

Belastingrecht

12 april 2023

ECLI:NL:PHR:2023:420

Op 12 april 2023 heeft de Parket bij de Hoge Raad een procedure behandeld op het gebied van belastingrecht, wat onderdeel is van het bestuursrecht. Het zaaknummer is 22/01852, bekend onder ECLI code ECLI:NL:PHR:2023:420.

Soort procedure

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Rechtsgebied	Bestuursrecht » Belastingrecht
Zaaknummer(s)	22/01852
Datum uitspraak	12 april 2023
Datum gepubliceerd	12 april 2023
Vindplaatsen	FutD 2023-1115 NLF 2023/1083 met annotatie van Loes van Hulten Viditax (FutD), 28-4-2023 V-N 2023/22.11 met annotatie van Redactie V-N Vandaag 2023/935

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 22/01852

Datum 12 april 2023

Belastingkamer A

Onderwerp/tijdvak Vennootschapsbelasting 2016

Nr. Gerechtshof 20/00576

Nr. Rechtbank HAA 19/4358

CONCLUSIE

P.J. Wattel

In de zaak van

[X]B.V.

tegen

Staatssecretaris van Financiën

1

Overzicht

1.1

[X]BV (de belanghebbende) houdt 98,8% in [A]LLC ([A]) die in Zuid-Korea is gevestigd en daar onderworpen is aan de winstbelasting. [A]bezat in 2016 vastgoed in Zuid-Korea dat zij verhuurde. [A]heeft in 2016 dividend uitgekeerd aan de belanghebbende. [A]wordt in Zuid-Korea aangemerkt als Real Estate Investment Fund (REIF). Zij kan daardoor het door haar uitgekeerde dividend in aftrek brengen op haar belaste winst mits zij jaarlijks (nagenoeg) haar hele winst uitkeert.

1.2

De belanghebbende meent dat het ontvangen dividend vrijgesteld is van de Nederlandse vennootschapsbelasting onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb). De Inspecteur daarentegen meent dat de linking rule van art. 13(17) Wet Vpb de deelnemingsvrijstelling uitsluit voor uitkeringen die bij de uitkerende entiteit in aftrek mogen worden gebracht op de grondslag voor de winstbelasting.

1.3

Zowel de Rechtbank Noord-Holland als het Gerechtshof Amsterdam heeft de Inspecteur in het gelijk gesteld.

1.4

De belanghebbende stelt zeven cassatiemiddelen voor. Middel (i) constateert dat de wetsgeschiedenis vermeldt dat alleen betalingen die 'naar hun aard' aftrekbaar zijn van vrijstelling worden uitgesloten. De litigieuze dividenden zijn volgens de belanghebbende niet naar hun aard aftrekbaar omdat het REIF-regime een uitzondering is op de hoofdregel van het Zuid-Koreaanse winstbelastingstelsel dat dividend niet aftrekbaar is. Het REIF-regime is slechts een techniek om fiscale neutraliteit voor beleggingen te bereiken die ook bereikt had kunnen worden door bijvoorbeeld een nultarief of een vrijstelling in de winstbelasting onder voorwaarde van uitkering, in welk geval art. 13(17) Wet Vpb niet zou hebben aangegrepen. Het dividend valt daarom volgens haar niet onder art. 13(17) Wet Vpb. Ik meen dat de eenduidige wettekst deze lezing niet toelaat en dat uit de MvT bij de Wet implementatie wijzigingen Moeder/dochterrichtlijn 2015 volgt dat de term 'naar hun aard aftrekbaar' aangeeft dat het gaat om rechtskundige aftrekbaarheid, niet feitelijke aftrek in enig bepaald jaar, en dat de verhouding tot aftrekbeperkingen zoals earnings stripping of thin cap regels niet ter zake doet. Uit die parlementaire geschiedenis en uit de considerans bij de wijziging van de EU-MD-richtlijn volgt dat de linking rule - zoals zijn aanduiding al aangeeft - gebaseerd is op de gedachte van communicerende vaten: is de vergoeding op welke grond dan ook aftrekbaar voor de winstbelasting bij de dochter, dan moet de moederstaat vrijstelling weigeren. Dat de stellers van die toelichtingen vooral dachten aan hybride financiering neemt niet weg dat de maatregel algemeen ziet op jurisdictionele mismatches tussen aftrekbaarheid en belastbaarheid in concernverband. Als het REIF-regime bedoeld is om uit fiscale neutraliteitsoverwegingen alleen bij de aandeelhouders en niet bij de REIF zelf te heffen, dan wordt kennelijk volledig aan de ratio van dat regime voldaan als bij niet-Koreaanse aandeelhouders zoals de belanghebbende winstbelasting wordt geheven, zoals Zuid-Korea zelf ook doet bij ingezetenen. Middel (i) leidt mijns inziens niet tot cassatie.

1.5 Middel (ii) betoogt dat de ratio van de deelnemingsvrijstelling en van de linking rule zich in casu tegen toepassing van art. 13(17) Wet Vpb verzetten omdat investeringen in vastgoed 'goede' beleggingen zijn volgens art. 13(12) Wet Vpb, dat de belanghebbende als lex specialis ten opzichte van art. 13(17) beschouwt. Omdat op een deelneming in een dergelijke 'goede' beleggingsdochter in principe de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is het in strijd met de ratio van de deelnemingsvrijstelling als zij in casu wordt geweigerd, aldus de belanghebbende. Art. 13(17) Wet Vpb is van later datum dan art. 13(12) Wet Vpb en overschrijft mijns inziens lid 12. Nu lid 12 al bestond toen lid 17 werd ingevoerd, kan lid 12 niet de strekking hebben om lid 17 uit te schakelen. Van economische dubbele belasting is geen sprake, nu het dividend aftrekbaar is in Zuid-Korea, zodat het niet strookt met de ratio van de deelnemingsvrijstelling om haar toe te passen. Vrijstelling is niet nodig om economische dubbele belasting van de Zuid-Koreaanse vastgoedwinst te voorkomen. De belanghebbende kan toegegeven worden dat de linking rule tot gevolg heeft dat het Zuid-Koreaanse fiscale incentive voor vastgoedinvesteringen wordt wegbelast. Dat is echter inherent aan een linking rule (en aan een verrekeningsstelsel) die geen onderscheid maakt naar gelang de ratio van de aftrekbaarheid in de dochterstaat. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever heeft onderkend dat de invoering van art. 13(17) Wet Vpb gevolgen kon hebben voor bestaande dubbele niet-belastingstructuren. Ook middel (ii) strandt mijns inziens.

1.6

Middel (iii) betoogt dat, nu Zuid-Korea 10% bronbelasting heeft ingehouden, zich geen dubbele niet-heffing voordoet bij vrijstelling in Nederland. Ik meen dat dit betoog miskent dat de deelnemingsvrijstelling en art. 4 MD-richtlijn niet zien op juridische, maar op economische dubbele belasting en dat de Zuid-Koreaanse dividendbelasting niet ten laste van

[A], maar ten laste van de belanghebbende is geheven. De daardoor ontstane juridische dubbele belasting bij uitsluitend de moeder (de belanghebbende) is opgeheven door de verrekening van die bronheffing met belanghebbendes eindheffing. De bronheffing is daardoor verdwenen in haar Nederlandse vennootschapsbelasting. Als alleen de bronheffing zou worden geheven, zou dat weliswaar niet tot dubbele niet-heffing van belasting leiden, maar wel tot onvoldoende winstbelasting (of tot géén winstbelasting, want een dividendbelasting is geen winstbelasting, maar een bruto-opbrengstbelasting). Middel (iii) strandt volgens mij.

1.7

Volgens middel (iv) is de linking rule in art. 4 van de EU-Moeder-dochterrichtlijn ingevoerd met het oog alleen op hybride financiële instrumenten en moet ook art. 13(17) Wet Vpb in dat licht worden uitgelegd. Dat betekent dat vastgoeddeelnemingen niet onder art. 13(17) vallen, aldus de belanghebbende. Ik meen dat die beperking niet valt te lezen in de tekst van of de considerans bij de desbetreffende wijziging van de MD-richtlijn, noch in de parlementaire geschiedenis van art. 13(17) Wet Vpb. De Richtlijn bepaalt dat de moederstaat de uitgekeerde winst "moet (...) belasten voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochter-onderneming (...)" en de considerans zegt dat de richtlijnvoordelen "should not lead to situations of double non-taxation and, therefore, generate unintended tax benefits for groups of parent companies and subsidiaries of different Member States when compared to groups of companies of the same Member State" en dat "for the purpose of avoiding situations of double non-taxation deriving from mismatches in the tax treatment of profit distributions between Member States", de moederstaat "should not allow those companies to benefit from the tax exemption applied to received distributed profits, to the extent that such profits are deductible by the subsidiary (...)." Dat de Commissie mogelijk een opvatting had over een bepaald Zweeds forfaitair heffingssysteem bij bepaalde Zweedse investeringsfondsen lijkt mij niet beslissend voor de rechterlijke interpretatie van de richtlijntekst en -considerans en de Nederlandse implementatie daarvan. Middel (iv) treft mijns inziens geen doel.

1.8

Middel (v) betoogt dat met de aan art. 13(17) Wet Vpb ten grondslag liggende wijziging van de MD-richtlijn (invoering van de linking rule in art. 4(1)(a) MD-richtlijn) geen uitputtende harmonisatie is beoogd, zodat ook aan het vrije kapitaalverkeer kan worden getoetst (daarop ziet middel (vii)). Ik meen dat de tekst van de linking rule in art. 4(1)(a) MD-richtlijn en die van de recitals (2) en (3) van de considerans van de richtlijn de lidstaten geen keuzevrijheid laten. Strenger dan vrijstellingsweigering kan niet en minder streng dan weigering mag niet. De linking rule lijkt mij daarmee een uitputtende regeling van de voorkoming van dubbele niet-heffing door mismatches tussen lidstaten in hun winstbelastingheffing ter zake van grensoverschrijdende winstuitkeringen in deelnemingsverhoudingen. Dat art. 4 MD-richtlijn de lidstaten bij andere onderwerpen vrijheid laat, acht ik niet relevant voor de vraag of de linking rule zijn eigen onderwerp uitputtend regelt. Dat de Nederlandse implementatie ('naar zijn aard aftrekbaar') strenger zou zijn dan de linking rule in de richtlijn, blijkt mijns inziens uit niets. Dat het de lidstaten uiteraard vrij staat om in de niet onder de Richtlijn vallende derde-landenverhoudingen te kiezen voor gelijkheid met de wél door de Richtlijn geregelde intra-EU-gevallen door de nationale implementatie ook op die verhoudingen te doen zien, lijkt mij evenmin relevant voor de vraag welk karakter de harmonisatie in de wél door de Richtlijn geregelde verhoudingen heeft. Ik meen daarom dat ook middel (v) strandt.

1.9

Volgens middel (vi) had het Hof de weigering van de vrijstelling van ambtswege moeten toetsen aan de beginselen van gelijkheid voor de wet (art. 20) en non-discriminatie (art. 21) in het EU-Handvest van de Grondrechten. Het Handvest lijkt mij echter niet van toepassing omdat Nederland met zijn eigenstandige, niet op EU-recht gebaseerde uitbreiding van de linking rule naar niet door die EU-regel bestreken derde-landengevallen mijns inziens geen uitvoering geeft aan EU-recht, maar aan nationaal beleid. Ook als dat anders zou zijn, is de rechter niet gehouden om buiten het geschil van ambtswege EU-recht toe te passen dat niet van openbare orde is, aldus HwJ Van der Weerd e.a. Gaat hij ermee buiten het geschil, dan is hij er nationaalrechtelijk immers niet toe bevoegd en dan geldt volgens HwJ Van Schijndel en Van Veen geen EU-rechtelijke plicht tot toepassing van ambtswege. Het Hof hoefde belanghebbendes vrije-verkeersklacht niet anders op te vatten dan door de belanghebbende gesteld, nl. als een beroep op gronden ontleend aan het Handvest. De belanghebbende lijkt overigens geen belang bij het middel te hebben. Het Hof heeft immers wel degelijk haar klacht over horizontale discriminatie inhoudelijk beoordeeld. Een beroep op discriminatie-verboden in het Handvest lijkt dan rechtskundig niets toe te voegen.

1.10

Middel (vii) acht 's Hofs oordeel onverenigbaar met het vrije kapitaalverkeer, dat ook vrij is in verhouding tot derde landen zoals Zuid-Korea (art. 63 VwEU). De belanghebbende zou gediscrimineerd worden in vergelijking met een moeder die dividend ontvangt van een vrijgestelde of naar een nultarief belaste REIT met uitdelingsplicht zoals die volgens de belanghebbende in Frankrijk en Finland bestaan. Uit het HwJ-arrest Haribo en Salinen volgt dat een verschil in behandeling tussen dividenden uit verschillende landen niet ter zake doet voor de toepassing van art. 63 VwEU, als de buitenlandse dividenden maar niet ongunstiger worden belast dan binnenlandse dividenden. De vergelijking tussen een andere EU-lidstaat en een derde staat lijkt mij niet anders dan die tussen twee verschillende derde staten of die tussen twee andere lidstaten; in al die gevallen geldt voor beleggingen het vrije kapitaalverkeer en is een vergelijking tussen twee verschillende andere landen volgens Haribo en Salinen niet aan de orde omdat het om de vergelijking met de binnenlandssituatie gaat. De door de belanghebbende aangehaalde HwJ-arresten Riskin en Timmermans en Commissie v. Nederland steunen haar standpunt mijns inziens niet omdat in het eerste arrest geen discriminatie werd geconstateerd en in het tweede geval wel degelijk werd vergeleken met de binnenlandssituatie. Het wezenlijke punt is mijns inziens niet dat twee herkomsten verschillend worden behandeld, maar twee regimes: (i) vrijstelling of nultarief met uitdelingsplicht en (ii) aftrekbaar dividend met uitdelingsplicht. De implementatie van art. 4 MD-richtlijn heeft tot gevolg dat lidstaten met een deelnemingsvrijstelling dividenden vanuit het eerste regime vrijstellen en dividenden vanuit het tweede regime moeten belasten (in verrekeningsstelsels maakt het niet uit; geen verrekening). Belanghebbendes betoog komt er op neer dat art. 4(1)(a) MD-richtlijn discrimineert tussen in essentie vergelijkbare regimes en daarmee het primaire EU-recht schendt. Dat standpunt is mijns inziens niet zonder deugd, maar ik meen dat het weinig zin heeft om het HwJ prejudicieel te vragen of de Richtlijn het primaire EU-recht schendt door diens koppeling uitsluitend aan aftrekbaarheid en niet ook aan nultarief- en vrijstellingsregimes. Het HwJ acht secundair EU-recht immers zelden in strijd met primair EU-recht, te minder als het om belastingen gaat, waar Uniewetgeving door de unanimiteitseis uiterst moeizaam tot stand komt. In de BTW-zaak RPO liet de Grote Kamer van het HwJ de fiscale Uniewetgever bij diens moeilijke politieke afwegingen een ruime beoordelingsbevoegdheid en overwoog zij dat "hoogstens" bij "kennelijke fouten" van de Uniewetgever ingegrepen zou kunnen worden door de Unierechter. Overigens kan men zeggen dat die twee verschillende regimes geen gelijke gevallen zijn omdat het ene een onderwerps- c.q. tariefmaatregel is (vrijstelling c.q. nultarief) en het andere een winstbepalingsregel (aftrek dividenduitkeringen). Ook middel (vii) leidt mijns inziens daarom niet tot cassatie, noch tot prejudiciële vragen.

1.11

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de belanghebbende ongegrond te verklaren.

2

De feiten en het geding in feitelijke instanties
De feiten

2.1

De belanghebbende is een Nederlandse houdstervennootschap met als enige aandeelhouder

[B]UA. Deze coöperatie heeft zeven leden, waarvan er vier zijn gevestigd op de Kaaimaneilanden en drie in Luxemburg. Volgens de verklaring van belanghebbendes bestuurder is voor deze structuur gekozen omdat het met een coöperatie mogelijk is de rechten op bepaalde baten via de statuten aan een specifieke begunstigde toe te wijzen. Dat is ook gebeurd: de baten uit de vastgoeddochter [A] komen volgens de statuten aan een van de Luxemburgse leden toe.

2.2

De belanghebbende houdt 98,8% in

[A] LLC ([A]) die in Zuid-Korea is gevestigd en daar onderworpen is aan de winstbelasting. [A] bezat tot november 2016 onroerende zaken in Zuid-Korea die zij verhuurde. [A] heeft in 2016 dividend ad \$ 1.690.655 aan de belanghebbende uitgekeerd. [A] wordt in Zuid-Korea aangemerkt als Real Estate Investment Fund (REIF), wat meebrengt dat zij de door haar uitgekeerde dividenden in aftrek mag brengen op haar belaste winst, mits zij jaarlijks (nagenoeg) haar gehele winst (vóór aftrekbare dividenduitkeringen, neem ik aan) uitkeert.

2.3

Op 2 juni 2017 heeft de belanghebbende aangifte vennootschapsbelasting 2016 gedaan. Zij heeft niet om de deelnemingsvrijstelling gevraagd voor het

[A]-dividend omdat art. 13(17) Wet Vpb (linking rule) de deelnemingsvrijstelling uitsluit voor dividenden die bij de uitkerende entiteit in aftrek mogen worden gebracht op de grondslag voor de winstbelasting.

