

4.46. Gelet op belanghebbendes verzoek om anonimiteit en de op het hof uit hoofde van artikel 67 Algemene wet inzake rijksbelastingen rustende verplichting tot geheimhouding van belanghebbendes identiteit en persoonsgegevens zal het hof de griffier opdragen deze beslissing te anonimiseren en slechts een geanonimiseerd afschrift van dit stuk aan het HvJ te zenden.

Slotsom

Het hof zal het HvJ verzoeken de volgende vraag door middel van een prejudiciële beslissing te beantwoorden:

Verzet artikel 63, lid 1, VWEU zich tegen een wettelijke regeling als de onderhavige, volgens welke dividenduitkeringen door in Nederland gevestigde (beurs)vennootschappen aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die ter dekking van toekomstige betalingsverplichtingen onder andere in aandelen in die (beurs)vennootschappen heeft belegd, zijn onderworpen aan een bronbelasting naar een tarief van 15% over het brutobedrag van die dividenduitkeringen, terwijl de belastingdruk op dividenduitkeringen aan een in Nederland gevestigde vennootschap in overigens gelijke omstandigheden nihil zou bedragen, omdat bij de berekening van de belastinggrondslag voor de winstbelasting waaraan die laatstbedoelde vennootschap zou zijn onderworpen rekening wordt gehouden met de kosten die worden opgeroepen door een toename van de toekomstige betalingsverplichtingen van de vennootschap, welke toename vrijwel geheel correspondeert met een (positieve) wijziging in de waarde van de beleggingen, ook al leidt de ontvangst van dividend als zodanig niet tot een wijziging in de waarde van die verplichtingen?

5. Beslissing


Het hof:

- gelast dat de griffier deze beslissing anonimiseert en dat hij een geanonimiseerd afschrift van deze beslissing (met de kopie van het procesdossier) zendt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie;
- verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen over de

volgende vraag:

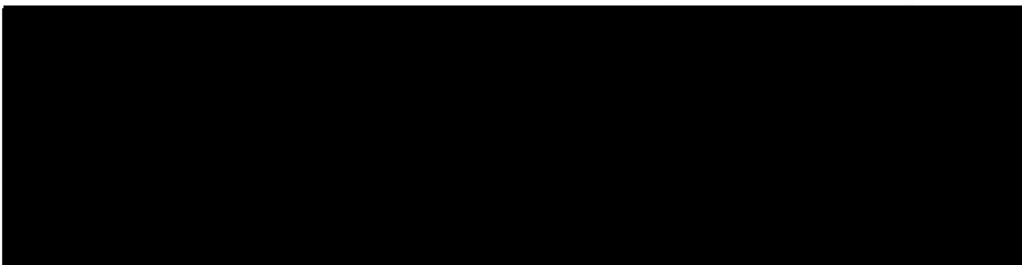
Verzet artikel 63, lid 1, VWEU zich tegen een wettelijke regeling als de onderhavige, volgens welke dividenduitkeringen door in Nederland gevestigde (beurs)vennootschappen aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die ter dekking van toekomstige betalingsverplichtingen onder andere in aandelen in die (beurs)vennootschappen heeft belegd, zijn onderworpen aan een bronbelasting naar een tarief van 15% over het brutobedrag van die dividenduitkeringen, terwijl de belastingdruk op dividenduitkeringen aan een in Nederland gevestigde vennootschap in overigens gelijke omstandigheden nihil zou bedragen, omdat bij de berekening van de belastinggrondslag voor de winstbelasting waaraan die laatstbedoelde vennootschap zou zijn onderworpen rekening wordt gehouden met de kosten die worden opgeroepen door een toename van de toekomstige betalingsverplichtingen van de vennootschap, welke toename vrijwel geheel correspondeert met een (positieve) wijziging in de waarde van de beleggingen, ook al leidt de ontvangst van dividend als zodanig niet tot een wijziging in de waarde van die verplichtingen?

Het hof houdt verder iedere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie naar aanleiding van het vorenstaande verzoek uitspraak heeft gedaan.


De beslissing is in het openbaar uitgesproken op **14 DEC 2022**
en afschriften van de uitspraak zijn op die datum aangetekend aan partijen verzonden.

De griffier,

De voorzitter,



Tegen tussenbeslissingen stelt de wet geen afzonderlijk, tussentijds beroep in cassatie dan wel een ander rechtsmiddel open (artikel 28, lid 5 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen). Tegen dergelijke beslissingen van het hof kan slechts worden opgekomen tegelijkertijd met het beroep in cassatie tegen de einduitspraak, zijnde de uitspraak waarbij het geding wordt afgedaan (vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 14 september 2007, nr. 43 294, BNB 2008/51).