

Prof. dr. P. Kavelaars

Bronstaatheffingen en vermogensinkomsten

 Wolters Kluwer

Deventer – 2021

VOORWOORD

Deze monografie gaat over belastingheffing met betrekking tot dividend, interest en royalty's in brede zin. Het onderwerp heeft in Nederland nooit veel belangstelling gekend. Dat is niet verwonderlijk want een afzonderlijke heffing met betrekking tot interest en royalty's hebben we nooit gekend en een specifieke heffing met betrekking tot dividend genoot weinig belangstelling omdat het in binnenlandse verhoudingen 'slechts' om een voorheffing gaat en de facto in buitenlandse verhoudingen een eindheffing is die drukt op buitenlanders. Bovendien is veelvuldig bepleit de dividendbelasting af te schaffen, onder andere gelet op de geringe opbrengst maar vooral omdat de heffing economisch verstorend zou zijn en de Nederlandse concurrentiepositie nadelig zou beïnvloeden. Om die redenen was ook de invoering van een specifieke heffing met betrekking tot interest en royalty's weinig populair en is het daar tot begin jaren twintig van deze eeuw nooit van gekomen. Daarnaast zouden heffingen over dergelijke inkomsten in EU-verband gemakkelijk verstorend en discriminerend kunnen zijn, hetgeen ook redenen waren om ze terug te dringen en in elk geval niet uit te breiden.

Sinds een aantal jaren is er echter ook een andere, tegengestelde, tendens waarneembaar die wordt gevoed door de bestrijding van het ontwijken van belasting: veelvuldig blijkt dat in internationaal verband de heffing over dividend, interest en royalty's te worden ontweken doordat in de woonstaat van de gerechtigde niet zelden weinig of geen belasting is verschuldigd. Teneinde ontwijkingsmogelijkheden tegen te gaan is er een tendens ontstaan dividend, interest en royalty's juist vaker te belasten aan de bron. Nederland is daarbij niet achtergebleven en heeft niet alleen de dividendbelasting niet afgeschaft – zoals in 2018 het voornemen was – maar zelfs beperkte bronheffingen ter zake van interest en royalty's ingevoerd. Al met al spelen mede door deze ontwikkelingen met name in internationaal verband de bronheffingen een (steeds) belangrijke(re) rol en is complexe regelgeving ontstaan.

De onderhavige monografie gaat op de specifieke heffingen met betrekking tot dividend, interest en royalty's in, met name gezien vanuit de bron en de bronstaat. Zowel de heffingen zelf als de verdragsrechtelijke en EU-rechtelijke aspecten passeren de revue. Daarmee is beoogd een min of meer complete bespreking van de desbetreffende heffingen tot stand te brengen.

Een woord van dank voor de ondersteuning bij de totstandkoming van deze monografie gaat uit naar de student assistenten Tessa Kuypers en Tobias van Sprang, alsmede naar Carina van der Hoeven, allen verbonden aan het Fiscaal Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Voor opbouwende opmerkingen houd ik mij aanbevolen (kavelaars@ese.eur.nl).

De kopy is medio mei 2021 afgesloten.

Gouda, juni 2021

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Afkortingenlijst / XIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

HOOFDSTUK 2

Leerstukken / 5

- 2.1 Inleiding / 5
- 2.2 Woonstaat- of bronstaatheffing: algemeen / 7
- 2.3 Verdeling van heffingsbevoegdheid / 8
- 2.4 Verhouding tussen bronstaat- en woonstaatheffing / 11
- 2.5 Belastingverdragaspecten / 12
- 2.6 Ontwikkelingslanden versus ontwikkelde landen / 12
- 2.7 Belastingontwijking / 13
- 2.8 Kapitaalimport- en kapitaalexportneutraliteit / 14
- 2.9 Voorkomingsmethoden / 16
- 2.10 Tot slot / 17

HOOFDSTUK 3

De dividendbelasting / 19

- 3.1 Inleiding / 19
- 3.2 Historie, rechtsgronden en ontwikkelingen / 20
 - 3.2.1 Historie / 20
 - 3.2.2 Rechtsgronden / 21
 - 3.2.3 Ontwikkelingen / 23
- 3.3 Belastingplichtige en inhoudingsplichtige / 28
 - 3.3.1 Inleiding / 28
 - 3.3.2 Vestigingsplaats / 29
 - 3.3.3 Beleggingsinstellingen / 31
 - 3.3.4 Coöperaties / 33
 - 3.3.5 Inhoudingsplicht / 35
- 3.4 Opbrengst / 35
 - 3.4.1 Inleiding / 35
 - 3.4.2 Algemene aspecten / 36