2.4

De aanslag Vpb 2016 is op 24 november 2018 conform aangifte vastgesteld naar een belastbaar bedrag ad € 1.024.255. Rekening is gehouden met een aftrek elders belast ad € 148.394, waardoor de in Zuid-Korea ingehouden dividendbelasting is verrekend met de Nederlandse vennootschapsbelasting. De belanghebbende heeft bezwaar gemaakt en verzocht om toepassing van de deelnemingsvrijstelling op het

[A]-dividend. De Inspecteur heeft dat bezwaar op 29 juli 2019 ongegrond verklaard.

Het geschil

2.5

In geschil is of art. 13(17) Wet Vpb toepassing van de deelnemingsvrijstelling op het

[A]-dividend verhindert. Zowel de Rechtbank Noord-Holland als het Gerechtshof Amsterdam heeft de Inspecteur in het gelijk gesteld.

2.6

De belanghebbende heeft tijdig en regelmatig cassatieberoep ingesteld. De Staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend. De belanghebbende heeft daarop gerepliceerd. De Staatssecretaris heeft afgezien van dupliek.

2.7

De Rechtbank en het Hof hebben hun uitspraken thematisch ingericht. Belanghebbendes cassatieberoep snijdt dezelfde thema's aan als die in (hoger) beroep. Na een weergave van de relevante regelgeving (onderdeel 3) zal ook ik daarom per middel/thema het geschilpunt, de uitspraken van de feitenrechters en de argumenten in cassatie bespreken (onderdelen 4 t/m 10), om te eindigen met een conclusie.

3

De relevante regels en hun achtergrond

3.1

De EU-Moeder-dochterrichtlijn is in 2014 gewijzigd (uiterste implementatiedatum: 31 december 2015) om te voorkomen dat de voordelen van de richtlijn leiden tot dubbele niet-heffing over uitgedeelde vennootschapswinsten. Art. 4 van de Moeder-dochterrichtlijn luidt sindsdien, voor zover hier van belang, als volgt:

"1. Wanneer een moedermaatschappij of haar vaste inrichting, op grond van de deelgerechtigdheid van de moedermaatschappij in haar dochteronderneming, uitgekeerde winst ontvangt, anders dan bij de liquidatie van de dochteronderneming, moeten de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting:

a) ofwel zich onthouden van het belasten van deze winst voor zover die winst niet aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij, en deze winst belasten voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij;

b) ofwel (...)."

3.2

De considerans bij deze wijziging van de MD-richtlijn vermeldt:

"(...).

(2) De voordelen van Richtlijn 2011/96/EU mogen niet leiden tot situaties waarin dubbele niet-heffing ontstaat en aldus onbedoelde belastingvoordelen worden gecreëerd voor groepen van moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten in vergelijking met groepen van ondernemingen uit eenzelfde lidstaat.

(3) Teneinde situaties van dubbele niet-heffing als gevolg van incongruenties in de fiscale behandeling van winstuitkeringen door de lidstaten te vermijden, dienen de lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting het voordeel van de belastingvrijstelling die wordt toegekend voor ontvangen winstuitkeringen, aan die moedermaatschappijen te ontfangen voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij.

(...)."

3.3

Bij de Wet implementatie Moeder-dochterrichtlijn 2015 is die wijziging in Nederland geïmplementeerd door toevoeging van een zeventiende lid aan art. 13 Wet Vpb 1969 per 1 januari 2016. Art. 13 Wet Vpb luidt sindsdien, voor zover hier van belang, als volgt (tekst 2016):

"1. Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming (deelnemingsvrijstelling).

(...).

8. De deelnemingsvrijstelling vindt geen toepassing ten aanzien van een belastingplichtige die als beleggingsinstelling is aangemerkt. 9. De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op voordelen uit hoofde van een als belegging gehouden deelneming (beleggingsdeelneming), alsmede op de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming, tenzij sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. 10. Een deelneming wordt in ieder geval geacht een beleggingsdeelneming te zijn indien: a. de bezittingen van het lichaam waarin de belastingplichtige de deelneming heeft, geconsolideerd beschouwd, doorgaans grotendeels bestaan uit belangen als bedoeld in het veertiende lid, met dien verstande dat voor de consolidatie alleen belangen van ten minste 5% in aanmerking worden genomen; b. de functie van het lichaam waarin de belastingplichtige de deelneming heeft tezamen met de lichamen waarin dit lichaam een belang van ten minste 5% heeft, grotendeels bestaat uit het direct of indirect financieren van de belastingplichtige of van met de belastingplichtige verbonden lichamen, dan wel van bedrijfsmiddelen die door de belastingplichtige of door met de belastingplichtige verbonden lichamen worden gebruikt, daaronder begrepen het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van bedrijfsmiddelen. 11. Voor de toepassing van het negende lid, (...), wordt een deelneming van de belastingplichtige in een lichaam als kwalificerende beleggingsdeelneming aangemerkt indien: a. het lichaam is onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing; b. de bezittingen van het lichaam onmiddellijk of middellijk, doorgaans voor minder dan de helft bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen, met dien verstande dat voor de toepassing van dit onderdeel en artikel 13a laagbelaste vrije beleggingen niet als zodanig in aanmerking worden genomen indien de bezittingen van het lichaam dat de laagbelaste vrije beleggingen bezit doorgaans ten minste hoofdzakelijk bestaan uit andere bezittingen dan laagbelaste vrije beleggingen, waarbij de deelnemingen die dat lichaam houdt worden geacht geen bezittingen te zijn. 12. Voor de toepassing van het elfde lid en artikel 13a, eerste lid, worden als vrije beleggingen aangemerkt: a. andere beleggingen dan die welke

redelijkerwijs noodzakelijk zijn in het kader van de ondernemingsactiviteiten van het lichaam dat de beleggingen bezit, met uitzondering van beleggingen bestaande uit onroerende zaken - daaronder mede begrepen rechten die direct of indirect betrekking hebben op onroerende zaken - die niet in het bezit zijn van een lichaam dat is aangemerkt als beleggingsinstelling of vrijgestelde beleggingsinstelling; b. (...); c. (...).

14. Voor de toepassing van het elfde en twaalfde lid en artikel 13a zijn bezittingen die bestaan uit belangen in lichamen, in ieder geval een belegging indien zij bestaan uit:

(...)

[belangen van minder dan 5% in kapitaalvennootschappen, gemene-rekeningfondsen en open c.v's; PJW];

(...).

17. De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op voordelen uit hoofde van een deelneming voor zover deze voordelen bestaan uit:

a. vergoedingen van of betalingen door het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden voor zover deze rechtens dan wel in feite direct of indirect in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting;

b. hetgeen wordt ontvangen ter vervanging van gederfde of te derven vergoedingen of betalingen als bedoeld in onderdeel a.

Indien een vergoeding of betaling als bedoeld in de eerste volzin, onderdeel a, op de kostprijs van een deelneming wordt afgeboekt, wordt een bedrag ter grootte van die vergoeding, onderscheidenlijk betaling, tot de winst van de belastingplichtige gerekend."

3.4

Art. 13(17) Wet Vpb had onmiddellijk werking, aldus de medewetgever:

"De leden van de fractie van de PvdA vragen om een bevestiging dat de voorgestelde maatregelen per 1 januari 2016 ingaan en tevens vanaf die datum zien op bestaande structuren. Dat kan het kabinet bevestigen."

3.5

De Memorie van Toelichting (MvT) bij art. 13(17) Wet Vpb vermeldt onder meer:

"2. Mismatches Een mismatch in de fiscale behandeling van een geldverstrekking van een vennootschap aan een andere (gelieerde) vennootschap kan ontstaan als de geldverstrekking in de ene lidstaat wordt behandeld als een schuld en in de andere lidstaat als eigen vermogen, een zogeheten hybride lening. Dit verschil in behandeling kan ertoe leiden dat de vergoeding op een hybride lening in de lidstaat waarin de betalende vennootschap is gevestigd, wordt gezien als rente en daarom in aftrek kan komen voor de winstbelasting, terwijl deze vergoeding in de lidstaat waarin de ontvangende vennootschap is gevestigd, wordt gezien als een winstuitdeling en op grond van een deelnemingsvrijstelling is vrijgesteld. Om deze situatie, een aftrek waar geen heffing tegenover staat, tegen te gaan is aan de MDR de verplichting toegevoegd voor de lidstaat waarin de ontvangende vennootschap is gevestigd, om de winst die is uitgekeerd door een dochteronderneming te belasten voor zover die winst in de andere lidstaat aftrekbaar is. Een betaling is aftrekbaar als deze in de andere lidstaat naar haar aard in aftrek kan komen voor een naar de winst geheven belasting.

(...)."

p. 7:

"De bepaling ziet op vergoedingen of betalingen die bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden rechtens dan wel in feite direct of indirect in aftrek kunnen komen. Het gaat er daarbij om of de vergoeding of betaling naar haar aard in het andere land in aftrek kan komen bij de bepaling van de totaalwinst van dat lichaam. Het is niet van belang of de vergoeding of betaling in hetzelfde jaar in aftrek kan worden gebracht als het jaar waarin deze wordt ontvangen. De bepaling kan ook van toepassing zijn op een vergoeding op een hybride schuld die kan worden toegerekend aan een vaste inrichting van het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden en die bij de winstberekening in het land van de vaste inrichting in aftrek kan komen. De toepassing van een algemeen werkende afrekbepaling, zoals een earnings-strippingbepaling of een thin-capitalisationbepaling, doet er niet aan af dat een (rente)betaling naar haar aard aftrekbaar is."

3.6

De Nota naar aanleiding van het verslag vermeldt dat geen onderscheid gemaakt wordt naar gelang de dochterstaat de vergoeding al dan niet 'bewust' (als 'faciliteit') in aftrek toelaat:

"De leden van de fractie van het CDA vragen het kabinet om te bevestigen dat de voorgestelde maatregel voor mismatches niet geldt voor bewuste voordelen en faciliteiten van het fiscale stelsel van het andere land. Voorts vragen deze leden of de voorgestelde bepaling zo uitwerkt dat de Braziliaanse allowance for corporate equity in Nederland wordt belast.

Het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 is van toepassing op vergoedingen of betalingen die naar hun aard in het land van de dochtermaatschappij in aftrek kunnen worden gebracht, zoals het geval is bij de betalingen waarop het Braziliaanse allowance for corporate equity regime van toepassing is. Deze betalingen kunnen in Brazilië rechtstreeks in aftrek worden gebracht op de winst. Of de aftrek in een ander land «bewust» is toegekend, is niet relevant."

3.7

De wetgever heeft het bereik van art. 13(17) Wet Vpb niet beperkt tot dividenden uit de EU/EER/Zwitserland, maar op grond van gelijkheids- en (OESO-)antimisbruikoverwegingen gekozen voor afrekwijgering erga omnes. De MvT zegt daarover:

"Bij de vormgeving van de maatregel is gekozen voor een mondiale reikwijdte, dus ongeacht de jurisdictie waarin het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, is gevestigd. Dit past ook binnen het uniform-wereldwijd geldende karakter van de deelnemingsvrijstelling, zonder onderscheid tussen deelnemingen in de EU of de Europese Economische Ruimte (EER) en daarbuiten. Het kabinet vindt dat het voorkomen van mismatches niet moet worden beperkt tot de EU of de EER en kiest daarom voor een wereldwijde benadering. Constructies met mismatches waardoor de belastingheffing wordt ontgaan, zouden anders gemakkelijk kunnen worden verplaatst naar derde landen. De maatregel sluit in deze vorm dan ook aan bij de conceptvoorstellen van de OESO ten aanzien van de behandeling van hybride financiële instrumenten in het kader van het BEPS-project. Voor zover bekend kiezen ook andere EU-lidstaten, waaronder het Verenigd Koninkrijk, België, Duitsland en Frankrijk, voor een wereldwijde toepassing van de bepaling uit Richtlijn 2014/86/EU."

3.8

In zijn hoedanigheid van Executieve heeft de Staatssecretaris van Financiën op 29 september 2017 vragen uit de Eerste Kamer beantwoord:

"De leden van de fracties van het CDA en de VVD vragen welke criteria bepalend zijn voor de beantwoording van de vraag of een betaling naar haar aard aftrekbaar is.

Voor de toepassing van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 moet worden beoordeeld of de vergoeding of betaling bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden rechtens dan wel in feite direct of indirect aftrekbaar is voor de winstbelasting. Deze maatregel is niet beperkt tot hybride leningen, maar ziet op alle deelnemingsverhoudingen waarbij sprake is van een aftrek inzake een geldverstrekking waar geen belastingheffing tegenover staat. "Aftrekbaar" betekent dat de vergoeding naar haar aard voor aftrek in aanmerking komt, dat wil zeggen in aftrek kan worden gebracht. "Aftrekbaar" betekent niet dat de vergoeding ook daadwerkelijk is afgetrokken.

Voor de beantwoording van de vraag of een vergoeding naar haar aard aftrekbaar is, is niet relevant of de desbetreffende geldverstrekking moet worden beschouwd als een lening of als een kapitaalverstrekking. Van belang is of de vergoeding daarop naar haar aard aftrekbaar is. Als dat het geval is, is in Nederland de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing en wordt de vergoeding in de heffing betrokken. Evenmin maakt het verschil, in antwoord op de vraag van deze leden, of de vergoeding voor de toepassing van het betreffende belastingverdrag als dividend wordt behandeld en onderhevig is aan een dividendbelasting."

3.9

Op 13 februari 2018 heeft de Staatssecretaris nadere vragen uit de Eerste Kamer beantwoord:

(...). Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet aanpassing fiscale eenheid (...), daaropvolgend in enkele hardheidsclausuleverzoeken en de vorige set vragen van de leden van de fractie van het CDA, waarbij de leden van de fractie van de VVD zich eveneens hebben aangesloten (...) is mij de vraag voorgelegd of in deze situaties artikel 13, zeventiende lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) van toepassing is. Indien dat het geval is, vindt de deelnemingsvrijstelling geen toepassing op de van de vastgoedmaatschappijen ontvangen dividenden. Deze vraag heb ik in mijn vorige brief bevestigend beantwoord. Ook bij de vervolgvragen over dit onderwerp hecht ik eraan te benadrukken dat ik geen aanleiding zie om van deze lijn afte wijken.

De antihybridebepaling van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 heeft als doel belastingontwijking door middel van hybridemismatchstructuren tegen te gaan voor zover in deelnemingsverhoudingen sprake is van aftrekbare vergoedingen of betalingen. Inherent hieraan is dat de bepaling aangrijpt bij aftrekbaarheid van vergoedingen of betalingen. Dat als gevolg daarvan een deelneming in een van winstbelasting vrijgestelde vastgoedvennootschap niet wordt geraakt door artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969, is niet onvoorzien. In de onderhavige gevallen leidt deze toepassing bovendien tot het gewenste resultaat van een effectieve vrijstelling op het niveau van de vastgoedvennootschap en een heffing bij de aandeelhouder (enkelvoudige heffing). Deze uitkomst is naar de mening van het kabinet in lijn met het eindrapport inzake actiepunten 2 over de neutralisering van hybridemismatchstructuren van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) in het kader van het Base Erosion Profit Shifting (BEPS)-project. Wel deelnemingsvrijstelling toepassen zou hier afbreuk aan doen.

(...).

De leden van de fracties van het CDA en de VVD stellen een vraag over een speciaal regime, zoals het onderhavige vastgoedregime in Japan en Zuid-Korea, waarin dividenden aftrekbaar zijn onder de voorwaarde dat (een groot deel van) de winst jaarlijks wordt uitgekeerd. Als buiten de toepassing van dit speciale regime dividenden in zijn algemeenheid niet aftrekbaar zijn, willen zij weten of ik hun conclusie deel dat in een dergelijk geval het dividend niet naar zijn aard aftrekbaar is. Als ik die mening niet ben toegedaan, vragen zij voorts welke criteria relevant zijn bij de beoordeling of een vergoeding naar zijn aard aftrekbaar is. Voorts vragen de leden of ik daarbij acht wil slaan op een passage in de nota naar aanleiding van het verslag die beschrijft dat artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 ziet op mismatches die het gevolg zijn van het karakter van een instrument.

Ik ben van mening dat in de situatie waarnaar deze leden vragen de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de ontvangen dividenden. Het feit dat in het desbetreffende land dividenden buiten de context van dit regime voor vastgoedmaatschappijen niet aftrekbaar zijn, is in dit kader geen relevant criterium. De beoordeling dient plaats te vinden binnen de context van het desbetreffende regime en binnen dit regime is dividend naar zijn aard aftrekbaar. Hetgeen is opgemerkt in de nota naar aanleiding van het verslag beperkt die uitleg naar mijn mening niet tot hybride instrumenten. Hierbij wijs ik op mijn antwoord in dezelfde nota naar aanleiding van het verslag of de voorgestelde bepaling zo uitwerkt dat de Braziliaanse allowance for corporate equity in Nederland wordt belast. Ik heb hierop geantwoord dat artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 van toepassing is op de betalingen onder het Braziliaanse allowance for corporate equity regime, omdat dit betalingen zijn die naar hun aard in het land van de dochtermaatschappij in aftrek kunnen worden gebracht. (...) Van een verschil van inzicht over de kwalificatie van het instrument is geen sprake (Nederland betwist niet dat sprake is van een eigenvermogensverstrekking)."

3.10

Tijdens een plenair debat over een ander (later) wetsvoorstel 'Aanpassing fiscale eenheid' stelde het Tweede Kamerlid Van Vliet mogelijke overkill in art. 13(17) Wet Vpb aan de orde. Omdat het om een toen al geldende wet ging, moet ook dit antwoord van de Staatssecretaris mijns inziens gezien worden als de opvatting van de Executieve over de interpretatie van die geldende wet, dus niet als parlementaire geschiedenis van art. 13(17) Wet Vpb:

"De heer Van Vliet vraagt naar een reactie op de naar zijn mening overkill van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969. De heer Van Vliet wijst daarbij naar een casus waarin aandelen worden gehouden in een buitenlandse vennootschap die buitenlands onroerend goed houdt. Hoewel de vraag van de heer Van Vliet geen betrekking heeft op het onderhavige wetsvoorstel, heb ik tijdens het plenaire debat op 6 september 2016 toegezegd ook deze vraag te beantwoorden.

Voor de vraag of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, moet in deze casus eerst worden bepaald of de buitenlandse vennootschap kwalificeert als beleggingsdeelneming of niet. Is sprake van een beleggingsdeelneming dan is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing, tenzij er sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Er kan sprake zijn van een kwalificerende beleggingsdeelneming indien het onroerend goed op grond van artikel 13, twaalfde lid, van de Wet Vpb 1969 niet als vrije belegging wordt aangemerkt. In dat geval is op deze kwalificerende beleggingsdeelneming in beginsel de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Daarna dient aan beoordeeld te worden of artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 van toepassing is. Artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 vloekt voort uit de wijzigingen van de Moeder-dochterrichtlijn 2015, hetgeen afspraken zijn die Nederland gemaakt heeft. Om aan de antimismatchbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn uitvoering te geven is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op ontvangen vergoedingen en betalingen uit hoofde van een deelneming voor zover deze vergoedingen of betalingen bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden rechtens dan wel in feite direct of indirect aftrekbaar zijn voor de winstbelasting. Daarbij is uitgegaan van een vergoeding die naar haar aard aftrekbaar is. Richtlijn 2014/86/EU spreekt niet over feitelijke aftrekbaarheid. Aangezien in de geschetste casus de dividend-uitkeringen aftrekbaar zijn, is de deelnemingsvrijstelling dus niet van toepassing. Van overkill is mijns inziens geen sprake."

4

Middel (i) - 'Naar hun aard aftrekbaar'

4.1

Ik merk op dat de pijn van de belanghebbende er vooral in lijkt te zitten dat de door haar ontvangen Zuid-Koreaanse REIF-dividenden tot de invoering van art. 13(17) Wet Vpb in 2016 wel vrijgesteld werden op basis van art. 13(12) Wet Vpb, dat 'goede' beleggings-deelnemingen niet uitsluit van de deelnemingsvrijstelling. Daarop duidt met name middel (ii), dat art. 13(12) Wet Vpb als een specialis ten opzichte van lid 17 wil zien, althans vrijstelling niet in strijd met de ratio van de deelnemingsvrijstelling acht omdat achtergrond van lid 12 is dat belastingheffing ter zake van vastgoed exclusief thuishoort in het land van ligging.

4.2

Middel (i) betoogt dat in Zuid-Korea dividenden naar hun aard niet aftrekbaar zijn, dat het REIF-stelsel een uitzondering is op die hoofdregel en dat het ontvangen dividend daarom niet onder art. 13(17) Wet Vpb valt. Volgens de Inspecteur daarentegen zijn de dividenden in het REIF-stelsel naar hun aard aftrekbaar en is de wettelijkheid op dit punt duidelijk, zodat geen deelnemingsvrijstelling geldt.

4.3

Volgens de Rechtbank zijn de dividenden binnen een systeem zoals het Zuid-Koreaanse REIF-stelsel naar hun aard aftrekbaar. Dat dividenden binnen het algemene Zuid-Koreaanse winstbelastingstelsel niet aftrekbaar zijn, doet daar volgens de Rechtbank niet aan af.

4.4

Het Hof meent dat 'aftrekbaarheid naar de aard' ruim moet worden uitgelegd. Hij verwijst onder meer naar de parlementaire behandeling in 2015 (zie 3.5 hierboven) en naar de in 3.8 en 3.9 hierboven geciteerde brieven van 2017 en 2018 van de Staatssecretaris van Financiën. De opvatting dat het dividend naar zijn aard aftrekbaar is in het Zuid-Koreaanse REIF-regime sluit volgens het Hof aan bij de strekking van de deelnemingsvrijstelling. Volgens de considerans bij Richtlijn 2014/86/EU (zie 3.2 hierboven) strekt de wijziging van art. 4 van de MD-richtlijn immers mede ertoe te voorkomen dat er in moeder-dochterverhoudingen dubbele niet-heffing over de dochterwinst ontstaat. Beoordeeld naar het instrument dat in Zuid-Korea tot de aftrekbaarheid leidt en het recht dat

[A]daarop heeft kunnen doen gelden, is sprake van een aftrekbaarheid die beantwoordt aan de doelstelling van de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling over dat dividend.

4.5

De belanghebbende licht middel (i) als volgt toe:

"2. De onderhavige betaling kwalificeert in Zuid-Korea als een dividend en dividend is naar haar aard niet aftrekbaar in Zuid-Korea. Daarin verschilt het Koreaanse regime van de Braziliaanse "interest on new equity" dan wel "allowance for corporate equity", waarvan in de parlementaire geschiedenis gewag wordt gemaakt

[zie de NnavV in 3.6 hierboven: in dat Braziliaanse geval sluit art. 13(17) Wet Vpb vrijstelling uit; PJW] en waarnaar wordt verwezen door het Hof (zie r.o. 5.3.5.2). Dit is een vergoeding op basis van de omvang van het (netto) eigen vermogen. Naar Braziliaans civiel recht is deze vergoeding op één lijn te stellen met dividend-uitkeringen. Braziliaanse fiscale doeleinden wordt deze vergoeding behandeld als interest. Laten we in de Braziliaanse casus naar

te stellen met dividend, maar voor Braziliaanse fiscale doeleinden wordt de vergoeding behandeld als interest. Interest is naar haar aard aftrekbaar bij de betalende vennootschap.

3. Het feit dat het dividend onder het REF-regime in Zuid-Korea aftrekbaar is, maakt nog niet dat het dividend naar haar aard aftrekbaar is. Zoals uit de parlementaire geschiedenis volgt, doet de toepassing van een generieke renteaftrekbeperking er niet aan af dat een (rente)betaling naar haar aard aftrekbaar is. Feitelijke aftrekbaarheid is dus niet het criterium waar het om gaat. In het onderhavige geval doet het tegenovergestelde zich voor: dividend is in Zuid-Korea in beginsel niet aftrekbaar, maar door het speciale regime voor vastgoedbeleggingen is het dat wel. (...)5. Belanghebbende meent verder dat het Hof voor de uitlegging van art. 13, lid 17, Wet Vpb ten onrechte belang hecht aan de in r.o. 5.3.4.3 t/m 5.3.4.5 weergegeven opvattingen van de Staatssecretaris van Financiën. Deze uitspraken zijn gedaan na de inwerkingtreding van art. 13, lid 17, Wet Vpb en dus niet in de hoedanigheid van medewetgever, maar in die van uitvoerder. Aan deze uitspraken komt daarom geen bijzondere betekenis toe bij de uitleg van art. 13, lid 17, Wet Vpb."

4.6

De Staatssecretaris voert bij verweer onder meer aan:

"Het Hof heeft uit de parlementaire behandeling van de Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn (MDR) afgeleid dat 'aftrekbaarheid naar aard' ruim uitgelegd dient te worden. In dat kader verwijst het Hof naar de uitleg van een van mijn voorgangers, opgenomen in Kamerstukken II 2015/16, nr. 6, p. 4. (...).

(...). De omstandigheid dat in Zuid-Korea dividenden buiten het REF-regime niet aftrekbaar zijn, is niet relevant. Van belang is of het onderhavige dividend, rechtens dan wel in feite direct of indirect, aftrekbaar is van de winst van

[A]. Ingevolge het voor [A] geldende REF-regime is dit het geval. Met juistheid heeft het Hof geoordeeld dat binnen het wettelijke regime dat op belanghebbende van toepassing is het Zuid-Koreaanse dividend naar zijn aard aftrekbaar is van de winst, zodat artikel 13, zeventiende lid, Wet Vpb aan toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de weg staat."

4.7

De Vries leidt uit het persbericht van de Raad van de EU en de considerans bij de wijziging van de MD-richtlijn het volgende af over de betekenis van de term 'aftrekbaar':

"Weliswaar bevat de Moeder-dochterrichtlijn helaas geen definitie van de terminologie "aftrekbaar", maar mijns inziens maken zowel het persbericht van de Raad van de Europese Unie van 20 juni 2014, nr. 9402/14, onder meer gepubliceerd in V-N 2014/34.18, als de considerans bij de laatste wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn (vergelyk V-N 2014/38.12) volkomen duidelijk wat de Europese Raad met deze aanpassing voor ogen heeft gestaan. Het Persbericht van de Europese Raad bevat onder meer de volgende passages:

– "The aim is to close a loophole that currently allows corporate groups to exploit mismatches between national tax rules so as to avoid paying taxes on some types of profits distributed within the group."

– "The amendment (...) will prevent cross-border companies from planning their intra-group payments in such a manner as to benefit from this provision in order to enjoy double non-taxation. The member state of the parent company will henceforth refrain from taxing profits from the subsidiary only to the extent that such profits are non tax deductible for the subsidiary."

De cursiveringen heb ik, RJdV, aangebracht.

In de considerans bij de aanpassing van de Moeder-dochterrichtlijn staat onder andere:

– "De voordelen van de Richtlijn 2011/96/EU mogen niet leiden tot situaties waarin dubbele niet-heffing ontstaat en aldus onbedoelde belastingvoordelen worden gecreëerd voor groepen van moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten in vergelijking met groepen van ondernemingen uit dezelfde lidstaat."

– "Teneinde situaties van dubbele niet-heffing als gevolg van incongruenties in de fiscale behandeling van winstuitkeringen door de lidstaten te vermijden, dient de lidstaat van de moedermaatschappij (...) het voordeel van de belastingvrijstelling die wordt toegekend voor ontvangen winstuitkeringen, aan die moedermaatschappij te ontfangen voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij."

De cursiveringen zijn wederom van mijn hand.

Kort en goed, de Moeder-dochterrichtlijn is dus aangepast om internationaal opererende concerns de mogelijkheid van dubbele niet-heffing te ontfangen en aldus qua belastingheffing a level playing field te creëren tussen dergelijke groepen en concerns die hun activiteiten binnen één EU-lidstaat ontplooiën."

4.8

Ik meen dat de eenduidige wettekst "rechtens dan wel in feite direct of indirect in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting" belanghebbendes uitleg niet toelaat. Uit de in 3.5 hierboven geciteerde MvT bij de Wet implementatie Moeder-dochterrichtlijn 2015 volgt mijns inziens ook dat de term 'naar hun aard aftrekbaar' aangeeft dat het gaat om rechtskundige aftrekbaarheid, niet om feitelijke aftrek in enig bepaald jaar, en dat de verhouding tot aftrekbeperkingen zoals earnings stripping of thin cap regels niet ter zake doet. Uit die parlementaire geschiedenis en uit de considerans bij de desbetreffende wijziging van de EU-MD-richtlijn (zie 3.2 hierboven) volgt dat de linking rule - zoals zijn aanduiding al aangeeft - gebaseerd is op de gedachte van communicerende vaten: is de vergoeding op welke grond dan ook aftrekbaar voor de winstbelasting bij de dochter, dan moet de moederstaat vrijstelling weigeren. Dat volgt mijns inziens met name uit de volgende passages:

MvT:

"(...). Om deze situatie, een aftrek waar geen heffing tegenover staat, tegen te gaan is aan de MDR de verplichting toegevoegd voor de lidstaat waarin de ontvangende vennootschap is gevestigd, om de winst die is uitgekeerd door een dochteronderneming te belasten voor zover die winst in de andere lidstaat aftrekbaar is. (...) Om aan deze bepaling uit de MDR uitvoering te geven wordt voorgesteld de deelnemingsvrijstelling en -verrekening niet meer van toepassing te laten zijn op ontvangen vergoedingen en betalingen uit hoofde van een deelneming voor zover deze vergoedingen of betalingen bij het lichaam van de deelneming wordt gehouden rechtens dan wel in feite direct of indirect aftrekbaar zijn voor de winstbelasting.(...)"

Considerans:

"(2) De voordelen van Richtlijn 2011/96/EU mogen niet leiden tot situaties waarin dubbele niet-heffing ontstaat (...).

(3) Teneinde situaties van dubbele niet-heffing als gevolg van incongruenties in de fiscale behandeling van winstuitkeringen door de lidstaten te vermijden, dien(t) de lidstaat van de moedermaatschappij (...) het voordeel van de belastingvrijstelling (...) voor ontvangen winstuitkeringen, aan die moedermaatschappijen te ontfangen voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochteronderneming van de moedermaatschappij."

Dat de stellers van die toelichtingen vooral dachten aan hybride financiering, ligt voor de hand, maar neemt niet weg dat de maatregel principieel ziet op jurisdictionele mismatches tussen aftrekbaarheid en belastbaarheid in concernverhoudingen.

4.9

Als het REIF-regime inderdaad bedoeld is om uit fiscale neutraliteitsoverwegingen alleen bij de achterliggende aandeelhouders en niet bij de REIF zelf te heffen, wordt overigens volledig aan de ratio van dat regime voldaan als bij niet-Koreaanse aandeelhouders zoals de belanghebbende winstbelasting wordt geheven, zoals Zuid-Korea zelf ook doet bij ingezeten aandeelhouders.

4.10

Ik meen dat middel (i) strandt.

5

Middel (ii) - de ratio van de deelnemingsvrijstelling / lid 12 lex specialis?

5.1

Volgens de belanghebbende verzet de ratio van de deelnemingsvrijstelling zich in casu tegen toepassing van art. 13(17) Wet Vpb omdat investeringen

vastgoed bijkennis art. 13(12) Wet Vpb als goede (geen vrije) beleggingen gelden in verband met het belastingverdragsrechtelijke uitgangspunt dat heffing over inkomsten uit onroerende zaken is voorbehouden aan het situsland. Toepassing van art. 13(17) Wet Vpb doorkruist dit uitgangspunt.

5.2

Volgens de Inspecteur heeft de wetgever ervoor gekozen om de deelnemingsvrijstelling afhankelijk van de omstandigheden al dan niet te verlenen. Een van de omstandigheden waarin hij de deelnemingsvrijstelling niet toestaat is die van aftrekbaarheid van de dividenden bij de dochter ongeacht de aard van de onderneming van die dochter.

5.3

De Rechtbank achtte toepassing van art. 13(17) Wet Vpb in casu in overeenstemming met de ratio van de deelnemingsvrijstelling omdat de ontvangen winstuitkering niet belast is geweest bij de dochter en dus van dubbele belasting geen sprake is.

5.4

Simonis schreef in NTFR 2020/3581 bij de uitspraak van de Rechtbank:

"Toepassing van de deelnemingsvrijstelling op dergelijke REIT's was in de praktijk eigenlijk nooit een issue aangezien de bezittingen van dergelijke deelnemingen geconsolideerd veelal voor ten minste de helft uit onroerende zaken bestaan en de betreffende deelneming vanwege art. 13, lid 12, onderdeel a, Wet VPB 1969 hierdoor vrijwel nooit als een laagbelaste beleggingsdeelneming kan kwalificeren. Achtergrond is dat onroerende zaken niet mobiel zijn en het heffingsrecht over de inkomsten over het algemeen is toegewezen aan het land waarin de onroerende zaak is gelegen (zie Kamerstukken II, 2009-2010, 32 129, nr. 3, p. 58). Als de onroerende zaken in bezit zijn van een lichaam dat is aangemerkt als beleggingsinstelling of vrijgestelde beleggingsinstelling, dan geldt het voorgaande niet. In de wetsgeschiedenis is desgevraagd echter vrij ondubbelzinnig bevestigd dat met 'beleggingsinstelling of vrijgestelde beleggingsinstelling' wordt bedoeld de fiscale beleggingsinstelling in de zin van art. 28 Wet VPB 1969 en de vrijgestelde beleggingsinstelling in de zin van art. 6a Wet VPB 1969 (zie Kamerstukken II, 2009-2010, 32 129, nr. 8, p. 37-38). Met 'beleggingsinstelling of vrijgestelde beleggingsinstelling' wordt dus blijkbaar niet bedoeld een (buitenlandse) deelneming met een vergelijkbaar buitenlands regime voor beleggingsinstellingen. So far, so good. Totdat per 1 januari 2016 het zeventiende lid werd toegevoegd aan art. 13 Wet VPB 1969.

(...).

De rechtbank zit dus volledig op de lijn die de staatssecretaris hanteerde bij de beantwoording van de in 2016 gestelde Kamervragen. Het gevolg is wel dat economisch vergelijkbare gevallen een andere fiscale uitkomst hebben, afhankelijk van hoe het lokale REIT-regime is vormgegeven. Enerzijds lijkt dit verschil in uitkomst niet te rechtvaardigen, mede vanwege het doel van de wetgever ten aanzien van vastgoeddeelnemingen. Anderzijds is het ook weer niet onlogisch op basis van doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling, aangezien geen sprake is van economisch dubbele belastingheffing en bovendien het toepassen van een vrijstelling wellicht ook niet in overeenstemming lijkt met de achtergrond van een REIT-regime, waarbij het nu juist de bedoeling is om de heffing te verleggen naar de participant."

5.5

Ook volgens het Hof strookt het niet met de ratio van de deelnemingsvrijstelling dat een resultaat in een deelnemingsverhouding noch bij de moeder, noch bij de dochter in de winst wordt betrokken. In dit opzicht geeft art. 13(17) niet alleen uitdrukking aan Richtlijn 2014/86/EU, maar ook van de grondgedachte van de deelnemingsvrijstelling, aldus het Hof. Daaraan doet niet af dat art. 13(12) en art. 13(17) Wet Vpb niet met elkaar stroken, nu lid 12 is gebaseerd op het meer specifieke, voor inkomsten uit onroerende zaken geldende situsbeginsel en overigens dat beginsel in casu kennelijk geen rol speelt, gegeven de aftrek van het dividend in het situsland.