	3.4.2.1	Opbrengst / 36
	3.4.2.2	Gestort kapitaal / 38
	3.4.2.3	Bijzondere kwesties / 39
	3.4.3	Inkoop van aandelen / 40
	3.4.4	Liquidatie-uitkeringen / 43
	3.4.5	Uitreiking van aandelen / 44
	3.4.6	Terugbetaling van kapitaal / 45
	3.4.7	Overige opbrengsten / 46
	3.4.8	Fusies en splitsingen / 47
3.5		Inhoudingsvrijstellingen / 50
	3.5.1	Inleiding / 50
	3.5.2	Deelnemingsverhoudingen / 51
	3.5.2.1	Deelnemingsvrijstelling / 51
	3.5.2.2	De Moeder-dochterrichtlijn / 53
	3.5.2.3	Verdragsverhoudingen / 54
	3.5.2.4	Bijzonderheden / 55
	3.5.2.5	Uitzondering 1: belastingontwijking / 55
	3.5.2.6	Uitzondering 2: geen uiteindelijk gerechtigde / 59
	3.5.2.7	Uitzondering 3: antimismatchregels / 62
	3.5.3	Fiscale eenheid / 63
	3.5.4	Subjectief vrijgestelde entiteiten / 64
	3.5.5	Inkoop van aandelen: beursfondsen / 66
	3.5.6	Inkoop van aandelen: beleggingsinstellingen / 70
	3.5.7	Aanmerkelijkbelangaandelen / 71
	3.5.8	Overige vrijstellingen / 72
3.6		Teruggaafregelingen / 73
	3.6.1	Inleiding / 73
	3.6.2	Vrijgestelde entiteiten / 73
	3.6.2.1	Inleiding / 73
	3.6.2.2	Buitenlandse beleggingsinstellingen / 75
	3.6.2.3	Binnenlandse entiteiten / 79
	3.6.2.4	Buitenlandse entiteiten / 80
	3.6.2.5	Overheidslichamen en andere entiteiten / 82
	3.6.3	EU-gerechtigden / 82
3.7		Afdrachtverminderingen / 85
	3.7.1	Inleiding / 85
	3.7.2	Dooruitdelingsregeling / 86
	3.7.3	Fiscale beleggingsinstelling / 92
3.8		Diversen / 94
	3.8.1	Tarief / 94
	3.8.2	Heffingswijze / 95
	3.8.3	Overige aspecten / 99
3.9		Verrekening met inkomsten- en vennootschapsbelasting / 100
3.10		Eindafrekening / 103
	3.10.1	Inleidende beschouwingen / 103
	3.10.2	Vormgeving / 106

HOOFDSTUK 4

De geconditioneerde bronbelasting / 111

- 4.1 Inleiding / 111
- 4.2 Algemeen / 113
 - 4.2.1 Achtergrond / 113
 - 4.2.2 Hoofdlijnen / 115
 - 4.2.3 Belastingverdragen / 118
- 4.3 Belastingplicht / 119
 - 4.3.1 Inleiding / 119
 - 4.3.2 Gelieerdheid / 121
 - 4.3.3 Categorieën belastingplichtigen / 122
 - 4.3.3.1 Inleiding / 122
 - 4.3.3.2 Laagbelaste vennootschappen en vaste inrichtingen / 122
 - 4.3.3.3 De misbruiksituaties / 125
 - 4.3.3.4 Hybride structuren I / 127
 - 4.3.3.5 Hybride structuren II / 129
- 4.4 Heffingsgrondslag / 130
 - 4.4.1 Inleiding / 130
 - 4.4.2 Interest / 131
 - 4.4.3 Royalty's / 132
 - 4.4.4 Genietings- en inhoudingstijdstip / 132
- 4.5 Overige aspecten / 133
 - 4.5.1 Tarief / 133
 - 4.5.2 Wijze van heffing / 134
 - 4.5.3 Inlichtingen / 135
 - 4.5.4 Boetebepalingen / 136
 - 4.5.5 Invordering / 136
- 4.6 Geconditioneerde bronheffing op dividenden / 137
- 4.7 Doorstroomlichamen in de vennootschapsbelasting / 142

HOOFDSTUK 5

Voorkoming van dubbele belasting / 145

- 5.1 Inleiding / 145
- 5.2 Beginselen en verdragsbeleid / 146
- 5.3 Woonplaatsheffing / 149
- 5.4 Bronstaatheffing / 154
 - 5.4.1 Algemeen / 154
 - 5.4.2 Beneficial ownership / 155
- 5.5 Dividend, interest, royalty's en opbrengst van technische dienstverlening / 160
 - 5.5.1 Inleiding / 160
 - 5.5.2 Dividend / 160
 - 5.5.3 Interest / 164
 - 5.5.4 Royalty's / 168
 - 5.5.5 Opbrengsten van technische dienstverlening / 169

- 5.6 Vaste inrichting / 170
- 5.7 Extraterritoriale heffing / 172
- 5.8 Eenzijdige voorkoming / 174
 - 5.8.1 Algemene aspecten / 174
 - 5.8.2 Dividend, interest, royalty's uit ontwikkelingslanden / 175
 - 5.8.3 Voorkomingsmethodiek / 176
 - 5.8.4 Uiteindelijk gerechtigde / 180
 - 5.8.5 Kostenaf trek / 180
- 5.9 Non-discriminatie / 181

HOOFDSTUK 6

Primair EU-recht / 183

- 6.1 Inleiding / 183
- 6.2 De vrije verkeersbepalingen / 184
- 6.3 Outboundinkomsten / 188
 - 6.3.1 Inleiding / 188
 - 6.3.2 Vrijstelling, verlaging, verrekening en teruggaaf van bronbelasting / 189
 - 6.3.2.1 Algemene ontwikkelingen / 189
 - 6.3.2.2 Pensioenfondsen en beleggingsinstellingen / 193
 - 6.3.3 Voorkoming van economisch dubbele belasting / 205
 - 6.3.4 Overige / 208
- 6.4 Inboundinkomsten / 212
 - 6.4.1 Inleiding / 212
 - 6.4.2 Vrijstellingen / 212
 - 6.4.3 Verrekening / 215
 - 6.4.4 Tariefdifferentiatie / 219
 - 6.4.5 Belastingverdragen / 220
- 6.5 Staatssteun / 222

HOOFDSTUK 7

EU-richtlijnen / 225

- 7.1 Inleiding / 225
- 7.2 Moeder-dochterrichtlijn / 226
 - 7.2.1 Inleiding / 226
 - 7.2.2 Winstuitkeringen / 227
 - 7.2.3 Bronheffing / 229
 - 7.2.4 Drempel tijdvak / 230
 - 7.2.5 Bestrijding van misbruik / 231
- 7.3 Interest- en royaltyrichtlijn / 236
 - 7.3.1 Inleiding / 236
 - 7.3.2 Algemene bepalingen / 237
 - 7.3.3 Interest en royalty's / 241
- 7.4 Fusierichtlijn / 243
- 7.5 Richtlijnen inzake de C(C)CTB / 245