5.6

De belanghebbende licht middel (ii) onder meer als volgt toe:

"6. De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op voordelen die worden verkregen uit een beleggingsdeelneming, tenzij sprake is van een 'kwalificerende beleggingsdeelneming' (art. 13, lid 9, Wet Vpb). Een deelneming wordt op grond van art. 13, lid 11, Wet Vpb onder meer aangemerkt als een kwalificerende beleggingsdeelneming (waarvoor de deelnemingsvrijstelling dus geldt), indien de bezittingen van het lichaam voor minder dan de helft bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen.

7. De wetgever heeft onroerende zaken in art. 13, lid 12, letter a, Wet Vpb expliciet uitgezonderd van het begrip 'vrije beleggingen'. Voordelen die worden verkregen uit een deelneming die vastgoed houdt vallen derhalve in beginsel onder de deelnemingsvrijstelling. Volgens de parlementaire geschiedenis is dat omdat onroerende zaken niet mobiel zijn en het heffingsrecht over de inkomsten uit onroerende zaken over het algemeen wordt toegewezen aan het land waarin de onroerende zaak is gelegen (de situsstaat).

8. Vóór de invoering van art. 13, lid 17, Wet Vpb was de deelnemingsvrijstelling dus zonder meer van toepassing op winstuitkeringen door vastgoedvennootschappen. Of en op welke wijze de onroerende zaken daadwerkelijk werden belast in de situsstaat was niet van belang. Voor deelnemingen die vastgoed houden kan dus niet worden gezegd dat de ratio van de deelnemingsvrijstelling is het voorkomen van economisch dubbele belastingheffing over dezelfde winsten, maar het soevereiniteitsbeginsel. De wetgever heeft immers bewust aanvaard dat de deelnemingsvrijstelling ook kan worden toegepast als er in het land waarin de onroerende zaak is gelegen geen belasting wordt geheven. Art. 13, lid 17, Wet Vpb maakt een inbreuk op dit uitgangspunt van de wetgever en is daarom in de specifieke context van deelnemingen met vastgoedinvesteringen strijdig met de ratio van de deelnemingsvrijstelling. (...)."

5.7

De Staatssecretaris verweert zich als volgt:

"(...). De grondgedachte van de deelnemingsvrijstelling is het voorkomen dat in deelnemings-verhoudingen eenzelfde resultaat bij zowel de dochtermaatschappij als de moedermaatschappij, dus tweemaal in een belasting naar de winst, wordt betrokken. De toepassing van de deelnemingsvrijstelling mag er evenmin toe leiden dat in deelnemingsverhoudingen eenzelfde resultaat noch bij de dochtermaatschappij noch bij de moedermaatschappij, dus in het geheel niet, wordt belast. Het in casu niet toepassen van artikel 13, zeventiende lid, Wet Vpb heeft tot gevolg dat op het niveau zowel van

[A]als van belanghebbende geen belasting wordt geheven over het resultaat van [A]dat is uitgekeerd aan belanghebbende. Een dergelijke uitkomst is strijdig met de ratio van de deelnemingsvrijstelling en artikel 13, zeventiende lid, Wet Vpb. Overigens maakt meermaals genoemde bepaling geen onderscheid al naar gelang de specifieke activiteiten of beleggingen van het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden. Indien het uitgekeerde dividend van een lichaam waarin een deelneming wordt gehouden ten laste van het fiscale resultaat van het lichaam is gebracht, is artikel 13, zeventiende lid, Wet Vpb van toepassing."

5.8

Dit standpunt strookt met het standpunt van de voorganger van de Staatssecretaris (zie 3.9 – 3.11 hierboven). Het is bekritiseerd door Elink Schuurman en Van Os. Zij zien er geen steun voor in de bedoelingen van de Uniewetgever met Richtlijn 2014/86/EU en achten het niet in overeenstemming met de implementatie die de Nederlandse wetgever aan die Richtlijn heeft gegeven:

"Waar fiscaal in aftrek gebrachte dividenden ontvangen van een buitenlandse vastgoeddeelneming tot 1 januari 2016 zonder meer vallen onder de deelnemingsvrijstelling op grond van art. 13, lid 11b en 12a, stelt de staatssecretaris zich naar aanleiding van een Kamervraag op het standpunt dat dit met de invoering van art. 13, lid 17 per 1 januari 2016 niet langer het geval is. (...) Wij hebben ernstige twijfel of het standpunt van de staatssecretaris in overeenstemming is met de bedoelingen van de Uniewetgever en de Nederlandse wetgever (...).

Los van de fiscaal inhoudelijke bezwaren waarop wij hierna zullen ingaan, is het naar onze mening onbillijk de dividenden uit dergelijke deelnemingen uit te sluiten van de deelnemingsvrijstelling, terwijl op grond van art. 13, lid 11b en 12a de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou zijn geweest indien die deelnemingen subjectief zouden zijn vrijgesteld of zouden zijn onderworpen aan een tarief van 0%. Omdat dit resulteert in een ongerechtvaardigd verschil in behandeling van objectief vergelijkbare gevallen en bovendien in strijd is met de expliciete bedoeling van de wetgever om inkomen uit buitenlands vastgoed niet in de Nederlandse heffing te betrekken, stellen wij ook vanuit beleidsmatig oogpunt grote vraagtekens bij de visie van de staatssecretaris.

(...).

Dat Nederland de onderhavige in ieder geval tot 1 januari 2016 heeft ingesteld, staat geheel los van de implementatie van (wijzigingen van) de MDR, en kan daarom niet in het licht van die MDR worden gezien. Het is voor ons daarom onbegrijpelijk waarom de staatssecretaris in wezen meent dat de toepassing van de antimismatchbepaling op onderhavige dividenden voortvloeit uit de wijzigingen van de MDR."

5.9

Van de Streek daarentegen acht de uitleg van art. 4 MD-richtlijn en art. 12(17) Wet Vpb door de Staatssecretaris correct:

"Aangezien de anti-mismatchbepaling ex art. 4 lid 1 onderdeel a Moeder-dochterrichtlijn en in het sequel daarvan art. 13 lid 17 Wet Vpb 1969 zijn op te vatten als een opvolging van de OESO/BEPS-aanbeveling met betrekking tot de aanpassing van in het nationaal recht van een land veranderde 'dividend exemption' (...) menen wij met de staatssecretaris dat inderdaad het OESO-gedachtengoed niet noopt tot de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op dividenden die zijn ontvangen van Japanse of Zuid-Koreaanse vastgoeddeelnemingen. Integendeel."

5.10

Met de belanghebbende meen ik dat latere uitlegingen door de Executieve over diens uitleg van een eerdere wet geen onderdeel zijn van de parlementaire geschiedenis van die wet, maar een beleidsopvatting. Het Hof is inderdaad niet duidelijk over de vraag welke betekenis hij aan die beleidsopvatting geeft, maar dat leidt niet tot cassatie. Ook als die opvattingen veronachtzaamd worden, strandt middel (ii) mijns inziens.

5.11

Art. 13(17) Wet Vpb is van later datum dan art. 13(12) Wet Vpb en overschrijft mijns inziens lid 12. Gegeven dat lid 12 al bestond toen lid 17 werd ingevoerd, kan lid 12 niet de strekking hebben om lid 17 uit te schakelen. Van economische dubbele belasting is geen sprake, nu het dividend aftrekbaar is in Zuid-Korea, zodat het niet strookt met de ratio van de deelnemingsvrijstelling om haar toe te passen. Vrijstelling is immers niet nodig om economische dubbele belasting van de Zuid-Koreaanse vastgoedwinst te voorkomen. De belanghebbende kan toegegeven worden dat de linking rule tot gevolg heeft dat het Zuid-Koreaanse fiscale incentive voor vastgoedinvesteringen wordt wegbelast door Nederland. Dat is echter inherent aan een linking rule (en aan alle verrekeningsstelsels) die geen onderscheid maakt naar gelang de ratio van de aftrekbaarheid in de dochterstaat. Uit de in 3.6 hierboven geciteerde parlementaire geschiedenis volgt dat de wetgever heeft onderkend dat de invoering van art. 13(17) Wet Vpb gevolgen kon hebben voor bestaande dubbele niet-heffingstructuren. Voor zover het vóór invoering van art. 13(17) Wet Vpb wél mogelijk was om dubbele niet-belasting te bereiken, kan betoogd worden dat die toestand niet in overeenstemming was met de grondgedachte van de deelnemingsvrijstelling en dat lid 17, zoals het Hof ook opmerkt, een einde maakt aan die contra-rationale toestand.

5.12

Ik meen dat middel (ii) strandt.

6

Middel (iii) - de Zuid-Koreaanse bronbelasting

6.1

Volgens de belanghebbende is geen sprake van dubbel niet-heffen omdat Zuid-Korea een bronbelasting van 10% heft op de uitgaande REIF-dividenden. De Inspecteur meent dat door de verrekening van die bronbelasting met de vennootschapsbelasting ten laste van de belanghebbende dat deel van de uitkering (de ingehouden bronbelasting) niet belast wordt.

6.2

Bij de Rechtbank is dit punt niet aan de orde gekomen. Het Hof meent dat de combinatie van de Zuid-Koreaanse bronheffing en de weigering van deelnemingsvrijstelling geen dubbele heffing over dezelfde vennootschapswinst tot gevolg heeft. Die bronheffing is op grond van het Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Zuid-Korea volledig verrekend met belanghebbendes vennootschapsbelasting, waardoor enkelvoudige winstbelastingheffing resteert, hetgeen strookt met de ratio van de deelnemingsvrijstelling. Bovendien is die bronbelasting geen heffing ten laste van

[A]. Bronheffingen heffen een mismatch zoals voorzien in Richtlijn 2014/86/EU en art. 13(17) Wet Vpb niet op, noch neutraliseren zij die, aldus het Hof.

6.3

De belanghebbende licht middel (iii) als volgt toe:

"9. (...) ook als er (...) van uitgegaan moet worden dat de ratio van de deelnemingsvrijstelling is het voorkomen dat winst tweemaal wordt belast, leidt toepassing van art. 13, lid 17, Wet Vpb in casu tot strijd met die ratio. In Zuid-Korea is namelijk 10% bronheffing ingehouden op de uitgekeerde dividenden. Als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, zoals belanghebbende betoogt, dan kan deze bronheffing niet worden verrekend, aangezien het dividend in dat geval in Nederland niet is begrepen in de grondslag waarnaar de belasting wordt geheven. Er wordt in dat geval dus, geheel in overeenstemming met de ratio van de deelnemingsvrijstelling, in economische zin precies eenmaal belasting geheven over de winst van

[A].

(...). 14. De dividenduitkeringen van

[A]aan belanghebbende zijn betrokken in een Zuid-Koreaanse bronbelasting. De winst van [A]is derhalve, voor zover deze is uitgekeerd, onderworpen aan een belasting over ondernemingswinsten. De dividenduitkeringen van [A]aan belanghebbende zijn ook niet aftrekbaar van deze belasting. Er is derhalve geen sprake van een situatie waarin dubbele niet-heffing ontstaat indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op dividenduitkeringen van [A]aan belanghebbende. 15. Het Hof heeft vorenstaande miskend door aan de omstandigheid dat in Zuid-Korea bronbelasting is ingehouden op het aan belanghebbende uitgekeerde dividend niet de conclusie te verbinden dat de deelnemingsvrijstelling moet worden toegepast."

6.4

De Staatssecretaris heeft zich als volgt verweerd:

"(...). De inhouding en verrekening van de bronheffing zijn geregeld in het Verdrag. Het Verdrag werpt geen licht op de hier te beantwoorden vraag of het ontvangen dividend vanwege het voorkomen van economische dubbele belasting bij belanghebbende onder de deelnemings-vrijstelling zou moeten vallen. Bij de beantwoording van die vraag is de aftrekbaarheid van het uitgekeerde dividend voor de winstbelasting bij

[A]van belang en niet de inhouding van bronheffing ten laste van belanghebbende. De inhouding van de bronheffing doet niets af aan de aftrekbaarheid van het uitgekeerde dividend bij [A]. (...)."

6.5

De Staatssecretaris heeft op dit punt op Kamervragen van 24 oktober 2017 over de effecten van de implementatie van de anti-hybridebepaling uit de MD-richtlijn als volgt geantwoord:

"De leden van de fracties van het CDA en de VVD vragen ten slotte waarom het niet relevant zou zijn dat de vergoeding onderhevig is aan een (niet-verrekenbare) dividendbelasting. Voor de toepassing van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 is niet relevant of een aftrekbare vergoeding of betaling onderhevig is aan een bronheffing. Immers, de bronheffing ten laste van de ontvangende partij doet geen afbreuk aan de aftrekbaarheid voor de winstbelasting op het niveau van het lichaam dat de winstuitdeling doet. In dit kader verwijs ik naar het eindrapport inzake actiepunt 2 over de neutralisering van hybridemismatchstructuren dat de OESO na afloop van het BEPS-project heeft gepubliceerd. Hierin is het algemene uitgangspunt verwoord dat bronheffingen hybridemismatches niet neutraliseren."

Ik meen dat ook dit antwoord is gegeven in het kader van uitvoeringsbeleid; niet in het kader van mede-wetgeving.

6.6

Het bedoelde OESO-rapport BEPS-2 vermeldt onder meer het volgende:

"407. A country will continue to levy withholding taxes on payments that are subject to adjustment under the hybrid mismatch rules in accordance with its domestic law and consistent with its treaty obligations. The function of withholding taxes under the laws of the payer jurisdiction is generally not to address mismatches in tax outcomes and a payment should not be treated as included in ordinary income simply because it has been subject to withholding at source. The primary rule denying the deduction may apply in cases in which the payer jurisdiction also imposes a withholding tax on the payment as it is still important to neutralize the hybrid mismatch in these cases. Withholding taxes alone do not neutralize the hybrid mismatch

the payment as it is still important to maintain the hybrid mismatch in those cases. Withholding taxes alone do not neutralise the hybrid mismatch as withholding taxes, where applicable, often are imposed with respect to equity instruments."

6.7

Ik meen dat middel (iii) miskent dat de deelnemingsvrijstelling en art. 4 MD-richtlijn niet zien op juridische, maar op economische dubbele belasting en dat de Zuid-Koreaanse dividendbelasting niet ten laste van

[A], maar ten laste van de belanghebbende is geheven. De daardoor ontstane juridische dubbele belasting ten laste van uitsluitend de belanghebbende is opgeheven door de verrekening van die bronheffing op basis van art. 23(3) van het toepasselijke belastingverdrag. De bronheffing ten laste van de belanghebbende is daardoor verdwenen in haar Nederlandse vennootschapsbelasting en bestaat dus niet meer. Als alleen de (lage) bronheffing zou worden geheven, zou weliswaar inderdaad geen dubbele niet-heffing van belasting ontstaan, maar wel halve/onvoldoende winstbelasting (of géén winstbelasting, want een dividendbelasting is geen winstbelasting, maar een bruto-opbrengstbelasting). Hoe dan ook wordt de door [A]uitgekeerde winst niet op twee niveaus getroffen door een winstbelasting als gevolg van de combinatie van verrekenbare voorheffing en eindheffing beide ten laste van de belanghebbende.

6.8

Ook middel (iii) strandt volgens mij.

7

Middel (iv) - Richtlijnconforme interpretatie

7.1

Volgens de belanghebbende is de linking rule in art. 4 van de MD-richtlijn uitsluitend ingevoerd met het oog op hybride financiële instrumenten en moet ook art. 13(17) Wet Vpb in dat licht worden uitgelegd, i.e. beperkt tot hybride financieringsvormen. Dat betekent dat vastgoeddeelnemingen zoals de hare niet onder art. 13(17) vallen. De Inspecteur meent daarentegen dat met de wijziging in de MD-richtlijn is beoogd dubbele niet-heffing te voorkomen en dat art. 13(17) Wet Vpb daarmee in overeenstemming is.

7.2

Volgens de Rechtbank lijkt de wijziging van art. 4 van de MD-richtlijn inderdaad met name te zijn ingegeven door de wens mismatches als gevolg van hybride financiering tegen te gaan, maar beperkt zijn tekst zich niet tot dergelijke situaties. Uit de toelichting en de ontstaansgeschiedenis blijkt dat de wijziging is ingegeven door de ruimere wens om agressieve fiscale planning, dubbele niet-heffing in het algemeen en extreem lage belasting tegen te gaan. De tekst van art. 13(17) Wet Vpb heeft net als art. 4 van de MD-richtlijn een generiek karakter en beperkt zich evenmin tot hybride financiële instrumenten. De Rechtbank meent daarom dat richtlijnconforme interpretatie niet tot het door de belanghebbende voorgestane resultaat leidt.

7.3

Het Hof heeft de tekst van art. 13(17) Wet Vpb als leidend beschouwd, die een generiek karakter heeft en zich niet beperkt tot wat belanghebbende hybride financieringsvormen noemt. Het zou volgens het Hof ook moeilijk te begrijpen zijn als de bepaling niet juist (ook) op deelnemingsverhoudingen zou zien. De tekst en de preambule van de MDR leiden niet tot een ander oordeel, aldus het Hof. De term 'hybride financieringsvormen' is een vertaling van hybrid financial mismatches, waaronder volgens het Hof ook vallen mismatches in deelnemingsverhoudingen zoals die tussen de belanghebbende en

[A]. Het Hof wijst ook op het woord 'zoals' in de volgende passage uit het EU Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontwijking:

"14 (...) Incongruenties – waarbij het gaat om kwesties zoals hybride leningen en hybride entiteiten – en uiteenlopende kwalificaties van dergelijke structuren door verschillende jurisdicties zijn een zeer belangrijk thema. In diepgaande discussies met de lidstaten is gebleken dat een wetgevingswijziging van de moederdochterrichtlijn noodzakelijk zal zijn om voor een specifieke situatie een oplossing waarover overeenstemming bestaat, te realiseren. De wijziging moet voorkomen dat de toepassing van de richtlijn onbedoeld in de weg staat aan een effectief optreden tegen dubbele niet-heffing op het gebied van hybride leningstructuren."

7.4

Van Hulten annoteerde de Hofuitspraak als volgt in NLF 2022/0874:

"Volgens belanghebbende is de antihybridebepaling in de Moeder-dochterrichtlijn enkel gericht op hybride financiële instrumenten en moet artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 op eenzelfde manier worden uitgelegd. Het Hof overweegt dat de wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn met name is gericht op het tegengaan van mismatches op het gebied van hybride financiële instrumenten, maar dat van een beperking tot enkel deze mismatch geen sprake is. Dit geldt eveneens voor de Nederlandse implementatie. Dat lijkt mij een correcte constatering."

7.5

De belanghebbende licht middel (iv) als volgt toe:

"16. Art. 13, lid 17, Wet Vpb is de Nederlandse implementatie van de antimismatchbepaling van art. 4, lid 1, aanhef, letter a, MDR. Hoewel de reikwijdte van de MDR zich beperkt tot EU-situaties, heeft Nederland ervoor gekozen om de betreffende antimismatchbepaling ook toe te passen op derde land situaties. Uit vaste rechtspraak van het HvJ volgt dat alsdan de betreffende nationale bepaling ook in derde land situaties richtlijnconform moet worden uitgelegd.

17. Bij de uitleg van bepalingen van Unierecht (zoals in casu een richtlijn) moet niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context ervan, de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaken en, met name, de ontstaansgeschiedenis van die regeling. Afgaande op de woorden 'met name', acht het HvJ de ontstaansgeschiedenis van een richtlijn bepaling in het bijzonder van belang bij de uitleg daarvan. Het Hof heeft dit miskend door (in r.o. 5.3.11.1) een beperktere betekenis toe te kennen aan de totstandkomingsgeschiedenis dan aan de tekst en preambule van de richtlijn.

(...)

19. Het Hof baseert zijn oordeel, te weten dat de antimismatchbepaling niet uitsluitend betrekking heeft op hybride leningen, op (i) het gebruik van het begrip 'hybride financieringsvormen' (in de Engelse tekst: 'hybrid financial mismatches') in het Voorstel van de Commissie van 25 november 2013 (...), dat volgens het Hof mede deelnemingsverhoudingen omvat en (ii) de vermelding van het woord "zoals" in de Mededeling van de Commissie van 6 december 2022 (citaat 2 in r.o. 5.1.3.1), dat erop zou wijzen dat de richtlijn mede ziet op andere incongruenties dan hybride leningen en entiteiten. Deze conclusie van het Hof is onnavolgbaar. Het is duidelijk dat de onderhavige situatie - die wordt gekenmerkt dat een 'mismatch' ontstaat doordat dividend op basis van een bijzonder regime aftrekbaar is bij de deelneming - niet de 'loophole' is die de antimismatchbepaling beoogt te dichten. Het was de richtlijngever er immers om te doen om mismatches die het gevolg zijn van 'hybride financieringsvormen' aan te pakken en daarvan is in casu geenszins sprake.

20. Een bevestiging van de juistheid van deze conclusie kan worden gevonden in wat in de voorstukken van de wijzigingsrichtlijn is opgemerkt over het Zweedse regime voor collectieve investeringen. (...) Hierdoor meende Zweden dat de antimismatchbepaling een negatief effect kon hebben op deze investeringsmaatschappijen. Uiteindelijk heeft de Europese Commissie geconcludeerd dat de onder vigeur van het Zweedse bijzondere regime uitgekeerde dividenden niet onder het toepassingsbereik van de antimismatchbepaling vallen. Gezien de gelijkenis tussen het Zweedse en het litigieuze Zuid-Koreaanse regime, moet deze conclusie van de Europese Commissie ook gelden voor dit laatstgenoemde regime. Dit bevestigt dat de onderhavige situatie niet onder de reikwijdte van de antimismatchbepaling van de MDR valt."

7.6

De Staatssecretaris heeft 's Hof's oordeel herhaald en acht het rechtskundig juist.

7.7

Ik meen dat de beperking tot hybride leningen die de belanghebbende voorstaat, niet valt te lezen in de tekst van of de considerans bij de desbetreffende wijziging van de MD-richtlijn, noch in de parlementaire geschiedenis van art. 13(17) Wet Vpb. De Richtlijn bepaalt dat de moederstaat de uitgekeerde winst "moet (...) belasten voor zover die winst aftrekbaar is bij de dochteronderneming (...)" en de considerans zegt dat de richtlijnvoordelen "should not lead to situations of double non-taxation and (...) generate unintended tax benefits for groups of parent companies and subsidiaries of different Member States when compared to groups of companies of the same Member State" en dat "for the purpose of avoiding

situaties of double non-taxation deriving from mismatches in the tax treatment of profit distributions between Member States", de moederstaat "should not allow those companies to benefit from the tax exemption applied to received distributed profits, to the extent that such profits are deductible by the subsidiary (...)." Dat de Commissie mogelijk een bepaalde opvatting had over een Zweeds forfaitair heffingssysteem bij bepaalde Zweedse investeringsfondsen lijkt mij niet beslissend voor de rechterlijke interpretatie van de Richtlijn tekst en -considerans en de Nederlandse implementatie daarvan.

7.8

Ik meen dat ook middel (iv) vergeefs wordt voorgesteld.

8

Middel (v) - uitputtende harmonisatie?

8.1

De belanghebbende betwist dat de materie waarop art. 13(17) Wet Vpb ziet (voorkoming van dubbele niet-heffing door mismatches tussen lidstaten in hun winstbelastingheffing ter zake van winstuitkeringen in deelnemingsverhoudingen) met de linking rule in de MD-richtlijn uitputtend is geharmoniseerd, zoals het Hof haars ziens ten onrechte overweegt in diens r.o. 5.3.13.1. Volgens de Inspecteur is de harmonisatie van grensoverschrijdende mismatches in deelnemingsverhoudingen wel degelijk uitputtend, zodat toetsing van art. 13(17) wet Vpb aan primair EU-recht (de vrijheid van kapitaalverkeer) niet aan de orde is, maar alleen aan de richtlijn.

8.2

De Rechtbank heeft de vraag naar de mate van harmonisatie in het midden gelaten omdat er volgens haar ook bij toetsing van art. 13(17) Wet Vpb aan primair EU-recht geen strijd met EU-recht valt te constateren. Het Hof heeft geoordeeld dat het onderwerp van art. 13(17) Wet Vpb met de linking rule uitputtend is geharmoniseerd omdat zij de lidstaten geen mogelijkheid laat dan wat die rule voorschrijft. De regel is dwingend en bevat impliciet noch expliciet een bevoegdheid tot nadere regeling door de lidstaten, zodat art. 13(17) Wet Vpb niet kan worden getoetst aan primair EU-recht, maar alleen aan de richtlijn, aldus het Hof.

8.3

De belanghebbende licht middel (v) als volgt toe:

"25. Voor het antwoord op de vraag of de met een richtlijn doorgevoerde harmonisatie uitputtend is, moet bij de uitlegging van deze richtlijn niet enkel rekening worden gehouden met de bewoordingen, maar ook met de context en de doelstelling van de regeling waarvan zij deel uitmaakt. Uit de bewoordingen, de context alsmede de doelstelling van de MDR volgt niet dat de Uniewetgever met de MDR heeft beoogd om uitputtende harmonisatie na te streven. 26. Dat de MDR niet beoogt om uitputtende harmonisatie na te streven, blijkt bijvoorbeeld uit art. 4, lid 1, MDR. Deze bepaling biedt lidstaten de keuze om economisch dubbele belasting te voorkomen door ofwel zich te onthouden van het belasten van deze winst (art. 4, lid 1, letter a, MDR) ofwel de winst te belasten maar verrekening te bieden (art. 4, lid 1, letter b, MDR). In dat verband is relevant dat het HvJ reeds heeft geoordeeld dat van deze keuzemogelijkheid slechts gebruik kan worden gemaakt met inachtneming van de fundamentele verdragsbepalingen. Ook de artt. 3 en 4, lid 2 en 3, MDR kennen de lidstaten keuzemogelijkheden toe bij de implementatie van de MDR. Daarnaast kan een lidstaat de antimismatchbepaling van art. 4, lid 1, MDR verdergaand of strenger implementeren dan in de MDR is bepaald. Dit heeft Nederland ook gedaan, door 'aftrekbaarheid naar aard' te hanteren als criterium, terwijl dit vereiste op generlei wijze volgt uit art. 4 MDR of de voorstukken van de MDR. Dit illustreert dat lidstaten wel degelijk de vrijheid hebben om de antimismatchbepaling strenger te implementeren. Daarbij komt dat Nederland ook de vrijheid heeft genomen om het toepassingsbereik van art. 4 MDR ruimer te trekken dan strikt gezien noodzakelijk, door art. 13, lid 17, Wet Vpb ook van toepassing te verklaren op deelnemingen die zijn gevestigd in derde landen. 27. Het HvJ heeft in het Unic-arrest geoordeeld dat van uitputtende harmonisatie sprake is als een richtlijn geen 'minimum eisen' bevat, en lidstaten dus niet bevoegd zijn om strengere eisen vast te stellen, maar in uitputtende regels voorziet. Het HvJ heeft in het Gysbrechtsarrest a contrario geoordeeld dat van uitputtende harmonisatie géén sprake is als een richtlijn minimum normen bevat, en dus aan lidstaten de mogelijkheid biedt om strengere regels te implementeren. Nu lidstaten de mogelijkheid hebben om art. 4, lid 1, MDR strenger te implementeren (zie hiervoor), is van uitputtende harmonisatie geen sprake. 28. In zaak C-247/08, Gaz de France, komt de vraag aan de orde of de moeder-dochterrichtlijn zelf in overeenstemming is met het recht van vestiging. In dat kader merkt het HvJ op (r.o. 52):

"Volgens vaste rechtspraak staat het de communautaire instellingen vrij om de harmonisatie op een bepaald gebied slechts geleidelijk te laten verlopen of nationale wetgevingen

etappegewijs onderling aan te passen. Het is immers over het algemeen moeilijk om dergelijke maatregelen uit te voeren, omdat de bevoegde communautaire instellingen daartoe, uitgaande van verschillende, ingewikkelde nationale bepalingen, gemeenschappelijke regels moeten opstellen die in overeenstemming zijn met de in het EGVerdrag neergelegde doelstellingen en door een gekwalificeerde meerderheid van de leden van de Raad of zelfs, zoals op belastinggebied, unaniem door de Raad worden goedgekeurd (zie in die zin arresten van 29 februari 1984, Rewe-Zentrale, 37/83, Jurispr. blz. 1229, punt 20; 13 mei 1997, Duitsland/Parlement en Raad, C-233/94, Jurispr. blz. 1-2405, punt 43, en 17 juni 1999, Socridis, C-166/98, Jurispr. blz. 1-3791, punt 26)."

29. Uit deze overweging blijkt dat het HvJ de MDR als zodanig als geleidelijke harmonisatie aanmerkt. Er is hier derhalve geen sprake van een gebied waar alles uitgeput is geharmoniseerd en dus de lidstaten al hun soevereiniteit hebben opgegeven."

8.4

Volgens de Staatssecretaris is de harmonisatie die met de linking rule wordt nagestreefd, wel degelijk uitputtend:

"(...) Met het Hof ben ik van mening dat met het in 2016 geldende artikel 4 MDR, de harmonisatie van de nationale wetgevingen op het gebied van 'dubbele niet-heffing als gevolg van incongruenties in de fiscale behandeling van winstuitkeringen door de lidstaten' volledig is verwezenlijkt. De MDR vormt een uitputtende harmonisatie van het in artikel 3 van de considerans van de MDR aangeduide onderwerp, aldus het Hof. Hieraan ligt ten grondslag het oordeel van het Hof dat artikel 4 MDR een (uitputtende) regeling bevat die de nationale overheid geen mogelijkheid biedt daarvan af te wijken of daarbinnen nadere afwegingen/keuzes te maken. Laatstgenoemd oordeel geeft, gelet op de duidelijke tekst van artikel 4, eerste lid, onderdeel a, MDR, aan de bepaling een begrijpelijke uitleg. Het vijfde middel doet niet af aan het oordeel van het Hof dat sprake is van een uitputtende harmonisatie. Ik kan belanghebbendes stelling dat artikel 4, eerste lid, MDR de lidstaten de mogelijkheid zou geven deze bepaling verdergaand of strenger te implementeren dan in de MDR is bepaald, niet volgen. Artikel 13, zeventiende lid, Wet Vpb regelt onder welke voorwaarde de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op deelnemingsvoordelen en - zoals het Hof terecht heeft overwogen - sluit het artikel in zoverre naadloos aan op artikel 4 MDR. (...)."

8.5

Een nationale bepaling kan niet kan worden getoetst aan de EU-verkeersvrijheden als het onderwerp ervan op EU-niveau uitputtend is geregeld. In dat geval wordt alleen getoetst aan de bepalingen van de regel van secundair EU-recht. Of de harmonisatie uitputtend is, moet worden beoordeeld aan de hand van de tekst van de bepalingen, hun context en de doelstelling van de regeling, zo volgt onder meer uit de zaak Vínnapuu:

"40. (...) dient eraan te worden herinnerd dat een nationale maatregel ter zake van materie die op het niveau van de Unie uitputtend is geharmoniseerd, volgens vaste rechtspraak aan de bepalingen van deze harmonisatiemaatregel moet worden getoetst en niet aan die van primair recht (arrest UNIC en Uni.co.pel, C-95/14, EU:C:2015:492, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41. Derhalve moet om te beginnen worden nagegaan of de met de artikelen (...) van richtlijn (...) doorgevoerde harmonisatie volledig is.

42. Hiertoe dient het Hof bij de uitlegging van deze bepalingen niet alleen rekening te houden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaken, nastreeft (arrest UNIC en Uni.co.pel, C-95/14, EU:C:2015:492, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak)."

En ook uit de door de belanghebbende aangehaalde zaak Unic, waaruit eveneens volgt dat bij volledige harmonisatie de lidstaten niet strenger mogen zijn dan de EU:

"34. In de eerste plaats dient dan ook te worden onderzocht of de met deze richtlijn doorgevoerde harmonisatie, (...), uitputtend is.

35. Hiertoe dient het Hof bij de uitlegging van deze bepalingen niet enkel rekening te houden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaken, nastreeft (zie arrest Sneller, C-442/12, EU:C:2013:717, punt 21 en aldaar aangehaalde

rechtspraak)(...)37. Zoals de advocaat-generaal in de punten 58 en 59 van haar conclusie opmerkt, volgt uit een gecombineerde lezing van (...) dat deze richtlijn geen minimumeisen inzake de etikettering van de in de belangrijkste onderdelen van het schoeisel gebruikte materialen bevat, maar in uitputtende regels voorziet. Derhalve zijn de lidstaten niet bevoegd om strengere eisen vast te stellen."

8.6

Korving bespreekt de verhouding tussen primair EU-recht, secundair EU-recht en nationaal recht en gaat daarbij ook in op de Hofuitspraak in onze zaak:

"Er is sprake van uitputtende harmonisatie als de richtlijn alle voor het desbetreffende onderwerp relevante harmonisatienormen bevat. In dat geval worden alle nationale regelingen met betrekking tot een bepaald onderwerp volledig geharmoniseerd en door het blokkeringseffect van de richtlijnen geheel binnen de werkingssfeer van het Unierecht gebracht. (...) Van uitputtende harmonisatie is niet alleen sprake in het geval van totale harmonisatie, maar ook van partiële harmonisatie wat het in de richtlijn geregelde deel van het betrokken onderwerp betreft. Met andere woorden: uitputtende harmonisatie is niet beperkt tot volledige richtlijnen die een bepaald rechtsgebied of deel daarvan volledig normeren en harmoniseren, maar tevens als bepaalde individuele bepalingen binnen een richtlijn geen ruimte laten aan lidstaten omtrent de vraag hoe de bepaling te implementeren.

(...).