HOOFDSTUK 8

Het Caribisch Koninkrijk / 249

- 8.1 Inleiding / 249
- 8.2 De opbrengstbelasting / 249
 - 8.2.1 Inleiding / 249
 - 8.2.2 Subjectieve belastingplicht / 250
 - 8.2.3 Object van heffing / 257
 - 8.2.4 Het tarief / 258
 - 8.2.5 Heffingsmethodiek / 259
 - 8.2.6 Eindafrekening / 261
 - 8.2.7 Diverse bepalingen / 262
- 8.3 Arubaanse dividendbelasting / 263
- 8.4 De 'verdragsrelaties' binnen het Koninkrijk / 265
 - 8.4.1 Inleiding / 265
 - 8.4.2 BNRC en BNRS / 266
 - 8.4.3 De BRK / 268
 - 8.4.4 De BRN / 270
- 8.5 Het EU-recht / 273

Jurisprudentieregister / 275

Besluitenregister / 283

Literatuurregister / 285

Trefwoordenregister / 295

Inleiding

Bronheffingen roepen zelden veel reacties op. Sterker nog: voor velen zijn het zelfs onbekende heffingen. Dat laatste geldt zeker buiten fiscale kringen. Maar ook binnen de kring van fiscalisten krijgen bronheffingen betrekkelijk weinig aandacht. Althans, dat is het algemene beeld tot ongeveer medio de jaren tien van deze eeuw. Bronheffingen zijn in de regel 'slechts' voorheffingen. Uiteindelijk gaat het toch vooral om de eindheffing van (wat Nederland betreft) de inkomsten- en de vennootschapsbelasting. Voor zover het overigens de loonbelasting als (voor)heffing betreft ligt het voorgaande wel weer wat anders, omdat deze heffing voor de arbeidsinkomsten in feite de plaats van de inkomstenbelasting inneemt en zo'n 80-90% van de inkomsten in die heffing wordt betrokken. Maar voor de dividendbelasting gaat de 'onzichtbaarheid' zonder meer op.

Zoals gezegd is er echter ongeveer sinds de jaren tien van deze eeuw een duidelijke kentering waar te nemen. Deze kentering heeft diverse oorzaken. Een eerste oorzaak is gelegen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJ). Deze jurisprudentie leidde, kort gezegd, tot de conclusie dat grensoverschrijdende inkomsten niet zwaarder mogen worden belast dan binnenlandse inkomsten. Dat is op zich geen verrassende constatering, maar feit is dat juist bij bronheffingen dit principe lang niet altijd werd toegepast. Deze toets aan het recht van de Europese Unie (EU) heeft niet alleen tot veel rechtspraak geleid, maar op grond van die rechtspraak ook tot veelvuldige aanpassingen van de nationale wetgevingen van de lidstaten van de EU. Dit laatste geldt in het bijzonder ook voor Nederland.

Een tweede oorzaak betreft de in de genoemde periode opkomende ontwikkeling gericht op het bestrijden van het ontwijken van belastingen. Het ontwijken van belasting werd en wordt nog steeds mede veroorzaakt doordat landen geen bronheffingen toepassen, dan wel lage bronheffingen hanteren. Bovendien worden bronheffingen in verdragssituaties veelvuldig (verder) verlaagd en kan in de woon- of vestigingsstaat van de gerechtigde sprake zijn van onbelastbaarheid of een lage belastbaarheid van de inkomsten. Deze effecten kunnen zich uiteraard bij alle soorten inkomsten voordoen, maar spelen met name een rol bij passieve vermogensinkomsten, omdat die geografisch in de regel gemakkelijk zijn te verleggen ofwel om te leiden. Onder de passieve vermogensinkomsten zijn dan in dit verband te verstaan de inkomsten die samenhangen met vermogensrechten, ofwel dividend, interest en royalty's. Deze monografie richt zich op de belastingheffing ter zake van deze passieve vermogensinkomsten.

Dergelijke inkomsten kunnen in de bronstaat zijn onderworpen aan een bronheffing, ofwel een heffing die plaatsvindt door middel van inhouding van belasting bij de uitbetaling van dergelijke inkomsten. Het kan echter ook gaan om een heffing die weliswaar in en door de bronstaat wordt geheven, maar niet aan de bron. In dergelijke gevallen gaat het om een bronstaatheffing. Gemeenschappelijk kenmerk is dat in beide systemen in elk geval de bronstaat heffingsbevoegdheid heeft en naar nationaal recht heft over

vermogensinkomsten. Die heffing geschiedt ten laste van de gerechtigde. Het gaat dus uitdrukkelijk niet om een heffing ten laste van de entiteit¹ die de vergoeding betaalt. Wel is deze entiteit bij de bronbelastingen de inhoudingsplichtige. Overigens bestaat er veelal wel een samenhang tussen de heffing ten laste van die entiteit en de heffing ten laste van de gerechtigde en wel op tweeërlei wijzen:

- De al dan niet aftrekbaarheid van de vergoeding bij de schuldenaar en de belastbaarheid bij de schuldeiser. Tussen de genoemde passieve inkomsten is een essentieel verschil dat dividend in de regel niet aftrekbaar is en rente en royalty's wel, zij het dat ook bij die laatste vergoedingen sprake kan zijn van een aftrekuitsluiting of een aftrekbeperking ingevolge een wettelijke regeling of jurisprudentie. Hier kan voor overheden ook een beleidsmatige afweging in besloten liggen als men zeker wil stellen dat in de bronstaat in elk geval een heffing plaatsvindt, te weten via een aftrekuitsluiting als alternatief voor een bron(staat)heffing.
- De dubbele economische belastingheffing die een gevolg is van een heffing ten laste van zowel de entiteit die de vergoeding betaalt als ten laste van de gerechtigde tot die vergoeding. Dit ligt overigens in het verlengde van het hiervoor genoemde punt. Het gaat in dit geval met name om de economisch dubbele belasting van dividend doordat deze eerst als winst wordt belast en vervolgens na uitdeling als dividend. Ten aanzien van deze dubbele economische belasting voorzien veel landen in een vorm van belastingvermindering waarbij een belangrijk vraagstuk is of dit in zowel binnenlandse als grensoverschrijdende verhoudingen wordt toegepast, en zo ja, in welke mate. Voor Nederland speelt dit overigens geen rol, omdat Nederland het klassieke stelsel toepast.² Deze problematiek raakt uiteraard ook de bron(staat)heffingen. Zij is overigens niet beperkt tot dividenden. Indien zich de onder het eerste punt genoemde aftrekbeperkingen voordoen geldt daarvoor hetzelfde, met dien verstande dat dan in de regel geen tegemoetkomende regelingen bestaan die de dubbele economische druk verminderen.

Een ontwikkeling van geheel andere aard heeft zich alweer geruime tijd geleden – de jaren negentig van de vorige eeuw – voorgedaan op het niveau van de EU met de constatering dat bronheffingen (economisch) verstorend (kunnen) werken. Deze visie was toen overigens in zekere zin al niet nieuw: het is voor de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) (en haar voorganger de Volkenbond) immers niet voor niets geweest om ten aanzien van de vermogensinkomsten op grond van verdragstoepassing onder voorwaarden tot een lager bronheffingspercentage te komen. De EU heeft dat ook opgepakt, in het bijzonder door de totstandbrenging van de Moeder-dochterrichtlijn (MD-RL) en nadien de Interest- en royaltyrichtlijn (IR-RL) die beide voorzien in het terugbrengen van de bronheffingen op dergelijke inkomsten tot nihil. Hierdoor zijn fiscale belemmeringen ten gevolge van bronheffingen die binnen een concern verstorend kunnen werken bij bijvoorbeeld reorganisaties weggenomen.

Geruime tijd na de laatste eeuwwisseling heeft echter ten gevolge van de sterk toegenomen aandacht voor het (bestrijden van het) ontwijken van belasting het stelsel van bronheffingen opnieuw veel aandacht gekregen. De bewustwording is gegroeid dat bronstaten

1 Het kan overigens ook om een natuurlijk persoon gaan, maar dat is zeker in internationale verhoudingen betrekkelijk weinig aan de orde. Voor de systematiek maakt dat overigens niet uit. Ik ga in deze monografie dan ook uit van betalingen door entiteiten.

2 Afgezien uiteraard van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op het niveau van entiteiten.

met een bron(staat)heffing op een relatief eenvoudige wijze kunnen bewerkstelligen dat er ten minste ergens sprake is van een redelijke, adequate, heffing over inkomsten ontleend aan rechten, juist in die gevallen dat in de woon- of vestigingsstaat geen of onvoldoende heffing plaatsvindt. Deze ontwikkeling heeft weliswaar niet geleid tot het afschaffen van allerlei bronheffingsfaciliteiten, maar wel tot een duidelijke aanscherping van met bronbelastingen samenhangende regels, zoals algemene antimisbruikbepalingen, specifieke antimisbruikbepalingen en het uiteindelijk gerechtigden criterium dat algemeen geldt als voorwaarde voor verlaging van een bronheffing en verrekening van de bronheffing.³ Daarnaast is aldus een tendens ontstaan bronheffingen in elk geval niet af te schaffen of te verminderen en zelfs eventuele bronheffingen in te voeren. Nederland is daar een voorbeeld van, doordat het voornemen de dividendbelasting af te schaffen niet is uitgevoerd, het voornemen bestaat de dividendbelasting een bredere reikwijdte te geven in de vorm van een aanvullende geconditioneerde dividendbelasting, mogelijk zelfs een exitheffing in de dividendbelasting in te voeren en tot slot ingaande 2021 de geconditioneerde bronbelasting op interest en royalty's is ingevoerd.

Daarnaast valt in dit verband te wijzen op aangescherpte antimisbruikjurisprudentie van het HvJ⁴ en de aanscherpingen die op diverse vlakken door de OESO in 2017 zijn doorgevoerd in het OESO-Modelverdrag (OESO-MV) en het Multilateraal Instrument (MLI). Tot slot kan worden gewezen op de (voorgenomen) uitbreiding van het modelverdrag van de Verenigde Naties (VN) met een bronheffing ter zake van technische dienstverlening (art. 12A VN-MV; maakt reeds deel uit van het VN-MV) en een mogelijke bronheffing ter zake van digitale diensten (art. 12B VN-MV).

Al met al is het duidelijk dat het belang en de betekenis van bron(staat)heffingen ter zake van passieve vermogensinkomsten het afgelopen decennium (sterk) is toegenomen. Deze ontwikkeling heeft geleid tot de onderhavige monografie. Ik beoog daarmee de reikwijdte van bron(staat)heffingen ter zake van vermogensinkomsten zo veelomvattend mogelijk de revue te laten passeren. Tegelijkertijd beperk ik me in essentie tot de bron(staat)heffingen. De uiteindelijke heffing over deze inkomsten in een inkomsten- of vennootschapsbelasting komt slechts zijdelings aan de orde. Hetzelfde geldt voor de problematiek ten aanzien van de fiscale aftrekbaarheid van de betalingen op het niveau van de schuldenaar. Ook diverse andere thematieken en leerstukken die slechts 'op afstand' samenhangen met bron(staat)heffingen worden beperkt onbesproken. Zo bevat de monografie bijvoorbeeld geen alomvattende verhandeling van het misbruikleerstuk, maar beperk ik me tot aspecten die de problematiek van de bron(staat)heffingen rechtstreeks raken.