Met ingang van 1 januari 2016 is de bewoording van de vrijstellingsmethode zelfs nog verduidelijkt om dubbele niet-heffing, met name die het gevolg is van kwalificatieverschillen, buiten het bereik van de vrijstelling te brengen en deze inkomsten verplicht in de heffing te betrekken. Volgens Hof Amsterdam kan ook deze bepaling als uitputtende harmonisatie worden aangemerkt. Dat kan ook worden afgeleid uit het arrest *Schneider Electric*, waarin het HvJ heeft geoordeeld dat een Franse heffing op dooruitgedeelde dividenden een inbreuk maakt op artikel 4 van de Moeder-dochterrichtlijn. Het betrof winsten die een Franse vennootschap van EU-dochtervennootschappen had ontvangen en waar de Franse 95%-deelnemingsvrijstelling op van toepassing was; wanneer de Franse vennootschap die winst echter dooruitdeelde werd deze onderworpen aan een roerende voorheffing. Omdat de Franse vennootschap daardoor effectief meer winst belaste dan de toegestane 5% werd de heffing bij dooruitdeling als inbreuk op de Moeder-dochterrichtlijn aangemerkt. Op een eerder moment had het HvJ dit ook al geoordeeld in de zaak *AFEP*. De lidstaten lijken overigens twijfels te hebben gehad aan de uitputtende harmonisatie van artikel 4 van de Moeder-dochterrichtlijn. Bij de genoemde aanpassing per 1 januari 2016 is namelijk ook een algemene anti-misbruikregel geïntroduceerd. Ten aanzien van de toepassing daarvan bevestigde de Europese Commissie dat die anti-misbruikmaatregel 'niet bedoeld is om in te grijpen in nationale stelsels inzake deelnemingsvrijstelling in zoverre deze sporen met het VWEU'

[cursivering JK]. Dit veronderstelt dat de deelnemingsvrijstelling toch nog aan de vrijheid van vestiging of kapitaalsvrijheid kan worden getoetst en dat, als geen inbreuk wordt vastgesteld, een beroep op de anti-misbruikbepaling ook niet kan slagen. Als de lidstaten een toets aan de verenigbaarheid met de verkeersvrijheden voor situaties die binnen het bereik van de Moeder-dochterrichtlijn vallen mogelijk achten betekent dat ook vanuit hun perspectief geen sprake kan zijn van uitputtende harmonisatie. Ik ben het daar dus niet per definitie mee eens, maar zolang het HvJ niet expliciet stelt dat artikel 4 van de Moeder-dochterrichtlijn als uitputtende harmonisatie moet worden gezien bestaat er nog ruimte om te proberen de Nederlandse implementatie daarvan ook aan de verkeersvrijheden te toetsen in situaties die binnen het bereik van de Moeder-dochterrichtlijn vallen."

8.7

De tekst van de linking rule in art. 4(1)(a) MD-richtlijn en die van de recitals (2) en (3) van de considerans (zie 3.2 hierboven) laten de lidstaten mijns inziens geen (keuze)vrijheid. Zij moeten domweg doen wat de linking rule voorschrijft. Strenger dan weigering van vrijstelling kan niet. Minder streng dan weigering mag niet. Met het Hof meen ik daarom dat de linking rule een uitputtende regeling geeft van de voorkoming van dubbele niet-heffing door mismatches tussen lidstaten in hun winstbelastingheffing ter zake van grensoverschrijdende winstuiteringen in deelnemingsverhoudingen.

8.8

De door de belanghebbende geciteerde zaak C-247/08, *Gaz de France*, gaat niet over de materie die geregeld wordt door de linking rule. Dat kan ook niet, want de linking rule bestond toen nog niet. Die rule laat lidstaten met een deelnemingsvrijstelling in geval van aftrekbaarheid in de dochterstaat geen keuze dan weigering van de deelnemingsvrijstelling. Dat art. 4 MD-richtlijn de lidstaten bij andere onderwerpen vrijheid laat, zoals een keuze tussen deelnemingsvrijstelling en credit for underlying tax en een keuze voor een lager deelnemingspercentage dan 10%, acht ik niet relevant voor de vraag of de linking rule zijn eigen materie uitputtend regelt. Uiteraard kan de uitoefening van die op ander vlak bestaande keuzevrijheid wél getoetst worden aan primair EU-recht. Dat de Nederlandse implementatie ('naar zijn aard aftrekbaar') strenger zou zijn dan de linking rule in de Richtlijn, blijkt mijns inziens uit niets; die term lijkt mij correcte implementatie van de dwingende linking rule. Dat lidstaten uiteraard vrij zijn om in niet door de Richtlijn geregelde verhoudingen (derde-landenverhoudingen) eigen beleid te voeren, mits in overeenstemming met de vrijheid van kapitaalverkeer, is evenmin relevant voor de vraag welk karakter de harmonisatie in de wél door de Richtlijn bestreken verhoudingen heeft. Dat de linking rule volgens de belanghebbende economisch gelijke gevallen ongelijk behandelt, doet niet af aan zijn uitputting van de door hem geregelde materie, maar doet wel de vraag rijzen of de Richtlijn strookt met primair EU-recht. Daarover gaan de middelen (vi) en (vii).

8.9

Ik meen dat ook middel (v) strandt, maar dat de belanghebbende er ook geen belang bij heeft omdat middel (v) alleen de toegang tot de middelen (vi) en (vii) dient en mijns inziens ook die middelen stranden.

9

Middel (vi) - toetsing van ambtswege aan het Handvest?

9.1

Volgens middel (vi) had het Hof de weigering van de vrijstelling ambtshalve moeten toetsen aan de beginselen van gelijkheid voor de wet (art. 20) en non-discriminatie (art. 21) in het EU-Handvest van de Grondrechten. De belanghebbende licht dit als volgt toe:

"32. Doordat Nederland ervoor heeft gekozen om art. 13, lid 17, Wet Vpb ook toe te passen op derde land situaties, worden ook deze situaties bestreken door het EU-recht (...). Dat brengt mee dat ook het Handvest van toepassing is, aangezien de door het Handvest gewaarborgde grondrechten moeten worden geëerbiedigd wanneer een nationale regeling binnen het toepassingsgebied van het Unierecht valt. Tot de rechten die door het Handvest worden gewaarborgd behoren de beginselen van gelijkheid voor de wet (art. 20) en non-discriminatie (art. 21). Belanghebbende meent dat het Hof haar stelling dat zij horizontaal wordt gediscrimineerd (voor zover nodig ambtshalve) had moeten aanmerken als een beroep op de discriminatie-verboden uit het Handvest. Het Hof had ook moeten vaststellen dat, om een beroep op het Handvest te kunnen doen, niet van belang is of de bepaling in de MDR waarop art. 13, lid 17, Wet Vpb is gebaseerd een uitputtende harmonisatie inhoudt. Het Handvest is immers altijd van toepassing als het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. Het oordeel van het Hof dat het niet toekomt aan een beoordeling van de vraag of de toepassing van art. 13, lid 17, Wet Vpb leidt tot een horizontale discriminatie, getuigt dus van een onjuiste rechtsopvatting."

9.2

Bij verweer heeft de Staatssecretaris als volgt gereageerd:

"Voor het Hof geldt geen verplichting tot ambtshalve toetsing van de artikelen 20 en 21 van het Handvest buiten de grenzen van het geschil van partijen. Voor zover de klacht moet worden begrepen als een klacht over ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, faalt deze eveneens aangezien in cassatie gesteld noch gebleken is dat belanghebbende in feitelijke instanties een beroep op het Handvest heeft gedaan. De beoordeling van het beroep op de bepalingen van het Handvest vergt mede een onderzoek van feitelijke aard, waarvoor in de cassatieprocedure geen plaats is. (...).

Mocht de Hoge Raad van oordeel zijn dat belanghebbende een beroep kan doen op de artikelen 20 en 21 van het Handvest dan kan dit beroep mijns inziens niet slagen. Artikel 20 van het Handvest bevat een algemeen gelijkheidsbeginsel, dat mijns inziens niet is geschonden. Niet is komen vast te staan dat in casu sprake is van twee situaties die, uit het oogpunt van het door de (Unie)wetgever nagestreefd doel, objectief vergelijkbaar zijn en die verschillend worden behandeld. Bovendien heeft te gelden dat wanneer een verschil in behandeling tussen twee vergelijkbare situaties zich hier wel zou voordoen, de verschillende behandeling niettemin gerechtvaardigd kan zijn. Daarbij komt de Uniewetgever een ruime beoordelingsvrijheid toe. (...) In dat verband meen ik dat indien sprake is van een verschillende behandeling van twee vergelijkbare situaties, voor de verschillende behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. De onderhavige maatregel die heeft geleid tot het verschil in behandeling streeft een legitiem doel na en de gekozen middelen voor het bereiken van het doel zijn evenredig en noodzakelijk om dat doel te bereiken. Artikel 21 van het Handvest dat een discriminatieverbod bevat, wordt evenmin geschonden omdat mijns inziens deze bepaling alleen ziet op natuurlijke personen en op de daarin genoemde onderscheidingscriteria. Mocht het tweede lid van artikel 21 van het Handvest ook rechtspersonen omvatten, dan verdient opmerking dat deze bepaling niet ziet op een verschil in behandeling tussen onderdanen van de lidstaten en derdelanders. (...)."

9.3

De belanghebbende heeft hierop als volgt gerepliceerd:

"1. (...) De ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, dan wel ambtshalve toetsing, komt juist in beeld in situaties waarin partijen bij feitelijke instanties geen expliciet beroep hebben gedaan op een rechtsgrond.

2. Het beroep dat belanghebbende heeft gedaan op het Handvest moet worden begrepen tegen de achtergrond van het oordeel van het Hof dat art. 13, lid 17, (...) Wet Vpb niet getoetst kan worden aan het primaire EU-recht, omdat Richtlijn 2011/96/EU, zoals deze bepaling door Richtlijn 2014/86/EU (...) MDR) een uitputtende harmonisatie zou inhouden. Het Hof had echter moeten vaststellen dat, om een beroep op het Handvest te kunnen doen, niet van belang is of de bepaling in de MDR waarop art. 13, lid 17, Wet Vpb is gebaseerd een uitputtende harmonisatie inhoudt. Het Handvest is immers altijd van toepassing als het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht.

3. Belanghebbende heeft bij het Hof eveneens alle feiten gesteld die nodig zijn om een beroep op het EU-gelijkheidsbeginsel te kunnen beoordelen. Belanghebbende heeft namelijk bij het Hof het standpunt ingenomen dat de vrijheid van kapitaal wordt geschonden, omdat het voor Nederlandse vennootschappen minder gunstig is om te investeren in Zuid-Korea dan in bijvoorbeeld Frankrijk of Finland. (...).

4. Op basis van alles wat belanghebbende heeft aangevoerd over horizontale discriminatie, had het op de weg van het Hof gelegen om een zodanige uitleg te geven aan art. 13, lid 17, Wet Vpb en de MDR, dat wordt voorkomen dat het EU-gelijkheidsbeginsel, zoals onder meer opgenomen in de artikelen 20 en 21 van het Handvest, wordt geschonden. Het Hof heeft echter geoordeeld dat het niet toekomt aan een toetsing van belanghebbende haar stelling (...).

5. (...). Weliswaar is het Hof in r.o. 5.3.19 e.v. - voor het geval dat toetsing aan het primaire EU-recht is geboden - ingegaan op de gestelde horizontale discriminatie, maar tot een inhoudelijke beoordeling van die stelling is het niet gekomen. (...)."

9.4

Het Handvest lijkt mij in casu niet van toepassing omdat Nederland met zijn eigenstandige, niet op EU-recht gebaseerde uitbreiding van de linking rule naar niet door die EU-regel bestreken derde-landengevallen mijns inziens geen uitvoering geeft aan EU-recht, maar aan nationaal beleid. Ook als dat anders zou zijn, is de rechter niet gehouden om buiten het geschil van ambtswege EU-recht toe te passen dat niet van openbare orde is (aldus HvJ Van der Weerd e.a.) en evenmin consumentenbescherming betreft. Hij is nationaalrechtelijk immers niet bevoegd om buiten het geschil te gaan en in dat geval geldt geen EU-rechtelijke plicht tot toepassing van ambtswege, aldus HvJ Van Schijndel en Van Veen. Anders dan de belanghebbende, stelt, hoefde het Hof haar vrije-verkeersklacht mijns inziens geenszins op te vatten als een beroep op gronden ontleend aan het Handvest. De feitenrechter behoort niet mee te procederen, behalve mogelijk – aldus het HvJ in bekritiseerde rechtspraak – in het consumentenrecht, met name in zaken die onder de Richtlijn inzake oneerlijke handelsbedingen kunnen vallen. Mogelijk ligt er ook een ambtshalve EU-recht-handhavingstaak voor de nationale rechter waar het gaat om (arbitrage inzake) kartelafspraken, maar de rechtspraak van het HvJ daarover is niet heel concludent. Wat daarvan zij, de genoemde Handvestbepalingen zijn niet van openbare orde (ordre public) en de MD-richtlijn betreft noch consumentenbescherming tegen oneerlijke bedingen, noch mededingingsrecht.

9.5

De belanghebbende lijkt overigens geen belang te hebben bij het middel. Anders dan zij stelt, heeft het Hof immers wel degelijk haar klacht over horizontale discriminatie inhoudelijk beoordeeld en vastgesteld dat uit de rechtspraak van het HvJ, met name de conclusie en het arrest in de zaak Haribo, blijkt dat de door haar gestelde horizontale discriminatie niet verboden is onder het primaire EU-recht. Ik meen dat als geen sprake is van discriminatie onder de verdragsvrijheden, in beginsel evenmin sprake is van discriminatie onder het Handvest, althans dat de belanghebbende concreet zou moeten aangeven wat het dan in haar geval is dat de discriminatietoets onder het Handvest anders zou doen uitpakken dan onder de fundamentele vrijheden. Naast 's Hof's toets aan het vrije kapitaalverkeer lijkt een beroep op de discriminatieverboden in het Handvest rechtskundig niets toe te voegen.

9.6

Ik meen daarom dat ook middel (vi) strandt.

10. Middel (vii) – horizontale discriminatie in strijd met het vrije kapitaalverkeer?

10.1

Het middel maakt (opnieuw; zie middel (i)) een vergelijking tussen een nultariefregime met uitkeringsplicht in een andere lidstaat (de belanghebbende stelt: in Frankrijk en Finland) en een derdelanden-regime waarin dividenden aftrekbaar zijn. Zij acht zich gediscrimineerd omdat de door haar ontvangen Zuid-Koreaanse dividenden belast worden, terwijl volgens haar dividenden uitgekeerd door een vastgoedlichaam dat binnen de EU een vrijstelling of een nultarief in de winstbelasting geniet, worden vrijgesteld.

10.2

Volgens de Inspecteur moet belanghebbendes geval niet worden vergeleken met dividenden uit een andere EU-lidstaat, maar met dividenden in de vergelijkbare binnenlandse situatie. In die Nederlandse situatie wordt een bij een uitkerend vastgoedlichaam aftrekbaar dividend even zeer belast bij de moeder.

10.3

De Rechtbank heeft art. 13(17) Wet Vpb als volgt aan art. 63 VwEU (vrijheid van kapitaalverkeer) getoetst:

"44. (...) Het niet verlenen van de deelnemingsvrijstelling voor dividenden die bij het uitkerende lichaam aftrekbaar zijn van de winst is in overeenstemming met de strekking van de deelnemingsvrijstelling om dubbele belasting te voorkomen, en wordt gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen. Immers, door geen deelnemingsvrijstelling te verlenen voor van de winst aftrekbare dividenden die worden uitgekeerd door in Nederland of in het buitenland gevestigde lichamen, wordt bereikt dat deze dividenden ten minste een maal, op het niveau van het ontvangende lichaam, in de belastingheffing worden betrokken, en geen situaties ontstaan waarin onbedoelde belastingvoordelen worden gecreëerd voor groepen van vennootschappen uit verschillende lidstaten (of derde landen) in vergelijking met groepen van ondernemingen uit dezelfde lidstaat."

De Rechtbank heeft belanghebbendes geval dus vergeleken met een binnenlandgeval en niet met een Frans of Fins geval.

10.4

Voor het geval de linking rule in art. 4(1)(a) van de MD-richtlijn geen uitputtende harmonisatie zou inhouden, heeft ook het Hof art. 13(17) Wet Vpb aan art. 63 VwEU getoetst, dat als enige verkeersvrijheid ook in verhouding tot derde landen geldt. Hij heeft daarbij veel belang gehecht aan het arrest van het HvJ EU in de gevoegde zaken Haribo en Salinen:

"5.3.21. Het geschil spitst zich toe op de vraag welke twee gevallen in de vergelijking moeten worden betrokken teneinde te beoordelen of zich tussen die gevallen een (discriminatoire) verschil in behandeling voordoet dat een belemmering vormt van de vrijheid van kapitaalverkeer (artikel 63 VWEU). (...)

5.3.24.1. Van belang is het arrest Haribo. Rechtsoverweging 48 hiervan luidt als volgt:

"Zoals de Oostenrijkse, de Duitse en de Nederlandse regering alsmede de Europese Commissie hebben opgemerkt, moet in een geval als dat in het hoofdgeding

[een Oostenrijkse moeder die buitenlandse beleggingsdividend ontvangt; PJW], een vergelijking worden gemaakt tussen de fiscale behandeling van een ingezeten vennootschap ontvangen portfoliodividenden en van portfoliodividenden die worden ontvangen van in een derde EER-staat gevestigde vennootschap. Artikel 63 VWEU verzet zich immers in beginsel tegen een verschil in behandeling, in een lidstaat, van dividenden die afkomstig zijn van een in een derde staat gevestigde vennootschap, en dividenden die afkomstig zijn van een vennootschap met zetel in deze lidstaat (zie beschikking van 4 juni 2009, KBC Bank en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, C-439/07 en C-499/07, Jurispr. blz. 1-4409, punt 71). Het verschil in behandeling tussen inkomsten uit een derde staat en inkomsten uit een andere derde staat is daarentegen als zodanig niet relevant voor deze bepaling."

Uit dit arrest volgt dat een verschil tussen vermogenswinsten naargelang van het derde land waaruit ze afkomstig zijn, niet onder het beschermingsbereik valt van artikel 63, eerste lid, VWEU, betreffende het vrije verkeer van kapitaal (vgl. conclusie Advocaat-Generaal Kokott, punt 25, bij het arrest Sopora, BNR 2015/133). Volgens de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging van het arrest Haribo dient voor de vraag of zich een

bij het arrest Copijn, ECRB 2013/1537, volgens de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging van het arrest Haribo dient voor de vraag of zich een verboden beperking voordoet van het kapitaalverkeer, als bedoeld in artikel 63 VWEU, een vergelijking te worden gemaakt tussen de fiscale behandeling van een ingezeten vennootschap en die van een in – in de zaak Haribo – een derde EER-staat gevestigde vennootschap.