De opbouw van deze monografie is als volgt: in hoofdstuk 2 besteed ik aandacht aan enkele algemene leerstukken die samenhangen met bron(staat)heffingen. Vervolgens ga ik in de opvolgende hoofdstukken in op de twee Nederlandse bronbelastingen ter zake van passieve vermogensinkomsten, te weten de dividendbelasting (hoofdstuk 3) en de (geconditioneerde) bronbelasting ter zake van interest en royalty's (hoofdstuk 4). In hoofdstuk 5 besteed ik aandacht aan de voorkoming van dubbele internationale belasting, met name

3 Zie voor de ontwikkeling van antimisbruikbepalingen op het niveau van de OESO diverse actiepunten van het actieplan inzake Base Erosion and Profit Shifting (BEPS).

4 Zie de zogenoemde *Danmark*-jurisprudentie (HvJ 29 februari 2019, C-115-116/16, ECLI:EU:C:2019:34-35, *BNB* 2020/9-10) die in de hoofdstukken 3 en 6 uitvoerig aan de orde komen.

door middel van verdragen aan de hand van het OESO-MV, alsmede aan de hand van het BvdB 2001. In de hoofdstukken 6 en 7 ga ik in op de EU-rechtelijke aspecten. Eerst komt in hoofdstuk 6 het primaire EU-recht aan bod, gerelateerd aan de vrije verkeersbepalingen. Vervolgens besteed ik in hoofdstuk 7 aandacht aan de relevante fiscale EU-richtlijnen. Tot slot komen in hoofdstuk 8 enkele kwesties aan de orde die spelen in samenhang met het Caribische deel van het Koninkrijk.

HOOFDSTUK 2

Leerstukken

2.1 Inleiding

In deze monografie is de problematiek van de bron(staat)heffingen in hoofdzaak uiteengezet vanuit de regelgeving en de rechtspraak, ofwel een positiefrechtelijke benadering. Aan bronstaatheffingen liggen echter ook meer principiële en algemene leerstukken ten grondslag, waarbij onder andere is te denken aan de ratio van dergelijke belastingen en de argumenten en gevolgen die aan deze heffingen zijn verbonden. Om die reden besteed ik in dit eerste inhoudelijke hoofdstuk aandacht aan enkele principiële en algemene vraagstukken, zoveel mogelijk toegespitst op de passieve vermogensinkomsten waar deze monografie zich toe beperkt, te weten dividend, interest en royalty's, en in de periferie aan inkomsten uit technische dienstverlening. Geen aandacht wordt geschonken aan de ratio van de Nederlandse bronbelastingen: daar wordt in de hoofdstukken 3 en 4, waar deze heffingen worden besproken, op ingegaan.

Het belangrijkste vraagstuk is in dit verband dat naar de verdeling van de heffingsbevoegdheid over de woonstaat en de bronstaat. Hierbij spelen diverse aspecten een rol, zoals rechtvaardigheid en efficiency, maar ook is te denken aan de positie van ontwikkelingslanden in de verhouding tussen ontwikkelde landen, de vraag wat is te verstaan onder een bron van inkomen en waar die zich dan wel bevindt. Maar ook is de vraag waar inkomen of waarde opkomt. Deze vraagstukken zijn sinds 2010 versterkt op de internationale fiscale agenda komen te staan door de ontwikkeling van de digitale economie die het in diverse situaties bepaald complexer heeft gemaakt waar zich een bron bevindt en waar waarde wordt toegevoegd (ofwel inkomen wordt gegenereerd). Tegelijkertijd zij daarbij aangetekend dat deze ontwikkeling vooral ondernemingsinkomsten raakt en in veel mindere mate vermogensinkomsten, het thema van deze monografie.

Een ander vraagstuk is of bij de toepassing van bron(staat)heffingen onderscheid moet worden gemaakt naar gelang het gaat om ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen. Zoals hiervoor is aangegeven, is juist ten aanzien van de verhouding tussen ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen de positie van de vermogensinkomsten met name van belang. In het algemeen is sprake van een kapitaalstroom van ontwikkelde landen naar ontwikkelingslanden en de vraag daarbij is of de fiscale behandeling van die financiële stroom – meer in het bijzonder de vergoeding die in verband daarmee wordt betaald – ten opzichte van ontwikkelingslanden voor die landen gunstiger zou moeten zijn dan ten aanzien van inkomensstromen uit ontwikkelde landen. In het algemeen geldt in dit verband de opvatting dat aan ontwikkelingslanden meer heffingsrechten toe moeten komen dan aan ontwikkelde landen, hetgeen voor de VN de basis is geweest om tot het VN-MV te komen naast het OESO-MV.

Andere thema's die direct of indirect verband houden met het bronstaat-/woonstaatvraagstuk zijn diverse beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, de leer van de kapitaalimport- en de kapitaalexportneutraliteit (KIN, respectievelijk KEN), alsmede de daarmee samenhangende voorkomingsmethoden (de vrijstellings-, respectievelijk de verrekeningsmethode) en de subvarianten van beide methoden. Tot slot, maar zeker niet als minst belangrijke punt, is het bestrijden van het ontwijken van belastingen zoals dat zich sinds 2010 wereldwijd heeft ontwikkeld (BEPS) een belangrijk thema dat beduidende invloed heeft op het vraagstuk naar de betekenis en de rol van bronstaatheffing, mede in relatie tot woonstaatheffing.

In dit hoofdstuk wordt op de vorenstaande problematiek ingegaan, zij het zeker niet uitputtend. Ik beperk me tot de hoofdlijnen. Voor een nadere uiteenzetting over de diverse thema's verwijs ik graag naar de diverse aangehaalde literatuur, die zelf ook weer voorziet in allerlei bronnen. De materie is omvangrijk genoeg voor een afzonderlijk boek, maar dat is niet de opzet van deze monografie. Gelet op deze bespreking in hoofdlijnen heb ik wat betreft de literatuur daarover hierna de meest in het oog springende beschouwingen vermeld, maar zoals gezegd zonder maar enigszins compleet en uitputtend te zijn en met een zekere selectiviteit. In dit hoofdstuk zal ik om dezelfde reden niet telkens naar die literatuur verwijzen.

2.2 Woonstaat- of bronstaatheffing: algemeen¹

Het hoofdthema van dit hoofdstuk speelt zich af rondom het vraagstuk van de keuze tussen een woonstaatheffing, een bronstaatheffing, dan wel een combinatie van beide. De problematiek van de woonstaat- en de bronstaatheffing voor zover hier relevant betreft vooral de vraag of de woonstaat, dan wel de bronstaat heffingsbevoegd is of zou moeten zijn en de aspecten die bij die afweging een rol spelen. Daarnaast is het de vraag of ook een onderscheid moet worden gemaakt naar gelang de aard van het inkomen en het type bron-, dan wel woonstaat. Dit laatste vraagstuk betreft vooral het mogelijke onderscheid tussen ontwikkelde en ontwikkelingslanden.

Naast het woonstaat- en het bronstaatbeginsel, geldt als derde beginsel het nationaliteitsbeginsel. De betekenis daarvan is, een enkel land uitgezonderd,² echter vrij beperkt.³

1 Er is veel interessante literatuur over de in dit hoofdstuk aan de orde zijnde problematiek, te veel ook om allemaal te verwerken, en in die zin niet zinvol, omdat deze monografie wat betreft de principiële en theoretische leerstukken beperkt is tot het onderhavige hoofdstuk en voor het overige een vooral fiscaaltechnische en -theoretische positiefrechtelijke invulling heeft. De kern van deze literatuur draait steeds om de problematiek rondom toewijzing van heffingsbevoegdheid aan de woonstaat en/of de bronstaat en in meer recente literatuur ook aan de marktstaat. Ik verwijs met name naar de volgende literatuur die ik mede heb geraadpleegd en die zelf uiteraard ook weer interessante verwijzingen bevat. De (Nederlandse) kerngeschriften zijn stellig de proefschriften van Kemmeren en De Wilde:

- E.C.C.M. Kemmeren, *Principle of Origin in Tax Conventions*, Dongen: Pijnenburg 2001;
- M.F. de Wilde, *Sharing the Pie, Taxing multinationals in a global market*, Amsterdam: IBFD 2017. Kemmeren is een sterk voorstander van de toewijzing van heffingsbevoegdheid aan de bronstaat en richt zijn proefschrift op alle typen inkomsten. De Wilde, die zich overigens alleen richt op ondernemingswinsten, staat een genuanceerde toewijzing voor waarbij de marktjurisdictie een prominente rol krijgt toebedeeld.

Zie verder voor een uitvoerig overzicht rondom het vraagstuk van de bronstaat- en de woonstaatheffing:

IFA, *Source and residence: new configuration of their principles*, Volume 90a, Den Haag: Sdu 2005. Naast een onderdeel dat ingaat op de principiële vraagstukken en voorziet in systemen en opvattingen in de literatuur, bevat het zoals gebruikelijk bij de cahiers van het IFA landenoverzichten. Wat betreft enige buitenlandse literatuur wijs ik met name op:

- K. Vogel, 'Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (I-III)', *Intertax* 1988/8-9, p. 216-229, 1988/10, p. 310-320 en 1988/11, p. 393-402. Deze serie artikelen is wel aan te duiden als een standaardwerk over de discussie met betrekking tot woonstaat- en bronstaatheffingen. Vogel analyseert de problematiek met name vanuit de criteria 'equity' en 'efficiency' en oordeelt dat beide in beginsel wijzen op een prioriteit voor de bronstaat, maar maakt daar nuancerings op voor bepaalde inkomsten, met name waar het passieve inkomsten betreft. Zie verder de omvangrijke literatuur waar hij naar verwijst;
- P.B. Musgrave, 'Interjurisdictional Equity in company Taxation: Principles and Applications to the European Union', in: S. Cnossen (red.), *Taxing Capital Income in the European Union, Issues and Options for Reform*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 46-77 (deze beschouwing is overigens voornamelijk gericht op ondernemingen en niet direct op vermogensinkomsten, maar wat betreft algemene vraagstukken ook voor de (passieve) vermogensinkomsten relevant);
- R.M. Bird en J. S. Wilkie, 'Source- vs. Resident-based Taxation in the European Union: The Wrong Question?', in: S. Cnossen (red.), *Taxing Capital Income in the European Union, Issues and Options for Reform*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 78-109;
- D. Pinto, 'Exclusive Source or Residence-Based Taxation – Is a New and Simpler World Tax Order Possible?', *Bulletin for international Taxation*, juli 2007, p. 277-291.

2 De twee (meest) bekende voorbeelden zijn de Verenigde Staten en Zwitserland.

3 Daarnaast is er ook nog het territorialiteitsbeginsel. Dit is in mijn optiek niet een echt zelfstandig beginsel, maar vormt een combinatie van het woonstaat- en het bronstaatbeginsel.

Ik laat dat beginsel daarom verder onbesproken, waarbij zij aangetekend dat het nationaliteitsbeginsel – waar het de uitwerking en gevolgen betreft – in hoge mate verwantschap vertoont met het woonstaatsbeginsel en om die reden elementen die bij dit laatste beginsel relevant zijn, ook voor de beoordeling van het nationaliteitsbeginsel betekenis hebben.