Dat is, zoals is vermeld in de laatste zin van de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging, niet een vergelijking tussen de fiscale behandeling van inkomsten uit een derde staat ten opzichte van een andere derde staat."

10.5

De belanghebbende wierp bij het Hof tegen dat niet vergeleken moet worden tussen twee verschillende derde landen, maar tussen een derde land en een lidstaat waar de belanghebbende niet is gevestigd, maar volgens het Hof stuit haar betoog ook dan af op het arrest Haribo, daarbij verwijzende naar onderdeel 80 van de conclusie van de A-G Kokott:

"80. Vooraf dient duidelijk te worden gemaakt dat (...) voor de beoordeling of er sprake is van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal, EER-portfoliodividenden (...) niet moeten worden vergeleken met dividenden uit internationale gekwalificeerde deelnemingen, maar - zoals ook de Oostenrijkse, de Duitse en de Nederlandse regering alsmede de Commissie hebben opgemerkt - met binnenlandse portfoliodividenden. Beleggers die op zoek zijn naar mogelijkheden voor portfoliodeelnemingen, laten zich van een dergelijke investering in het buitenland niet weerhouden doordat buitenlandse gekwalificeerde deelnemingen in het binnenland fiscaal gunstiger worden behandeld, maar doordat een binnenlandse portfoliodeelneming fiscaal voordeliger wordt behandeld. (...)."

10.6

De belanghebbende acht art. 63 VwEU geschonden doordat het Hof in r.o. 5.3.24.4 heeft geoordeeld dat art. 13(17) Wet Vpb de vrijheid van kapitaalverkeer niet beperkt. Zij herhaalt haar standpunten voor het Hof, met name dat r.o. 48 van het HvJ-arrest Haribo niet gaat over haar discriminatie (naar gelang zij dividenden uit een EU-lidstaat ontvangt of dividenden uit een derde land), maar over discriminatie tussen dividenden uit twee verschillende derde landen. Zij verwijst in cassatie naar het HvJ-arrest in de zaak Riskin en Timmerman:

"21. De deelnemingsvrijstelling maakt, als de uitleg van het Hof van art. 13, lid 17, Wet Vpb juist is, een onderscheid tussen de volgende twee grensoverschrijdende situaties: (i) Dividenden afkomstig uit een land dat een REIT/REF-regime kent waarbij een REIT/REF effectief niet wordt belast, omdat deze, onder de voorwaarde dat (nagenoeg) de gehele winst jaarlijks wordt uitgekeerd, is vrijgesteld of belast tegen 0%; en (ii) Dividenden afkomstig uit een land dat een REIT/REF-regime kent waarbij een REIT/REF effectief niet wordt belast, omdat deze, onder de voorwaarde dat (nagenoeg) de gehele winst jaarlijks wordt uitgekeerd, het dividend kan aftrekken.

22. In de eerste situatie is de deelnemingsvrijstelling van toepassing en in de tweede situatie niet vanwege de toepassing van art. 13, lid 17, Wet Vpb. (...).

(...).

39. Volgens belanghebbende is het Koreaanse REF-regime gezien het nagestreefde doel, voorwerp en inhoud 'in essentie' vergelijkbaar met het Finse en Franse REIT-regime. Al deze regimes beogen namelijk om beleggers fiscaal neutraal te behandelen, zodat het voor hen niet uitmaakt of direct wordt belegd of indirect via een REIT/REF. 40. Toch behandelt art. 13, lid 17, Wet Vpb dividend uitgekeerd onder het Koreaanse REF-regime anders dan dividend uitgekeerd onder het Finse of Franse REIT-regime. De enige reden voor deze andere behandeling is dat de Finse en Franse REIT regimes een andere techniek gebruiken (vrijstelling of nultarief) dan het Koreaanse REF regime (afrek van dividend) voor het bereiken van neutraliteit. Hierdoor discrimineert art. 13, lid 17, Wet Vpb horizontaal, dat wil zeggen tussen situaties met verschillende staten 'die in essentie vergelijkbaar' zijn, en vormt een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal tussen lidstaten en derde landen.

(...).

43. Uit de laatste volzin van r.o. 48 in Haribo blijkt dat horizontale discriminatie tussen verschillende derde staten niet valt onder de reikwijdte van het vrije verkeer van kapitaal. In casu gaat het echter over een horizontale discriminatie tussen een lidstaat en een derde staat. Over die situatie gaat r.o. 48 van Haribo niet. Uit deze overweging kan dus niet worden afgeleid, zoals het Hof heeft gedaan, dat een verschil in behandeling tussen derde staten en lidstaten niet onder de reikwijdte van het vrije kapitaalverkeer valt.

44. In het Riskin en Timmermans arrest heeft het HvJ zich wel expliciet uitgesproken over een horizontale discriminatie tussen derde staten en lidstaten. Genoemd arrest ging over een situatie waarin door een inwoner van België dividenden werden ontvangen uit een andere lidstaat (Polen), die minder gunstig werden behandeld dan dividenden ontvangen uit derde staten. Het HvJ merkte dit aan als een belemmering van het vrije kapitaalverkeer. Het HvJ stelde uitdrukkelijk vast dat het hier niet ging om een vergelijking tussen een binnenlandse (België) en een buitenlandse situatie, maar om een vergelijking tussen een andere lidstaat (Polen) en derde staat. De opvatting van het Hof dat de vergelijking tussen een derde staat en een andere lidstaat (niet-zijnde de lidstaat waarin belanghebbende is gevestigd) niet onder het vrije verkeer van kapitaal valt, is blijkens het Riskin en Timmermans arrest dus onjuist.

45. Dit volgt ook uit Commissie tegen Nederland (C-521/07). Deze zaak betrof de nadeligere behandeling van dividenden die werden uitbetaald aan IJsland en Noorwegen (derde landen) ten opzichte van dividenden die werden uitbetaald aan vennootschappen gevestigd in lidstaten. Het HvJ EU overwoog in r.o. 39 (onderstreping gemachtigden:

"Een dergelijk verschil in behandeling wat de wijze van belastingheffing betreft over dividenden die worden uitbetaald aan in IJsland en Noorwegen gevestigde ontvangende vennootschappen, vergeleken met die welke worden uitbetaald aan ontvangende vennootschappen gevestigd in de lidstaten van de Gemeenschap, kan de in IJsland en Noorwegen gevestigde vennootschappen ervan doen afzien in Nederland te investeren. Dit verschil maakt het bovendien moeilijker voor een Nederlandse vennootschap om kapitaal uit IJsland en Noorwegen aan te trekken dan uit Nederland of een andere lidstaat van de Gemeenschap. Het vormt dus een beperking van het vrije kapitaalverkeer die in beginsel verboden is bij artikel 40 van de EER-Overeenkomst".

46. Van belang is tevens dat het HvJ EU in Commissie tegen Nederland overweegt dat de bepaling betreffende het vrije kapitaalverkeer in het VWEU 'in essentie' in de EER-Overeenkomst zijn overgenomen (zie r.o. 40). Vervolgens past het HvJ EU op de situatie met IJsland en Noorwegen dezelfde rechtspraak toe zoals ontwikkelend onder het vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten en derde staten ("verschil in het juridische stelsel van verplichtingen van de betrokken staten op belastinggebied ten opzichte van dat van de lidstaten van de Gemeenschap"; zie r.o. 47).

47. Hieruit blijkt dat een verschil in behandeling van derde staten vergeleken met lidstaten ook een belemmering is onder het vrije verkeer tussen de lidstaten en derde landen zoals neergelegd in het VWEU.

48. Als de Hoge Raad twijfelt aan het antwoord op de vraag of de onderhavige situatie onder de reikwijdte het vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten en derde staten valt, dan ligt het op de weg om hierover prejudiciële vragen te stellen, aangezien het HvJ nooit heeft geoordeeld dat een belemmering van het kapitaalverkeer richting een derde staat in vergelijking met een andere lidstaat niet onder de reikwijdte van art. 63 VWEU valt.

49. Belanghebbende is van mening dat er in casu geen rechtvaardigingsgrond is voor de belemmering, ook niet het bestrijden van misbruik. Er is namelijk geen sprake van misbruik, aangezien belanghebbende slechts gebruik maakt van een REF regime en gebruik van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling, die vastgoedbeleggingen nu juist aanmerkt als 'goede' beleggingen. Nederland vond dit jarenlang goed en vindt dit nog steeds goed, als het dividend maar komt van een REIT/REF die belast is tegen 0% of is vrijgesteld. Mocht het bestrijden van misbruik evenwel een rechtvaardigingsgrond vormen, dan is de maatregel niet proportioneel, aangezien belanghebbende geen mogelijkheid tot tegenbewijs heeft. Ook is de regeling niet geschikt, omdat er geen kunstmatige constructies worden bestreden.

(...).

10.7

De Staatssecretaris verweert zich als volgt:

"Indien de Hoge Raad toekomt aan de toetsing aan artikel 63 VWEU, dan ben ik van mening dat het oordeel van het Hof dat geen sprake is van een belemmering juist is. Anders dan belanghebbende meent, heeft het Hof terecht overwogen dat de situatie van belanghebbende, een ingezeten vennootschap met een deelneming in een lichaam in een derdeland, moet worden vergeleken met de situatie van een ingezeten vennootschap met een deelneming in een lichaam in Nederland. De fiscale behandeling van het dividend afkomstig uit Zuid-Korea dient te worden vergeleken met de fiscale behandeling van binnenlands dividend. Zie onderdelen 48 en 49 van HvJ 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08, Haribo Lakritz en

Hans Riegel BetriebsgmbH en Österreichische Salinen AG, C-411/11, EU:C:2013:611 en onderdeel 9.8 van de conclusie van de Advocaat-Generaal Waela van 30 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:903. Het Hof heeft de andersluidende vergelijking waar belanghebbende van uitgaat, terecht verworpen. Nu belanghebbende niet nader heeft gesteld en onderbouwd dat zich een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer voordoet bij een vergelijking tussen een situatie waarin belanghebbende een binnenlandse deelneming heeft die overigens met

[A]vergelijkbaar is en de situatie van belanghebbende met [A]als deelneming, heeft het Hof terecht de stelling dat artikel 13, zeventiende lid, Wet Vpb strijdig zou zijn met artikel 63 VWEU afgewezen. (...)."

10.8

De MvT bij de Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn vermeldt:

"Bij de vormgeving van de maatregel is gekozen voor een mondiale reikwijdte, dus ongeacht de jurisdictie waarin het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, is gevestigd. Dit past ook binnen het uniform-wereldwijd geldende karakter van de deelnemingsvrijstelling, zonder onderscheid tussen deelnemingen in de EU of de Europese Economische Ruimte (EER) en daarbuiten. Het kabinet vindt dat het voorkomen van mismatches niet moet worden beperkt tot de EU of de EER en kiest daarom voor een wereldwijde benadering. Constructies met mismatches waardoor de belastingheffing wordt ontgaan, zouden anders gemakkelijk kunnen worden verplaatst naar derde landen. De maatregel sluit in deze vorm dan ook aan bij de conceptvoorstellen van de OESO ten aanzien van de behandeling van hybride financiële instrumenten in het kader van het BEPS-project. Voor zover bekend kiezen ook andere EU-lidstaten, waaronder het Verenigd Koninkrijk, België, Duitsland en Frankrijk, voor een wereldwijde toepassing van de bepaling uit Richtlijn 2014/86/EU."

10.9

Uit de in 3.9 hierboven geciteerde brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Eerste Kamer (2018) blijkt dat het door de belanghebbende gewraakte verschil in fiscale behandeling tussen dividenden uit nultariefregimes en dividenden uit aftrekregimes geen onvoorzien gevolg is van de invoering van art. 13(17) Wet Vpb omdat het een inherent gevolg is van de door de wijziging van de richtlijn voorgeschreven aangrijping bij aftrekbaarheid van de vergoeding.

10.10

Van Hulten noteerde in NLF 2022/0874 bij de uitspraak van het Hof:

"Punt blijft wel dat het vreemd is dat economisch gezien vergelijkbare situaties (aftrekbaarheid van een dividend tegenover een heffing tegen 0%) fiscaal verschillend worden behandeld."

En Schouten merkte in NTFR 2022/2995 bij de uitspraak van het Hof op:

"De dividenden worden feitelijk niet belast met vennootschapsbelasting in Zuid-Korea, dus dan zou het onnodig zijn in Nederland vrij te stellen. De weg ernaartoe lijkt wat minder zuiver. Ook omdat vergelijkbare situaties fiscaal anders uitpakken. Als de deelneming namelijk belast zou zijn geweest tegen 0% dan zou de deelnemingsvrijstelling onder omstandigheden wel toepassing hebben kunnen vinden. Voor dat verschil in uitwerking lijkt niet direct een bevredigende uitleg voorhanden."

10.11

Volledigheidshalve merk ik over de toepasselijkheid van art. 63 VwEU in casu het volgende op: de deelnemingsvrijstelling geldt al bij 5% aandelenbezit en kan dus niet geacht worden slechts gericht te zijn op concernverhoudingen en daarmee op vestiging. Zij bestrijkt ook (niet-laagbelaste) beleggingssituaties, i.e. gevallen waarin de aandeelhouder geen definite influence kan uitoefenen, maar slechts voor het rendement participeert (i.e. kapitaalverkeer). Daardoor is de deelnemingsvrijstelling een generieke maatregel die in beginsel zowel onder de vestigingsvrijheid als onder het kapitaalverkeer kan worden getoetst. Dat betekent dat zij in derdelandenverhoudingen getoetst kan worden aan art. 63 VwEU, óók als in de specifieke omstandigheden van het geval het wel degelijk om een meerderheidsparticipatie gaat, zoals in belanghebbendes geval. De bescherming van art. 63 VwEU bestaat in dergelijke generieke-regelgevallen slechts dan niet als de nationale regel strekt tot regulering van de toelating van derdelanden-ondernemingen tot de EU-markt of andersom (markttoegang-criterium). De deelnemingsvrijstelling strekt niet tot regulering van markttoegang, zodat haar toepassing in derdelandenverhoudingen onder de regels van het vrije kapitaalverkeer valt. De toepassing van art. 13(17) Wet Vpb kan dus in derde-landengevallen getoetst worden aan het vrije kapitaalverkeer.

10.12

De belanghebbende klaagt over discriminatie naar herkomst (binnenlands, EU, EER of derde land), maar het wezenlijke punt is mijns inziens niet dat twee herkomsten verschillend worden behandeld, maar twee regimes. Dat wordt duidelijk als we veronderstellen dat één lidstaat (bijvoorbeeld Frankrijk) beide regimes voor vastgoedbeleggingslichamen kent: één met vrijstelling of nultarief en uitdelingsplicht en ook één met aftrekbaarheid van dividenden en uitdelingsplicht. De verplichte implementatie van (het gewijzigde) art. 4(1)(a) MD-richtlijn heeft inderdaad tot gevolg dat in dat geval de andere lidstaten met een deelnemings-vrijstelling de dividenden vanuit het eerste Franse regime vrijstellen en de dividenden vanuit het tweede Franse regime moeten belasten. Het probleem zit dus niet in een herkomst-verschil, maar in een regime-verschil in behandeling. Belanghebbendes betoog komt er daarmee op neer dat de linking rule in art. 4(1)(a) MD-richtlijn discrimineert tussen 'in essentie' (economisch) dezelfde regimes, dus de Richtlijn primair EU-recht schendt.

10.13

Dat betoog acht ik niet zonder deugd. Zoals boven bleek, ziet ook de literatuur niet waarom economisch vergelijkbare regimes verschillend behandeld zouden moeten worden. Maar ik vrees dat het weinig zin heeft om het HvJ prejudicieel te vragen of de linking rule in de Richtlijn het primaire EU-recht schendt doordat die rule uitsluitend koppelt aan de aftrekbaarheid van de vergoeding en niet ook aan nultarief- en vrijstellingsregimes. Het HvJ acht secundair EU-recht immers zelden in strijd met primair EU-recht, hoogstens bij een verkeerde keuze van rechtsbasis in het VEU- of het VwEU-Verdrag. Dat geldt te meer op het terrein van de directe belastingen, waar voor de totstandkoming van Unierecht unanimité is vereist en het HvJ zéér terughoudend is in het désavoueren van de daardoor – zeker in misbruikbestrijdingskwesities – zeer moeizaam bereikte harmonisatie. Zelfs in een BTW-zaak zoals de zaak Rzecznik Praw Obywatelskich liet de Grote Kamer van het HvJ bij twijfel over de verenigbaarheid van een BTW-richtlijn bepaling met primair EU-recht de Uniewetgever een ruime beoordelingsbevoegdheid en overwoog zij dat de Unierechter "hoogstens" bij "kennelijke fouten" van de Uniewetgever kan ingrijpen:

"52 Wanneer een verschil in behandeling tussen twee vergelijkbare situaties wordt vastgesteld, wordt het beginsel van gelijke behandeling niet geschonden voor zover dat verschil gerechtvaardigd is (...).

53 Dat is volgens vaste rechtspraak van het Hof het geval wanneer het verschil in behandeling verband houdt met een wettelijk toelaatbaar doel dat wordt nagestreefd door de maatregel die ertoe leidt dat een dergelijk verschil wordt ingevoerd, en dit verschil in verhouding staat tot dat doel (...).