De basisgedachte die ten grondslag ligt aan het woonstaatsbeginsel is uiteraard dat de inwoners van een land profijt (kunnen) hebben van al hetgeen de overheid tot stand heeft gebracht en het om die reden logisch is dat zij daaraan financieel bijdragen. Dit uitgangspunt brengt niet met zich dat een onderscheid zou moeten worden gemaakt naar gelang waar het inkomen opkomt, omdat dit laatste immers van geen betekenis is voor het gebruik van de door de overheid gecreëerde faciliteiten etc. Vandaar dat bij toepassing van het woonstaatsbeginsel aansluiting pleegt te worden gezocht bij het wereldinkomen. Daarnaast kan ten aanzien van natuurlijk personen uiteraard ook gewezen worden op het draagkrachtbeginsel dat vereist dat in de woonstaat alle draagkracht in aanmerking kan en moet worden genomen.⁴

2.3 Verdeling van heffingsbevoegdheid

De basisgedachte die ten grondslag ligt aan het bronstaatsbeginsel is vooral gebaseerd op een profijtbenadering: de bronstaat maakt het mogelijk in die staat voordelen te realiseren, zodat het niet onredelijk is aan de staat een financiële bijdrage te leveren indien zich daar een bron bevindt. Bovendien kan ook gebruik worden gemaakt van bepaalde door die overheid tot stand gebrachte faciliteiten. Een ander argument voor een bronstaathffing is dat inwoners van de bronstaat in de regel in hun woonstaat worden belast voor het wereldinkomen (zie hiervoor) en dat het vanuit gelijkheidsperspectief weinig evenwichtig zou zijn als niet-inwoners onder vergelijkbare omstandigheden ten aanzien van de bron, voor dergelijke in die staat opgekomen inkomsten aldaar niet zouden worden belast.⁵ De bronstaatsbenadering leidt logischerwijs tot de gevolgtrekking dat de heffing zich beperkt tot in de bronstaat opkomende inkomsten.

Hoewel het woonstaatsbeginsel tot de gevolgtrekking moet leiden dat wordt geheven over het wereldinkomen, betekent dit nog niet dat daarmee een gelijke behandeling tussen landen ontstaat. Dat vloeit logischerwijs voort uit de volstrekte⁶ autonomie die landen hebben ten aanzien van hun rechtsstelsel en daarmee hun fiscale regelgeving. Ondanks deze autonomie zien we dat op grote lijnen de heffingsgrondslagen van landen weinig verschillen vertonen. Dezelfde kwestie is uiteraard ook aan de orde bij de bronstaatsbenadering, zij het – zoals gezegd – beperkt tot inkomsten ontleend aan die bronnen. Ten aanzien van woonstaten zijn wel enigszins grotere verschillen in grondslag te onderkennen tussen landen, maar vervolgens betreffen die verschillen waar het financiële en economische belangen aangaat doorgaans relatief kleine bronnen.

4 Daarbuiten komt, voor zover hier van belang, aan het draagkrachtbeginsel mijns inziens geen betekenis toe, omdat andere dan natuurlijke personen geen draagkracht kunnen hebben. Dit standpunt wordt overigens niet door iedereen onderschreven.

5 Zie hierover uitvoerig: A. Schindl en A. Atchabahan, *General report IFA, Source and residence: new configuration of their principle*, Volume 90a, Den Haag: Sdu 2005, met name par. 2.4. Ik verwijs verder naar de door de auteurs aangehaalde opvattingen in de diverse literatuur.

6 Afgezien uiteraard van overeenkomsten tussen landen op basis waarvan ze onderling afspraken hebben gemaakt. Voorbeeld bij uitstek is uiteraard de EU, maar op fiscaal terrein is hier nauwelijks sprake van unificatie.

De bronstaatbenadering gaat er, kort gezegd, van uit dat de bron van inkomen zich in een andere staat bevindt dan waar de eigenaar⁷ van de bron woonachtig is. Ten aanzien van sommige bronnen is evident waar die zich bevinden en dat dit een ander land dan het woonland van de eigenaar is; het betreft de vaste inrichting (v.i.), onroerend goed en arbeid in een dienstbetrekking (in brede zin).⁸ Met betrekking tot andere bronnen is de relatie veel minder stringent; dit geldt vooral ten aanzien van de passieve vermogensinkomsten, hetgeen dan ook resulteert in de discussie welke argumenten het zwaarste wegen voor een woonstaat-, dan wel een bronstaattoewijzing. Daarnaast en in samenhang hiermee is in een aantal gevallen een nog meer primair vraagstuk wat de bron precies is. Dit vraagstuk regardeert niet zozeer fysieke activiteiten (dan is het wel duidelijk), maar raakt vooral de digitale economie. In essentie spelen daarbij twee (samenhangende) vraagstukken een rol:

- Welke betekenis komt toe aan 'instrumenten' die alleen een technische tussenschakel vormen tussen twee partijen? Het gaat hier om servers e.d., en dus meer concreet de vraag of die van betekenis zijn voor de toewijzing van de heffingsbevoegdheid van inkomsten en, zo ja, op welke wijze.
- Komt voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid alleen betekenis toe aan de leverancier van een goed of dienst of komt tevens betekenis toe aan de afnemer?

Wat betreft de eerste vraag speelde die in het verdere verleden geen rol, eenvoudigweg omdat servers etc. niet bestonden. Wat betreft de tweede vraag zien we dat er een vergaande bewustwording is dat de waarde van een product niet meer alleen wordt bepaald door de leverancier van het goed of de dienst, maar ook door de afnemer: zonder afnemers immers geen levering en dus geen waarde. Deze ontwikkeling leidt momenteel tot een verschuiving van heffingsbevoegdheid naar afnemersstaten.⁹ Beide vorenstaande vraagstukken laat ik echter onbesproken omdat ze voor de passieve vermogensinkomsten hoegenaamd geen rol spelen.