54 In die context is het duidelijk dat de Uniewetgever bij het nemen van een belastingmaatregel politieke, economische en sociale keuzes moet maken en uiteenlopende belangen moet afwegen of ingewikkelde beoordelingen moet verrichten. Bijgevolg komt hem in dat kader een ruime beoordelingsbevoegdheid toe, zodat de rechter bij zijn toetsing of voldaan is aan de in het vorige punt van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden hooguit mag nagaan of de Uniewetgever een kennelijke fout heeft gemaakt

[zie in die zin arresten van 10 december 2002, British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco, C-491/01, EU:C:2002:741, punt 123, en 17 oktober 2013, Billerud Karlsborg en Billerud Skärblacka, C-203/12, EU:C:2013:664, punt 35]."

10.14

Men kan overigens zeggen dat de twee verschillend behandelde regimes geen gelijke gevallen zijn omdat het ene een belastingplicht- of tariefmaatregel is (vrijstelling c.q. nultarief) en het andere een winstbepalingsregel (aftrek dividenduitkeringen).

10.15

Ook als men het verschil in behandeling als een verschil naar herkomst wil zien, zoals de belanghebbende, meen ik dat middel (vii) doel mist. De vergelijking die de belanghebbende maakt tussen een andere EU-lidstaat en een derde staat is mijns inziens geen andere vergelijking dan die tussen twee verschillende derde staten of tussen twee andere lidstaten: in alle gevallen geldt het vrije kapitaalverkeer bij beleggingen en gaat het volgens het HvJ niet om een vergelijking tussen twee verschillende andere landen, maar om de vergelijking met de binnenlandssituatie. Als het vrije kapitaalverkeer niet ziet op verschil tussen dividenden uit twee derde staten, dan ziet het evenmin op verschil tussen dividenden uit een derde staat en uit een andere EU-lidstaat. In de zaken Haribo en Salinen (eveneens over art. 4(1)(a) MD-richtlijn en het vrije kapitaalverkeer) ging het mede om dividenden ontvangen

EU-lidstaat in de zaken *Van der Grinten (Eerste) en Van der Grinten (Tweede)* ging het om dividendontvangsten uit een 'derde EER-staat,' zo blijkt uit r.o. 52 van die zaak. Het HvJ achtte een vergelijking tussen dividenden uit een 'derde-EER-staat' en 'internationale kwalificerende dividenden' niet aan de orde, maar alleen een vergelijking tussen grensoverschrijdende dividenden en de binnenlandse dividenden in Oostenrijk.

10.16

De door de belanghebbende genoemde arresten steunen haar standpunt mijns inziens ook niet. Het HvJ-arrest Riskin en Timmermans steunt eerder het tegengestelde standpunt: de verkeersvrijheden verzetten zich volgens dat arrest juist niet tegen verschillende behandeling van dividenden uit Polen en dividenden uit derde landen omdat Belgische ontvangers van Poolse dividenden zich in een objectief niet-vergelijkbare verdragspositie bevinden ten opzichte van Belgische ontvangers van derdelanden-dividenden, zodat van enige discriminatie geen sprake was (zie r.o. 34). De suggestie van de belanghebbende dat het HvJ in dat arrest een "horizontale discriminatie tussen derde staten en lidstaten" vastgesteld zou hebben, is mijns inziens dus onjuist:

"29 (...) zij eraan herinnerd dat het aan de lidstaten staat om, met eerbiediging van het Unierecht, hun stelsel van belasting van uitgekeerde winst te organiseren en in dat kader de belastinggrondslag en het belastingtarief te bepalen voor de ontvangende aandeelhouder, en dat de lidstaten bij gebreke van door de Unie vastgestelde unificatie of harmonisatiemaatregelen bevoegd blijven om, eenzijdig of door het sluiten van een verdrag, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen (zie in die zin arrest van 20 mei 2008, *Orange European Smallcap Fund*, C 194/06, EU:C:2008:289, punt 48).

30 Waar deze situatie discrepanties tussen de belastingwetgevingen van de verschillende lidstaten teweegbrengt, kan er voor een lidstaat bijgevolg aanleiding zijn om te besluiten, eenzijdig of door sluiting van een verdrag, dividenden uit de verschillende staten gedifferentieerd te behandelen teneinde rekening te houden met deze discrepanties (zie in die zin arrest van 20 mei 2008, *Orange European Smallcap Fund*, C 194/06, EU:C:2008:289, punt 49).

31 Met betrekking tot bilaterale belastingverdragen volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de werkingssfeer van een dergelijk verdrag beperkt is tot de daarin vermelde natuurlijke of rechtspersonen. Ook de daarin voorziene voordelen maken integrerend deel uit van het geheel van de verdragsregels en dragen bij tot het algehele evenwicht van de wederzijdse verhoudingen tussen de twee verdragsluitende Staten (zie in die zin arresten van 5 juli 2005, *D.*, C 376/03, EU:C:2005:424, punten 54 en 61-62, en 20 mei 2008, *Orange European Smallcap Fund*, C 194/06, EU:C:2008:289, punten 50-51). Opgemerkt zij (...) dat deze situatie zich op dezelfde wijze voordoet bij dubbelbelastingverdragen die met de lidstaten werden gesloten als bij die welke met derde landen werden gesloten.

32 Met betrekking tot het hoofdinging zij opgemerkt dat het voordeel van onvoorwaardelijke verrekening wordt toegekend in situaties waarin het Koninkrijk België zich, bij wege van een bilateraal belastingverdrag tot het vermijden van dubbele belasting die het heeft gesloten met bepaalde derde landen die over dividenden een bronbelasting heffen, ertoe heeft verbonden Belgische inwoners toe te staan deze bronbelasting te verrekenen met de in België verschuldigde belasting.

33 Bijgevolg is de werkingssfeer van een dergelijk verdrag beperkt tot Belgische inwoners die dividenden ontvangen uit een dergelijk derde land dat over deze dividenden een bronbelasting heeft ingehouden. Het feit dat het betrokken voordeel enkel wordt toegekend aan Belgische inwoners die binnen de werkingssfeer van dat verdrag vallen, kan niet worden beschouwd als een voordeel dat kan worden losgekoppeld van de overige bepalingen van dat verdrag, aangezien – zoals in punt 31 van dit arrest is uiteengezet – dat voordeel integrerend deel uitmaakt van de verdragsregels en bijdraagt tot het algehele evenwicht van de wederzijdse verhoudingen tussen de twee verdragsluitende Staten.

34 In deze omstandigheden bevinden Belgische inwoners als die in het hoofdinging die dividenden ontvangen uit andere lidstaten, zoals de Republiek Polen, en die moeten voldoen aan de voorwaarde van artikel 285 WIB 92 willen zij in aanmerking komen voor de verrekening van de bronbelasting met de Belgische belasting, zich niet in een situatie die objectief vergelijkbaar is met die van Belgische inwoners die dividenden ontvangen uit een derde land waarmee het Koninkrijk België een bilateraal verdrag tot het vermijden van dubbele belasting heeft gesloten waarin het recht op deze verrekening onvoorwaardelijk wordt toegekend."

10.17

Ook de door de belanghebbende geciteerde zaak C-521/07, *Commissie v. Nederland*, steunt haar standpunt niet. Nederland eiste destijds voor de inhoudingsvrijstelling van dividendbelasting een grotere participatie van aandeelhouders in de EVA-lidstaten IJsland en Noorwegen (10% resp. 25%) dan van ingezetenen aandeelhouders en EU-aandeelhouders (beide 5%) omdat de EG-administratieve-bijstandsrichtlijn niet gold in de verhouding met IJsland en Noorwegen. Het HvJ achtte dat geen houtsnijdende rechtvaardiging voor het onderscheid. De vergelijking was dus wel degelijk in de eerste plaats met de binnenlandsituatie, die op grond van de MD-richtlijn gelijk was aan de intra-EU-situatie.

10.18

Ik meen op grond van het bovenstaande dat ook middel (vii) strandt.

11

Conclusie

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de belanghebbende ongegrond te verklaren.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal

Hierna worden de termen REF en REIT (Real Estate Investment Trust) afwisselend gebruikt.

Rechtbank Noord-Holland 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:8559, FutD 2020-3258, NTFR 2020/3581 met noot Simonis, V-N 2021/4.10, NLF 2020/2604 met noot Van Hulten.

Hof Amsterdam 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1038, FutD 2022-1158, NLF 2022/0874 met noot Van Hulten, Belastingadvies 2022/14.3, V-N 2022/30.1.2, NTFR 2022/2995 met noot Schouten.

Wet van 23 december 2015, Stb. 2015, 543.

HvJ 7 maart 2017, C-390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO)*, na conclusie Kokott, ECLI:EU:C:2017:174, V-N 2017/14.19.

Zie r.o. 2.5 Hof.

Rechtbank Noord-Holland 28 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:8559, FutD 2020-3258, NTFR 2020/3581 met noot Simonis, V-N 2021/4.10, NLF 2020/2604 met noot Van Hulten.

Gerechtshof Amsterdam 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1038, Belastingmagazine 2022/4, FutD 2022-1158, NLF 2022/0874 met noot Van Hulten, Belastingadvies 2022/14.3, V-N 2022/30.1.2, NTFR 2022/2995 met noot Schouten.

Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011, betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, Pb EU 29 december 2011, L 345/8.

Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, Pb EU 25 juli 2014, L 219/40.

Wet van 23 december 2015, Stb. 2015, 543.

Zie nader Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 13 Wet VPB 1969, aant. 1.8.3.

Kamerstukken II 2015/2016, 34 306 (NnaV), 6, p. 2.

Kamerstukken II 2015/2016, 34 306, nr. 3 (MvT), p. 2 resp. p. 7.

Kamerstukken II 2015/2016, 34 306, nr. 3 (MvT), p. 7.

Kamerstukken II 2015/2016, 34 306, nr. 6, (NnaV), p. 4.

Kamerstukken II 2015/2016, 34 306, 3, p. 3.

Brief van 29 september 2017 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer, nr. 2017-0000188796, V-N 2017/51.12.

Voetnoot in origineel: "Artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 ziet niet op mismatches die het gevolg zijn van een verschillende verrekenprijsbenadering. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 6, blz. 3."

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 13 februari 2018 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, nr. 2018-0000001988, V-N 2018/11.16).

Voetnoot in origineel: Kamerstukken II 2015/2016, 34 306, nr. 6.

Voetnoot in origineel: Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015 (Kamerstuk 34 306).

Voetnoot in origineel: Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2014, L 219).

Brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 12 september 2016. Kamerstukken II 2015/16, 34 323, nr. 12, p. 5.

Voetnoot in origineel: Besluit Staatssecretaris van Financiën van 4 augustus 2020, nr. 2020-14853, Staatscourant 2020, 44499.

R.J. de Vries, Het adagium "vroeger was het (allemaal) beter", WFR 2015/1376.

Kamerstukken II 2015/2016, 34 306, nr. 3 (MvT), p. 2 en 3.

Voetnoot in origineel: Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, p. 66.

Voetnoot in origineel: Zie ook J.H. Elink Schuurman & P.B.N. van Os, 'Ernstige twijfel aan het standpunt van de staatssecretaris omtrent toepassing van artikel 13, lid 17, Wet Vpb', NTFR-A 2017/7, par. 2.

J.H. Elink Schuurman & P.B.N. van Os, 'Ernstige twijfel aan het standpunt van de staatssecretaris omtrent toepassing van artikel 13, lid 17, Wet Vpb', NTFR 2017/7.

J.L. van de Streek, in: Cursus Belastingrecht Vpb.2.4.2.C.c.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 13 februari 2018 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, nr. 2018-0000001988, V-N 2018/11.16.

Voetnoot in origineel: Zie het eindrapport van actiepunt 2 van het BEPS-project (2015), p. 127.

Rapport 'Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontwijking; Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 6 december 2012, COM(2012) 722 final, p. 10.

Voetnoot in origineel: HwJ 17 juli 1997, zaak C-28/95 (Leur-Bloem), punt 32.

Voetnoot in origineel: Zie bijvoorbeeld HwJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16 (Egenberger), punt 44.

Voetnoot in origineel: Zie nader P.B.N. van Os, 'Richtlijnconforme implementatie en interpretatie van nationale wetgeving ter omzetting van een richtlijn, met als casus art. 13, lid 17, Wet Vpb 1969 ter omzetting van de Antismismatchrichtlijn', NTFR 2018/1657A.

Voetnoot in origineel: HwJ EU 16 juli 2015, zaak C-95/14 (UNIC), punt 35.

Voetnoot in origineel: HwJ EU 12 december 2006, zaak C-447/04 (Test Claimants in the FII Group Litigation), punt 46 en HwJ EU 23 februari 2006, zaak C-471-04 (Keller Holding), punt 45.

Voetnoot in origineel: HwJ EU 16 juli 2015, zaak C-95/14 (UNIC), punt 37.

Voetnoot in origineel: HwJ EU 16 december 2008, zaak C-205-07 (Gysbrechts and Santurel Inter), punt 34 en 35.

HwJ EU 12 november 2015, C-198/14, Visnapuu, conclusie Bot, ECLI:EU:C:2015:751, H&I 2016/1, nt. Bogaerts.

HwJ EU 16 juli 2015, C-95/14, UNIC, na conclusie Sharpston, ECLI:EU:C:2015:492.

J.J.A.M. Koring, De Europese driehoek: over de verhouding tussen primair EU-recht, secundair EU-recht en nationaal recht, TFO 2022/182.1.

Voetnoot in origineel: P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen, Deventer, 2003, p. 270.

Voetnoot in origineel: Het karakter van een richtlijn als volledig of partieel, uitputtend of niet uitputtend is echter soms moeilijk vast te stellen ten gevolge van slechte wetgeving en onduidelijke bepalingen door politieke compromissen. Zie P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen, Deventer, 2003, p. 725.

Voetnoot in origineel: Richtlijn 2014/86 van 8 juli 2014, PbEU 2014, C 219/40, preambule punten 2-3.

Voetnoot in origineel: Zie tevens Hof Amsterdam 5 april 2022, 20/00576, ECLI:NL:GHAMS:2022:1038, punten 5.3.13.1 en 5.3.15.

Voetnoot in origineel: HwJ EU 12 mei 2022, C-556/20 (Schneider Electric), ECLI:EU:C:2022:378.

Voetnoot in origineel: Artikel 4 lid 3 van de Moeder-dochterrichtlijn.

Voetnoot in origineel: HwJ EU 17 mei 2017, C-365/16 (AFEP), ECLI:EU:C:2017:378.

Voetnoot in origineel: Politiek akkoord over wijziging van de Moeder-dochterrichtlijn, 16435/14 FISC 221 ECOFIN 1157 van 5 december 2014, bijlage 3.

Voetnoot in origineel: J. Koring, 'De deelnemingsvrijstelling na de Deense zaken: dead or alive', MBB 2021/30.

Voetnoot in origineel: HwJ 26 februari 2013, zaak C-617/10 (Akerberg Fransson).

Zie bijvoorbeeld HR 30 september 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AR7735, BNB 2006/187 met noot Van Slooten, HwJ 7 juni 2007, C-222/05 t/m C-225/05, Van der Weerd e.a./Nederland, na conclusie Pólares Maduro, ECLI:EU:C:2007:318, NJ 2007, 391 met noot Mok, en HwJ 25 november 2008, C-455/06, Heemskerk en Schaap, na conclusie Bot, ECLI:EU:C:2008:650, AB 2009/14 met noot Widdershoven. Zie daarover nader Prechal/Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, AAe Libri, Nijmegen 2017, p. 412-416.

Zie de zaken HwJ 27 juni 2000, C-240/98, Oceano Grupo, na conclusie Saggio, ECLI:EU:C:2000:346 en HwJ 26 oktober 2006, C-168/05, Mostaza Claro, na conclusie Tizzano, ECLI:EU:C:2006:675.

HwJ 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Van Schijndel en Van Veen, na conclusie Jacobs, ECLI:NL:XX:1995:AD4743, NJ 1997, 116, met noot Snijders en Slot.

Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en

Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie, Pb L 328 van 18 december 2019, p. 7–28.

HvJ 1 juni 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, na conclusie Saggio, ECLI:EU:C:1999:269, NJ 2000, 339 m.nt. Snijders.

HvJ 10 februari 2011, C-436/08 en C-437/08, *Haribo/Finanzamt Linz en Österreichische Salinen*, na conclusie Kokott, ECLI:EU:C:2011:61, BNB 2011/165 met noot Wattel.

Voetnoot in origineel: HvJ EU 30 juni 2016, zaak C-176/15 (*Riskin en Timmermans*).

Voetnoot in origineel: HvJ EU 30 juni 2016, zaak C-176/15 (*Riskin en Timmermans*), punt 24 en 25.

Voetnoot in origineel: HvJ EU 30 juni 2016, zaak C-176/15 (*Riskin en Timmermans*), punt 19.

Kamerstukken II 2015/2016, 34306, 3, p. 3.

Zie nader over de verhouding tussen vestiging, diensten en kapitaal in derdelandenverhoudingen: *Terra/Wattel - European Tax Law*, Vol. I, General Topics and Direct Taxation, Wolters Kluwer 2022, Section 5.2.4.

HvJ 7 maart 2017, C-390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO)*, na conclusie Kokott, ECLI:EU:C:2017:174.

HvJ 30 juni 2016, C-176/15, *Riskin and Timmermans*, na conclusie Kokott, ECLI:EU:C:2016:488, NTFR 2016/1987 met noot Koerts.

HvJ 11 juni 2009, C-521/07, *Commissie v. Nederland*, na conclusie Ruiz-Jarabo Colomer, ECLI:EU:C:2009:360, NJ 2009, 434 met noot Mok.