De belangrijkste algemene bronnen van inkomen waar nauwelijks verschil van inzicht over bestaat wat betreft de toewijzing van de heffingsbevoegdheid zijn winstinkomen, inkomsten uit onroerend goed en arbeidsinkomsten. Ten aanzien van de in deze monografie centraal staande passieve vermogensinkomsten – dividend, interest en royalty's (en in beperkte mate opbrengst uit technische dienstverlening) – is met betrekking tot de toewijzing van de heffingsbevoegdheid sprake van een minder eenduidig beeld.¹⁰ Deze zijn in de bronstaat voor niet-inwoners niet altijd of niet voor alle heffingen belast, kennelijk omdat de band onvoldoende wordt geacht.

7 Het begrip 'eigenaar' is hier ruim uit te leggen; het betreft niet alleen de juridische eigenaar, maar veeleer de economische eigenaar ofwel degene die gerechtigd is tot de voordelen ontleend aan de bron.

8 De arbeidsinkomsten zijn wellicht enigszins arbitrair: enerzijds kan men de werkgever/ondernemer beschouwen als de exploitant van de bron (de dienstbetrekking/de arbeid), maar tegelijkertijd is het natuurlijk zo dat de werknemer de bron is; hij verricht immers de arbeid en geniet het inkomen.

9 Zie in dit verband actiepoint 1 van de BEPS-actiepunten van de OESO waarbij een fictieve v.i. wordt verondersteld in de afnemersstaat, twee conceptrichtlijnen van de OESO inzake de digitale economie die voorzien in eenzelfde fictieve v.i. als is voorgesteld door de OESO, respectievelijk de digitaaldienstenbelasting en tot slot het voorstel van pillar 1 in BEPS 2.0.

10 Zie naast de eerder genoemde literatuur ook: M.F. de Wilde, 'Dubbelzinnigheden in de aanknopingspunten voor de heffingsjurisdictieverdeling in het internationaal belastingrecht', *TFO* 2020/171.1, p. 145-152. Zie voor de vermogensinkomsten in het bijzonder par. 3.3.3.

Wat is die band ten aanzien van de in deze monografie aan de orde zijnde passieve vermogensinkomsten? Dividend wordt ontleend aan aandelen in een kapitaalvennootschap. De ratio de aandeelhouder voor dat dividend in de bronstaat in de heffing te betrekken is een indirecte: het is immers primair de entiteit die in de bronstaat is gevestigd en aldaar belast wordt voor haar winst. De aandeelhouder heeft er baat bij als de bronstaat een goede maatschappelijke en juridische (infra)structuur heeft die het mogelijk maakt dat winst wordt behaald en daarmee een winstuitdeling mogelijk wordt.

Ten aanzien van interest is die band bepaald zwakker: het enkele feit dat in het bronland bijvoorbeeld een bankrekening kan worden aangehouden of een obligatie kan worden verworven die interest oplevert, rechtvaardigt wel enige heffingsbevoegdheid voor de bronstaat, maar in beperkte mate. Rechtsbescherming ten aanzien van het ingelegde vermogen vormt daarnaast ook wel een rechtvaardigingsgrond.

Wat betreft royalty's geldt in beginsel min of meer hetzelfde als voor interest. Het gaat hierbij vooral om de juridische bescherming van het onderliggende recht dat een heffing door de bronstaat rechtvaardigt. Tegelijkertijd is het zo dat het product waar het recht dat tot de royalty's leidt aan ten grondslag ligt zich niet in hetzelfde land hoeft te bevinden, terwijl dit product in feite de oorzaak van de inkomensstroom is. De waarde van dergelijke rechten wordt in feite bepaald door de afnemers van het product (zie de eerder gesignaleerde verschuiving van de heffingsbevoegdheid naar de staat waar de afnemer woont) of de dienst waaraan het recht dat de royalty's oplevert ten grondslag ligt. Het is aldus verdedigbaar de heffingsbevoegdheid ter zake van royalty's niet toe te wijzen aan de staat waar het recht zich bevindt, maar aan de staat van de afnemer van het daarmee samenhangende goed. Een dergelijke benadering is echter volstrekt onuitvoerbaar. Gelet op deze onuitvoerbaarheid is het dan voor de hand liggend de heffingsbevoegdheid ter zake van inkomsten uit royalty's toe te wijzen aan de staat waar het onderliggende goed of dienst wordt voortgebracht maar in elk geval niet – zoals momenteel het geval is – aan de staat waar het royaltyrecht zich bevindt.¹¹

Met betrekking tot de technische dienstverlening – hetwelk in essentie geen vermogensinkomen is, maar de facto in veel gevallen wel nauwe verwantschap kan vertonen met royaltyrechten – kan worden gezegd dat sprake is van een (veel) sterkere band met de bronstaat, omdat het hier niet alleen hoeft te gaan om royaltyachtige inkomsten, maar ook inkomsten die samenhangen met in de bronstaat verrichte werkzaamheden betreft. Het is in dit opzicht in zoverre opmerkelijk dat het VN-MV wel in een daarop gerichte bepaling voorziet (art. 12A VN-MV), maar het OESO-MV niet.

Het voorgaande brengt me ten aanzien van de onderhavige vermogensinkomsten tot de conclusie dat:

- de woonstaat een volwaardig heffingsrecht toekomt;
- de bronstaat een gerechtvaardigd (beperkt) recht tot heffing toekomt;
- de bronstaat ten opzichte van de vestigingsstaat een meer gerechtvaardigde heffingsbevoegdheid heeft ten aanzien van dividend en inkomsten uit technische dienstverlening en een beperkter gerechtvaardigd heffingsrecht heeft met betrekking tot interest en

11 Bij dividend en interest is in zekere zin sprake van vergelijkbare problematiek: de verstrekker van het kapitaal kan immers ergens anders gevestigd zijn dan de uiteindelijk ondernemer (financiering via tussenvennootschappen, buitenlandse banken etc.), maar daar valt geen mouw aan te passen vooral ook omdat – anders dan bij royalty's – bij financieringen in de regel geen sprake is van een directe relatie met een actief.